

REVISTA

da Ordem dos Advogados

Editorial

RENATO LOPES MILITÃO

Doutrina

JOSÉ DIOGO FALCÃO

Vicissitudes do Arrendamento e Sociedades Comerciais

GONÇALO SÁ GOMES

A conferência procedimental no Código do Procedimento Administrativo português: algumas reflexões

JOÃO TOMÉ PILÃO

A (des)necessidade de positivação das causas legítimas de inexecução no CPTA

NUNO TOMÁS CARDOSO

O Dano da Perda de Chance na Responsabilidade Civil do Advogado

JOÃO CUNHA VAZ

A doutrina do Propósito Societário: Uma perspetiva holística e sustentável do Corporate Governance

ANA COIMBRA TRIGO

A Execução de acordos de mediação comercial internacional em Portugal

ALBERTO DE SÁ E MELLO

A transposição da Directiva UE 2019/790, relativa aos Direitos de Autor e Direitos Conexos no Mercado Único Digital, para o Direito Português

JOSÉ MIGUEL DUARTE
A Publicidade dos Advogados

JAIME FREIRE
Direito e Literatura: Cenas de Advocacia em John Dickson Carr

Informação Institucional

- Jurisprudência dos Conselhos
- Pareceres sobre as Iniciativas Legislativas
- Vida Interna

REVISTA

da Ordem dos Advogados

ANO 84
2 0 2 4



L I S B O A

REVISTA

da Ordem dos Advogados

Bastonária da Ordem dos Advogados e Diretora
Fernanda de Almeida Pinheiro

Sub-Diretor
Renato Lopes Militão

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

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

Coordenação
Departamento Editorial e Comunicação da Ordem dos Advogados

Revisão e Secretariado
Sandra Coelho

Propriedade da Ordem dos Advogados

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

Composição
AGuerra — Viseu

Impressão e acabamentos
Jorge Fernandes, L.^{da}

Depósito Legal: 124011/98
ISSN 0870-8118

Tiragem: 750 exemplares

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

Este número integra o *Caderno Especial* comemorativo dos 50 anos do 25 de Abril de 1974

Os artigos publicados respeitam a norma ortográfica escolhida pelos autores

RENATO LOPES MILITÃO
Editorial p. 7

Doutrina

JOSÉ DIOGO FALCÃO

Vicissitudes do Arrendamento e Sociedades Comerciais p. 9

Análise de alguns dos efeitos jurídicos que determinadas vicissitudes societárias, designadamente, a transmissão de participações sociais da sociedade arrendatária, a extinção da sociedade arrendatária, a venda da empresa no âmbito de insolvência da sociedade arrendatária, as sociedades arrendatárias constituídas por arrendatários singulares, provocam nas relações arrendatícias. Em conclusão, numa perspectiva actualista, o estudo do arrendamento comercial implica uma cada vez mais profunda interligação com o Direito das Sociedades na medida em que a empresa individual tem sido gradualmente substituída pela empresa colectiva detida por uma sociedade comercial.

GONÇALO SÁ GOMES

A conferência procedimental no Código do Procedimento Administrativo português: algumas reflexões p. 35

Proposta de análise da figura da conferência procedimental, designadamente, as modalidades de conferências procedimentais (conferência deliberativa e conferência de coordenação), a competência revogatória e anulatória, a reclamação e recurso hierárquico, instituição da conferência, a realização da conferência e o requerimento do interessado, o silêncio dos órgãos participantes e a audiência. Conhecer os traços gerais do regime constante nos artigos 77.º e seguintes, do Código do Procedimento Administrativo, sem descurar a análise crítica da doutrina sobre o assunto.

JOÃO TOMÉ PILÃO

A (des)necessidade de positivação das causas legítimas de inexecução no CPTA p. 63

Estudo crítico sobre a opção legislativa de positivar as “causas legítimas de inexecução”, mais especificamente a formulação textual da “impossibilidade absoluta” e o “excepcional prejuízo para o interesse público” como situações que legitimam a Administração em não executar uma decisão judicial ao abrigo do Código de Processo nos tribunais administrativos. Evolução das “causas legítimas de inexecução” no ordenamento jurídico português.

Uma visão comparada. Sobre as causas legítimas de inexecução (a impossibilidade absoluta e o excepcional prejuízo para o interesse público). A (des)necessidade de posituação das causas legítimas de inexecução.

NUNO TOMÁS CARDOSO

O Dano da Perda de Chance na Responsabilidade Civil do Advogado p. 101

Análise do reconhecimento da perda de oportunidade como dano indemnizável no âmbito do grupo de casos da responsabilidade civil do advogado, começando por identificar o contrato ao abrigo do qual o advogado desenvolve a sua atividade e a natureza da sua prestação e ainda o modelo jurídico-normativo de responsabilidade. Em seguida, analisar-se-á o dano específico da perda de chance processual, começando pelo seu surgimento e desenvolvimento numa perspetiva de direito comparado europeu, para depois analisar as várias correntes existentes a nível nacional. Seguidamente, analisar-se-á a evolução do dano da perda de chance na jurisprudência do nosso Supremo Tribunal de Justiça, e proceder-se-á a uma revisão das características deste tipo de dano, concluindo-se com uma proposta de noção deste tipo de dano.

JOÃO CUNHA VAZ

A doutrina do Propósito Societário: Uma perspetiva holística e sustentável do *Corporate Governance* p. 151

A importância crescente do *corporate governance* e a crise de confiança, resultado de escândalos financeiros e dos recentes desafios globais, obrigaram a repensar o propósito societário e o modelo de governo tradicional (focado na maximização do valor acionista), alinhando-os com a agenda social e ambiental. Pretende-se agora responsabilizar a empresa pela sustentabilidade e defesa dos interesses dos *stakeholders*, incluindo os trabalhadores, os clientes, os fornecedores e a comunidade em geral. Importa questionar se faz sentido uma doutrina do propósito numa perspetiva societária holística, mais abrangente e pluralista. Ou seja, promover a sinergia entre o propósito e um modelo de governo inclusivo, que crie valor sustentável a longo prazo para a sociedade, como possível resposta aos desafios do mundo atual e com reflexos na harmonização das práticas de governo societário.

ANA COIMBRA TRIGO

A Execução de acordos de mediação comercial internacional em Portugal p. 209

Artigo sobre o regime da execução do acordo de mediação comercial internacional em Portugal. Primeiramente, apresenta um breve apontamento sobre a Lei de Mediação e o regime da execução de acordos de mediação concluídos em Portugal e na União Europeia. De seguida, aborda as regras previstas na Convenção de Mediação de Singapura para a circulação internacional de acordos de mediação comercial, explicando os respetivos contexto e estrutura. Finalmente, destaca três objetivos fundamentais da Convenção de Mediação de Singapura associados ao seu intuito de promover a execução de acordos de mediação e, consequentemente, a mediação comercial internacional per se: uniformidade, eficiência e acesso à justiça. Conclui-se constatando a necessidade e essencialidade de mecanismos de execução do

acordo de mediação a nível transnacional, não obstante a existência de algumas dificuldades práticas identificadas.

ALBERTO DE SÁ E MELLO

A transposição da Directiva UE 2019/790, relativa aos Direitos de Autor e Direitos Conexos no Mercado Único Digital, para o Direito Português p. 235

A Directiva 2019/790, do Parlamento europeu e do Conselho, relativa aos direitos de autor e direitos conexos no Mercado único Digital (DMUD), só foi transposta em Portugal em 2023, através do Decreto-Lei n.º 47/2023, de 19-6. Há um benefício neste atraso: a necessidade de ter em conta uma Decisão do Tribunal de Justiça da União europeia (TJUE), de 26-04-2022, que contém recomendações para a transposição do art. 17.º da Directiva. O autor analisa a Directiva — e a conseqüente alteração do Código Português do Direito de Autor e dos Direitos Conexos (CDADC) — proficua na revisão e inclusão de excepções aos direitos de autor exclusivos.

JOSÉ MIGUEL DUARTE

A Publicidade dos Advogados p. 263

Texto sobre a evolução do tema da Publicidade dos Advogados e as respetivas restrições por razões deontológicas — Sinais distintivos; Canais publicitários; Conteúdos persuasivos, de autoengrandecimento e de menção à qualidade do escritório; Menção a assuntos profissionais — participação em operações; Divulgação de Clientes; Conteúdos de comparação; Prémios e rankings; A promessa ou indução da produção de resultados; Notícias; e Publicidade encapotada. Análise sobre a temática da angariação de clientes e publicidade direta não solicitada, e conclusões tendo presente as recentes alterações do Estatuto da Ordem dos Advogados.

JAIME FREIRE

Direito e Literatura: Cenas de Advocacia em John Dickson Carr p. 283

Partindo das cenas em que participam advogados nos romances policiais de John Dickson Carr, procura-se neste texto refletir sobre o papel da advocacia à luz de princípios deontológicos tradicionais e aceites pela comum opinião dos grandes causídicos.

Informação Institucional

- Jurisprudência dos Conselhos p. 303
- Pareceres sobre as Iniciativas Legislativas p. 303
- Vida Interna p. 303

EDITORIAL

A Revista da Ordem dos Advogados (ROA) sempre assumiu um caráter bidimensional, publicando textos, quer de natureza jus-científica e, por vezes, cultural, quer respeitantes à vida interna da Ordem dos Advogados.

A atual direção ROA considera que a referida dupla faceta — jus-científica e institucional — desta Revista deve ser mantida. Todavia, isso não significa que o peso de cada uma dessas vertentes tenha de ser sempre o mesmo, tampouco que todos os números da Revista reflitam o aludido caráter dual.

Na verdade, tanto quanto nos parece, sempre foi regra das direções da ROA privilegiarem a publicação de textos jus-científicos. Porém, a atual direção pretende acentuar ainda mais esta faceta. Ademais, em cada volume, tentaremos publicar textos de diversas áreas do Direito, conferindo-lhe assim um caráter pluridisciplinar. Para além disso, muito gostaríamos de publicar textos de diferentes ciências, bem como de jaez cultural, conexos com o Direito, pese embora a obtenção de trabalhos com tais características não seja fácil.

Em face do que deixámos dito, será escassa, ou mesmo nula, a informação institucional publicada na edição em papel, sendo aí incluído um código de resposta rápida (*Quick Response Code* ou *QR Code*), com o qual essa informação poderá ser consultada *online*.

O volume da ROA que agora se publica, o qual reúne os números I e II de 2024, tenta refletir a referida orientação editorial. Cremos ser manifesto o destaque conferido aos textos de caráter jus-científico. Tais textos incidem sobre diferentes áreas do Direito. É publicado um texto sobre Literatura e Direito. Na respetiva edição em papel, o leitor encontra um código de resposta rápida, com o qual poderá aceder *online* a diversa informação institucional.

A direção da ROA decidiu comemorar o 50.º aniversário da Revolução de 25 de Abril de 1974, publicando uma separata do presente volume. Deixo a apresentação dessa separata para o respetivo editorial. Aqui, pretendo apenas consignar que não se tratou de empresa fácil, tendo por isso importado algum atraso na publicação deste volume da nossa Revista. Por esse atraso apresento as minhas desculpas.

Lisboa, 3 de dezembro de 2024

RENATO LOPES MILITÃO

Doutor em Direito — Ciências Jurídico-Criminais
Subdiretor da ROA

VICISSITUDES DO ARRENDAMENTO E SOCIEDADES COMERCIAIS

Pelo Dr. José Diogo Falcão(*)

SUMÁRIO:

1. Introdução. 2. Transmissão de Participações Sociais da Sociedade Arrendatária. 3. Extinção da Sociedade Arrendatária. 4. A venda da empresa no âmbito de insolvência da sociedade arrendatária. 5. Sociedades arrendatárias constituídas por arrendatários singulares.

1. Introdução

As presentes notas visam analisar alguns dos efeitos jurídicos que determinadas vicissitudes societárias, designadamente, a transmissão de participações sociais da sociedade arrendatária, a extinção da sociedade arrendatária, a venda da empresa no âmbito de insolvência da sociedade arrendatária, as sociedades arrendatárias constituídas por arrendatários singulares, provocam nas relações arrendatícias. Como é, por todos, sabido com a entrada em vigor do NRAU, em 2006, o legislador abandonou a tradicional classificação dos contratos de arrendamento quanto ao seu fim em arrendamento para a habitação, actividade comercial ou industrial, exercício de profissão liberal e outra aplicação lícita do prédio, para se centrar na classificação do arrendamento para fim habitacional ou não habitacional. Claro está que os arrendamentos para o exercício do comércio ou indústria não deixaram de existir, passando a aplicar-se-lhes, entre outras, as normas relativas aos arrendamentos para fins não habitacionais, previstas nos arts. 1108.º a 1113.º do Código Civil, e os princípios defini-

(*) Advogado; Professor no ISCAP-IPP.

dos para o arrendamento habitacional, para os quais o art. 1110.º do Código Civil remete.

Nas últimas décadas temos vindo a assistir à transformação da estrutura organizativa da empresa, enquanto organização unitária de meios produtivos. E isto, desde logo, porquanto a célula económica que no século XX assentava na empresa individual explorada por um empresário ou comerciante singular foi gradualmente dando lugar, nos dias de hoje, à empresa colectiva, normalmente explorada por uma sociedade comercial.

Esta transformação da empresa traz consigo novos, e por vezes complexos, desafios ao direito do arrendamento, na medida em que implica uma maior interligação entre este contrato e diversos temas societários. Destarte, o estudo do tradicionalmente apelidado *arrendamento comercial* passou a exigir uma estreita conexão deste contrato, tradicionalmente disciplinado no Código Civil, com o Direito das Sociedades.

Naturalmente que os tradicionais institutos do trespasse (art. 1112.º do Cód. Civil) ou da locação do estabelecimento (art. 1109.º do Cód. Civil) previstos no Direito Comercial, continuam, como no passado, a disciplinar a transmissão da empresa, consoante se trate, respectivamente, de transmissão definitiva da titularidade desta ou da sua transmissão temporária.

Mas, actualmente, surgem no giro comercial das empresas instaladas em locais arrendados inúmeras vicissitudes inerentes à “empresa colectiva” detida por uma sociedade comercial. Daí que, numa visão actualista, falar hoje de arrendamento comercial implica, com frequência, abordar diversos temas societários, que o pretendemos sublinhar com o presente artigo.

2. Transmissão de Participações Sociais da Sociedade Arrendatária

2.1. Nos dias de hoje, a transmissão indirecta da empresa, realizada através da transmissão de participações sociais de controlo da sociedade titular da empresa (*share deal*) instalada em local arrendado, tem assumido a principal modalidade de negociação empresarial.

Como ensina PEDRO PAIS DE VASCONCELOS⁽¹⁾ «é correntíssimo, na prática, que a transmissão de um estabelecimento comercial seja feita através da cessão da totalidade das quotas, ou da venda da totalidade da acções, da

⁽¹⁾ *In Contratos Atípicos*, Coleção Teses, Almedina, 1995, p. 253.

sociedade que é titular desse estabelecimento. A generalidade dos estabelecimentos comerciais com alguma importância económica pertence a sociedades comerciais e não a comerciantes individuais. A maior parte dos estabelecimentos comerciais de pequena dimensão pertence a sociedades por quotas e a generalidade das sociedades por quotas, no comércio, tem apenas um estabelecimento. Esta circunstância, que é corrente, permite que, para transmitir o estabelecimento, as partes se limitem a transmitir as quotas da sociedade a que pertence. Esta prática não levanta necessariamente problemas de unipessoalidade da sociedade; basta que os sócios anteriores transmitam a mais do que um sócio adquirente, com ou sem divisão das quotas. Em muitos casos sucede mesmo que tanto os alienantes como os adquirentes são marido e mulher, com quotas iguais, sendo suficiente a simples cessão de quotas. A cessão de quotas, em caso como estes, tem vantagens sobre o trespasse. Evita a ruptura de relações jurídicas característica do trespasse, com todos os problemas acarretados pela substituição do trespasante pelo trespasário na titularidade de direitos, obrigações e relações jurídicas, evita as questões atinentes à determinação concreta do âmbito material e jurídico do trespasse, evita o direito de preferência do senhorio, se as instalações forem arrendadas, e é menos dispendioso em termos fiscais e emolumentares».

De facto, a compra e venda de participações sociais de controlo (partes, quotas ou acções) que atribuam ao adquirente um poder de controlo sobre a sociedade comercial titular de uma empresa (*share deal*) é o instrumento de transmissão empresarial com maior utilização prática quando confrontado com a transmissão directa da empresa, tradicionalmente assegurada através do trespasse.

A transmissão da empresa através da alienação de participações sociais tem por objecto fracções do capital social e não o património de uma sociedade comercial, pelo que sendo a sociedade comercial detentora de uma empresa ela permanece dona da mesma após a celebração do negócio de transmissão de participações sociais, o qual não interfere na titularidade jurídica da empresa. Quer isto significar que a propriedade da empresa se mantém na sociedade comercial, não detendo os sócios qualquer direito real de disposição, gozo ou fruição sobre os bens sociais, mas antes um direito de propriedade sobre a participação social, constituída por um feixe de direitos e obrigações sobre a sociedade (v.g. o direito a quinhão nos lucros; a obrigação de entrada). Claro está que a transmissão de um lote maioritário de participações sociais visa investir o adquirente numa posição de domínio da sociedade, *máxime* o seu governo, embora mediatizado através da personalidade jurídica da sociedade.

Nesse sentido, e numa análise meramente funcional e económica, a alienação de participações sociais de controlo sobre a empresa social poderá apresentar algumas similitudes com transmissão directa da empresa à semelhança do que se passa com o trespasse. Em todo o caso, não se confunde com este. Desde logo, reitera-se, a transmissão de participações sociais tem por objecto a *participação social*, enquanto o trespasse tem por objecto uma *empresa*. Tendencialmente, o trespasse é a modalidade típica de transmissão da pequena empresa enquanto que a compra e venda de participações sociais é a modalidade típica de circulação da média e grande empresa.

Há, pois, diferenças entre ambas as realidades, que se repercutem em diversos aspectos do regime jurídico.

Como é consabido, o trespasse tem por objecto a transmissão da empresa em si mesma, sendo que através do trespasse se transferem voluntariamente e de modo unitário todos os elementos que integram a empresa, não existido, porém, no direito positivo um regime legal próprio para este negócio, o que implica a necessidade de respeitar as regras legais atinentes à transmissão de cada um dos elementos integrantes da empresa. Assim, no caso de bens imóveis, o trespasse exige a necessidade de forma solene, ou a necessidade de notificação do senhorio caso a empresa esteja instalada em imóvel arrendado, seja para exercer o direito de preferência, seja para comunicar a realização do trespasse; já no que toca aos bens móveis sujeitos a registo (v.g. automóveis), torna-se necessário proceder ao seu registo (cf. Decreto-Lei n.º 54/75, de 12 de Fevereiro); ou a entrega material para a generalidade dos demais bens móveis; no que tange aos direitos de propriedade industrial é necessário proceder ao respectivo averbamento (cf. art. 30.º do Cód. da Propriedade Industrial); no que respeita aos créditos ou débitos torna-se necessário observar as regras previstas, respectivamente, nos arts. 577.º e 595.º do Código Civil.

De facto, quanto aos créditos do trespasante decorrentes da sua exploração empresarial (v.g. créditos resultantes de vendas a clientes, etc.), não se transmitem para o trespasário adquirente da empresa. Para que tais créditos se transmitam torna-se necessário a existência de acordo (expresso ou tácito) entre o trespasante (o credor) e o trespasário, nos termos do previsto no art. 577.º, n.º 1 do Código Civil e a respectiva notificação aos devedores, de acordo com o estatuído no art. 583.º, n.º 1 do Código Civil.

No que concerne às dívidas emergentes da exploração da empresa (v.g. dívidas a fornecedores) subsistem na esfera jurídica do trespasante após o trespasse da empresa, tornando-se necessário, para que estas se transmitam para o trespasário e adquirente da empresa, que trespasante e

trespassário acordem nesse sentido, devendo o acordo ser ratificado pelos credores conforme preceituam os arts. 595.º, n.º 1, al. *a*) e 596.º do Código Civil, ou então que haja acordo escrito expresso entre o adquirente da empresa e os respectivos credores, independentemente do consentimento do trespassante [*vide* art. 595.º, n.º 1, al. *b*) do Código Civil]. Em ambas as hipóteses o trespassante permanece responsável solidário pelas dívidas transmitidas, salvo no caso de declaração expressa de exoneração subscrita pelos respectivos credores (*vide* art. 595.º, n.º 2 do Código Civil).

Já no que tange à transmissão de participações sociais não há a necessidade de respeitar as diversas regras relativas à circulação de cada elemento que integra a empresa, cuja titularidade se mantém na sociedade. Como vai acima referido, a personalidade jurídica da sociedade comercial e a inerente autonomia patrimonial implica que a propriedade da empresa social permaneça na esfera da sociedade comercial, pelo que esta mantém a titularidade das posições activas e passivas decorrentes da exploração da empresa, independentemente do negócio transmissivo da totalidade ou da larga maioria das participações sociais, o qual incide sobre o capital social, não atingindo as posições activas e passivas da empresa. Dito por outras palavras, os créditos e as dívidas da empresa, bem como os bens móveis e imóveis, entre outros elementos integrantes, permanecem ligados à sociedade comercial, não sendo transmitidos a terceiro.

Já foi, porém, defendido por alguma doutrina⁽²⁾ que a transmissão da totalidade das participações sociais, seja em globo seja em maioria, pode envolver a transmissão da propriedade da empresa, assim se equiparando a transmissão de participações sociais ao trespassse. Tal equiparação é, por regra, efectuada com recurso à chamada teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

Daqui decorreriam as seguintes consequências: ao senhorio do imóvel onde está instalada a empresa assiste o direito de preferência; os sócios cedentes da participação social encontram-se vinculados a não concorrer com a sociedade comercial, titular da empresa; e, por fim, à venda da totalidade ou da maioria das participações sociais deve aplicar-se o regime legal relativo à responsabilidade por vícios do bem transmitido⁽³⁾.

Com exclusão do direito de preferência, que será adiante analisado, cremos que as restantes duas consequências se poderão aplicar à venda da

(2) *Vide* COUTINHO DE ABREU, in “Da Empresarialidade. As Empresas no Direito”, Almedina, 1996, p. 344, ss.

(3) *Vide* FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, in *Alienação e Oneração de Estabelecimento Comercial*, Almedina, 2005, pp. 123 e 124.

totalidade ou da larga maioria das participações sociais, dada a similitude existente entre a transmissão da totalidade de participações sociais, ou de participações sociais que conferem o controlo da sociedade, e o trespasse.

2.2. Foi, igualmente, debatido pela jurisprudência, essencialmente na vigência do RAU, se a transmissão de participações sociais de uma sociedade arrendatária obrigava a comunicar ao senhorio aquela transmissão, por aplicação do disposto no art. 1038.º, al. g) do Cód. Civil. Tal questão advinha precisamente da equiparação sustentada por alguma doutrina entre a transmissão da totalidade de participações sociais e o trespasse. O Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 27/06/2006⁽⁴⁾ considerou que na falta de comunicação ao senhorio da transmissão da totalidade das participações sociais da sociedade arrendatária, assistia àquele o direito de despejar a sociedade inquilina.

De acordo com o sumário do referido Acórdão:

«I — A alienação da totalidade das participações representativas do capital social de uma determinada sociedade comercial constitui um caso de desconsideração de personalidade jurídica e traduz-se no trespasse do respectivo estabelecimento comercial. Não tendo sido comunicada tal alienação aos senhorios, foi violado o contrato de arrendamento, facultando àqueles fundamento para a resolução do mesmo, nos termos do art. 64.º, n.º 1, al. f) do RAU».

Foi o citado Acórdão revogado pelo Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 26/06/2007⁽⁵⁾, o qual considerou não ser possível equiparar a transmissão de participações sociais ao trespasse para efeitos de resolução do contrato de arrendamento, firmando a seguinte orientação:

«não tendo havido trespasse ou cessão do direito ao arrendamento — que se manteve na esfera jurídica da sociedade — nada havia a notificar e não foram violadas as obrigações impostas ao arrendatário pelas als. f) e g) do art. 1038.º do Cód. Civil».

Desde já adiantamos que concordamos com a doutrina firmada pelo Supremo Tribunal de Justiça, pois independentemente de, para outros efeitos como vai supra descrito, se poder equiparar a transmissão de participações sociais ao trespasse, parece-nos que, para efeitos do dever de comunicação ao senhorio, não se justifica proceder a tal equiparação.

Expliquemos a nossa posição: não querendo aprofundar a temática em torno da desconsideração da personalidade jurídica, por se afastar do

(4) *In* <www.dgsi.pt>. Relator: Desembargadora Maria José Simões.

(5) *In* <www.dgsi.pt>. Relator: Conselheiro Afonso Correia.

tema do presente estudo, não cremos, desde logo, que se justifique recorrer para este efeito à teoria da desconsideração da personalidade jurídica, na medida em que esta solução visa corrigir condutas antijurídicas ou em fraude à lei dos sócios que abusaram da personalidade jurídica da sociedade e, dessa forma, causaram danos a terceiros. Ora, a transmissão de quotas ou de acções não visa atingir qualquer fim ilegítimo ou um resultado danoso, sendo de contar que os sócios de uma sociedade arrendatária transmitam a terceiros as suas participações sociais, pois estas são legal e naturalmente transmissíveis.

Por outro lado, é consabido que a obrigatoriedade de comunicação ao senhorio da cessão da posição de arrendatário visa permitir àquele fiscalizar o negócio realizado, para apurar se ele coincide com a autorização prestada ou, não sendo essa autorização necessária, se o negócio observa os pressupostos legais para a dispensa de autorização do senhorio (v.g. no caso de trespasse).

Com efeito, ao senhorio assiste o direito de conhecer a transmissão realizada para apurar se o arrendatário actuou no âmbito da autorização dada pelo senhorio ou da própria lei, quando dispense essa autorização. Daí a necessidade de o arrendatário comunicar ao senhorio a cessão da posição contratual ou do trespasse.

Porém o arrendatário já não terá que comunicar ao senhorio qualquer facto que não tenha qualquer relevância na relação arrendatícia, designadamente se, nem sequer em abstracto, confere o direito à resolução do contrato de arrendamento.

Por isso se compreende que caso o arrendatário se mantenha no gozo do local arrendado e apenas trespasse o estabelecimento comercial desacompanhado do direito ao arrendamento não tenha que comunicar o trespasse do estabelecimento comercial ao senhorio, uma vez que o trespasse não envolveu a cessão do gozo do prédio arrendado que continua a ser fruído pelo arrendatário. Neste caso, apesar da sua natureza invulgar e pouco frequente, o arrendatário limita-se a dispor sobre uma coisa sua — a empresa — desacompanhada de um dos seus elementos integrantes consistente no local arrendado.

Quer isto significar que o arrendatário apenas terá de comunicar ao senhorio quaisquer factos que assumam relevância jurídica no âmbito da relação arrendatícia. Não terão, pois, de ser comunicados ao senhorio factos inócuos ou irrelevantes do ponto de vista da relação contratual de arrendamento.

Ora, atendendo a que a transmissão de participações sociais da sociedade arrendatária não implica qualquer alteração subjectiva no contrato de

arrendamento, decorre que a comunicação ao senhorio não fará sentido, pois não lhe cabe aqui o poder de fiscalizar a licitude da mesma.

Aliás, sempre se dirá não ser o senhorio titular de nenhum interesse que justifique obstaculizar ou interferir na alteração da estrutura societária da sociedade arrendatária, pois o senhorio não pode nem deve pretender que os sócios da sociedade arrendatária permaneçam os mesmos durante a vigência do contrato de arrendamento.

Destarte, não carecendo a transmissão de participações sociais da sociedade arrendatária da autorização do senhorio, não se justifica nem faz sentido atribuir-se a este o direito de exigir a comunicação de transmissão. E menos sentido faria, ainda, atribuir-lhe o direito de aplicar a sanção máxima, isto é de resolver o contrato de arrendamento, com fundamento na ausência de tal comunicação.

2.3. Por fim, no que tange ao direito de preferência do senhorio, estatui o n.º 4 do art. 1112.º do Cód. Civil que caso a sociedade arrendatária trespasse a sua empresa instalada em local arrendado, e desde que esse trespasse se enquadre num contrato de compra e venda ou de dação em cumprimento, é o senhorio (salvo convenção em contrário) titular de um direito de preferência na aquisição dessa empresa.

Importa apreciar se, no caso de transmissão da totalidade ou da maioria das participações sociais da sociedade arrendatária, o senhorio também goza de idêntico direito de preferência por aplicação da supra referida disposição legal.

Como vai supra referido, aqui, ao contrário do trespasse, não ocorre qualquer modificação subjectiva na posição da arrendatária que continua a ser a sociedade.

Alguma doutrina já pugnou pela atribuição ao senhorio de um direito de preferência na aquisição da empresa em caso de transmissão da totalidade ou da maioria das participações sociais da sociedade arrendatária, por entender que por esta via se alcançaria o mesmo resultado — a transmissão definitiva da empresa para terceiros —, ainda que através da interposição da sociedade arrendatária. Nesse sentido vai a orientação defendida por COUTINHO DE ABREU o qual, para o efeito do exercício do direito de preferência do senhorio no trespasse, entende «dever equiparar-se o trespasse a venda de participações sociais — ao menos quando todas sejam alienadas e o património empresarial se identifique com o da sociedade»⁽⁶⁾.

(6) *In Curso de Direito Comercial*, Vol. II, 5.ª ed., Almedina, 2017, p. 370.

Não desconhecemos que se a transmissão da totalidade ou da maioria das participações sociais se opera de uma só vez, existe uma aproximação económica entre a transmissão indirecta e a transmissão directa da empresa.

No entanto, e como doutamente ensina MARIA OLINDA GARCIA «abaixo dessa linha máxima de identidade valorativa a equiparação de situações torna-se mais difícil e complexa»⁽⁷⁾.

De facto, caso as participações sociais sejam transmitidas com intervalos, porventura de anos, cabe questionar sobre qual o momento relevante para efeitos daquela equiparação. Deverá esta ocorrer aquando da transmissão de mais de 50% do capital social? Deverá ser exigido uma maioria qualificada? Ou a transmissão da totalidade do capital social? Nestes casos torna-se difícil estabelecer o momento em que se poderá afirmar com segurança existir uma verdadeira equiparação entre o trespasse e a transmissão das participações sociais.

Por outro lado, o direito de preferência do senhorio implica que a sociedade arrendatária tenha trespasado a empresa a título oneroso, seja porque a vendeu, seja porque a transmitiu em dação em cumprimento. Daqui resulta, “*a contrario*”, que sendo o trespasse realizado a título gratuito, não é o senhorio titular de qualquer direito de preferência, o que se compreende pois não faz sentido que a celebração de um negócio gratuito origine a produção de efeitos jurídicos ponderados à luz de interesses mercantis.

Ora, caso as participações sociais fossem transmitidas gratuitamente já não seria possível estabelecer qualquer equiparação entre a transmissão directa e a transmissão indirecta da empresa. *Mutatis mutandis* se apenas uma parte das participações sociais da sociedade arrendatária, por mais ínfima que tal parte represente no capital social da sociedade arrendatária, fosse transmitida gratuitamente. Também aqui se torna difícil proceder à equiparação entre o trespasse e a transmissão de participações sociais para efeitos do direito de preferência do senhorio.

Por fim, o valor económico da empresa e das participações sociais da sociedade arrendatária pode ser distinto, pois apesar do valor económico destas depender do valor económico da empresa societária, a verdade é que as participações sociais têm um valor próprio que poderá não coincidir com o da empresa societária. Surgiriam, pois, dificuldades acrescidas com vista a determinar o valor da empresa e o valor das participações sociais transmitidas. Isto, sem olvidar a existência de uma panóplia de métodos destinados

(7) *In Arrendamentos para Comércio e Fins Equiparados*, Coimbra Editora, 2006, p. 157.

a avaliar a empresa, uns baseados no critério do património, outros na rentabilidade, na liquidação, na circulação, ou até critérios mistos.

Em face das dificuldades descritas, e de outras, tais como quando a sociedade arrendatária é titular de vários estabelecimentos instalados em diversos locais arrendados, entendemos não assistir ao senhorio um direito de preferência aquando da transmissão da totalidade ou da maioria das participações sociais da sociedade arrendatária⁽⁸⁾.

3. Extinção da Sociedade Arrendatária

3.1. A dissolução de uma sociedade traduz-se numa modificação da situação jurídica da sociedade, na medida em que esta não se extingue conservando a sua personalidade jurídica até ao registo de encerramento da liquidação (art. 160.º, n.º 2 do Cód. das Sociedades Comerciais [CSC]). Mantém-se, assim, a personalidade jurídica da sociedade, a qual se prolonga mesmo para além do desaparecimento do substrato.

A dissolução de uma sociedade pode decorrer de várias causas, nomeadamente, de causas geradoras de dissolução imediata (art. 141.º do CSC), de dissolução administrativa ou por deliberação dos sócios (art. 142.º do CSC), e de dissolução oficiosas.

Dissolvida a sociedade, entra a mesma na fase da liquidação que é a situação jurídica em que se encontra a sociedade como consequência da sua dissolução e que tem por finalidade a partilha do activo remanescente após a liquidação do passivo (cf. arts. 146.º e segts. do CSC).

Enquanto decorre o processo de liquidação da sociedade, esta mantém personalidade jurídica, apenas se considerando extinta a sociedade, como vai acima referido, com o registo do encerramento da liquidação (art. 160.º, n.º 2 do CSC).

Naturalmente que, extinguindo-se a sociedade arrendatária, caduca o contrato de arrendamento nos termos previstos no art. 1051.º, al. d) do Cód. Civil.

Pode, no entanto, suceder que durante o processo de liquidação da sociedade o direito ao arrendamento da sociedade se possa transmitir.

Consagra o art. 152.º, n.º 1 do CSC a regra geral da equiparação dos liquidatários a membros dos órgãos de administração da sociedade,

⁽⁸⁾ No mesmo sentido *vide* MARIA OLINDA GARCIA, *In Arrendamentos para Comércio e Fins Equiparados*, p.158.

visando o n.º 2 da citada disposição legal permitir que os sócios autorizem os liquidatários para a prática de determinados actos. Estipula o art. 152.º, n.º 2, al. d) do CSC que os liquidatários sejam autorizados pelos sócios a proceder “*ao trespasse do estabelecimento da sociedade*”. Nesta hipótese, caso o trespasse assuma a forma de venda ou de dação em cumprimento, assiste ao senhorio o direito de preferência que o art. 1112.º, n.º 4 do Cód. Civil lhe atribui.

3.2. Por outro lado, prevê o art. 156.º do CSC a partilha do activo restante. Por activo restante entende-se o património líquido sobranter após terem sido satisfeitos ou acautelados os direitos dos credores da sociedade. Trata-se do direito do sócio à denominada quota de liquidação, o qual, uma vez constituído, passa a integrar a esfera jurídica de cada sócio.

A primeira regra que decorre do n.º 1 do art. 156.º do CSC é a da primazia da partilha em dinheiro sobre a partilha em espécie. Esta última só é legalmente admitida se estiver prevista no contrato de sociedade ou se for deliberada unanimemente pelos sócios. Com efeito, em sede de partilha de quota de liquidação, nenhum sócio é obrigado a receber contra a sua vontade bens concretos e determinados.

Porém, caso haja lugar à partilha em espécie do activo da sociedade, é possível ocorrer a transmissão a favor de um (ou mais) sócio(s) do estabelecimento comercial da sociedade. Estamos, assim, em face de um trespasse, o qual envolve a transmissão do direito ao arrendamento sem necessidade do consentimento do senhorio⁽⁹⁾, recaindo sobre o(s) sócio(s) adquirente(s) do estabelecimento comercial o dever, previsto no art. 1038.º, al. g) do Cód. Civil, de comunicar, no prazo de quinze dias, ao senhorio aquela transmissão do direito ao arrendamento.

(9) Vide, nesse sentido, Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 04/10/2007, in <www.dgsi.pt>. Relator: Desembargador Mário Serrano, cujo sumário se transcreve: «I — Em caso de dissolução ou extinção da pessoa colectiva arrendatária, e ressalvada a possibilidade de transmissão do estabelecimento por trespasse, o arrendamento caduca, por força da al. d) do art. 1051.º do CC. II — Porém a dissolução não extingue imediata e formalmente a sociedade, dando lugar a uma fase de transição, para operações de liquidação e partilha, que só no seu termo culmina com a extinção da sociedade. III — Durante o processo de liquidação pode haver transmissão do estabelecimento comercial instalado no local arrendado por adjudicação a um dos sócios na respectiva escritura de dissolução, liquidação e partilha da sociedade arrendatária. IV — Se tal acontecer essa adjudicação traduziu-se num verdadeiro trespasse, na medida em que configura uma transmissão entre vivos, definitiva e unitária de estabelecimento comercial, celebrada por escritura pública e sem que seja necessária para tal transmissão autorização do senhorio, em conformidade com o disposto no art. 1118.º do C. Civil e consequentemente tendo operado validamente aquela transmissão, não poderá ser declarada a caducidade do contrato de arrendamento».

3.3. Porém, não se tratando de um trespasse por venda ou dação em cumprimento, mas antes de uma “sucessão” no estabelecimento comercial a título particular que resulta de um acto translativo realizado pela sociedade, não caberá ao senhorio o direito de preferência.

Importa sublinhar, como doutamente ensina MARIA OLINDA GARCIA, que «se da partilha do activo social resultar a atribuição do estabelecimento a um sócio (que o instalará noutra local) e a atribuição do respectivo direito ao arrendamento a outro sócio (para, eventualmente, aí instalar um novo estabelecimento), a transmissão deste direito isoladamente não será tutelada *ex lege*; necessitará do consentimento do senhorio, pois também aqui valerá a regra subjacente ao art. 1112.º, n.º 1, alínea *a*), ou seja, a regra da incidibilidade entre a transmissão do direito ao arrendamento do local onde o estabelecimento se encontra instalado e a transmissão desse estabelecimento»⁽¹⁰⁾.

3.4. No caso de dissolução de uma sociedade unipessoal, não há, em rigor, lugar à aplicação das regras que disciplinam a partilha do activo restante dada a situação de unipessoalidade existente.

Nesta hipótese verifica-se uma transmissão global e universal do património da sociedade unipessoal para o sócio único. Esta modificação subjectiva na relação arrendatícia tem natureza jurídico-formal, já que, na materialidade, a transmissão do gozo do imóvel dá-se a favor do sócio único, o qual, embora mediatizado pela sociedade unipessoal, era quem já detinha, em exclusivo, o gozo do local arrendado. Deste modo, a transmissão do estabelecimento e do direito ao gozo do imóvel para o sócio (único), atenta a sua natureza singular, pode ser equiparada a uma transmissão “*mortis causa*” do arrendatário. Por essa razão cremos que em face da dissolução de uma sociedade unipessoal, atendendo à natureza excepcional deste tipo de sociedade, não se aplicam as normas que disciplinam o trespasse, não existindo o direito de preferência do senhorio ou o dever, previsto no art. 1038.º, al. g) do Cód. Civil, de comunicar, no prazo de quinze dias, ao senhorio aquela transmissão do direito ao arrendamento.

⁽¹⁰⁾ *In Arrendamentos para Comércio e Fins Equiparados*, p. 144.

4. A venda da empresa no âmbito de insolvência da sociedade arrendatária

4.1. Preceitua o n.º 1 do art. 108.º do Cód. da Insolvência e da Recuperação da Empresa (CIRE) que a declaração de insolvência do inquilino não suspende o contrato de arrendamento, mantendo-se este em vigor (contrariamente à regra geral prevista no art. 102.º do CIRE que prevê a suspensão dos contratos bilaterais). Assiste, porém, ao administrador de insolvência o direito de, a todo o tempo, denunciar o contrato de arrendamento devendo, para o efeito, respeitar um pré-aviso de 60 dias.

Atribui, assim, o art. 108.º do CIRE ao administrador de insolvência o poder de optar entre a manutenção do contrato de arrendamento, se isso for do interesse dos credores da massa insolvente, ou a sua extinção através da denúncia imotivada, respeitando o referido pré-aviso.

No caso de o administrador da insolvência optar pela manutenção do contrato de arrendamento, deve assegurar o seu pontual cumprimento, pagando as rendas devidas ao senhorio e continuando este vinculado a proporcionar o gozo do local arrendado.

4.2. Com a prolação da sentença de declaração de insolvência determina-se, entre outras providências, a apreensão de todos os bens do devedor para entrega ao administrador da insolvência — cf. art. 149.º do CIRE.

Dispõe o art. 150.º do CIRE que o poder de apreensão faz incidir sobre o administrador da insolvência o dever de diligenciar no sentido de os bens lhe serem imediatamente entregues, para que deles fique depositário.

A apreensão dos bens do devedor tem uma dupla finalidade: visa evitar que este pratique quaisquer actos que possam prejudicar a garantia patrimonial dos seus credores e, simultaneamente, permitir a liquidação e consequente pagamento aos credores.

Os bens do devedor, depois de apreendidos, constituem da denominada “massa insolvente” a qual, de acordo com o preceituado no n.º 1 do art. 46.º do CIRE, é constituída pelos bens e direitos (incluindo o direito ao arrendamento) que integram o seu património à data em que é proferida a sentença de insolvência, a que acrescem os bens e os direitos que o devedor, porventura, adquira durante o processo de insolvência.

Sendo declarada a insolvência fica o administrador de insolvência investido no *poder-dever* de praticar os actos de administração e disposição dos bens e direitos integrantes da massa insolvente, ficando a insol-

vente, por si e pelos seus administradores, privada daqueles poderes — art. 81.º, n.º 1 do CIRE.

No caso de um ou mais estabelecimentos comerciais integrarem a massa insolvente, pode o administrador da insolvência proceder ao seu encerramento desde que se encontrem verificados os requisitos das alíneas *a)* e *b)* do art. 157.º do CIRE. Em todo o caso, pode sempre a assembleia de credores de apreciação do relatório deliberar sobre o encerramento ou manutenção em actividade do estabelecimento comercial (ou estabelecimentos) compreendido na massa insolvente — art. 156.º, n.º 2 do CIRE.

Na fase da liquidação pode ser efectuada a venda da empresa/estabelecimento compreendida na massa insolvente da sociedade da devedora. Dispõe o art. 162.º do CIRE que a empresa compreendida na massa insolvente é alienada como “um todo”, o que significa que a empresa é vendida como uma unidade jurídica organizada, ou seja é objecto de um trespasse.

Ora, compreende-se bem esta opção legislativa, pois a fase da liquidação visa alcançar o maior rendimento com vista à satisfação dos credores da insolvente.

Importa sublinhar a necessidade de consentimento da comissão de credores, ou, na sua falta, da assembleia de credores para a prática de actos jurídicos pelo administrador de insolvência que assumam especial relevo para o processo de insolvência, sendo que o trespasse da empresa (ou de estabelecimento ou da totalidade das existências) configura um acto dessa natureza — cf. n.ºs 1 e 3, al. *a)* do art. 161.º do CIRE.

Caso a proposta de aquisição da empresa se revele economicamente insatisfatória ou se reconheça vantagem para a massa insolvente na venda isolada dos bens que a integram deverá optar-se pela alienação individual dos bens que compreendem a empresa — art. 162.º, n.º 1. Neste caso, já não existirá trespasse.

4.3. Efectuado o trespasse da empresa instalada em imóvel arrendado que implique a transmissão da posição de arrendatário deverá ser comunicado o mesmo ao senhorio, no prazo de quinze dias contados da data da conclusão do contrato de trespasse — art. 1038.º, al. *g)* do Código Civil —, podendo essa comunicação ser realizada pelo administrador de insolvência ou pelo adquirente da empresa.

Quanto aos efeitos decorrentes da falta de comunicação, pode-se questionar se, face à redacção introduzida pelo NRAU, a falta da comunicação, em caso de trespasse, é fundamento de resolução do contrato de arrendamento.

O actual art. 1083.º do Cód. Civil preceitua:

1 — *Qualquer das partes pode resolver o contrato, nos termos gerais de direito, com base em incumprimento pela outra parte.*

2 — *É fundamento de resolução o incumprimento que, pela sua gravidade ou consequências, torne inexigível à outra parte a manutenção do arrendamento, designadamente, quanto à resolução pelo senhorio:*

...

e) *A cessão, total ou parcial, temporária ou permanente e onerosa ou gratuita, do gozo do prédio, quando ilícita, inválida ou ineficaz perante o senhorio».*

Esta norma, que aparentemente parece ir ao encontro dos interesses do senhorio por extinguir a taxatividade das causas resolutivas, anteriormente prevista no art. 64.º do RAU, apenas permite a resolução do contrato desde que preenchida a cláusula geral da “*inexigibilidade*” da manutenção do arrendamento.

Assim, o n.º 2 do art. 1083.º do Cód. Civil impõe, para efeitos de resolução do contrato de arrendamento, a necessidade de ocorrer um incumprimento qualificado, ou seja, um incumprimento que, pela sua gravidade ou consequências, torne inexigível à outra parte a manutenção do arrendamento.

Vale dizer, para que o incumprimento fundamente a resolução do contrato de arrendamento deverá ter-se em consideração a natureza do mesmo, as suas consequências, e, porventura, a sua reiteração, de forma a avaliar a *inexigibilidade*, para o outro contraente, da manutenção da relação arrendatícia.

Nas diversas alíneas do n.º 2 do art. 1083.º do Cód. Civil, o legislador enunciou com carácter exemplificativo, quanto à resolução do arrendamento pelo senhorio, diversas situações de incumprimento.

É hoje aceite pela maioria de doutrina e da jurisprudência que o legislador, no n.º 2 do art. 1083.º do Cód. Civil, adoptou a denominada “*técnica dos exemplos-padrão*”, segundo a qual as diversas alíneas da referida disposição legal não constituem, por si só, na sua materialidade, fundamento de resolução. Torna-se assim necessário apurar em cada caso se ocorre a situação objectiva de incumprimento do contrato, mas também se esse incumprimento, pela sua gravidade ou consequências, torna inexigível ao senhorio a manutenção do arrendamento. A declaração da resolução do contrato de arrendamento por parte do senhorio com fundamento na cláusula geral constante do n.º 2 do art. 1083.º do Cód. Civil, implica o recurso à acção judicial, sendo necessário alegar e provar, para além de qualquer uma das situações enunciadas nas suas alíneas (sendo caso disso), os factos que preencham a cláusula geral de “*inexigibilidade*” da manutenção

do arrendamento para o senhorio. Sobre o senhorio recai, naturalmente, tal ónus de alegação e de prova quer dos factos integrantes das várias alíneas do citado n.º 2 do preceito legal, quer dos factos integrantes da cláusula geral constante do n.º 2 da mesma disposição legal.

Considera, no entanto, DAVID MAGALHÃES que «não sendo cumprida a obrigação do art. 1038.º/g), pode o arrendamento ser resolvido dada a ineficácia da cedência face ao locador»⁽¹¹⁾. Entende, assim, o distinto autor assistir ao senhorio o direito de resolver o contrato de arrendamento em caso de incumprimento da obrigação de comunicação prevista no art. 1038.º g) do Cód. Civil, não necessitando o senhorio de alegar mais factos destinados a preencher a cláusula geral da “*inexigibilidade*” para si da relação arrendatícia.

Também MENEZES LEITÃO, sustenta que a falta da comunicação prevista na alínea g) do art. 1038.º do Cód. Civil torna o negócio ineficaz perante o senhorio e lhe dá o direito de resolução⁽¹²⁾.

Na mesma linha se pronunciou FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, referindo-se ao trespasse e sustentando que a inexistência de notificação prevista na alínea g) do art. 1038.º do Cód. Civil é susceptível de gerar, em princípio, a resolução do contrato pelo senhorio. Será até legítimo concluir-se que está aqui em causa uma *presunção ilidível de inexigibilidade*⁽¹³⁾.

Diga-se que a falta de comunicação implica a ineficácia relativa (e em sentido estrito) do trespasse perante o senhorio, pelo que concordamos com a posição de FERNANDO DE GRAVATO MORAIS na medida em que sendo a cessão do gozo do local arrendado ineficaz em relação ao senhorio estaremos em face de uma *presunção*, ainda que ilidível, de *inexigibilidade* da manutenção do arrendamento, assistindo em consequência ao senhorio o direito de declarar a resolução do contrato de arrendamento.

Neste caso, caberá à sociedade trespasária (ou trespasante) ilidir tal *presunção* recaindo sobre esta o ónus de alegar factos impeditivos ou extintivos do direito do autor à resolução do contrato de arrendamento.

(11) *In A Resolução do Contrato de Arrendamento Urbano*, Almedina, 2009, p. 317.

(12) *In Arrendamento Urbano*, 11.ª ed., Almedina, 2022, p. 150. Na jurisprudência o Acórdão da Relação do Porto de 10/10/2013, in <www.dgsi.pt>, proc. 1494/12.7TJPRT.P1 considerou ser causa de resolução a não comunicação ao senhorio em caso de trespasse ou locação de estabelecimento. Posição algo inédita consta do Acórdão da Relação do Porto de 22/10/2018, in <www.dgsi.pt>, Proc. 20580/15.5T8PRT.P1, o qual considerou que a falta de comunicação em caso de trespasse constitui o inquilino/trespasante na obrigação de indemnizar o senhorio pelos prejuízos decorrentes da quebra negocial.

(13) *In Novo Regime do Arredamento Urbano*, 3.ª ed., Almedina, 2011, p. 351.

Só assim não será se o senhorio reconhecer a sociedade trespassária como arrendatária, pois neste caso o art. 1049.º do Cód. Civil retira-lhe o direito de resolução do contrato.

4.4. No que toca ao exercício do direito de preferência por parte do senhorio, no caso de trespasse em sede de liquidação da massa insolvente, aplicam-se as normas que disciplinam a venda em processo executivo — cf. art. 165.º do CIRE.

Assim, e de acordo com o preceituado no art. 819.º do Cód. do Processo Civil, deve o senhorio, titular do direito legal de preferência, ser notificado do dia, hora e do local designados para a venda a fim de poder exercer o seu direito no próprio acto. Sendo aceite alguma proposta é o senhorio interpelado para, nesse momento, declarar se quer, ou não, exercer o seu direito — cf. art. 823.º, n.º 1 do Cód. do Processo Civil. Caso o senhorio declare que pretende exercer o seu direito de preferência, é notificado para, no prazo de quinze dias, depositar numa instituição de crédito a totalidade do preço — cf. art. 824.º, n.º 2 do Cód. do Processo Civil. Após a realização do pagamento a empresa é adjudicada e entregue ao senhorio, emitindo o administrador de insolvência o título de transmissão a seu favor — cf. art. 827.º, n.º 1 do Cód. do Processo Civil.

No caso de o senhorio não ser notificado para exercer o seu direito, ou no caso de se frustrar da notificação, assiste àquele o direito de propor a acção de preferência nos termos gerais — cf. art. 819.º, n.ºs 1 e 3 —, a qual, de acordo com o disposto no art. 1410.º do Código Civil, deverá, sob pena de caducidade, ser proposta no prazo de seis meses a contar da data em que o senhorio teve conhecimento dos elementos essenciais da venda.

Estipula o n.º 2 do art. 839.º do Cód. do Processo Civil que sendo julgada procedente a acção de preferência, a sentença a proferir constituirá um novo contrato, de conteúdo idêntico ao celebrado com o terceiro, pagando o senhorio o preço e as despesas da compra.

Destarte, no caso de liquidação da massa insolvente, o direito de preferência de que o senhorio é titular aquando do trespasse por venda do estabelecimento comercial instalado em imóvel arrendado, previsto no n.º 4 do art. 1112.º do Cód. Civil, não se rege pelo disposto no art. 416.º do Cód. Civil mas antes pelas normas que disciplinam a venda em processo executivo.

5. Sociedades arrendatárias constituídas por arrendatários singulares

5.1. A temática que iremos analisar está relacionada com a constituição de uma sociedade comercial por parte do arrendatário ou co-arrendatários singulares. Tal situação pode ter diversas razões, designadamente separação de patrimónios com vista a acautelar a responsabilidade do arrendatário singular ou dos co-arrendatários pelas dívidas emergentes da sua actividade comercial, razões de ordem financeira, contabilística, fiscal entre outras.

Estamos perante uma situação em que o arrendatário singular ou os co-arrendatários pretendem transmitir a sua empresa instalada em local arrendado para uma sociedade comercial, a constituir por si, continuando a desenvolver no local arrendado, embora mediatizado pela personalidade jurídica da sociedade arrendatária constituída, a mesma actividade que até então exerciam de forma individual. Isto é, não pretende o arrendatário singular (ou os co-arrendatários) transmitir para terceiros, estranhos à relação de arrendamento, o gozo do local arrendado, cortando qualquer laço de pertinência com o mesmo, mas antes continuar a fruir o mesmo através de nova sociedade por si constituída, sendo tal gozo mediatizado por esta.

Nestas hipóteses, importa apurar se a transmissão do gozo do local arrendado para a sociedade comercial a constituir necessita de consentimento expresso do senhorio (cuja falta gera a ilicitude) ou se está legalmente autorizada por aplicação do art. 1112.º, n.º 1, al. *a*), do Código Civil. E, no caso destas situações se encontrarem legalmente autorizadas, importa determinar se deverá ser comunicado ao senhorio no prazo de quinze dias aquela transmissão (cuja falta gera a ineficácia em relação ao senhorio), conforme preceitua a al. *g*) do art. 1038.º do Código Civil.

A transmissão definitiva do direito ao arrendamento para a nova sociedade a constituir, desde que integrada na transmissão da empresa, subsume-se na figura do *trespasse* [cf. art. 1112.º, n.º 1, al. *a*) do Cód. Civil].

No caso de o arrendatário singular comercial ou dos co-arrendatários realizarem a sua entrada em espécie por via da transmissão da empresa instalada no local arrendado, respectivamente, para a sociedade unipessoal por quotas ou para a sociedade (da qual são os únicos sócios), nenhuma dúvida parece existir de que estamos em face de um *trespasse*, pelo que não será necessário a obtenção de autorização do senhorio [cf. art. 1112.º, n.º 1, al. *a*) do Código Civil].

Da mesma forma, e será esta a hipótese mais frequente, caso o arrendatário singular ou os co-arrendatários constituam, respectivamente, uma

sociedade unipessoal por quotas ou uma sociedade (da qual são os únicos sócios) cujas entradas sejam realizadas em dinheiro, e, posteriormente, transmitam a empresa para essa sociedade, a título oneroso ou gratuito, encontramos-nos de novo no âmbito do instituto do *trespasse*, não sendo necessária a autorização do senhorio⁽¹⁴⁾.

Por fim, caso ocorra uma mera cedência autónoma do direito ao arrendamento para uma sociedade comercial unipessoal por quotas ou para uma sociedade comercial exclusivamente constituída pelo arrendatário singular ou pelos co-arrendatários (por ex. uma cessão da posição contratual ou sublocação), ainda que para explorar o mesmo ramo de comércio, é necessário o consentimento do senhorio, pois nesta hipótese inexistente autorização por via legal por não estarmos em face de um *trespasse*. Quer isto significar que, neste caso, sendo a cessão ilícita [art. 1038.º, al. *f*), do Código Civil], permitirá ao senhorio resolver o contrato de arrendamento nos termos previstos na al. *e*) do art. 1083.º do Código Civil e supra desenvolvidos para os quais se remete.

Em suma, enquanto a cedência do gozo do imóvel resultante de *trespasse* não depende da autorização do senhorio, sendo imperativamente permitida por lei com base em razões de interesse e ordem pública [cf. art. 1112.º, n.º 1, al. *a*) do Código Civil], já a mera cedência autónoma do direito ao arrendamento para sociedade comercial unipessoal por quotas constituída pelo arrendatário singular ou para uma sociedade comercial constituída exclusivamente pelos co-arrendatários, depende da autorização do senhorio.

5.2. No que concerne ao dever de comunicar, no prazo de quinze dias, ao senhorio a transmissão da posição de arrendatário para a nova sociedade, de acordo com o preceituado no art. 1038.º, al. *g*) do Código Civil, nos casos em que aquela transmissão foi consentida pelo senhorio ou é legalmente permitida independentemente do consentimento do senhorio (como ocorre no *trespasse*), importa reter que só formalmente se poderá afirmar que os arrendatários mudaram. Materialmente, o inquilino ou os inquilinos são os mesmos que continuam a ocupar aquele espaço, nele prosseguindo a mesma actividade comercial que até então vinha sendo ali desenvolvida.

Em todo o caso, cremos não se dever prescindir da comunicação do facto ao senhorio, para que este saiba naturalmente quem ocupa o imóvel e quem é o seu locatário, e sobretudo para que possa controlar a real existên-

(14) No mesmo sentido *vide* MARIA OLINDA GARCIA, in *Arrendamentos para Comércio e Fins Equiparados*, pp. 150 e 151.

cia do trespasse, de acordo com o disposto no n.º 2 do art. 1112.º do Código Civil, e tomar as medidas adequadas, no caso de haver sublocação ou outra forma de cessão da posição do arrendatário. Na prática, trata-se de permitir que o senhorio exerça o direito de conhecer a cessão realizada para saber se o arrendatário actuou dentro dos seus poderes, cedendo a sua posição de arrendatário por via de autorização dada pelo senhorio ou da lei (quando esta dispensa a autorização do senhorio).

Em sentido contrário pronunciou-se MARIA OLINDA GARCIA ao considerar que, inexistindo qualquer alteração material no que tange ao gozo do imóvel, não será necessário cumprir o dever de comunicar ao senhorio a transmissão do direito para a nova sociedade⁽¹⁵⁾.

Diga-se que, mesmo para a doutrina que entende não ser necessário comunicar ao senhorio a cedência do gozo do local arrendado, já considera dever ser-lhe comunicada a transmissão do direito ao arrendamento na hipótese de o arrendatário singular ou os co-arrendatários se associarem a terceiros para constituírem uma sociedade comercial da qual fiquem sendo sócios ele(s) próprio(s) e esses terceiros.

É que nesta hipótese a transmissão do arrendamento para essa nova pessoa colectiva irá implicar que se proporcione o gozo do imóvel a pessoas que antes não tinham o gozo desse bem. Assim, nesta hipótese, a transmissão do direito ao arrendamento para essa sociedade deverá ser comunicada ao senhorio sob pena da sua ineficácia relativamente a este.

No que concerne aos efeitos decorrentes da falta de comunicação ao senhorio no caso de transmissão do direito ao arrendamento para uma sociedade se integrar num trespasse, concretamente no que tange a determinar se a ineficácia da transmissão perante ao senhorio constitui fundamento de resolução do contrato de arrendamento, cremos, conforme a nossa posição acima exposta, que ocorre uma *presunção ilidível* de inexistência de manutenção do contrato de arrendamento, podendo o senhorio, dentro deste circunstancialismo, resolver o contrato de arrendamento [art. 1083.º, n.º 2, alínea e) do Código Civil].

5.3. Por fim, caso estejamos em face de um trespasse, importa determinar se, no âmbito da presente temática, ao senhorio assiste um

⁽¹⁵⁾ *In Arrendamentos para Comércio e Fins Equiparados*, p. 152, para quem «a alínea g) do art. 1038.º do CC deverá, portanto, ser interpretada restritivamente, excluindo-se, nesta hipótese, o dever de comunicar a cedência do direito. Assim deverá entender-se, na hipótese de o arrendatário constituir uma sociedade unipessoal bem como na hipótese de constituição de uma sociedade por quotas entre os co-arrendatários ou arrendatários parciais do mesmo local».

direito de preferência, nos termos previstos no n.º 4 do art. 1112.º do Cód. Civil.

Tal direito de preferência só existe no caso de trespasse por venda ou dação em cumprimento, pelo que no caso do trespasse resultar da entrada em espécie por via da transmissão da empresa para o património social não existirá, evidentemente, direito de preferência.

Na hipótese de as entradas do arrendatário singular ou os co-arrendatários para a sociedade serem realizadas em dinheiro, para posteriormente procederem ao trespasse por venda da empresa para a nova sociedade não deverá ser reconhecido ao senhorio a titularidade do direito de preferência, justificando-se uma interpretação restritiva da norma contida no n.º 4 do art. 1112.º do Cód. Civil. Com efeito a *ratio legis* desta norma visa permitir ao senhorio resgatar o local arrendado quando o gozo do mesmo passa a ser realizado por terceiros estranhos à relação locativa. Como vai supra referido, na hipótese sob análise, só formalmente ocorre uma mudança da posição do arrendatário, não existindo qualquer alteração subjectiva material quanto ao gozo do imóvel. Ora, só numa situação de transmissão efectiva do gozo do local arrendado para terceiros estranhos à relação de arrendamento se justifica a existência do direito de preferência por parte do senhorio, permitindo-lhe reaver o imóvel, pois neste caso já estamos perante uma modificação subjectiva formal e material do gozo do local arrendado⁽¹⁶⁾.

5.4. Apreciando a temática sobre a constituição de sociedades unipessoais por arrendatários singulares, é possível encontrar na jurisprudência decisões nos mais diversos sentidos.

Assim, o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 06/04/2006 considerou, ainda no domínio do RAU, que a substituição do arrendatário singular por uma sociedade unipessoal por si constituída sem autorização do senhorio atribui a este o direito de resolver o contato de arrendamento⁽¹⁷⁾.

Já o Acórdão de 11/10/2017 do Tribunal da Relação do Porto considerou, contrariamente ao entendimento por nós sufragado, que a constituição de uma sociedade comercial por quotas com quatro sócios, sendo que apenas um dos sócios desta era o arrendatário singular anterior, não obriga

⁽¹⁶⁾ No mesmo sentido se pronunciou MARIA OLINDA GARCIA, in *Arrendamentos para Comércio e Fins Equiparados*, p. 152.

⁽¹⁷⁾ In <www.dgsi.pt>. Relator: Desembargador Telles Menezes.

a comunicação do senhorio, considerando não haver uma verdadeira transmissão da actividade comercial para terceiros⁽¹⁸⁾.

No sentido de que caso o arrendatário singular ou co-arrendatários, sendo contitulares de um arrendamento para comércio, constitua uma sociedade unipessoal por quotas ou constituam apenas entre eles uma sociedade comercial para explorar o mesmo ramo de comércio só formalmente se poderá dizer que os inquilinos mudaram, não assistindo ao senhorio o direito de resolver o contrato de arrendamento, pronunciaram-se os Acórdãos de 24/05/2007 do Tribunal da Relação de Évora⁽¹⁹⁾, de 06/05/2008 do Tribunal da Relação de Lisboa⁽²⁰⁾, de 29/10/2013 do Tribunal da Relação do Porto⁽²¹⁾ e de 26/09/2013 do Tribunal da Relação de Lisboa⁽²²⁾.

⁽¹⁸⁾ *In* <www.dgsi.pt>. Relator: Desembargador Rodrigues Pires.

⁽¹⁹⁾ *In* <www.dgsi.pt>. Relator Mário Serrano. «III — Se o arrendatário era uma pessoa singular que exercia no locado uma dada actividade e para melhor a desenvolver resolveu constituir uma sociedade por quotas unipessoal, de que é o único sócio aí continuando a exercer a actividade de sempre, verifica-se uma alteração da qualidade do locatário, mas tal alteração não configura propriamente uma cedência do locado. IV — Quando muito será, numa cessão da posição do locatário, aqui R., para uma sociedade por quotas unipessoal de que é único sócio precisamente o anterior locatário. Ou seja, estamos perante uma mera alteração do estatuto jurídico do proprietário do estabelecimento comercial instalado no locado face a esse mesmo estabelecimento, sem verdadeira mudança do seu substrato pessoal. V — Arvorar esta alteração meramente formal da qualidade do arrendatário, em fundamento de despejo, constitui uma situação manifesta de abuso de direito por excesso dos limites do fim social e económico desse mesmo direito».

⁽²⁰⁾ *In* <www.dgsi.pt>. Relator: Desembargador Rui Vouga. «I — Se o arrendatário comerciante, industrial ou profissional liberal proceder à constituição de uma sociedade unipessoal, por ser o único titular da totalidade do respectivo capital social (art. 270.º-A, n.º 1 do CSC), ao transferir o direito ao arrendamento para essa sociedade, ele continuará a ser, perante o senhorio, a pessoa a quem cabe dar bom cumprimento ao contrato de arrendamento e a fazer bom uso do imóvel. II — À modificação subjectiva, traduzida na mudança jurídico-formal de arrendatário, não corresponde uma cedência material do gozo do imóvel a outrem. Consequentemente, a transmissão do direito ao arrendamento para a sociedade unipessoal, constituída pelo arrendatário, não está sujeita a autorização do senhorio, pois trata-se de uma cedência legalmente permitida. III — Diversamente, se o arrendatário singular se associa a terceiros, para constituir (por exemplo) uma sociedade comercial por quotas, da qual fiquem sendo sócios ele próprio e esses terceiros, como a transmissão do arrendamento para essa nova pessoa colectiva irá implicar o proporcionamento do gozo do imóvel a pessoas que antes não tinham o gozo desse bem, a transmissão do direito ao arrendamento para essa sociedade depende da autorização do senhorio, visto tratar-se duma cedência não permitida [art. 1038.º, al. f), do Cód. Civil]».

⁽²¹⁾ *In* <www.dgsi.pt>. Relator Desembargador M. Pinto dos Santos «VI — A transmissão da exploração do estabelecimento comercial para uma sociedade unipessoal, constituída unicamente pela locatária daquele, não está sujeita a autorização do senhorio; trata-se de mera alteração do estatuto jurídico do proprietário do estabelecimento comercial instalado no locado, sem verdadeira mudança do seu substrato pessoal».

⁽²²⁾ *In* Col. Jur., ano 2013, T. IV, p. 87. Relator: Desembargador Tomé Ramião «I — O facto de o arrendatário ter constituído uma sociedade por quotas (detida por si e sua esposa) cujo objecto social é idêntico à actividade que exercia individualmente no locado (destinado a atelier de engenha-

5.5. Com excepção do Acórdão de 11/10/2017 do Tribunal da Relação do Porto, diríamos que da análise da jurisprudência citada resulta o entendimento, com o qual concordamos, que se um arrendatário singular ou vários arrendatários, sendo contitulares de um contrato de arrendamento para fins comerciais, constituir ou constituírem apenas entre si uma sociedade unipessoal ou uma sociedade por quotas para explorar uma mesma actividade comercial, só no plano formal se poderá afirmar que os arrendatários mudaram. Na verdade, do ponto de vista substancial, pelo menos enquanto não houver transmissão ou cessão de quotas, o arrendatário singular ou os arrendatários continuam os mesmos.

Ainda assim, ao Direito do Arrendamento interessa apurar a modificação formal operada na titularidade do contrato de arrendamento, desde logo para determinar em que termos a mesma se operou do ponto de vista técnico-jurídico, bem como se essa transformação da relação locativa é eficaz em relação ao senhorio.

Como vai referido, se a transmissão da posição contratual do arrendatário resulta de uma sublocação por ele efectuada a terceiro, exige-se autorização do senhorio. O mesmo se diga se estivermos em face de uma mera cessão da posição contratual do arrendatário singular ou dos arrendatários para a nova sociedade a constituir, pois aqui a transmissão do direito ao arrendamento não foi acompanhada do trespasse da empresa instalada no imóvel.

Todavia, e como referimos acima, se a transmissão do direito ao arrendamento se encontrar envolvida no trespasse da empresa instalado em imóvel arrendado, prescinde-se da autorização do senhorio (art. 1112.º do Código Civil), pois neste caso a transmissão ou cedência do direito ao arrendamento é imperativamente permitida por lei.

É, no entanto, nossa convicção conforme vai supra exposto, dever ser comunicada ao locador aquela transmissão do direito ao arrendamento integrado num trespasse, para que o senhorio possa conhecer quem se encontra no gozo o local arrendado, e para que possa apurar se existiu, ou não, um trespasse.

Em todo o caso, sublinha-se de novo, o direito de resolução do senhorio, por falta de comunicação do trespasse, cessa logo que o senhorio reco-

ria) tendo colocado nas duas portas do locado os dizeres com a denominação social dessa sociedade é claramente revelador de que a dita sociedade aí exerce a sua actividade. II — Sendo o Réu, desde 14/12/2001, o único sócio da sociedade, continuando a exercer no locado a mesma actividade, embora com outra roupagem jurídica (art.270.º-A do CSC), não procede o pedido de resolução do contrato com fundamento na cedência do locado a terceiro».

nheça o trespassário como tal ou logo que o trespassário lhe comunique a existência do trespasso (art. 1049.º do Código Civil).

E, diga-se, o direito à resolução também cessa se a acção de resolução do contrato de arrendamento fundada na falta de comunicação não for proposta dentro do prazo de um ano a contar da data em que o senhorio teve conhecimento do trespasso (cf. art. 1085.º do Cód. Civil).

A terminar reiteramos que, numa perspectiva actualista, o estudo do arrendamento comercial implica uma cada vez mais profunda interligação com o Direito das Sociedades na medida em que a empresa individual tem sido gradualmente substituída pela empresa colectiva detida por uma sociedade comercial.

É sabido que existem outras operações societárias, para além das aqui analisadas, como ocorre com as chamadas metamorfoses societárias (a fusão, a cisão e a transformação de sociedades) o “aumento de capital reservado”, as “operações acordeão”, entre outras, que poderão provocar efeitos na relação arrendatícia no caso de a sociedade ser titular de uma empresa instalada em imóvel arrendado. Porém, o estudo da produção dos efeitos jurídicos que tais operações de reorganização societária implicam nos contratos de arrendamento excederia, em muito, o objecto deste estudo.

Principal bibliografia

- COUTINHO DE ABREU, JORGE MANUEL, *Curso de Direito Comercial*, Vol. II, 5.^a ed., Almedina, 2017.
- _____, *Da Empresarialidade. As Empresas no Direito*, Almedina, 1996.
- ENGRÁCIA ANTUNES, JOSÉ, *A Empresa como Objecto de Negócios*, Revista da Ordem dos Advogados, ano 68, II/III, 2008.
- FURTADO, J. PINTO, *Comentário ao Regime do Arrendamento Urbano*, 4.^a ed., revista e actualizada, Almedina, 2022.
- GEMAS, LAURINDA, PEDROSO, ALBERTINA, CALDEIRA JORGE, JOÃO, *Arrendamento Urbano*, 3.^a ed., Quid Júris, 2009.
- GRAVATO MORAIS, FERNANDO DE, *Arrendamentos Comerciais*, 3.^a ed., Almedina, 2011.
- _____, *Alienação e Oneração de Estabelecimento Comercial*, Almedina, 2005.
- MAGALHÃES, DAVID, *A Resolução do Contrato de Arrendamento Urbano*, Almedina, 2009.
- MENEZES CORDEIRO, ANTÓNIO (coordenação), *Leis do Arrendamento Urbano Anotadas*, Almedina, 2014.
- MENEZES LEITÃO, LUÍS, *Arrendamento Urbano*, 11.^a ed., Almedina, 2022.
- OLAVO DA CUNHA, PAULO, *Direito das Sociedades Comerciais*, 7.^a ed., reimpressão, Almedina, 2022.
- OLINDA GARCIA, MARIA, *Arrendamentos para Comércio e Fins Equiparados*, Coimbra Editora, 2006.
- PAIS DE VASCONCELOS, PEDRO, *Contratos Atípicos*, Colecção Teses Almedina, 1995.

A CONFERÊNCIA PROCEDIMENTAL NO CÓDIGO DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO PORTUGUÊS: ALGUMAS REFLEXÕES(*)

*Pelo Dr. Gonçalo Sá Gomes(**)*

SUMÁRIO:

1. Introdução. 2. Modalidades de conferências procedimentais. 2.1. Conferência deliberativa. 2.2. Conferência de coordenação. 3. Competência revogatória e anulatória. 4. Reclamação e recurso hierárquico. 5. Instituição da conferência. 6. A realização da conferência e o requerimento do interessado. 7. O silêncio dos órgãos participantes. 8. Audiência dos interessados. 9. Conclusão da conferência. 10. Reflexões finais.

Resumo:

Este trabalho propõe-se a analisar a figura da conferência procedimental. Procuraremos dar a conhecer os traços gerais do regime ínsito nos artigos 77.º e seguintes, do Código do Procedimento Administrativo, sem descurar a análise crítica da doutrina que mais tem estudado o assunto.

Palavras-Chave:

Conferência Procedimental; Procedimento Administrativo.

(*) Este trabalho corresponde, com algumas adaptações, ao relatório final apresentado na disciplina de Procedimento Administrativo, no ano 2023/2024, na Faculdade de Direito da Universidade Católica (Escola de Lisboa).

(**) Mestrando em Direito Administrativo na Faculdade de Direito da Universidade Católica (Escola de Lisboa).

1. Introdução

O novo Código do Procedimento Administrativo (doravante “CPA”), de 2015, introduziu a possibilidade de realizar conferências procedimentais⁽¹⁾, embora, a bem da verdade, já alguma legislação especial previsse a sua realização, *viz.*, o Regime Jurídico de Urbanização e Edificação (DL n.º 555/99, de 16 de Dezembro)⁽²⁾, o Regime de Exercício da Atividade Industrial (DL n.º 209/2008, de 29 de Outubro)⁽³⁾ e o regime de autorização a que estão sujeitas a instalação e a modificação de estabelecimentos de comércio a retalho e de comércio por grosso em livre serviço e a instalação de conjuntos comerciais (Lei n.º 12/2004, de 30 de Março)⁽⁴⁾.

A figura mereceu o aplauso da doutrina⁽⁵⁾, desde logo por procurar promover a eficiência, a economicidade e a celeridade da atividade administrativa (art. 77.º, n.º 1, CPA)⁽⁶⁾.

(1) AROSO DE ALMEIDA considera que esta é “a grande novidade” do novo código — cf. AROSO DE ALMEIDA, MÁRIO, *Teoria Geral do Direito Administrativo*, 8.ª ed., Coimbra, Almedina, 2021, p. 187. No mesmo sentido, SERRÃO, TIAGO, «A conferência procedimental no Código do Procedimento Administrativo: primeira aproximação», in *Comentários ao Código do Procedimento Administrativo*, AMADO GOMES, CARLA, NEVES, ANA F., SERRÃO, TIAGO (coord.), Vol. I, 6.ª ed., Lisboa, AAFDL, 2023, p. 897 e FREITAS DO AMARAL, DIOGO, «A revisão do CPA: balanço e perspetivas», in *Projeto de Revisão do Código do Procedimento Administrativo*, MACHETE, RUI, SOUSA FÁBRICA, LUÍS, SALGADO DE MATOS, ANDRÉ (coord.), Universidade Católica Editora, 2013, pp. 137-138, disponível em <<https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/40524/1/9789725403976.pdf>> (consultado a 19/06/2024).

(2) A este respeito, veja-se SERRÃO, TIAGO, PRATAS BRITO, DAVID, «A conferência procedimental: reflexões gerais e setoriais», in *Organização Administrativa: Novos Atores, Novos Modelos*, AMADO GOMES, CARLA, NEVES, ANA FERNANDA, SERRÃO, TIAGO (coord.), Vol. II, Lisboa, AAFDL, 2018, p. 606, ss. Para SALGADO DE MATOS, o regime do CPA afigura-se “muito mais ambicioso e complexo” do que o regime do RJUE — cf. SALGADO DE MATOS, ANDRÉ, «O projeto de revisão do Código do Procedimento Administrativo: uma revolução legislativa anunciada e as suas consequências», in *Projeto de Revisão do Código do Procedimento Administrativo*, MACHETE, RUI, SOUSA FÁBRICA, LUÍS, SALGADO DE MATOS, ANDRÉ (coord.), Universidade Católica Editora, 2013, p. 28, disponível em <<https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/40524/1/9789725403976.pdf>> (consultado a 19/06/2024).

(3) A este respeito, por todos, SÉRVULO CORREIA, JOSÉ MANUEL, «A conferência procedimental: fontes e opções», in *Liber Amicorum Fausto Quadros*, REBELO DE SOUSA, MARCELO, VERA-CRUZ PINTO, EDUARDO (coord.), Vol. II, Coimbra, Almedina, 2016, pp. 35-36.

(4) Não cabe no objeto deste trabalho a sua análise aprofundada, mas convém notar que a Lei n.º 72/2020, de 16 de Novembro consagrava um regime transitório de simplificação de procedimentos (que apenas vigorou até 30 de Junho de 2021). Para uma análise deste regime, SILVEIRA, JOÃO TIAGO, «A simplificação administrativa no Código do Procedimento Administrativo», in *Comentários ao Código do Procedimento Administrativo*, AMADO GOMES, CARLA, NEVES, ANA F., SERRÃO, TIAGO (coord.), Vol. I, 6.ª ed., Lisboa, AAFDL, 2023, p. 271, ss.

(5) GONÇALVES, PEDRO, «Alterações “científicas” no Código do Procedimento Administrativo de 2015 e nota sobre o regime de certificação de efeitos do silêncio administrativo», in *Comentários ao Código do Procedimento Administrativo*, AMADO GOMES, CARLA, NEVES, ANA F., SERRÃO, TIAGO (coord.), Vol. I, 6.ª ed., Lisboa, AAFDL, 2023, p. 46, FREITAS DO AMARAL, DIOGO, «Breves notas sobre o projecto

Podemos, assim, definir a conferência procedimental⁽⁷⁾ como o mecanismo através do qual se concentra num procedimento, a articulação entre vários órgãos, com vista à obtenção de um resultado final, seja uma única decisão final, várias decisões, ou a tomada de várias decisões autónomas, mas respeitantes a diferentes aspetos de um mesmo projeto, atividade ou iniciativa⁽⁸⁾.

Cumprido este introito, esclarecemos que este trabalho propõe-se a analisar criticamente o regime das conferências procedimentais e contribuir para o esclarecimento de algumas das suas disposições mais complexas. Assim:

- i) iremos distinguir as modalidades de conferências procedimentais previstas no Código;
- ii) procuraremos descobrir quem tem competência para revogar e anular os atos que surgem em conferência, esclarecendo também como deve operar a reclamação e o recurso hierárquico;
- iii) debruçar-nos-emos sobre os regimes de instituição e realização das conferências procedimentais;

de revisão do Código do Procedimento Administrativo», *Direito & Política*, n.º 4, 2013, p. 150, SÉRVULO CORREIA, J. M., «Anotação ao artigo 81.º», in *Comentários à revisão do Código do Procedimento Administrativo*, QUADROS, FAUSTO, et alii, Coimbra, Almedina, 2016, p. 191, AROSO DE ALMEIDA, MÁRIO, *Teoria Geral do Direito Administrativo*, id., p. 188, SERRÃO, TIAGO, «A conferência procedimental...», id., p. 899, PEREIRA DA SILVA, VASCO, «Primeiro comentário acerca do projeto de revisão do CPA (a recordar um texto de Steinbeck)», *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 101, 2013, p. 86, PORTOCARRERO, MARTA, «Procedimento administrativo: aspectos estruturais», *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 100, 2013, p. 81 e SILVEIRA, JOÃO TIAGO, «A simplificação administrativa no Código do Procedimento Administrativo», id., p. 268. Ainda assim, SILVEIRA considera que o Código de 2015 podia ter levado a cabo remédios que provocassem uma agilidade, simplicidade e celeridade das decisões administrativas mais significativa — cf. SILVEIRA, JOÃO TIAGO, «A decisão administrativa no anteprojeto de revisão do Código do Procedimento Administrativo», *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 100, 2013, p. 117.

(6) Interesses que se articulam com o princípio da boa administração, insito no art. 5.º, n.º 1, CPA — cf. SÉRVULO CORREIA, JOSÉ MANUEL, «A conferência procedimental...», id., p. 18. No mesmo sentido, embora com críticas, PRATA ROQUE, MIGUEL, *Tratado de Governação Pública*, Vol. I, Lisboa, AAFDL, 2021, pp. 86-88.

(7) Nome que devemos a PORTOCARRERO, afastando-se a lei portuguesa da nomenclatura italiana “conferência de serviços”. De facto, o nome que vingou em Portugal é mais feliz, pois são os órgãos administrativos e não os “serviços” que exercem esta competência. Sobre o assunto, PORTOCARRERO, MARTA, *Modelos de Simplificação Administrativa, A conferência procedimental e a concentração de competências e procedimentos no Direito Administrativo*, Porto, Universidade Católica Editora, 2002, p. 65, ss. e SÉRVULO CORREIA, JOSÉ MANUEL, «A conferência procedimental...», id., p. 18.

(8) Inspiramo-nos aqui na definição avançada por AROSO DE ALMEIDA, MÁRIO, *Teoria Geral do Direito Administrativo*, id., pp. 188-189. O art. 77.º, n.º 1, CPA não oferece uma definição da figura, mas antes uma enunciação dos seus fins e modalidades — no mesmo sentido, SERRÃO, TIAGO, «A conferência procedimental...», id., p. 902 (nota 9).

- iv) prestaremos especial atenção às dúvidas que se colocam quanto ao valor do silêncio nestas conferências;
- v) analisaremos as especificidades da audiência dos interessados; e, finalmente,
- vi) analisaremos algumas das questões mais prementes que se colocam sobre a conclusão das conferências procedimentais.

2. Modalidades de conferências procedimentais

As conferências procedimentais podem dizer respeito a um único procedimento ou a vários procedimentos conexos (art. 77.º, n.º 2, CPA). No primeiro caso, opera uma verdadeira *concentração procedimental*, *i. e.*, o exercício sequencial de competências dá lugar a uma atividade “circular” e “contemporânea”⁽⁹⁾, já no segundo caso, ocorrerá uma fase comum a vários procedimentos distintos.

O CPA não prevê a possibilidade de existirem conferências de instrução, mas não vemos razões para afastar a sua possível constituição — não ao abrigo dos arts. 77.º e ss., CPA, mas com base no princípio da adequação formal, insito no art. 54.º, CPA⁽¹⁰⁾.

O art. 77.º, n.º 3, do CPA, prevê duas modalidades de conferências procedimentais: as conferências deliberativas [art. 77.º, n.º 3, al. a), CPA] e as conferências de coordenação [art. 77.º, n.º 3, al. b), CPA]. Analisaremos, agora, cada uma em maior detalhe.

2.1. Conferência deliberativa

A conferência deliberativa concentra numa única decisão o exercício de atos administrativos que, de outro modo, seriam autónomos⁽¹¹⁾. Escla-

⁽⁹⁾ PORTOCARRERO, MARTA, *Modelos de Simplificação Administrativa*, *id.*, p. 69 e SERRÃO, TIAGO, «A conferência procedimental...», *id.*, p. 902.

⁽¹⁰⁾ SERRÃO, TIAGO, PRATAS BRITO, DAVID, «A conferência procedimental: reflexões gerais e setoriais», *id.*, p. 597, SERRÃO, TIAGO, «A conferência procedimental...», *id.*, p. 904 e PORTOCARRERO, MARTA, «Procedimento administrativo: aspectos estruturais», *id.*, pp. 82-83.

⁽¹¹⁾ A figura era já utilizada pelo ordenamento italiano. Para uma análise desse ordenamento, FÁRIA MAURÍCIO, MARIANA, «Algumas notas sobre a conferência procedimental no projecto do novo Código do Procedimento Administrativo», in *Estudos em Memória do Conselheiro Artur Maurício*, JOÃO ANTUNES, MARIA (org.), Coimbra, Coimbra Editora, 2014, p. 1044, ss. e, para uma análise sobre o

rece o art. 77.º, n.º 3, al. a), CPA que a conferência deliberativa destina-se ao “exercício conjunto das competências decisórias dos órgãos participantes”, atestando, também, que o ato final “substitui” a prática dos atos administrativos autónomos⁽¹²⁾. Decorre, portanto, desta norma que os órgãos da conferência deliberativa praticam um ato *incindível*⁽¹³⁾, de conteúdo complexo⁽¹⁴⁾ e em coautoria⁽¹⁵⁾.

Com efeito, o facto de a conferência deliberativa concentrar num único ato o exercício de várias competências, exigindo a unanimidade dos votos na conferência⁽¹⁶⁾, sob pena de *indeferimento* (art. 81.º, n.º 5, CPA), explica porque é que a conferência deliberativa não é um órgão colegial⁽¹⁷⁾, mas antes uma reunião de vontades orgânicas⁽¹⁸⁾. É certo que, na falta de acordo, o órgão que discorda, deve especificar as razões que o levaram a tal conclusão⁽¹⁹⁾, indicando as alterações que considera necessárias à viabilização do objeto da conferência (art. 81.º, n.º 4, CPA)⁽²⁰⁾, mas este facto não atinge o fenómeno de reunião das várias vontades dos órgãos participantes num único ato administrativo de conteúdo com-

modo como a figura da *conferenza di servizi*, pode contribuir para a interpretação da lei portuguesa, SÉRVULO CORREIA, JOSÉ MANUEL, «A conferência procedimental...», *id.*, pp. 26-32.

(12) Sobre este efeito, OLIVEIRA, FERNANDA PAULA, FIGUEIREDO DIAS, JOSÉ EDUARDO, *Noções Fundamentais de Direito Administrativo*, 5.ª ed., Coimbra, Almedina, 2017, p. 246, CAUPERS, JOÃO, EIRÓ, VERA, *Introdução ao Direito Administrativo*, 12.ª ed., Lisboa, Âncora Editora, 2016, p. 354, AROSO DE ALMEIDA, MÁRIO, *Teoria Geral do Direito Administrativo*, *id.*, p. 192 e SERRÃO, TIAGO, «A conferência procedimental...», *id.*, pp. 897 e 903.

(13) AROSO DE ALMEIDA, MÁRIO, *Teoria Geral do Direito Administrativo*, *id.*, p. 199.

(14) Sobre este tipo de ato, veja-se FREITAS DO AMARAL, DIOGO, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II, 4.ª ed., reimpr., Coimbra, Almedina, 2020, pp. 256-257.

(15) Não há um *feixe de atos* administrativos, antes a prática de um ato *unitário*, em coautoria — cf. SÉRVULO CORREIA, JOSÉ MANUEL, «A conferência procedimental...», *id.*, p. 40.

(16) AROSO DE ALMEIDA, MÁRIO, *Teoria Geral do Direito Administrativo*, *id.*, pp. 190-191 e PORTOCARRERO, MARTA, *Modelos de Simplificação Administrativa*, *id.*, pp. 48 e 153.

(17) Autores como FERRAZ COUTINHO defendem que a conferência procedimental encontra algumas semelhanças com os órgãos colegiais, designadamente ao nível do respetivo funcionamento — cf. FERRAZ COUTINHO, JULIANA, «O que há de novo no procedimento administrativo do acto?», *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, ano X, 2013, p. 259. Contudo, não acompanhamos este entendimento pelas razões indicadas no corpo do texto.

(18) AROSO DE ALMEIDA, MÁRIO, *Teoria Geral do Direito Administrativo*, *id.*, pp. 190-192, CABRAL DE MONCADA, LUÍS S., *Código do Procedimento Administrativo Anotado*, 4.ª ed., Lisboa, Quid Juris, 2022, pp. 317-318 e PORTOCARRERO, MARTA, «Procedimento administrativo: aspectos estruturais», *id.*, p. 84.

(19) Como bem aponta AROSO DE ALMEIDA, o art. 81.º, n.º 4, CPA apenas se aplica às conferências *deliberativas*, articulando-se com a exigência de fundamentação expressa dos atos desfavoráveis, ínsita no art. 152.º, n.º 1, al. c), CPA — cf. AROSO DE ALMEIDA, MÁRIO, *Teoria Geral do Direito Administrativo*, *id.*, p. 198.

(20) Sobre o *objeto* da conferência, SÉRVULO CORREIA, JOSÉ MANUEL, «A conferência procedimental: fontes e opções», *id.*, pp. 19-20.

plexo⁽²¹⁾. Ainda assim, o facto de cada órgão ter de especificar as razões da sua discordância pesa a favor da proteção do particular que, face a um ato de indeferimento ilegal, pode impugnar o ato⁽²²⁾ ou demandar o conjunto dos órgãos participantes em sede de condenação à prática de ato devido⁽²³⁾.

2.2. Conferência de coordenação

Já na conferência de coordenação, cada um dos órgãos intervenientes emite um ato administrativo que mantém a sua “identidade e autonomia” e apenas ao próprio órgão é imputável⁽²⁴⁾, servindo a conferência como um instrumento que facilita o contacto entre os vários órgãos⁽²⁵⁾. A prática *simultânea* dos atos administrativos facilita a celeridade e a coordenação entre os mesmos, mas não gera problemas jurídicos particularmente complexos, pois, como vimos, os atos administrativos mantêm a sua autonomia. Ao estarmos face a um ato *plural*⁽²⁶⁾, que traduz uma multiplicidade de atos juridicamente autónomos, poder-se-á impugnar qualquer um destes sem que a eventual invalidade de um atinja os demais⁽²⁷⁾.

(21) SERRÃO, TIAGO, «A conferência procedimental...», *id.*, p. 903.

(22) AROSO DE ALMEIDA, MÁRIO, *Teoria Geral do Direito Administrativo*, *id.*, p. 192.

(23) Um exemplo em que se concebe que o particular possa exigir a condenação à prática do ato de conteúdo complexo ocorrerá quando o órgão discordante faz depender o seu assentimento de um conjunto de condições (que constam da ata — art. 81.º, n.º 4, CPA), mas, depois de as ver satisfeitas, “não cumpre a sua palavra”, em sede de uma segunda conferência realizada ao abrigo do art. 81.º, n.º 5, CPA. Concordamos, por isso, com CABRAL DE MONCADA quando afirma que “é indispensável que o participante se comprometa a concretizar as alterações que viabilizam aquele acordo tendente à segunda conferência” — cf. CABRAL DE MONCADA, LUÍS S., *Código do Procedimento Administrativo Anotado*, *id.*, p. 329.

(24) AROSO DE ALMEIDA, MÁRIO, *Teoria Geral do Direito Administrativo*, *id.*, pp. 192-193 e SERRÃO, TIAGO, «A conferência procedimental...», *id.*, p. 904.

(25) A coordenação assume um papel central na celeridade do procedimento, pois, como nos dá nota FREITAS DO AMARAL, “80 a 90% dos atrasos crónicos da nossa Administração Pública resultam da falta de entendimento entre dois ou mais ministérios, entre dois ou mais institutos públicos, entre ministérios e câmaras municipais, entre institutos públicos e câmaras municipais, entre ministérios, câmaras e institutos públicos, e assim por diante” — cf. FREITAS DO AMARAL, DIOGO, «A revisão do CPA: balanço e perspectivas», *id.*, p. 138.

(26) Não já no sentido que lhe é dado por FREITAS DO AMARAL, DIOGO, *Curso de Direito Administrativo*, *id.*, pp. 213-214, mas antes no sentido em que se praticam vários atos administrativos autónomos concertada e simultaneamente.

(27) AROSO DE ALMEIDA, MÁRIO, *Teoria Geral do Direito Administrativo*, *id.*, p. 193.

3. Competência revogatória e anulatória

A doutrina tende a considerar que a competência para revogar ou anular o ato complexo praticado em contexto de conferência *deliberativa* é uma questão bastante complexa, dado o silêncio do CPA nesta matéria⁽²⁸⁾. Contudo, e salvo o devido respeito, não descobrimos particular complexidade em identificar o regime que, *prima facie*, será de aplicar. Na verdade, tanto quanto sabemos, a doutrina é unânime nesta matéria: a competência reside, por força do art. 169.º, n.º 2, CPA, nos autores do ato administrativo (*i. e.*, os órgãos da conferência deliberativa no seu todo⁽²⁹⁾) e respetivos superiores hierárquicos⁽³⁰⁾. Logo, ao abrigo do princípio da identidade ou do paralelismo de formas/procedimentos, ínsito no art. 170.º, n.º 1, CPA, a revogação ou anulação exigirá nova conferência procedimental deliberativa.

Já as conferências de coordenação, pelo contrário, não suscitam qualquer dúvida, pois, como explicámos, cada ato é autónomo dos demais.

4. Reclamação e recurso hierárquico

Como bem aponta SERRÃO, a solução *supra* sobre a revogação e anulação serve, *mutatis mutandis*, para a reclamação e para o recurso hierárquico do ao ato praticado no seio de conferência deliberativa⁽³¹⁾.

Porém, como é que se efetiva a reclamação do particular? Nesta matéria, SERRÃO defende que o particular deve apresentar uma única reclamação junto do órgão com competência para convocar e presidir à conferência, mas dirigindo a reclamação a todos os órgãos participantes na con-

⁽²⁸⁾ SERRÃO, TIAGO, «A conferência procedimental...», *id.*, p. 907 e CABRAL DE MONCADA, LUÍS S., *Código do Procedimento Administrativo Anotado*, *id.*, p. 319.

⁽²⁹⁾ Certeiro SÉRVULO CORREIA, quando defende que o ato final não é imputável à conferência, mas ao conjunto dos órgãos participantes, em *coautoria* — cf. SÉRVULO CORREIA, JOSÉ MANUEL, «A conferência procedimental...», *id.*, p. 40.

⁽³⁰⁾ SOUSA PINHEIRO, ALEXANDRE, SERRÃO, TIAGO, CALDEIRA, MARCO, DUARTE COIMBRA, JOSÉ, *Questões Fundamentais para a Aplicação do CPA*, reimpr., Coimbra, Almedina, 2018, pp. 154-155, PORTO-CARRERO, MARTA, «Procedimento administrativo: aspectos estruturais», *id.*, p. 93, SÉRVULO CORREIA, JOSÉ MANUEL, «A conferência procedimental...», *id.*, p. 40, SERRÃO, TIAGO, «A conferência procedimental...», *id.*, pp. 904, 907-908, CABRAL DE MONCADA, LUÍS S., *Código do Procedimento Administrativo Anotado*, *id.*, p. 319, SABENÇA DE ALMEIDA, ADRIANA DIAS, *Simplicidade e eficiência administrativas: (novas) perspetivas sobre a conferência procedimental*, Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2022, pp. 48-51 e AROSO DE ALMEIDA, MÁRIO, *Teoria Geral do Direito Administrativo*, *id.*, p. 192.

⁽³¹⁾ SERRÃO, TIAGO, «A conferência procedimental...», *id.*, p. 908.

ferência — face à lacuna da lei, o autor lança mão do art. 10.º, n.º 3, CC e resolve “segundo a norma que o próprio intérprete criaria, se houvesse que legislar dentro do espírito do sistema”. Na sua opinião, a solução aventada é a que melhor promove os fins de eficiência, economicidade e celeridade que a conferência procedimental procura acautelar⁽³²⁾. Contudo, e salvo o devido respeito, não podemos concordar, dado que o silêncio do legislador nesta matéria não consubstancia uma verdadeira *lacuna*, pois aplicar-se-á o previsto no art. 191.º, n.º 1, CPA — a reclamação deve ser apresentada ao *autor* do ato. Na verdade, SERRÃO parece até entrar em contradição descobrindo aqui uma lacuna onde não encontrou na questão sobre revogação e anulação — o autor não aplicou o art. 169.º, n.º 2, CPA, *por analogia, i. e.*, não descobriu um silêncio da lei que requeria a *integração da lacuna*, mas antes um silêncio que suscitava um esforço interpretativo mais atento⁽³³⁾. Acresce que a tese de SERRÃO parece colidir com o art. 78.º, CPA, pois distingue-se, claramente, a competência para *convocar e presidir* às conferências [art. 78.º, n.º 3, al. a), CPA], do esclarecimento sobre quem recai a *autoria* do ato final [art. 78.º, n.º 3, al. d), CPA]⁽³⁴⁾. Como vimos⁽³⁵⁾, não há dúvidas que o *autor* do ato são todos os órgãos que integram a conferência procedimental, pelo que o particular deve apresentar a reclamação junto de cada um dos órgãos participantes. *De jure condendo*, a solução do autor parece-nos inteiramente correta, mas *de jure constituto* não podemos concordar.

SERRÃO apresenta idêntico raciocínio quanto ao recurso hierárquico, defendendo que bastará apresentar o respetivo requerimento ao órgão com competência para convocar e presidir à conferência⁽³⁶⁾. Da nossa parte, reiteramos as críticas apontadas *supra*, pelo que também aqui somos levados a concluir que o particular deve apresentar recurso junto de cada um dos órgãos participantes (art. 194.º, n.ºs 1 e 2, CPA).

Ainda assim, SERRÃO parece ter razão quando afirma que deverá ser realizada uma “conferência procedimental de segundo grau” que reúna os superiores hierárquicos dos autores do ato⁽³⁷⁾, mas onde o autor vê mérito

(32) SERRÃO, TIAGO, «A conferência procedimental...», *id.*, p. 909. No mesmo sentido, SABENÇA DE ALMEIDA, ADRIANA DIAS, *Simplicidade e eficiência administrativas...*, *id.*, p. 52 e CABRAL DE MONCADA, LUÍS S., *Código do Procedimento Administrativo Anotado*, *id.*, p. 319.

(33) SERRÃO, TIAGO, «A conferência procedimental...», *id.*, pp. 907-908. O autor afirma mesmo que a competência para revogar ou anular deve ser exercida “nos exatos *molde*s em que foi praticado o ato administrativo de base”.

(34) AROSO DE ALMEIDA, MÁRIO, *Teoria Geral do Direito Administrativo*, *id.*, pp. 194-195.

(35) Veja-se a nossa nota de rodapé 29, *supra*.

(36) SERRÃO, TIAGO, «A conferência procedimental...», *id.*, p. 910. Assim, também, CABRAL DE MONCADA, LUÍS S., *Código do Procedimento Administrativo Anotado*, *id.*, p. 319.

(37) SERRÃO, TIAGO, «A conferência procedimental...», *id.*, p. 910. Contra, CABRAL DE MONCADA

nesta solução — nomeadamente, a salvaguarda da “identidade estrutural de cariz procedimental” —, nós descobrimos motivos para criticar a lei. É que, em princípio, o recurso hierárquico⁽³⁸⁾ há de ter por objeto apenas a parte da decisão que é desfavorável ao particular. Aliás, não é por acaso que a lei exige, no art. 81.º, n.º 4, CPA, que, na falta de acordo, o órgão deve emitir uma declaração onde especifica as razões da sua discordância⁽³⁹⁾. Logo, qual o sentido de convocar para nova conferência procedimental o superior hierárquico de quem se pronunciou num sentido que o particular tem por perfeito? E como é que uma *reapreciação* que ocorre nestes termos haveria de promover a celeridade do procedimento? Com efeito, parece-nos que, em caso de recurso hierárquico, devia ser chamado a pronunciar-se apenas quem apresenta conexão com o objeto do recurso. Não sendo esta a opção do legislador, concluímos que a lei merece revisão, devendo fazer jus aos fins de celeridade e economicidade que procura promover.

5. Instituição da conferência

O intuito geral de promover a eficiência, economicidade e celeridade da atividade administrativa parece ter sido prejudicado pelos entraves à instituição das conferências procedimentais (que resultam do art. 78.º, n.os 1 e 2, CPA). Assim, consente-se a instituição de conferências procedimentais do seguinte modo:

- i) por acordo entre os órgãos envolvidos (quanto às conferências de coordenação — art. 78.º, n.º 1, 1.ª parte, CPA);
- ii) por lei especial⁽⁴⁰⁾;

que defende que a nova conferência procedimental, que surge por recurso hierárquico, não chama os superiores hierárquicos, devendo antes contar “com os mesmos participantes” — cf. CABRAL DE MONCADA, LUÍS S., *Código do Procedimento Administrativo Anotado*, *id.*, p. 319. Não obstante o grande respeito que nos merece o autor, não podemos concordar, pois sugere-se aqui que o recurso hierárquico assume as vestes de uma *reclamação*, confundindo-se as duas figuras. Na verdade, não se compreende como poderia um *recurso hierárquico* ser analisado pelo próprio autor do ato, *i. e.*, o autor do ato é superior hierárquico de si mesmo?

⁽³⁸⁾ Por identidade de razão, esta nossa crítica estende-se também à reclamação.

⁽³⁹⁾ Veja-se a nossa nota de rodapé 19, *supra*.

⁽⁴⁰⁾ A prática reiterada de exigir que certo ato ou procedimento apenas possa surgir se habilitado *por lei especial* parece-nos traduzir uma técnica legislativa deficitária. Pedimos desde já desculpa pelo desabafo, mas partilhamos que sempre que lemos este tipo de disposições numa lei que não reveste valor reforçado a primeira coisa que pensamos é “*brigadinho*”. É que, naturalmente, nunca

- iii) por regulamento administrativo;
- iv) por contrato interadministrativo⁽⁴¹⁾; e
- v) por portaria ministerial⁽⁴²⁾.

Com efeito, a ausência de uma norma de habilitação genérica limita sobremaneira o alcance útil das conferências procedimentais⁽⁴³⁾. De todo o modo, nos termos do art. 78.º, n.º 3, CPA, o ato instituidor da conferência *i)* servirá como o título habilitante que investe o órgão competente no poder de convocar e presidir às conferências, *ii)* obriga os órgãos convocados a participar na conferência e acatar o seu resultado, *iii)* habilita os órgãos participantes a delegar em membros seus ou em agentes deles dependentes os poderes necessários ao funcionamento da conferência e *iv)* confere aos órgãos participantes o poder de deliberarem através de um único ato de conteúdo complexo⁽⁴⁴⁾ — esta última apenas será de aplicar às conferências deliberativas. Ora, como bem aponta SERRÃO, o órgão com competência para convocar e presidir às conferências terá de ser um órgão participante, não só por razões de lógica sistemática, mas também porque o próprio art. 78.º, n.º 3, al. *b)*, CPA alude aos “demais órgãos participantes”, sugerindo, por isso, que o órgão previsto no art. 78.º, n.º 3, al. *a)* também será participante⁽⁴⁵⁾. Levanta-se, contudo, a questão de saber se o órgão que convoca e preside à conferência pode ser um órgão titular de competência meramente consultiva⁽⁴⁶⁾. A resposta a esta questão parece

poderia uma norma impedir a *lex posterior*, a *lex superior*, ou a *lex specialis* de disciplinarem a matéria do modo que bem entendessem. A este respeito, por todos, TEIXEIRA DE SOUSA, Miguel, *Introdução ao Direito*, 5.ª reimpr., Coimbra, Almedina, 2018, p. 175, ss.

⁽⁴¹⁾ A este respeito, veja-se VILHENA DE FREITAS, LOURENÇO, *Direito do Procedimento Administrativo e Formas de Atuação da Administração, Parte Geral, Lições ao Curso de Mestrado*, Lisboa, AAFDL, 2016, pp. 92-94 e SERRÃO, TIAGO, «A conferência procedimental...», *id.*, p. 911.

⁽⁴²⁾ Concordamos com SÉRVULO CORREIA quando afirma que “nos domínios da Administração direta e indireta do Estado, a forma de mais fácil utilização será a portaria” — cf. SÉRVULO CORREIA, J. M., «Anotação ao artigo 78.º», in *Comentários à revisão do Código do Procedimento Administrativo*, QUADROS, FAUSTO, *et alii*, Coimbra, Almedina, 2016, p. 180.

⁽⁴³⁾ No mesmo sentido, PORTOCARRERO, MARTA, «Procedimento administrativo: aspectos estruturais», *id.*, p. 82, ADRIANA DIAS, *Simplicidade e eficiência administrativas...*, *id.*, pp. 44-47, FÁRIA MAURÍCIO, MARIANA, «Algumas notas sobre a conferência procedimental...», *id.*, p. 1061, ss., SERRÃO, TIAGO, «A conferência procedimental...», *id.*, pp. 911-912 e AROSO DE ALMEIDA, MÁRIO, *Teoria Geral do Direito Administrativo*, *id.*, pp. 193-194.

⁽⁴⁴⁾ AROSO DE ALMEIDA, MÁRIO, *Teoria Geral do Direito Administrativo*, *id.*, pp. 193-194.

⁽⁴⁵⁾ SERRÃO, TIAGO, «A conferência procedimental...», *id.*, p. 913. No mesmo sentido, AROSO DE ALMEIDA, MÁRIO, *Teoria Geral do Direito Administrativo*, *id.*, p. 194.

⁽⁴⁶⁾ Restam-nos poucas dúvidas que estes órgãos devem participar na conferência, até por força do que, expressamente, foi vertido no art. 77.º, n.º 5, CPA. No mesmo sentido, AROSO DE ALMEIDA,

ser positiva, dado que a lei apenas faz depender a competência para convocar e presidir à conferência procedimental da mera *participação* do órgão. A solução pode não ser totalmente desprovida de sentido, parecendo que a lei permite uma geometria mais variável por ter em consideração a crescente criação de órgãos com competências “de coordenação” — v.g., similares às Comissões de Coordenação e Desenvolvimento Regionais (CCDRs), embora estas, claro, sejam disciplinadas por lei especial —, tipicamente órgãos de natureza consultiva. Porém, parece-nos que o legislador foi aqui infeliz, pois parte não insignificante do sucesso da conferência dependerá da capacidade do órgão promotor da conferência para promover o *consenso*⁽⁴⁷⁾. Neste contexto, somos da opinião que a mera *participação* na dinâmica procedimental da conferência não devia ser, por si só, indício de que se reúnem as condições para presidir à conferência, nem facilita a convergência entre os vários órgãos, exigindo-se, adicionalmente, que o órgão promotor concorra estruturalmente para o conteúdo final do ato complexo. Acresce que o órgão promotor deve, com a necessária antecedência, apresentar um projeto de decisão aos órgãos participantes, ou, no mínimo, deve apresentar os elementos necessários à sua elaboração, servindo esse documento com uma base de discussão⁽⁴⁸⁾. Também este facto expõe a inadequação da situação, pois, na nossa opinião, o órgão referido no art. 77.º, n.º 1, al. a), CPA, deve dominar a disciplina aplicável ao ato final e conhecer os vários interesses que concorrem para o seu conteúdo, não servindo o conhecimento que advém de um órgão que se limita a introduzir um “*apport*” ou juízo crítico a ser considerado pelo decisor⁽⁴⁹⁾.

MÁRIO, *Teoria Geral do Direito Administrativo*, id., p. 189, PORTOCARRERO, MARTA, «Procedimento administrativo: aspectos estruturais», id., p. 83, SERRÃO, TIAGO, «A conferência procedimental...», id., p. 906, SÉRVULO CORREIA, JOSÉ MANUEL, «A conferência procedimental...», id., p. 40, CABRAL DE MONCADA, LUIS S., *Código do Procedimento Administrativo Anotado*, id., pp. 317-318 e FARIA MAURICIO, MARIANA, «Algumas notas sobre a conferência procedimental...», id., pp. 1050-1056.

(47) Assim, AROSO DE ALMEIDA, MÁRIO, *Teoria Geral do Direito Administrativo*, id., p. 199.

(48) AROSO DE ALMEIDA, MÁRIO, *Teoria Geral do Direito Administrativo*, id., p. 200 e PORTOCARRERO, MARTA, *Modelos de Simplificação Administrativa*, id., pp. 128, 155, ss. Todavia, como explica SERRÃO, na ausência de disposição expressa do CPA, não será correto falar de um *dever legal* de apresentar uma base documental, mas, no plano prático, restam poucas dúvidas que este *encargo* proporciona a melhor satisfação dos intentos de simplificação e celeridade decisórias — cf. SERRÃO, TIAGO, «A conferência procedimental...», id., pp. 913-914.

(49) Sobre a função dos pareceres em geral e dos pareceres vinculativos em particular, veja-se, GONÇALVES, PEDRO, «Apontamento sobre a função e natureza jurídica dos pareceres vinculantes», *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 0, 1996, p. 3, ss.

6. A realização da conferência e o requerimento do interessado

Após a instituição da conferência procedimental, a sua realização segue o disposto no art. 79.º, CPA, podendo surgir por iniciativa oficiosa ou em resultado do requerimento de um ou mais interessados⁽⁵⁰⁾ (art. 79.º, n.ºs 1 e 2, CPA). No caso de pedido dos interessados, o órgão competente está investido no dever de convocar a conferência no prazo de 15 dias (art. 79.º, n.º 2, CPA). Na opinião de SERRÃO, se este prazo for ultrapassado, o interessado pode lançar mão dos arts. 66.º e ss. do Código de Processo nos Tribunais Administrativos (doravante, “CPTA”) e demandar o órgão em sede de condenação à prática de ato devido⁽⁵¹⁾, dado que a omissão administrativa em causa é lesiva da posição jurídica do particular⁽⁵²⁾. No plano jurídico-formal, a leitura do autor não merece qualquer reparo, mas, no plano prático, temos por evidente que não cabe aqui qualquer tutela ao interessado⁽⁵³⁾. Esclarece o art. 81.º, n.º 1, CPA que a conferência procedimental suspende, *no seu decurso*, os prazos para a conclusão dos procedimentos que substitui⁽⁵⁴⁾, pelo que, no moroso quadro da atual justiça admi-

⁽⁵⁰⁾ Esclarece o art. 79.º, n.º 8, CPA que o interessado *pode* ser convocado a participar na conferência procedimental. Estamos, assim, face a um poder discricionário do órgão promotor — SÉRVULO CORREIA, J. M., «Anotação ao artigo 79.º», in *Comentários à revisão do Código do Procedimento Administrativo*, QUADROS, FAUSTO, *et alii*, Coimbra, Almedina, 2016, p. 182 e CABRAL DE MONCADA, LUÍS S., *Código do Procedimento Administrativo Anotado*, *id.*, p. 324. Contudo, esta situação merece a crítica de SERRÃO, que defende que devia ser reconhecido ao particular o direito a participar na conferência que impulsionou, independentemente da vontade do órgão promotor, por razões de transparência administrativa e porque esta serviria como “uma espécie de *prémio*”, que facilitaria a utilização da figura — cf. SERRÃO, TIAGO, «A conferência procedimental...», *id.*, pp. 917-918.

⁽⁵¹⁾ Apesar de não fazer referência à condenação à prática de ato devido, também PORTOCARRERO defende que “o particular tem direito a que a conferência seja realizada” — cf. PORTOCARRERO, MARTA, «Procedimento administrativo: aspectos estruturais», *id.*, p. 82.

⁽⁵²⁾ SERRÃO, TIAGO, «A conferência procedimental...», *id.*, pp. 914-915.

⁽⁵³⁾ Este facto não escapou a SERRÃO quando afirma que a “crónica morosidade do sistema de justiça português” obsta a que o “particular almeje desbloquear, judicialmente, a falta de convocação da conferência procedimental num curto lapso temporal” — cf. SERRÃO, TIAGO, «A conferência procedimental...», *id.*, p. 915. No mesmo sentido, SOUSA PINHEIRO, ALEXANDRE, SERRÃO, TIAGO, CALDEIRA, MARCO, DUARTE COIMBRA, JOSÉ, *Questões Fundamentais para a Aplicação do CPA*, *id.*, pp. 159-160.

⁽⁵⁴⁾ Isto significa que o eventual fracasso da conferência, no prazo do art. 81.º, n.º 1, CPA, tem por efeito o retomar do decurso normal dos procedimentos. Neste sentido, SÉRVULO CORREIA, J. M., «Anotação ao artigo 81.º», *id.*, pp. 187 e 190, AROSO DE ALMEIDA, MÁRIO, *Teoria Geral do Direito Administrativo*, *id.*, p. 197, PORTOCARRERO, MARTA, «Procedimento administrativo: aspectos estruturais», *id.*, pp. 85-86 e CABRAL DE MONCADA, LUÍS S., *Código do Procedimento Administrativo Anotado*, *id.*, p. 327. SÉRVULO CORREIA considera que a suspensão dos prazos dos procedimentos é “imprescindível”, pois, caso contrário, dificultar-se-ia a possibilidade de acordo — cf. SÉRVULO CORREIA, JOSÉ MANUEL, «A conferência procedimental...», *id.*, p. 41.

nistrativa⁽⁵⁵⁾, a decisão sobre a realização da conferência em muito ultrapassará o prazo para demandar cada um dos órgãos competentes em condenação à prática do ato administrativo que lhes competia praticar. A bem da verdade, não será inteiramente correto imputar a *culpa* desta situação à morosidade da justiça administrativa, devendo, em primeira linha, ser imputada ao legislador. É que ainda que o sistema de justiça português fosse mais consentâneo com o princípio da decisão em prazo razoável⁽⁵⁶⁾, dificilmente se obteria uma decisão útil antes de caducar o prazo *de um ano* para demandar os órgãos competentes à prática de ato devido (art. 69.º, n.º 1, CPTA).

Poder-se-ia equacionar a possibilidade de o particular intentar intimação para a proteção de direitos, liberdades e garantias (arts. 109.º a 111.º, CPTA)⁽⁵⁷⁾, mas esta hipótese encontra-se vedada ao aplicador do Direito porque a utilização deste instrumento processual não se basta com a mera verificação de uma lesão da posição jurídica do particular⁽⁵⁸⁾. Com efeito, a jurisprudência consente a utilização deste expediente processual, mas apenas quando se atinja um direito fundamental ou um direito de natureza

⁽⁵⁵⁾ O Sistema de Informação de Estatísticas da Justiça dá-nos conta que os “processos de impugnação” demoram, em média, 13 anos a ser resolvidos pela 1.ª instância e a entrada “outras ações” informa que, em média, estas só são resolvidas ao fim de 22 anos e 5 meses — disponível em <<https://estatisticas.justica.gov.pt/sites/siej/pt-pt/Paginas/Duracao-media-dos-processos-findos-nos-tribunais-administrativos-e-fiscais-de-1-instancia.aspx>> (atualizado a 30/04/2024 e consultado a 03/06/2024). Para uma análise mais geral deste problema, veja-se LEITÃO, LUÍS MENEZES, «A lentidão da justiça administrativa», *Imprensa dos Advogados*, 2020, disponível em <<https://qa.ooa.pt/comunicacao/impressao/2020/11/17/a-lentidao-da-justica-administrativa/>> (consultado a 07/05/2024).

⁽⁵⁶⁾ Inegavelmente um valor constitucionalmente protegido pelo art. 20.º, n.º 4, da Constituição — cf. MEDEIROS, RUI, «art. 20.º» in *Constituição Portuguesa Anotada*, MIRANDA, JORGE, MEDEIROS, RUI (org.), Tomo I, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2010, pp. 440-441 —, encontrando também arrimo no art. 6.º, n.º 1, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem — cf. PIRES DE LIMA, JOAQUIM, «Considerações acerca do direito à justiça em prazo razoável», *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 50, n.º 3, 1990, pp. 671-701.

⁽⁵⁷⁾ Naturalmente, não servirá ao particular a utilização de providências cautelares, pois, de regra, o objeto desta decisão não é precário e provisório, devendo antes decidir-se a título definitivo — cf. AROSO DE ALMEIDA, MÁRIO, *Manual de Processo Administrativo*, 6.ª ed., Coimbra, Almedina, 2022, p. 147, ss. Na jurisprudência, por todos, o Acórdão do STA (JORGE DE SOUSA), de 07/10/2009, n.º 0884/09 e o Acórdão do Tribunal Constitucional, n.º 198/2007.

⁽⁵⁸⁾ É certo que a doutrina tende a preferir uma posição relativamente aberta dos interesses salvaguardados pela intimação para a proteção de direitos, liberdades e garantias, mas esta tutela não abarca toda e qualquer violação das posições jurídicas dos particulares. A este respeito, veja-se, AROSO DE ALMEIDA, MÁRIO, *Manual de Processo Administrativo*, *id.*, pp. 146-147, MAÇAS, MARIA FERNANDA, «As formas de tutela urgente previstas no Código de Processo nos Tribunais Administrativos», *Revista do Ministério Público*, Ano 25, n.º 100, 2004, p. 50 e REIS NOVAIS, JORGE, «Direito, liberdade ou garantia: uma noção constitucional imprestável na justiça administrativa», *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 73, 2009, pp. 44-59.

análoga (art. 17.º, da Constituição)⁽⁵⁹⁾ e, independentemente da leitura que se perfilhe acerca do que constitui um direito de “natureza análoga”⁽⁶⁰⁾, parece pacífico que a intimação para a proteção de direitos, liberdades e garantias depende de um juízo acerca da “intensidade da necessidade de proteção” do interesse que se tutela⁽⁶¹⁾. Todavia, neste caso, o *direito do interessado à conferência procedimental* é frágil e remoto, pelo que não casa com o fim da figura prevista nos arts. 109.º e ss. do CPTA. Acresce que, como vimos, o particular continua a poder exigir judicialmente o ato que lhe é devido aos vários órgãos competentes. Este facto nada tem de despiendo, pois se o efeito útil que o interessado procura obter pode ser obtido demandando cada órgão em sede de condenação à prática de ato devido, então, no limite, não estarão sequer satisfeitos os pressupostos processuais do art. 109.º, n.º 1, *in fine*, CPTA.

Somos, assim, forçados a concluir que o prazo de 15 dias para realizar a conferência procedimental a pedido do particular, ínsito no art. 79.º, n.º 2, CPA, é um mero *aleluia jurídico*, dado inexistir tutela jurisdicional que lhe atribua eficácia prática.

7. O silêncio dos órgãos participantes

Todos os órgãos cuja concordância a lei qualifique como obrigatória têm o direito, mas também o dever de participar na conferência procedimental (art. 79.º, n.º 5, CPA)⁽⁶²⁾. Reza o art. 79.º, n.º 6, CPA que “a ausência de um órgão regularmente convocado não obsta ao funcionamento da conferência, considerando-se que os órgãos que tenham faltado à conferência procedimental nada têm a opor ao deferimento do pedido, salvo se invocarem justo impedimento no prazo de oito dias”. Esta passagem sus-

⁽⁵⁹⁾ Entre outros, os Acórdãos do TCA Sul (Pedro Marchão Marques), de 18/06/2020, n.º 334/20.8BELSB, (Catarina Jarmela), de 07/06/2023, n.º 166/23.1BEALM e (Frederico Macedo Branco), de 26/10/2023, n.º 84/23.3BEBJA.

⁽⁶⁰⁾ Em crítica à sua autonomia, REIS NOVAIS, JORGE, *Uma Constituição, dois sistemas?, Direitos de Liberdade e Direitos Sociais na Constituição Portuguesa*, reimpr., Coimbra, Almedina, 2021, p. 110, ss., trabalho que também explora em REIS NOVAIS, JORGE, *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, 3.ª ed., Lisboa, AAFDL, 2021, p. 133, ss. e 145, ss.

⁽⁶¹⁾ CELESTE M. FONSECA, ISABEL, *Dos Novos Processos Urgentes no Contencioso Administrativo*, Lisboa, Lex, 2004, p. 77.

⁽⁶²⁾ AROSO DE ALMEIDA, MÁRIO, *Teoria Geral do Direito Administrativo*, *id.*, pp. 195-196 e PORTOCARRERO, MARIA, *Modelos de Simplificação Administrativa*, *id.*, p. 126. Lembramos, claro, que devem ser também convocados os órgãos de natureza consultiva — veja-se a nossa nota de rodapé 46, *supra*.

cita alguma divergência na doutrina. Autores como CABRAL DE MONCADA defendem que a norma consagra uma presunção ilidível de uma não-oposição à prática de um ato expresso positivo⁽⁶³⁾. Este autor defende também que o único efeito aqui previsto é que “deixa de ser possível atribuir à ausência do órgão o referido efeito positivo de não-oposição ao deliberado. Nada mais”⁽⁶⁴⁾. Já autores como SERRÃO defendem que a norma consagra um verdadeiro deferimento tácito, atalhando que merecerá idêntico tratamento o órgão que comparece na conferência, mas não exprime a sua posição⁽⁶⁵⁾. Parece-nos que esta divergência pode ser resolvida com recurso ao velho adágio *in medio virtus est*. Por um lado, podemos admitir que a leitura de SERRÃO não será de perfilhar quanto mais não seja porque não há objeto passível de ser *deferido*. Na conferência deliberativa há um único ato praticado por acordo entre os vários órgãos, não vários *atos de deferimento* que concorrem para a produção de um. Nestes termos, parece-nos mais correto considerar que estamos face a uma presunção de não-oposição ilidível pela invocação e prova de justo impedimento⁽⁶⁶⁾. Ainda assim, parece-nos correto o alerta de SERRÃO de que será de aplicar idêntica disciplina ao órgão que comparece na conferência procedimental, mas em nada contribui — na nossa opinião, também aqui operará uma presunção de não-oposição. Por outro lado, também não nos parece correto o juízo de CABRAL DE MONCADA quando afirma que a presunção referida será o *único* efeito da falta *injustificada*. Na nossa opinião, a ausência por mais de 8 dias, sem justo impedimento, também obsta a que o órgão se junte, mais tarde, à conferência. Não vemos como poderia ser de outro modo por duas razões. Em primeiro lugar porque a leitura de CABRAL DE MONCADA não atribui sentido útil ao prazo previsto no art. 79.º, n.º 6, *in fine*, CPA, *i. e.*,

⁽⁶³⁾ CABRAL DE MONCADA, LUÍS S., *Código do Procedimento Administrativo Anotado*, *id.*, p. 324. No mesmo sentido, ANTUNES, TIAGO, «A decisão no novo Código do Procedimento Administrativo», in *Comentários ao Código do Procedimento Administrativo*, AMADO GOMES, CARLA, NEVES, ANA F., SERRÃO, TIAGO (coord.), Vol. II, 6.ª ed., Lisboa AAFDL, 2023, p. 329 e MOTA ALMEIDA, LUIS FILIPE, «Brevíssimas reflexões sobre a decisão do procedimento no novo Código do Procedimento Administrativo», *Lisbon Law Review*, Vol. LVIX, n.º 1, 2018, p. 211. Não sendo perentório, assim também parece apontar AROSO DE ALMEIDA, MÁRIO, *Teoria Geral do Direito Administrativo*, *id.*, p. 196.

⁽⁶⁴⁾ CABRAL DE MONCADA, LUÍS S., *Código do Procedimento Administrativo Anotado*, *id.*, p. 324.

⁽⁶⁵⁾ SERRÃO, TIAGO, «A conferência procedimental...», *id.*, p. 917. No mesmo sentido, SOUSA PINHEIRO, ALEXANDRE, SERRÃO, TIAGO, CALDEIRA, MARCO, DUARTE COIMBRA, JOSÉ, *Questões Fundamentais para a Aplicação do CPA*, *id.*, p. 160. Assim também já o sugeria PORTOCARRERO, MARTA, *Modelos de Simplificação Administrativa*, *id.*, p. 134, ss.

⁽⁶⁶⁾ Concordamos, por isso, com AROSO DE ALMEIDA quando afirma que a conferência deliberativa adotada na ausência de um órgão participante fica sujeita “à condição resolutiva de invocação de justo impedimento” — cf. AROSO DE ALMEIDA, MÁRIO, *Teoria Geral do Direito Administrativo*, *id.*, p. 196.

não existiria qualquer consequência para o órgão *atrasado*. Se CABRAL DE MONCADA tivesse razão, então bastaria ao órgão *atrasado* comparecer na conferência apenas no último dia para inutilizar o esforço de consenso que a conferência procedimental procurava acautelar. E, em segundo lugar, porque a conferência deliberativa opera num quadro de complexa discussão e articula interesses difíceis de conjugar⁽⁶⁷⁾, pelo que só esta leitura presta obediência aos fins de eficiência, economicidade e celeridade, ínsitos no art. 77.º, n.º 1, CPA. Concluimos, assim, que, a ausência do órgão regularmente convocado gera uma presunção de não-oposição, a que acrescerá o efeito de o órgão faltoso não poder, posteriormente, participar na conferência, mas ambos os efeitos poderão ser afastados pela invocação e prova do justo impedimento.

De todo o modo, esclarecemos que a leitura *supra* apenas será de aplicar às conferências *deliberativas*. É que, como bem aponta SÉRVULO CORREIA, sem embargo o art. 79.º, n.º 6, CPA se aplicar aos dois tipos de conferências procedimentais⁽⁶⁸⁾, as *consequências jurídicas* do silêncio não são exatamente as mesmas: na conferência deliberativa a ausência não prejudicará a *coautoria*, mas na conferência de cooperação, dado que cada órgão mantém a competência para praticar o ato administrativo individualmente, aqui sim, a lei parece consagrar um verdadeiro *deferimento tácito*⁽⁶⁹⁾.

Ainda assim, somos da opinião que o art. 79.º, n.º 6, CPA, deve ser lido *cum grano salis*. Isto porque, na nossa opinião, nada impede que, em certos domínios e por motivos de especial cautela, o legislador exija a prática de um ato *expresso*, impedindo o intérprete de atribuir valor positivo ao silêncio da Administração. Não cabe no objeto deste trabalho analisar, a fundo, as consequências da violação do dever de decidir⁽⁷⁰⁾, até porque as nossas inquietações não se fundam nos quadros gerais do procedimento

(67) Certeira PORTOCARRERO, quando afirma que “a discussão presencial dos diferentes pontos de vista visa facilitar o consenso, uma vez que cada um poderá influenciar decisivamente a decisão final. Deste modo, na conferência, o poder de cada órgão administrativo presente não se concentra na disposição do mero ato procedimental, mas expande-se pelo próprio debate” — cf. PORTOCARRERO, MARTA, *Modelos de Simplificação Administrativa*, *id.*, p. 125.

(68) A letra do art. 79.º, n.º 6, CPA é infeliz pois o artigo sugere que apenas se aplica às conferências *deliberativas*. Contudo, atendendo à lógica sistemática do regime e aos fins da conferência procedimental, parece evidente que o legislador não quis que a ausência de um órgão em conferência de cooperação simplesmente redundasse no seu fracasso. Nestes termos, não podemos deixar de concordar com SÉRVULO CORREIA, concluindo que a norma se aplica às duas modalidades de conferências.

(69) SÉRVULO CORREIA, JOSÉ MANUEL, «A conferência procedimental...», *id.*, p. 41.

(70) A este respeito, veja-se REBELO DE SOUSA, MARCELO, SALGADO DE MATOS, ANDRÉ, *Direito Administrativo Geral*, Tomo III, 2.ª ed., reimpr., Alfragide, D. Quixote, 2010, pp. 118, 456, ss. e 463, ss. e ANTUNES, TIAGO, «A decisão no novo Código do Procedimento Administrativo», *id.*, p. 329, ss.

administrativo. Pensamos antes, por exemplo, nas situações em que não se consente que existam silêncios que possam valer como deferimentos. Neste domínio, o valor atribuído ao silêncio da Administração no procedimento de Avaliação de Impacte Ambiental afigura-se particularmente interessante: o art. 19.º, n.º 2, Decreto-Lei, n.º 151-B/2013, de 31 de Outubro (doravante “RJAIA”), consagra uma regra de deferimento tácito, mas esta disposição encontra-se em flagrante contradição com o Direito Europeu⁽⁷¹⁾. Ora, se interpretarmos esta disposição em conformidade com Direito da União Europeia⁽⁷²⁾, reduzindo muito o âmbito de aplicação do art. 19.º, n.º 2, RJAIA⁽⁷³⁾, então não é impossível que o intérprete conclua que, em certos domínios de Direito do Ambiente, se exija um ato *expresso* do órgão competente. Não faria, portanto, qualquer sentido que o esforço do intérprete na procura da conformidade com o Direito Europeu fosse imediatamente afastado por uma conferência procedimental⁽⁷⁴⁾. Do mesmo modo, se o art. 19.º, n.º 2, RJAIA fosse alterado num sentido que dispensaria dúvidas sobre o facto de o silêncio da Administração em matéria ambiental não poder operar como um ato de conteúdo positivo, então também não poderia esse limite ser circum-navegado pelo simples recurso à conferência procedimental. Nestes termos, concluímos que o art. 79.º, n.º 6, CPA merece interpretação restritiva: a presunção aludida *supra* operará regra geral, salvo se, ao abrigo de lei especial, se exigir ao órgão uma manifestação *expressa* da sua vontade.

Cumpre, também, compreender em que consiste um caso de “justo impedimento”. É certo que o CPA não oferece, nesta matéria, regime apto

(71) Acórdãos do Tribunal de Justiça da União Europeia (doravante “TJUE”), *Comissão/Itália*, n.º C-360/87, de 28/02/1991, *Comissão/Alemanha*, n.º C-131/88, de 28/02/1991 e *Comissão/Bélgica*, n.º C-230/00, de 14/06/2001. O art. 19.º, n.º 2, RJAIA não escapou à censura da doutrina — por todos, FIGUEIREDO DIAS, JOSÉ EDUARDO, «O deferimento tácito na DIA — mais um repto à alteração do regime vigente», *Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente*, Vol. IV, n.º 8, 2001, pp. 72-76.

(72) Acórdãos do TJUE *Von Colson e Kaman*, de 10/04/1984, n.º 14/83, par. 28 e *Pfeiffer*, de 5/10/2004, n.º C-397-403/01, pars. 118-120.

(73) Esta hipótese pode suscitar algumas dúvidas, mas parece-nos que o intérprete deve admitir que, nesta questão, o direito nacional simplesmente colide com o europeu. Na nossa opinião, era mais fácil moderar este conflito no anterior regime — assim, por exemplo, AMADO GOMES, CARLA, *Risco e Modificação do Ato Autorizativo Concretizador de Deveres de Proteção do Ambiente*, Lisboa, Edição da Autora, 2012, pp. 413-416, disponível em <[https://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/Risco&modificacao%20C3%A7%C3%A3o.pdf](https://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/Risco%26modificacao%20C3%A7%C3%A3o.pdf)> (consultado a 20/06/2024).

(74) A bem da verdade, no que a esta questão diz respeito, o Despacho do TJUE de 27/07/2023, n.º C24/23, par. 36, lembra que a interpretação conforme ao Direito Europeu não consente interpretação *contra legem*, pelo que Portugal pode até arriscar uma ação por incumprimento (arts. 258.º a 260.º, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia), mas não cabe ao juiz corrigir o lapso do legislador.

a disciplinar normas procedimentais, mas a jurisprudência tem vindo, pacificamente, a considerar que será de aplicar o disposto na lei civil, *maxime* o art. 140.º, Código de Processo Civil [doravante, (CPC”)]⁽⁷⁵⁾. Porém, e salvo o devido respeito, o *immediatismo* desta remissão parece-nos juridicamente impreciso, pois é hoje pacífico que a lei civil não é regra geral face ao CPA⁽⁷⁶⁾. Face à ausência de regulamentação legal e à exigência dessa regulamentação⁽⁷⁷⁾, cabe ao intérprete integrar a lacuna, aplicando, por analogia, o art. 58.º, n.º 3, CPTA. Repare-se que não será de aplicar, por analogia, o *Código de Processo Civil*, pois o intérprete não deve perder de vista que o Direito Administrativo encontra-se sujeito a especificidades que motivaram a consagração de um regime mais amplo do que o previsto na lei civil. É certo que as alíneas *b)* e *c)*, do n.º 3, do art. 58.º, CPTA não foram pensados para a salvaguarda de posições jurídicas de *órgãos administrativos*, mas talvez não seja assim tão insensato considerar a sua aplicação, pois, *a priori*, nada impede, por exemplo, que o órgão promotor da conferência *induzza em erro* o órgão convocado⁽⁷⁸⁾. De todo o modo, o art. 58.º, n.º 3, CPTA será certamente útil aos interessados que, *por justo impedimento*, não puderam comparecer na audiência dos interessados (art. 123.º, n.º 2, CPA). Na verdade, os casos previstos no CPTA, em princípio, merecerão até uma tutela mais intensa do que os casos da lei civil — se a conduta do órgão promotor induzir em erro os interessados, então pode não lhes ser imputável a falta na audiência dos interessados, exigindo-se a sua repetição, sob pena de invalidade do ato.

⁽⁷⁵⁾ Na jurisprudência, veja-se, por exemplo, o Acórdão do STA (Ana Paula Portela), de 14/09/2017, n.º 01081/16 ou o Acórdão do TCA Sul (Cristina dos Santos), de 05/05/2016, n.º 10343/13. Na doutrina, por todos, ESTEVES DE OLIVEIRA, MÁRIO, ESTEVES DE OLIVEIRA, RODRIGO, *Concursos e outros procedimentos de adjudicação administrativa, Das fontes às garantias*, Coimbra, Almedina, 2003, p. 395, ss.

⁽⁷⁶⁾ A autonomia do Direito Administrativo é assinalada por inúmeros autores, v. g., ESTEVES DE OLIVEIRA, MÁRIO, *Direito Administrativo*, Vol. I, 2.ª ed., reimpr., Coimbra, Almedina, 1984, p. 75. Já PEREIRA DA SILVA defendia que “só e lícito recorrer ao direito privado por indicação do legislador” — cf. PEREIRA DA SILVA, JORGE, «A invalidade dos Contratos Administrativos», *Revista de Direito e Justiça*, Vol. 10, n.º 2, 1996, p. 153, ss. (159).

⁽⁷⁷⁾ TEIXEIRA DE SOUSA, Miguel, *Introdução ao Direito*, *id.*, pp. 387, 390-395 e BAPTISTA MACHADO, J., *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Coimbra, Almedina, 1993, pp. 194-197.

⁽⁷⁸⁾ A bem da verdade, o próprio art. 140.º, CPC também não foi pensado para a salvaguarda de *órgãos administrativos*, mas esse facto, por si só, não gera a suspeita de que o artigo não lhes é aqui aplicável.

8. Audiência dos interessados

A conferência procedimental não dispensa a realização de audiência dos interessados (art. 80.º, CPA)⁽⁷⁹⁾. Também aqui a audiência dos interessados assume um papel central na perfeição do ato final, permitindo que os particulares exponham as suas razões de facto e de direito e sugiram as modificações que tenham por convenientes a fim de evitar uma eventual decisão de indeferimento⁽⁸⁰⁾.

O art. 280.º, n.º 1, CPA consente que a audiência dos interessados seja exercida oralmente, sem prejuízo de o particular apresentar alegações, por escrito, que devem constar como anexo da ata da sessão⁽⁸¹⁾. Não obstante o silêncio da lei, parece-nos certo o juízo de SERRÃO quando defende que as alegações escritas devem ocorrer simultaneamente à audição oral. Certo também quando afirma que esta leitura é a única que se compagina com a finalidade da conferência procedimental⁽⁸²⁾.

Contudo, SERRÃO defende, também, que as “alegações escritas não devem extravasar o conteúdo da pronúncia oral apresentada”, servindo tão só como um “*espelho*” da pronúncia oral apresentada⁽⁸³⁾ e aqui já não

⁽⁷⁹⁾ VILHENA DE FREITAS considera a redação da norma infeliz pois, na sua opinião, o art. 80.º, CPA sugere que a audiência dos interessados concorre com a própria conferência deliberativa, antes, por isso, de existir projeto de decisão — cf. VILHENA DE FREITAS, Lourenço, *Direito do Procedimento Administrativo...*, *id.*, p. 92. Não acompanhamos esta inquietação. Com efeito, o art. 80.º, n.º 2, CPA chama a si o regime do art. 122.º, CPA, bastando atentar ao n.º 2 desse artigo para descobrir que “a notificação fornece o projeto de decisão e demais elementos necessários para que os interessados possam conhecer todos os aspetos relevantes”. Na verdade, não vemos como poderia ser de outro modo, sob pena de desvirtuar o fim da audiência dos interessados — a este respeito, SÉRVULO CORREIA, J. M., «Procedimento equitativo e direito de participação procedimental», in *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, REBELO DE SOUSA, MARCELO, OTERO, PAULO, QUADROS, FAUSTO DE (coord.), Coimbra, Coimbra Editora, 2012, pp. 423-430 e FREITAS DO AMARAL, DIOGO, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II, *id.*, p. 297, ss.

⁽⁸⁰⁾ AROSO DE ALMEIDA, MÁRIO, *Teoria Geral do Direito Administrativo*, *id.*, pp. 196-197 (nota 280).

⁽⁸¹⁾ Chama-se à atenção que os interessados devem ser notificados com uma antecedência mínima de 10 dias ao abrigo do art. 122.º, n.º 1, CPA, *ex vi*, art. 80.º, n.º 2, CPA.

⁽⁸²⁾ SERRÃO, TIAGO, «A conferência procedimental...», *id.*, p. 918. No mesmo sentido, SOUSA PINHEIRO, ALEXANDRE, SERRÃO, TIAGO, CALDEIRA, MARCO, DUARTE COIMBRA, JOSÉ, *Questões Fundamentais para a Aplicação do CPA*, *id.*, p. 161 e CABRAL DE MONCADA, LUÍS S., *Código do Procedimento Administrativo Anotado*, *id.*, p. 326.

⁽⁸³⁾ SERRÃO, TIAGO, «A conferência procedimental...», *id.*, p. 919. No mesmo sentido, SÉRVULO CORREIA, J. M., «Anotação ao artigo 80.º», in *Comentários à revisão do Código do Procedimento Administrativo*, QUADROS, Fausto, *et alii*, Coimbra, Almedina, 2016, pp. 184-185, SOUSA PINHEIRO, ALEXANDRE, SERRÃO, TIAGO, CALDEIRA, MARCO, DUARTE COIMBRA, JOSÉ, *Questões Fundamentais para a Aplicação do CPA*, *id.*, pp. 161-162 e CABRAL DE MONCADA, LUÍS S., *Código do Procedimento Administrativo Anotado*, *id.*, p. 326.

podemos acompanhar o autor, quanto mais não seja porque esta interpretação choca com o art. 280.º, n.º 1, CPA — o artigo parece consentir que, em certas situações, o particular apresente alegações escritas como um meio *alternativo* à audição oral. Já a conclusão do autor de que a leitura alternativa transformaria a audiência prévia “num trâmite deveras complexo que obrigaria os órgãos participantes a ponderar o posicionamento expresso” é ferido de dois vícios. Por um lado, é falso que a alegação escrita, necessariamente, complexifique a audiência, pois concebem-se inúmeros casos em que sucederá o oposto. Pense-se num caso em que o particular, procurando provar que o projeto de decisão versa em erro sobre certo enquadramento fáctico, junta documentação densa e complexa (art. 121.º, n.º 2, CPA), listando, em alegação, os vários factos que procura provar. Exige-se ao particular a leitura em *viva voce* destes factos, sob pena de as alegações escritas serem desconsideradas? Da nossa parte, não descobrimos razões para impedir que, em certas situações, os órgãos participantes analisem as alegações com um cuidado e atenção que só a leitura pode oferecer⁽⁸⁴⁾. Por outro lado, não descobrimos como obrigar “os órgãos participantes a ponderar o posicionamento expresso” é situação suscetível de provocar qualquer perplexidade, dado que este é precisamente o objetivo que a audiência dos interessados procura alcançar⁽⁸⁵⁾. Assim, na nossa opinião, as alegações escritas podem ser *alternativas* às alegações orais, quando se considere que estas agilizarão a audiência dos interessados.

De todo o modo, encontramos-nos alinhados com SERRÃO quando defende que a audiência dos interessados não suspende o prazo para a conclusão da conferência procedimental, ínsito no art. 81.º, n.º 1, CPA. De facto, o art. 121.º, n.º 3, CPA prevê a suspensão dos prazos procedimentais quando se realiza a audiência dos interessados, mas o legislador dispensou esta ressalva no art. 80.º, n.º 1, CPA, atalhando que a suspensão do prazo para concluir a conferência ocorrerá em caso de “audiência pública” (art. 80.º, n.º 3, CPA) — a norma sugere, assim, que, nos demais casos, não haverá suspensão⁽⁸⁶⁾.

(84) Não se trata de uma “dupla audiência dos interessados” — como referem SOUSA PINHEIRO, ALEXANDRE, SERRÃO, TIAGO, CALDEIRA, MARCO, DUARTE COIMBRA, JOSÉ, *Questões Fundamentais para a Aplicação do CPA*, *id.*, p. 162 —, quanto mais não seja porque, como vimos, qualquer alegação escrita terá de ser apresentada simultaneamente à audição oral. O que aqui defendemos é que há alegações que, pela sua complexidade e morosidade, podem merecer redução a escrito, servindo até como um expediente que *agiliza* a audiência dos interessados.

(85) Vejam-se as nossas notas de rodapé 79, *in fine* e 80, *supra*.

(86) SERRÃO, TIAGO, «A conferência procedimental...», *id.*, p. 919 (nota 54). No mesmo sentido, SOUSA PINHEIRO, ALEXANDRE, SERRÃO, TIAGO, CALDEIRA, MARCO, DUARTE COIMBRA, JOSÉ, *Questões Fun-*

9. Conclusão da conferência

Como vimos, nos termos do art. 81.º, n.º 1, CPA a conferência procedimental deve concluir no prazo de 60 dias (prazo prorrogável por mais 30 dias)⁽⁸⁷⁾, suspendendo, no seu decurso, os prazos para a conclusão dos procedimentos que conjuga⁽⁸⁸⁾. Esta disposição suscita algumas preocupações da doutrina. Com efeito, autores como SERRÃO consideram que o prazo do art. 81.º CPA é muito longo, desde logo porque o art. 128.º, n.º 1, CPA também já consagra um prazo de 60 dias⁽⁸⁹⁾. Podemos apenas em parte acompanhar esta apreensão. De facto, nas conferências de coordenação, onde o objetivo é tão só a articulação concertada entre os vários órgãos participantes, não se justifica um prazo tão alargado⁽⁹⁰⁾, mas nas conferências deliberativas justifica-se um prazo alargado porque o ato final, em princípio, será mais complexo e denso do que o que, ordinariamente, seria praticado, *i. e.*, uma conferência deliberativa sujeita a um prazo muito curto dificilmente seria bem-sucedida.

De todo o modo, acompanhamos as inquietações da doutrina que considera que a conferência procedimental apenas servirá para agilizar o procedimento administrativo quando fadada ao sucesso. Pelo contrário, nos casos em que não se encontrou um ponto de encontro entre os órgãos

damentais para a Aplicação do CPA, id., p. 162. Contudo, não concordamos com a fundamentação destes últimos quando defendem que o art. 80.º, n.º 2, CPA “promove uma remissão cirúrgica para o art. 122.º”. Admitimos que, do enquadramento geral da norma e atendendo aos fins de celeridade que a conferência procedimental procura promover, não há razões para supor que o legislador queria que a audiência dos interessados suspendesse o prazo para a conclusão da conferência, mas também não se poderá sugerir que *apenas* o art. 122.º, CPA será de aplicar às conferências procedimentais, atendendo à “remissão cirúrgica” do art. 80.º, n.º 2, CPA. É que, naturalmente, o particular continua a poder pronunciar-se sobre todas as matérias de facto e de direito com interesse para a decisão e a poder juntar documentos (art. 121.º, n.º 2, CPA), a audiência oral que ocorre na conferência estará sujeita à disciplina do art. 123.º, CPA, mantém-se a possibilidade de, em certos casos, se dispensar a audiência dos interessados (*maxime*, nos casos das als. *d)*, *e)* e *f)*, do n.º 1, do art. 124.º, CPA) e nada impede que se efetuem diligências complementares, ao abrigo do art. 125.º, CPA (este expediente pode até ser útil para ultrapassar o desacordo de um órgão participante que sensível ao exposto na audiência dos interessados, se inclinava para o *indeferimento*).

(87) Prazo que conta desde o dia em que ocorre a primeira reunião da conferência procedimental. Assim, também, SERRÃO, TIAGO, «A conferência procedimental...», *id.*, p. 920 e SOUSA PINHEIRO, ALEXANDRE, SERRÃO, TIAGO, CALDEIRA, MARCO, DUARTE COIMBRA, JOSÉ, *Questões Fundamentais para a Aplicação do CPA, id.*, p. 164.

(88) AROSO DE ALMEIDA considera que “a fixação de um prazo limite específico justifica-se porque (...) a conferência procedimental suspende os prazos para a conclusão dos procedimentos” — cf. AROSO DE ALMEIDA, MÁRIO, *Teoria Geral do Direito Administrativo, id.*, pp. 197.

(89) SERRÃO, TIAGO, «A conferência procedimental...», *id.*, p. 920.

(90) Sem embargo, os alertas de FREITAS DO AMARAL a que aludimos na nota 25, *supra*.

participantes, a conferência procedimental serve como uma causa de *retardamento* da ação administrativa⁽⁹¹⁾.

Nos termos do art. 81.º, n.º 2, CPA, a conferência procedimental extingue-se com a prática do ato final, ou com o termo do prazo sem que o ato ou atos tenham sido praticados, mas, a estas causas, deve adicionar-se a celebração de um contrato entre os órgãos participantes e o interessado, em substituição do ato ou atos cuja preparação se visava (art. 77.º, n.º 4, CPA)⁽⁹²⁾.

No caso de conferência deliberativa, se algum dos órgãos *indeferir*⁽⁹³⁾ a pretensão, solitariamente, será praticado um ato de indeferimento *complexo* (art. 81.º, n.º 5, 1.ª parte, CPA)⁽⁹⁴⁾, sem prejuízo de *i*) os órgãos acordarem alterar o ato com vista ao deferimento (art. 81.º, n.º 5, 2.ª parte, CPA), *ii*) se repetir a conferência, caso as alterações sejam concretizadas pelo interessado (art. 81.º, n.º 5, 2.ª parte, *in fine* e art. 181.º, n.º 7, ambos do CPA), ou *iii*) cada um dos demais órgãos intervenientes praticarem, individualmente, o ato administrativo que lhes compete, no prazo de 8 dias (art. 81.º, n.º 6, CPA). Considera SERRÃO que esta solução “não é propriamente surpreendente, atenta a estrutura jurídica da conferência deliberativa”⁽⁹⁵⁾, juízo que não podemos deixar de acompanhar.

De todo o modo, parece-nos que tanto o art. 81.º, n.º 5, CPA, como o art. 81.º, n.º 6, CPA, merecem uma reflexão mais atenta. No que ao art. 81.º, n.º 5, CPA diz respeito, SÉRVULO CORREIA, defende que é juridicamente impreciso falar de um “indeferimento”, pois não cabe à conferência deliberativa pronunciar-se num sentido de “sim ou não”, mas antes dizer “sim” quando, global e definitivamente, for possível fazê-lo. Conclui o autor que, se lêssemos no “indeferimento” do art. 81.º, n.º 5, CPA um ato administrativo de conteúdo negativo, então “os procedimentos não se sus-

(91) Neste sentido, SERRÃO, TIAGO, «A conferência procedimental...», *id.*, p. 920 e FERRAZ COUTINHO, JULIANA, «O que há de novo...», *id.*, p. 260. Também, SALGADO DE MATOS move críticas a esta situação, pois, na opinião do autor, “converte[-se] um instrumento por excelência de aceleração procedimental em mecanismo de alargamento do prazo geral para conclusão do procedimento” — cf. SALGADO DE MATOS, ANDRÉ, «O projeto de revisão do Código do Procedimento Administrativo: uma revolução...», *id.*, p. 44. Ainda assim, convém não esquecer que o que ocorreu na conferência procedimental pode ser aproveitado nos procedimentos *de origem* — veja-se a nossa nota de rodapé 100, *infra*.

(92) O legislador foi infeliz na organização sistemática das causas de extinção da conferência, deslocando esta última para o art. 77.º, CPA — algo a que também aludem SERRÃO, TIAGO, «A conferência procedimental...», *id.*, p. 921 e CABRAL DE MONCADA, LUÍS S., *Código do Procedimento Administrativo Anotado*, *id.*, p. 327.

(93) Não em sentido literal pois, como vimos, os órgãos participantes da conferência deliberativa praticam um único ato, em coautoria.

(94) AROSO DE ALMEIDA, MÁRIO, *Teoria Geral do Direito Administrativo*, *id.*, p. 190.

(95) SERRÃO, TIAGO, «A conferência procedimental...», *id.*, p. 922.

penderiam e antes se extinguiriam por força do início da conferência que, para todos os efeitos, os absorveria, substituindo-os de vez”(96). Sem embargo o enorme respeito que nos merece o ilustre Professor, não podemos acompanhar esta crítica, pois o indeferimento, enquanto ato de conteúdo negativo, é, na verdade, um ato neutro do ponto de vista dos efeitos — o requerente nada “adquire”, nem “perde”(97). Logo, o conceito de “indeferimento” adequa-se perfeitamente à situação em que não se reúne o necessário consenso para a prática do ato em coautoria. Acresce que, como vimos, concebem-se casos em que o particular pode impugnar o ato final ou, face a um indeferimento ilegal, demandar os órgãos participantes à prática do ato de conteúdo complexo(98), pelo que também aqui se ilustra que estamos face a um verdadeiro *indeferimento*.

Já o art. 81.º, n.º 6, CPA merece a nossa crítica, pois é difícil descobrir-lhe sentido útil. É que, como vimos, se os órgãos participantes não chegarem a acordo, então retoma-se o decurso normal dos procedimentos suspensos(99), logo, de todo o modo, sempre voltarão a poder praticar os atos administrativos que lhes cabe praticar. Temos, por isso, alguma dificuldade em compreender o esclarecimento de que os órgãos que não apresentaram objeções podem praticar, individualmente, o ato administrativo que lhes compete, *no prazo de 8 dias*, pois... é claro que podem, tanto mais que também o podem fazer *depois* do prazo de 8 dias. O único sentido útil que divisámos na norma foi o seguinte: num cenário em que não há acordo, se o ato individual for praticado nestes 8 dias, então dispensa-se o cumprimento de qualquer outra exigência que era devida no procedimento *de origem*. Contudo, mesmo esta interpretação, tem em pouca conta a técnica do legislador, pois temos por óbvio que, finda a conferência mal-sucedida, cada órgão que a integrou pode aproveitar parte do que nela se cumpriu(100).

Com efeito, o sentido obscuro do art. 81.º, n.º 6, CPA parece suscitar interpretações que temos por imprecisas. Assim, afirma SERRÃO que, findo

(96) SÉRVULO CORREIA, JOSÉ MANUEL, «A conferência procedimental...», *id.*, pp. 42-43. O autor reitera estas críticas em SÉRVULO CORREIA, J. M., «Anotação ao artigo 81.º», *id.*, pp. 188-190.

(97) Por todos, na jurisprudência, o Acórdão do STA (Cândido de Pinho), de 19/02/2003, n.º 0289/03 e, na doutrina, FREITAS DO AMARAL, DIOGO, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II, *id.*, pp. 260-262.

(98) Notas de rodapé 22 e 23, *supra*.

(99) Veja-se a nossa nota de rodapé 54, *supra*.

(100) Porventura o caso mais evidente traduzir-se-á na possibilidade de dispensar a audiência dos interessados nos procedimentos *de origem*, ao abrigo do art. 124.º, n.º 1, al. e), CPA, (aqui sim) sob pena de existir uma “dupla audiência dos interessados”.

o prazo de 8 dias referido, “ocorre uma estabilização do sucedido na conferência”⁽¹⁰¹⁾, mas salvo o devido respeito, esta leitura parece não ter em consideração que os atos administrativos praticados individualmente, ao abrigo do art. 81.º, n.º 6, CPA, não são atos imputáveis a todos os órgãos participantes, mas tão só ao órgão que pratica o ato, *i. e.*, são atos que nada têm que ver com a conferência procedimental propriamente dita. Não descobrimos, por isso, o que é que na conferência possa ter *estabilizado*, pois, independentemente da prática deste ato singular, o ato final da conferência continua a redundar em indeferimento. Já CABRAL DE MONCADA defende que os órgãos referidos no art. 81.º, n.º 6., CPA podem praticar os seus atos individualmente desde que “não ponham em causa o acordo”⁽¹⁰²⁾, mas, salvo o devido respeito, também aqui se parece esquecer que a possibilidade de praticar os atos individualmente apenas terá sentido útil na *ausência de acordo*. O próprio art. 81.º, n.º 6, CPA atesta que “*o disposto no número anterior*” — *i. e.*, nos casos em que *não houve acordo* — não impede os órgãos participantes de praticar os atos administrativos individualmente, nada afirmando sobre os casos em que *houve acordo*. Na verdade, não vemos como poderia ser de outro modo — qual o sentido de consagrar um mecanismo de *concentração procedimental* que permite às partes desagregar do acordo que tanto custou alcançar?

De todo o modo, pode legitimamente perguntar-se: o órgão *dissidente* tem sempre o dever de participar na *nova conferência*? Será que a existência de um órgão *dissidente* convoca a necessidade de reavaliar o que afirmámos sobre a competência revogatória e anulatória, ou sobre o regime de reclamação e recurso hierárquico? Na nossa opinião, a resposta a estas questões variará em função do sucedido. No caso da competência revogatória e anulatória e no caso de se tratar de uma reclamação ou recurso hierárquico, parece-nos que o órgão *dissidente* está obrigado a reintegrar a conferência, pois não há dúvidas que este continua a ser coautor do ato final da conferência procedimental⁽¹⁰³⁾. Porém, nos demais casos, não haverá necessidade de chamar o órgão *dissidente* à nova conferência. Isto será assim por duas razões. Em primeiro lugar porque a prática do ato administrativo, a título individual, consolidará a disciplina jurídica aplicável ao caso, pelo que o órgão competente já não concorrerá para a decisão que cabe à (nova) conferência procedimental acautelar (art. 77.º, n.º 2, CPA). Aliás, repare-se que não são chamados à primeira conferência pro-

(101) SERRÃO, TIAGO, «A conferência procedimental...», *id.*, p. 923.

(102) CABRAL DE MONCADA, LUÍS S., *Código do Procedimento Administrativo Anotado*, *id.*, p. 329.

(103) Vejam-se as nossas notas 13, 15, 29 e 30, *supra*.

cedimental todos os órgãos que, anteriormente, tenham praticado atos administrativos aptos a disciplinar a situação do particular, mas tão só os órgãos que *ainda* não praticaram esses atos. Seguindo esta linha de raciocínio descobre-se que o objeto da nova conferência procedimental é definido apenas pelas competências que cabem a alguns dos órgãos que nela previamente tinham participado. A segunda razão prende-se com os fins da conferência procedimental a que temos vindo a aludir. A eficiência e celeridade da figura sugerem que não fará sentido chamar à nova conferência órgãos que já se pronunciaram sobre os respetivos domínios.

10. Reflexões Finais

Face ao exposto, encontramos-nos, em condições de retirar algumas conclusões. A saber:

- i) A conferência procedimental pode ser definida como o mecanismo através do qual se concentra num procedimento, a articulação entre vários órgãos, com vista à obtenção de um resultado final, seja uma única decisão final, várias decisões, ou a tomada de várias decisões autónomas, mas respeitantes a diferentes aspetos de um mesmo projeto, atividade ou iniciativa;
- ii) Permitem-se conferências de instrução, não ao abrigo dos arts. 77.º e ss., CPA, mas com base no princípio da adequação formal, ínsito no art. 54.º, CPA;
- iii) A conferência deliberativa concentra numa única decisão o exercício de atos administrativos que, de outro modo, seriam autónomos, *i. e.*, os órgãos da conferência deliberativa praticam um ato incindível, de conteúdo complexo e em coautoria. Já na conferência de coordenação, cada um dos órgãos intervenientes emite um ato administrativo que mantém a sua identidade e autonomia e apenas ao próprio órgão é imputável, servindo a conferência como um instrumento que facilita o contacto entre os vários órgãos;
- iv) No caso de conferência deliberativa, a competência para revogar ou anular o ato não levanta questões de maior, aplicando-se o art. 169.º, CPA, *i. e.*, deve formar-se nova conferência procedimental, com os mesmos órgãos. Também na conferência de

cooperação, esta competência mantém-se em cada um dos órgãos singularmente considerados, pelo que também será de aplicar o art. 169.º, CPA;

- v) A solução *supra* serve, *mutatis mutandis*, para a reclamação e para o recurso hierárquico: o particular deve apresentar a reclamação ou o recurso a cada um dos órgãos participantes e, no caso de recurso hierárquico, formar-se-á uma “conferência de segundo grau” composta pelos superiores hierárquicos dos primeiros;
- vi) O órgão com competência para convocar e presidir à conferência deve ser um órgão participante, por disposição da lei. Dado que a lei apenas faz depender esta função da *participação* na conferência, um órgão de natureza meramente consultiva pode assumir a função de órgão promotor da conferência — situação que deve ser corrigida pelo legislador;
- vii) Por requerimento do particular, o órgão competente está investido no dever de, em 8 dias, convocar a conferência. O particular pode demandar o órgão em sede de condenação à prática de ato devido, mas, dada a morosidade dos tribunais aliada ao facto de continuar a correr o prazo de um ano para o particular exigir o ato administrativo a cada um dos órgãos inativos (art. 69.º, n.º 1, CPTA), esta garantia é de improvável eficácia;
- viii) Nos termos do art. 79.º, n.º 6, CPA, a ausência de um órgão regularmente convocado para a conferência deliberativa (ou o silêncio do órgão que comparece, mas nada diz), gera uma presunção de não-oposição ao decidido, a que acrescerá o efeito de o órgão faltoso não poder, posteriormente, participar na conferência — ambos os efeitos poderão ser afastados pela invocação e prova de justo impedimento. No caso de conferência de cooperação, o silêncio valerá como deferimento tácito;
- ix) Contudo, o art. 79.º, n.º 6, CPA merece interpretação restritiva: a presunção e o deferimento tácito aludidos *supra* operarão como regra geral, salvo se, ao abrigo de lei especial, se exigir ao órgão silente uma manifestação *expressa* da sua vontade;
- x) O justo impedimento, previsto no art. 79.º, n.º 6, CPA, é disciplinado pelo art. 58.º, n.º 3, CPTA, aplicável por analogia;
- xi) Na audiência dos interessados, as alegações escritas devem ocorrer simultaneamente à audição oral. As alegações escritas

podem ser alternativas às alegações orais quando se considere que estas agilizarão a audiência dos interessados. A audiência dos interessados não suspende o prazo para a conclusão da conferência procedimental, ínsito no art. 81.º, n.º 1, CPA;

- xii) Dada a suspensão dos prazos dos procedimentos que a conferência procura substituir ou articular (art. 81.º, n.º 1, CPA), a conferência procedimental apenas servirá para agilizar o procedimento administrativo quando fadada ao sucesso. Pelo contrário, nos casos em que não se encontrou um ponto de encontro entre os órgãos participantes, a conferência procedimental servirá como uma causa de *retardamento* da ação administrativa.
- xiii) O ato final da conferência deliberativa é impugnável e concebem-se casos em que o particular pode exigir judicialmente a prática desse ato;
- xiv) O art. 81.º, n.º 6, CPA deve ler-se do seguinte modo: num cenário em que não há acordo, se um órgão praticar individualmente o ato administrativo que lhe compete nos 8 dias após a conclusão da conferência, então dispensa-se o cumprimento de qualquer outra exigência que era devida no procedimento *de origem*;
- xv) Finda a conferência malsucedida, o órgão que, individualmente, praticar o ato que lhe compete não se encontra obrigado a reintegrar a segunda conferência procedimental, que surja ao abrigo dos n.ºs 5 e 7, do art. 81.º, CPA;
- xvi) O facto de um órgão praticar, individualmente, o ato que lhe compete não atinge o que foi dito *supra* sobre revogação, anulação, reclamação e recurso hierárquico — o órgão *dissidente* continua a ser coautor do ato final, pelo que estará obrigado a reintegrar a conferência que revoga ou anula o ato anterior, servindo esta lógica, *mutatis mutandis*, para a reclamação e para o recurso hierárquico.

A (DES)NECESSIDADE DE POSITIVAÇÃO DAS CAUSAS LEGÍTIMAS DE INEXECUÇÃO NO CPTA

Pelo Dr. João Tomé Pilão⁽¹⁾

SUMÁRIO:

1. Nota Introdutória. **2. Evolução das “causas legítimas de inexecução” no ordenamento jurídico português.** **3. Uma visão comparada.** **4. As causas legítimas de inexecução.** **4.1.** A impossibilidade absoluta. **4.1.1.** Apreciação crítica da jurisprudência. **4.2.** O excecional prejuízo para o interesse público. **4.2.1.** Apreciação crítica da jurisprudência. **5. A (des)necessidade de positivação das causas legítimas de inexecução.** **5.1.** *Idem:* a impossibilidade absoluta. **5.2.** *Idem:* o excecional prejuízo para o interesse público. **5.2.1.** A (in)constitucionalidade do excecional prejuízo para o interesse público. **6. Conclusões.**

*A justiça sem força é impotente;
a força sem justiça é tirânica⁽²⁾*

1. Nota Introdutória

Está longe de ser pacífica a opção legislativa de positivar as “causas legítimas de inexecução”, mais especificamente a formulação textual da “impossibilidade absoluta” e o “excecional prejuízo para o interesse público” como situações que legitimam a Administração em não executar

⁽¹⁾ Doutorando em Ciências Jurídico-Políticas na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; investigador colaborador no Lisbon Public Law Research Center.

⁽²⁾ Cf. BLAISE PASCAL, *Pensées*, trad. Sérgio Milliet, Nova Cultural, 1988, p. 62 (298).

uma decisão judicial ao abrigo do Código de Processo nos tribunais administrativos (doravante, «CPTA»)(³). A ausência do seu tratamento dogmático-unitário, que questione aquelas opções à luz das normas e princípios vigentes no nosso ordenamento jurídico, constitui o leitmotiv da nova abordagem objeto do presente estudo.

Neste contexto, iremos revisitar a evolução histórica e comparada das “causas legítimas de inexecução” para, depois, analisarmos autonomamente cada tipo em que esta figura se desdobra com base na doutrina mais avalizada e numa análise crítica à jurisprudência mais recente. Com uma visão detalhada das causas legítimas de inexecução no ordenamento jurídico português, chegamos ao tema central que nos propomos tratar relativo à necessidade, ou não, de o legislador consagrar a “impossibilidade absoluta” e o “excecional prejuízo para o interesse público”. Relativamente à última, não deixaremos de analisar a conformidade constitucional da sua formulação no texto da lei.

2. Evolução das “causas legítimas de inexecução” no ordenamento jurídico português

Em Portugal, a evolução do instituto das causas legítimas de inexecução confunde-se, em certa medida, com a mudança de paradigma de um contencioso objetivista para um contencioso de plena jurisdicionalização e subjetivista(⁴). Como veremos, esta mudança teve evidentes e naturais repercussões no “modelo de execução” de sentenças dos tribunais administrativos existente e, mais especificamente, na concreta tipificação (em maior ou menor número) e formulação (de conteúdo mais ou menos genérico) das causas que obstam o cumprimento das decisões dos Tribunais pela Administração, materializando as opções político-legislativas de cada momento(⁵).

(³) Aprovado pela Lei n.º 15/2002, de 22 de fevereiro, publicada no Diário da República n.º 45/2002, Série I-A, 22 de fevereiro de 2002, pp. 1422-1457.

(⁴) Para uma evolução histórico-jurídica do contencioso administrativo, *vide*, entre outros, JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA, *Direito do Contencioso Administrativo*, Vol. I, LEX, 2005, pp. 441 a 781; MARIA DA GLÓRIA GARCIA, *Da justiça administrativa em Portugal: sua origem e evolução*, Universidade Católica Editora, 1994, *passim*.

(⁵) Para uma evolução histórico-jurídica das “causas legítimas de inexecução”, *vide*, entre outros, DIOGO FREITAS DO AMARAL, *A Execução das Sentenças dos Tribunais Administrativos*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 1997, pp. 152 a 154; JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça Administrativa, Lições*, 19.ª ed., Almedina, 2021, pp. 381 a 384; GUILHERME DA FONSECA TEIXEIRA, *Execução das Sentenças dos Tribunais Administrativos contra a Administração Pública*, Almedina, 2022, pp. 170 a 171.

Num *contencioso marcadamente objetivista*, de inspiração francesa, fruto de uma clássica conceção de separação de poderes, não se tolerava a emissão de pronúncias condenatórias jurisdicionais à Administração, no sentido de a vincular à execução de determinadas prestações⁽⁶⁾. O foco estava na reposição da legalidade (objetivista) através de um contencioso assente em decisões de mera anulação.

No âmbito deste modelo de contencioso, a invocação de causas legítimas de inexecução sujeitava-se ao livre-arbítrio da Administração pretender retirar as consequências das sentenças contra si proferidas, ainda que de mera anulação, ou, pelo contrário, optar por uma compensação indemnizatória⁽⁷⁾: era um tempo de certa fungibilidade entre a execução (tutela primária) e indemnização (tutela secundária), o que levava a crer que devia “deixar-se à Administração [...] a escolha entre a execução direta e específica da decisão jurisdicional e a execução mediante o pagamento de indemnização, isto é por sucedâneo”⁽⁸⁾.

Ademais, a formulação textual das causas que podiam ser invocadas para a inexecução das sentenças revelavam um conteúdo genérico, abrangendo um maior número de situações em ordem a legitimar a possibilidade de a Administração incumprir o dever de executar as sentenças contra si proferidas:

- i) Nos idos anos de 1930, estabelecia-se que a inexecução das decisões tinha como consequência uma pena de desobediência a não ser que estivesse em causa uma “**impossibilidade, grave prejuízo, ou embaraço** no seu cumprimento” [art. 6.º, § 1.º, do Decreto n.º 18 017, de 28 de fevereiro de 1930⁽⁹⁾] e quando algum membro do Governo não executasse uma sentença do tribunal, presumia-se que a inexecução era “sempre determinada por impossibilidade” (art. 6.º, § 2.º). Esta solução da lei portuguesa, fonte de celeuma doutrinal⁽¹⁰⁾, não passou despercebida pela vizinha doutrina espanhola⁽¹¹⁾;

(6) Desta forma, entendia-se que “os tribunais, quaisquer que sejam, são impotentes para coagir a Administração”, ou seja, estes “não condenam: reveem atos, afirmam a sua legalidade ou anulam-nos por ilegais” (cf. MARCELLO CAETANO, «Anotação ao Acórdão do STA (1.ª secção) de 22 de fevereiro de 1952 — Caso de Brandão Queimada» in *O Direito*, Lisboa, ano 84.º, 1952, p. 205 apud DIOGO FREITAS DO AMARAL, *A Execução das Sentenças...*, cit., p. 156.

(7) Cf. GUILHERME DA FONSECA TEIXEIRA, *Execução das Sentenças...*, cit., p. 23.

(8) Cf. MARCELLO CAETANO, *Tratado elementar de direito administrativo*, Vol. I, Coimbra Editora, 1943, pp. 372 e 373.

(9) Cf. Diário do Governo n.º 49/1930, Série I, de 28 de fevereiro de 1930, pp. 383-385.

(10) Relativamente a esta presunção existia quem a considerasse ilidível mediante prova em contrário do Exequente, uma vez que “conceber a presunção de impossibilidade como presunção *juris*

- ii) De igual forma, no regulamento do Supremo Conselho de Administração Pública, previa-se que os acórdãos deste órgão seriam cumpridos, sob pena de desobediência, pelas autoridades administrativas a não ser que “a entidade que houver de dar cumprimento ao acórdão entender que há **grave prejuízo** ou **embaraço** na sua execução, ou que esta se mostre **impossível**” [art. 49.º, § 2.º, do Decreto n.º 19 243, de 16 de janeiro de 1931⁽¹²⁾] seguindo-se a pronúncia sobre o Supremo Conselho que, em caso de procedência, notificava os interessados para acordarem a reparação que fosse devida (art. 49.º, § 3.º);
- iii) Posteriormente, com a extinção do Supremo Conselho de Administração Pública e criação em sua substituição do Supremo Tribunal Administrativo⁽¹³⁾, mantêm-se as normas referidas anteriormente [art. 15.º do Decreto-Lei n.º 23 185, de 30 de outubro de 1933⁽¹⁴⁾] e, no âmbito do diploma que passa a regular o funcionamento Supremo Tribunal Administrativo, prevê-se que os seus acórdãos “tornam-se executórios logo que transitem em julgado, e, salvo o caso de **impossibilidade**, **grave prejuízo** ou **embaraço** na sua execução, a inexecução deles, por parte de quem deva cumprilos, quando a respetiva execução for requerida pelas partes interessadas, importa a pena de desobediência” [art. 28.º do Decreto-Lei n.º 40 768, de 8 de setembro de 1956⁽¹⁵⁾];
- iv) Em 1969, elimina-se pela primeira vez, mas apenas quanto ao Conselho Ultramarino, a referência ao “embaraço” na execução

et de jure, atribuindo portanto ao Governo o direito de não executar as sentenças fora dos casos de autêntica impossibilidade ou grave prejuízo para o interesse público, seria contrariar as disposições legais que consagram o princípio da obrigatoriedade das sentenças dos tribunais administrativos” (cf. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *A Execução das Sentenças...*, cit., p. 154) ou quem a intendessem como *ius et de iure* (cf. MANUEL ALVES PEIXOTO, *A execução de sentenças contra a administração — esboço de uma teoria e análise do direito português*, Dissertação de Licenciatura em Ciências Jurídicas apresentada na FDUL, 1943, pp. 24, 29 a 32, 90 e 91).

(11) Cf. AURELIO GUAITA, “Ejecución de sentencias en el processo administrativo español” in *Revista de Administración Pública*, n.º 9, Madrid, 1952, p. 98.

(12) Cf. Diário do Governo n.º 13/1931, Série I, de 16 de janeiro de 1931, pp. 111-124.

(13) De acordo com o MARCELLO CAETANO, esta extinção colocou termo à fase de “experiência e incerteza” (cf. *Manual de Direito Administrativo*, Vol. II, 10.ª ed., Almedina, Coimbra, 1984, p. 1283).

(14) Cf. Diário do Governo n.º 247/1933, Série I, de 30 de outubro de 1933, pp. 1809-1811.

(15) Cf. Diário do Governo n.º 192/1956, Série I, de 8 de setembro de 1956, pp. 1375-1378.

De igual forma, o Regulamento do Supremo Tribunal Administrativo prevê a pena de desobediência pela inexecução das decisões por parte de quem deva cumprilas “salvo o caso de impossibilidade, grave prejuízo ou embaraço” (art. 77.º do Decreto-Lei n.º 41 234, de 20 de agosto de 1957, aprovado pelo Diário do Governo n.º 186/1957, Série I, de 20 de agosto de 1957, pp. 811-819).

enquanto fundamento para a inexecução [art. 23.º do Decreto-Lei n.º 49 146, de 25 de julho de 1969⁽¹⁶⁾], em linha do defendido anteriormente pela doutrina por já se considerar incluído o “embaraço” no “grave prejuízo para o interesse público”⁽¹⁷⁾, e, por outro lado, deixar transparecer a ideia de que uma “leve ou embaraçosa dificuldade” era suficiente para não executar a sentença⁽¹⁸⁾.

Com o novo período constitucional democrático passou-se para um *contencioso administrativo de pendor mais subjetivista*, a que o processo executivo não ficou imune⁽¹⁹⁾. Esta mudança de paradigma não foi feita num só dia, tendo estado presente nas diversas revisões constitucionais⁽²⁰⁾. Dessa forma, embora se tenha passado a consagrar o princípio da obrigatoriedade e prevalência das decisões judiciais [hoje, no art. 205.º, n.º 2, da Constituição⁽²¹⁾], só nas revisões constitucionais subseqüentes se procedeu à alteração do paradigma do modelo de contencioso de mera anulação abrindo o acesso ao recurso contencioso para as situações nas quais se pretendesse obter o reconhecimento de um direito ou interesse legalmente protegido, no art. 368.º, n.º 4, da Constituição [revisão operada pela Lei Constitucional n.º 1/1982, de 30 de setembro^(22/23)], e a consagração expressa do princípio da tutela jurisdicional efetiva, nos arts. 20.º, n.os 4 e 5 e 268.º, n.os 4 e 5, da Constituição [quarta revisão constitucional operada da Lei Constitucional n.º 1/1997, de 20 de setembro⁽²⁴⁾].

A subjetivação do modelo de contencioso administrativo veio igualmente acompanhada, a nível infraconstitucional, da positivação de algumas garantias dos particulares ao nível do processo executivo. Com a entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 256-A/77, de 17 de junho⁽²⁵⁾, que

⁽¹⁶⁾ Cf. Diário do Governo n.º 173/1969, Série I, de 25 de julho de 1969, pp. 890-894.

⁽¹⁷⁾ Cf. MARCELLO CAETANO, *Manual...*, II, *cit.*, p. 1402, para quem o “embaraço” era uma espécie do género “grave prejuízo”.

⁽¹⁸⁾ Cf. FREITAS DO AMARAL, *A execução de sentenças dos tribunais administrativos*, Ática, 1967, pp. 192 e 193.

⁽¹⁹⁾ Sobre esta evolução, cf., por todos, CECÍLIA ANACORETA CORREIA, *A tutela executiva dos particulares no código de processo nos tribunais administrativos*, Almedina, 2013, pp. 25 a 140.

⁽²⁰⁾ Cf. CECÍLIA ANACORETA CORREIA, *A tutela executiva...*, *cit.*, pp. 98 a 140.

⁽²¹⁾ Com correspondência, na versão originária, ao art. 210.º, n.º 1, da Constituição.

⁽²²⁾ Cf. Diário da República n.º 227/1982, Série I, de 30 de setembro de 1982, pp. 3135-3206.

⁽²³⁾ Sobre a importância desta revisão constitucional no modelo de contencioso administrativo, cf. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, «A proteção dos direitos fundamentais dos particulares na justiça administrativa reformada» in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 134, n.º 3929, Coimbra Editora, 2001, p. 227.

⁽²⁴⁾ Cf. Diário da República n.º 218/97, Série I-A, de 20 de setembro de 1997, pp. 5130-5196.

⁽²⁵⁾ Cf. Diário da República n.º 138/1977, 1.º Suplemento, Série I, de 17 de junho de 1977, pp. 1-3.

“reforça as garantias de legalidade administrativa e dos direitos individuais perante a Administração Pública”, deu-se um avanço significativo no sentido de garantir a autoridade e o efetivo cumprimento das decisões jurisdicionais.

Por oposição ao período anterior, além de este diploma passar a prever expressamente o conceito de “causa legítima de inexecução”, cristalizando um longo trabalho doutrinal que o antecedeu⁽²⁶⁾, a sua formulação veio denotar uma exigência acrescida para a sua verificação. Desta forma, passam a incluir esse conceito a **“impossibilidade”** e o **“grave prejuízo para o interesse público”**, eliminando-se do seu rol a referência a “embarço” (art. 6.º, n.º 2, *ad contrario*)⁽²⁷⁾.

Seja como for, os aspetos positivos introduzidos pelo referido diploma não conseguiram, no imediato, assegurar uma plenitude no processo executivo de sentenças contra a Administração. Por exemplo, embora se abandone a presunção de que a inexecução revela uma impossibilidade, exige-se ao particular que tenha de recorrer ao tribunal para obter uma sentença que declare a não verificação da causa legítima de inexecução⁽²⁸⁾. Fica-se a meio caminho⁽²⁹⁾.

Na viragem do século, o CPTA passou a prever como “causas legítimas de inexecução” da prestação de factos ou coisas e de sentenças de anulação de atos administrativos, o **“grave prejuízo para o interesse público”** e a **“impossibilidade absoluta”** (art. 163.º, n.º 1). Esta “absolutização” da impossibilidade, consagrada na esteira do que vinha sendo defendido pela jurisprudência do Supremo Tribunal Administrativo⁽³⁰⁾, foi interpretada no sentido de impedir a “mera dificuldade ou onerosidade da prestação”⁽³¹⁾

⁽²⁶⁾ No sentido do contributo doutrinal para este diploma, cf. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Direito Administrativo*, Vol. IV, 1988, p. 230; MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, «A execução das sentenças dos tribunais administrativos no pensamento de Diogo Freitas do Amaral» in *Em Homenagem ao Professor Doutor Freitas do Amaral*, Almedina, 2010, pp. 134 a 141.

⁽²⁷⁾ Para uma visão geral sobre a tramitação do “processo de execução de julgados” ao abrigo do Decreto-Lei n.º 256-A/77, cf. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 281/2004, de 21 de abril de 2004, disponível in <www.tribunalconstitucional.pt>.

⁽²⁸⁾ Evidenciando uma “obrigatoriedade enfraquecida típica das sentenças anulatórias” (cf. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça...*, cit., p. 382).

⁽²⁹⁾ O autor VIEIRA DE ANDRADE elenca vários pontos que, no seu entender, constituem uma evidência de o Decreto-Lei n.º 256-A/77, de 17 de junho, constituir um instrumento limitado quanto às decisões proferidas contra a Administração (cf. *A Justiça...*, cit., pp. 382 e 383).

⁽³⁰⁾ Desta forma, o Supremo Tribunal Administrativo já referia que a “impossibilidade de executar a decisão terá de ser absoluta, não relevando uma mera dificuldade na execução do julgado, ou o seu carácter eventualmente oneroso” (cf. Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 2 de abril de 1998, proferido no âmbito do processo n.º 19815A, disponível in <www.dgsi.pt>).

⁽³¹⁾ Cf. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA / CARLOS FERNANDES CADILHA, *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, 5.ª ed., Almedina, 2021, p. 1277; no mesmo sentido, cf. RODRIGO

como impossibilidade de execução das sentenças dos tribunais administrativos.

Só com a reforma do contencioso administrativo de 2015, operada pelo Decreto-Lei n.º 214-G/2015, de 2 de outubro⁽³²⁾, é que se abandona e substitui o adjetivo “grave” por “**excecional prejuízo para o interesse público**”⁽³³⁾, cuja alteração evidenciou a intenção de o legislador pretender dificultar a sua verificação e reforçar a força executiva perante a Administração⁽³⁴⁾.

Sucedee que, a par do processo executivo, o CPTA alterou a “lógica tradicional”⁽³⁵⁾ de invocação e verificação das causas legítimas de inexecução, tendo incorporado uma solução inovadora⁽³⁶⁾ de antecipação da invocação das causas legítimas de inexecução no processo declarativo (art. 45.º, n.º 1, do CPTA), cuja positivação não deixou de suscitar algumas dúvidas na sua conformidade com a Constituição⁽³⁷⁾. À semelhança do que o legislador efetuou em sede de processo declarativo, também só nas revisões legislativas subseqüentes se passou a exigir o “excecional” (e não

ESTEVES DE OLIVEIRA, «Processo Executivo: Algumas Questões» in *A Reforma da Justiça Administrativa, Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra- Studia Iuridica*, 86, Coimbra Editora, 2005, p. 252.

⁽³²⁾ Cf. Diário da República n.º 193/2015, 3.º Suplemento, Série I, de 2 de outubro de 2015, pp. 12-108.

⁽³³⁾ Louvando igual redação para o art. 45.º, do CPTA, cf. VERA EIRÓ, «O regime de antecipação da sentença por causa legítima de inexecução» in *Comentários à Legislação Processual Administrativa*, Vol. I, 5.ª ed., AAFDL, 2020, p. 920; atenta a diferenciação de terminologia existente até 2015, existia quem legitimamente questiona-se as suas implicações ao nível do regime de invocação das causas legítimas de inexecução (cf. JOÃO TIAGO SILVEIRA, *Mecanismos de agilização processual e princípio da tutela jurisdicional efetiva no contencioso administrativo, Tese de Doutoramento em Direito na especialidade em Ciências-Jurídico Políticas*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Vol. I, 2017, p. 658).

⁽³⁴⁾ Cf. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça...*, cit., p. 388 (1013); no sentido de que a alteração não introduziu qualquer inovação «na medida em que já se entendia que o “excecional prejuízo para o interesse público” apenas devia ser reconhecido em *situações-limite*» (cf. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA / CARLOS FERNANDES CADILHA, *Comentário...*, cit., p. 1278).

⁽³⁵⁾ Cf. JOÃO TIAGO SILVEIRA, *Mecanismos de agilização...*, cit., p. 631

⁽³⁶⁾ Cf. Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 25 de março de 2010, proferido no âmbito do processo n.º 913/08, disponível in <www.dgsi.pt>.

⁽³⁷⁾ Neste sentido, VASCO PEREIRA DA SILVA, «Todo o contencioso administrativo se tornou de plena jurisdição» in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 34, p. 30, considerava o normativo inconstitucional por violação dos princípios da separação de poderes, do pedido e da plenitude da tutela do particular — «em caso de colisão com um interesse público mais “gravemente lesado”, pode levar à transformação do contencioso administrativo num “processo de mera indemnização”»; rebatendo ponto por ponto cada um dos argumentos de inconstitucionalidade invocados, cf. CECÍLIA ANACORETA CORREIA, *A tutela executiva...*, cit., p. 326; note-se, tal como já se referiu a título de enquadramento, que antes vigorava uma conceção do direito indemnizatório do Exequente, ficando nas mãos da Administração a “liberdade” para executar (tutela primária) ou indemnizar (tutela secundária) (cf. MARCELLO CAETANO, *Tratado elementar...*, cit., pp. 372 e 373).

apenas “grave”) prejuízo para o interesse público, uniformizando-se os conceitos no processo declarativo e executivo⁽³⁸⁾.

Uma vez efetuada a resenha histórico-legislativa da positivação das causas legítimas de inexecução subjacente à mudança de paradigma para um contencioso subjetivista, é ainda devida uma palavra à consagração expressa do instituto noutros *diplomas avulsos*.

Senão vejamos, no âmbito do direito do urbanismo, o art. 62.º, n.º 8, do regime de licenciamento de obras particulares, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 445/91, de 20 de novembro⁽³⁹⁾, na sua versão inicial, estabelecia ser inadmissível invocar causas legítimas de inexecução nas sentenças que (i) reconhecessem os direitos constituídos em caso de deferimento tácito do pedido de licenciamento de obras e de utilização de edifícios (art. 62.º, n.º 2) ou (ii) reconhecessem o direito à emissão do alvará (art. 62.º, n.º 7). De igual forma, o art. 68.º, n.º 5, do regime jurídico dos loteamentos urbanos, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 448/91, de 29 de novembro⁽⁴⁰⁾, na sua versão inicial, estabelecia não ser admissível invocar causa legítima de execução das sentenças que reconhecessem os direitos constituídos em caso de deferimento tácito do pedido de licenciamento de operação de loteamento ou de obras de urbanização (art. 68.º, n.º 2). Entretanto, ambos os artigos foram revogados.

Mais recentemente, no âmbito do direito financeiro, também se passou a prever expressamente o instituto das causas legítimas de inexecução. Assim, em execução de sentença anulatória de quaisquer atos praticados no âmbito do Capítulo III, do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras⁽⁴¹⁾, onde se incluem as medidas de resolução bancária, o Banco de Portugal “pode invocar causa legítima de inexecução, nos termos conjugados do n.º 2 do art. 175.º e do art. 163.º do Código do Processo dos Tribunais Administrativos, iniciando-se, nesse caso, de imediato, o procedimento tendente à fixação da indemnização devida de acordo com os trâmites previstos nos arts. 178.º e 166.º daquele mesmo Código” (art. 145.º-AR, n.º 3). De igual forma, mas quando esteja em causa a execução de sentença anulatória do ato de revogação da autorização para o exer-

(38) Denotando esta diferenciação, cf. RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, «Processo Executivo...», *cit.*, p. 259.

(39) Cf. Diário da República n.º 267/91, Série I-A, de 20 de novembro de 1991, pp. 5996-6010.

(40) Cf. Diário da República n.º 275/91, Série I-A, de 29 de novembro de 1991, pp. 6240-6254.

(41) Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de dezembro, publicado no Diário da República n.º 301/1992, Série I-A, 31 de dezembro de 1992, pp. 24-51.

cício da atividade das instituições de crédito, o Banco de Portugal pode invocar causa legítima de inexecução, nos termos conjugados do n.º 2 do art. 175.º e do art. 163.º do CPTA, “iniciando-se, nesse caso, de imediato, o procedimento tendente à fixação da indemnização devida, de acordo com os trâmites previstos nos arts. 178.º e 166.º daquele mesmo Código” [art. 15.º-A, do Decreto-Lei n.º 199/2006, de 25 de outubro^(42/43)].

Em síntese, após recortadas as grandes linhas de evolução legislativa desde o início do século XX, é possível extrair algumas conclusões:

- i) Desde o início do século XX até à atualidade, a formulação inicial das causas legítimas de inexecução, muito questionáveis num verdadeiro Estado de Direito⁽⁴⁴⁾, evoluiu no sentido de tornar mais exigente a sua verificação: do mero “embaraço” ao “excecional prejuízo para o interesse público”;
- ii) Esta evolução teve subjacente uma outra que foi a da passagem de uma conceção objetivista do contencioso administrativo para uma outra mais subjetivista e protetora dos direitos dos particulares;
- iii) Paralelamente, o legislador optou por consagrar o instituto das causas legítimas de inexecução em diplomas setoriais.

Com este pano de fundo, a análise da evolução das causas legítimas de inexecução não ficaria completa se não se aludisse a uma perspetiva de Direito comparado. Eis o que importa analisar.

3. Uma visão comparada

Ainda neste âmbito introdutório, para melhor se poder entender o instituto em análise, convém passar em revista alguns ordenamentos jurídicos. Como se verá, as linhas seguintes serão determinantes para a compreensão e questionamento que, a cada momento, se faça das soluções do legislador português.

⁽⁴²⁾ Que regula a liquidação de instituições de crédito e sociedades financeiras com sede em Portugal e suas sucursais criadas noutro Estado-Membro, publicado no Diário da República, n.º 206/2006, Série I, de 25 de outubro de 2006, pp. 7382-7389.

⁽⁴³⁾ Ambas as normas foram introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 31-A/2012, de 10 de fevereiro, publicado no Diário da República n.º 30/2012, Série I, 10 de fevereiro de 2012, pp. 2-101.

⁽⁴⁴⁾ Cf. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Direito...*, cit., p. 242.

Em nosso entendimento, no plano do direito comparado, os ordenamentos jurídicos podem dividir-se em dois grandes grupos: os que não tipificam expressamente as causas que impedem a Administração de executar as sentenças, como os ordenamentos jurídicos alemão e francês, e aqueles que consagram expressamente as causas que impedem a Administração de executar as sentenças (entre nós, denominadas, causas legítimas de inexecução), como os ordenamentos jurídicos italiano, e dos países de língua oficial portuguesa ou espanhola.

No grupo de ordenamentos jurídicos que não contêm qualquer previsão legislativa sobre as situações que podem legitimar o incumprimento de uma sentença judicial, encontramos o ordenamento jurídico francês, cujo Código de Justiça Administrativa⁽⁴⁵⁾ começa por dispor lapidariamente que “[l]es jugements sont exécutoires” (artigo L11). Embora não esteja expressamente consagrada qualquer regra relativamente à impossibilidade ou excecional prejuízo para o interesse público, já há muitos anos a esta parte⁽⁴⁶⁾, o Conselho de Estado tem vindo a reconhecer que, em alguns casos, a execução de sentenças redundaria numa grave perturbação da ordem pública ou do funcionamento dos serviços público. Por exemplo, no reconhecimento do *princípio da intangibilidade das obras públicas*⁽⁴⁷⁾, onde assenta o entendimento de que não pode o tribunal ordenar a destruição da obra pública [sem prejuízo de algumas inflexões surgidas posteriormente⁽⁴⁸⁾] ou no reconhecimento do *princípio da continuidade dos serviços públicos*, segundo o qual não se pode executar sentenças que coloquem em causa o funcionamento dos serviços e interesses da coletividade. Por outro lado, a Administração recorre às denominadas *validations legislatives* de atos inválidos que, embora não seja considerado um mecanismo injustificado ou inconstitucional⁽⁴⁹⁾, é um mecanismo sujeito a

(45) Disponível in <www.legifrance.gouv.fr>.

(46) Neste sentido, desde o arrêt Couiteàs, de 30 de novembro de 1923, que a jurisprudência francesa tem vindo a admitir que a Administração não execute as sentenças por razões de ordem pública (sobre este caso, cf. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *A Execução das Sentenças...*, cit., pp. 147 e 148, e doutrina aí citada).

(47) Cf. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *A Anulação...*, cit., p. 714.

(48) Cf. Decisões de 5 de março de 2002 e 29 de janeiro de 2003, onde não se encontrou qualquer obstáculo na demolição de uma obra pública (cfr., respetivamente, ERWAN ROYER, «Le fin du principe d’intangibilité de l’ouvrage public?» in *L’Actualité Juridique* n.º 5, Paris, 2003; NOËL GUILLAUME, «La démolition d’un ouvrage public mal implanté peut être ordonnée» in *La Semaine Juridique*, n.º 28, Paris, 2003, pp. 1313-1316).

(49) Cf. Decisão n.º 80-119, de 22 de julho de 1980 do Conseil constitutionnel, disponível in <www.conseil-constitutionnel.fr>, no qual se referiu que o princípio da separação de poderes “ne s’opposent pas à ce que, dans l’exercice de sa compétence et au besoin, sauf en matière pénale, par la voie de dispositions rétroactives, le législateur modifie les règles que le juge a mission d’appliquer;

determinados requisitos para a sua operacionalização (respeito pelo caso julgado, não retroatividade das leis penais, a consecução de um objetivo de interesse geral, etc.).⁽⁵⁰⁾

No direito alemão também não existe qualquer consagração expressa⁽⁵¹⁾. Existe, em contrapartida, uma constante no cumprimento espontâneo das sentenças pela Administração, seja pela confiança depositada nos tribunais para a resolução dos conflitos, no dever de controlo das decisões administrativas a cargo dos tribunais ou, até, pela existência de agentes administrativos de formação essencialmente jurídica⁽⁵²⁾. Mas nem sempre é assim. Situações existem em que se revela impossível a execução de sentenças condenando à prestação de quantias pecuniárias, quando possa colocar em causa o funcionamento da própria Administração (v.g., ferrovia) ou contrarie o fim público (v.g., obras de arte, bibliotecas, etc.), não obstante se assumir como pressuposto a solvência do Estado⁽⁵³⁾. Noutros casos, a resolução da questão passa ainda pela ponderação casuística do interesse público e da posição do beneficiário do ato ilegal, numa clara alusão ao princípio da proporcionalidade (a *Folgenbeseitigungsanprunch*).

Ainda assim, não se ignora uma ligeira inflexão nesta constante, evidenciada por um caso recente, no âmbito do direito do ambiente, em que existe uma recusa persistente do *Land* da Baviera no cumprimento de uma decisão judicial que ordena à adoção proibições de circulação para certos veículos a motor *diesel* em várias zonas urbanas da cidade de Munique, a

qu'ainsi le fait que la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel intervient dans une matière ayant donné lieu à des recours actuellement pendants n'est pas de nature à faire regarder cette loi comme non conforme à la Constitution".

⁽⁵⁰⁾ Sobre esses requisitos, cf. OLIVIER GOHIN, *Contentieux Administratif*, Litec, 1996, pp. 326 a 330, para quem se trazdзем em (i) "l'interdiction de reconstituer par validation législative l'acte administratif définitivement annulé et, par voie de conséquence, la limitation du champ de la validation, à titre exclusivement préventif, aux actes encore susceptibles d'annulation contentieuse par le juge de l'excès de pouvoir", (ii) "l'interdiction de toute modification rétroactive du droit applicable en matière répressive" e (iii) "la prise en consideration d'un motif d'intérêt général suffisant de nature à justifier la mesure de validation préventive"; vide, ainda, MARC GJIDARA, «Les causes d'inexécution des décisions du juge administratif et leurs remèdes» in *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, Vol. 52, n.º 1, 2015, p. 76.

⁽⁵¹⁾ Para uma visão do ordenamento jurídico alemão nesta matéria (cf. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *A Anulação...*, cit., pp. 713 a 716, e doutrina aí citada) tendo em consideração que a lei processual administrativa não regula o processo executivo, remetendo para a lei processual civil com algumas especificidades [cf. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça...*, cit., p. 382 (989)].

⁽⁵²⁾ Cf. EBERHARD SHMIDT-ASSMANN, «A Jurisdição Administrativa na Alemanha: Entre Tarefas Clássicas e Desafios Actuais» in *Revista de Direitos Fundamentais & Justiça*, Ano 8, n.º 29, Out-Dez. 2014, pp. 16 e 21.

⁽⁵³⁾ Cf. SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *La jurisdicción contencioso-administrativa en Alemania*, Madrid, Editorial Civitas, S.A., 1993, pp. 314 e 317.

fim de que fosse respeitado o valor-limite fixado em legislação europeia⁽⁵⁴⁾.

No segundo grande grupo, entrou recentemente a Itália após alguns anos de ausência de positivação de situações que legitimassem a inexecução de sentenças pela Administração, não obstante o instituto *giudizio di ottemperanza*, com o objetivo de obter a execução de uma sentença pela Administração⁽⁵⁵⁾. Com a reforma processual administrativa de 2011, o Código do Processo Administrativo Italiano passou a prever expressamente a possibilidade de recorrer aos tribunais de execução para solicitar uma indemnização pela impossibilidade de inexecução [art. 103.º, n.º 3⁽⁵⁶⁾], a título de responsabilidade civil objetiva, não sendo claro se o preceituado abrange situações de excessiva onerosidade para o interesse público da entidade executada⁽⁵⁷⁾.

⁽⁵⁴⁾ Chegado o caso às instâncias jurisdicionais europeias, no sentido de saber se pode existir uma detenção coerciva dos titulares públicos, o Tribunal de Justiça da União Europeia referiu que essa matéria deve ser analisada pelo órgão jurisdicional de reenvio ao abrigo das disposições de direito alemão respetivas alegando que “[o] direito da União, designadamente o art. 47.º, primeiro parágrafo, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, deve ser interpretado no sentido de que, em circunstâncias caracterizadas por uma recusa persistente de uma autoridade nacional de se conformar com uma decisão judicial que a intima a dar cumprimento a uma obrigação clara, precisa e incondicional decorrente do referido direito, designadamente da Diretiva 2008/50/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de maio de 2008, relativa à qualidade do ar ambiente e a um ar mais limpo na Europa, incumbe ao órgão jurisdicional nacional competente impor a detenção coerciva de titulares de uma função abrangida pelo exercício da autoridade pública quando exista, nas disposições do direito interno, uma base legal para a adoção dessa detenção que seja suficientemente acessível, precisa e previsível na sua aplicação e desde que a limitação ao direito à liberdade, garantido pelo art. 6.º da Carta dos Direitos Fundamentais, ao ter sido decretada essa detenção, respeite as restantes condições impostas a este respeito no art. 52.º, n.º 1, da referida Carta. Em contrapartida, na falta dessa base legal no direito interno, o direito da União não habilita esse órgão jurisdicional a recorrer a essa medida” (cf. Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 19 de dezembro de 2019, proferido no âmbito do processo n.º C-752/18, disponível in <www.curia.europa.eu>).

⁽⁵⁵⁾ Sobre este instituto, cf., entre outros, RUGGIERO DIPACE, «Il giudizio di ottemperanza» in *Giustizia Amministrativa*, 8.ª ed., G. Giappichelli Editore, 2020, pp. 633 a 658; SEBASTIANO CASSARINO, *Manuale di Diritto Processuale Amministrativo*, Giuffrè Editore, 1990, pp. 548 a 566; VICENZO CAIANIELLO, «L’esecuzione dell’setenze del giudice amministrativo: il caso italiano» in *Reforma do contencioso administrativo — o debate universitário (trabalhos preparatórios)*, Vol. I, Ministério da Justiça, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, pp. 619 e ss.

⁽⁵⁶⁾ Nele se prevê que “[p]uò essere proposta, anche in unico grado dinanzi al giudice dell’ottemperanza, azione di condanna al pagamento di somme a titolo di rivalutazione e interessi maturati dopo il passaggio in giudicato della sentenza, nonché azione di risarcimento dei danni connessi all’impossibilità o comunque alla mancata esecuzione in forma specifica, totale o parziale, del giudicato o alla sua violazione o elusione”; sobre esta norma, cf. RUGGIERO DIPACE, «Il giudizio...», *cit.*, pp. 645 e 646.

⁽⁵⁷⁾ Cf. STEFFANO TARULLO, «Il giudizio di ottemperanza» in *Giustizia Amministrativa*, 7.ª ed., G. Giappichelli Editore, 2017, p. 643, para quem “non è chiaro, invece, se l’ottemperanza sia da ammettere qualora la situazione di fatto sia tale per cui l’esecuzione risulterebbe accessivamente onerosa (per l’interesse pubblico o per l’interesse della p.a. inottemperante)”.

Deve ainda destacar-se o ordenamento jurídico espanhol, cuja tradição evidencia bem a intenção do legislador em imprimir segurança jurídica na tipificação exaustiva de situações impeditivas de execução das sentenças pela Administração. Desta forma, a reforma introduzida Ley de 5 de abril de 1904, manteve a recondução da inexecução de sentenças a quatro situações distintas:

- 1.º *Peligro de trastorno grave del orden público;*
- 2.º *Temor fundado de guerra con otra potencia, si hubiera de cumplirse la sentencia;*
- 3.º *Quebranto en la integridad del territorio nacional, y*
- 4.º *Detrimento grave de la Hacienda pública (art. 84.º)(⁵⁸).*

A par destas situações, a Ley de 18 de marzo de 1944(⁵⁹) aditou uma quinta causa: “cualquier outra que entrañe idéntica gravedad a juicio del Gobierno” (art. 5.º).

Até aos dias de hoje, o legislador espanhol manteve-se fiel à necessidade de garantir um mínimo de segurança jurídica na tipificação das causas legítimas de inexecução, evitando formulações textuais demasiado genéricas. Assim, desde 1998, a lei espanhola prevê expressamente 5 situações que podem fundamentar uma inexecução de sentenças pela Administração: seja por (i) “imposibilidad material o legal” [art. 105.º, n.º 2, da Ley 29/1998, de 13 de julho(⁶⁰)]; ou quando a inexecução assente em causas de utilidade pública como o (ii) “peligro cierto de alteración grave del libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos”, (iii) o “temor fundado de guerra” ou, ainda, (iv) o “quebranto de la integridad del territorio nacional” (art. 105.º, n.º 3); por último, (v) prevê-se ainda prevê como motivo de incumprimento legal da sentença que condene ao pagamento de quantias pecuniárias o “transtorno grave” à Fazenda Pública (art. 106.º, n.º 4)(⁶¹). Desta forma, é de louvar a solução legal espanhola assente num nivelamento dos interesses públicos e o direito dos particula-

(⁵⁸) Para uma visão crítica de cada uma destes casos de inexecução de sentenças, cf. AURELIO GUAITA, “Ejecución de sentencias...”, *cit.*, pp. 93-95.

(⁵⁹) Cf. Boletín Oficial del Estado, n.º 83, de 23 de marzo de 1944, pp. 2399-2430.

(⁶⁰) Cf. Boletín Oficial del Estado, n.º 167, de 14 de julho de 1998.

(⁶¹) Não estando esta solução legal ausente de críticas doutrinárias — PABLO GONZÁLEZ MARIÑAS, «Ejecución de sentencias contencioso administrativas en España» in *Reforma do contencioso administrativo — o debate universitário (trabalhos preparatórios)*, Vol. I, Ministério da Justiça, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, pp. 501 e 502; JOSÉ LUIS RQUERO IBÁÑEZ, «Ejecución de sentencias en la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa» in *Cuadernos de derecho local*, n.º 8, 2005, pp. 41 e 42.

res, por um lado, e identificado os concretos interesses públicos a serem atendidos para o efeito, por outro lado, de forma a evitar a previsão de uma cláusula geral de salvaguarda do interesse público, tal como sucede no nosso ordenamento jurídico⁽⁶²⁾.

Neste segundo grupo de situações encontram-se ainda, múltiplos ordenamentos jurídicos dos países de língua oficial portuguesa ou espanhola⁽⁶³⁾, acompanhando um fenómeno de *latinização da positivação de causas legítimas de inexecução* e que, por assentarem nos ordenamentos jurídicos ibéricos já analisados, nos escusamos de transcrever.

4. As causas legítimas de inexecução

Com uma visão holística da evolução das causas legítimas de inexecução e do seu tratamento no plano do direito comparado, antes mesmo de avançar para o tratamento de cada uma das figuras em que o instituto se desdobra, parece-nos oportuno começar por situá-lo no âmbito da dogmática jurídica.

A mudança do paradigma de contencioso marcadamente objetivista, a que se aludiu anteriormente, veio concretizar a ideia de a execução das sentenças constituir o último reduto do recurso à via judicial, cuja utilidade “vale apenas o que valer a sua repercussão final nas situações reais da vida”⁽⁶⁴⁾. É o “momento da verdade”⁽⁶⁵⁾ onde se prova ou não a existência de um Estado de Direito [material⁽⁶⁶⁾].

⁽⁶²⁾ Cf. GUILHERME DA FONSECA TEIXEIRA, *Execução das Sentenças...*, cit., p. 173.

⁽⁶³⁾ Vejam-se os vários ordenamentos jurídicos que consagram expressamente as situações legítimas de inexecução de sentenças pelos Tribunais: Angola (arts. 109.º a 113.º do Regulamento do Processo Contencioso Administrativo), Moçambique (art. 188.º da Lei que Regula os Processos da Jurisdição Administrativa), Cabo Verde (arts. 46.º e 47.º do Decreto-Lei n.º 14-A/83, de 22 de março), Guiné-Bissau (art. 144.º do Código de Processo do Contencioso Administrativo), Argentina (art. 414.º do Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires), Colômbia (art. 189.º do Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo), Equador (art. 63.º-B da Ley n.º 35, de 18 de março de 1968), Costa Rica (arts. 173.º e 174.º da Ley n. 8.508, de 28 de abril de 2006) e El Salvador (art. 41.º do Decreto n.º 81, de 24 de novembro de 1978) — para uma visão geral dos ordenamentos referidos, cf. GUILHERME DA FONSECA TEIXEIRA, *Execução das Sentenças...*, cit., pp. 173 a 176.

⁽⁶⁴⁾ Cf. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *A Execução das Sentenças...*, cit., p. 9.

⁽⁶⁵⁾ Neste sentido, PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública, o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, Almedina, Coimbra, 2003, p. 965, afirma que toda a “efetiva subordinação à juridicidade se joga na fase da execução das sentenças dos tribunais administrativos, revelando ser esse o «momento da verdade» de todo o ordenamento jurídico-administrativo de um Estado de

Desta forma, a lei processual administrativa é lapidar em estabelecer um *dever* de a Administração executar as sentenças dos tribunais administrativos: as decisões dos tribunais administrativos “são obrigatórias para todas as entidades públicas” (art. 158.º, n.º 1, do CPTA)⁽⁶⁷⁾, sob pena de se reconduzirem a meras declarações de intenções⁽⁶⁸⁾.

Em contrapartida ao *dever* da Administração, o *direito* do particular à execução (e não apenas um interesse legítimo)⁽⁶⁹⁾ pode ser encarado enquanto decorrência do princípio da tutela jurisdicional efetiva⁽⁷⁰⁾ ou como um direito subjetivo público autónomo⁽⁷¹⁾. Mesmo nesta última perspetiva, há quem o considere com *natureza jusfundamental* análoga aos direitos, liberdades e garantias⁽⁷²⁾, ainda que sem consagração constitucional expressa.

Direito: todas as proclamações constitucionais e construções dogmáticas em torno do princípio da juridicidade da atuação administrativa serão vãs se, apesar de tudo, a Administração Pública sempre conseguir no fim fazer prevalecer a sua interpretação do que seja a conduta administrativa conforme com a legalidade, «comprando» pelo preço de uma qualquer indemnização a inexecução ilícita do dever constitucional de executar tais sentenças”.

(66) De acordo com JORGE MIRANDA, a obrigatoriedade da execução das sentenças dos tribunais administrativos enquadra-se no Estado de Direito material por contraposição ao Estado de Direito formal (cf. *Aperfeiçoar a Constituição*, Almedina, 2021, p. 29).

(67) Falando de uma necessidade de garantir obediência às decisões dos tribunais, cf. VERA EIRÓ, «O regime de antecipação...», *cit.*, p. 912.

(68) Cf. ANDRÉS BETANCOR, «Inejecución de sentencias que condenan a la Administración a desplegar una actuación dirigida a la realización de un derecho subjetivo. El caso de la reintroducción del castellano como lengua vehicular en la enseñanza catalana» in *Revista de administración pública*, n.º 201, 2016, p. 147.

(69) Por isso, “ao dever de executar corresponde, do lado do particular que obteve vencimento no recurso contencioso de anulação, um direito subjetivo, que é o direito à execução” (cf. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Direito...*, *cit.*, p. 234; *A Execução das Sentenças...*, *cit.*, p. 27); sobre a ideia de a um dever se associar sempre um direito (cf. HANS KELSEN, «The Law as a Specific Social Technique» in *The University of Chicago Law Review*, Vol. 9, n.º 1, 1941, p. 76, para quem o conteúdo de um direito é, em última análise, o cumprimento do dever de outro sujeito; *vide* ainda, cf. WESLEY NEWCOMB HOHFELD, «Some fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning» in *The Yale Law Journal*, 23, 1913, pp. 30-32; LUÍS DUARTE D’ALMEIDA, «Fundamental legal concepts: the Hohfeldian framework» in *Philosophy Compass*, 11/10, 2016, pp. 555-556; GONÇALO DE ANDRADE FABIÃO, «Posições jurídicas conferidas por normas de direitos fundamentais» in *Lisbon Law Review*, Vol. LVIII, 2017, pp. 75-77).

(70) Neste sentido, cf. JOÃO TIAGO SILVEIRA, *Mecanismos de agilização...*, *cit.*, pp. 268 e 269, para quem o direito de acesso aos tribunais (uma dimensão do princípio da tutela jurisdicional efetiva) pode ser caracterizado como abrangendo “o direito à execução das decisões judiciais” (no mesmo sentido, cf. J.J. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada*, Vol. I, 4.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 414). Também existe doutrina vizinha com o mesmo entendimento (cf. ANDRÉS BETANCOR, «Inejecución de sentencias...», *cit.*, pp. 147 e 148).

(71) Cf. RICARDO BRANCO, «As relações do CPTA com a convenção europeia dos direitos do Homem e com a jurisprudência do tribunal europeu dos direitos do Homem» in *Comentários à Legislação Processual Administrativa*, 5.ª ed., Vol. I, AAFDL, 2020, p. 325; MARIA AMÁLIA SANTOS, «O direito constitucionalmente garantido dos cidadãos à tutela jurisdicional efetiva» in *Julgur*, 2019, p. 22.

(72) Cf. GUILHERME DA FONSECA TEIXEIRA, *Execução das Sentenças...*, *cit.*, pp. 35-41; NUNO CUNHA

É justamente neste reino da tensão que emergem as causas legítimas de inexecução, cuja ocorrência situa-se, no plano dogmático-jurídico, entre a cedência do *direito* do particular à execução (decorrência do princípio da tutela jurisdicional efetiva ou direito subjetivo autónomo) e a legitimação do incumprimento do *dever* de a Administração executar as sentenças dos tribunais.

Desta forma, em face de uma sentença, sob pena de nulidade dos atos praticados e eventual responsabilidade civil, criminal e disciplinar dos seus autores [art. 158.º, n.º 2, do CPTA⁽⁷³⁾], a entidade pública demandada só pode fazer uma de duas coisas:

- i) executa a sentença praticando os atos a que foi condenada no prazo legalmente previsto (arts. 158.º, n.º 1, 162.º, n.º 1, 170.º, n.º 1 e 175.º, n.º 1, do CPA); ou
- ii) invoca a causa legítima de inexecução (arts. 163.º, n.º 3 e 175.º, n.º 2, do CPTA).

Neste último caso, aludindo à definição de “causa legítima de inexecução” proposta por FREITAS DO AMARAL, a Administração invoca uma situação excecional que torna lícita a inexecução das sentenças administrativas mas que implica a obrigação de indemnizar o titular do direito à execução⁽⁷⁴⁾. Atualmente, a lei processual administrativa admite expressamente a invocação de dois tipos de causas legítimas de inexecução — a *impossibilidade absoluta (causa natural)* e o *excecional prejuízo para o interesse público (causa administrativa)*⁽⁷⁵⁾.

Vejamos, pois, em que se traduz cada uma destas figuras, tendo sempre presente que são realidades distintas e não sobreponíveis⁽⁷⁶⁾.

ROLO, «A inexecução ilícita dos julgados administrativos e a responsabilidade civil da administração. *Justiae nuptiae?* (algumas considerações principiantes)» in *Coletânea de Estudos em Memória de Francisco Lucas Pires*, Universidade Autónoma de Lisboa, 1999, p. 231.

⁽⁷³⁾ Desta forma, o preceito em questão estende o regime de responsabilidade às “situações de rebeldia que se concretizem na prática de atos administrativos desconformes com decisões judiciais” (cf. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA / CARLOS FERNANDES CADILHA, *Comentário...*, cit., p. 1260).

⁽⁷⁴⁾ Cf. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *A Execução das Sentenças...*, cit., p. 123.

⁽⁷⁵⁾ Esta distinção de “causa natural” e “causa administrativa” deve-se às sugestivas palavras de RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, «Processo Executivo...», cit., pp. 252 e 253.

⁽⁷⁶⁾ Cf. CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *Dicionário de Contencioso Administrativo*, 2.ª ed., Almedina, 2018, p. 153.

4.1. A impossibilidade absoluta

Dada a evidência da ocorrência desta causa legítima de inexecução, a doutrina não hesita em avançar com alguns exemplos, como as situações em que ocorra o perecimento da coisa que o autor pretendia reaver por via da ação⁽⁷⁷⁾ ou quando haja sido impugnado um ato de formação do contrato e, na pendência da ação, o contrato tenha sido celebrado e integralmente executado⁽⁷⁸⁾. Também parece consubstanciar uma impossibilidade a situação em que a Administração tenha ordenado a demolição de um monumento nacional, não sendo possível, ou não podendo ser possível, reconstituir esse monumento nacional ou, ainda, quando a Administração tenha ordenado o abate de um animal, não podendo executar a sentença que declarou ilegal esse abate fazendo reviver o animal⁽⁷⁹⁾.

Uma compreensão global deste impedimento “irremovível”⁽⁸⁰⁾ carece de uma análise aos seus traços mais característicos.

Para que a sentença não seja executada, é necessário que a sua execução seja verdadeiramente impossível, que exista uma impossibilidade *absoluta*. Nem sempre parece ter sido assim, uma vez que a lei anterior, ao referir-se apenas a “impossibilidade”, abria portas para uma interpretação mais ampla. Hoje, ao referir-se à “impossibilidade absoluta”, o legislador pretendeu afastar expressamente a onerosidade ou mera dificuldade na execução da sentença (*difficultas praestandi*)⁽⁸¹⁾ — a impossibilidade *relativa* ou *económica*⁽⁸²⁾ — como causa legítima de inexecução.

⁽⁷⁷⁾ Cf. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA / CARLOS FERNANDES CADILHA, *Comentário...*, *cit.*, p. 305.

⁽⁷⁸⁾ Cf. VERA EIRÓ, «O regime de antecipação...», *cit.*, p. 920.

⁽⁷⁹⁾ Apresentando estes exemplos, cf. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Direito...*, *cit.*, p. 244.

⁽⁸⁰⁾ Cf. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *A Execução das Sentenças...*, *cit.*, p. 125; CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *Dicionário...*, *cit.*, p. 153; e, na jurisprudência, Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 16 de fevereiro de 2017, proferido no âmbito do processo n.º 0420/16, disponível in <www.dgsi.pt>.

⁽⁸¹⁾ Na jurisprudência, cf. o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 2 de abril de 1998, proferido no âmbito do processo n.º 19815A, disponível in <www.dgsi.pt>; Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 18 de dezembro de 2002, proferido no âmbito do processo n.º 40494A, disponível in <www.dgsi.pt>; Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 2 de outubro de 2003, proferido no âmbito do processo n.º 32415A, disponível in <www.dgsi.pt>; Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 22 de setembro de 2004, proferido no âmbito do processo 42003A, disponível in <www.dgsi.pt>; Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 9 de dezembro de 2004, proferido no âmbito do processo n.º 030373, disponível in <www.dgsi.pt>; Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 3 de maio de 2007, proferido no âmbito do processo n.º 030373A, disponível in <www.dgsi.pt>; Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 14 de julho de 2008, proferido no âmbito do processo n.º 035910B, disponível in <www.dgsi.pt>; Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 2 de dezembro de 2010, proferido no âmbito do processo n.º 047579, disponível in <www.dgsi.pt>; Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 17 de

A impossibilidade é *objetiva* quando a inviabilidade de executar a sentença respeita a toda a Administração, parecendo-nos juridicamente questionável a admissibilidade de uma impossibilidade *subjéctiva*⁽⁸³⁾. Isto porque, à extinção ou incompetência do órgão administrativo executado, a lei atribui a execução ao órgão que lhe sucedeu ou sobre o qual tenha sido atribuída aquela competência, atento o dever de execução das sentenças que vincula toda a Administração (art. 174.º, n.º 3, do CPTA)⁽⁸⁴⁾.

É pacificamente reconhecido que a impossibilidade absoluta tanto pode ser *física*, como *jurídica*⁽⁸⁵⁾, decorrendo esta de superveniências de carácter eminentemente jurídico-normativo que tornem inviável corporizar os deveres resultantes da sentença e praticar os atos e/ou operações que o seu cumprimento implicaria. Neste caso, a impossibilidade jurídica apenas se considera “absoluta” no caso de se verificar que mesmo que a pretensão do particular tivesse sido satisfeita no momento próprio, esta seria limitada pela decorrência da alteração legislativa, à semelhança do que veio a ser expressamente consagrado em sede de processo declarativo no art. 45.º-A, n.º 3, do CPTA⁽⁸⁶⁾. Não basta, por isso, uma simples alteração do paradigma legal⁽⁸⁷⁾.

janeiro de 2013, proferido no âmbito do processo n.º 01438C/03, disponível in <www.dgsi.pt>; Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 16 de fevereiro de 2017, proferido no âmbito do processo n.º 0420/16, disponível in <www.dgsi.pt>; Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 31 de outubro de 2019, proferido no âmbito do processo n.º 640/07, disponível in <www.dgsi.pt>; Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte, de 24 de março de 2023, proferido no âmbito do processo n.º 00581/11, disponível in <www.dgsi.pt>; na doutrina, por todos, DIOGO FREITAS DO AMARAL, *A Execução das Sentenças...*, cit., p. 128.

⁽⁸²⁾ Sobre esta figura no âmbito do cumprimento das obrigações, cf. JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das Obrigações Em Geral*, Vol. II, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 1973, pp. 66 e 67, para quem “não basta que ela [a obrigação] se tenha tornado *extraordinariamente onerosa* ou *excessivamente difícil* para o devedor, como pode suceder com frequência nos períodos de maior inflação”.

⁽⁸³⁾ Sobre esta distinção no direito civil, cf. JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das Obrigações...*, cit., p. 66.

⁽⁸⁴⁾ Neste sentido, cf. o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 21 de março de 2019, proferido no âmbito do processo n.º 01440/03, disponível in <www.dgsi.pt>, no qual se estabelece que mesmo que não fosse competente o Secretário de Estado Adjunto e das Finanças para executar a sentença, sempre se teria de lançar mão do mecanismo estabelecido no n.º 3 do art. 179.º do CPTA.

⁽⁸⁵⁾ Cf. os Acórdãos do Tribunal Central Administrativo Sul, de 1 de julho de 2021, proferido no âmbito do processo n.º 272/15, disponível in <www.dgsi.pt>, e do Supremo Tribunal Administrativo, de 7 de dezembro de 2023, proferido no âmbito do processo n.º 2727/15, disponível in <www.dgsi.pt>, nos quais se verifica a existência de “impossibilidade jurídica”. Na doutrina, cf., MÁRIO AROSO DE ALMEIDA / CARLOS FERNANDES CADILHA, *Comentário...*, cit., p. 1222; CECÍLIA ANACORETA CORREIA, *A tutela executiva...*, cit., p. 315; MARCO CARVALHO GONÇALVES, «A oposição no processo executivo administrativo» in *Comentários à Legislação Processual Administrativa*, 5.ª ed., AAFDL, Lisboa, 2020, p. 811.

⁽⁸⁶⁾ Cf. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça...*, cit., p. 206, para quem a solução do n.º 3, do art. 45.º-A, do CPTA, “é, portanto, expressamente equiparado pela lei às situações de “impossibilidade absoluta” ou de “excecional prejuízo para o interesse público” (no mesmo sentido, cf. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA / CARLOS FERNANDES CADILHA, *Comentário...*, cit., p. 1278).

⁽⁸⁷⁾ Com este entendimento, vide na jurisprudência (Acórdão do Supremo Tribunal Adminis-

Pode ser *total* ou *parcial*, consoante a impossibilidade se estenda a toda a sentença ou impeça a sua execução parcial, procedendo-se à indemnização do restante⁽⁸⁸⁾.

A impossibilidade deve ser *definitiva*⁽⁸⁹⁾ e não *temporária*, como a que resulte de constrangimentos financeiros temporalmente delimitados para fundamentar a inexecução de uma sentença que anulou a decisão de cessação do concurso para o recrutamento de funcionários administrativos⁽⁹⁰⁾. Resta saber se, quando a impossibilidade seja temporária, não se justificaria uma suspensão da instância até que ela se tornasse definitiva procedendo-se, depois, aos trâmites subsequentes de fixação de indemnização do exequente pela Administração. Embora não se duvida da bondade da solução, numa posição claramente mais favorável ao particular dir-se-á que a impossibilidade, ainda que temporária, também justifica uma reparação pecuniária por sacrificar o direito do particular à inexecução pontual da sentença⁽⁹¹⁾.

A impossibilidade tem de ser *não culposa*, que não resulte de factos da responsabilidade da Administração, porque caso contrário não haverá causa legítima⁽⁹²⁾ e a inexecução será ilegítima⁽⁹³⁾. Neste sentido, não

trativo de 16 de fevereiro de 2017, proferido no âmbito do processo n.º 0420/16, disponível in <www.dgsi.pt> e na doutrina (MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *A Anulação...*, cit., p. 689).

⁽⁸⁸⁾ Na jurisprudência, cfr., Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 16 de dezembro de 2010, proferido no âmbito do processo n.º 0648/10, disponível in <www.dgsi.pt>; Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte, de 14 de julho de 2023, proferido no âmbito do processo n.º 1294/06, disponível in <www.dgsi.pt>; na doutrina, cf. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *A Execução das Sentenças...*, cit., p. 129.

⁽⁸⁹⁾ Cf. o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 2 de abril de 1998, proferido no âmbito do processo n.º 19815A, disponível in <<www.dgsi.pt>>; no mesmo sentido, DIOGO FREITAS DO AMARAL, *A Execução das Sentenças...*, cit., p. 128, para quem “só a impossibilidade definitiva constitui uma causa legítima de inexecução: a impossibilidade temporária origina apenas uma causa legítima de atraso na execução”.

⁽⁹⁰⁾ Cf. Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 24 de setembro de 2020, proferido no âmbito do processo n.º 089/10, disponível in <www.dgsi.pt>, no qual se referiu que “[a] invocação de circunstâncias relativas a situações temporárias não é suscetível de impedir o prosseguimento do procedimento concursal para o preenchimento de postos de trabalho por tempo indeterminado”.

⁽⁹¹⁾ Cf. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *A Execução das Sentenças...*, cit., p. 128.

⁽⁹²⁾ Cf. o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 5 de setembro de 2019, proferido no âmbito do processo n.º 0430/14, disponível in <www.dgsi.pt>; neste sentido, RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA refere que “[a] impossibilidade absoluta não causa problemas de maior, salvo quando a Administração a provoque de forma dolosa, porque daí não haverá em princípio “causa legítima” (cf. «Processo Executivo...», cit., p. 253; no mesmo sentido, cf. MARCO CARVALHO GONÇALVES «A oposição no processo executivo administrativo» in *Comentários à Legislação Processual Administrativa*, 5.ª ed., AAFDL, Lisboa, 2020, p. 811). Em sentido contrário, por esta situação deixar por garantir uma tutela secundária do direito do Exequente, cf. GUILHERME DA FONSECA TEIXEIRA, *Execução das Sentenças...*, cit., p. 184.

⁽⁹³⁾ Cf. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *A Execução das Sentenças...*, cit., p. 129.

pode a Administração fazer valer-se de factos surgidos por sua responsabilidade, não constituindo causa legítima de inexecução a “existência de erros e enganos da responsabilidade exclusiva da Administração”⁽⁹⁴⁾ ou mesmo a alteração do paradigma regulamentar para legalizar os seus atos inválidos. É que se a Administração decide alterar o paradigma legal, não deixa de ser questionável a legalidade dos próprios atos que a concretizem quando destinados à satisfação de interesses dos particulares, em claro desvio de poder.

4.1.1. Apreciação crítica da jurisprudência

A análise da “impossibilidade absoluta”, enquanto causa legítima de inexecução, não ficaria completa se não se aludisse ao entendimento dos tribunais, uma vez que “só em relação a comportamentos certos e determinados faz sentido perguntar se a sua prática é ou não impossível”⁽⁹⁵⁾.

Tem sido jurisprudência constante o entendimento de que constituem “impossibilidade absoluta” as situações de extinção ou cessação da relação ou vínculo funcional ou de emprego devido a razões exteriores ao ato anulado, como a ocorrência de reforma ou aposentação⁽⁹⁶⁾, salvo a sua ocorrência anterior à prática do ato⁽⁹⁷⁾.

Por outro lado, as decisões dos tribunais têm mantido o entendimento em considerar existir impossibilidade absoluta na execução de sentenças

⁽⁹⁴⁾ Cf. o Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, de 24 de junho de 2004, proferido no âmbito do processo n.º 00117/4, disponível *in* <www.dgsi.pt>.

⁽⁹⁵⁾ Cf. o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 12 de novembro de 1997, proferido no âmbito do processo n.º 22444A, disponível *in* <www.dgsi.pt>; no mesmo sentido, Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 13 de março de 2003, proferido no âmbito do processo n.º 044140-A, disponível *in* <www.dgsi.pt>.

⁽⁹⁶⁾ Cf., por exemplo, o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 12 de abril de 2007, proferido no âmbito do processo n.º 0291/06, disponível *in* <www.dgsi.pt>; Acórdão do Tribunal Central Administrativo do Norte, de 30 de novembro de 2012, proferido no âmbito do processo n.º 00417-A/2002, disponível *in* <www.dgsi.pt>; Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 25 de setembro de 2014, proferido no âmbito do processo n.º 01710/13, disponível *in* <www.dgsi.pt>; Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 12 de julho de 2017, proferido no âmbito do processo n.º 0817/14, disponível *in* <www.dgsi.pt>; Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 28 de fevereiro de 2018, proferido no âmbito do processo n.º 01221/17, disponível *in* <www.dgsi.pt>.

⁽⁹⁷⁾ O Supremo Tribunal Administrativo entendeu não se verificar uma causa legítima de inexecução da sentença que anulou o indeferimento do pedido do funcionário para a tomada de posse para uma nova categoria, uma vez que se aposentou antes de ser emitido o ato de indeferimento — estava-se perante uma situação de legitimidade cuja ocorrência da causa legítima de inexecução não devia ser o tema central do aresto (cf. Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 5 de junho de 2008, proferido no âmbito do processo n.º 040201A, disponível *in* <www.dgsi.pt>).

que anulem decisões de adjudicação por já não ser possível retomar o procedimento concursal de um contrato totalmente cumprido⁽⁹⁸⁾, como acontece, por exemplo, quando se encontra “executada integralmente a empreitada e recebida definitivamente a obra”⁽⁹⁹⁾.

Noutros casos, o tribunal entendeu constituir uma impossibilidade jurídica as situações decorrentes de novas prescrições normativas que modificaram um concreto loteamento⁽¹⁰⁰⁾ ou, ainda, a execução de uma sentença nos termos da qual devia ser concedida uma autorização quando, à data da execução, o regime legal aplicável já não sujeitava o acesso a tal atividade à obtenção de qualquer autorização administrativa⁽¹⁰¹⁾.

No domínio urbanístico, foi declarada causa legítima de inexecução a situação de inexistência, dada a impossibilidade de separação ou autonomização física ou jurídica, da parcela ou terreno alvo de ato expropriativo, uma vez que após a expropriação parte da parcela já tinha sido aplicada a espaços públicos (estacionamentos, ruas, etc.) e parte restante vendida e nela construídos edifícios para habitação e comércio⁽¹⁰²⁾.

⁽⁹⁸⁾ Cf., entre outros, o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 17 de outubro de 1996, proferido no âmbito do processo n.º 28237B, disponível *in* <www.dgsi.pt>; Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 9 de junho de 1998, proferido no âmbito do processo n.º 29166B, disponível *in* <www.dgsi.pt>; Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 21 de fevereiro de 2001, proferido no âmbito do processo n.º 41885A, disponível *in* <www.dgsi.pt>; Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 13 de março de 2003, proferido no âmbito do processo n.º 044140-A, disponível *in* <www.dgsi.pt>; Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 17 de janeiro de 2006, proferido no âmbito do processo n.º 0404/05, disponível *in* <www.dgsi.pt>; Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 17 de março de 2005, proferido no âmbito do processo n.º 043423B, disponível *in* <www.dgsi.pt>; Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 2 de junho de 2010, proferido no âmbito do processo n.º 01541A/03, disponível *in* <www.dgsi.pt>; Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 16 de dezembro de 2010, proferido no âmbito do processo n.º 0648/10, disponível *in* <www.dgsi.pt>; Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 8 de fevereiro de 2011, proferido no âmbito do processo n.º 0891/10, disponível *in* <www.dgsi.pt>; Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 20 de novembro de 2012, proferido no âmbito do processo n.º 0949/12, disponível *in* <www.dgsi.pt>; Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 8 de maio de 2015, proferido no âmbito do processo n.º 047307A, disponível *in* <www.dgsi.pt>; Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 15 de junho de 2023, proferido no âmbito do processo n.º 1087/16, disponível *in* <www.dgsi.pt>.

⁽⁹⁹⁾ Cf. o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 13 de março de 2003, proferido no âmbito do processo n.º 044140-A, disponível *in* <www.dgsi.pt>.

⁽¹⁰⁰⁾ Cf. o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 25 de setembro de 2014, proferido no âmbito do processo n.º 0226/14, disponível *in* <www.dgsi.pt>.

⁽¹⁰¹⁾ Cf. o Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, de 1 de julho de 2021, proferido no âmbito do processo n.º 272/15, disponível *in* <www.dgsi.pt>; Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 7 de dezembro de 2023, proferido no âmbito do processo n.º 2727/15, disponível *in* <www.dgsi.pt>.

⁽¹⁰²⁾ Cf. o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 17 de janeiro de 2013, proferido no âmbito do processo n.º 01438C/03, disponível *in* <www.dgsi.pt>.

No sentido do não reconhecimento de uma impossibilidade absoluta, o Supremo Tribunal Administrativo afastou a ocorrência de uma causa legítima de inexecução do julgado que anulou o indeferimento de pedido de reversão quando tenha existido a simples transmissão do prédio expropriado a terceiros, uma vez que “o prédio continua a existir, física e juridicamente, como objeto possível de direito de propriedade privada”^(103/104). Num outro aresto, o mesmo tribunal entendeu também não configurar causa legítima de inexecução a execução de sentença que condena a Administração a iniciar um procedimento expropriativo necessário para garantir um muro de suporte, tendo em mente que a condenação já tinha ocorrido há quase seis anos⁽¹⁰⁵⁾ o que, a nosso ver, não deixa de suscitar sérias dúvidas de conformidade com o direito à tutela jurisdicional efetiva pelo atraso prolongado na execução de sentença, tal como reconhecido pela jurisprudência do Tribunal de Estrasburgo⁽¹⁰⁶⁾.

4.2. O excecional prejuízo para o interesse público

A Administração pode não executar a sentença, ainda que seja *possível* fazê-lo, quando a execução possa gerar um efetivo, não virtual⁽¹⁰⁷⁾, *excecional prejuízo para o interesse público*. É considerada a válvula de segurança do sistema⁽¹⁰⁸⁾.

Embora seja duvidosa a necessidade da sua positivação — tal como se verá *infra*⁽¹⁰⁹⁾ —, ela exprime uma opção política da legisla-

⁽¹⁰³⁾ Cf. Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 11 de abril de 2002, proferido no âmbito do processo n.º 37646A, disponível in <www.dgsi.pt>; o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 23 de fevereiro de 2023, proferido no âmbito do processo n.º 01438/03, disponível in <www.dgsi.pt>.

⁽¹⁰⁴⁾ Surpreendentemente, já muitos anos antes, Freitas do Amaral alertava para o facto destas situações não constituírem uma impossibilidade absoluta, quando muito um grave prejuízo para o interesse público, criticando a decisão do caso de *Maria da Visitação Lourenço* (cf. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *A Execução das Sentenças...*, cit., pp. 129 e 130; 161 e 162).

⁽¹⁰⁵⁾ Cf. o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 19 de novembro de 2020, proferido no âmbito do processo n.º 093/12, disponível in <www.dgsi.pt>.

⁽¹⁰⁶⁾ Cf. o Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, *Burdov c. Rússia* [n.º 2], de 15 de janeiro de 2009, disponível in <www.hudoc.echr.coe.int>; Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, *Raylyan c. Rússia*, de 15 de fevereiro de 2007, disponível in <www.hudoc.echr.coe.int>; Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, *Scolla c. Itália*, de 28 de setembro de 1995, disponível in <www.hudoc.echr.coe.int>.

⁽¹⁰⁷⁾ Cf. o Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, de 17 de março de 2011, proferido no âmbito do processo n.º 07287/11, disponível in <www.dgsi.pt>.

⁽¹⁰⁸⁾ Cf. RUI MACHETE, «Processo Executivo» in *Temas e Problemas de Processo Administrativo*, 2.ª ed., ICJP, Lisboa, 2011, p. 177.

⁽¹⁰⁹⁾ *Vide* ponto 5.2.

dor⁽¹¹⁰⁾ que traduz uma ponderação entre o direito do particular à execução das sentenças e o interesse público que no caso concreto sofre um excecional prejuízo se a execução for por diante. Há, portanto, um *condicionamento* do direito [autônomo ou decorrente do direito da tutela jurisdicional efetiva⁽¹¹¹⁾] que cede perante o interesse público⁽¹¹²⁾: os prejuízos que, para a comunidade, adviriam da realização da prestação devida seriam claramente superiores ao sacrifício que para o interessado representaria a não satisfação dos direitos emergentes da decisão.

Numa outra perspectiva, o legislador teve de atender à presença de outros interesses públicos que concorrem igualmente entre si: o interesse público que impede a execução da sentença e, por outro lado, o interesse público de que reveste a necessidade de garantir que a Administração (entidade demandada) cumpre a lei⁽¹¹³⁾ ou o interesse público na realização da justiça⁽¹¹⁴⁾. No caso de ocorrer um excecional prejuízo para o interesse público, é o primeiro que prevalece face aos segundos. Por outro lado, estes interesses públicos opõem-se ao interesse do particular na execução da sentença⁽¹¹⁵⁾.

Estas ponderações que o legislador efetuou, em abstrato, no âmbito da sua liberdade de conformação legislativa não exclui a ponderação, em concreto, de um “excecional prejuízo para o interesse público”. Existem, portanto, três níveis de ponderação⁽¹¹⁶⁾:

i) Na positivação (a montante);

⁽¹¹⁰⁾ Falando em “juízo político-administrativo do legislador” (cf. RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, «Processo Executivo...», *cit.*, pp. 252 e 253).

⁽¹¹¹⁾ Cf. JOÃO TIAGO SILVEIRA, *Mecanismos de agilização...*, *cit.*, p. 260, para quem “os direitos fundamentais que decorrem da tutela jurisdicional efetiva não são, em regra, absolutos”. Também ISABEL CELESTE FONSECA entende que, em geral, os direitos decorrentes da tutela jurisdicional efetiva não são absolutos, podendo ser restringidos perante outros valores constitucionais (cf. *Processo temporalmente justo e urgência. Contributo para a autonomização da tutela jurisdicional de urgência na justiça administrativa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, p. 258).

⁽¹¹²⁾ Cf. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *A Execução das Sentenças...*, *cit.*, p. 141; JOÃO TIAGO SILVEIRA, *Mecanismos de agilização...*, *cit.*, p. 683.

⁽¹¹³⁾ Cf. VERA EIRÓ, «O regime de antecipação...», *cit.*, p. 911.

⁽¹¹⁴⁾ Cf. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *A Execução das Sentenças...*, *cit.*, p. 142

⁽¹¹⁵⁾ No sentido de que está em causa uma ponderação de interesses públicos vs. interesses privados, cf. Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte, de 24 de março de 2023, proferido no âmbito do processo n.º 00581/11, disponível in <www.dgsi.pt>.

⁽¹¹⁶⁾ Mais não são do que a eterna triplíce ponderação de interesses transversal aos conflitos existentes no Direito Administrativo: “a necessidade da sua harmonização conduz a delicados processos ponderativos de interesses a nível legislativo, em primeiro lugar, e num segundo momento, de “arbitragem” a nível administrativo, sempre passíveis de gerar um derradeiro nível de ponderação a cargo dos tribunais” (cf. PAULO OTERO, *Direito do Procedimento Administrativo*, Vol. I, Almedina, 2016, p. 159).

- ii) Na invocação pela Administração, após a sua ponderação de existirem razões para o fazer⁽¹¹⁷⁾;
- iii) Na verificação pelo julgador, da ocorrência da causa legítima de inexecução (a jusante).

Neste último caso, o alcance residual do “excecional prejuízo para o interesse público” e a sua difícil determinação⁽¹¹⁸⁾, explica a exigência de uma fundamentação especial. Naturalmente que todas as decisões judiciais devem à partida ser fundamentadas. A própria Constituição o impõe (art. 205.º, n.º 1). Mas a exigência de uma especial fundamentação significa que, quando se valora o interesse público para não executar a sentença, o Tribunal deve indicar claramente o interesse que se pretende acautelar com a restrição dos efeitos e os motivos concretos que impõem uma tal medida⁽¹¹⁹⁾.

Antes mesmo de avançar para a resenha jurisprudencial sobre o tema, importa atermo-nos à questão de saber se as dificuldades financeiras corporizam um excecional prejuízo para o interesse público, à semelhança do que se prevê noutros ordenamentos jurídicos, como em Espanha⁽¹²⁰⁾ ou, mesmo, naqueles em que vigora a presunção da solvência do Estado, como na Alemanha⁽¹²¹⁾. Veja-se o exemplo em que a execução se traduz na demolição de um prédio e pagamento das correspondentes indemnizações aos proprietários das frações para habitação e comércio⁽¹²²⁾.

No sentido da sua inadmissibilidade, há quem entenda que seria negar o próprio Estado de Direito⁽¹²³⁾ ou, por outro lado, uma questão de

⁽¹¹⁷⁾ Cf. J. M. SÉRVULO CORREIA, «A efetivação processual da responsabilidade civil extra-contratual da Administração por atos de gestão pública» in *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos*, Madrid, 1999, pp. 310 e 311.

⁽¹¹⁸⁾ Cf. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *A Execução das Sentenças...*, cit., p. 146, para quem se revela tarefa difícil a determinação judicial de um excecional prejuízo para o interesse público.

⁽¹¹⁹⁾ Com o mesmo entendimento por referência à invocação de um “interesse público de excecional relevo” nos termos do n.º 4 do art. 282.º da Constituição, cf. RUI MEDEIROS, «anotação ao artigo 282.º» in *Constituição Portuguesa anotada* (J. Miranda/R. Medeiros), Vol. III, 2.ª ed., UCE, Lisboa, 2020, p. 742.

⁽¹²⁰⁾ Como se viu anteriormente, a lei espanhola prevê como motivo de incumprimento legal da sentença que condene ao pagamento de quantias pecuniárias o “transtorno grave” à Fazenda Pública (art. 106.º, n.º 4, da Ley 29/1998, de 13 de julho).

⁽¹²¹⁾ Cf. SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *La jurisdicción...*, cit., pp. 314 e 317.

⁽¹²²⁾ Cf. RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, «Processo Executivo...», cit., p. 255; JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça...*, cit., p. 388 (1014); com entendimento contrário, cf. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA / CARLOS FERNANDES CADILHA, *Comentário...*, cit., p. 1278 (1573).

⁽¹²³⁾ FREITAS DO AMARAL entende não ser possível integrar um dano grave de natureza financeira no excecional prejuízo para o interesse público sob pena de negar o Estado de Direito e “protelar a solução da dificuldade, transferindo-a para o momento da indemnização, com o risco de os prejuízos poderem vir a ser superiores ao valor da prestação em dívida” (cf. *A Execução das Sentenças...*, cit., p. 135).

justiça e não de números aparentemente resolvida com a fixação de um valor fixo⁽¹²⁴⁾. Pela nossa parte, não estamos tão seguros de que assim seja, por três grandes ordens de razão:

- i) Esta solução não é estranha ao Direito Constitucional que, através do n.º 4 do art. 282.º, da Constituição, permite expressamente que se atenda às consequências financeiras da decisão de inconstitucionalidade de quaisquer normas⁽¹²⁵⁾. Aliás, os juízes do palácio de *Ratton* mostram-se particularmente sensíveis à circunstância de estarem em causa receitas públicas em grande parte já recebidas nos cofres do Estado ou que, quando previsíveis, integram as suas expectativas orçamentais⁽¹²⁶⁾.
- ii) Nada disto é incompatível com o Estado de Direito porque, em épocas de crise do Estado-Providência marcadas por apertados limites orçamentais, salta à vista que a preocupação em evitar custos financeiros excessivos assume inequívoca relevância jurídica⁽¹²⁷⁾.
- iii) A própria jurisprudência dos tribunais superiores secunda esta possibilidade, ao considerar que “um excessivo custo a cargo da

⁽¹²⁴⁾ Neste sentido, AURELIO GUAITA refere que “[e]n cuanto al quebranto de la Hacienda pública, realmente no tiene justificación alguna, no porque no diga la ley, numéricamente y en cifra, cuál ha de ser el quebranto, sino por la razón aducida por los autores y ya citada, de que la indemnización que establece la ley, si es justa y quiere borrar el daño de la inejecución, supondrá el mismo quebranto que la propia ejecución de la sentencia” (cf. «Ejecución de sentencias...», *cit.*, p. 94)

⁽¹²⁵⁾ A preocupação em criar mecanismos suscetíveis de impedir que uma decisão de inconstitucionalidade causasse uma rutura financeira do Estado esteve, aliás, bem presente, tanto durante a discussão parlamentar em torno do n.º 4 do art. 282.º da nossa Constituição, como no estrangeiro (cf. RUI MEDEIROS, *A Decisão de Inconstitucionalidade*, Lisboa, 1999, pp. 714 e 715).

⁽¹²⁶⁾ Assim, entenderam restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade por forma a não haver restituição das taxas já pagas pela “conveniência de evitar qualquer perturbação financeira ou do bom funcionamento dos Serviços” (cf. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 24/83, de 23 de novembro de 1983, disponível in <www.tribunalconstitucional.pt>; vide ainda Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 92/85, de 18 de junho de 1985, disponível in <www.tribunalconstitucional.pt>; Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 209/87, de 25 de junho de 1987, disponível in <www.tribunalconstitucional.pt>; Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 76/88, de 7 de abril de 1988, disponível in <www.tribunalconstitucional.pt>; Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 494/2009, de 29 de setembro de 2009, disponível in <www.tribunalconstitucional.pt>; Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 545/2021, de 14 de julho de 2021, disponível in <www.tribunalconstitucional.pt>, para quem se deviam restringir os efeitos da inconstitucionalidade sob pena de causar enormes transtornos financeiros aos particulares com a correspondente obrigação de restituição dos valores recebidos).

⁽¹²⁷⁾ Por isso, a Constituição procura assegurar “a satisfação das necessidades financeiras do Estado e de outras entidades públicas” (103.º, n.º 1, da Constituição) e garantir, num orçamento equilibrado (art. 105.º, n.º 4, da Constituição), “a aplicação dos meios financeiros necessários ao desenvolvimento económico e social” (art. 101.º da Constituição).

Administração pode consubstanciar grave prejuízo para o interesse público⁽¹²⁸⁾ ou que a “capacidade financeira” da Administração pode impedir a reabertura de um concurso⁽¹²⁹⁾, assim como, o facto de já não ter garantido o financiamento comunitário aquando da execução⁽¹³⁰⁾.

Isto mesmo não dispensa, obviamente, que a Administração tenha de acarretar com o esforço financeiro decorrente da indemnização devida pela ocorrência da causa legítima de inexecução, pagamento que se caracteriza insuperável.

4.2.1. Apreciação crítica da jurisprudência

No plano jurisprudencial, dada a natureza do próprio “excecional prejuízo para o interesse público”, cujo preenchimento dependerá sempre das concretas circunstâncias que estejam em causa, não é possível extrair uma dada orientação geral sobre o que têm entendido os nossos tribunais. Como tal, releva exemplificar algumas situações em que se decidiu estar ou não perante a ocorrência desta causa legítima de inexecução.

No grupo de **situações em que os tribunais entenderam verificar-se a existência desta causa legítima de inexecução**, destaca-se a inexecução de uma sentença declarativa da nulidade de despachos de nomeação, sem precedência de concurso, uma vez que a reconstituição das carreiras dos particulares nele visadas e, conseqüentemente, das restantes pessoas que seriam afetadas em cadeia ao longo desse período de tempo, “criaria grande instabilidade nos serviços e na situação dos respetivos funcionários, podendo atingir grande parte da sua estrutura operacional, o que, afetando a segurança dos funcionários e a sua confiança na instituição que servem, poderia sempre criar situações de injustiça, lesivas da eficiência e operacionalidade dos Serviços, decorrendo daí grave lesão para o interesse público⁽¹³¹⁾”.

⁽¹²⁸⁾ Cf. Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 29 de novembro de 1994, proferido no âmbito do processo n.º 035115, disponível *in* <www.dgsi.pt>.

⁽¹²⁹⁾ Cf. o Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, de 17 de setembro de 2015, proferido no âmbito do processo n.º 05176/09, disponível *in* <www.dgsi.pt>.

⁽¹³⁰⁾ Cf. o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 5 de setembro de 2019, proferido no âmbito do processo n.º 0430/14, disponível *in* <www.dgsi.pt>

⁽¹³¹⁾ Cf. o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 29 de janeiro de 2002, proferido no âmbito do processo n.º 029818A, disponível *in* <www.dgsi.pt>.

Em situações análogas, o tribunal entendeu que ao exigir retomar um procedimento concursal para o provimento de postos de trabalho estaria a imiscuir-se e intrometer-se “na álea de autonomia contratual e decisória da Administração, pelo que sempre se teria que considerar que a mesma afronta o falado princípio da separação de poderes”⁽¹³²⁾, até porque, quando a decisão de encerramento desse procedimento se tenha fundado em considerações de impossibilidade financeira, não podia ser “objeto de sindicância jurisdicional [...] em que a competência decisória remete para valorações próprias da atividade administrativa”⁽¹³³⁾. Desta forma, constitui excecional prejuízo para o interesse público o facto de em sede de execução da sentença de anulação de ato de adjudicação, a entidade adjudicante já não ter garantido o financiamento comunitário, uma vez que isso iria tornar insuportável a nível financeiro a execução do contrato⁽¹³⁴⁾.

No domínio urbanístico, o Supremo Tribunal Administrativo considerou provocar um excecional prejuízo para o interesse público a execução de restituição de um terreno, ilegalmente expropriado, quando o beneficiário da expropriação já tivesse construído no terreno um complexo desportivo com participações financeiras públicas e ali desenvolvendo a sua atividade⁽¹³⁵⁾ ou quando já tivesse sido construída uma avenida com abertura ao trânsito rodoviário há vários anos⁽¹³⁶⁾.

Vejamos agora as situações em que os tribunais entenderam não se verificar o “excecional prejuízo para o interesse público”. O Supremo Tribunal Administrativo já entendeu dever executar-se a decisão que declara a ineficácia de um ato de provimento de 30 adidos consulares uma vez que, ao contrário do alegado pela Administração, “não se compreende como possa haver elevada escassez de meios humanos” atenta a taxa de ocupação do quadro próxima dos 100 %⁽¹³⁷⁾.

⁽¹³²⁾ Cf. o Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte, de 27 de setembro de 2019, proferido no âmbito do processo n.º 00089/10, disponível *in* <www.dgsi.pt>.

⁽¹³³⁾ Cf. o Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, de 17 de setembro de 2015, proferido no âmbito do processo n.º 05176/09, disponível *in* <www.dgsi.pt>.

⁽¹³⁴⁾ Cf. o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 5 de setembro de 2019, proferido no âmbito do processo n.º 0430/14, disponível *in* <www.dgsi.pt>.

⁽¹³⁵⁾ Cf. o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 24 de janeiro de 2012, proferido no âmbito do processo n.º 040141A, disponível *in* <www.dgsi.pt>; desta forma, a jurisprudência espanhola, também considerou não existir uma impossibilidade, nem material nem legal, a demolição de um polidesportivo em execução de sentença [cf. ANA PEREIRA DE SOUSA, *As Causas Legítimas de Inexecução no Contencioso Administrativo*, AAFDL, Lisboa, 2021, p. 27 (69)], quando muito pode provocar um prejuízo para o interesse público.

⁽¹³⁶⁾ Cf. o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 14 de julho de 2008, proferido no âmbito do processo n.º 047693A, disponível *in* <www.dgsi.pt>.

⁽¹³⁷⁾ Cf. o Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, de 17 de janeiro de 2008, proferido no âmbito do processo n.º 02604/07, disponível *in* <www.dgsi.pt>.

Neste grupo de casos, mas no domínio urbanístico, o tribunal entendeu que a remoção da vedação colocada ilegalmente em propriedade alheia, constituía uma causa legítima de inexecução “meramente virtual”, atenta a inexistência de qualquer excecional prejuízo para o interesse público⁽¹³⁸⁾. De igual forma, o Supremo Tribunal Administrativo entendeu não constituir excecional prejuízo para o interesse público a restituição ou reposição do terreno ocupado ilicitamente com a colocação de uma caixa de saneamento e de tubos de encaminhamentos de águas, sem o prévio procedimento expropriativo, uma vez que “não se descortina que se trate de intervenção que envolva grandes dificuldades materiais e/ou problemas técnicos e cujos necessários recursos humanos, materiais e equipamentos a empregar impliquem elevados custos a ponto de poderem implicar um excecional prejuízo para o interesse público”⁽¹³⁹⁾.

5. A (des)necessidade de positivação das causas legítimas de inexecução

5.1. *Idem*: a impossibilidade absoluta

A própria natureza da impossibilidade absoluta, cuja consagração legal remonta, como se viu, ao início do século XX⁽¹⁴⁰⁾, suscita desde logo a questão da necessidade da sua positivação. A nosso ver, várias razões militam a favor da desnecessidade da sua positivação⁽¹⁴¹⁾:

- i) A impossibilidade absoluta, enquanto “causa natural” que é imposta pela força dos factos⁽¹⁴²⁾, secundariza a sua positivação para o plano da evidência, que se impõe pela natureza das coisas, do que objeto de grande criatividade legislativa;

⁽¹³⁸⁾ Cf. o Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, de 17 de março de 2011, proferido no âmbito do processo n.º 07287/11, disponível in <www.dgsi.pt>.

⁽¹³⁹⁾ Cf. o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 11 de setembro de 2017, proferido no âmbito do processo n.º 0237/15, disponível in <www.dgsi.pt>.

⁽¹⁴⁰⁾ Vide ponto 2, a legislação de 1930 aprovada ainda no contexto da ditadura militar.

⁽¹⁴¹⁾ Também VIEIRA DE ANDRADE entende que as “hipóteses óbvias de impossibilidade absoluta, física ou legal, não necessitam sequer de estar expressamente previstas” (cf. *A Justiça...*, cit., p. 390) e MÁRIO AROSO DE ALMEIDA refere que é “pacificamente reconhecido que a situação de impossibilidade nem sequer carceraria de previsão legal” (cf. *A Anulação...*, cit., pp. 718 e 719).

⁽¹⁴²⁾ Cf. RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, «Processo Executivo...», cit., p. 252; DORA LUCAS NETO, «Execução de sentenças e causas legítimas de inexecução: linhas mestras traçadas pela jurisprudência» in *Nos 20 anos dos CJA*, 2017, p. 103.

- ii) Por isso, a sua verificação judicial [indispensável e constitucionalmente imposta pelo princípio da separação e interdependência dos poderes⁽¹⁴³⁾] trata-se de uma mera “verificação objetiva que não envolve qualquer juízo valorativo”⁽¹⁴⁴⁾;
- iii) A impossibilidade de executar a sentença sempre resultaria da aplicação da regra geral de que “a obrigação de realizar uma prestação só existe se e na medida em que a prestação for possível”⁽¹⁴⁵⁾, fundada no brocardo latino *ad impossibilia nemo tenetur*⁽¹⁴⁶⁾, ou seja, ninguém é obrigado a fazer aquilo que é impossível;
- iv) Desta forma, a tutela indemnizatória do particular sempre ficaria salvaguardada, num plano mais elevado, através da aplicação das regras da teoria geral das invalidades, onde se prevê que “se a restituição em espécie não for possível” deve ser pago o valor correspondente⁽¹⁴⁷⁾, tal como já reconhecido pela nossa jurisprudência⁽¹⁴⁸⁾.

Por tudo isto, seriam sempre objeto de controvérsia quaisquer normas que o vedassem expressamente a inexecução por impossibilidade, numa espécie de rígida compreensão do princípio de separação de poderes e de epíteto contranatura. Foi essa a opção do legislador espanhol que, em determinados momentos, foi longe de mais, ao determinar que “não se poderá suspender nem declarar inexequível uma sentença por causa de

⁽¹⁴³⁾ Cf. os arts. 2.º e 111.º, n.º 1, da Constituição.

⁽¹⁴⁴⁾ Cf. JOÃO TIAGO SILVEIRA, *Mecanismos de agilização...*, cit., p. 682.

⁽¹⁴⁵⁾ Cf. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *A Anulação...*, cit., p. 719.

⁽¹⁴⁶⁾ Cf. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *A Execução das Sentenças...*, cit., p. 126. Sobre a importância do Direito Romano para o estudo e compreensão do Direito atual cfr., por exemplo, FERNANDO ARAÚJO, «Actualidade dos estudos romanísticos na formação do jurista», in R. DE ALBUQUERQUE (org.), *Estudos de direito romano*, II, 1989-1991, pp. 5, ss.

⁽¹⁴⁷⁾ Cf. o art. 289.º, n.º 1, do Código Civil; BRANDÃO PROENÇA salienta, de forma impressiva, que será devido o valor correspondente “em caso de impossibilidade material essencial (a coisa recebida pelo contraente que suporta a resolução, pode ter sido consumida, perdida, destruída, deteriorada, confundida, ou ter desaparecido culposa ou «não culposamente») ou jurídica (pela existência de direitos de terceiros nos termos do art. 435.º do CC), ocorrida anteriormente à «declaração» resolutiva ou quando essa restituição seja «exigida» pela natureza da prestação em causa (prestações de facto que se esgotam numa prestação de serviços, na execução de certo trabalho ou na concessão da utilização de certa coisa ou do gozo de certo local)” (cf. *A Resolução do Contrato no Direito Civil*, 1996, p. 168).

⁽¹⁴⁸⁾ Após discorrer sobre a existência da expropriação do direito à execução, o Supremo Tribunal Administrativo, conclui que “se foi reconhecido na sentença anulatória que o exequente tinha um determinado direito subjetivo ou um determinado direito sobre uma coisa, direito que viu frustrado pela impossibilidade de execução, a indemnização devida pela inexecução deverá corresponder ao valor desse direito ou dessa coisa” (cf. Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 20 de janeiro de 2010, proferido no âmbito do processo n.º 047578A, disponível in <www.dgsi.pt>).

impossibilidade material ou legal de executá-la”, solução que teve origem na reforma legislativa de 1904 e mantida pelo art. 107.º da Ley de 27 de diciembre de 1956. Só mais recentemente, na senda do que vinha ser defendido pela doutrina⁽¹⁴⁹⁾, a lei espanhola acabou por admitir as situações de impossibilidade enquanto situações que legitimam a inexecução das sentenças pela Administração⁽¹⁵⁰⁾.

5.2. *Idem*: o excecional prejuízo para o interesse público

À semelhança da “impossibilidade absoluta”, a necessidade de positividade do “excecional prejuízo para o interesse público” tem-se revelado um tema evidentemente discutível e discutido. A nosso ver, vários fundamentos militam a favor da sua desnecessidade dada a sua densidade e natureza pré-constitucional⁽¹⁵¹⁾:

- i) A atuação da Administração (ou a falta dela) sempre se encontraria fundada na *teoria do estado de necessidade*, enquanto princípio geral de direito administrativo⁽¹⁵²⁾ e mecanismo chamado a funcionar em situações de emergência como no caso de “o mal causado pela execução a interesses dignos de tutela [possa] ser claramente superior ao benefício colhido com a materialização da injunção jurisdicional”⁽¹⁵³⁾;

⁽¹⁴⁹⁾ Sem prejuízo desta norma ser objeto de crítica pela doutrina espanhola (cf. AURELIO GUAITA, «Ejecución de sentencias...», *cit.*, pp. 97 e 98) o seu impacto atravessou as fronteiras e também foi duramente criticada pela doutrina portuguesa (cf. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *A Execução das Sentenças...*, *cit.*, p. 127).

⁽¹⁵⁰⁾ Assim, o n.º 2, do art. 105.º, da Ley 29/1998, de 13 de julho, passou a prever que “[s]i concurren causas de imposibilidad material o legal de ejecutar una sentencia, el órgano obligado a su cumplimiento lo manifestará a la autoridad judicial a través del representante procesal de la Administración, dentro del plazo previsto en el apartado segundo del artículo anterior, a fin de que, con audiencia de las partes y de quienes considere interesados, el Juez o Tribunal aprecie la concurrencia o no de dichas causas y adopte las medidas necesarias que aseguren la mayor efectividad de la ejecutoria, fijando en su caso la indemnización que proceda por la parte en que no pueda ser objeto de cumplimiento pleno”.

⁽¹⁵¹⁾ Cf., no mesmo sentido quanto ao “interesse público de excecional relevo” previsto no n.º 4, do art. 282.º, da Constituição, cf. J. J. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada*, Vol. II, 4.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 980.

⁽¹⁵²⁾ Cf. J. M. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*, Coimbra, 1987, p. 282. Para uma crítica a esta posição, cf. DIOGO FREITAS DO AMARAL, «Apreciação da dissertação de doutoramento do Mestre Mário Aroso de Almeida (“Anulação contenciosa de actos administrativos e relações jurídicas daí emergentes”)» in *Themis*, ano II, n.º 3, 2001, pp. 310 e 311.

⁽¹⁵³⁾ Neste sentido, cf. J. M. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e autonomia...*, *cit.*, p. 282, que equipara o excecional prejuízo para o interesse público a uma ramificação do estado de necessidade.

- ii) Outros princípios jurídicos, de natureza substantiva, reconduziriam a execução da sentença a uma situação inadmissível, quando pusesse em causa a *continuidade dos serviços públicos*⁽¹⁵⁴⁾ ou a *intangibilidade das obras públicas*⁽¹⁵⁵⁾;
- iii) O sacrifício do direito do particular (à execução da sentença) para a tutela ou proteção de um bem jurídico público de valor superior, sempre ficaria tutelado pela aplicação do *princípio da igualdade na repartição dos encargos públicos*⁽¹⁵⁶⁾. Esta aproximação das causas legítimas de inexecução à expropriação, não é um assunto que passe despercebido na lei espanhola — “expropiación de los derechos o intereses legítimos reconocidos frente a la administración”⁽¹⁵⁷⁾ — como denota a nossa doutrina vizinha⁽¹⁵⁸⁾;

Este princípio determina, em caso de perigo iminente e atual que ameace interesses coletivos essenciais protegidos pelo Direito, ser lícito à Administração praticar, com inobservância dos preceitos jurídicos normalmente aplicáveis, os atos que se devam considerar verdadeiramente necessários ou indispensáveis para assegurar a satisfação de necessidades coletivas (cf. MARCELLO CAETANO, *Manual...*, II, *cit.*, p. 1305).

⁽¹⁵⁴⁾ Sobre este princípio, cf., entre outros, EGON BOCKMANN MOREIRA, *Direito das Concessões de Serviço Público*, 2.ª ed., Fórum, 2022, pp. 252 e 253; JEAN RIVERO, *Direito Administrativo*, Almedina, Coimbra, 1981, p. 501.

⁽¹⁵⁵⁾ Cujo tratamento não é estranho à nossa jurisprudência: Acórdão do Supremo Tribunal Justiça, de 9 de janeiro de 2003, proferido no âmbito do processo n.º 02B3575, disponível in <www.dgsi.pt>; Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 29 de abril de 2010, proferido no âmbito do processo n.º 1857/05, disponível in <www.dgsi.pt>; Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 19 de maio de 2011, proferido no âmbito do processo n.º 666/03, disponível in <www.dgsi.pt>; Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 15 de abril de 2015, proferido no âmbito do processo n.º 100/10, disponível in <www.dgsi.pt>; salienta-se este último aresto, onde se refere que “uma limitação ao exercício do direito de reivindicação, substituindo-o pela atribuição de uma *indenização* correspondente ao valor expropriativo do prédio, ponderando o *princípio da intangibilidade da obra pública* que mais não é do que uma versão administrativista das figuras do abuso de direito ou da colisão de direitos previstas nos arts. 334.º e 335.º do CC. Princípio que conquanto não esteja expressamente consagrado pode encontrar sustentação no disposto nos arts. 159.º e ss. do CPTA, normas que permitem afastar a execução de julgado em casos em que esta provoque grave lesão do interesse público”.

⁽¹⁵⁶⁾ Que “compensa” a situação de desigualdade criada, mas não a “apaga” (neste sentido, cf. FERNANDO ALVES CORREIA, *As garantias do particular na expropriação por utilidade pública*, Coimbra, 1982, p. 128 (217), referindo-se à aplicação do princípio às compensações pecuniárias devidas ao expropriado). De igual forma, os nossos tribunais superiores também já reconheceram que a indenização se trata em rigor de uma “compensação pelo facto da inexecução”: a “expropriação do direito à execução” (cf. Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 20 de janeiro de 2010, proferido no âmbito do processo n.º 047578A, disponível in <www.dgsi.pt>).

⁽¹⁵⁷⁾ Cf. art. 105.º, n.º 3, da Ley 29/1998, de 13 de julho.

⁽¹⁵⁸⁾ Neste sentido, *vide* bibliografia citada na nota 96 da obra de AURELIO GUAITA, «Ejecución de sentencias...», *cit.*

- iv) A aplicação do *princípio da proporcionalidade* à definição do quadro das relações jurídicas que podem resultar de uma sentença administrativa⁽¹⁵⁹⁾, sempre resolveria as questões relacionadas com a necessidade de execução da sentença no confronto com o direito do particular à execução ou outros interesses públicos absolutamente fundamentais⁽¹⁶⁰⁾, ponderação que é feita noutros ordenamentos jurídicos ao abrigo do referido princípio, tal como se viu anteriormente⁽¹⁶¹⁾.

A conclusão alcançada sobre a necessidade de positivação das causas legítimas de inexecução encontra-se intrinsecamente relacionada com a compreensão (e legitimação) dos limites que se impõem à invocação das causas legítimas de inexecução. Senão vejamos, o n.º 3, do art. 163.º do CPTA, estabelece que a Administração só pode invocar causas legítimas de inexecução quando estejam em causa: “circunstâncias supervenientes” (*limite temporal* ou de *ciência*) ou circunstâncias que, embora não supervenientes, “a Administração não estivesse em condições de invocar no momento oportuno do processo declarativo” (*limite de oportunidade*). Confrontando estes limites com as próprias causas legítimas de inexecução que se impõem pela natureza das coisas (impossibilidade absoluta) ou resultam da ponderação possível dos direitos e/ou interesses em conflito (excecional prejuízo público) dispensando-se a sua positivação, já se alcança o resultado de os limites da lei processual administrativa terem de ser interpretados *cum grano salis* sob pena de subverter a própria natureza das causas legítimas de inexecução.

5.2.1. A (in)constitucionalidade do excecional prejuízo para o interesse público

A formulação legal desta causa legítima de inexecução cinde doutrinalmente os que estão a favor dos que estão contra. Por um lado, alega-se que se

⁽¹⁵⁹⁾ Por isso, alguns autores aludem ao princípio enquanto fundamento (cf. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *A Anulação...*, cit., pp. 714 e 715) ou critério de verificação do “excecional prejuízo para o interesse público” (cf. GUILHERME DA FONSECA TEIXEIRA, *Execução das Sentenças...*, cit., pp. 195 e 196).

⁽¹⁶⁰⁾ Cf. o Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte, de 14 de julho de 2023, proferido no âmbito do processo n.º 1294/06, disponível in <www.dgsi.pt>, no qual se refere que, para aferir se se está perante uma situação de “excecional prejuízo para o interesse público” deve proceder-se à “ponderação necessária de todos os interesses envolvidos” e uma “ponderação ao nível dos princípios, designadamente, do princípio da proporcionalidade”.

⁽¹⁶¹⁾ Vide ponto 4.2.

trata de um mecanismo de salvaguarda do interesse público subjacente, considerado útil e imprescindível⁽¹⁶²⁾, cujo conteúdo se revela “maleável” com a virtualidade de, recorrendo ao “senso comum do juiz”⁽¹⁶³⁾, acolher a ponderação de uma multiplicidade de interesses em jogo. Do lado oposto, reconduz-se o “excepcional prejuízo para o interesse público” a um conceito dotado de demasiada indeterminabilidade, suscetível de ser objeto de utilização abusiva e justificar a inércia de inexecução das sentenças pela Administração através de argumentação habilidosa⁽¹⁶⁴⁾, questionável na sua conformidade com o princípio da proporcionalidade, na sua vertente da necessidade, por esse juízo já poder ter sido feito, a montante, pelo Tribunal⁽¹⁶⁵⁾.

Expostas as diferentes posições sobre o assunto que nos ocupa, é chegado o momento de procurar tomar posição no debate. Pela nossa parte, não vemos como se possa aderir integralmente a uma ou outra posição, defendendo, por isso, uma posição eclética que vê vantagens na existência desta “válvula de segurança”, mas também existe espaço de melhoria, designadamente na sua formulação. Esta tomada de posição não nos parece contraditória com aquela outra da desnecessidade da consagração legal desta causa legítima de inexecução. É que uma vez tendo sido a opção de o legislador fazê-lo, então não podemos deixar de questionar o *modus* como o fez por estar no “limiar da constitucionalidade”⁽¹⁶⁶⁾.

Ninguém dúvida existir um excepcional prejuízo para o interesse público a execução de sentença que impeça ou suspenda a prestação de um serviço público essencial. Ou, ainda, quando possa ter por consequência a privação de um bem afeto à coletividade, como acontecerá com a demolição de um edifício público (princípio da intangibilidade de obras públicas), já não sendo inteiramente consensual as situações em que possa existir um excepcional prejuízo para os cofres do Estado, tal como vimos anteriormente.

Não nos repugna, por isso, **o legislador avançar com a concretização legal, e exemplificativa**⁽¹⁶⁷⁾, das situações reconduzíveis ao exce-

⁽¹⁶²⁾ Cf. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *A Anulação...*, cit., p. 717.

⁽¹⁶³⁾ Cf. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça...*, cit., p. 389.

⁽¹⁶⁴⁾ Cf. RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, «Processo Executivo...», cit., p. 254; VASCO PEREIRA DA SILVA, «Todo o contencioso...», cit., p. 30 (embora referindo-se ao art. 45.º do CPTA); CECÍLIA ANACORETA CORREIA, *A tutela executiva...*, cit., pp. 323 e 324; CARLOS FILIPE COSTA, «A execução de julgado anulatório no contencioso administrativo: algumas considerações a partir do Processo “Shopping do Bom Sucesso» in *O Direito*, ano 148.º, II, 2016, Almedina, p. 313.

⁽¹⁶⁵⁾ Cf. GUILHERME DA FONSECA TEIXEIRA, *Execução das Sentenças...*, cit., pp. 189 e 190.

⁽¹⁶⁶⁾ Cf. RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, «Processo Executivo...», cit., p. 253.

⁽¹⁶⁷⁾ Em sentido contrário, alegando que a solução passaria por uma enumeração “taxativa”, cf. GUILHERME DA FONSECA TEIXEIRA, *Execução das Sentenças...*, cit., p. 192. O esforço pela exemplificação não nos leva a crer ou defender algumas linhas de pensamento jurídico transversais ao reacionarismo

cional prejuízo para o interesse público, tal como o fez recentemente em sede de processo declarativo no art. 45.º-A, do CPTA. Em objeção a esta posição, poder-se-ia contrapor que a doutrina e jurisprudência se encarregariam de elaborar as situações reconduzíveis a esta causa legítima de inexecução, dispensando a sua concretização⁽¹⁶⁸⁾. Sucede que, se isso fosse suficiente, já se teriam ultrapassado as situações de causas legítimas de inexecução “virtuais”⁽¹⁶⁹⁾ e não reais invocadas pela Administração, tal como a prática dos tribunais nos vem demonstrando.

Esta posição assenta, assim, em três grandes argumentos.

Em primeiro lugar, o depoimento do Direito Internacional e Direito da União Europeia em vigor confirma, pois, o entendimento que se vem sustentando: um *numerus apertus* das situações reconduzíveis ao excecional prejuízo para o interesse público. Com efeito, o conteúdo essencial do direito a um recurso jurisdicional efetivo, consagrado no art. 47.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia⁽¹⁷⁰⁾, já foi considerado violado no caso de o Direito nacional conduzir a uma situação na qual a decisão de um tribunal seja inoperante, por não dispor este de nenhum meio para a fazer respeitar⁽¹⁷¹⁾. Por outro lado, a jurisprudência tem referido que o direito de ação do particular seria ilusório se a ordem jurídica de um Estado-Membro permitisse que uma decisão judicial definitiva e obrigatória fosse inoperante em detrimento de uma das partes⁽¹⁷²⁾. Ora, a concretização legal das situações de excecional prejuízo para o interesse público parece-nos uma solução que assegura aos particulares maior proteção quanto ao âmbito do seu direito de ação.

De outra banda, o direito à tutela jurisdicional efetiva, previsto no art. 6.º, n.º 1, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, integrado

pós-modernista, especificamente, não cremos na ultrapassagem da produção de resultados dogmáticos pelos acasos ou rotinas doutrinárias; reconhece-se, no entanto, a importância do particularismo e da casuística que se opõe à generalidade das coisas/situações, falando-se, a este propósito, no mundo do quotidiano como um mundo de produção de normas (cf. ANTÓNIO MANUEL HESPAHNA, *Cultura Jurídica Europeia, síntese de um milénio*, Almedina, Coimbra, 2017, p. 565).

⁽¹⁶⁸⁾ Neste sentido, cf. ANA PEREIRA DE SOUSA, *As Causas Legítimas...*, cit., p. 32 (89).

⁽¹⁶⁹⁾ Cf. Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, de 17 de março de 2011, proferido no âmbito do processo n.º 07287/11, disponível in <www.dgsi.pt>.

⁽¹⁷⁰⁾ Cf. Jornal Oficial da União Europeia, de 7 de junho de 2016, C 202/389-C 202/405, disponível in <www.eur-lex.europa.eu>.

⁽¹⁷¹⁾ Cf., neste sentido, Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 29 de julho de 2019, proferido no âmbito do processo n.º C-556/17, n.º 72, disponível in <www.curia.europa.eu>.

⁽¹⁷²⁾ Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 30 de junho de 2016, proferido no âmbito do processo n.º C-205/15, n.º 43 e jurisprudência referida, disponível in <www.curia.europa.eu>; Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 19 de dezembro de 2019, proferido no âmbito do processo n.º C-752/18, disponível in <www.curia.europa.eu>.

pelo direito à execução das decisões judiciais⁽¹⁷³⁾, encontra-se mais bem realizado numa opção de concretização de situações em que efetivamente pode não ser executada uma sentença. Assim, a jurisprudência de Estrasburgo tem reconduzido a exigência da execução de sentenças a um princípio do próprio Estado de Direito⁽¹⁷⁴⁾.

Em segundo lugar, ainda que se reconheça um esforço legislativo em levar o conceito para um campo mais restritivo — do “embaraço” ao “excepcional prejuízo para o interesse público” —, a atual formulação não deixa de suscitar dúvidas na sua conformidade com as exigências de clareza e densidade que decorrem do princípio da determinabilidade das leis, postulado do princípio constitucional da segurança jurídica⁽¹⁷⁵⁾. Em rigor, o particular não tem um parâmetro solidamente consolidado nem um mínimo de previsibilidade que lhe permita antever a presença de um “excepcional prejuízo para o interesse público” para inexecução da sentença do tribunal⁽¹⁷⁶⁾, tendo o legislador delegado no aplicador da norma a

(173) Cf. Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, *Sharxhi e Outros c. Albânia*, de 11 de janeiro de 2018, disponível in <www.hudoc.echr.coe.int>; o paradigmático Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem *Hornsby c. Grécia*, de 19 de março de 1997, disponível in <www.hudoc.echr.coe.int>, no qual se refere que o direito à tutela jurisdicional efetiva seria uma “ilusão se o ordenamento jurídico interno de um Estado parte permitisse que uma decisão judicial definitiva e obrigatória resultasse inoperante em detrimento de um parte [...] a execução de uma resolução ou sentença, independentemente da jurisdição, deve, portanto, considerar-se como parte integrante do “processo” no sentido do art. 6.º [...] Ao interpor um recurso de anulação perante a mais alta instância administrativa do Estado, o objetivo não é apenas o desaparecimento do ato impugnado, mas também, e sobretudo, a anulação dos seus efeitos. No entanto, a proteção efetiva do demandado e o restabelecimento da legalidade implicam a obrigação de a administração dar cumprimento a uma sentença ou a um acórdão proferido por esse órgão jurisdicional. A este respeito, o Tribunal de Justiça recorda que a administração é um elemento do Estado de direito e que o seu interesse se identifica, portanto, com o da boa administração da justiça. Se a administração recusar ou omitir a execução, ou mesmo atrasar a execução, das garantias do art. 6.º de que o demandado beneficiou durante toda a fase judicial do processo, perderá toda a sua razão de ser”; Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, *Golder c. Reino Unido* de 21 de fevereiro de 1975, disponível in <www.hudoc.echr.coe.int>.

(174) Cf. Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, *Antonakopoulos, Vortsela e Antonakopoulou c. Grécia*, de 14 de dezembro de 1999, disponível in <www.hudoc.echr.coe.int>; Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, *Antonetto c. Itália*, de 20 de julho de 2000, disponível in <www.hudoc.echr.coe.int>; Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, *Logothetis c. Grécia*, de 12 de abril de 2001, disponível in <www.hudoc.echr.coe.int>; Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, *Burdov c. Rússia*, de 7 de maio de 2002, disponível in <www.hudoc.echr.coe.int>.

(175) Cf. J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª ed., 2003, p. 258.

(176) Suscitando a mesma questão de que o conceito indeterminado “excepcional prejuízo para o interesse público” coloca problemas de conformidade constitucional com as exigências decorrentes do princípio da segurança jurídica — cf. RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, «Processo Executivo...», *cit.*, p. 254; CECÍLIA ANACORETA CORREIA, *A tutela executiva...*, *cit.*, pp. 323 e 324; CARLOS FILIPE COSTA, «A execução...», *cit.*, p. 313.

escolha da via interpretativa a seguir e, como tal, o âmbito objetivo da aplicação do regime das causas legítimas de inexecução.

Em terceiro e último lugar, embora não seja objetivo do presente texto resvalar para domínios morais e políticos (e não técnico-jurídicos), a solução para que acenamos é também uma via de reforçar a confiança dos cidadãos nas instituições.

Por um lado, facilita-se a tarefa de subsunção à Administração evitando que se aleguem “graves problemas” — sem se explicar minimamente quais os que estão em causa — ou um “fim fundamental” — sem que se referencie clara e concretamente qual o fim a prosseguir com a inexecução da sentença —, exigindo-se um esforço acrescido “na densificação do conceito integrador das causas legítimas de inexecução”⁽¹⁷⁷⁾. Isto tudo não dispensando, obviamente, um reforço de qualificações jurídicas do corpo administrativo⁽¹⁷⁸⁾ que, por vezes, vê “o interesse público em tudo e o direito dos administrados em nada”⁽¹⁷⁹⁾. Ora, se é geralmente reconhecido — e bem sentido por todos os práticos do Direito — que mesmo a um jurista experimentado tem particular dificuldade em compreender o preenchimento de certos conceitos indeterminados, já se vê que, por maioria de razão, não pode deixar de ser reconhecida a dificuldade ou mesmo a impossibilidade prática de os órgãos da Administração conhecerem, na generalidade das situações, o exato alcance e verificação destes conceitos.

Por outro lado, a tarefa dos Tribunais também ficaria mais facilitada na verificação da ocorrência desta causa legítima de inexecução, contribuindo para a segurança jurídica e paz social⁽¹⁸⁰⁾. Evitar-se-ia igualmente o uso, por vezes exagerado, da argumentação de se resvalar para domínios próprios administrativos (art. 179.º, n.º 1, do CPTA), falando-se a este propósito de uma *heterolimitação* dos poderes de especificação executiva do juiz⁽¹⁸¹⁾.

⁽¹⁷⁷⁾ Cf. Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 11 de abril de 2002, proferido no âmbito do processo n.º 37648A, disponível in <www.dgsi.pt>.

⁽¹⁷⁸⁾ Cf. EBERHARD SHMIDT-ASSMANN, «A Jurisdição Administrativa...», *cit.*, pp. 16 e 21, para quem a tradição de execução espontânea pela Administração alemã também se funda na existência de um corpo administrativo de formação essencialmente jurídica.

⁽¹⁷⁹⁾ Cf. MANUEL ALVES PEIXOTO, *A execução de sentenças...*, *cit.*, p. 16.

⁽¹⁸⁰⁾ Cf. MANUEL DE ANDRADE, *Noções Elementares de Processo Civil, nova edição revista e atualizada por Herculano Esteves, com a colaboração de Antunes Varela*, Coimbra Editora, 1976, pp. 305 e 306, para quem “a finalidade do processo não é apenas a justiça — a realização do direito objetivo ou a atuação dos direitos subjetivos privados correspondentes. É também a segurança — a paz social (Schönke)”.

⁽¹⁸¹⁾ Cf. RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, «Processo Executivo...», *cit.*, p. 242.

6. Conclusões

A formulação textual das causas legítimas de inexecução evoluiu no sentido de tornar mais exigente a sua verificação que, sendo uma opção do legislador português, não foi acolhida noutros ordenamentos jurídicos onde as situações que legitimam a inexecução de uma decisão judicial pela Administração são analisadas com base noutras normas e princípios jurídicos que oferecem plasticidade à sua verificação.

Por um lado, ao impor-se pela natureza dos factos, a positivação da “impossibilidade absoluta” é secundarizada para o plano da evidência e sempre resultaria da aplicação de regras gerais com raízes romanísticas, sem descurar a salvaguarda da tutela indemnizatória do particular com a aplicação das regras da teoria geral das invalidades, onde se prevê que deve ser pago o valor correspondente caso a restituição em espécie não seja possível. Por outro lado, também se concluiu existirem fortes razões que fundamentam a desnecessidade de uma consagração expressa do “excecional prejuízo para o interesse público”, porque este sempre resultaria da aplicação da teoria do estado de necessidade, a tutela indemnizatória do particular estaria garantida pelo princípio da igualdade perante encargos públicos e, por fim, a fundamentação da verificação da ocorrência de uma causa legítima de inexecução, pelo Tribunal, sempre encontraria arrimo no princípio da proporcionalidade, dada a necessária ponderação de interesses em causa.

Apesar de existirem fortes argumentos a favor ou contra a atual formulação legal do “excecional prejuízo para o interesse público”, preconiza-se uma solução eclética que não a elimine, mas concretize, exemplificando as situações que lhe podem ser reconduzíveis, tal como se fez em sede de processo declarativo no art. 45.º-A, do CPTA. Esta é a solução que melhor se conforma com o do Direito Internacional e Direito da União Europeia em vigor, ultrapassa as dúvidas legitimamente suscitadas quanto à conformidade com as exigências de clareza e densidade que decorrem do princípio da determinabilidade das leis e, por último, reforça a confiança dos cidadãos nas instituições (facilitando a tarefa subsuntiva da Administração e tribunais).

O DANO DA PERDA DE CHANCE NA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO

Pelo Dr. Nuno Tomás Cardoso⁽¹⁾

SUMÁRIO:

Introdução. **I. O Contrato de Mandato Forense.** 1. Da qualificação legal do contrato. 2. A Prestação do mandatário judicial. **II. O Modelo normativo de responsabilidade civil do advogado.** 1. Responsabilidade Civil Extracontratual. 2. Responsabilidade Civil Contratual. 3. Responsabilidade Civil Mista. **III. Evolução Histórica. O Surgimento do Dano da Perda de Chance.** 1. Direito francês. 2. Direito Espanho. 3. Direito alemão. 4. Direito Italiano. 5. Direito britânico. **IV. O Dano da Perda de Chance Em Portugal. Correntes Doutriniais.** 1. Não Admissibilidade. 2. Admissibilidade Condicionada. 3. Admissibilidade. **V. Evolução Jurisprudencial do dano da perda de chance.** 1. As Primeiras Decisões. 2. A Perda de Chance Processual. 3. O Acórdão de Uniformização de Jurisprudência n.º 2/2022. **VI. Os Pressupostos da Perda de Chance.** 1. A Autonomia. 2. A Atualidade ou Consistência. 3. A Aleatoriedade. 4. A Seriedade. 5. Ónus da Prova. 6. O Cálculo da Indemnização. **VII. Considerações finais. Conclusões.**

Introdução

O reconhecimento da perda de oportunidade como dano indemnizável tem suscitado divergências na doutrina e jurisprudência no âmbito dos vários grupos de casos em que é aplicado.

(1) Juiz de Direito. O presente artigo corresponde, com as devidas adaptações, ao relatório apresentado no âmbito da disciplina de Direito Civil I no âmbito do Mestrado Científico em Direito e Ciência jurídica na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, orientado pelos Ex.^{mos} Senhores Professores Doutor Menezes Leitão e Rui Ataíde.

O objetivo deste trabalho é analisar brevemente o percurso desta problemática no âmbito do grupo de casos da responsabilidade civil do advogado, começando por identificar o contrato ao abrigo do qual o advogado desenvolve a sua atividade e a natureza da sua prestação e ainda o modelo jurídico-normativo de responsabilidade.

Em seguida, analisar-se-á o dano específico da perda de chance processual, começando pelo seu surgimento e desenvolvimento numa perspectiva de direito comparado europeu, para depois analisar as várias correntes existentes a nível nacional.

Seguidamente, analisar-se-á a evolução do dano da perda de chance na jurisprudência do nosso Supremo Tribunal de Justiça, e proceder-se-á a uma recensão suas características deste tipo de dano, concluindo-se com uma proposta de noção deste tipo de dano.

I. O contrato de mandato forense

1. Da qualificação legal do contrato

A figura contratual ao abrigo do qual o advogado desenvolve maioritariamente a sua atividade, é na maioria dos casos, o contrato de mandato, salvo aqueles em que intervém num âmbito de um contrato de trabalho.

O contrato de mandato encontra-se previsto no art. 1157.º do Código Civil, o qual define este tipo de contrato como “(...) o contrato pelo qual uma das partes se obriga a praticar um ou mais actos jurídicos por conta da outra.”, sendo usual, no caso da atividade dos advogados, designar o contrato de mandato como mandato forense ou judicial.

No dizer da doutrina mais recente, segundo Rui Ataíde⁽²⁾, “o mandato judicial é o subtipo do contrato de mandato que confere legitimidade aos advogados para assegurarem a representação do seu mandante (dito também “constituente”) em qualquer tribunal, incluindo os tribunais ou comissões arbitrais e os julgados de paz”, praticando os atos próprios da profissão de advogado, previstos nos n.ºs 5 e 6 do art. 1.º da Lei n.º 49/2004, de 24 de agosto⁽³⁾.

⁽²⁾ ATAÍDE, RUI PAULO COUTINHO DE MASCARENHAS, *Direito dos Contratos*, Gestlegal, 2022, p. 139.

⁽³⁾ Artigo 1.º

Atos próprios dos advogados e dos solicitadores (...)

5 — *Sem prejuízo do disposto nas leis de processo, são actos próprios dos advogados e dos solicitadores:*

O contrato de mandato surge assim englobado pelo contrato de mandato judicial ou forense, que na definição legal do art. 67.º da Lei n.º 145/2015, de 9 de setembro⁽⁴⁾, que aprovou o Estatuto da Ordem dos Advogados, doravante EOA, assume um carácter mais amplo do que na lei dos atos próprios da profissão de advogado.

O contrato de mandato forense surge no âmbito do patrocínio judiciário como um instrumento legal de carácter obrigatório em todas as causas de tribunais com alçada, em que seja admissível recurso ordinário, bem como nas causas em que seja sempre admissível recurso e nos recursos interpostos nos tribunais superiores (art. 40.º CPC), e constitui-se através de procuração ou declaração verbal no processo (art. 43.º CPC).

Uma vez que apenas os licenciados em direito com inscrição na Ordem dos Advogados, poderão praticar os atos próprios dos advogados (art. 1.º, n.º 1 da Lei n.º 49/2004), o contrato de mandato forense é necessariamente um contrato de mandato com representação, em que o mandatário forense pratica atos em nome e por conta do seu mandante ou constituinte.

Devido à sua finalidade específica, o contrato de mandato forense assume diferenças perante o contrato de mandato civil, em particular no

a) *O exercício do mandato forense;*

b) *A consulta jurídica*

6 — *São ainda actos próprios dos advogados e dos solicitadores os seguintes:*

a) *A elaboração de contratos e a prática dos actos preparatórios tendentes à constituição, alteração ou extinção de negócios jurídicos, designadamente os praticados junto de conservatórias e cartórios notariais;*

b) *A negociação tendente à cobrança de créditos;*

c) *O exercício do mandato no âmbito de reclamação ou impugnação de actos administrativos ou tributários.*

7 — *Consideram-se actos próprios dos advogados e dos solicitadores os actos que, nos termos dos números anteriores, forem exercidos no interesse de terceiros e no âmbito de actividade profissional, sem prejuízo das competências próprias atribuídas às demais profissões ou actividades cujo acesso ou exercício é regulado por lei.*

(4) Redacção anterior à alteração da Lei n.º 6/2024, de 19 de Janeiro

Artigo 67.º

Mandato forense

1 — *Sem prejuízo do disposto na Lei n.º 49/2004, de 24 de agosto, considera-se mandato forense:*

a) *O mandato judicial para ser exercido em qualquer tribunal, incluindo os tribunais ou comissões arbitrais e os julgados de paz;*

b) *O exercício do mandato com representação, com poderes para negociar a constituição, alteração ou extinção de relações jurídicas;*

c) *O exercício de qualquer mandato com representação em procedimentos administrativos, incluindo tributários, perante quaisquer pessoas coletivas públicas ou respetivos órgãos ou serviços, ainda que se suscitem ou discutam apenas questões de facto.*

2 — *O mandato forense não pode ser objeto, por qualquer forma, de medida ou acordo que impeça ou limite a escolha pessoal e livre do mandatário pelo mandante.*

âmbito das obrigações do mandatário previstas no Código Civil, devido à interseção das normas previstas no estatuto da Ordem dos Advogados, as quais, novamente, no dizer de Rui Ataíde⁽⁵⁾, assumem a natureza de “*um denso conjunto de vinculações publicistas que protegem valores supra partes*”.

Assim, enquanto no mandato civil, o mandatário deve cumprir o mandato segundo as instruções do mandante [art. 1161.º, alínea *a*) do CPC], no mandato forense o advogado deve agir sempre com independência (art. 89.º EOA), se necessário recusando as instruções ilegítimas do mandante, no sentido de promover a chicana processual ou a contenda temerária com a contraparte, tendo o advogado o dever de agir de forma a defender os interesses legítimos do cliente, mas sempre em cumprimento das normas legais e deontológicas (art. 97.º, n.º 2 EOA) atento os deveres do advogado para com a comunidade, o que torna o exercício desta profissão de inequívoco interesse público.

A interseção das normas previstas no EOA impondo deveres para com o advogado, que conformam a sua prestação, mereceu o comentário de Menezes Cordeiro⁽⁶⁾ no sentido de que os deveres específicos que se encontram previstos no Estatuto destes profissionais apesar de serem iguais aos que já resultam da boa-fé, devem ser utilizados “*para densificar o conteúdo geral do mandato civil*”, assim se considerando esses deveres como obrigações que constituem parte integrante do contrato que seja celebrado entre o mandatário forense e o seu constituinte para defesa dos seus interesses, devendo também se aplicar aos casos mais residuais, em que o mandato forense é prestado no quadro de um contrato de trabalho subordinado, ou ainda na defesa oficiosa.

2. A prestação do mandatário judicial

A atividade do mandatário judicial tem por objeto o patrocínio dos interesses do mandante, através da prática dos atos que se mostrem adequados, de acordo com as leis da arte, à defesa e patrocínio dos interesses do cliente.

(5) ATAÍDE, RUI PAULO COUTINHO DE MASCARENHAS, obra citada, p. 140.

(6) CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Tratado de Direito Civil, XII, Contratos em Especial* (2.ª parte), Almedina, 2020, p. 713.

Procurando classificar a natureza da prestação do advogado, cumpre em primeiro lugar recorrer à classificação geral das prestações no âmbito do direito das obrigações, a qual teve origem em René Demogue⁽⁷⁾, que subdividiu as mesmas em obrigações de meios ou de resultado.

Assim, e no dizer de Almeida Costa⁽⁸⁾, as obrigações de meios são aquelas “*em que o devedor apenas se compromete a desenvolver prudentemente e diligentemente certa atividade para a obtenção de um determinado efeito, mas sem assegurar que o mesmo se produza*”.

Deste modo, serão obrigações de meios todas as obrigações de facto positivo, em particular as que se relacionem com atividades profissionais ou artísticas, como seja o caso da “*obrigação do advogado pelo que toca ao êxito da causa que patrocina*”.

Pelo contrário, obrigações de resultado seriam aquelas em que o devedor “*está vinculado a conseguir um certo efeito útil*”, um determinado resultado.

Esta classificação das obrigações, apesar de útil no sentido da distinção das diferentes prestações, mereceu a crítica de Gomes da Silva⁽⁹⁾, o qual considerou a mesma como algo inconclusiva, pois mesmo no caso das obrigações de meios é possível afirmar que “*têm sempre em vista um fim*” específico que justificou a celebração do contrato, o qual deve ser considerado um elemento estrutural da obrigação e por outro lado, no caso das obrigações de resultado, é também possível afirmar que “*o próprio comportamento exigido ao devedor não abranja todo o esforço necessário para atingir o fim*”, o que levaria desde logo a um incumprimento da obrigação desde o início, caso não seja possível atingir o resultado só com a prestação do obrigado, pelo que a melhor classificação das obrigações ou das natureza das suas prestação, deveria atender ao fim da obrigação.

A crítica mostra-se certa, embora no dizer de Menezes Leitão⁽¹⁰⁾, haja que reconhecer algum interesse prático a esta classificação clássica de obrigação de meios e obrigação de resultado, pois a mesma permite distinguir a forma como é estabelecido o ónus da prova do incumprimento da obrigação, ou no dizer de Rui Ataíde⁽¹¹⁾, a forma como é estabelecido o

(7) RENÉ DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, Tome V, parte I, Librairie Arthur Rousseau, Paris, 1925, p. 536.

(8) COSTA, MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA, *Direito das Obrigações*, 12.^a ed., Almedina, 2022, p. 1039.

(9) SILVA, GOMES DA, *O dever de prestar e o dever de indemnizar*, Vol. I, AAFDL, 2020, pp. 206 e 233-247.

(10) MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Vol. I, 16.^a ed., reimpressão, 2022, p. 137.

(11) ATAÍDE, RUI PAULO COUTINHO DE MASCARENHAS, *Direito das Obrigações*, Vol. I, Gestlegal, 2022, p. 103.

regime da exoneração do respetivo incumprimento, pois enquanto nas obrigações cujo objeto da prestação é um resultado, bastará demonstrar a não verificação do mesmo para existir desde logo um incumprimento assacado ao devedor, enquanto nas prestações de meios, não basta demonstrar a não verificação do resultado, havendo ainda que demonstrar que diligência empregue pelo devedor no cumprimento da obrigação, não foi a devida, designadamente, por não ter empregue corretamente as leis da arte previstas para o tipo de contrato em causa.

Efetuada o apontamento sobre esta modalidade de classificação das obrigações, cumpre salientar que a prestação do mandatário forense tem sido caracterizada como uma obrigação de meios, por contraposição às obrigações de resultado, acentuando o estatuto da Ordem dos Advogados esta natureza da obrigação de meios, consagrando um dever de competência e disponibilidade permanente do mandatário para acompanhar o patrocínio com todos os seus conhecimentos (art. 98.º, n.º 2 EOA).

A jurisprudência tem também classificado a prestação a cargo do advogado como obrigação de meios, precisamente devido à previsão legal expressa do dever de competência e diligência, porquanto apenas os licenciados em direito poderão ser advogados, logo, apenas estes, com a sua especial qualificação, poderão praticar os atos inerentes a este tipo de mandato, desde a consulta jurídica, ao patrocínio forense, neste sentido, o Ac. STJ 04.02.2012⁽¹²⁾ onde se decidiu que “*No mandato forense, a prestação do mandatário insere-se nas denominadas obrigações de meios, em que o devedor apenas se obriga a praticar ou desenvolver determinada atuação, comportamento ou diligência com vista à produção do resultado pretendido pelo credor, atuação ou comportamento que, por vezes, relativamente a certas classes profissionais, se encontra regulamentado por estatutos próprios ou específicos*”.

O cumprimento defeituoso ou o incumprimento da obrigação no âmbito do contrato de mandato forense, à semelhança dos demais contratos, poderá ser assim gerador de responsabilidade civil, cumprindo analisar o modelo normativo de responsabilidade civil.

(12) STJ 04-02-2012 (Alves Velho) Proc. n.º 289/10.7. <www.dgsi.pt>.

II. O modelo normativo de responsabilidade civil do advogado

O modelo normativo de responsabilidade civil dos advogados em Portugal suscitou pequenas divergências sobre a sua natureza, que aqui referimos por apontamento histórico, tendo existido três posições publicadas a este respeito: os que consideram que a responsabilidade civil do advogado será sempre extracontratual, os que consideraram que será sempre contratual e os que consideram que poder ser mista, contratual ou extracontratual, elencando-se as mesmas num breve apontamento.

1. Responsabilidade civil extracontratual

Numa posição que classificamos como minoritária, representada por António Arnaut⁽¹³⁾, a responsabilidade civil do advogado assumirá sempre natureza extracontratual porquanto o eminente interesse público da advocacia e a regulação do seu estatuto em lei, determina que *“a responsabilidade civil decorrente do seu exercício só pode resultar da infração de deveres deontológicos estabelecidos”*, não podendo resultar da violação das obrigações previstas para o mandato civil, previstas no art. 1161.º do Cód.Civil, pois a fonte dos deveres jurídicos do advogado para com o cliente, são as normas deontológicas previstas atualmente nos arts. 99.º e 100.º da Lei n.º 145/2015, de 9 de setembro, que aprovou o Estatuto da Ordem dos Advogados.

Esta interpretação mereceu a crítica de que nem todas as normas existentes no Estatuto da Ordem são normas de proteção de interesses alheios, protegendo também interesses subjetivos das partes contratantes, pelo que não se poderá considerar a responsabilidade dos advogados como unicamente extracontratual, porquanto um facto danoso lesará vários tipos distintos de interesses.

(13) ARNAUT, ANTÓNIO, *Iniciação à Advocacia*, 3.ª ed., Coimbra Editora, 1996, pp. 115-119.

2. Responsabilidade civil contratual

Para outra posição que também podemos considerar minoritária, Abel Laureano⁽¹⁴⁾ e Guedes da Costa⁽¹⁵⁾, sustentam que a responsabilidade civil será sempre contratual, pois mesmo nos casos de nomeação oficiosa, no âmbito do sistema de acesso ao direito, “*não pode deixar de se exigir o mesmo conjunto de obrigações do patrono ou do defensor para com o patrocinado oficiosamente, pois a prestação de serviços pelo advogado está enformada pelas mesmas regras num e noutro caso*”, pelo que integrando tais normas o contrato, a responsabilidade civil teria sempre natureza contratual.

A referida interpretação foi também perfilhada por Furtado Sousa⁽¹⁶⁾, o qual sustenta por sua vez que os deveres impostos pelas normas deontológicas constituem uma série de deveres acessórios, que pela sua natureza imperativa, devem considerar-se inseridas na prestação principal, isto é, no contrato, conformando o dever de prestar e como tal integrando o contrato, mesmo nos casos de patrocínio oficioso, sendo qualquer incumprimento sempre um incumprimento contratual, não existindo espaço para a responsabilidade civil extracontratual.

Esta interpretação tem merecido a crítica inversa da teoria anterior, na medida que nem todas as normas existentes no Estatuto da Ordem envolvem a violação de direitos subjetivos, protegendo também interesses alheios aos das partes contratantes, designadamente, interesses públicos, pelo que não se poderá considerar a responsabilidade dos advogados como unicamente contratual, pois trata-se de uma profissão de eminente interesse público.

3. Responsabilidade civil mista

Para outra posição, que poderemos considerar maioritária, onde se incluem Moitinho de Almeida, Lebre de Freitas e Rui Ataíde, a responsabilidade civil do advogado será de natureza mista, ou seja, poderá assumir

⁽¹⁴⁾ LAUREANO, ABEL, *O Cliente e a independência do advogado*, Quid Juris, 2000, p. 61.

⁽¹⁵⁾ DA COSTA, ORLANDO GUEDES, *Direito Profissional do Advogado — Noções Elementares*, 7.^a ed., Almedina, 2010, p. 401.

⁽¹⁶⁾ FURTADO SOUSA, VÍTOR MANUEL, *A responsabilidade civil dos advogados pela violação de normas deontológicas*, Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Dissertação de Mestrado em Direito — Ciências Jurídicas-Privatísticas, Porto, julho 2014, pp. 43-44, ss.

a natureza contratual ou extracontratual consoante a fonte da obrigação da qual promane o dever de agir do advogado no caso concreto.

Deste modo, para Moitinho de Almeida⁽¹⁷⁾, a responsabilidade civil do advogado será mista, porquanto *“se o advogado não cumpre ou cumpre defeituosamente as obrigações que lhe advêm do exercício do contrato de mandato (ou inominado) que firmou com o constituinte, tacitamente ou mediante procuração, incorre em responsabilidade contratual para com ele; se o advogado praticou facto lesivo dos interesses do seu constituinte, já a sua responsabilidade civil para com o mesmo constituinte é extracontratual ou aquiliana”* pelo que na maior parte dos casos, segundo o mesmo autor, o lesado poderá invocar uma ou outra forma de responsabilidade, salvo nos casos das nomeações oficiosas no âmbito do sistema de acesso ao direito, na medida em que nesses casos, *“porque não há qualquer contrato, a responsabilidade civil do advogado é sempre e apenas a extracontratual”*, por emerge de um vínculo legal.

No mesmo sentido, Lebre de Freitas⁽¹⁸⁾, para quem *“são contratuais os deveres para com o cliente — e é contratual a responsabilidade decorrente da sua violação — que impendem sobre o advogado mandatado para a parte para o exercício do patrocínio ou para uma atividade extra-judicial, desde a consulta à elaboração de um contrato (...) Mas são extracontratuais os deveres do advogado oficioso (...). Delitual é também a responsabilidade decorrente da violação de deveres do profissional liberal para com a comunidade, os colegas e a respetiva Ordem ou associação profissional”*.

Mais recentemente, Rui Ataíde⁽¹⁹⁾, veio considerar que *“a responsabilidade do advogado pelos danos causados ao seu cliente por actos praticados no exercício da respetiva profissão é de natureza obrigacional e de índole subjetiva, salvo quando se verificam em relação à sua pessoa os pressupostos da responsabilidade civil objetiva do devedor por actos dos auxiliares, estabelecida no art. 800.º”*, mais afirmando o mesmo autor que *“a responsabilidade civil do advogado perante terceiros (v.g., outros advogados, a contraparte, o Tribunal ou a Ordem dos Advogados), a qual, como exorbita dos quadros do mandato forense, é, necessariamente, de cariz extra-obrigacional”*.

(17) DE ALMEIDA, MOITINHO, *Responsabilidade civil dos advogados*, 2.ª ed., Coimbra Editora, 1998, p. 11.

(18) LEBRE DE FREITAS, JOSÉ, *Estudos sobre Direito Civil e Processo Civil*, Coimbra Editora, 2002, p. 824.

(19) ATAÍDE, RUI PAULO COUTINHO DE MASCARENHAS, *Direito dos Contratos*, Gestlegal, p. 144.

A jurisprudência tendo vindo a aderir à posição que sustenta que a responsabilidade civil do advogado tem natureza mista, neste sentido, o Ac. STJ de 02.05.2019⁽²⁰⁾, decidiu que a definição da natureza da responsabilidade civil é uma questão de qualificação jurídica, pelo que “*A responsabilidade civil do advogado pela violação das normas deontológicas impostas pelo EOA, no âmbito da relação advogado-cliente, tem natureza contratual na medida em que tais normas constitutivas consubstanciam uma série de deveres acessórios que conformam e integram-se na prestação principal emergente do contrato de mandato forense*”, pelo que a responsabilidade civil do advogado é sempre contratual, mas “*se o ilícito consistir em conduta violadora de outros deveres — ou normais legais — não integradas especificamente no contrato de mandato forense, a responsabilidade civil do advogado para com o cliente pode ter natureza extra-contratual*”, designadamente, quando são lesados direitos de terceiros.

4. Os pressupostos da responsabilidade civil

Nos diversos ordenamentos jurídicos, a definição dos pressupostos da responsabilidade civil tem assumido contornos variáveis, tendo na doutrina nacional, no dizer de Menezes Cordeiro⁽²¹⁾, cada autor adotado o seu próprio sistema.

A definição variada dos pressupostos da responsabilidade civil na doutrina nacional, mereceu também o comentário de Pessoa Jorge⁽²²⁾, que efetuou uma recensão sobre as classificações dos pressupostos efetuada por Gomes da Silva, Manuel de Andrade, Galvão Telles, Vaz Serra, Pires de Lima e Antunes Varela, elencando pelo menos seis classificações, onde assinalou uma “*certa tendência para considerar pressupostos da responsabilidade civil o ato ilícito, o prejuízo, o nexo de causalidade e o nexo de imputação*”.

No dizer de Menezes Cordeiro⁽²³⁾, a generalidade da nossa doutrina assenta hoje “*na pentapartição, facto, ilicitude, culpa, dano e causalidade*” a qual é também utilizada pela jurisprudência.

⁽²⁰⁾ STJ 02-05-2019 (Rosa Tching) Proc. n.º 14647/14.4. <www.dgsi.pt>.

⁽²¹⁾ CORDEIRO, MENEZES, *Tratado de Direito Civil, VIII — Direito das obrigações, Gestão de negócios, Enriquecimento sem causa, Responsabilidade civil*, Almedina, 2020, reimpressão, p. 429, ss.

⁽²²⁾ JORGE, FERNANDO PESSOA, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, Almedina, 1999, p. 52.

⁽²³⁾ CORDEIRO, MENEZES, obra citada, p. 433.

A responsabilidade civil pode ser classificada como delitual ou extracontratual (art. 483.º do Cód.Civil) e como obrigacional ou contratual (art. 798.º do Cód.Civil), tendo o nosso legislador, nas palavras de Menezes Leitão⁽²⁴⁾, tratado separadamente estas duas categorias de responsabilidade civil, “*ainda que tenha sujeitado a obrigação de indemnização delas resultante a um regime unitário*” previsto no art. 562.º do Cód.Civil.

Os pressupostos da responsabilidade civil delitual serão assim: o facto voluntário do agente, a ilicitude, a culpa, o dano e o nexo de causalidade entre o facto e o dano.

Os pressupostos da responsabilidade civil obrigacional serão os mesmos, porquanto como bem salienta Menezes Leitão⁽²⁵⁾, da letra do art. 798.º do Cód.Civil “*resulta uma clara equiparação dos pressupostos da responsabilidade obrigacional aos pressupostos da responsabilidade civil delitual*”, sendo que no caso vertente, a problemática da perda de chance situa-se no âmbito do pressuposto do dano, pelo que iremos começar por analisar o modo do seu surgimento.

III. Evolução Histórica. O surgimento do dano da perda de chance

1. Direito Francês

A primeira vez que se admitiu o direito à indemnização do dano da perda de chance teve lugar em acórdão de 17 de julho de 1889, prolatado pela Chambre des Requêtes de la Cour de Cassation⁽²⁶⁾ da República Francesa, no âmbito do qual se terá atribuído uma indemnização ao cliente de um *huissier de justice*, que praticou um ato que veio a ser declarado nulo, e o mesmo convicto na validade daquele ato, não recorreu, o que prejudicou a possibilidade de vir a poder obter ganho de causa, tendo sido condenado a indemnizar o requerente, não pelo ganho de causa que não chegou a alcançar, mas pela possibilidade de por vir a ganhar a causa.

(24) MENEZES LEITÃO, LUÍS MANUEL TELES, *Direito das Obrigações*, 16.ª ed., 2022, Almedina, p. 278.

(25) MENEZES LEITÃO, LUÍS MANUEL TELES, obra citada, p. 348.

(26) <<https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k6144811b/f61.item.r=1889>>.

Porém, consultado o acórdão original no “*Bulletin des Arrêts de la Cour de Cassation en matière civile*” e lido o texto do mesmo, não se encontra no texto desse acórdão qualquer utilização da expressão “*perte de chance*”, mas apenas a alusão a «*préjudice éventuel*», o que no direito francês tem o significado de um prejuízo hipotético, razão pela qual alguns autores na doutrina francesa como François Chabas⁽²⁷⁾, sustentam que verdadeiramente, o emprego do conceito do dano da perda de chance com o sentido que hoje o conhecemos, apenas veio a suceder mais tarde com o acórdão de 26 de maio de 1932, da mesma *Chambre des Requêtes*.

Porém, tal interpretação veio a merecer a crítica recente de outros autores como Laura Vitale⁽²⁸⁾, que considerou redutor procurar surpreender uma exata expressão como a perda de chance, na aceção em que hoje é utilizada em acórdãos do século XIX, sendo que por esse critério, também já anteriormente, no acórdão de 25.06.1875 da *Cour d’Appel de Grenoble*, se tinha empregado a expressão “*chance de succès*”, ainda que sem o exato sentido do dano da perda de chance moderna, pelo que historicamente deve continuar a afirmar-se o acórdão de *Cass.Rqte* 17.07.1889 como o acórdão originário do conceito do dano de perda de chance.

Após a primeira aplicação do dano da perda de chance no domínio da responsabilidade civil dos advogados, a figura passou a ser aplicada a diversos domínios do comércio jurídico, designadamente o direito do trabalho, com a perda de chance de progressão profissional, tendo depois passado para o campo da medicina, através da decisão da *Cour d’Appel de Grenoble*, de 24.10.1962⁽²⁹⁾ onde surgiu a noção de perda de chance de cura ou sobrevivência “*perte d’une chance de guérison ou de survie*”, agora aplicada à responsabilidade civil médica.

A figura consolidou-se na ordem jurídica francesa, e segundo Mafalda Miranda Barbosa⁽³⁰⁾, o projeto de reforma da responsabilidade civil francês⁽³¹⁾, já prevê inclusivamente o acolhimento expresso desta

(27) CHABAS, F., *Gazette du Palais*, 24 août 2000, n.º 237, *Cent ans de responsabilité civile*, pp. 2-84.

(28) VITALE, LAURA, *La perte de chances en droit privé*, Bibliothèque de Droit Privé, Tome 602, LGDJ Extenso, p. 17.

(29) VINEY, GENEVIÈVE/JOURDAIN, PATRICE, *Les conditions de la responsabilité*, sous-collection *Traité de Droit Civil*, 4.ème ed., LGDJ Extenso, 2013, p. 229, ss.

(30) BARBOSA, MAFALDA MIRANDA, *Revista de Direito e Ciência Política*, n.º 11 (2018), Universidade Lusófona do Porto, *A Reforma Francesa da Responsabilidade civil — Breves Considerações em Sede Extracontratual*, pp. 2-29, p. 25.

(31) <https://www.justice.gouv.fr/publication/Projet_de_reforme_de_la_responsabilite_civile_13032017.pdf>.

figura no futuro art. 1238.º do Code Civile⁽³²⁾, que transcrevemos abaixo para conhecimento.

A circunstância da origem jurisprudencial desta figura se situar em França teve consequências etimológicas na escolha da denominação portuguesa para definir este dano, tendo a expressão perda de chance derivado da expressão “*perte de chance*”, que em francês quer significa possibilidade ou sorte, conceito na língua portuguesa, em nosso modesto entender, seria mais bem definido como oportunidade, devendo este tipo de dano denominar-se dano da perda de oportunidade, neste sentido, Menezes Leitão⁽³³⁾.

2. Direito Espanhol

No direito espanhol, Eduardo Pallarés⁽³⁴⁾ e Iñigo Clares considerarem que existem referências ao dano da perda de chance desde meados dos anos cinquenta no âmbito da responsabilidade civil do advogado, embora o conceito surja empregue nas decisões jurisprudenciais de uma forma que se confunda com o dano final, porém, a primeira aplicação conceito de “*dano de la perdida de oportunidad*” como hoje é conhecido no direito espanhol é referenciada como tendo ocorrido, no âmbito da responsabilidade civil médica, com o Ac. Supremo Tribunal de 10.10.1998⁽³⁵⁾, o chamado “*caso Frigo*”.

No caso tratado no âmbito deste aresto, um trabalhador da empresa espanhola de refrigeração Frigo, sofreu uma amputação parcial dos dedos da mão, e a enfermeira da empresa onde trabalhava, colocou o dedo numa caixa com gelo, o qual viria a derreter e a ser substituído por gelo seco, o que levou a que o dedo chegasse ao hospital num estado de extrema congelação, impedindo a sua reimplantação.

(32) Article 1238

Seule constitue une perte de chance réparable, la disparition actuelle et certaine d'une éventualité favorable. Ce préjudice doit être mesuré à la chance perdue et ne peut être égal à l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée.

(33) MENEZES LEITÃO, LUÍS MANUEL TELES, *Direito das Obrigações*, 16.ª ed., Almedina, p. 338.

(34) ASENSI PALLARÉS, E; CID-LUNA CLARES, I., *La evolución de la doctrina de la pérdida de oportunidad en responsabilidad médica*, Revista CESCO de Derecho de Consumo, núm 8, 2013, pp. 228-239.

(35) Sentença do Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1998, Sala Primera, recurso 1496/1994, ponente Gullón Ballesteros, disponível em <<https://vlex.es/vid/imposibilidad-introducir-cuestiones-nuevas-17745614>>.

O Supremo atribuiu uma indemnização pela perda de oportunidade de reimplantação do dedo, pois devido ao reduzido tempo entre o acidente e a assistência médica, a implantação teria sido possível.

Alguma doutrina jurídica espanhola discorda da classificação deste acórdão como o primeiro aresto que abordou o dano da perda de chance, porquanto apesar de abordar o conceito, aplica-o de forma igual ao dano final, sustentando esta opinião, Luíz Medina Alcoz⁽³⁶⁾, que considera que lido o acórdão, verifica-se que a amputação foi considerada como um dano emergente já verificado à data da lesão e que o lesado estava a padecer do sofrimento dessa lesão, pelo que o Supremo ao atribuir-lhe uma indemnização, indemnizou-o apenas pela perda do dedo e não pelo dano da oportunidade de reimplantação, pois caso se tratasse da aplicação do conceito da perda de chance, teria de ponderar as oportunidades de sucesso, e em lado algum da sentença isso é analisado.

No dizer de Luís Medina Alcoz⁽³⁷⁾, a perda de chance no direito espanhol como dano autónomo e distinto do dano final faz a sua apenas aparição mais tarde, também no âmbito da responsabilidade civil médica, referenciando o mesmo como tendo sido aplicado pela primeira vez, numa sentença da Audiência Nacional de 2002, onde se atribuiu uma indemnização pela perda da possibilidade de cura ou sobrevivência, tendo posteriormente, a admissibilidade da indemnização deste tipo de dano sido afirmado posteriormente em outras decisões.

3. Direito Alemão

No direito alemão, o dano da perda de oportunidade surgiu pela mão da doutrina, com Oehlert⁽³⁸⁾, pela primeira vez em 1908, no âmbito da responsabilidade civil do advogado, onde se considerou que a perda de oportunidade de se ganhar um processo judicial constitui um dano sofrido pelo

⁽³⁶⁾ ALCOZ, LUIS MEDINA, *La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado*, Civitas Editiones, SL, 2007, p. 205.

⁽³⁷⁾ ALCOZ, LUIS MEDINA, *Revista de Responsabilidade y Seguro, Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidade Civil e Seguro*, n.º 30, Segundo Trimestre, 2000, *Hacia una nueva teoría de la causalidade en la responsabilidade civil contratual (y extracontratual): La doctrina de la pérdida de oportunidad*, pp. 31-74 (41).

⁽³⁸⁾ OEHLERT, *Zur Frage der Beweislaster bei Entschädigungsklagen wegen Versäumung eines Rechtsmittels*, *Seuddert's Blatter* 73 (1908), pp. 740-743 *apud* GERALD MÄSCH, *Chance und Schadenn Jus Privatum* 92, Mohr Siebeck, p. 149.

cliente, ainda que de valor económico distinto do direito final a reconhecer, devendo presumir-se a possibilidade de ganho da ação.

Porém, esta tese foi desde logo rejeitada por Josef Eugen⁽³⁹⁾, que considerou não existir base legal para este tipo de dano, que seria uma espécie de dano presumido que não se encontra previsto na lei, que apenas prevê danos emergentes e lucros cessantes.

Na atualidade, a maioria da doutrina e jurisprudência não admite o dano da perda de chance, neste sentido, Helmut Koziol⁽⁴⁰⁾, sustenta que o dano da perda de oportunidade de ganho de um processo nunca pode ser considerado um dano, pois o Código Civil Alemão — (Bürgerliches Gesetzbuch — BGB) configura o dano em sentido subjetivo reportado a um prejuízo sofrido por um lesado e não objetivo como uma chance em geral, pelo que a perda de oportunidade, não poderia ser considerada como um dano autónomo desligado do dano final.

A jurisprudência alemã sustenta a não admissibilidade deste tipo de dano, com base numa interpretação, que poderemos chamar de restritiva da segunda parte do art. 252.º do BGB⁽⁴¹⁾, que prevê os lucros cessantes “*Entgangener Gewinn*” enquanto dano patrimonial, e que limita a reparação dos lucros cessantes àquilo que seria possível esperar de acordo com o normal curso dos acontecimentos, em particular de acordo com os preparativos e precauções tomadas, o que tem sido denominado de princípio do tudo ou nada (*Alles-oder-Nichts-Prinzip*).

A este propósito é citada a decisão do Oberlandsgericht (OLG) Frankfurt (Tribunal Superior Regional), que reconheceu uma indemnização pela perda de oportunidade a um arquiteto que viu o seu projeto ser excluído de um concurso municipal por ter apresentado um projeto fora de prazo, mas que posteriormente foi considerado como tempestivo tendo ocorrido uma conduta ilícita da administração, pelo que caso o seu projeto tivesse sido admitido, poderia ter tido oportunidade de ter ganho o concurso.

(39) EUGEN, JOSEF, *Zur Frage der Beweislust bei Entschädigungsklagen gegen Rechtsanwälte wegen Versäumung eines Rechtsmittels*, Seuddert's Blatter 75 (1910), pp. 20-26, *apud* Geral Mäsch, obra citada, p. 149.

(40) KOZIOL, HELMUT, *Schadenersatz für den Verlust einer chance?*, in GERHARD HOHLOCH/RAINER FRANK/PETER SCHLECHTRIEM, org. Festschrift für Hans Stoll zum 75 Geburtstag, Tübingen: Mohr Siebeck, 2001, pp. 233-250 (241).

(41) § 252 Lucros cessantes

O dano a indemnizar inclui também os lucros cessantes. O lucro cessante é considerado como o lucro que se poderia esperar com probabilidade segundo o curso normal dos acontecimentos ou segundo as circunstâncias particulares, nomeadamente em função das disposições e precauções adotadas.

Porém, a referida sentença acabou por ser revogada pelo Bundesgerichtshof (BGH) (Tribunal de Justiça Federal da Alemanha) no Ac.23.09.1982⁽⁴²⁾, por considerar que não existiria qualquer certeza de que caso o seu projeto tivesse sido admitido a concurso, teria sido o ganhador do concurso, pelo que não existindo umnexo causal entre a exclusão e o prejuízo final do sucesso concursal, pelo que não se poderá reconhecer a indemnização por um dano intermédio, como é o caso do dano da perda de chance.

Na atualidade, apenas dois autores se manifestam favoráveis a esta teoria, mas apenas em situações determinadas. Assim, o primeiro Gerald Mäsch⁽⁴³⁾, considera que a figura do dano da perda de chance “*tem o seu lugar naquelas situações em que a cadeia de causas que conduzem desde o erro ao possível dano final, não podem ser esclarecidas com suficiente certeza*”, pelo que deve considerar-se admissível a figura no âmbito da responsabilidade civil contratual, devido ao dever contratual específico existente a cargo de médicos e advogados de nos termos dos seus estatutos profissionais atuarem sempre em benefício da saúde ou interesses atendíveis do cliente nos termos da lei da arte, pelo que a violação desse dever poderá acarretar um dever de indemnizar pela frustração do uso de um meio possível, o que constitui um dano autónomo do dano final suscetível de ser indemnizado, mas todavia a possibilidade de indemnização de tal dano já não terá fundamento nos casos de responsabilidade extracontratual, pois a chance nesses casos não está especificamente prevista na lei.

O segundo autor, Holger Fleischer⁽⁴⁴⁾, também se manifesta favorável à admissibilidade da existência do dano da perda de chance quando ocorra a infração de um dever, cuja definição inclua a proteção da chance no fim da norma, mas apenas e desde que o ato omitido pudesse influenciar, em termos de nexode causalidade, a possibilidade de ganho da causa, pois não pode admitir-se o mesmo em abstrato, pois por exemplo, no caso da responsabilidade civil do advogado, nem todas as causas podem ser ganhas, pelo que nunca se poderá prescindir do nexode causalidade na avaliação deste tipo de dano, sob pena de se abrir portas à possibilidade de sobrecompensação, por danos que não integram umnexo causal entre o facto e o dano.

⁽⁴²⁾ BGW, NJW, 1983, 442, disponível em <<https://research.wolterskluwer-online.de/document/0e3feec3-594d-4f51-baba-0f98937ca7b4>>. Decisão comentada em GERALD MÄSCH, obra citada, p. 146.

⁽⁴³⁾ MÄSCH, GERALD, *Chance und Schaden*, Jus Privatum 92, Mohr Siebeck, p. 235.

⁽⁴⁴⁾ FLEISCHER, HOLGER, “Schadensersatz Für Verlorene Chancen Im Vertrags-Und Deliktsrecht.” *JuristenZeitung*, Vol. 54, n.º 15/16, 1999, pp. 766-75. JSTOR.

4. Direito Italiano

No direito italiano segundo Carla Miceli⁽⁴⁵⁾, a figura surgiu pela primeira vez pela mão de Piero Calamandrei⁽⁴⁶⁾, no comentário ao acórdão da Corte de *Cassazione del Regno 10 febbraio 1931*, onde a propósito de um advogado que deixou expirar um prazo de recurso, o tribunal decidiu que atento o caráter de incerteza que se caracteriza o desenrolar de um processo judicial, sujeito à valoração da prova, conduta da contraparte e interpretações perfilhadas pelo juiz, não seria indemnizável o “*danno di sucumbenza*”, tendo Calamandrei sustentado que nestes casos deveria construir-se um mecanismo de ressarcimento parcial do dano que fosse ligado à possibilidade estatística de obter ganho de causa, e que foi prejudicado por uma omissão culposa do advogado.

A opinião deu origem a um debate sobre a possibilidade de admissão da figura, que mais tarde surgiu sustentada por outros autores, como Adriano de Cupis⁽⁴⁷⁾, que rejeitou a perda de chance como uma possibilidade de lucro cessante, por lhe faltar a certeza, mas a propósito da análise da hipótese de responsabilidade civil de um advogado pela não instauração de um recurso no prazo legal, classificou a perda de chance como um dano atual e emergente, de frustração da *possibilità di vittoria*, o qual deveria ser ressarcido pela via da equidade, numa posição que começou a ser seguida pela jurisprudência.

A primeira sentença mencionada como tendo abordado o dano da perda de chance, novamente da exata expressão do conceito, foi o acórdão de 19.11.1983 da Sezione Lavoro da Corti di Cassazione⁽⁴⁸⁾, onde se decidiu ser indemnizável o dano da perda de oportunidade de um trabalhador, num concurso com várias provas sequenciais e eliminatórias, em que o trabalhador foi indevidamente impedido de continuar a participar, apesar de ter passado a prova, embora sustentando a sentença que o direito à indemnizar surgia com base na ofensa à boa-fé na execução dos contratos.

Todavia, segundo Anna Aprile/Ambra Fabris/Danielle Rodriguez⁽⁴⁹⁾, a primeira decisão jurisprudencial onde se aplicou o conceito do dano da

(45) MICELI, CARLA MARIA, *Il Danno della perdita di chance*, Università di Catania, 2013, p. 56.

(46) CALAMANDREI, PIERO, *Rivista di diritto processuale civile*, 1931, 4, II, *Limiti di responsabilità del legale negligente*, p. 260.

(47) DE CUPIS, ADRIANO, *Il danno*, Teoria Generale della Responsabilità Civile, Vol. Primo, Milano, 1979, pp. 300-301.

(48) APRILE, ANNA/FABRIS, AMBRA/RODRIGUEZ, DANIELLE, *Danno della perdita di chance nella responsabilità medica*, Padova University Press, 2014, p. 47.

(49) APRILE, ANNA/FABRIS, AMBRA/RODRIGUEZ, DANIELLE, obra citada, p. 49.

perda de oportunidade, tenha sido o acórdão de 19.12.1985 da mesma secção da Corti di Cassazione, onde num procedimento concursal com prova escrita e oral, o candidato foi impedido de prosseguir, o que lhe impediu a possibilidade de conseguir um resultado útil numa percentagem de 50%, o que foi reconhecido como um dano emergente imediato no seu património.

5. Direito Britânico

No direito britânico a figura do dano da perda de oportunidade surgiu pela primeira vez pela mão da jurisprudência, no caso *Chaplin vs Hicks*⁽⁵⁰⁾, em 1911, onde num concurso de beleza as candidatas foram admitidas a participar enviando fotografias suas, que depois eram publicadas no jornal e submetidas ao voto dos leitores, sendo selecionadas as 50 melhores candidatas para uma entrevista, porém, o organizador do concurso apenas entrevistou 12, não sendo uma das candidatas selecionadas entrevistada, a qual acabou por não ganhar o concurso, motivo pelo qual instaurou uma ação por incumprimento contratual, tendo o tribunal atribuído uma indemnização de 25% da percentagem do prémio final, por considerar que todas as participantes selecionadas, teriam uma chance de 1 em 4 de ganhar o concurso.

A segunda vez em que este tipo de dano foi abordado ocorreu em 1958, no caso *Hilda Kitchen vs Royal Air Force Association*⁽⁵¹⁾, onde na sequência da morte do marido, que faleceu eletrocutado, a Autora contratou um advogado para demandar a associação da força aérea com vista à obtenção de um fundo de auxílio, tendo o advogado apresentado a petição fora do prazo previsto para o reconhecimento do direito. O tribunal reconheceu que apesar de ação nunca ter sido proposta, face aquele que era o direito que assistia à Autora, caso o julgamento tivesse sido realizado, seria altamente provável a obtenção do fundo de auxílio pretendido, face aquelas que eram as condições previstas para a sua obtenção, pelo que a falha do advogado foi causal da perda de oportunidade de ganho do processo, pelo que se atribuiu uma indemnização de dois terços do valor da indemnização final peticionada, por se tratar de uma perda de ganho com uma possibilidade de pelo menos 50%, sendo o primeiro conhecido caso de “*lost litigation*” no direito britânico.

⁽⁵⁰⁾ *Chaplin v Hicks* [1911] 2 KB 786.

⁽⁵¹⁾ *Kitchen v Royal Air Force Association* [1958] EWCA Civ J0401-3.

As tentativas de estender o dano da perda de chance à responsabilidade civil médica não tiveram idêntico sucesso, por exemplo, no caso *Hotson vs East Berkshire Area Health Authority (1987)*^(52/53), o tribunal rejeitou o dano da perda de cura num caso em que o demandado tinha caído de uma árvore e partido o osso femoral esquerdo, tendo sido levado ao hospital que demorou quatro horas a efetuar o diagnóstico correto, ocorrendo uma necrose dos tecidos, provando-se que mesmo que o diagnóstico correto tivesse sido logo efetuado, sempre existiram de 75% de hipóteses da necrose se desenvolver, pelo que não se justificaria atribuir uma indemnização por uma possibilidade de cura de só 25%.

A dualidade da admissibilidade da indemnização da perda de chance nestes dois grupos de casos, segundo Helen Reece⁽⁵⁴⁾, tem levado a que jurisprudência anglo saxónica, continue ainda a discutir os pressupostos em que tal tipo de dano deve ser indemnizado.

Porém, no grupo de casos da responsabilidade civil do advogado, a admissibilidade da indemnização por este tipo de dano encontra-se consolidado, considerando-se inclusivamente que abrange as fases judiciais e não judiciais, assim, no caso *Allied Maples Group Ltd vs Simmons & Simmons (1995)*⁽⁵⁵⁾, o tribunal atribuiu uma indemnização por um conselho errado no âmbito de uma transação extrajudicial, o qual caso tivesse sido corretamente prestado, teria permitido uma possibilidade de negociação distinta, considerando o tribunal que não seria necessário demonstrar que o acordo final teria sido mais favorável, mas apenas de que existiria essa possibilidade real, atribuindo a indemnização, sendo o primeiro caso de *lost transaction*.

Recentemente, a jurisprudência tem continuado a sustentar a possibilidade de indemnização do dano da perda de chance no grupo de casos da *loss of chance by lost litigation*, sustentado a aplicação de uma margem de 50% como critério para considerar que ação tem probabilidades de êxito, neste sentido, todos os acórdãos de tribunais superiores posteriores, como o *Gregg v Scott [2005] 2 AC 176* e o *Perry v Raleys Solicitors [2019] UKSC 5* vieram reafirmar estes critérios de ponderação da seriedade da verificação da chance⁽⁵⁶⁾.

⁽⁵²⁾ *Hotson v Berkshire Area Health Authority [1987] AC 750*.

⁽⁵³⁾ REECE, HELEN, *Losses of Chances in the Law*, The Modern Law Review Limited 1996 (MLR 592. March), Blackwell Publishers, pp. 188-206, p. 189.

⁽⁵⁴⁾ REECE, HELEN, obra citada, p. 189.

⁽⁵⁵⁾ *Allied Maples Group v Simmons & Simmons [1995] 4 All ER 907*.

⁽⁵⁶⁾ Por todos, vide <<https://www.supremecourt.uk/cases/uksc-2017-0092.html>>.

IV. O dano da perda de chance em Portugal. Correntes doutrinárias

Em Portugal existem várias correntes doutrinárias publicadas sobre a admissibilidade e não admissibilidade da possibilidade de indemnização do dano da perda de chance, tendo-se verificado no início a predominância das correntes no sentido da não admissão, para agora ser maioritária a corrente da admissão, pelo que passamos de seguida a elencar as mesmas.

1. Não admissibilidade

A primeira corrente sustenta a não admissibilidade deste tipo de dano, assim, a primeira posição neste sentido, foi sustentada em 2007 por Paulo Mota Pinto⁽⁵⁷⁾, o qual sustenta que não existe base legal para o dano da perda de chance pois o mesmo nunca dispensa a verificação de um dano final ou a frustração de um fim, pelo que com a admissibilidade de indemnização deste tipo de dano, na prática está a impor-se uma indemnização pela elevação de um risco, que segundo o curso normal das coisas se desconhecia ser iria ou não produzi determinado resultado, pelo deverá sempre recusar-se a indemnização deste tipo de dano sob pena de *“transformação do lesante em garante da mera probabilidade de sucesso do lesado, concedendo, pois, a este mais do que a chance realmente representava, e, portanto, do que exige a justiça corretiva”*⁽⁵⁸⁾.

Deste modo, e seguindo o perto o referido autor *“no plano de jure condendo não parece que existe já entre nós base jurídico-positiva para apoiar a indemnização da perda de chance (...) Antes parece mais fácil percorrer o caminho da inversão do ónus, ou da facilitação da prova, da causalidade, e do dano com posterior redução da indemnização, designadamente por aplicação do art. 494.º do Código Civil, do que fundamentar a aceitação da “perda de chance” como tipo autónomo de dano, por criação autónoma do direito para a qual faltam apoios”*.

Mais recentemente, o mesmo autor, mesmo já confrontado com a evolução da jurisprudência em sentido favorável, continuou a sustentar a não admissibilidade deste tipo de dano, sustentando que parece *“claro que*

⁽⁵⁷⁾ PINTO, PAULO MOTA, *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*, Vol. II, Geslegal, 2023, p. 1103, ss., nota 3103.

⁽⁵⁸⁾ PINTO, PAULO MOTA, *Interesse Contratual (...)*, obra citada, nota 3103, p. 1106.

o legislador do Código Civil não fornece qualquer apoio nesse sentido, e, pelo contrário, parte da prova da existência de um dano certo (só admitindo a fixação pela equidade do seu valor exato)”⁽⁵⁹⁾.

Uma outra posição no sentido da recusa de admissibilidade da indemnização do dano da perda de oportunidade, é defendida por Menezes Cordeiro⁽⁶⁰⁾, o qual considera que não é possível “(...) a pretexto da perda de chance, chegar-se a uma situação que suprima o risco, de tal modo que o lesado fique numa posição mais favorável do que sucederia se a norma jurídica tem sido observada (...). Deste modo, ao indemnizar-se pela “perda de chance, dispensando com isso, a prova da causalidade, está-se a proceder a uma (re) distribuição do risco não prevista pela lei.”, como que transformando-se o lesante no garante da obtenção do resultado aleatório por parte do lesado, o que não se afigura admissível na lei portuguesa.

A resposta ao problema analisado pela teoria da perda de chance, segundo Menezes Cordeiro, deve colocar-se no âmbito da análise do fim do contrato, pois é possível afirmar que em todos os casos de perda de chance processual, existe uma hipótese mais ou menos ponderosa de conseguir uma vitória, sendo “justamente essa hipótese que leva o constituinte a contratar um advogado. Este, ao suprimi-la com o não-cumprimento do contrato, incorre em responsabilidade, não oferece dúvidas a causalidade: basta calcular o dano. Se as chances forem muito reduzidas, não cabe indemnização”.

Nesta perspetiva, o referido autor admite excecionalmente uma indemnização pela perda de chance, mas apenas nos casos em que a proteção dessa mesma chance possa estar abrangida nos fins do contrato, como é o caso do contrato de mandato forense, avançando com os seguintes pressupostos para a admissibilidade desse dano:

- a) Estar-se perante um erro profissional claro do mandatário forense e não, apenas a adoção de uma tática, ainda que controversa, sendo particularmente graves são as perdas de prazos: nenhuma estratégia o pode justificar;
- b) O erro deve ser aproveitado pela contraparte;
- c) O processo prejudicado deve ser razoável e ter uma probabilidade de êxito não inferior a 50%, devendo a indemnização ser calculada pela equidade (art. 566.º, n.º 3 Cód.Civil).

⁽⁵⁹⁾ PINTO, PAULO MOTA, *Perda de chance processual*, Direito Civil Estudos, Gestlegal, 2018, p. 783.

⁽⁶⁰⁾ CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Tratado de Direito Civil, XII, Contratos em Especial* (2.ª parte), Almedina, 2020, pp. 718 e 719.

Estes pressupostos não são coincidentes com os pressupostos estabelecidos pela doutrina que admite a indemnização pelo dano da perda de chance, e também não reconhece a autonomia do dano intermédio, motivo pelo qual esta posição doutrinal não pode ser inserida na corrente de admissibilidade condicionada, mas sim na corrente da não admissão.

2. Admissibilidade condicionada

A segunda corrente, apesar de não admitir em geral o ressarcimento da indemnização do dano da perda de chance, considera que o mesmo pode ser indemnizado em grupos de casos específicos.

Situa-se nesta corrente, a posição de Carneiro da Frada⁽⁶¹⁾, o qual afirma que o dano da perda de chance consiste num dano intermédio distinto do dano final, sendo nessa medida um dano autónomo, pois consiste numa vantagem que integra o património do lesado enquanto bem juridicamente suscetível de avaliação económica própria. Esta vantagem possível, é como que uma antecipação do “*prejuízo relevante em relação ao dano (apenas hipotético, vg. Ausência de cura, perda de concurso, do malograr das negociações por outros motivos), para cuja ocorrência se não pode asseverar um nexos de causalidade causal suficiente*”.

Porém, segundo o mesmo autor, se “*no plano contratual a perda de oportunidade pode desencadear responsabilidade de acordo com a vontade das partes (que erigiram essa “chance” a bem jurídico protegido pelo contrato)*”, já porém, “*no campo delitual esse caminho é bem mais difícil de trilhar: a primeira alternativa do art. 483.º, n.º 1, não dá espaço e, fora desse contexto, tudo depende da possibilidade de individualizar a violação de uma norma cujo escopo seja precisamente a salvaguarda da “chance”*”. A posição deste autor, apesar de distinta da de Menezes Cordeiro que não admite a autonomia do dano da perda de chance, tem consequências práticas semelhantes, ao apenas admitir este tipo de dano apenas no âmbito da responsabilidade civil contratual.

Também podemos considerar nesta segunda corrente, a posição de Rui Cardona Ferreira⁽⁶²⁾, que começa por rejeitar a admissibilidade em

(61) FRADA, MANUEL A. CARNEIRO DA, *Direito Civil — Responsabilidade Civil — O Método do Caso*, Almedina, 2010, p. 104.

(62) FERREIRA, RUI CARDONA, *A perda de Chance Revisitada (A propósito da responsabilidade do mandatário forense)*, Revista da Ordem dos Advogados, Ano 73, n.º 4, Out./Dez. 2013, Lisboa, pp. 1313 e 1323.

geral da possibilidade de indemnização deste tipo de dano, afirmando que “(...) *não existem razões, em face do nosso ordenamento jurídico, para sustentar uma posição favorável quanto à admissibilidade da configuração da perda de chance como dano patrimonial, emergente e autónomo*”, considerando, à semelhança de Menezes Cordeiro que nos encontraremos perante um problema de causalidade, quando afirma que “(...) *o que nos parece estar em causa é, afinal, um problema de incerteza quanto ao desenlace da sequência causal hipotética (que teria acontecido, se a chance não tivesse sido destruída) o que, obviamente, nos remete para o complexo (e inesgotável) tema da causalidade*”.

Porém, o mesmo autor admite “(...) *que este modo de ver apenas poderá encontrar aplicação nos domínios da responsabilidade civil por danos não patrimoniais e, em especial, no domínio da responsabilidade civil por ato médico*.”, com vista a auxiliar o estabelecimento do nexo de causalidade, em termos semelhantes aos da teoria da conexão do risco, tendo em conclusão⁽⁶³⁾ de obra mais recente, e em desenvolvimento deste raciocínio admitido a indemnização do dano da perda de chance, mas reportado apenas ao dano da perda de cura ou sobrevivência.

Situamos também no âmbito desta segunda corrente a posição de Júlio Vieira Gomes⁽⁶⁴⁾, o qual sustenta que a indemnização do dano da perda de chance “(...) *não representa uma mera revisão do conceito de dano e uma ampliação deste, mas constitui antes uma rutura, mais ou menos «camuflada», com a conceção clássica da causalidade*”, sendo que no seu entender, “*a mera perda de chance não terá virtualidades para fundamentar uma pretensão indemnizatória*”, em particular quando seja invocada para introduzir uma noção de causalidade probabilística, ou facilitar o ónus da prova a cargo do lesado.

No dizer deste autor, a autonomização dogmática do dano da perda de chance não se afigura adequado para resolver o problema, sendo mais adequado o caminho da inversão do ónus da prova, no caso das atividades em que é difícil de estabelecer um nexo de causalidade entre o facto e o dano.

Contudo, o mesmo autor permite a existência de “*um espaço ou dimensão residual*” para a admissibilidade de indemnização pelo dano da perda de chance, nos casos em que a chance já se densificou o suficiente

(63) FERREIRA, RUI CARDONA, Revista de Direito Civil, Ano II (2017), n.º 1, *A perda de chance na responsabilidade civil por ato médico*, 131-155, p. 155.

(64) GOMES, JÚLIO VIEIRA, *Sobre o dano da perda de chance*, Direito e Justiça, Vol. XIX, Tomo II, 2005, 9-47, pp. 25 e 38.

para se poder referir a uma “*quase propriedade*”, na esfera jurídica do lesado ou um quase bem jurídico de tal forma que se possa considerar existir um lucro cessante suficientemente certo, para que a fixação do seu montante possa ser feita pelo tribunal recorrendo à equidade, o que considera preferível à quantificação com base em probabilidades, negando em qualquer caso autonomia a este tipo de dano.

3. Admissibilidade

A primeira posição no sentido da admissibilidade deste tipo de dano surgiu pela primeira vez pela mão de Jaime Cardoso de Gouveia⁽⁶⁵⁾, em 1932, na sua obra sobre responsabilidade civil contratual, expendendo que “*Os casos que maior dificuldade oferecem são aqueles em que a lesão consistiu em se haver feito perder ao ofendido a sorte ou álea que este tinha de obter certo ganho ou de evitar determinado prejuízo*”, assim, “*a primeira vista parece que o prejuízo é hipotético e de modo nenhum certo, que não dá, por isso, base para a responsabilidade civil. Por outro lado, afigura-se que houve um prejuízo certo: a perda da sorte, da chance. Em verdade, a perda da sorte resulta certa, mas o que é mister é determinar o valor que tem esta álea*”, a qual caso tivesse valor, seria nessa medida, indemnizável.

A segunda posição surgiu em 1989, pela mão de Jorge Sinde Monteiro⁽⁶⁶⁾, o qual na sua tese de doutoramento admitiu a indemnização do dano da perda de chance desde que sejam respeitados os pressupostos ou requisitos estabelecidos pela doutrina francesa para que uma chance fosse considerada consistente, os “*garde-fous*”, sustentando que a indemnização deste tipo de dano não se pautará pelo “*(...) princípio da indemnização integral, (...) os juízes devem ter em conta tanto a existência como o grau de álea que afecta a realização da chance perdue*”, devendo antes ser fixando uma indemnização que tenha em conta um valor intermédio.

A terceira posição aparece em 2004, pela mão de João Álvaro Dias⁽⁶⁷⁾, o qual entende que “*a perda de chance é um dano tão digno de indemniza-*

⁽⁶⁵⁾ CARDOSO DE GOUVEIA, JAIME AUGUSTO, *Da Responsabilidade Contratual*, Lisboa, 1932, Seara Nova, edição de Autor, p. 95.

⁽⁶⁶⁾ SINDE MONTEIRO, JORGE FERREIRA, *Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações*, Almedina, Coimbra, 1989, p. 97.

⁽⁶⁷⁾ DIAS, JOÃO ANTÓNIO ÁLVARO, *Dano Corporal — Quadro Epistemológico e Aspetos Ressarcitórios*, Almedina, 2004, p. 252.

ção como qualquer outro”, sendo a chance num bem juridicamente avaliável, cuja perda produz um dano atual e ressarcível, embora não se possa prescindir dos demais requisitos da responsabilidade civil para a sua indemnização, designadamente, a certeza do dano e o nexo de causalidade adequada entre o facto e o dano.

A quarta posição surge pela mão de Rute Teixeira Pedro⁽⁶⁸⁾, em 2005 no âmbito da responsabilidade civil médica, onde pela primeira vez são referenciados de forma esquematizada os pressupostos da figura do dano da perda de chance e admitida a sua autonomia enquanto dano, embora concluindo a referida autora que “(...) a transposição para o ordenamento português do dano da perda de chance como um dano tradutor de uma lesão à «integridade do património» merecerá fortes objeções, já que, entre nós, não há uma norma tuteladora do património em geral”, porém, face à relevância da figura “tal não constituirá, automática e necessariamente, um obstáculo intransponível ao reconhecimento da relevância ressarcitória à perda de chance” na medida em que exista “(...) a violação de uma norma legal ou de um vínculo obrigacional pré-constituído, que conceda proteção (directa) àqueles interesses” existe em vários estatutos profissionais.

No dizer da referida autora, a possibilidade de indemnização do dano da perda de chance permite indemnizar processos causais visando a obtenção de um “efeito final benéfico, mas de consecução incerta”, pelo que a referida figura deverá ser admitida, embora não se deva prescindir da verificação dos demais requisitos da responsabilidade civil, e de um conjunto de pressupostos específicos que “impedirão um excessivo alargamento da tutela reparatória que esta figura proporciona”, que a mesma analisa de forma inovadora na sua obra.

Em 2010 Patrícia Cordeiro da Costa⁽⁶⁹⁾, veio reforçar os argumentos desta corrente considerando que o conceito de dano se caracteriza pela sua plasticidade, sendo uma construção que está em constante evolução, assim, “A chance ou oportunidade perdida merece a tutela do direito porque, à data da lesão, integra o património jurídico do lesado (património económico e património moral), sendo suscetível de avaliação económica e jurídica. Assim, a perda da chance é ressarcível por consubstanciar a

(68) PEDRO, RUTE TEIXEIRA, *A Responsabilidade Civil do Médico, Reflexões Sobre a Noção de Perda de Chance e a Tutelado Doente Lesado*, Centro de Direito Biomédico, n.º 15, Coimbra Editora, 2008, pp. 214, 459-461.

(69) CORDEIRO DA COSTA, PATRÍCIA, *Causalidade, Dano e Prova, A incerteza na responsabilidade civil*, Almedina, 2020, reimpressão, p. 139.

lesão da integridade daquele património — património entendido como uma soma de todos os valores juridicamente protegidos”.

Por sua vez, também o nexo causal entre o facto e o dano é estabelecido, pois “o dano que se indemniza não é o dano final, mas o dano avançado constituído pela perda de chance” assim se superando as críticas da primeira corrente que afirmam que este tipo de dano vem apenas tentar resolver problemas decorrentes da falta de nexo de causalidade.

Em 2011 Nuno Santos Rocha⁽⁷⁰⁾, veio sustentar que “a figura da “perda de chance” terá de ser considerada uma nova espécie de dano reparável, desde que seja obviamente preenchidos todos os pressupostos necessários ao nascimento da obrigação de indemnizar”, o que não provocaria qualquer “mácula no conceito tradicional de causalidade dado que a vítima sempre teria que provar que a conduta do lesante terá sido condição necessária para a sua perda de oportunidade de obter uma vantagem ou de ter conseguido evitar um prejuízo”. A perda de chance deve assim ser considerada como uma nova espécie de dano, constituindo uma probabilidade economicamente valorável, pelo que “quando a chance se apresente como séria e real, será portadora de um valor per se, e poderá ser considerada como um bem jurídico autónomo pertencente ao património do lesado”.

Contudo, reconhece o mesmo autor, que para que possamos admitir à luz do ordenamento português, a ressarcibilidade do dano da perda de chance, devemos conseguir consubstanciar as chances como bens jurídicos tuteláveis, seja no plano contratual, o que sucederá, sempre que as partes escolham essa chance como um fim do contrato, como seja o caso do mandato forense, e no plano delitual, como que haveria uma extensão da tutela conferida ao bem jurídico final, e a chance seria um embrião dessa tutela.

Em 2014 Vera Lúcia Raposo⁽⁷¹⁾, também considerou que o dano da perda de chance ou oportunidade perdida constitui um verdadeiro dano autónomo, distinto dos demais, que se deve considerar como dano atual e não futuro, para evitar a classificação de oportunidades hipotéticas ou eventuais como chances, e que não se sabe se podem ou não vir a ser perdidas, sendo ainda indemnizável numa percentagem de indemnização correspondente ao dano final. Mais sustenta a referida autora, que “a perda de

(70) ROCHA, NUNO SANTOS, *A «Perda de Chance» Como uma Nova Espécie de Dano*, Almedina, 2011, reimpressão, p. 91, ss.

(71) RAPOSO, VERA LÚCIA, *Em Busca da Chance Perdida, o Dano da Perda de Chance, Em Especial na Responsabilidade Médica*, Revista do Ministério Público, n.º 138, Ano 35, abril-junho 2014, pp. 11, 16, 21.

chance não deve ser entendida como uma aceitação da causalidade probabilísticas. O nexos causal, mantém o mesmo grau de certeza requerido pelo entendimento clássico da teoria da causalidade adequada na sua versão de conditio sine qua non, pois a probabilidade não diz respeito à existência do nexos causal, mas sim à probabilidade de obter a vantagem perdida ou de evitar o prejuízo ocorrido”.

Em 2017, Mafalda Miranda Barbosa⁽⁷²⁾, embora admitindo que a solução do tudo ou nada da doutrina alemã lhe pareça mais preferível do que a teoria da perda de chance, afirmou que *“Simplesmente, em vez de negarmos o ressarcimento dessas hipóteses — por não verificação do requisito — ou de nos quedarmos na busca de uma probabilidade superior a 50%, sem a qual a causalidade não se verificaria, olhamos para a elevação do risco entendido sob o prisma da assunção de uma esfera de responsabilidade e respondemos ao problema da prova da relação dita causal em sentido diverso do tradicionalmente cogitado.”*, pelo que se bem compreendemos a posição da referida autora, a mesma admite a ressarcibilidade da indemnização deste tipo de dano.

Em 2018, Luís Menezes Leitão⁽⁷³⁾, naquela que até ao momento foi a posição dogmaticamente mais bem elaborada sobre a admissibilidade do dano da perda de chance, rebateu os argumentos da primeira corrente e defendeu que a perda de oportunidade deveria ser admitida como um dano emergente, porquanto *“(...) a oportunidade corresponde a um benefício já adquirido pelo lesado, de que este vem a ser privado, benefício esse que se deve calcular com base nas probabilidades de realização da oportunidade”*.

A probabilidade de verificação da oportunidade deve ter um requisito de seriedade, pelo que *“deverá assim exigir-se que essa oportunidade tenha uma probabilidade de verificação superior a 50%, não se admitindo que oportunidades com uma percentagem de sucesso inferior sejam indemnizáveis”*, sob pena de ser de verificação ser meramente hipotética ou incerta.

Quanto ao cálculo da indemnização, esta deverá ser *“fixada com base na determinação das possibilidades que a oportunidade tinha de se verificar, nunca devendo ser concedida mesmo perante fortíssimas probabilidades, mais do que uma indemnização parcial”*, pois o valor da oportu-

(72) BARBOSA, MAFALDA MIRANDA, *Lições de Responsabilidade Civil*, Princípiã, 2017, p. 335, 2.º parágrafo da nota 720.

(73) MENEZES LEITÃO, LUÍS, *A perda de oportunidade como dano no direito português. Responsabilidade civil cinquenta anos em Portugal, quinze anos no Brasil*, Vol. II, Instituto Jurídico, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, abril 2018, pp. 150 e 151.

tunidade não é idêntico ao valor do dano final, que corresponderia ao valor do sucesso da mesma, pelo que “oportunidades com uma percentagem de sucesso inferior não são indemnizáveis”(74) devendo sempre ser graduada pelo juiz, segundo critérios de equidade, nos termos do art. 566.º, 3 do Cód.Civil.

Por sua vez, em 2018 Henrique Antunes(75), veio considerar que o dano da perda de oportunidade será indemnizável desde que quanto a ele se verifiquem os requisitos da responsabilidade civil, pois se o dano tivesse sido evitado pelo comportamento exigível ao lesante em grau de probabilidade equivalente ao que a aplicação do art. 563.º reconhece, é um prejuízo indemnizável nos termos gerais e se o tiver sido “(...) num patamar inferior a tal nível probabilístico, haverá uma violação ao direito de livre desenvolvimento da personalidade (art. 26.º, n.º I CRP e art. 70.º, n.º I do Cód.Civil), o que constitui um facto ilícito que causa um dano não patrimonial, relevante e autónomo, sempre que, em razão da oportunidade perdida, a privação mereça a tutela do direito. Recebe o lesado, uma compensação definida pela equidade”.

Mais recentemente, em 2022 também Rui Ataíde(76), veio pronunciar-se no sentido da admissibilidade de ressarcimento do dano da perda de chance, sustentando que “a perda de chance é um prejuízo reparável segundo os processos gerais de imputação”, não implicando a sua admissão qualquer dispensa da prova da causalidade, pois “entre a atuação do profissional e a supressão da chance, existe uma relação de indiscutível certeza causal”, o que satisfaz a existência de imputação de acordo com a teoria da causalidade adequada e que é distinta da relação causal que seria efetuada com o dano final.

Mais afirmou ainda o referido autor, de forma inovadora, que o dano da perda de chance tanto pode ser patrimonial, como não patrimonial, tudo “dependendo da natureza do dano final”, sendo a maior dificuldade deste tipo de dano a sua quantificação, a qual deverá obedecer a critérios de equidade, dado corresponder a prejuízos de carácter indeterminado, pelo que deverá ser arbitrada pelo juiz no seu prudente arbítrio.

(74) LEITÃO, LUÍS MENEZES, *Direito das Obrigações*, Vol. I, 16.ª ed., Almedina, 2022, p. 740.

(75) ANTUNES, HENRIQUE SOUSA, *Comentário do Código Civil, Direito das Obrigações*, Universidade Católica, 2018, comentário ao art. 563.º, p. 559.

(76) ATAÍDE, RUI PAULO COUTINHO DE MASCARENHAS, *Direito das Obrigações*, Vol. I, Gestlegal, 2022, p. 408.

V. Evolução jurisprudencial do dano da perda de chance

1. As primeiras decisões

O primeiro acórdão do Supremo Tribunal de Justiça que apreciou o dano da perda de chance, veio referenciado por Menezes Leitão⁽⁷⁷⁾ como sendo o Ac. STJ de 09.02.2006⁽⁷⁸⁾, onde no âmbito de um ação de incumprimento de um contrato-promessa, se apreciou se a diferença entre o preço (superior) previsto no contrato-promessa e o preço (inferior) pelo qual o terreno acabou por ser vendido a terceiro devido ao incumprimento, poderia ser considerado como uma chance de lucro cessante indemnizável, tendo a decisão sustentado que *“Uma vez que o ordenamento jurídico português não reconhece as indemnizações punitivas, não se vê que o dano “perda de chance” seja sequer indemnizável à luz da ordem jurídica vigente”*, para depois se afirmar que com o incumprimento do contrato *“(…) a Autora não conseguiu alcançar o lucro que legitimamente esperava, nada garantindo que a oportunidade negocial que se abriu com a celebração do contrato-promessa viesse a repetir-se”*, pelo que *“a perda da oportunidade de venda do imóvel nas condições estipuladas no contrato promessa traduz-se num prejuízo cujo ressarcimento se impõe”*, embora tal indemnização não possa coincidir com a diferença entre os preços de aquisição previstos, havendo que ser encontrado através do recurso à equidade.

O segundo aresto foi o Ac. STJ de 22.10.2009⁽⁷⁹⁾, onde no âmbito de um concurso público de professores, um dos professores viu a sua candidatura não ser considerada, no âmbito de uma omissão ilícita provocada por um professor membro do júri com quem mantinha um mau relacionamento, tendo o tribunal considerado que não seria de admitir a indemnização pela perda de oportunidade, por esta figura não relevar entre nós, por contrariar o princípio da certeza dos danos e da causalidade adequada, por o dano da perda de oportunidade de ganho do concurso ser imprevisível.

(77) MENEZES LEITÃO, LUÍS, *A perda de oportunidade* (...), obra citada, p. 148.

(78) STJ 09-02-2016 (Moitinho de Almeida) Proc. n.º 06B016. <www.dgsi.pt>.

(79) STJ 22-10-2009 (João Bernardo) Proc. n.º 409/09.4. <www.dgsi.pt>.

2. A perda de chance processual

No que diz respeito à perda de chance processual, a jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça pesquisável no motor de busca oficial (<www.dgsi.pt>) apenas começa a assinalar resultados objetivamente pesquisáveis sobre o descritor «perda de chance processual» a partir do ano de 2009, com cerca de 31 resultados assinaláveis, embora tenha sido possível encontrarmos jurisprudência deste Tribunal Superior mencionando o dano da perda de chance noutros grupos de casos, com data anterior mas que não surgem na consulta do descritor, como por exemplo as que citámos acima.

O reconhecimento da admissibilidade da indemnização pelo dano da perda de chance processual foi no início hesitante, demonstrando a influência das posições de não admissibilidade.

O primeiro aresto pesquisado foi o Ac. STJ de 29.04.2010⁽⁸⁰⁾, onde num caso em que o advogado deixou um recurso ficar deserto por falta de entrega das alegações, o Supremo rejeitou a admissibilidade de atribuir uma indemnização pelo dano da perda de chance processual, por se considerar não demonstrada a causalidade entre a falta de apresentação das alegações e a perda de oportunidade de ganho do recurso, considerando que o sucesso de um recurso é sempre aleatório por depender das opções jurídicas, doutrinárias e jurisprudenciais dos julgadores chamados a apreciar a causa, optando antes pela atribuição de uma indemnização por danos não patrimoniais graves, face à tristeza do mandante com o sucedido, na medida em que a situação podia configurar-se como sendo um incómodo de gravidade superior ao incómodo irrelevante.

Porém, no mesmo ano, surgiu o Ac. STJ de 28.09.2010⁽⁸¹⁾, onde num caso numa impugnação judicial de despedimento pelo trabalhador, o advogado da entidade patronal apresentou a contestação fora de prazo, a qual foi desentranhada e a entidade patronal condenada a pagar uma indemnização ao trabalhador. O Supremo considerou que o advogado com a sua conduta “(...) retirou ao seu cliente a possibilidade de se defender naquela ação, de ver apreciados os seus argumentos, as suas razões e as provas que os suportariam”, sendo que a defesa é um bem jurídico compreendido nos fins do contrato, pelo que “nenhuma dúvida existirá quanto ao nexo de causalidade adequada existente entre a conduta omissiva e o

⁽⁸⁰⁾ STJ 29-04-2010 (Sebastião Póvoas) Proc. n.º 2622/07.0. <www.dgsi.pt>.

⁽⁸¹⁾ STJ 28-09-2010 (Moreira Alves) Proc. n.º 171/2002. <www.dgsi.pt>.

dano ou prejuízo sofrido pela A. em consequência da dita omissão”, devendo ser reconhecida a atribuição de uma indemnização pelo dano da perda de chance processual, que se arbitra no valor de 50% do dano final, tendo em conta as iguais oportunidades de perda ou ganho para casa parte.

No mesmo mês e no mesmo ano, surge o Ac. STJ de 26.10.2010⁽⁸²⁾, onde um advogado deixou caducar o direito à impugnação do despedimento coletivo por não ter proposto a ação no prazo de 90 dias, tendo o Supremo considerado que apesar de o trabalhador ter perdido a oportunidade de reclamar uma indemnização, não se pode considerar que a perda de chance seja um dano patrimonial indemnizável, pois não está verificado o nexo de causalidade adequada entre a omissão do Réu e o dano invocado da possibilidade de poder obter uma indemnização, rejeitando a atribuição de qualquer indemnização.

No ano seguinte, foi tirado o Ac. STJ 10.03.2011⁽⁸³⁾, onde um advogado não pagou atempadamente a taxa de justiça devida para apresentação de embargos de execução, motivo pelo qual os mesmos foram rejeitados perdendo o lesado o direito de apresentar oposição à execução, o que motivou uma ação contra o advogado. O Supremo considerou que *“a perda de chance só poderá ser valorada em termos de uma “possibilidade real” de êxito que se frustrou”* e que *“a chance quando credível é portadora de um valor de per si, sendo a respetiva perda passível de indemnização”*, não pelo valor do direito que se pretendia fazer valor, mas por uma quantia a arbitrar de acordo com a equidade no caso concreto.

Em sentido oposto, no ano seguinte, surgiu o Ac. STJ de 29.05.2012⁽⁸⁴⁾, onde um advogado deixou ficar deserto um recurso por falta de apresentação de alegações e não deduziu atempadamente oposição a uma injunção num outro processo, tendo o Supremo rejeitado a atribuição de uma indemnização por considerar que o dano de ganhar ou perder a ação era um dano futuro que não se mostra previsível, sendo de verificação incerta, eventual ou hipotética, e a nossa lei civil *“(…) exige a certeza dos danos indemnizáveis e a existência do nexo de causalidade entre eles e a conduta do lesante”*, sendo a tese de difícil admissibilidade no nosso direito, pelo que rejeitou a atribuição de uma indemnização.

A partir de 2012, a corrente minoritária da jurisprudência que considerava admissível a indemnização do dano da perda de chance processual começou a trabalhar um conceito que denominou de densificação da

(82) STJ 26-10-2010 (Azevedo Ramos) Proc. n.º 1410/04.0. <www.dgsi.pt>.

(83) STJ 10-03-2011 (Távora Victor) Proc. n.º 9195/03.0. <www.dgsi.pt>.

(84) STJ 29.05.2012 (João Camilo) Proc. n.º 8972/06.5. <www.dgsi.pt>.

chance, e que visava apurar a consistência jurídica da pretensão perdida, com vista a ultrapassar o obstáculo da falta de certeza, com vista a poder considerar admissível a atribuição de uma indemnização pelo dano da perda de chance.

É exemplo desta jurisprudência o Ac. STJ de 18.10.2012⁽⁸⁵⁾, onde num caso em que um advogado não apresentou uma contestação dentro do prazo, o cliente foi condenado a pagar uma indemnização e a restituir um imóvel que tinha ingressado na sua propriedade por via de um contrato anulado, tendo o Supremo considerado que se desconhecia, porque não foi alegado, se a posição do cliente tinha alguma possibilidade de vencimento, pelo que a chance de ganho de causa invocada, não se mostra suficientemente densificada, não podendo a perda de chance alegada ser considerada como juridicamente relevante sob pena de se cair no arbítrio do julgador, motivo pelo qual rejeitou a atribuição de indemnização pelo dano da perda de chance.

O Ac. STJ de 05.02.2013⁽⁸⁶⁾, analisou profundamente, pela primeira vez, o dano da perda de chance, distinguindo-o entre a mera perda de oportunidade genérica ou imperfeita e a perda de oportunidade qualificada ou acima do limiar da certeza da causalidade, que deve ser considerada como uma chance séria, a qual constitui um dano certo e presente pois trata-se de uma possibilidade atual e não de um resultado futuro, cabendo também, nos casos de perda de chance processual, efetuar um “*juízo dentro do juízo*” ou “*trial within the trial*” para verificar se praticado o ato (omitido), seria possível, em termos de verosimilhança, um desfecho diferente.

Só caso tal juízo conduza a um resultado positivo é que poderá ser indemnizado o valor da oportunidade perdida que deve, todavia, ser entendida como uma espécie de dano avançado e não como um dano igual ao do benefício esperado ou resultado final, devendo nessa medida o dano da perda de chance ser considerado como um dano autónomo e indemnizável.

Para encontrar o montante da indemnização, haverá que efetuar uma tarefa de dupla avaliação, avaliando primeiro o resultado final, e em seguida fixar-se o grau de probabilidades de obtenção da vantagem ou evitar o prejuízo, sendo a percentagem aí encontrada, o valor da indemnização a atribuir pela perda da chance, por referência ao resultado final.

No caso deste acórdão, o advogado não apresentou o requerimento de meios de prova dentro do prazo legal e mudou de domicílio profissional sem comunicar ao processo, o que levou a 1.^a instância a considerar apenas

(85) STJ 18-10-2012 (Serra Batista) Proc. n.º 5817/09.8. <www.dgsi.pt>.

(86) STJ 05.02.2013 (Hélder Roque) Proc. n.º 488/09.4. <www.dgsi.pt>.

os meios de prova produzidos pela Autora, o que levou à condenação da Ré. O Supremo considerou que apesar da omissão da Ré, não seria possível concluir que esta caso tivesse sido apresentado o rol de testemunhas iria obter ganho de causa, existindo uma probabilidade de 50% para cada uma das partes, pelo que a indemnização nunca poderia abranger a totalidade da quantia peticionada, fixando uma indemnização correspondente a metade do valor em que a Ré foi condenada.

A partir de 2013 e após o influente acórdão anterior, podemos afirmar que ocorreu uma inversão de jurisprudência e a admissibilidade da indemnização do dano da perda de chance passou a ser a corrente predominante na jurisprudência do Supremo, que admitiu o mesmo como um dano autónomo e indemnizável, ainda que sujeito a determinados critérios, como o da densificação da chance, que exige uma probabilidade de verificação de 50%.

Assim, já no âmbito desta corrente, o Ac. STJ de 30.05.2013⁽⁸⁷⁾, onde um advogado no âmbito de um recurso interposto não apresentou as respetivas alegações levando a que o mesmo fosse julgado deserto, tendo o Supremo considerado que não foi feita prova da possibilidade de ganho, pois é da experiência comum que muitos dos recursos não tem probabilidade de ganho, pelo que a referida perda de chance não se encontrava suficientemente densificada para permitir fundar o direito a uma indemnização.

O critério do julgamento dentro do julgamento, começou também a ser mais frequentemente utilizado, neste sentido, o Ac. STJ de 09.07.2015⁽⁸⁸⁾, onde um advogado não apresentou tempestivamente o rol de testemunhas numa oposição à execução para entrega de coisa certa. O Supremo considerou que a não apresentação do rol de testemunhas e a não produção de prova no âmbito do incidente não era relevante para alterar o direito dos executados que já estava definido na ação principal, pois face à falta de pagamento de rendas provada na ação principal, o arrendatário sempre teria de entregar a casa ao exequente, pelo que não existiria um mínimo de probabilidade de êxito da causa, pelo que efetuando o “*julgamento dentro do julgamento*”, a probabilidade da solução defendida na ação não era viável, tendo por esse motivo a indemnização sido rejeitada.

Sob a égide do mesmo relator, dois anos mais tarde, surgiu o Ac. STJ de 30.11.2017⁽⁸⁹⁾, onde um advogado no âmbito de um processo de expropriação, não interpôs recurso da sentença final que atribuiu uma indemnização ao expropriado, mas com base num índice de construção inferior ao

(87) STJ 30-05-2013 (Serra Batista) Proc. n.º 2531/05.7. <www.dgsi.pt>.

(88) STJ 09-07-2015 (Tomé Gomes) Proc. n.º 5105/12.2. <www.dgsi.pt>.

(89) STJ 30-11-2017 (Tomé Gomes) Proc. n.º 12198/14.6. <www.dgsi.pt>.

que era defendido pelo expropriado, que pretendia uma indemnização superior pela expropriação de uma parcela de terreno.

A Relação tinha considerado que face à área do terreno da parcela que não foi considerada pela sentença de 1.ª instância, deveria considerar-se que o terreno teria um índice de construção superior e que como tal, seria elevado o grau de probabilidade de o expropriado receber uma indemnização superior, pelo que a omissão processual do advogado prejudicou a chance de o expropriado obter uma indemnização superior, fixando uma indemnização adicional coincidente com o valor da área de terreno omitida na sentença de 1.ª instância.

O Supremo considerou que “(...) *será de aceitar que uma vantagem perdida por decorrência de um evento lesivo, desde que consistente e séria, ou seja com elevado índice de probabilidade, possa ser qualificada como um dano autónomo, não obstante a impossibilidade absoluta do resultado tido em vista. (...) Em suma, afigura-se razoável aceitar que a perda de chance se pode traduzir num dano autónomo existente à data da lesão e portanto qualificável como dano emergente, desde que ofereça consistência e seriedade, segundo um juízo de probabilidade suficiente, independente do resultado final frustrado. (...) Para tanto, importa fazer o chamado “julgamento dentro do julgamento”, não propriamente no sentido da solução jurídica que pudesse ser adotada pelo tribunal da presente ação sobre a matéria da causa em que ocorreu a falta, mas sim pelo que possa ser considerado como altamente provável que tribunal da ação em que a defesa ficou prejudicada viesse a decidir. (...) O ónus da prova de tal probabilidade impende sobre o lesado, como facto constitutivo que é da obrigação de indemnizar”.*

Após esta consideração, o Supremo decidiu que qualquer pretensão construtiva estaria sempre limitada pelo índice do plano diretor municipal em 0,2 pelo que não se poderia atribuir à parcela uma área de construção superior e logo não ficou suficientemente demonstrado a probabilidade de sucesso do recurso deixado de interpor, rejeitando a atribuição de indemnização e alertando o aresto para que apreciação da possibilidade de sucesso da perda de chance processual, é “*uma questão de facto que extravasa os fundamentos do recurso de revista, embora se admita que possa envolver erros de direito sobre a apreciação da prova ou em sede do quadro normativo aplicável, estes sim passíveis de serem sindicáveis em sede de revista*”.

Um ano depois, o Ac. STJ de 17.05.2018⁽⁹⁰⁾, num caso em o advogado não apresentou uma petição inicial de reclamação de créditos hipote-

(90) STJ 17-05-2018 (Maria da Graça Trigo) Proc. n.º 236/14.7. <www.dgsi.pt>.

cários no tribunal correto, nem fez acompanhar a mesma de documentos, o que motivou uma rejeição da petição inicial da qual não reclamou, nem corrigiu com a propositura no tribunal correto, o Supremo seguindo expressamente a orientação estabelecida no anterior acórdão por nós mencionado, considerou no âmbito do dano da perda de chance processual, *“desde que se prove, desse modo indiciário, a consistência de tal vantagem ou prejuízo, ainda que de feição hipotética mas não puramente abstrata, terá de se reconhecer que ela constitui uma posição favorável na esfera jurídica do lesado, cuja perda definitiva se traduz num dano certo contemporâneo do próprio evento lesivo”*. Deste modo, o Supremo considerou que poderia afirmar-se com toda a certeza, que caso não se tivesse dado da omissão de apresentação da petição inicial da reclamação de créditos, o credor hipotecário veria os seus créditos graduados com primazia perante os outros credores, o que lhe permitiria receber, pelo menos em parte, o seu crédito pelo produto da venda do imóvel, pelo que com a perda dessa possibilidade sofreu um dano de perda de chance processual, o qual deve ser apurado em sede de liquidação de sentença.

No mesmo ano, o Ac. STJ de 05.07.2018⁽⁹¹⁾, também tirado pela mesma relatora do aresto anterior, num caso de impugnação de deliberações sociais pelos sócios de uma sociedade, em que um advogado não recorreu de uma sentença desfavorável à sociedade, o Supremo considerou que não se pode acompanhar o raciocínio da Relação de considerar à partida que todas os recursos têm um ganho de causa provável de 50% e atribuir uma indemnização nessa proporção por referência ao resultado final, havendo que analisar da probabilidade, consistente e séria, de no caso concreto, o direito prejudicado poder ou não vir a realizar-se, para só depois, vir a fixar o quantitativo da indemnização, cujo *quantum* deve ser fixado equitativamente, considerando que naquele caso concreto, a probabilidade de ganho de causa tinha a consistência suficiente para se considerar como uma posição favorável na esfera da lesada, devendo por isso a perda de chance invocada ser ressarcível, atribuindo uma indemnização fixada de acordo com a equidade.

No mesmo sentido, o Ac. STJ 14.03.2019⁽⁹²⁾ onde um advogado deduziu articulado de contestação com reconvenção, mas não apresentou o rol de testemunhas e deu duas faltas à audiência de julgamento sem nunca informar o cliente, que acabou por ser condenado a final. O Supremo con-

(91) STJ 05-07-2018 (Maria da Graça Trigo) Proc. n.º 2011/15.2. <www.dgsi.pt>.

(92) STJ 14-03-2019 (Helder Almeida) Proc. n.º 2743/13.0. <www.dgsi.pt>.

siderou que efetuando um “*juízo dentro do juízo*” e analisada a prova que não foi possível fazer valer naquela ação, cuja apreciação não se mostrou possível de conhecer em sede de recurso de revista e também não foi conhecida na Relação, a mesma não se mostra revestida da necessária plausibilidade ou verosimilhança que permitisse considerar a chance de ganho de causa como credível, permitindo evitar a condenação e a obtenção de uma indemnização, admitindo contudo a fixação de uma indemnização por danos não patrimoniais, atento o estado de perturbação do lesado provocado pelo incumprimento contratual do contrato de mandato forense.

Em sentido semelhante, o Ac. STJ de 30.05.2019⁽⁹³⁾, onde um advogado não apresentou contestação numa ação levando a que a matéria de facto alegada pelo Autor fosse provada e o cliente condenado, ficando demonstrado o nexo de causalidade entre aquela conduta omissiva e a condenação. O Supremo considerou que o incumprimento do advogado privou o cliente do exercício do direito de defesa, que constitui um bem jurídico tutelado pelo contrato de mandato forense, e logo da chance de evitar um prejuízo com a condenação na presente ação, pese embora o advogado não estivesse obrigado a evitar a perda da ação uma vez que se trata de uma obrigação de meios e não de resultado. Deste modo tendo em causa a situação dos autos, é de considerar uma probabilidade de chance processual de 50% pelo que o dano da perda de chance deverá ser considerado com a consistência necessária, para que a sua perda seja indemnizada, devendo a indemnização ser fixada de acordo com a equidade.

Curiosamente, no mesmo dia, mas em processo distinto, o Ac. STJ 30.05.2019⁽⁹⁴⁾, onde um advogado não apresentou a ação judicial de impugnação do despedimento em prazo, tendo posteriormente sido apresentada contestação com dedução da exceção de caducidade do direito, a qual foi julgada procedente, e que levou à absolvição da entidade empregadora do pedido. O Supremo considerou que apesar de o “*juízo dentro do juízo*” ser uma matéria de facto que pertence às instâncias, poderá apreciar-se um eventual erro de direito na apreciação das referidas provas, como parece ter sucedido no caso concreto, onde foram desvalorizados os argumentos do trabalhador, pelo que caso a referida ação não tivesse sido instaurada fora do prazo, haveria toda a probabilidade de se obter ganho de causa, o que determinaria uma indemnização pelo dano

⁽⁹³⁾ STJ 30-05-2019 (Rosa Tching) Proc. n.º 6720/14.5. <www.dgsi.pt>.

⁽⁹⁴⁾ STJ 30-05-2019 (Tomé Gomes) Proc. n.º 22174/15.6. <www.dgsi.pt>.

da perda de chance processual, razão pela qual se ordenou a descida do acórdão à Relação, para reponderar da probabilidade de sucesso e da indemnização por perda de chance processual.

No mesmo ano, o Ac. STJ de 10.09.2019⁽⁹⁵⁾, onde um advogado em representação de um trabalhador instaurou uma ação declarativa de condenação contra uma entidade patronal, mas omitiu o pedido de pagamento das remunerações intercalares e não interpôs recurso da decisão desfavorável dentro do prazo legal, o Supremo considerou que a Relação ao condenar o causídico a suportar o um valor como uma indemnização pela perda de chance equivalente ao valor dessas remunerações, sem antes efetuar um julgamento dentro do julgamento e analisar se a possibilidade de obtenção dessas remunerações era consistente e séria, cometeu um erro de julgamento, pois o ressarcimento por perda de chance, encarado como uma nova e autónoma espécie de dano, não visa indemnizar a perda do resultado querido, antes e apenas a oportunidade perdida enquanto um direito em si mesmo violado com uma conduta ilícita.

Deste modo, não ficou demonstrada que apesar do erro técnico, a perda da probabilidade de obtenção desses valores fosse devida ao advogado, pois ainda que tal pedido tivesse sido efetuado, o mesmo não seria procedente, absolvendo o advogado e a seguradora do pedido.

A partir de 2019 a jurisprudência do Supremo passou a considerar-se como praticamente unânime, sendo o conceito aplicável de forma uniforme em vários arestos, como o Ac. STJ de 23.04.2020⁽⁹⁶⁾, onde se refere que *“De acordo com a jurisprudência consolidada deste STJ, afigura-se razoável aceitar que a perda de chance se pode traduzir num dano autónomo existente à data da lesão e portanto qualificável como dano emergente, desde que ofereça consistência e seriedade, segundo um juízo de probabilidade suficiente, independente do resultado final frustrado; e, no que à perda de chance processual respeita, importa saber se o hipotético sucesso do desfecho processual (...) assume um padrão de consistência e de seriedade que (...) se revela suficientemente provável para o reconhecimento do dano”*.

O mesmo veio mencionado no Ac. STJ de 21.01.2021⁽⁹⁷⁾, onde se refere que: *“Para fazer operar a responsabilidade civil contratual por perda de chance processual, impõe-se, perante cada hipótese concreta, num primeiro momento, averiguar, da existência, ou não, de uma probabi-*

(95) STJ 10-09-2019 (Graça Amaral) Proc. n.º 1052/16.7T8. <www.dgsi.pt>.

(96) STJ 23-04-2020 (Maria da Graça Trigo) Proc. n.º 34545/15.3. <www.dgsi.pt>.

(97) STJ 21-01-2021 (Ilídio Sacarrão Martins) Proc. n.º 1314/17.6. <www.dgsi.pt>.

lidade, consistente e séria (ou seja, com elevado índice de probabilidade), de obtenção de uma vantagem ou benefício (o sucesso da acção ou do recurso) não fora a chance perdida, importando, para tanto, fazer o chamado “julgamento dentro do julgamento”, atentando no que poderia ser considerado como altamente provável pelo tribunal da causa”.

3. O Acórdão de Uniformização de Jurisprudência n.º 2/2022

Após esta data, a única flutuação da jurisprudência do Supremo sobreveio apenas surge mencionada no âmbito dos acórdãos que levaram à emissão do Ac. (AUJ) STJ n.º 2/2022⁽⁹⁸⁾ de 26.01.2022 no âmbito do qual se confrontaram duas supostas correntes jurisprudenciais distintas visando apurar a questão de saber se *“numa acção de responsabilidade civil por perda de chance processual é ou não suficiente fazer prova da violação (que se presume culposa) dos deveres contratuais a que o mandatário forense está adstrito para que o autor tenha direito a ser indemnizar pelo dano da perda de chance”*.

A primeira corrente, mencionada no acórdão fundamento, o Ac. STJ de 05.02.2013⁽⁹⁹⁾, sustentou que para a verificação do dano da perda de chance processual é suficiente fazer prova da violação dos deveres contratuais, para que a indemnização por este tipo de dano seja admitida, cabendo à contraparte, a prova da inexistência de qualquer probabilidade de sucesso da acção.

A segunda corrente, mencionada no acórdão recorrido, o Ac. STJ de 23.04.2020⁽¹⁰⁰⁾, que por sua vez evoca a fundamentação de outro aresto, o Ac. STJ de 30.11.2017⁽¹⁰¹⁾, no qual se sustentou que para além da violação, presumivelmente culposa, dos deveres contratuais a que o mandatário forense está adstrito, é também necessária a prova de uma probabilidade consistente e séria do sucesso da acção patrocinada pelo mesmo mandatário, cabendo essa prova ao autor que invoca o direito à indemnização.

O acórdão uniformizador formou jurisprudência pela segunda corrente, sustentando que *“(…) o argumento da intrínseca incerteza relativa do desfecho dum processo judicial, não pode passar sempre incólume,*

⁽⁹⁸⁾ STJ 26-01-2022 (António Barateiro Martins) Proc. n.º 34545/15.3. <www.dgsi.pt>.

⁽⁹⁹⁾ STJ 05-02-2103 (Hélder Roque) Proc. n.º 488/09.4. <www.dgsi.pt>.

⁽¹⁰⁰⁾ STJ 23-04-2020 (Maria da Graça Trigo) Proc. n.º 34545/15.3. <www.dgsi.pt>.

⁽¹⁰¹⁾ STJ 30-11-2017 (Tomé Gomes) Proc. n.º 12198/14.6. <www.dgsi.pt>.

mas a sua responsabilização tem que respeitar, sem voluntarismos, a segurança jurídica e ser rodeada dos necessários cuidados, não podendo prescindir, como se referiu, da imposição ao lesado do ónus de provar — seja fácil ou difícil — a verificação do dano (a consistência e seriedade da concreta chance processual comprometida), a suficiente probabilidade (no referido limiar mínimo) de obtenção de ganho de causa no processo em que foi cometida a falta pelo mandatário forense”.

Foi deste modo fixada jurisprudência no sentido de que para haver dano da perda de chance suscetível de indemnização, não basta a prova da conduta ilícita do advogado, pois a verificação do ilícito não contém já em si o dano a indemnizar, carecendo também de se provar também a existência de um dano à probabilidade de sucesso da ação, sendo que este dano, *“O dano da perda de chance processual, fundamento da obrigação de indemnizar, tem de ser consistente e sério, cabendo ao lesado o ónus da prova de tal consistência e seriedade”.*

Procurando apreciar o AUJ, cumpre salientar que analisado o acórdão fundamento de 05.02.2013 (Hélder Roque), verifica-se que o mesmo considerou as probabilidades de êxito da ação no seu raciocínio conceptual, o que consiste precisamente no pressuposto da aferição da seriedade do dano, referindo *“(…) atendendo a que não se pode estabelecer o grau de probabilidade da amplitude do êxito da ação, sem afastar, inclusive, a sua improcedência, com base na equidade, que é agora o critério de referência do estabelecimento da indemnização por equivalente a ter em conta, fixa-se o mesmo em 50%, para cada uma das partes”*, pelo que, a nosso ver, mostra-se injusta a crítica que ao mesmo foi apontada no acórdão uniformizador.

Logo, seremos forçados a concordar com o voto de vencido da Conselheira Maria Clara Sottomayor, que aqui se assinala pela pertinência, quando afirma que *“(…) quer o acórdão fundamento, quer o acórdão recorrido, exigem a seriedade do dano da perda de chance e um grau de probabilidade elevada de sucesso no “julgamento do julgamento” para estarmos perante um dano de perda de chance indemnizável”*, pelo que a presente fixação não incide verdadeiramente sobre uma contradição jurisprudencial, sendo de certo modo, dispensável, uma que vez que o Supremo Tribunal de Justiça, já efetuou por mérito próprio uma evolução considerável na sua jurisprudência, desde que começou a analisar a figura do dano jurídico da perda de chance.

O caráter indemnizável do dano da perda de chance deve considerar-se assim como consolidado no âmbito da jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça.

VI. Os pressupostos da perda de chance

Como acima se mencionou, a propósito da evolução da jurisprudência, a indemnização do dano da perda de chance não dispensa a verificação dos pressupostos da responsabilidade civil, que carecem de se mostrar preenchidos no caso concreto (art. 483.º Cód.Civil), porém, este tipo de dano apresenta também características próprias para a sua verificação, que a doutrina francesa estabeleceu como os seus “*garde-fous*”, e que poderemos considerar como pressupostos ou características, devendo a chance, para ser indemnizável ser: autónoma, aleatória e séria, compreendendo-se neste último requisito a sua consistência.

1. A autonomia

O dano da perda de chance deve ser considerado como um dano intermédio e autónomo, consistindo numa possibilidade de vantagem que integra o património do lesado enquanto bem suscetível de avaliação económica própria, distinto e autónomo do dano do resultado final a que se dirige ou propicia, detendo um valor económico próprio, neste sentido, o Ac. STJ de 10.03.2011⁽¹⁰²⁾ “*a chance, quando credível, é portadora de um valor de per se, sendo a respetiva perda passível de indemnização*”.

Porém, para Maria Malta Fernandes⁽¹⁰³⁾, em certos grupos de casos a quantificação deste dano apenas pode ser aplicado através de um juízo de prognose póstuma, assumindo o dano da perda de chance nesses casos, no dizer da referida autora, um caráter de autonomia meramente relativa, no sentido de que “*só conhecendo o valor do dano final se torna possível, (...) saber qual o valor a atribuir à chance em si e conseqüentemente, aferir qual a indemnização a prestar ao lesado*”.

Atento a autonomia do dano da perda de chance, o seu valor de indemnização nunca poderá ser idêntico ao do dano da perda do resultado final, o que levanta problemas de cálculo da indemnização.

⁽¹⁰²⁾ STJ 10-03-2011 (Távora Victor) Proc. n.º 9195/03.0. <www.dgsi.pt>.

⁽¹⁰³⁾ FERNANDES, MARIA MALTA, *A Perda de Chance no Direito Português*, Nova Causa, 2022, p. 223.

2. A atualidade ou consistência

O dano da perda de chance deve ser considerado como um dano emergente, presente e atual, no sentido de que já existe no património do lesado no momento em que o ato ilícito é praticado.

A perda de chance é assim a perda de uma possibilidade atual e não futura, neste sentido, o Ac. STJ de 05.02.2013⁽¹⁰⁴⁾, onde se expendeu que: *“a «chance» ou oportunidade perdida merece a tutela do direito porque, à data da violação ilícita, integra o património jurídico do lesado, o seu património económico e moral, sendo ressarcível por consubstanciar um dano certo onde acaba por emergir a perda de uma possibilidade atual e não de um resultado futuro”*.

No mesmo sentido, o Ac. STJ de 30.11.2017⁽¹⁰⁵⁾, *“em suma, afigura-se razoável aceitar que a perda de chance se pode traduzir num dano autónomo existente à data da lesão e, portanto, qualificável como dano emergente, desde que ofereça consistência e seriedade, segundo um juízo de probabilidade suficiente, independente do resultado final frustrado”*.

O caráter da atualidade ou consistência do dano, permite também distinguir o mesmo dos lucros cessantes, que são as expetativas de ganho já sedimentadas no património à data de lesão, bem como dos danos futuros, que serão aqueles que já se provou que irão ocorrer no futuro, apenas faltando a sua quantificação.

Segundo Rui Ataíde⁽¹⁰⁶⁾, cumpre também salientar que, o dano da perda de chance, enquanto dano emergente, *“tanto pode constituir um dano patrimonial como não patrimonial, tudo dependendo da natureza do dano final”*, ou seja, a perda de uma chance de ganhar um processo poderá implicar um dano patrimonial, caso com o mesmo se fosse obter o direito a um bem patrimonial, como uma indemnização ou pagamento de uma renda, ou um dano não patrimonial, caso com a falta de recurso de uma decisão penal, o arguido veja prejudicado o seu direito ao bom nome e reputação.

⁽¹⁰⁴⁾ STJ 05-02-2013 (Hélder Roque) Proc. n.º 488/09.4. <www.dgsi.pt>.

⁽¹⁰⁵⁾ STJ 30-11-2017 (Tomé Gomes) Proc. n.º 12198/14.6. <www.dgsi.pt>.

⁽¹⁰⁶⁾ ATAÍDE, RUI PAULO MASCARENHAS, *Direito das Obrigações*, Vol. I., Gestlegal, p. 409.

3. A aleatoriedade

Ao dano da perda de chance pressupõe uma álea ou uma incerteza no sentido de que a probabilidade da verificação do resultado final ainda não se apresenta como certa à data do dano, mas aparece como altamente potencial, no âmbito de um processo causal em curso, pois se o resultado for certo, já não estaremos perante o dano intermédio da chance, mas sim perante o dano certo do resultado final.

Com efeito, se for possível estabelecer um nexo causal direto entre a lesão e o resultado final, o lesado terá direito à indemnização, não pelo dano da perda de chance, mas pelo dano da frustração do resultado final.

François Chabas⁽¹⁰⁷⁾, distingue claramente, a propósito da álea do dano da perda de chance, que a mesma não se confunde com o mero risco de aumento ou incremento da possibilidade de um determinado resultado se verificar ou não.

No dizer de Rute Teixeira Pedro⁽¹⁰⁸⁾, “*a chance constitui, assim, apenas um elemento intermédio de uma sucessão de eventos que se dirigem (ou não: não se saberá) a um (outro) resultado final.*”, sobre o qual não é certa a sua ocorrência, abandonando todavia a referida autora, a característica da neutralidade da chance sustentada em obra anterior⁽¹⁰⁹⁾, onde defendida que álea não deveria poder indicar se se ia verificar-se num sentido, ou no outro. Ainda segundo a mesma autora, esta (álea) incerteza tem de ser exógena, do próprio processo causal e não depender da vontade das partes, sob pena de se estender indevidamente o dano da perda de chance a situações de risco que as partes poderiam ter evitado, por exemplo: os efeitos secundários de uma intervenção cirúrgica.

⁽¹⁰⁷⁾ CHABAS, FRANÇOIS, *La perte d'une chance en droit Français*, Colloque Développements récents du droit de la responsabilité civil, publications du centre d'études européennes, Genève, 1991, p. 131, ss.

⁽¹⁰⁸⁾ PEDRO, RUTE TEIXEIRA, *Novos olhares sobre a responsabilidade civil*, Lisboa, Centro de Estudos Judiciários, 2018, Reflexões sobre a noção de perda de chance à luz da jurisprudência, pp.185-198 (199).

⁽¹⁰⁹⁾ PEDRO, RUTE TEIXEIRA, *A Responsabilidade Civil do Médico, Reflexões Sobre a Noção de Perda de Chance e a Tutelado Doente Lesado*, Centro de Direito Biomédico, n.º 15, Coimbra Editora, 2008, p. 209.

4. A seriedade

A seriedade da chance visa satisfazer o requisito da certeza do dano, no âmbito do qual se considera que só quando exista uma probabilidade séria de obtenção da vantagem ou de evitar o prejuízo, é que nos encontraremos perante uma chance merecedora de tutela jurídica.

A chance não pode ser assim uma probabilidade meramente subjetiva, sob pena de ser uma mera expectativa, devendo a sua concretização poder demonstrada objetivamente, nisto consistindo a sua característica de seriedade ou realidade, no sentido de que efetivamente existe.

O lesado deverá assim demonstrar que o resultado que esperava vir a obter ou a evitar, tinha uma probabilidade forte de acontecer, sendo que para apurar a força dessa verificação, a doutrina tem vindo a estabelecer regras, assim, para Menezes Leitão⁽¹¹⁰⁾, inspirado na regra anglo-saxónica, *more probable than not*, deve ser estabelecido um patamar mínimo de probabilidades de 50% para a verificação da chance, enquanto, para outros como Luís Medina Alcoz⁽¹¹¹⁾, deve ser estabelecido um patamar de cerca de 80% de possibilidades.

Porém, deve reconhecer-se a objeção de Durval Ferreira⁽¹¹²⁾, ao estabelecimento de um patamar de probabilidade tão elevado, na medida em que caso seja estabelecida uma probabilidade superior a 80% “*não assumirá relevância a sua inclusão na categoria jurídica autónoma do “dano de perda de chance”, pois a sua ressarcibilidade “já resultará da aplicação da teria tradicional da “causalidade adequada na sua formulação positiva”*”.

Também para Rui Ataíde⁽¹¹³⁾, o critério a seguir para estabelecer a seriedade da chance deverá passar pelo estabelecimento de uma percentagem mínima de sucesso, quando afirma que “*a perda de oportunidade de ganho da lide deve ser real e séria e não apenas meramente abstrata*”, sugerindo também um critério de “*probabilidade de êxito superior a 50%*”.

Por sua vez, Rute Teixeira Pedro⁽¹¹⁴⁾ sustenta que apurar a seriedade da chance através da fixação quantitativa de uma percentagem não será sempre o método adequada, sustentando uma fixação em função do grupo de casos em causa, pois no caso de perda de hipóteses de cura, devem tam-

(110) MENEZES LEITÃO, LUÍS, *A perda de oportunidade como dano no direito português*, ..., p. 151.

(111) ALCOZ, LUÍS MEDINA, obra citada, p. 48.

(112) FERREIRA, DURVAL, *Dano da perda de chance*, 3.ª ed., Vida Económica, p. 177.

(113) ATAÍDE, RUI PAULO MASCARENHAS, *Direito dos Contratos*, Gestlegal, 2022, p. 149.

(114) PEDRO, RUTE TEIXEIRA, obra citada, p. 202.

bém considerar-se relevantes as chances de menor probabilidade, contanto que não sejam escassas ou insignificantes, pois está em causa a saúde e a vida humana, nisto podendo consistir uma nova característica de pessoalidade da chance, a qual poderia variar consoante o lesado e o grupo de casos.

No grupo de casos da perda de chance processual e para aferição do nexu causal, é também exigido uma operação prévia de “*juízo dentro do julgamento*”, para verificar em que medida o ato omitido interferiu na produção do resultado final, o qual se mostra necessário para estabelecer o nexu causal entre o ato omitido e a probabilidade perdida, aferindo-se em seguida da seriedade da verificação da mesma, critério que tem sido seguido por toda a jurisprudência, que internacional, quer nacional, neste sentido, o Ac. STJ de 09.07.2015⁽¹¹⁵⁾, “*haverá, pois, que fazer o chamado julgamento dentro do julgamento, não no sentido da solução jurídica que pudesse ser adotada pelo tribunal da presente ação sobre a matéria da causa que ocorreu a falta, mas sim pelo que possa ser considerado como altamente provável que o tribunal da ação em que a defesa ficou prejudicada viesse a decidir*”.

O mesmo aresto citado qualifica este juízo da “causa dentro da causa” bem como da aferição das probabilidades como uma operação de facto, pelo que se nos afigura que não será um facto conclusivo, dar como provado que o ato concretamente omitido foi causa adequada da afetação das probabilidades de êxito da ação.

Deste modo, uma vez apurado que o ato omitido foi adequado a determinar a perda da probabilidade favorável, haverá então que verificar se essa probabilidade, seria passível de se verificar em mais de 50% ou não.

O Ac. (AUJ) STJ n.º 2/2022 de 26.01.2022, veio por sua vez reiterar a essencialidade do requisito da seriedade para o conceito da perda de chance, estabelecendo a necessidade de prova do mesmo, como elemento de facto considerando que “*O dano da perda de chance processual, fundamento da obrigação de indemnizar, tem de ser consistente e sério, cabendo ao lesado o ónus da prova de tal consistência e seriedade*”.

(115) STJ 09-07-2015 (Tomé Gomes) Proc. n.º 5105/12.2. <www.dgsi.pt>.

5. Ónus da prova

O ónus da prova deve entender-se que compete ao lesado, nos termos da regra geral do art. 342.º do Cód.Civil, pelo que sobre ele recairá o ónus dos requisitos de consistência e seriedade, cuja perda consubstanciará o dano a ressarcir, neste sentido, também o Ac. (AUJ) STJ 2/2022, supracitado.

6. O cálculo da indemnização

Para maioria da doutrina e jurisprudência, a indemnização do dano da perda de chance deve ser calculada com base na equidade, nos termos do art. 566.º, n.º 3 do Cód.Civil, intervindo a seriedade da chance apenas na admissibilidade do direito à indemnização, o que tem a vantagem de se adaptar aos vários tipos de chance processual, neste sentido, o recente Ac. STJ de 09.03.2022⁽¹¹⁶⁾ onde se decidiu que: “(...) o *quantum indemnizatório* não será determinado de acordo com critérios matemáticos, mas segundo a equidade, uma vez que a teoria da diferença não é adaptável ao dano “avançado” da perda de chance”.

Contudo, para Rute Teixeira Pedro⁽¹¹⁷⁾, haveria que efetuar uma operação aritmética em três etapas: primeiro apurar-se-ia o estado em que o lesado se encontra por ter visto frustrado o seu direito, isto é o dano final e qual o valor reparatório adequado a indemnizar esse dano; segundo apreciar-se-ia a consistência e a seriedade da chance perdida, em termos de valor de percentagem; e em último lugar, subtrair-se-ia o valor da percentagem da seriedade da chance ao valor da reparação do dano final, assim se chegando proporcionalmente ao valor de reparação do dano da perda de chance, sendo que apenas nos casos em que não seja possível através desta operação chegar a um montante certo, é que o dano da perda de chance poderá ser fixado de acordo com o recurso à equidade.

Neste sentido, o Ac. STJ de 05.02.2013⁽¹¹⁸⁾ onde se expendeu que “Para encontrar o montante da indemnização, haverá que efetuar uma tarefa de dupla avaliação, avaliando primeiro o resultado final, e em seguida fixar-se o grau de probabilidades de obtenção da vantagem ou

⁽¹¹⁶⁾ STJ 09-03-2022 (Maria Clara Sottomayor) Proc. n.º 21963/15.6. <www.dgsi.pt>.

⁽¹¹⁷⁾ PEDRO, RUTE TEIXEIRA, obra citada, p. 209.

⁽¹¹⁸⁾ STJ 05.02.2013 (Hélder Roque) Proc. n.º 488/09.4. <www.dgsi.pt>.

evitar o prejuízo, sendo a percentagem aí encontrada, o valor da indemnização a atribuir pela perda da chance, por referência ao resultado final.”.

No mesmo sentido, mas mais recentemente, o Ac. STJ de 05.05.2020⁽¹¹⁹⁾, onde se decidiu no sumário que *“Para o cálculo do dano da perda de chance, deve fazer-se uma dupla avaliação: em primeiro lugar, a avaliação do dano do dano final para, em seguida, ser fixado o grau de probabilidade de obtenção da vantagem ou de evitamento do prejuízo, após o que, obtidos tais valores, se deverá aplicar o valor percentual que representa o grau de probabilidade ao valor correspondente à avaliação do dano final, sendo que o resultado de tal operação constituirá a indemnização a atribuir pela perda de chance. Só não sendo possível fixar a probabilidade da chance, o tribunal julgará com recurso à equidade em conformidade com o disposto no art. 566.º, n.º 3 do CC”.*

VII. Considerações finais

A noção de dano, segundo Menezes Leitão⁽¹²⁰⁾ pode numa primeira abordagem naturalística, corresponder à *“supressão de uma vantagem que o sujeito beneficiava”*, porém, tal noção não é suficiente para definir o dano em termos jurídicos, pois haverá vantagens existentes que não são tuteladas pelo direito, pelo que *“o conceito de dano terá por isso que ser definido num sentido simultaneamente fáctico e normativo”* devendo o dano antes ser definido como *“a frustração de uma utilidade que era objeto de tutela jurídica.”*, o que permitirá responder aos problemas da natureza jurídica do dano, onde segundo Menezes Cordeiro⁽¹²¹⁾, é adotada uma noção concreta de dano.

A definição do conceito dano tem também sido efetuada através do recurso a vários sistemas de definições, entre os quais avulta a emergente do direito romano, entre dano emergente e lucro cessante, o primeiro *damnum emergens*, no dizer de Almeida Costa⁽¹²²⁾ compreendendo *“a perda ou diminuição de valores já existentes no património do lesado”*, e

⁽¹¹⁹⁾ STJ 05-05-2020 (António Magalhães) Proc. n.º 27354/15.1. <www.dgsi.pt>.

⁽¹²⁰⁾ MENEZES LEITÃO, LUÍS MANUEL TELES, *Direito das Obrigações*, Vol. I, 16.ª ed., Almedina, p. 327.

⁽¹²¹⁾ MENEZES CORDEIRO, ANTÓNIO, *Tratado de Direito Civil*, VIII, Almedina, reimpressão 2010, p. 529.

⁽¹²²⁾ ALMEIDA COSTA, MÁRIO JÚLIO DE, *Direito das Obrigações*, 12.ª ed., Almedina, p. 596.

o segundo *lucrum cessans*, “*refere-se aos benefícios que ele deixou de obter em consequência da lesão, ou seja, ao acréscimo patrimonial demonstrado*”.

O dano pode também definir-se entre dano presente, o qual já se verificou ao momento da conduta que produziu a lesão e o dano futuro, que segundo um juízo de prognose, poderá previsivelmente, com segurança, vir a ocorrer em momento posterior em consequência da lesão, embora no dizer de Maria de Lurdes Pereira⁽¹²³⁾, tal juízo de previsibilidade não seja exigível “*quanto à extensão e quantificação do dano*”, o que permite relegar a sua quantificação para momento posterior.

Por sua vez, Pessoa Jorge⁽¹²⁴⁾, que propõe ainda como requisitos do dano a “*alienidade, certeza, mínimo de gravidade e a qualidade que consiste em ser causados pelo ato ilícito*”, e sustenta que só o prejuízo com caráter certo poderá ser reparado, sendo que se tal conceito não oferece dúvidas quanto aos danos emergentes, quanto aos lucros cessantes, no dizer do referido autor, este requisito deverá ser interpretado como a frustração de ganhos que “*na evolução normal (e, portanto, provável) dos acontecimentos*” seriam obtidos, o que é semelhante à formulação do BGB.

Neste conspecto, somos a favor da admissibilidade da possibilidade de indemnização do dano da perda de chance, o qual não consideramos como um dano futuro ou lucro cessante, mas sim como um verdadeiro dano emergente e atual, o qual já existe de forma consistente no património do lesado à data da lesão, na medida em que só esta classificação permite refletir a perda concreta, de um bem jurídico tutelado pelo direito, o que é condicente com a natureza concreta do dano.

O dano pode consistir na perda de uma probabilidade favorável, aqui se compreendendo os casos de perda de cura, que não deixa de ser uma probabilidade favorável para a saúde do lesado.

A perda da probabilidade poder conduzir à verificação de danos patrimoniais ou não patrimoniais consoante seja a natureza da probabilidade perdida, designadamente, de índole patrimonial como o seja o caso de uma perda de chance processual, ou de índole não patrimonial como seja o caso da perda de hipóteses de cura.

O dano da perda de chance também não é hipotético ou eventual pois apesar de apenas poder ocorrer no âmbito de um processo causal em curso,

(123) PEREIRA, MARIA DE LURDES, *Direito da Responsabilidade Civil, A obrigação de indemnizar*, AAFDL, 2021, p. 130.

(124) PESSOA JORGE, FERNANDO, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, Almeida, 1999, p. 385.

cujos resultados ainda não estão verificados à data em que ocorre a lesão, nisto consistindo o seu carácter aleatório, não prescinde da existência de nexos causais, embora estes nexos causais não sejam estabelecidos entre a conduta do agente e o resultado final, mas sim entre a conduta do agente e a chance perdida, pelo que a admissibilidade do mesmo não constitui nenhum desvio ao nexo causal, o que permite definir o dano da perda de chance como um dano intermédio, que tem uma natureza autónoma do dano final.

Deste modo, nos casos de perda de chance processual no âmbito da responsabilidade civil do advogado, para se apurar esse nexo causal, deve previamente efetuar-se um “*juízo dentro do juízo*”, com vista a verificar se o ato omitido foi causa adequada do desaparecimento da probabilidade favorável, mas já não da perda do resultado final, com o qual não existe nexo causal.

Caso exista nexo causal entre o ato omitido e a perda do resultado final, o dano a indemnizar não já será o dano da perda da chance, mas o mesmo dano final, que corresponde à perda do resultado final.

Por sua vez, as dificuldades da falta de certeza deste tipo de dano podem ser ultrapassadas com um critério de verificação da probabilidade perdida, que acreditamos não dever ser fixada em valor inferior a 50%, a qual corresponde ao requisito da seriedade da chance expressa adotada pela jurisprudência nacional.

A indemnização do dano da perda de chance deve ser calculada com base na equidade, devendo rejeitar-se o método da dupla avaliação, porquanto o mesmo conduz a que a perda de chance seja avaliada por referência ao dano final, como se de uma percentagem deste se tratasse, o que nega a característica da autonomia do dano da perda de chance, presente desde o início.

O dano da perda de chance, poderá assim ser definido como: *A lesão da probabilidade atual e séria da verificação no âmbito de um processo causal aleatório, de um evento favorável ao património ou saúde do lesado.*

O dano da perda de chance deve assim considerar-se consolidado na ordem jurídica, devendo merecer, juntamente com outros, a atenção do intérprete, sempre que confrontado com a necessidade de apurar as consequências de um evento lesivo.

Conclusões

O dano da perda de chance fez um longo caminho desde a sua criação inicial por via da prática jurisprudencial na área da responsabilidade civil do advogado, ultrapassando os obstáculos na sua conceção colocados nos vários ordenamentos jurídicos, sendo hoje poucos aqueles que não o admitem em várias áreas do direito, com particular destaque para o direito alemão, mas ainda assim, mesmo nesse caso com a consciência de que o mesmo resolve um problema premente de tutela de bens jurídicos, que de outro modo só com mecanismos de inversão do ónus da prova poderiam ser resolvidos, os quais não têm suporte legal, apenas podendo ser concebidos no plano do direito a constituir.

Na sua noção atual, o dano da perda de chance ou oportunidade deve considerar-se admissível como um dano emergente, intermédio e autónomo do dano final, o qual existe sempre que se verifique a lesão de uma probabilidade atual e séria de verificação de uma eventual favorável ao património e saúde do lesado, que já existe no património do lesado à data da lesão.

A seriedade da verificação da chance aferir-se-á sempre que a verificação da sua probabilidade seja superior em mais de 50%, sendo ainda necessário, nos casos de perda de chance processual ou responsabilidade civil do advogado, que previamente se efetue um julgamento dentro do julgamento, com vista a verificar se o ato omitido foi causa adequada do desaparecimento da probabilidade favorável, mas já não da perda do resultado final, com o qual não existenexo causal.

O ónus da prova incumbe ao lesado v.g Ac. (AUJ) STJ n.º 2/2022 de 26.01.2022, e a indemnização do dano da perda de chance deve ser calculada com base na equidade do caso concreto, e não por referência a uma percentagem do dano final, por ser um dano que já existe no património do lesado à data da perda da probabilidade.

A DOCTRINA DO PROPÓSITO SOCIETÁRIO: UMA PERSPETIVA HOLÍSTICA E SUSTENTÁVEL DO *CORPORATE GOVERNANCE*

Pelo Doutor João Cunha Vaz⁽¹⁾

SUMÁRIO:

Introdução. **1. As Teorias do *Corporate Governance*.** **1.1.** As Teorias Tradicionais. **1.2.** A Doutrina do Propósito Societário. *1.2.1.* A Relação entre Lucros e Propósito. *1.2.2.* Como Medir o Propósito Societário? **1.3.** Conjugação com as Teorias Tradicionais. **2. Governo Sustentável: Uma Perspetiva Holística.** **2.1.** Dimensão Interna: Acionistas e Trabalhadores. **2.2.** Dimensão Externa: Implicações Sociais e Ambientais. **2.3.** Um Propósito Comum? **3. Sinergia entre o Propósito e o Governo Sustentável.** **3.1.** RSE: Relação entre Objeto Social e Investimento Responsável. **3.2.** A Prioridade da Sustentabilidade. **3.3.** Desafios e Resistências. **3.4.** Vantagens da Doutrina do Propósito. **4. Uma Nova Conceção do Direito Societário?** **4.1.** Incorporar o Propósito nos Estatutos: Modelo *Profit-withPurpose*. **4.2.** Os Deveres dos Administradores. **4.3.** Um Novo Modelo de *Corporate Governance*? **4.4.** O Papel dos Investidores Institucionais. **5. A Importância da Doutrina do Propósito.** **5.1.** Como Resposta aos Recentes Desafios Globais. **5.2.** E a Inteligência Artificial? **5.3.** Na Harmonização Europeia das Práticas de *Governance*. **5.4.** A CS3D. **6. Conclusões. Referências.**

Resumo:

A importância crescente do *corporate governance* e a crise de confiança, resultado de escândalos financeiros e dos recentes desafios globais, obrigaram a repensar o propósito

⁽¹⁾ Professor Adjunto da Coimbra Business School — ISCAC. Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Mestre em Direito Financeiro pela LSE (Londres), Advogado.

societário e o modelo de governo tradicional (focado na maximização do valor acionista), alinhando-os com a agenda social e ambiental. Pretende-se agora responsabilizar a empresa pela sustentabilidade e defesa dos interesses dos *stakeholders*, incluindo os trabalhadores, os clientes, os fornecedores e a comunidade em geral. Importa questionar se faz sentido uma doutrina do propósito numa perspetiva societária holística, mais abrangente e pluralista. Ou seja, promover a sinergia entre o propósito e um modelo de governo inclusivo, que crie valor sustentável a longo prazo para a sociedade, como possível resposta aos desafios do mundo atual e com reflexos na harmonização das práticas de governo societário.

Palavras-chave:

Deveres fiduciários, governo societário, holístico, propósito societário, responsabilidade social, *stakeholders*, sustentabilidade, valor acionista.

Introdução

Novos desafios globais (escândalos financeiros, crises económicas, sociais, ambientais e sanitárias) mudaram o foco societário, centrado anteriormente na maximização do valor acionista e onde os administradores tinham como dever último proteger este interesse. Assim, na última década assistimos à crescente consciencialização social do impacto provocado pela atividade das empresas na comunidade, e à sua consequente maior responsabilização social, pelo que urge repensar o propósito⁽²⁾ do modelo societário atual. Articular um propósito societário exige uma longa reflexão.

Com este artigo procuramos responder a diversas questões: deve a empresa societária (e o modelo de governo) dar primazia aos acionistas ou deve antes valorizar o propósito social e comunitário? E qual o papel dos *stakeholders*? Em que medida deverão ser acautelados os interesses de todas as partes interessadas envolvidas? Desde investidores, trabalhadores, administradores, fornecedores, credores, concorrentes, clientes, ONG e o Estado, enfim, a comunidade em geral. Serão estes interesses antagónicos? Indo mais longe, como alguns Autores defendem⁽³⁾, poderão mesmo os acionistas beneficiar com o ganho dos restantes *stakeholders* numa perspetiva sustentável de longo prazo?

⁽²⁾ Propósito no sentido da *ratio* ou razão de ser de uma empresa, a razão pela qual ela existe.

⁽³⁾ Cf. JOÃO P. E. MARTINS, “Covid-19 & Corporate Purpose”, tese de mestrado defendida na UCP em 20.07.2022, p. 6. V. também PAULO CÂMARA, *Coronavírus e Corporate Governance*, Artigo de Opinião, Jornal Expresso, 16.03.2020.

A pandemia obrigou-nos a voltar a equacionar o *corporate governance* e a questionar o fim último da empresa. Depois da crise económica, financeira e social de 2008-2012, a recente pandemia veio reacender esta discussão e valorizar o modelo de responsabilidade social. Importa restabelecer a confiança, assumindo um crescente relevo os conceitos de sustentabilidade (gerar retorno e garantir perenidade)⁽⁴⁾ e de responsabilidade social e ambiental (imperativos éticos) no âmbito do governo das grandes sociedades anónimas que negociam as suas ações e títulos em bolsa. A este respeito, PAULO CÂMARA⁽⁵⁾, perante a recente Pandemia, defendeu que “*as empresas devem ser governadas de acordo com o propósito (corporate purpose) de cuidar de todos aqueles que são afetados pela sua atividade*”.

O *corporate governance* assume, então, um papel decisivo na confluência e ponderação dos diversos interesses dos *shareholders* e *stakeholders*, surgindo mais recentemente como um instrumento capaz de garantir sociedades mais sustentáveis, associado aos critérios *ESG (environmental, social and governance)*, os quais deverão ser considerados na vida das empresas. Segundo PEDRO JORGE MAGALHÃES o *corporate governance* procura desenvolver um modelo de governo adequado a cada empresa, “*considerando o interesse social e o papel de todas as partes interessadas da sociedade (stakeholders) de forma a maximizar o seu desempenho e sustentabilidade*”⁽⁶⁾. Importa equacionar e refletir sobre estes valores e paradigmas⁽⁷⁾.

Impera, portanto, conjugar e ponderar lucros e sustentabilidade. A empresa tem um papel decisivo na economia, devendo privilegiar não apenas os acionistas, mas também a comunidade, traduzido num propósito holístico (inclusivo e abrangente) no âmbito do direito das sociedades. Por tudo isto, o governo de uma sociedade deve ser objeto de um apertado escrutínio, na perspetiva da conservação do ambiente e dos recursos natu-

(4) Cf. PEDRO JORGE MAGALHÃES, *Governo Societário e a Sustentabilidade da Empresa — Stakeholders Model Vs Shareholders Model*, Almedina 2019, p. 18, no seguimento da visão institucionalista do nosso legislador (art. 64.º CSC).

(5) V. PAULO CÂMARA, *Coronavírus...*, *cit.*

(6) Cf. PEDRO JORGE MAGALHÃES, *ob. cit.*, p. 56. Este Autor avança que os administradores podem não defender os interesses dos *stakeholders* e não atuar de acordo com a sustentabilidade da própria sociedade, pelo que os custos de agência poderão ser suportados por outros agentes económicos com interesses legítimos na sociedade e não apenas pelos seus acionistas (p. 60).

(7) Sobre a temática do *corporate governance* v., de uma forma mais aprofundada, PEDRO MAIA, *Voto e Corporate Governance — Um Novo Paradigma para a Sociedade Anónima*, Almedina 2020, bem como ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Manual de Governo das Sociedades*, Almedina 2017 e JOÃO CUNHA VAZ, *A OPA e o Controlo Societário: A Regra de Não Frustração*, Almedina 2013.

rais, das condições de trabalho e da garantia de um futuro viável para as gerações vindouras.

Resumindo, é imperativo equacionar o objetivo da empresa, para além do lucro, e se o governo das sociedades deve ponderar os interesses de longo prazo dos acionistas com os interesses dos demais *stakeholders*⁽⁸⁾, numa perspetiva de sustentabilidade económica, social e ambiental (*triple bottom line*)⁽⁹⁾, obrigando-nos a repensar o direito societário. Pode a consideração dos interesses dos *stakeholders* traduzir-se em benefício para os próprios *shareholders* através de práticas sustentáveis, garantindo assim a confiança e a sobrevivência a longo prazo das empresas? Com especial relevo para o papel do órgão de administração enquanto guardião do renovado propósito societário e garante do reforço da confiança no mercado de capitais.

Por fim, importa também verificar em que medida a doutrina do propósito está relacionada com os recentes desafios globais e com a futura harmonização das práticas sustentáveis e das normas do direito das sociedades europeu.

1. As Teorias do *Corporate Governance*

O *corporate governance* diz respeito ao sistema através do qual a sociedade é dirigida e controlada e trata das relações entre acionistas, administradores e a comunidade, em resultado da separação entre a propriedade e o controlo societário⁽¹⁰⁾. Por agora, faremos uma breve análise das teorias tradicionais de *governance* para de seguida melhor enquadrarmos a doutrina do propósito.

(8) Em sentido diferente v. LUCIAN BEBCHUK & KOBİ KASTIEL & ROBERTO TALLARITA “*For Whom Corporate Leaders Bargain*”, in Vol. 77, Number 1, *The Business Lawyer*, Winter 2021-2022, pp. 731, ss., os quais demonstram que os líderes empresariais não conferem peso relevante às partes interessadas quando consideram vender a sua empresa.

(9) Conceito introduzido por JOHN ELKINGTON “*Cannibals with Forks: The Triple Bottom Line of 21.st Century*”, Ed. Caspstone, 1999, que propõe que as empresas devem-se focar em três pilares: pessoas, planeta e lucro. ADRIAN HENRIQUES, & JULIE RICHARDSON, “*The Triple Bottom Line: Does It All Add Up?*”, Routledge, 2013, examinam a abordagem do *triple bottom line* (económico, social e ambiental) e como esta pode ser aplicada nas práticas empresariais.

(10) Ideia esta da autoria de A. BERLE & G. MEANS, *The Modern Corporaion and Private Property*, Transaction Publishers, 1932.

1.1. As Teorias Tradicionais

A *Teoria Acionista* (modelo anglo-americano) tem o seu foco nos acionistas ou proprietários da empresa e o seu objetivo principal reside na maximização do seu valor (lucro), como retorno do seu investimento. Ou seja, o primado acionista privilegia o retorno financeiro para os acionistas, pois são eles que investem os seus recursos e assumem riscos. O principal compromisso da empresa consiste em servir os interesses financeiros dos donos da empresa⁽¹¹⁾.

Aqui temos o modelo dos *shareholders* (próprio do capitalismo), no qual a empresa aparecia como uma entidade económica preocupada, quase exclusivamente, em garantir o lucro a curto prazo para os acionistas ou proprietários da empresa, privilegiando, deste modo, a responsabilidade financeira. Tudo isto resultado da teoria da agência onde predominava o conflito entre acionistas (principal) e administradores (agente), resultante da conceção egoística da atuação por parte destes últimos que tendem a procurar o seu benefício pessoal com potencial prejuízo para os acionistas (conflito de agência), o qual exige uma apertada supervisão.

Em sentido contrário, a *Teoria da Vigilância (Stewardship)* postula que os administradores são confiáveis e os verdadeiros vigilantes dos interesses dos acionistas, responsáveis por maximizar o seu valor a longo prazo numa base sustentável, mas sem descurar igualmente os interesses de todas as partes interessadas afetadas pela vida societária. Aqui não há um potencial conflito de interesses entre acionistas e administradores, na medida em que estes últimos são considerados como “guardiões” (*stewards*) ou bons vigilantes dos interesses dos acionistas, motivados por um sentido de ética e responsabilidade. Este sistema, que descurava a supervisão, viria a ser posto em causa após diversos escândalos financeiros⁽¹²⁾.

Por sua vez, a *Teoria das Partes Interessadas* (ou *stakeholders*), mais comum no modelo europeu continental, amplia o seu foco para incluir não

(11) MILTON FRIEDMAN foi o grande mentor desta teoria em *The Social Responsibility of Business is to Increase Its Profits*, in *The New York Times Magazine*, Setembro 1930. V. LUCIAN BEBCHUK & KOBİ KASTIEL & ROBERTO TALLARITA “Does Enlightened Shareholder Value Add Value?”, ECGI Law Working Paper N.º 643/2022, onde os mesmos valorizam o primado acionista em detrimento do *stakeholders model*, ao analisar a implementação da Declaração de 2019 da *Business Roundtable sobre o Propósito de uma Corporação* (a “Declaração BRT”), que vinha dar início ao “capitalismo das partes interessadas”. LUCIAN BEBCHUK, em particular, enfatiza a importância da maximização do valor dos acionistas e do governo que se concentra no papel destes na tomada de decisões empresariais.

(12) Sobre esta teoria v. PEDRO JORGE MAGALHÃES, *ob. cit.*, pp. 98, ss. Os seus principais defensores foram JAMES H. DAVIS & F. DAVID SCHOORMAN & LEX DONALDSON, “*Toward a Stewardship Theory of Management*”, *Academic of management Review*, Vol. 22, N.º 1 (1997), pp. 20-47.

apenas os interesses dos acionistas, mas todas as partes envolvidas. Tem como seu objetivo principal responder às necessidades e expectativas de várias partes interessadas que se movem em torno da empresa, como trabalhadores e colaboradores, clientes, fornecedores, comunidade, meio ambiente, entre outros, sendo agora o seu compromisso mais abrangente ao reconhecer que tem responsabilidades éticas e sociais para com todas as partes envolvidas, e não apenas para com os acionistas.

Neste modelo, a empresa é vista como uma organização social que deve trazer algum tipo de benefício para todas as partes envolvidas. Deste modo, interessa mantê-los como aliados e motivados por um interesse comum. Predominam, assim, preocupações de responsabilidade social, de cidadania e ética empresarial, onde o lucro é repartido por todas as partes interessadas na medida da sua participação. Aqui fomenta-se mesmo a criação de mecanismos de sustentabilidade empresarial, tais como, a participação dos trabalhadores nos órgãos de gestão⁽¹³⁾.

O nosso legislador societário seguiu esta linha de pensamento ao introduzir no art. 64.º do CSC o conceito de sustentabilidade, no sentido de “*preservação, conservação e continuidade da própria sociedade... gerar retorno e garantir a perenidade das empresas, do trabalho e da comunidade*”⁽¹⁴⁾, assim como fala também nas partes interessadas. As organizações fazem parte de um todo que é a comunidade e a economia do país em que se insere, pelo que são necessários os princípios de bom governo, que vêm reconhecer a importância das partes interessadas na sustentabilidade da empresa a longo prazo⁽¹⁵⁾.

Esta teoria está associada a R. EDWARD FREEMAN (1984) que defende a superação do primado acionista e procura propósitos sociais e ambientais, sublinhando a importância que os *stakeholders* podem ter na vida empresarial. Defende que o primado acionista não motiva os trabalhadores e os fornecedores, não atrai nem mantém clientes, assim como não considera

⁽¹³⁾ Tal como já acontece, por exemplo, no direito societário alemão. V. JOÃO PEDRO DA SILVA DOMINGUES, *Interesses (Não) Lucrativos e Sustentabilidade Empresarial — Que rumo toma(rá) a governação e a responsabilidade civil societária?* Almedina 2023, p. 169.

⁽¹⁴⁾ Cf. PEDRO JORGE MAGALHÃES, *ob. cit.*, p. 18.

⁽¹⁵⁾ Cf. *idem, ibidem*, p. 16, é necessário adaptar conceitos e leis e reconhecer que a empresa societária é um conceito sistémico e atender a toda a conjuntura envolvente, devendo, por seu lado, considerar não apenas os interesses dos *shareholders*, mas também os interesses dos *stakeholders* (contratuais e coletivos), ou seja, todas as partes interessadas que gravitam à volta da empresa, que podem ser afetados ou afetar a empresa. Segundo o mesmo Autor “*O interesse social comum a todos os participantes (shareholders e stakeholders) só pode ser encontrado na perdurabilidade da sua rentabilidade, ou seja, na sustentabilidade, não só da sociedade, mas de algo que é a sua “alma”, no sentido de que lhe dá vida: a empresa*” (p. 448).

os interesses da comunidade nem fomenta relações duradouras com os *stakeholders*⁽¹⁶⁾. Postula a responsabilidade pelo bem-estar de todas as partes interessadas, a par do sucesso da empresa, bem como a interconexão e interdependência entre elas, procurando em simultâneo “*criar o máximo valor para cada uma destas partes e aumentar o valor total criado, concebendo os interesses dos stakeholders como sinérgicos e sem recorrer aos trade-offs*”⁽¹⁷⁾.

1.2. A Doutrina do Propósito Societário

A doutrina do propósito societário⁽¹⁸⁾ assenta na ideia de que as empresas devem ter um propósito mais amplo do que apenas a maximização do lucro. Ou seja, estas têm o compromisso de contribuir positivamente para a sociedade e o ambiente, devendo considerar os interesses dos *stakeholders* (incluindo acionistas).

Procura-se ir além do lucro e incorporar objetivos mais amplos, como o impacto positivo social e ambiental. O propósito societário refere-se à razão de ser das empresas além do lucro, e deve incluir objetivos como a promoção da igualdade social, a proteção ambiental, a criação de empregos de qualidade e a igualdade de género.

Para COLLIN MAYER, propósito consiste “*em produzir soluções lucrativas para os problemas das pessoas e do planeta, e não lucrar com a criação de problemas*”⁽¹⁹⁾.

(16) No mesmo sentido v. CANALS JORDI, *Rethinking the firm's mission and purpose*, em *European Management Review*, (2010) 7, 195-204, p. 200.

(17) Cf. KAREN DE OLIVEIRA, “*Do lucro ao propósito: uma análise do objetivo societário à luz da governança corporativa*”, Dissertação de Mestrado (2020), Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, p. 26, citando R. EDWARD FREEMAN, *Stakeholder Management and Reputation*, em *In Values and Ethics for the 21st Century*, Madrid: BBVA, 2011, p. 377 e R. EDWARD FREEMAN, *et. al.*, *Stakeholder Theory: The State of the Art*, Cambridge University Press, 2010, p. 28. Por sua vez LUCIAN BEBCHUK & ROBERTO TALLARITA, “*Will Corporate Deliver Value to All Stakeholders?*”, ECGI Law Working Paper N.º 645/2022, vêm demonstrar como não se pode confiar nos líderes empresariais nessa repartição de ganhos para todas as partes interessadas.

(18) A este respeito DOROTHYS S. LUND & ELISABETH POLLMAN, “*Corporate Purpose*”, ECGI Law Working Paper N.º 711/2023, chamam a atenção para duas perspetivas de propósito: aquele individual de cada empresa (flexível) e um outro mais geral, aquele que aqui nos interessa, virado para o papel da empresa na comunidade, alertando, no entanto, para o facto de eles operarem em tensão um com o outro (p. 19).

(19) Cf. COLLIN MAYER, *Prosperity — Better Business Makes the Greater Good*, Oxford University Press, 2018, definição esta também adotada pelo Fórum Económico Mundial. Este Autor surge como pioneiro e grande defensor do *corporate purpose* e da teoria do *purpose primacy*, em alternativa

Deste modo, o propósito empresarial vai além do objetivo económico e inclui considerações éticas, sociais e ambientais, adotando um modelo de negócios mais sustentável e responsável, na medida em que procura equilibrar os interesses financeiros com o impacto na comunidade. Podemos dizer que há uma aproximação e uma conexão maior entre a economia, os negócios e a ética. Postula-se o princípio “*business and ethics should follow together*”, para fazer face à crise de confiança resultante dos diversos escândalos financeiros das últimas décadas.

De acordo com LARRY FINK, “*Propósito é a razão fundamental para uma empresa existir e que a faz criar valor todos os dias aos seus stakeholders. Ele não é somente a busca do lucro, mas a força motivadora para alcançá-lo*”^(20/21).

A doutrina do propósito pode ser compreendida por muitos como idealista e altruísta, especialmente quando olhada à luz da tradicional teo-

à *shareholder* e *stakeholder* primacy, advogando que o legislador deve exigir às sociedades a fixação e definição de um propósito, desde logo nos estatutos sociais, e que demonstrem o modo como as estruturas societárias promovem esse propósito (p. 232). Aqui o Autor explora como as empresas podem contribuir para a prosperidade social e económica, indo além da tradicional maximização de lucros, argumentando que uma abordagem centrada no propósito, que considera as necessidades e aspirações de diversas partes interessadas, pode levar a resultados mais sustentáveis e benéficos para a sociedade. Mais tarde em 2021 in “*The Governance of Corporate Purpose*”, ECGI Law Working Paper N.º 609/2021, o mesmo Autor explora a evolução do propósito das empresas e o modo como está integrado nas estruturas de governo. E argumenta que as empresas devem ter um propósito além do lucro e que este propósito deve ser claramente definido e integrado nas decisões estratégicas e operacionais da empresa. Ele examina como diferentes modelos de governo influenciam a definição e a implementação do propósito societário, destacando a importância do papel dos acionistas, conselhos de administração e outros *stakeholders* no governo desse propósito.

⁽²⁰⁾ Presidente e CEO da *BlackRock* (a maior gestora financeira do mundo). Outros líderes têm valorizado o papel das empresas na sociedade, defendendo uma mudança de foco para além dos interesses exclusivos dos acionistas e promovendo uma visão mais holística e sustentável do propósito. Entre eles KLAUS SCHWAB, Fundador e Presidente Executivo do Fórum Económico Mundial, que tem advogado a ideia do Capitalismo das Partes Interessadas, Autor da obra “*Stakeholder Capitalism — A Global Economy that Works for Progress, People and Planet*”, Wiley 2021. Também PAUL POLMAN ex-CEO da Unilever, é conhecido pela sua liderança em sustentabilidade e responsabilidade empresarial. Em 2020 o Fórum Económico Mundial viria a emitir um Manifesto no sentido de abandonar o primado acionista, reforçando a necessidade de atender outros propósitos e, comprometendo, assim, o capitalismo acionista.

⁽²¹⁾ Entre os principais Autores defensores da doutrina do propósito, promovendo uma visão mais holística e sustentável, destacamos COLLIN MAYER, *Prosperity...*, *cit.*, que demonstra como as empresas contribuem para a prosperidade social; ALEX EDMANS, “*Grow the Pie: How Great Companies Deliver Both Purpose and Profit*”, Cambridge University Press, 2021, que defende a ideia de que as empresas centradas no propósito podem alcançar sucesso financeiro duradouro; e REBECCA HENDERSON, “*Reimagining Capitalism in a World on Fire*”, Publicaffairs 2020, que demonstra como as empresas podem adotar práticas mais sustentáveis focando-se numa abordagem de propósito para criar valor a longo prazo.

ria acionista apenas focada nos resultados financeiros a curto prazo. Todavia, iremos analisar mais à frente (Ponto 3.4.) diversos argumentos a favor dessa doutrina que sustentam a sua relevância e viabilidade.

Apesar dos diversos desafios, muitas empresas bem-sucedidas estão a integrar princípios de propósito e sustentabilidade nas suas práticas empresariais. A doutrina do propósito pode ser vista como uma resposta à evolução das expectativas sociais e de mercado, procurando equilibrar o sucesso financeiro com o impacto positivo a longo prazo.

Não nos devemos esquecer que os interesses dos acionistas nem sempre coincidem com o interesse social ou das partes interessadas, uma vez que a maximização do seu retorno pode, muitas vezes, favorecer estratégias com benefícios financeiros imediatos, mas com efeito negativo nos *stakeholders*, no meio ambiente, na comunidade ou na ética. Este potencial conflito de interesses veio realçar a importância de uma abordagem societária mais equilibrada e responsável, ganhando relevo a doutrina do propósito, a qual procura equilibrar os interesses dos acionistas com as preocupações sociais e ambientais e fomentar uma gestão mais holística e sustentável. Ou seja, reconhecendo que o sucesso a longo prazo, muitas vezes, depende de práticas de negócios éticas, responsáveis socialmente e ambientalmente sustentáveis, e tendo em consideração todas as partes interessadas⁽²²⁾.

1.2.1. A Relação entre Lucros e Propósito

A temática aqui subjacente reside em saber se o propósito de uma empresa deve ser outro para além de gerar lucros para os acionistas. A doutrina do propósito argumenta que as empresas devem ser agentes responsáveis que contribuam para o bem-estar geral, abordem desafios sociais e ambientais e considerem as repercussões das suas operações em todas as partes interessadas, não apenas nos acionistas, e em particular na comunidade em si.

Ou seja, ao contrário de considerar o principal objetivo de uma empresa apenas a maximização dos lucros para os acionistas, esta doutrina

⁽²²⁾ Para uma análise da evolução da doutrina do propósito v. BRIAN R. CHEFFINS, “*The Past, Present and Future of Corporate Purpose*”, ECGI Law Working Paper N.º 713/2023. Por sua vez, JILL E. FISH & STEVEN DAVIDOFF SOLOMON, “*Should Corporations have a Purpose?*”, ECGI Law Working Paper N.º 510/2020, questionam se uma empresa deve ter um propósito, atribuindo-lhe um carácter instrumental, que deve funcionar somente para gerir expectativas, coordenar interesses e aumentar a transparência e a responsabilidade.

propõe uma abordagem mais abrangente, sugerindo que as empresas têm responsabilidades mais amplas para com a comunidade, incluindo considerações sociais, ambientais e éticas, além de seus objetivos financeiros.

A doutrina do propósito desafia o primado acionista, sugerindo que as empresas devem desempenhar um papel mais holístico (amplo) na comunidade, considerando os interesses de todos os *stakeholders* e contribuindo para objetivos sociais e ambientais.

Portanto, a presente temática gira em torno da natureza e do propósito fundamental de uma empresa. Enquanto alguns a consideram principalmente como um veículo para gerar lucro, outros defendem uma abordagem mais holística, vendo-a como uma entidade que deve equilibrar interesses financeiros com responsabilidades sociais mais amplas. Esta mudança doutrinal reflete a evolução das expectativas sociais em relação ao papel da empresa na sociedade contemporânea, como resposta aos recentes desafios globais (dos quais falaremos mais à frente no Ponto 5.1.)⁽²³⁾.

Importa sublinhar que esta doutrina valoriza o capitalismo consciente ou *capitalismo das partes interessadas (stakeholder capitalism)*⁽²⁴⁾, no qual as empresas são apenas uma parte do ecossistema e que, ao atuar conscientemente no interesse de todas as partes interessadas, podem melhorar a sua performance e ter um impacto positivo na comunidade.

A este respeito, ALEX EDMANS⁽²⁵⁾ afirma que quando uma empresa cria valor para todas as partes interessadas está a aumentar a criação do valor total e não apenas a alterar a sua distribuição — por exemplo, quando criamos melhores condições para os trabalhadores estamos a incentivá-los numa maior produtividade com ganhos para todos. Procura-se agora a defesa simultânea dos interesses de todas as partes interessadas, a interdependência e a cooperação entre si.

⁽²³⁾ Para este novo discurso do Propósito foi decisivo o *Business Roundtable* de Agosto de 2019, que veio sublinhar a importância de cada um dos *stakeholders* e assumiu o compromisso em agregar valor para todas as partes interessadas. KAREN DE OLIVEIRA, *ob. cit.*, p. 18, fala num novo padrão de responsabilidade.

⁽²⁴⁾ Este conceito foi primeiramente usado por KLAUS SCHWAB (cf. *ob. cit.*) para sublinhar que o papel das empresas não deveria resumir-se apenas ao lucro, mas envolveria também a contribuição ativa para o bem-estar da sociedade. Sobre este conceito v. também JOHN MACKAY & RAJ SISODIA, *Conscious Capitalism — Liberating the Heroic Spirit of Business*, 2014, Harvard Business Review Press, que acreditam que “uma empresa verdadeiramente capitalista é boa porque cria valor; é ética porque se baseia na troca voluntária, é nobre porque pode elevar a nossa essência e é heróica porque tira as pessoas da pobreza e gera prosperidade, e ainda assim, pode evoluir”. V. igualmente JAMES O’TOOLE, “*The Enlightened Capitalists: Cautionary Tales of Business Pioneers Who Tried to Do Well by Doing Good*”, Harper Business, 2019, que relata exemplos de empresários que vingaram aplicando princípios éticos nos seus negócios.

⁽²⁵⁾ Cf. *ob. cit.*, p. 1, citado por KAREN DE OLIVEIRA, *ob. cit.*, p. 20.

O propósito de uma sociedade como a razão pela qual ela existe, capaz de direcionar e motivar a sua ação, pode e deve promover o bem-estar e os interesses de todas as partes interessadas, incluindo os acionistas. Assim, o propósito deve ser aquele capaz de proporcionar o alinhamento de forma natural e efetiva entre os interesses da empresa e os da comunidade em geral.

Lucros e propósito andariam juntos⁽²⁶⁾, onde os primeiros seriam alcançados como uma consequência natural da busca pelo segundo. O propósito como impulsionador do lucro. “*The purpose of corporations is not to produce profits. The purpose of corporations is to produce profitable solutions for the problems of people and planet. In the process it produces profits, but profits are not per se the purpose of corporations*”⁽²⁷⁾.

Agora, o lucro é visto como uma condição necessária para a sobrevivência da empresa, como um resultado, e não como um fim em si mesmo⁽²⁸⁾. Os lucros podem ser resultado da busca do propósito e da ampliação dos ganhos para todas as partes interessadas, conseguindo mesmo gerar maior retornos para os acionistas, do que na procura direta de lucros como objetivo principal⁽²⁹⁾.

1.2.2. Como Medir o Propósito Societário?

Outro importante desafio prende-se com a possível *medição e determinação de valor* da doutrina do propósito, a qual envolve uma avaliação multifacetada que considera aspetos éticos, sociais e ambientais que muitas vezes não são facilmente quantificáveis em termos financeiros tradicionais.

Todavia, algumas métricas e indicadores⁽³⁰⁾ vêm sendo utilizados para avaliar o impacto e a implementação efetiva da doutrina do propósito, designadamente:

⁽²⁶⁾ Cf. R. EDWARD FREEMAN, *ob. cit.*, p. 380.

⁽²⁷⁾ Cf. THE BRITISH ACADEMY, *Reforming Business for the 21.st Century: A Framework for the Future of the Corporation*, 2018, p. 16.

⁽²⁸⁾ Cf. R. EDWARD FREEMAN, *ob. cit.*, p. 374.

⁽²⁹⁾ Cf. ALEX EDMANS, *ob. cit.*, pp. 2-3. Temos vários exemplos de empresas de sucesso, como a *Natura* e a *Novo Nordisk*, com propósitos expressamente declarados para além da maximização do retorno acionista, ambos citados por KAREN DE OLIVEIRA, *ob. cit.*, 22-23, que sublinha a relação positiva entre propósito e performance (p. 30).

⁽³⁰⁾ Sobre estes critérios e métricas do propósito v. COLLIN MAYER, *The Governance... cit.*, p. 9, ss. e “*Success, Law and ESG*”, ECGI Law Working Paper N.º 795/2024, bem como, GUIDO FERRARINI, “*An Alternative View of Corporate Purpose: Collin Mayer on Prosperity*”, Working Paper, March 10, 2020, Genoa Centre for Law and Finance.

- 1) avaliar o impacto social e ambiental das operações da empresa, como, por exemplo, através dos relatórios de impacto exigidos pela CSRD⁽³¹⁾ (redução das emissões de carbono) e pela CS3D⁽³²⁾;
- 2) medir o grau de participação e satisfação dos *stakeholders* mediante consultas e pesquisas de satisfação das suas expectativas;
- 3) desenvolver relatórios de sustentabilidade e impacto alinhados com métricas específicas e objetivos próprios da doutrina do propósito, como, por exemplo, as normas do GRI⁽³³⁾;
- 4) considerar os índices de sustentabilidade reconhecidos, como o DJSI⁽³⁴⁾ e os MSCI ESG⁽³⁵⁾, que avaliam o desempenho ambiental, social e de governo;
- 5) avaliar a cultura organizacional para garantir que os valores éticos e sociais estão incorporados nas práticas quotidianas;
- 6) explorar métricas de retorno social do investimento (RSI) para avaliar os benefícios sociais gerados pelas iniciativas da empresa em relação aos recursos investidos;
- 7) procurar certificações e prémios de sustentabilidade e de RSE⁽³⁶⁾;
- 8) desenvolver métricas personalizadas que alinhem os objetivos específicos da empresa com a doutrina do propósito; e, por fim,

⁽³¹⁾ CSRD ou *Corporate Sustainability Reporting Directive* — Diretiva (UE) 2022/2464 do PE e do Conselho que altera o Regulamento (UE) n.º 537/2014, a Diretiva 2004/109/CE, a Diretiva 2006/43/CE e a Diretiva 2013/34/UE no que diz respeito ao relato de sustentabilidade das empresas, ainda não transposta para o direito português.

⁽³²⁾ CS3D ou *Corporate Sustainability Due Diligence Directive* — Diretiva (UE) 2024/1760 do PE e do Conselho, de 13 de Junho, relativa ao dever de diligência das empresas em matéria de sustentabilidade e que altera a Diretiva (UE) 2019/1937 e o Regulamento (UE) 2023/2859. Este diploma entrou em vigor no passado dia 25 de Julho, tendo os EM dois anos para levar a cabo a sua transposição (até 26 de Julho de 2026), embora a sua aplicação gradual apenas comece em 26 de Julho de 2027, dependendo do tamanho e volume de negócios das empresas.

⁽³³⁾ O *Global Reporting Initiative* (GRI) fornece padrões de relatório sustentável e diz respeito ao impacto social, ambiental e económico das empresas. Por sua vez, o *Sustainable Accounting Standards Board* (SASB) desenvolve padrões que refletem considerações sustentáveis e fatores ESG.

⁽³⁴⁾ O *Down Jones Sustainability Index* (DJSI) é um indicador de performance financeira das empresas líderes em sustentabilidade a nível global, classificadas como as mais capazes de criar valor para os acionistas a longo prazo (gestão dos riscos económicos, ambientais e sociais).

⁽³⁵⁾ Os *Morgan Stanley Capital International ESG Indexes* são uma série de índices financeiros que classificam empresas com base no seu desempenho ESG.

⁽³⁶⁾ Responsabilidade social empresarial, tema abordado no Ponto 3.1.

- 9) avaliar a taxa de inovação e a integração de novas tecnologias sustentáveis. Todos estes são fatores ou indicadores que podem ajudar a medir o grau de propósito adotado.

Embora seja impossível uma estimação ou aferição completa, nunca nos podemos esquecer da importância da flexibilidade em adaptar as métricas escolhidas aos valores e objetivos específicos de cada organização. Em conclusão, as empresas precisam de *definir objetivos claros e mensuráveis do propósito*, bem como devem *ser transparentes* sobre as suas práticas, de modo a permitir aos consumidores e investidores avaliar o seu desempenho e conformidade em relação àqueles objetivos.

1.3. Conjugação com as Teorias Tradicionais

Depois de analisada a doutrina do propósito, o que sucede com a tradicional dicotomia entre teoria acionista *versus* teoria das partes interessadas? Tal como vimos antes, estas representam duas perspetivas distintas sobre o objetivo e a responsabilidade das empresas na sociedade⁽³⁷⁾.

Onde se enquadra então a doutrina do propósito? Facilmente concluímos que esta nova perspetiva tem afastado aquela que até então era dominante, a teoria acionista, e valorizado a teoria das partes interessadas que tem vindo a ganhar destaque, na medida em que há cada vez mais empresas que procuram o equilíbrio entre o sucesso financeiro e o impacto social e ambiental positivo, considerando as preocupações de todas as partes interessadas para promover a sustentabilidade a longo prazo.

Chegados aqui, importa questionar se esta doutrina ultrapassou as tradicionais teorias de *corporate governance*.

Para alguns Autores, parece que não⁽³⁸⁾. Consideram que esta doutrina não as rejeita e que deve ser antes considerada como uma evolução

⁽³⁷⁾ Sobre esta dicotomia DOROTHYS S. LUND, “*Toward a Dynamic View of Corporate Purpose*”, ECGI Law Working Paper N.º 746/2023, p. 41, critica a opinião de que existe apenas uma orientação desejável para as empresas e para a sua gestão, sugerindo que o objetivo de maximização do bem-estar das empresas pode mudar dependendo das condições económicas externas. A primazia dos acionistas irá provavelmente promover o bem-estar num mundo pioneiro, onde o governo regula as externalidades empresariais, garante mercados competitivos e responde à desigualdade. Contudo, uma vez relaxados estes pressupostos, a situação a favor do governo das partes interessadas melhora.

⁽³⁸⁾ Entre eles destacamos LUCIAN BEBCHUK & ROBERTO TALLARITA, “*The Illusory Promise of Stakeholder Governance*”, Harvard Law School, Março 2020, que acreditam que esta doutrina pode coexistir com as teorias tradicionais e não deve substituí-las.

ou expansão das teorias tradicionais, em particular da teoria acionista. A dicotomia entre aquelas teorias tradicionais não foi necessariamente ultrapassada ou esgotada por esta nova doutrina, estando, sim, em evolução e a ser repensada, adotando diversos elementos de ambas as teorias. Pelo que, esta procura do equilíbrio entre o sucesso financeiro e a responsabilidade social continua em evolução.

Para esta corrente a doutrina do propósito não está necessariamente acima ou para além das tradicionais teorias de *corporate governance*. Representa, sim, uma mudança de perspetiva, uma evolução, uma expansão do entendimento convencional sobre o propósito e a responsabilidade das empresas. Não nega aquelas teorias, mas argumenta que o propósito da empresa deve ser mais abrangente, incorporando valores que beneficiem não apenas os acionistas, mas também as outras partes interessadas e a sociedade como um todo, procurando uma abordagem mais equilibrada e responsável, que considera uma multiplicidade de interesses e efeitos.

Portanto, não se trata tanto de uma substituição total das teorias anteriores, mas sim de uma expansão e de uma mudança de ênfase em direção a uma abordagem mais integrativa e sustentável no contexto empresarial, ou seja, uma abordagem mais ampla e abrangente das práticas de governo das sociedades, que incorpora novos elementos essenciais, tais como, os critérios ESG, orientada para o longo prazo e onde lucro e impacto social são complementares, demonstrando que o sucesso económico a longo prazo é compatível com um efeito positivo na sociedade e no ambiente.

Em sentido diferente, e bem, em nosso entender, outros Autores⁽³⁹⁾ defendem que a doutrina do propósito societário *está acima dessa dicotomia, ultrapassou as teorias tradicionais de corporate governance*: já não é apenas a sua extensão, representando, pelo contrário, uma mudança de paradigma em relação àquelas teorias focadas apenas nos interesses dos acionistas ou das partes interessadas. Agora a empresa tem um novo papel mais amplo na sociedade, com responsabilidades sociais e ambientais que vão para além da maximização do valor financeiro.

Por outro lado, ao contrário da teoria das partes interessadas que se foca na gestão desses múltiplos interesses, esta doutrina define claramente um propósito com o qual todas as partes interessadas devem estar alinhadas. Agora a sustentabilidade e a responsabilidade social estão no centro da sua estratégia, bem acima da conjugação dos interesses dos acionistas e

(39) Entre eles destacam-se COLLIN MAYER, ALEX EDMANS e REBECCA HENDERSEN, antes mencionados como pioneiros e grandes defensores da doutrina do propósito.

das partes interessadas. Esta permite a inclusão e participação de todas as partes interessadas no processo de decisão e na definição dos objetivos e estratégias da sociedade. Ou seja, os acionistas e as outras partes interessadas já não são consideradas como partes antagónicas, mas sim como partes integrantes de um todo que contribuem em conjunto para a promoção do propósito comum⁽⁴⁰⁾, onde o lucro é agora olhado como um meio para alcançar um propósito maior.

Resumindo, estes Autores consideram que a doutrina do propósito vai além das teorias tradicionais, representa uma *mudança de paradigma* ao propor um *novo modelo* de *corporate governance* centrado no propósito social e ambiental, onde a empresa constitui um agente de mudança e de impacto. Neste sentido, ela supera as teorias tradicionais e a dicotomia entre os interesses dos acionistas e das partes interessadas, integrando-os numa perspetiva mais global e holística, que considera o impacto da empresa em todas as partes envolvidas e numa perspetiva de longo prazo, onde todos estão focados na criação de valor sustentável⁽⁴¹⁾ e na forma como podem contribuir positivamente para a sociedade.

2. Governo Sustentável: Uma Perspetiva Holística

Devemos avançar com três principais características da perspetiva holística do governo societário, implícita na doutrina do propósito:

Primeiro, é holística porque os administradores olham para a empresa numa perspetiva panorâmica e tentam compreendê-la *como um todo*, integrado, inclusivo e não fragmentado. Assim, pretende-se gerir a empresa de uma forma global, o que exige o seu conhecimento profundo e de todos os seus elementos integrantes, ou seja, os interesses, as expectativas, as necessidades e os impactos de todos aqueles que se movem em seu redor e que por ela podem ser afetados (acionistas, trabalhadores, credores, fornecedores e clientes).

Por outro lado, nesta perspetiva holística agora os trabalhadores e colaboradores (e todas as partes interessadas, incluindo acionistas) têm

⁽⁴⁰⁾ Cf. KAREN DE OLIVEIRA, *ob. cit.*, p. 38.

⁽⁴¹⁾ Segundo PEDRO JORGE MAGALHÃES, *ob. cit.*, p. 17, o propósito de uma sociedade é ser sustentável no longo prazo, mas para tal tem de ser socialmente e ambientalmente responsável: a adoção de boas práticas dá-lhes uma vantagem competitiva ao reforçar a confiança. Nas sociedades cotadas um bom governo reflete-se no valor da cotação das ações, como fator de diferenciação na concorrência e na sustentabilidade da empresa (p. 23).

uma *noção de pertença* e querem dar o seu melhor na procura de um *propósito comum*, obrigando-os a um maior envolvimento na vida da empresa, designadamente no conhecimento das estratégias, atividades, recursos, com ganhos em termos de eficiência empresarial que beneficiam todos de forma sustentável. Parece assim haver uma clara aproximação entre *shareholders* e *stakeholders*.

Por fim, a empresa deve ser *olhada externamente de uma forma global*, ou seja, na sua relação com a concorrência, a sua economia, os recursos naturais, a comunidade em geral onde se insere. Enfim, responsabiliza-se perante a comunidade com especial foco no seu impacto positivo social e ambiental. O propósito societário vai para além do lucro financeiro, porque a empresa é agora considerada como parte integrante de um sistema mais amplo.

Deste modo é valorizada a *interconexão* entre todas as suas partes e a totalidade do sistema em que está inserida, ou seja, entre os aspetos financeiro, operacional, organizacional, social e ambiental. A gestão holística empresarial visa equilibrar eficiência operacional, responsabilidade social e sustentabilidade ambiental, com vista a criar valor a longo prazo para a empresa e para a comunidade em geral.

Concluindo, para melhor compreender o mundo atual mais complexo e interligado — e, assim, melhor enfrentar os desafios e oportunidades do século XXI —, será determinante uma *perspetiva holística* para enquadrar a doutrina do propósito, que integre considerações éticas, sociais e ambientais no processo de tomada de decisão e considere a relação entre todos os elementos envolvidos. Ao adotar práticas sustentáveis, a administração assume um compromisso efetivo com os interesses das partes interessadas, restando-lhe encontrar o equilíbrio certo entre os diversos interesses, numa atitude flexível e adaptável. Tudo de modo a garantir o bem-estar geral e a sustentabilidade a longo prazo numa abordagem de governo agora mais holística, consciente e responsável.

De seguida, analisaremos as dimensões interna e externa da doutrina do propósito, com especial atenção para a ponderação dos interesses de apenas alguns *stakeholders* — dos trabalhadores e da comunidade —, para em seguida nos focarmos na viabilidade de um propósito comum a todos os envolvidos na vida societária.

2.1. Dimensão Interna: Acionistas e Trabalhadores

A *dimensão interna* foca-se nos interesses e necessidades dos *stakeholders internos*, incluindo acionistas, administradores, trabalhadores e outros colaboradores diretos e valoriza a criação de uma cultura organizacional interna alinhada com os valores éticos, a RSE e o propósito mais amplo da empresa.

Começemos então por questionar como ponderar de forma equitativa os interesses dos acionistas com os interesses dos *trabalhadores e colaboradores*⁽⁴²⁾. A ponderação destes interesses envolve um equilíbrio delicado, mas é crucial para um governo societário equitativo e sustentável.

De modo a conseguir esse equilíbrio e alinhar estes interesses, é essencial adotar algumas práticas societárias, tais como uma maior participação ativa dos trabalhadores nos processos de tomada de decisão e nos lucros da empresa. Depois, uma maior comunicação e transparência nas decisões estratégicas, bem como práticas de remuneração e benefícios equitativas. Por fim, a avaliação de desempenho sustentável (em relação à satisfação dos colaboradores) e o investimento no desenvolvimento profissional também contribuem para a competitividade e inovação da empresa. Muitas destas práticas implicarão certamente a redefinição dos deveres fiduciários dos administradores, mais focados agora no bem-estar dos trabalhadores a par com o retorno acionista.

Nesta ponderação equitativa, as empresas que consideram igualmente os interesses dos acionistas e dos trabalhadores podem criar valor de forma mais sustentável, isto porque os trabalhadores estando envolvidos e satisfeitos vão contribuir significativamente para a produtividade e inovação, beneficiando a empresa a longo prazo. Depois, certamente vão atrair investidores responsáveis, que veem com bons olhos empresas que adotam uma abordagem equitativa, considerando não apenas os resultados financeiros, mas também o impacto social e o bem-estar dos trabalhadores. Por outro lado, uma cultura organizacional assente num propósito sustentável, consegue reduzir o risco de conflitos e promover um ambiente de trabalho mais colaborativo, podendo deste modo ajudar a reter talentos e a motivar os colaboradores⁽⁴³⁾.

(42) Sobre as práticas sustentáveis e a importância da ponderação dos interesses dos trabalhadores na vida empresarial v. COLLIN MAYER, *Prosperity...*, cit., R. EDWARD FREEMAN, *Strategic Management: A Stakeholder Approach*, Cambridge University Press, 2015, ALEX EDMANS, *ob. cit.* e REBECCA HENDERSEN, *ob. cit.*

(43) As empresas *Unilever* e *Patagonia* são dois bons exemplos de sucesso que integram os

2.2. Dimensão Externa: Implicações Sociais e Ambientais

Por sua vez, a *dimensão externa* reconhece a importância de envolver os *stakeholders externos*, como *clientes, fornecedores, comunidade e o meio ambiente*, e destaca o compromisso da empresa em avaliar e gerir o seu impacto social e ambiental, indo para além da organização e considerando o bem-estar geral da comunidade. Agora, as empresas também precisam de ser flexíveis e capazes de se adaptar às mudanças nas expectativas dos consumidores e investidores em relação à responsabilidade social.

Por agora interessa-nos apenas sublinhar a questão, não menos complexa e mais abrangente, da ponderação dos interesses da empresa com *os da comunidade*⁽⁴⁴⁾ em que está inserida. Esta relação toca numa parte essencial da temática da RSE. Sabemos que muitas vezes o interesse social (da empresa) não coincide de todo com os interesses sociais/comunitários mais amplos.

De modo a ponderar e equilibrar estes interesses devemos ter em consideração que é necessário:

- 1) fomentar a participação ativa da comunidade, através de canais efetivos de comunicação, de modo a atender às suas preocupações e necessidades e envolvê-la nas decisões que a possam afetar;
- 2) avaliar o impacto social das operações da empresa na comunidade local e identificar possíveis contribuições positivas;
- 3) desenvolver programas de responsabilidade social que beneficiem a comunidade, tais como iniciativas de apoio à educação, saúde, cultura, meio ambiente e desenvolvimento local;
- 4) procurar oportunidades de criação de valor compartilhado, ou seja, práticas empresariais que beneficiam tanto a própria empresa e o seu negócio, como a própria comunidade;
- 5) incluir representantes comunitários em processos de decisão que possam ter efeito significativo e assim fomentar a transparência e o conhecimento das perspetivas locais;

interesses dos trabalhadores nas suas estratégias de longo prazo, acreditando que o bem-estar destes incrementa os resultados financeiros a longo prazo.

⁽⁴⁴⁾ Sobre as práticas sustentáveis e a importância da ponderação dos interesses da comunidade v. JOHN ELKINGTON, *ob. cit.*, R. EDWARD FREEMAN, *Strategic Management...*, *cit.*, bem como REBECCA HENDENSEN, *ob. cit.*

- 6) adotar práticas empresariais compatíveis com os valores e a cultura locais;
- 7) promover ações e contribuições para o desenvolvimento sustentável da comunidade a longo prazo;
- 8) por fim, mas não menos importante, assegurar o diálogo aberto com a comunidade em caso de conflitos de interesses, procurando soluções e mitigando impactos negativos.

Esta ponderação de interesses pode levar à tomada de decisões difíceis, mas com ganhos a longo prazo, ou seja, com benefícios para ambos, empresa e comunidade. A adoção destas práticas empresariais éticas, sustentáveis e socialmente responsáveis acabará por viabilizar um maior envolvimento e transparência, fundamentais para garantir, no longo prazo, um impacto positivo empresarial na comunidade em que está inserida, sendo decisiva para o futuro sucesso empresarial.

Verificamos, assim, que a integração destas duas dimensões (interna e externa) da doutrina do propósito procura criar uma abordagem mais completa e equilibrada na gestão empresarial, ou seja, uma abordagem holística que busca harmonizar os interesses internos e externos para promover um governo societário mais responsável e sustentável⁽⁴⁵⁾.

2.3. Um Propósito Comum?

Depois de analisados os interesses envolvidos na vida da empresa, importa questionar sobre a viabilidade de um *propósito comum* a todas estas partes interessadas. Pode ser difícil e desafiador⁽⁴⁶⁾, na medida em que esses grupos muitas vezes têm perspectivas e necessidades bem distintas e são portadores de interesses muitas vezes conflitantes. No entanto, a ideia é encontrar áreas de convergência onde os interesses dessas partes possam alinhar-se, contribuindo para um objetivo compartilhado.

⁽⁴⁵⁾ De acordo com PEDRO JORGE MAGALHÃES, *ob. cit.*, p. 15, as empresas procuram o máximo lucro possível, mas é necessária alguma regulamentação para temperar e limitar o seu instinto de competitividade, de modo a torná-las socialmente responsáveis e ambientalmente sustentáveis.

⁽⁴⁶⁾ Muitos Autores questionam a viabilidade deste propósito comum como LUCIAN BEBCHUK & ROBERTO TALLARITA, *The Illusory Promise...*, *cit.*, que criticam a ideia da harmonização dos interesses de todas as partes interessadas, afirmando que os interesses dos acionistas ainda prevalecem e que o propósito comum pode diluir a responsabilidade dos administradores.

A doutrina do propósito postula certos valores comuns a todos que podem facilmente ser aceites pelos *stakeholders*. Assim, o propósito comum deve ser entendido como: *criação de valor compartilhado*⁽⁴⁷⁾, *sustentabilidade*, *estabilidade e prosperidade* (a longo prazo) e *compromisso ético*.

Antes de mais, importa identificar valores universais que possam ser compartilhados por todos os envolvidos, tais como ética empresarial, direitos humanos, transparência e RSE, bem como, procurar objetivos sustentáveis, de longo prazo, benéficos para eles, como responsabilidade ambiental e inclusão social. Também será decisiva a sua participação ativa nos processos de tomada de decisão, gerando um sentimento de pertença e de envolvimento compartilhado. Tudo isto a par de uma abordagem holística que leve em consideração não apenas os interesses financeiros, mas também os impactos sociais e ambientais das operações da empresa, e que permita igualmente a compreensão das necessidades diversificadas de todos os *stakeholders* e a sua interconexão. Será ainda importante adotar mecanismos efetivos de gestão de conflitos (negociações e mediação), assim como práticas que compartilhem benefícios de forma equitativa entre todas as partes interessadas. Por fim, será necessário um processo contínuo de monitorização e avaliação das práticas de modo a garantir que estas estejam alinhadas com os interesses de todos.

Em conclusão, embora não seja possível encontrar um propósito comum absoluto que atenda sempre ou de maneira idêntica a todos interesses, deve-se procurar encontrar um *equilíbrio sustentável* que beneficie a empresa e todas as partes interessadas de maneira equitativa e ética, exigindo uma abordagem flexível e adaptável que reflita as dinâmicas em constante mudança.

3. Sinergia entre o Propósito e o Governo Sustentável

Verificamos que a doutrina do propósito numa perspetiva holística e o governo societário sustentável *convergem* em direção a práticas empresariais que transcendem a busca exclusiva pelo lucro, incorporando considerações mais amplas de impacto ESG.

⁽⁴⁷⁾ Conceito este da autoria de MICHAEL PORTER & MARK KRAMER, *Creating Shared Value — How to reinvent capitalism — and unleash a wave of innovation and growth*, Harvard Business Review, 2011, no sentido de crescimento sustentável e inovação social.

Esta doutrina propõe que as empresas encontrem um propósito que vá além dos interesses dos acionistas e inclua o bem-estar das partes interessadas, como trabalhadores, clientes, comunidade e o meio ambiente, procurando assim uma integração mais ampla e equitativa dos diversos elementos que compõem o ecossistema empresarial.

Por sua vez, o governo societário sustentável refere-se à estrutura de tomada de decisões e responsabilidade nas empresas, integrando princípios de sustentabilidade e considerações sociais e ambientais, o que implica um governo que busca não apenas a maximização de lucros, mas também a preservação de recursos, a promoção da equidade e o compromisso perante todas as partes interessadas e a própria comunidade.

Daqui podemos facilmente deduzir que existe uma *estreita sinergia* entre esta doutrina e o governo sustentável⁽⁴⁸⁾, na medida em que ambos se complementam e reforçam mutuamente na busca por uma abordagem mais holística e responsável da empresa, designadamente, ao valorizarem todas as partes interessadas e o impacto ambiental, a transparência, a prestação de contas e os critérios ESG na avaliação do desempenho, o envolvimento e a participação ativa dos *stakeholders* e, por fim, a inovação responsável que enfrenta os desafios emergentes criando valor sustentável a longo prazo.

Concluimos, assim, que estas duas abordagens se complementam e refletem uma mudança de paradigma em direção a práticas empresariais mais conscientes e responsáveis, reconhecendo que o sucesso a longo prazo está intrinsecamente ligado ao impacto positivo na comunidade, no meio ambiente e na sustentabilidade, assim como nos *stakeholders* envolvidos.

3.1. RSE: Relação entre Objeto Social e Investimento Responsável

A par da perda de confiança resultante de crises económicas e de escândalos financeiros, importa aqui sublinhar que enfrentamos desafios globais cada vez mais complexos e interconectados, como mudanças climáticas, desigualdade económica, pobreza, segurança alimentar, saúde pública, crise ambiental, pandemias globais e avanços tecnológicos disruptivos, os quais requerem uma resposta coletiva e coordenada das

(48) Vários Autores tratam da temática desta sinergia, com especial destaque para COLLIN MAYER, *Prosperity...*, *cit.*, que defende que o governo sustentável é essencial para alcançar o propósito que vai além do lucro e JOHN ELKINGTON, *ob. cit.* que sublinha como o propósito se pode alinhar com a sustentabilidade e como as empresas devem equilibrar interesses económicos, sociais e ambientais.

empresas para garantir um futuro sustentável, ou seja, uma abordagem holística que leve em consideração múltiplos fatores e perspetivas para encontrar soluções eficazes e sustentáveis.

Tudo isto levou a uma forte *consciencialização sobre a interconexão* entre as atividades humanas e o meio ambiente, trazendo consigo uma crescente responsabilidade ambiental e social, na medida em que pressiona as empresas a assumir um compromisso em relação ao meio ambiente e à comunidade em que operam. Um governo societário sustentável garante que as empresas incorporem considerações ambientais e sociais nas suas decisões e práticas comerciais.

Daqui resultou uma crescente integração de *critérios ESG* por parte das empresas nas suas decisões de investimento, tendo os investidores “responsáveis” começado a priorizar empresas que adotam práticas sustentáveis e éticas, ao reconhecer que a sustentabilidade a longo prazo pode resultar em benefícios financeiros e mitigar riscos⁽⁴⁹⁾.

O conceito de RSE visa impulsionar as empresas a comprometerem-se com metas de responsabilidade social no âmbito dos direitos humanos, trabalho, meio ambiente e combate à corrupção. Todavia, ainda tem um carácter instrumental e acessório em relação aos deveres fiduciários dos administradores, continuando sem força legal⁽⁵⁰⁾.

A RSE incorpora uma perspetiva social, na medida em que a atividade empresarial tem um impacto global na comunidade e uma perspetiva ética, devendo agir em benefício da sociedade, bem como estar alinhada com as necessidades e expectativas dos *stakeholders* e orientada por uma estratégia de criação de riqueza a longo prazo⁽⁵¹⁾. Assim, a RSE procura introduzir preocupações sociais e ambientais que garantam a sustentabilidade da empresa, ao garantir melhores condições para os trabalhadores e para os restantes *stakeholders*, preservando o lucro⁽⁵²⁾.

Devemos concluir que a RSE envolve todas as práticas empresariais⁽⁵³⁾ que visam promover um *impacto positivo na sociedade e no*

(49) Também assistimos a um crescente investimento responsável por parte de investidores institucionais e fundos de investimento, que incorporam critérios ESG nas suas decisões de investimento, pelo que as empresas comprometidas com o propósito e a sustentabilidade têm maior probabilidade de atrair investidores e de obter financiamento.

(50) Sobre esta temática R. EDWARD FREEMAN, *et. al.*, *Stakeholder Theory ... cit.*, p. 251, defende a necessidade de redefinir o conceito de RSE, adotando-a como um novo modelo de *governance* e criando deveres fiduciários também para com as outras partes interessadas, admitindo, contudo, que seria necessário primeiro abandonar a sua visão instrumentalista (p. 250).

(51) Cf. PEDRO JORGE MAGALHÃES, *ob. cit.*, pp. 144-145.

(52) Cf. *idem, ibidem*, p. 21.

(53) Exemplos de práticas de RSE, tais como, a adoção de um código de conduta, a conformi-

ambiente, reflexo do compromisso que a empresa tem com o bem-estar social e a sustentabilidade, pressionada pela sociedade que espera dela um comportamento cada vez mais responsável, resultando daí vantagens competitivas⁽⁵⁴⁾.

3.2. A Prioridade da Sustentabilidade

Importa sublinhar que a comunidade atual tem igualmente uma crescente preocupação no que respeita à *sustentabilidade*, evidenciada por diversas tendências e mudanças de comportamento que refletem a busca por práticas mais éticas e responsáveis.

Entre esses indicadores, importa sublinhar a crescente consciencialização pública das questões ESG, estando os cidadãos atualmente mais informados sobre os desafios globais, com a conseqüente crescente sensibilização sobre o propósito societário e a responsabilidade social das empresas em promover um mundo mais justo e sustentável. Assistimos, deste modo, a um maior ativismo social e ambiental e a uma maior pressão da comunidade e das partes interessadas no sentido de uma postura mais responsável e ética para com o bem-estar social e ambiental. A falta de compromisso com a sustentabilidade pode levar à perda de negócios, de talentos e de investimentos, pelo que um governo societário sustentável atende às necessidades e expectativas dos seus *stakeholders*, construindo relações de longo prazo e fortalecendo a sua reputação.

Por sua vez, existe uma exigência cada vez maior de relatórios de sustentabilidade e uma crescente pressão dos investidores por uma divulgação mais transparente das práticas ESG empresariais, essencial para avaliarem o impacto social e ambiental e tomarem decisões informadas⁽⁵⁵⁾. De igual modo, há uma mudança nas preferências dos investidores mais jovens e dos consumidores relativamente a produtos e serviços sustentáveis, estando ambos agora mais propensos a escolher empresas que

dade legal, desenvolver uma cultura organizacional focada no bem-estar dos trabalhadores e na comunicação com a comunidade local e utilizar fontes de energia renovável.

⁽⁵⁴⁾ Para uma leitura mais detalhada sobre a temática da RSE v. MICHAEL PORTER & MARK KRAMER, *ob. cit.*, que alinham a RSE com os interesses estratégicos e lucrativos da empresa, bem como JOHN ELKINGTON, *ob. cit.*, que defende que o desempenho de uma empresa deve ser medido igualmente pelo impacto social e ambiental.

⁽⁵⁵⁾ Igualmente a criação de índices sustentáveis e a popularidade dos investimentos de impacto evidenciam a crescente importância em alinhar os investimentos com valores sociais e ambientais.

adotam práticas éticas e sustentáveis, acabando por influenciar as estratégias de mercado. Outro fator importante desta tendência atual diz respeito à crescente adoção de inovações tecnológicas voltadas para a sustentabilidade⁽⁵⁶⁾. Por fim, verificamos que existe um crescente foco em programas de educação e consciencialização de práticas empresariais sustentáveis, estando atualmente as empresas mais abertas a incorporar iniciativas que promovam a RSE.

Todos estes indicadores demonstram que existe hoje uma maior consciência e preocupação social no que respeita à sustentabilidade, com práticas empresariais mais éticas e responsáveis (sustentáveis), essenciais para o bem-estar a longo prazo da sociedade e do planeta, levando a uma abordagem mais equilibrada entre o retorno financeiro e o impacto positivo na comunidade.

3.3. Desafios e Resistências

Apesar desta nova dinâmica, existe ainda uma considerável preocupação por parte dos investidores sobre a possível diluição do seu retorno financeiro resultante das novas práticas mais sustentáveis com custos adicionais ou desvio de recursos das estratégias tradicionais de maximização do lucro. É importante reconhecer que os investidores não são um grupo homogêneo, e as suas preferências variam. Um número crescente de investidores institucionais, por exemplo, demonstra interesse em critérios ESG. Portanto, a evolução em direção à doutrina do propósito societário também pode refletir uma resposta às mudanças nas necessidades e expectativas dos próprios investidores.

Surgiram muitos *desafios e críticas* na implementação da doutrina do propósito e do governo mais sustentável, havendo hoje lugar a *resistência* por parte de muitos acionistas e investidores⁽⁵⁷⁾.

Há, desde logo, uma clara *resistência cultural e organizacional*, mais focada na maximização do valor acionista, o que pode constituir um desafio significativo na adoção desta doutrina. Depois, deparamo-nos com

⁽⁵⁶⁾ Tais como as energias renováveis, a eficiência energética, os transportes sustentáveis (ex. veículos elétricos), a agricultura e alimentação sustentáveis, a gestão de resíduos e reciclagem, a monitorização ambiental (da qualidade da água e do ar), a construção ecológica e outras tecnologias que minimizam o impacto ambiental.

⁽⁵⁷⁾ Sobre estes desafios e resistências v. LUCIAN BEBCHUK & ROBERTO TALLARITA, *The Illusory Promise...*, *cit.*, bem como COLLIN MAYER, *Prosperity...*, *cit.*, que reconhecem uma resistência considerável dos mercados financeiros focados no curto prazo.

diversos desafios associados à definição e medição de *métricas eficazes* para avaliar o desempenho na perspectiva do propósito e sustentabilidade. Outro fator importante é a pressão por *resultados financeiros imediatos* (curto prazo), o que também dificulta a implementação de práticas sustentáveis e de propósito a longo prazo. *As disparidades na respetiva regulamentação* também a dificultam, bem como, será muito desafiante harmonizar e alinhar os *interesses tão distintos e potencialmente conflitantes* dos diferentes *stakeholders*. Por fim, o risco da *prática de “greenwashing”*⁽⁵⁸⁾ coloca em causa a confiança do mercado e compromete os esforços de sustentabilidade. Ou seja, a tendência das empresas para prestar falsas informações nos seus relatórios de sustentabilidade, adotando uma retórica alinhada com o propósito e promovendo uma imagem socialmente responsável sem, no entanto, implementar práticas sustentáveis substanciais e genuínas.

Com vista a ultrapassar estas dificuldades temos de nos focar na *educação e consciencialização*, enquanto abordagens inovadoras para superar a resistência à mudança e desenvolver uma compreensão mais profunda do propósito e da sustentabilidade. Depois, a criação de *incentivos* (ex. fiscais) para investimentos de longo prazo e a *pressão por parte dos reguladores* no sentido de uma maior transparência e compromisso com as práticas ESG. Por outro lado, a integração de *tecnologia* consegue ser uma solução inovadora para melhorar a medição e determinação de métricas e facilitar a implementação de práticas sustentáveis. Por fim, o *envolvimento de stakeholders* e a *pressão dos investidores institucionais* serão fatores determinantes na adoção desta doutrina, sendo decisivo o esforço entre todos na mesma direção.

A necessidade de encontrar um *equilíbrio sustentável* que atenda tanto às expectativas e aos interesses dos investidores quanto às preocupações sociais e ambientais, de participação social e de sustentabilidade é um desafio contínuo na evolução do papel das empresas na sociedade moderna.

3.4. Vantagens da Doutrina do Propósito

Chegados aqui, podemos questionar se as sociedades que adotam esta perspectiva sustentável e holística do propósito não correrão o risco de se

⁽⁵⁸⁾ Sobre este fenómeno v. MAGALIA A. DELMAS & VANESSA C. BURBANO, “The Drivers of Greenwashing”, *California Management Review*, 54 (1), 2011, pp. 64-87.

tornar menos atrativas para os investidores. Vamos então analisar em que medida a doutrina do propósito e uma perspectiva holística trazem *vantagens competitivas* e um *impacto positivo* no desempenho financeiro e na reputação das empresas.

A atratividade para adotarem esta perspectiva varia dependendo do perfil dos investidores e das práticas específicas implementadas pelas empresas. Muitos deles, em particular os tradicionalmente alinhados com a teoria acionista, têm como prioridade o retorno financeiro imediato sobre o investimento e podem não atribuir tanta importância às práticas sustentáveis. Em última análise, tudo depende da convergência entre as prioridades da empresa e as preferências dos investidores.

Podemos, então, questionar se o acionista investidor não estará mais preocupado com o seu retorno financeiro do que com o impacto social e ambiental. Como convencer os acionistas dos benefícios desta doutrina e promover a adesão por parte das grandes sociedades? Como fundamentar a doutrina do propósito e fomentar esta abordagem sustentável e holística do *corporate governance*, de modo a incentivar uma maior adesão na adoção de práticas empresariais mais sustentáveis focadas no contributo positivo para a sociedade? Importa sublinhar que a aceitação desta doutrina varia entre os acionistas, os quais perdem agora algum protagonismo face à “desvalorização” do seu papel entre os *stakeholders*.

Entre as vantagens e argumentos para persuadir os acionistas devemos, antes de mais, começar pelas decisivas *razões económicas*, que parecem tornar as empresas mais resilientes, atrativas e adaptáveis, contribuindo para o sucesso a longo prazo.

Em primeiro lugar, a doutrina do propósito (perspetiva holística) permite *criar valor sustentável a longo prazo*: ao valorizar a sustentabilidade e considerar todas as partes interessadas vai contribuir para a *estabilidade e o sucesso duradouro* da empresa, permitindo criar valor a longo prazo, com benefícios para os acionistas, *stakeholders* e a sociedade como um todo. Ou seja, esse alinhamento pode contribuir para a resiliência financeira e a sustentabilidade do negócio, enfim, para a estabilidade económica com benefício para os acionistas.

Depois, também permite a *mitigação de riscos*: as empresas começam a perceber que a consideração dos impactos sociais e ambientais das suas operações não é apenas uma questão de responsabilidade social, mas também uma questão de sobrevivência a longo prazo. Assim, as práticas sustentáveis podem contribuir para um retorno financeiro sustentável, designadamente, a consideração de fatores ESG consegue reduzir riscos a longo prazo e melhorar o desempenho financeiro, criando oportunidades

de inovação e de crescimento⁽⁵⁹⁾. Ou seja, a consideração de fatores ESG é essencial para *mitigar riscos ambientais e sociais*, relacionados com as mudanças climáticas, regulamentações mais rígidas e questões sociais, fortalecendo assim a empresa e expondo-a menos a fatores exteriores, pelo que, esta abordagem holística parece-nos mais capaz de responder aos recentes desafios globais, em relação aos quais as empresas podem ter um papel fundamental⁽⁶⁰⁾.

Acresce que estas práticas sustentáveis fortalecem a *credibilidade e reputação* da empresa, atraindo mais clientes e conferindo-lhe uma “*licença social para operar*” (LSO)⁽⁶¹⁾ numa sociedade cada vez mais consciente e responsável. As empresas que adotam uma abordagem holística têm capacidade para mitigar riscos financeiros, jurídicos e reputacionais, ou seja, a consideração de fatores sociais e ambientais pode ajudar a construir uma reputação sólida, atrair mais clientes e talentos, prevenir litígios e penalidades regulatórias, promovendo a transparência e a prestação de contas e, assim, ter ganhos de competitividade valorizando a sua cotação de mercado.

⁽⁵⁹⁾ Vários Autores defendem esta ideia de valor a longo prazo, tais como COLLIN MAYER, *Prosperity...*, cit., e JOHN ELKINGTON, *ob. cit.* Também GUIDO FERRARINI, “*Firm Value versus Social Value: Dealing with the Trade-offs*”, Law Working Paper N.º 686/2023, pp. 35-36, demonstra como as empresas podem gerar valor social enquanto aumentam seu valor económico de longo prazo, tendo chamado a atenção para a importância da aprovação da Proposta de Diretiva de *due diligence* em matéria de sustentabilidade na implementação desta doutrina, a qual foi, entretanto, aprovada em Julho de 2024. Sobre esta Proposta e o diploma que a inspirou (*Loi PACTE francesa*) v. ALAIN PIETRANCOSTA, “*Codification in Company Law of General CSR Requirements: Pioneering Recent French Reforms and EU Perspectives*”, ECGI Law Working Paper N.º 639/2022. Por sua vez, MARCA ROE, “*Corporate Purpose and Corporate Competition*”, ECGI Law Working Paper N.º 601/2021, vem rebater estes argumentos ao defender que em mercados muitos competitivos as empresas não se podem desviar muito da maximização do lucro para programas dispendiosos de propósito, a menos que aumentem a lucratividade, enquanto noutros mercados de concorrência fraca as empresas oligopolistas ou monopolistas podem facilmente aderir a um propósito mais abrangente.

⁽⁶⁰⁾ Esta abordagem holística do propósito está alinhada com várias iniciativas globais, como os *Objetivos de Desenvolvimento Sustentável* (ODS) da ONU, os *Princípios para o Investimento Responsável* (PRI) e as orientações da *Task Force on Climate-related Financial Disclosures* (TCFD), as quais vêm promovendo a integração de critérios ESG nas decisões de investimento, incentivando os investidores a considerar não apenas o retorno financeiro, mas também o impacto mais amplo, social, ambiental e ético.

⁽⁶¹⁾ Sobre o conceito de LSO v. DANIEL M. FRANKS & TAMAR COHEN, “*Social Licence in Design: Constructive technology assessment within a mineral research and development institution*”, *Technological Forecasting and Social Change*, Vol. 79, Issue 7, September 2012, pp. 1229-1240, bem como ANTÓNIO PEDRO, *et. al.*, “*Towards a sustainable development licence to operate for the extractive sector*”, *Miner Econ* 30, pp. 153-165 (2017). Este conceito de LSO é frequentemente utilizado para representar uma aceitação contínua por parte da população local em torno de um determinado projeto, fundamental no setor dos recursos naturais.

Outro importante fator econômico reside no *acesso mais fácil ao capital*. Os investidores exercem forte pressão pois consideram cada vez mais fatores ESG nas suas decisões de investimento, pelo que as empresas que demonstrem um forte compromisso com a responsabilidade social e a sustentabilidade tornar-se-ão mais atrativas e terão um acesso mais fácil ao capital, com benefício para os acionistas ao reduzir os custos do capital e aumentar o valor de mercado das suas ações. Ou seja, tenderão a atrair investidores responsáveis (com valores éticos mais alinhados com a sustentabilidade), dispostos a abdicar de parte dos seus lucros no curto prazo, o que facilita o acesso ao capital, reduz o seu custo e constitui, portanto, uma considerável vantagem competitiva⁽⁶²⁾.

Acresce outro argumento decisivo: *inovação e adaptação*. As empresas que adotam estas práticas sustentáveis estão mais incentivadas para inovar e adaptar-se às mudanças do mercado global, ajudando a atrair acionistas que privilegiam uma contínua inovação e adaptação, sendo a flexibilidade um ativo valioso na resposta às mudanças do mercado. A inovação orientada para a sustentabilidade traz consigo eficiência operacional, redução de custos e novas oportunidades de mercado. Ou seja, a perspectiva holística pode ajudar as empresas a antecipar e adaptarem-se a essas mudanças. Ao alinhar os seus objetivos comerciais com as necessidades da sociedade, aquelas desenvolvem produtos e serviços mais relevantes e atraem consumidores cada vez mais conscientes, podendo destacar-se como líderes de mercado e agentes de mudança⁽⁶³⁾.

Depois, também temos de ter em consideração que as *expectativas dos consumidores* estão a mudar, na medida em que valorizam cada vez mais as sociedades alinhadas com valores éticos e sustentáveis. Existe hoje uma crescente procura por produtos e serviços sustentáveis, levando a uma adaptação estratégica para atender a essa nova realidade de mercado. À medida que as expectativas sociais mudam, empresários e acionistas sentem uma crescente pressão por parte da comunidade e dos consumidores para se alinharem com essas expectativas, sendo a perspectiva holística do propósito societário aquela que reflete melhor essas mudanças sociais⁽⁶⁴⁾.

⁽⁶²⁾ Algumas empresas, como a *Unilever*, a *Tesla*, a *Iberdrola* e a *Apple*, que privilegiam práticas sustentáveis e estão alinhadas com critérios ESG, têm relatado o acesso mais fácil ao capital sustentável, na medida em que os investidores e instituições financeiras que promovem práticas sustentáveis estarão mais dispostos a apoiar financeiramente estas empresas.

⁽⁶³⁾ A este respeito REBECCA HENDERSEN, *ob. cit.*, argumenta que estas empresas são mais criativas e estão mais aptas para inovar, o que constitui uma considerável vantagem competitiva.

⁽⁶⁴⁾ Sobre a crescente pressão dos consumidores como vantagem na adoção desta doutrina v. JOHN ELKINGTON, *ob. cit.*, e REBECCA HENDERSEN, *ob. cit.*

Devemos igualmente ter em conta que o *envolvimento e a participação ativa de todas as partes interessadas* serão decisivos para fomentar esta mudança e evolução, como por exemplo, envolver os acionistas no diálogo sobre as mudanças propostas e garantir uma comunicação transparente de modo a facilitar a sua compreensão e aceitação. Por outro lado, esta abordagem holística do propósito promove o envolvimento positivo das outras partes interessadas (*stakeholders*), incluindo trabalhadores, credores, clientes, comunidades e autoridades regulatórias, o que pode ser benéfico para a empresa a vários níveis, desde logo ao criar valor compartilhado, com ganhos para todos os envolvidos⁽⁶⁵⁾.

Importa também sublinhar que a presente abordagem tende a *atrair e a reter talentos*, sendo os trabalhadores muitas vezes atraídos por empresas que adotam práticas mais sustentáveis e com valores com os quais eles se identificam. Assim, a cultura organizacional assente num propósito sustentável consegue reter talentos e motivar os trabalhadores com benefícios para os acionistas e para a empresa.

Igualmente a *introdução de incentivos* que estejam alinhados com práticas sustentáveis pode atrair acionistas, como por exemplo, integrar critérios ESG nos planos de remuneração dos administradores⁽⁶⁶⁾.

Por fim, assistimos a uma *implementação crescente de regulamentações e normas de critérios ESG*, no sentido de uma tendência global para incentivar práticas sustentáveis e valorizar questões relacionadas com a responsabilidade ambiental e social, como são o exemplo da CSRD e da CS3D. Existem cada vez mais normas exigindo que as empresas relatem e mitiguem os seus impactos sociais e ambientais⁽⁶⁷⁾. Por outro lado, a pre-

⁽⁶⁵⁾ Sobre a importância do envolvimento de todas partes interessadas v. R. EDWARD FREEMAN, *Strategic...cit.*, bem como COLLIN MAYER, *Prosperity...*, *cit.*

⁽⁶⁶⁾ ROBERTO BARONTINI & JENIFFER G. HILL, “*Sustainability Executive Compensation*”, ECGI Law Working Paper N.º 747/2023, p. 33, abordam a evolução da remuneração dos executivos, incluindo a recente tendência para a integração da sustentabilidade e das metas ESG nos pacotes de remuneração, concluindo que, embora a remuneração associada ao ESG possa agravar o problema de agência e o risco de “*greenwashing*”, no entanto, essa compensação pode proporcionar um forte incentivo para práticas empresariais mais sustentáveis no futuro. Já LUCIAN BEBCHUK, & ROBERTO TALLARITA “*The Perils and Questionable Promise of ESG-Based Compensation*”, ECGI Law Working Paper N.º 671/2022, pp. 42-43, questionam o uso de métricas ESG na remuneração dos executivos, defendendo que estas apenas atendem aos interesses deste últimos e não dos acionistas ou partes interessadas, chegando mesmo a questionar a eficácia de um escrutínio externo, concluindo que não deve ser nem apoiada por aqueles que se importam profundamente com o bem-estar das partes interessadas.

⁽⁶⁷⁾ Empresas em setores sensíveis ao meio ambiente, como energia, recursos naturais e alimentos, estão sujeitas a regulamentações rigorosas que visam reduzir seu impacto ambiental e social. Um governo societário sustentável ajuda as empresas a cumprir essas regulamentações e a adaptar-se a um ambiente regulatório em constante evolução.

visível crescente regulamentação nesta matéria exige que as empresas adotem cada vez mais práticas sustentáveis e socialmente responsáveis para poderem operar nos mercados globais.

Todos estes fatores serão fundamentais para mudar mentalidades, contribuindo para a adesão gradual e crescente consciencialização dos benefícios a longo prazo das práticas sustentáveis, especialmente para aqueles que tradicionalmente priorizavam o lucro financeiro imediato. Esta aceitação pode não ser pacífica nem universal, havendo lugar a resistência por parte de muitos acionistas e investidores tal como vimos anteriormente. Contudo, à medida que os seus benefícios se vão tornando mais evidentes e aumenta a consciência sobre os desafios globais, é natural que haja uma maior aceitação desta mudança de paradigma no sentido de um governo societário mais sustentável e inclusivo⁽⁶⁸⁾.

Concluimos que o *corporate purpose* promove confiança. Quando as empresas se comprometem com um propósito, todas as partes interessadas estão igualmente comprometidas com ele, trazendo benefícios para todos: empresa, partes interessadas e comunidade. Ajuda a envolver trabalhadores, fideliza clientes, torna os fornecedores mais fiáveis, as comunidades mais solidárias e os investidores mais participativos, resultando em mais receitas e menos custos⁽⁶⁹⁾. Mudar o propósito exige uma cooperação de todos, sociedade civil, investidores, empresas, reguladores, e visa entregar valor tanto para os acionistas como para os *stakeholders*, todos eles agora focados no seu impacto positivo na sociedade e no ambiente.

Existem cada vez mais exemplos de empresas bem-sucedidas como a *Unilever* (*Unilever Sustainability Living Plan*), a *IKEA* (“*To create a better everyday life for the many people*” — compromisso com materiais renováveis e recicláveis), a *Patagonia* (“*We’re in business to save our home planet*”) e a *Tesla* (“*To accelerate the world’s transition to sustainable energy*”), entre outras, que vêm adotando esta doutrina e implementando práticas sustentáveis com uma clara missão de propósito, o que pode ajudar a sustentar esta mudança de paradigma⁽⁷⁰⁾.

⁽⁶⁸⁾ Autores como R. EDWARD FREEMAN & KIRSTEN E. MARTIN & BIDHAN PARMAR, *The Power of And: Responsible Business Without Trade-Offs*, Columbia University Press, New York, 2020, reforçam a ideia de que o foco está na responsabilidade e na ética, valores que unem as empresas mais influentes da atualidade, ao priorizar o propósito e os lucros, criar valor para as partes interessadas e acionistas e integrar negócios e ética num modelo mais holístico. V. também JOHN IZZO & JEFF VANDERWIELEN, “*The Purpose Revolution — How Leaders Create Engagement and Competitive Advantage in an Age of Social Good*”, Berrett-Koehler Publishers, 2018.

⁽⁶⁹⁾ Cf. THE BRITISH ACADEMY, *ob. cit.*, p. 17.

⁽⁷⁰⁾ Sobre os vários casos de sucesso de empresas socialmente orientadas (com *dupla finali-*

4. Uma Nova Conceção do Direito Societário?

Esta evolução conceptual trará consigo *alterações na legislação societária* mais focada no propósito, considerando cada vez mais os interesses dos *stakeholders* e o impacto social e ambiental. Verificámos que o primado acionista é um modelo de governo limitado porque focado no curto prazo, comprometendo a inovação e o crescimento económico, bem como o impacto que a empresa pode ter na sociedade.

Esta mudança de paradigma com uma nova abordagem holística, ética e sustentável da empresa parece obrigar a repensar o direito das sociedades. Algumas jurisdições⁽⁷¹⁾ já implementaram alterações nas práticas empresariais de modo a refletir os valores da RSE, da governação sustentável e a consideração de todas as partes interessadas⁽⁷²⁾.

Tentarmos integrar a doutrina do propósito no direito das sociedades⁽⁷³⁾ não deixa de ser transformador e desafiador. Assim, antes de mais, podemos ajustar as normas societárias de modo a conferir-lhes uma abordagem mais holística e sustentável, como por exemplo:

- 1) incluir objetivos sociais e ambientais nos estatutos da sociedade;
- 2) rever os deveres fiduciários dos administradores;
- 3) exigir relatórios de sustentabilidade obrigatórios que detalhem o desempenho social, ético e ambiental;
- 4) criar mecanismos de participação de *stakeholders* nas decisões empresariais (conselhos consultivos);

dade ou organização híbrida) v. JULIE BATTILANA & ANNE-CLAIRE PACHE & METIN SENGUL & MARISSA KIMSEY, “*The Dual-Purpose Playbook: What it takes to do well and do good at the same time*”, in Harvard Business Review, Mar-Abr 2019.

⁽⁷¹⁾ Como, por exemplo, a U.E. (CSRD e CS3D), a França (*Loi PACTE*, 2019), o Reino Unido (*Companies Act* 2006) e os Estados Unidos (*Environmental, Social and Governance Disclosure Requirements*), os quais lideram este movimento global da sustentabilidade e do propósito societário.

⁽⁷²⁾ No entanto, não nos podemos esquecer que a responsabilidade social não deve ser vista apenas como uma obrigação do Estado ou das empresas, pois cada indivíduo também tem um papel a desempenhar na construção de um mundo mais justo e sustentável, por exemplo, através de escolhas mais conscientes e responsáveis enquanto consumidores ou trabalhadores.

⁽⁷³⁾ COLLIN MAYER recentemente defendeu que o propósito societário deve ser colocado no centro da lei societária em todo o mundo como resposta à solução dos problemas que o capitalismo criou — v. “*Capitalism and Crises — How to Fix Them*”, Oxford University Press, 2024, — no seguimento da BRITISH ACADEMY in *Principles for Purposeful Business — How to deliver the framework for the Future of the Corporation*, 2019, cujo Princípio 1. prescreve que “*Corporate law should place purpose at the heart of the corporation and require directors to state their purposes and demonstrate commitment to them*”.

- 5) criar incentivos fiscais e regulatórios sustentáveis⁽⁷⁴⁾;
- 6) criar estruturas legais específicas, como empresas de benefício público com objetivos sociais e ambientais (ex. *Benefit Corporation*)⁽⁷⁵⁾;
- 7) reforçar a responsabilidade legal por violações éticas, sociais e ambientais e os procedimentos legais para abordar os litígios por danos daí resultantes (no seguimento da aprovação da CS3D)⁽⁷⁶⁾;
- 8) educar e dar formação sobre a doutrina do propósito nas instituições de ensino jurídico e económico; e
- 9) criar incentivos que promovam a pesquisa e o desenvolvimento sustentável.

Todos estes ajustamentos societários deverão contribuir para transformar o sistema legal e incentivar práticas empresariais reflexo da doutrina do propósito, promovendo assim uma abordagem empresarial mais sustentável e equitativa. Embora a resposta do legislador possa variar entre os diferentes contextos legais, há uma clara tendência global no sentido de práticas empresariais mais sustentáveis e socialmente responsáveis, o que certamente vai obrigar o direito das sociedades a adaptar-se a esta mudança de paradigma. Este ramo do direito tem um papel fundamental no modo de funcionamento das empresas, pelo que a sua evolução e adaptação vai facilitar a transição para uma abordagem que pondera o direito de uma empresa operar, com a sua necessidade de contribuir positivamente para comunidade⁽⁷⁷⁾.

⁽⁷⁴⁾ Ou seja, incentivar as empresas a adotarem práticas sustentáveis e socialmente responsáveis por meio de leis, regulamentações e políticas públicas, como, por exemplo, ao criar incentivos fiscais para empresas que investem em tecnologias limpas ou que reduzem as suas emissões de carbono. Sobre esta matéria v. COLLIN MAYER, *Prosperity...*, cit. e LUCIAN BEBCHUK & ROBERTO TALLARITA, *The Illfutory Promise...*, cit.

⁽⁷⁵⁾ Estrutura legal, também conhecida por *B-Corp*, criada nos EUA, que se compromete em gerar um impacto positivo na sociedade e no meio ambiente, tendo os seus administradores responsabilidades acrescidas também para com todas as partes interessadas.

⁽⁷⁶⁾ Esta Diretiva veio reforçar claramente a responsabilidade legal das empresas por violações éticas e ambientais, bem como as garantias das vítimas na reparação dos danos daí resultantes — cf. art. 29.º (*Responsabilidade civil das empresas e direito a compensação integral*).

⁽⁷⁷⁾ Em Portugal, como em outros países da U.E., as legislações e regulamentações societárias foram adaptadas para refletir as mudanças nas expectativas sociais em direção a práticas mais sustentáveis e responsáveis, tendo sido já transposta a *Diretiva de Divulgação de Informação não Financeira* (2014/95/UE), através do DL n.º 89/2017, de 28 de Julho, que exige que as empresas divulguem informações sobre o seu desempenho social, ambiental e de governo. Em Dezembro de 2022 esta Diretiva viria a ser reforçada pela CSRD.

A discussão em torno da perspectiva holística do propósito societário sugere que o direito societário está a passar por uma *evolução significativa*, que reflete uma crescente consciencialização da interconexão entre as empresas e a sociedade em geral e que procura transcender a visão tradicional, considerando o papel da empresa não apenas como uma entidade que visa somente o lucro, mas como uma parte integrante da comunidade global, com responsabilidades mais amplas⁽⁷⁸⁾.

4.1. Incorporar o Propósito nos Estatutos: Modelo *Profit-with-Purpose*

Tal como vimos anteriormente, faz sentido incentivar a inclusão de objetivos sociais e ambientais nos estatutos da sociedade, especificando que esta deve também contribuir para o bem-estar social e ambiental, para além do lucro, reavaliando assim o papel e o envolvimento dos acionistas, incentivando-os a considerar não apenas os retornos financeiros de curto prazo, mas também os impactos sociais e ambientais a longo prazo.

Não nos devemos esquecer que o direito societário permite muitos e diversos objetivos societários, ou seja, os propósitos de uma sociedade podem ser variados dentro dos limites da lei⁽⁷⁹⁾.

Neste contexto, ganha especial importância o modelo de empresa *profit-with-purpose*⁽⁸⁰⁾ (lucros com propósito), que incorpora nos estatutos um propósito social e ambiental e com o qual todos se comprometem e se responsabilizam, indo para além da mera maximização do valor acionista. Por outro lado, cria mecanismos de responsabilização de modo a garantir a

⁽⁷⁸⁾ Esta mudança de paradigma reflete uma evolução de perspectiva societária. A doutrina do propósito societário desafia a conceção tradicional centrada no contrato de sociedade que enfatizava os direitos e interesses dos acionistas como partes contratantes e visava primariamente maximizar o seu valor (contratualista), para ter agora uma visão mais ampla da empresa como instituição que tem responsabilidades sociais, ambientais e éticas (institucionalista).

⁽⁷⁹⁾ Sobre a grande amplitude do objeto social V. COUTINHO DE ABREU, Curso de Direito Comercial, Vol. II das Sociedades, 8.ª ed., Almedina 2024, bem como, DOROTHYS S. LUND & ELISABETH POLLMAN, *ob. cit.*, pp. 4-6 e COLLIN MAYER, “*What is Wrong with Corporate Law? The Purpose of Law and the Law of Purpose*”, ECGI Law Working Paper N.º 649/2022, p. 12, que conclui que “*The law can and should ensure the alignment of the corporation’s incentives with individual, societal, and planetary interests and promote the resolution of their problems by enabling... corporations, to commit credibly to their resolution*”.

⁽⁸⁰⁾ Sobre este modelo de empresa v. MICHAEL PORTER & MARK KRAMER, *ob. cit.* V. também KEVIN LEVILLAIN & BLANCHE SEGESTRIN, “*From primacy to purpose commitment: How emerging profit-with-purpose corporations open new corporate governance avenues*”, in *European Management Journal* 37, 2019, 637-647.

sua efetivação e monitorização, por exemplo, através da criação de um órgão independente⁽⁸¹⁾.

Agora, o critério de avaliação dos administradores será o alinhamento com o propósito societário ou objetivo comum. Eles estão mandata-dos pelos estatutos para procurar estratégias de longo prazo e produzir um impacto positivo na sociedade, já não sendo meros representantes dos interesses dos acionistas de controlo. Ao contrário da RSE, temos um documento com força legal (estatutos) que é tornado público, permitindo um maior envolvimento no modelo de governo por parte da comunidade e de todas as partes interessadas⁽⁸²⁾.

Este modelo promove a integração de propósito e lucro, pressupõe a criação de valor compartilhado, está relacionado com o conceito de *Triple Bottom Line*, considera os benefícios para os *stakeholders* e incentiva a inovação e adaptação às novidades do mercado. Podemos concluir que este novo modelo legal (embora opcional) de empresa *profit-with-purpose* representa um passo decisivo no sentido de viabilizar a doutrina do propósito e tem vindo a ser adotado pelo mundo fora⁽⁸³⁾. Diversas formas jurídicas seguiram este modelo, entre elas a *Benefit Corporation* (EUA, ex. a empresa *Patagonia*), a *Société à Mission* (França, ex. *Danone*), a *Società Benefit* (Itália, ex. *Davines Group*) e a *Community Interest Company* ou *CICs* (Reino Unido, ex. *Bristol Together*).

4.2. Os Deveres dos Administradores

Outra importante questão prende-se com o novo papel dos administradores na vida societária. Um direito das sociedades mais orientado por princípios holísticos e sustentáveis parece tender a diversificar e *ampliar as responsabilidades dos administradores*.

Antes de mais, os administradores têm uma responsabilidade fiduciária para com a sociedade e os seus acionistas, mas não só, nos termos do art. 64.º/1b) do CSC: “*Deveres de lealdade, no interesse da sociedade, atendendo aos interesses de longo prazo dos sócios e ponderando os interesses dos outros sujeitos relevantes para a sustentabilidade da sociedade,*

⁽⁸¹⁾ Cf. KEVIN LEVILLAIN & BLANCHE SEGESTRIN, *ob. cit.*, p. 645.

⁽⁸²⁾ Cf. *idem, ibidem*, p. 644.

⁽⁸³⁾ Sobre a temática da evolução do direito das sociedades e da possível inclusão do propósito nos estatutos v. HOLGER FLEISCHER, “*Corporate Purpose: A Management Concept and its Implications for Company Law*”, ECGI Law Working Paper N.º 561/2021.

tais como os seus trabalhadores, clientes e credores”⁽⁸⁴⁾. Isso significa que eles são obrigados a agir no melhor interesse da sociedade, levando em consideração não apenas os interesses dos acionistas, mas também os interesses dos *stakeholders*, em sintonia com a teoria das partes interessadas.

No entanto, a doutrina do propósito vai mais além ao expandir os deveres dos administradores. Há agora uma visão mais ampla e integrada dos interesses da empresa, considerando não apenas os interesses de todas as partes interessadas, mas colocando o foco da estratégia da empresa no impacto social e ambiental positivo. Agora, o objetivo passa por contribuir para o bem-estar da comunidade, para além dos lucros, devendo existir um maior envolvimento dos administradores na criação de valor sustentável a longo prazo, compartilhado entre todos — acionistas, comunidade, meio ambiente e outras partes interessadas (*stakeholders*) —, e em alinhar os interesses destes com as práticas sustentáveis e responsáveis.

Ou seja, o propósito societário considera igualmente o efeito das decisões empresariais nas partes interessadas, incluindo funcionários, clientes, fornecedores, mas expande os deveres dos administradores. Em vez de se concentrar exclusivamente nos interesses dos acionistas ou na gestão dos interesses dos *stakeholders*, a perspectiva holística reconhece que os administradores têm uma responsabilidade ampliada devendo agora considerar também o impacto social e ambiental das suas decisões (nas comunidades locais e no ambiente). Assistimos, portanto, a uma expansão dos seus deveres, o que reflete uma mudança de paradigma do governo das sociedades, através de uma gestão mais ética e sustentável, focada na contribuição positiva para a comunidade e no envolvimento de todas as partes interessadas.

Temos agora uma abordagem mais proativa e responsável em relação à gestão empresarial, nomeadamente, podem ser responsabilizados por assegurar que as práticas da empresa estejam alinhadas com considerações éticas e sustentáveis, ou seja, por tomar decisões que também considerem impactos sociais e ambientais, para além da maximização do lucro dos acionistas.

Por outro lado, há uma crescente ênfase na transparência e prestação de contas, podendo os administradores ser responsabilizados por divulgar as práticas da empresa e o seu efeito nos interesses das partes interessadas.

Serão também responsabilizados por identificar e gerenciar adequadamente os riscos ambientais e sociais que possam afetar a empresa, bem

⁽⁸⁴⁾ Para um comentário mais detalhado sobre esta norma, v. MENEZES CORDEIRO, “*Os Deveres Fundamentais dos Administradores das Sociedades (artigo 64.º/1 do CSC)*”, in *Jornadas em Homenagem ao Professor Doutor Raúl Ventura, A Reforma do CSC*, Almedina 2007, pp. 19-60.

como, por ouvir e considerar as preocupações das partes interessadas na tomada de decisões estratégicas e, por fim, por garantir que a empresa cumpra todas as normas legais e regulamentações aplicáveis, incluindo aquelas relacionadas com práticas sociais e ambientais.

Neste contexto, a aprovação da CSRD e da CS3D veio exigir relatórios mais detalhados sobre o impacto social e ambiental das empresas, tendo os administradores um papel ativo na implementação de políticas ESG, bem como, veio responsabilizar os administradores por práticas mais transparentes e sustentáveis, indo ao encontro das expectativas sociais e ambientais, sob pena de sanções legais e reputacionais. Acresce que a *due diligence* passa a ser obrigatória de modo a garantir que as empresas não estão a produzir um impacto negativo (danos sociais e ambientais).

Daqui concluímos que o papel dos administradores *está em evolução*. Eles já não respondem apenas perante os acionistas enquanto seus representantes. Tradicionalmente predominavam os deveres fiduciários dos administradores focados nos acionistas, ou seja, deviam agir com lealdade e diligência em benefício destes últimos. Todavia, esta doutrina e a perspectiva holística argumentam que os administradores devem privilegiar o impacto positivo das suas decisões sobre a comunidade e sobre as outras partes interessadas. O papel dos administradores deve agora passar por encontrar o equilíbrio entre todos os interesses envolvidos na empresa, considerando igualmente a sustentabilidade, a ética nos negócios e o impacto social e ambiental. Deste modo, eles são também responsáveis por assegurar que a empresa cumpra a sua missão social e ambiental no longo prazo, pelo que as expectativas evoluem para incluir uma abordagem mais ampla (holística) e responsável na tomada de decisões⁽⁸⁵⁾.

Mas se os únicos donos da empresa são os acionistas, a responsabilidade prioritária dos administradores não deveria ser para com eles? Sim, de acordo com o modelo de governo mais convencional. No entanto, a doutrina do propósito postula que os administradores devem considerar igualmente o impacto social e ambiental das suas decisões e os interesses de todas as partes interessadas. Tal como vimos antes, esta evolução resulta de uma crescente consciencialização da importância da responsabilidade social empresarial, bem como da sustentabilidade e da ética, promovendo a ponderação e o equilíbrio entre todos esses interesses financeiros, sociais e ambientais.

⁽⁸⁵⁾ Sobre os novos deveres dos administradores alinhados com um propósito que incorpora critérios ESG v. SUSAN WATSON & LYNN BUCKLEY, “*Director’s Positive Duty to Act in the Interests of the Entity: Shareholders’ Interests Bounded by Corporate Purpose*”, ECGI Law Working Paper N.º 79/2024.

4.3. Um Novo Modelo de *Corporate Governance*?

De igual forma, temos que repensar o *corporate governance* como meio de implementação de objetivos sociais e ambientais. A empresa relaciona-se com as partes interessadas e está inserida numa comunidade e ambiente, pelo que o *governance* não deve considerar somente objetivos económico-financeiros, mas sim ponderá-los com objetivos sociais (bem-estar da sociedade) e ambientais (sustentabilidade) e os da comunidade em geral, de modo a mensurar o desempenho a longo prazo.

A BRITISH ACADEMY postula que o “*corporate governance deve alinhar os interesses da gestão com os propósitos das empresas e estabelecer responsabilidade para um conjunto de stakeholders por meio de estruturas de gestão apropriadas. Eles devem determinar um conjunto de valores necessários para cumprir o propósito, incorporados na cultura da empresa*”⁽⁸⁶⁾.

Deste modo, a perspetiva holística e sustentável está gradualmente a tornar-se uma parte integrante da evolução do *corporate governance*, em consequência também da consciencialização, por parte dos investidores, dos riscos sistémicos que podem impactar negativamente os seus portfólios a longo prazo.

Exigem-se novos mecanismos de governo que integrem os interesses dos *stakeholders* e o impacto na comunidade, devendo o propósito societário atender à satisfação dos interesses de todas as partes interessadas numa perspetiva de longo prazo. O *governance* deve agora dar *primazia ao propósito da empresa* e constituir um decisivo instrumento da sua implementação, para além de tentar alinhar os interesses dos acionistas com a administração. Esta evolução societária trará consigo um novo modelo de *governance*, numa abordagem holística e sustentável, mais ampla e responsável, o que dependerá das condições específicas do contexto empresarial e das mudanças sociais e regulatórias em curso.

Como fatores indicativos de uma revisão teremos de considerar que existe uma tendência internacional e uma *mudança global em direção a práticas mais holísticas e sustentáveis*, bem como avaliar a existência de novas legislações e normas da U.E. que incentivem ou exijam práticas nesse mesmo sentido. Como bons exemplos desta nova tendência, temos a aprovação das mencionadas CSRD (2022) e CS3D (2024). A primeira vem promover a transparência e a responsabilidade empresarial em matéria de

⁽⁸⁶⁾ Cf. *Principles for Purposeful Business...*, cit., Principle 4.

sustentabilidade, ao alinhar as práticas de reporte das empresas com as metas ambientais e sociais europeias. Já a segunda vem introduzir obrigações vinculativas em matéria de sustentabilidade, ao criar uma estrutura legal que exige que as empresas considerem os impactos negativos (atuais ou potenciais) em matéria de direitos humanos e do ambiente, incentivando mudanças nos modelos de governo e responsabilizando as empresas pelos danos resultantes de violações e abusos.

De igual modo outras organizações internacionais, como a ONU⁽⁸⁷⁾ e a OCDE⁽⁸⁸⁾, emitiram recomendações e princípios de governo societário que sustentam uma abordagem holística e sustentável para o *corporate governance*, constituindo um importante suporte desta perspetiva.

Por outro lado, também é relevante verificar a existência de uma *crecente pressão da sociedade civil e dos investidores institucionais* nesse mesmo sentido, bem como devemos analisar eventuais mudanças nas perceções sociais em relação à RSE e, por fim, considerar as iniciativas das nossas entidades reguladoras nesta matéria.

Entre nós, apesar das mencionadas Diretivas ainda não terem sido transpostas para o direito interno (a primeira pode sê-lo a qualquer momento, a segunda é ainda muito recente), o *Código de Governo das Sociedades do IPCG* foi atualizado em 2023 para incorporar as melhores práticas relacionadas com a sustentabilidade e a responsabilidade social, ao considerar outros interesses e outros objetivos para além do lucro, tendo sido introduzido um novo Capítulo I intitulado “*Relação da Sociedade com Acionistas, Partes Interessadas e a Comunidade em geral*”, focado na proteção do bem-estar das gerações presentes e futuras a par do objetivo do lucro⁽⁸⁹⁾.

Deste modo verificamos que este diploma (voluntário) vem recomendar a consideração dos interesses das partes interessadas e estabelecer

⁽⁸⁷⁾ O *Pacto Global da ONU* (2000) é uma chamada para as empresas alinharem as suas estratégias com 10 Princípios gerais nas áreas de Direitos Humanos, Trabalho, Meio Ambiente e Anticorrupção e desenvolverem ações que contribuam para dar resposta aos desafios da sociedade.

⁽⁸⁸⁾ V. OCDE (2016), *Princípios de Governo das Sociedades do G20 e da OCDE*, Éditions OCDE, Paris.

⁽⁸⁹⁾ Fomenta-se agora um modelo de governo que pondera os interesses de todas as partes que gravitam em torno da empresa, tais como os acionistas e restantes investidores, trabalhadores, fornecedores e outras partes interessadas. Por outro lado, as sociedades deverão também promover objetivos de desenvolvimento sustentável e identificar e evitar os efeitos negativos decorrentes da sua atividade no impacto ambiental e social. V. também o Capítulo VII “*Controlo Interno*”, que recomenda processos relacionados com a sustentabilidade ambiental e social, riscos e estratégias para a sua mitigação, consideração das alterações climáticas e análise do risco climático. Por fim, foram igualmente introduzidas preocupações sociais no subcapítulo II.2 da “*Diversidade na composição e funcionamento dos órgãos da sociedade*”, onde se promove a igualdade entre homens e mulheres.

obrigações das empresas em relação ao propósito social e ambiental, constituindo, assim, um decisivo reflexo e incentivo da perspectiva holística do direito societário⁽⁹⁰⁾.

4.4. O Papel dos Investidores Institucionais

Por fim, em todo este processo devemos ter em linha de conta o papel relevante dos investidores institucionais (ex. seguradoras, fundos de pensões e fundos soberanos) na adoção do novo paradigma societário com práticas mais éticas e sustentáveis.

Primeiro, tal como mencionado anteriormente, os investidores institucionais estão a *integrar nas suas estratégias de investimento critérios ESG*, ao avaliar o desempenho das empresas não apenas com base em indicadores financeiros, mas também considerando impactos sociais e ambientais, tais como mudanças climáticas, práticas laborais, diversidade, ética empresarial, gestão de riscos ambientais, e outros. Ou seja, eles incorporam análises de risco ESG nos seus processos de *due diligence* e tomada de decisão para proteger os seus investimentos contra potenciais impactos negativos.

Depois, verifica-se um *crescente ativismo acionista* por parte destes investidores, com uma participação ativa e um grande envolvimento na vida das empresas em que investem, através de um crescente diálogo e de um poder significativo nas AG, onde o seu voto vai influenciar as políticas empresariais na promoção de práticas mais sustentáveis, valorizando a perspectiva de longo prazo. Muitos destes investidores dedicam parte dos seus portfólios a *investimentos de impacto e sustentáveis*, que visam igualmente promover resultados ambientais e sociais positivos (ex. nas áreas da saúde, educação, energia limpa) a par dos retornos financeiros.

Acresce que muitos destes investidores *colaboram também com outros investidores, organizações e governos* para viabilizar a sustentabilidade sectorial (ex. setores da energia, mineração, tecnologia), proporcionando maior transparência e inovação. Não esqueçamos, por outro lado,

⁽⁹⁰⁾ Atualmente vários códigos de *governance* europeus têm vindo a integrar esta perspectiva ao considerar as partes interessadas e as questões sociais e ambientais no processo de tomada de decisão. Entre eles devemos realçar o Reino Unido que no seu novo *Corporate Governance Code* vai ainda mais longe (Princípio B): “*the board should establish the company’s purpose, values and strategy, and satisfy itself that these and its culture are aligned. All directors must act with integrity, lead by example and promote the desired culture*” (também assente no princípio *comply or explain*).

que alguns destes investidores estão a introduzir *incentivos financeiros* para compensar as empresas que adotam práticas sustentáveis, penalizando ao mesmo tempo aquelas que não cumprem os critérios ESG (ex. bónus ou penalidades na remuneração de administradores).

Os investidores institucionais vão exigindo igualmente *uma maior transparência* e divulgação por parte das empresas no que diz respeito às suas práticas sustentáveis, pressionando e incentivando uma melhoria da qualidade de informação. Por sua vez, a criação de *fundos socialmente responsáveis e sustentáveis* por parte destes investidores também reflete uma preferência crescente por opções de investimento que alinham retorno financeiro com impacto social e ambiental positivo. Por fim, importa sublinhar que eles estão cada vez mais sujeitos a *regulamentações* que incentivam a consideração de critérios ESG em suas decisões de investimento, o que trará uma abordagem mais focada na sustentabilidade.

Assim, estes grandes investidores acreditam que as empresas com práticas sustentáveis e responsáveis tendem a ter um desempenho sólido a longo prazo, o que vem desmistificar a ideia de que o investimento sustentável sacrifica retornos financeiros, e reconhece que os critérios ESG podem ajudar a identificar empresas com maior potencial de valorização e resiliência.

Devemos concluir que, ao adotarem uma abordagem mais ativa e consciente em relação às práticas sustentáveis, os investidores institucionais desempenham um papel crucial na orientação das empresas em direção a modelos mais responsáveis e alinhados com os atuais desafios globais. O seu maior envolvimento na vida das empresas pode mesmo fomentar um forte impacto positivo na sociedade⁽⁹¹⁾.

5. A Importância da Doutrina do Propósito

De modo a sustentar esta doutrina, começamos por afirmar que a mesma encontra um importante suporte e incentivo nos *deveres fiduciários* dos administradores, bem como nas várias *iniciativas da U.E.* (a CSRD e a CS3D, entre outras). Também os *princípios gerais* do direito das sociedades, designadamente, o princípio da liberdade contratual e o

⁽⁹¹⁾ Sobre o papel decisivo dos investidores institucionais enquanto grandes impulsionadores deste novo paradigma e da adoção de práticas mais éticas e sustentáveis v. COLLIN MAYER, *Prosperity...*, *cit.*, bem como ALEX EDMANS, *ob. cit.*

princípio da adaptação às novas realidades⁽⁹²⁾, assim como, a *teoria das partes interessadas*, conseguem sustentar a doutrina do propósito, ao reconhecer que as empresas têm um compromisso para além da maximização do lucro e devem agir de forma ética e responsável em relação a todas as partes interessadas. Por outro lado, os *princípios da RSE*⁽⁹³⁾ e de *sustentabilidade*⁽⁹⁴⁾ (muitos deles já incorporados nos códigos de governo), que reconhecem a necessidade de equilibrar considerações económicas, sociais e ambientais nas decisões empresariais, podem igualmente ser incorporados na legislação societária. Por fim, esta perspectiva societária mais inclusiva deve ainda ser fundamentada numa abordagem assente nos *direitos humanos*⁽⁹⁵⁾, que reconhece os direitos das pessoas afetadas pelas operações empresariais, além dos direitos dos acionistas, tais como, os direitos dos trabalhadores e os direitos das comunidades locais.

5.1. Como Resposta aos Recentes Desafios Globais

Nesta desafiante e complexa tarefa de fundamentar a doutrina do propósito e reforçar a sua importância no mundo atual, não devemos deixar de considerar a sua conexão com os recentes desafios globais: crises económica, sanitária, ambiental e social. Duas questões, então, se colocam. Em que medida esta nova perspectiva é um reflexo e impulsionada por esses desafios? Mais, poderá ela constituir uma resposta adequada das empresas para os enfrentar?

Começando pela recente *crise económica mundial*, acontece que a relevância desta doutrina varia dependendo do contexto económico e das circunstâncias específicas de cada empresa. Assim, em períodos de crise económica temos de ter em consideração variados fatores, em particular os argumentos económicos favoráveis antes mencionados, tais como o reforço

⁽⁹²⁾ De modo a adaptar-se às mudanças sociais, económicas, tecnológicas e ambientais e, assim, enfrentar os novos desafios e oportunidades do mundo global, tais como, inovação tecnológica, sustentabilidade e responsabilidade social, competitividade internacional, desafios globais, diversidade e inclusão, flexibilidade jurídica, etc. V. COLLIN MAYER, *Prosperity...*, cit., e A. LYNN STOUT, “*The Shareholder Value Myth: How Putting Shareholders First Harms Investors, Corporations, and the Public*”, Berrett-Koehler Publishers, 2012, que sublinham a importância das expectativas sociais e ambientais nas empresas.

⁽⁹³⁾ Os quais têm como referência os mencionados *Princípios de Governo das Sociedades do G20 e da OCDE* (2016), os PRI (2006) e os *Princípios do Pacto Global da ONU* (2000).

⁽⁹⁴⁾ A sustentabilidade definida como a capacidade de satisfazer as nossas necessidades no presente sem comprometer a capacidade das gerações futuras satisfazerem as suas próprias necessidades.

⁽⁹⁵⁾ V. a Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada pela AG da ONU em 10/12/1948.

da resiliência a longo prazo, o fortalecimento da sua reputação e da lealdade dos seus clientes, o maior envolvimento dos trabalhadores, a consideração de fatores ESG que ajudam a mitigar riscos associados a questões sustentáveis, a maior capacidade de adaptação à inovação, entre outros.

No entanto, importa reconhecer que as empresas enfrentam desafios específicos durante as crises económicas, como pressões financeiras imediatas e incertezas. A implementação de práticas sustentáveis não é uma solução única, sendo que cada empresa deve avaliar cuidadosamente como integrar um propósito significativo de maneira viável no seu contexto particular. Embora possa apresentar benefícios a longo prazo, a sua implementação eficaz requer uma avaliação cuidadosa das condições específicas enfrentadas por cada empresa, especialmente em períodos de crise, onde se valoriza a maximização do lucro imediato.

Na mesma linha de pensamento, a perspetiva holística do propósito societário pode adaptar-se e até ganhar relevância no mundo *atual pós-pandemia*, o qual veio destacar a importância das empresas em lidar não apenas com os desafios económicos, mas também com questões sociais e de saúde pública, chamadas a desempenhar um papel ativo na proteção de trabalhadores, clientes e comunidades, evidenciando a necessidade de uma visão mais ampla do propósito.

As empresas que adotam esta perspetiva societária estão mais focadas na resiliência, na inovação e na capacidade de adaptação, no bem-estar dos trabalhadores (segurança, saúde mental e equilíbrio entre trabalho e vida pessoal) e da comunidade (interconexão global, participação ativa local e responsabilidade social), na saúde pública e ambiental, no reforço da transparência e da confiança (na relação com consumidores e comunidade) e na transformação organizacional (crescente digitalização). Todos estes fatores são essenciais num ambiente pós-pandemia, indo ao encontro da evolução das condições de mercado e das expectativas dos consumidores, ao oferecer uma estrutura valiosa para as empresas se adaptarem e prosperarem neste cenário⁽⁹⁶⁾.

⁽⁹⁶⁾ Diversos Autores defendem que o propósito societário é essencial no mundo pós-pandemia, tais como PAUL POLMAN & ANDREW WINSTON, “*Net Positive — Diferença Positiva: Empresas Corajosas Dão Mais Do Que Tiram*”, Actual Editora, 2022, e JOHN ELKINGTON, *ob. cit.* Outros Autores dão o exemplo do Reino Unido onde houve forte cooperação entre todos durante a pandemia — V. S. KONZELMANN & V. CHICK & M. FOVARGUE-DAVIES, “*Shareholder Value or Public Purpose? From Maynard Keynes and Adolf Berle to the Modern Debate*”, Centre for Business Research, University of Cambridge, Working Paper N.º 520, 2020. Em sentido contrário LUCIAN BEBCHUK & KOBİ KASTIEL & ROBERTO TALLARITA, “*Stakeholder Capitalism in the Time of COVID*”, ECGI Law Working Paper N.º 670/2022, vêm rebater o capitalismo das partes interessadas em tempos de pandemia, ao demonstrar que os líderes empresariais mais uma vez não cuidaram dos interesses dos *stakeholders*.

O mesmo se deve dizer em relação aos *desafios ambientais*, com os quais esta perspectiva se pode alinhar. Deste modo, as empresas mais responsáveis estão comprometidas em reduzir a sua pegada ambiental (modelos de negócios mais eco-eficientes e sustentáveis), e preocupadas com os impactos ambientais das suas operações (gestão eficiente de recursos e fontes de energia renovável), com a avaliação e gestão dos riscos ambientais, com a inovação em tecnologias verdes e sustentáveis (ex. tecnologias de eficiência energética, reciclagem avançada), com a participação ativa em iniciativas globais (na busca de certificações e padrões ambientais reconhecidos), com a transparência das suas práticas ambientais e com as novas regulamentações na matéria. Daqui irá resultar a adoção de práticas mais sustentáveis alinhadas com a crescente consciencialização das alterações climáticas, e medidas proativas que lhes conferem liderança e boa reputação, implicando um envolvimento contínuo com os *stakeholders* ambientais (ex. comunidades locais). No atual cenário ameaçador, as empresas que incorporam esta doutrina do propósito estão melhor posicionadas para enfrentar os desafios ambientais de maneira abrangente, contribuindo para a sustentabilidade do planeta⁽⁹⁷⁾.

O mesmo discurso também é válido em relação aos desafios da *atual crise social*, onde existe uma maior pressão de responsabilidade social empresarial. Assim, tal como vimos antes, as empresas com uma perspectiva holística valorizam fatores como o bem-estar físico e mental dos seus trabalhadores (apoio emocional e flexibilidade), a inclusão e a diversidade (mais igualdade e menos discriminação), a adaptação às mudanças sociais (ex. práticas de trabalho remoto), o envolvimento com as comunidades locais (ex. apoio financeiro e participação em iniciativas comunitárias), a RSE e o impacto positivo na sociedade (ex. doações e apoio comunitário), o diálogo aberto e a comunicação (reforçando a confiança com trabalhadores, clientes e outras partes interessadas), os planos para gerir crises, a avaliação contínua do efeito das suas operações (resposta proativa à mudança) e a formação social dos seus líderes e trabalhadores (maior cultura organizacional solidária). Pelo que, em tempos de crise social, esta perspectiva do propósito valoriza o impacto humano e social e a sua interconexão com as considerações económicas, fortalecendo os laços com as comunidades e *stakeholders* e promovendo uma abordagem sustentável e socialmente responsável, focada no bem-estar social e na construção de uma sociedade mais justa e inclusiva⁽⁹⁸⁾.

⁽⁹⁷⁾ JOHN ELKINGTON, *ob. cit.*, reforça a ideia de que o propósito societário deve estar alinhado com a sustentabilidade ambiental e REBECCA HENDERSEN, *ob. cit.*, argumenta que o propósito será decisivo na reforma do capitalismo com vista a enfrentar os desafios ambientais.

⁽⁹⁸⁾ A este respeito REBECCA HENDERSEN, *ob. cit.*, sublinha a importância do compromisso socie-

A análise das duas questões antes colocadas, leva-nos a concluir que a combinação destas crises e desafios exigiu uma *mudança de paradigma* e que a crescente *consciencialização* global constitui o principal fator *impulsionador da doutrina do propósito societário*. Por sua vez, a implementação desta doutrina e de práticas cada vez mais sustentáveis parece ser a *melhor resposta das empresas* para se adaptarem e enfrentarem os desafios globais, que se advinham difíceis.

Compreendemos que estes desafios pressionaram as empresas a reavaliar o seu papel na sociedade e contribuíram para essa mudança ao expor a *interconexão* entre as empresas e a comunidade, promovendo um papel mais ativo nas questões sociais e ambientais, com reflexos na evolução das práticas de governo, na regulamentação e nas expectativas dos *stakeholders*. Estas últimas impulsionaram a doutrina do propósito ao colocar uma crescente pressão nas práticas empresariais socialmente responsáveis e sustentáveis, favorecendo as empresas alinhadas com estas expectativas ao *fortalecer a confiança* com os seus clientes e as outras partes interessadas e “obrigando-as” a ter um impacto positivo na sociedade⁽⁹⁹⁾.

Concluindo, a *mudança de paradigma societário* vai-se consolidando à medida que as empresas reconhecem que o propósito societário não é apenas uma forma de ser socialmente responsável, mas também uma forma de melhorar o desempenho financeiro e a resiliência a longo prazo. Agora, os investidores compreendem que as questões ESG podem representar riscos sistémicos, pelo que um governo mais holístico e práticas empresariais sustentáveis ajudam a mitigar esses riscos, fomentando a *sustentabilidade a longo prazo* e equilibrando-a, na medida do possível, com os lucros (agora considerados associados)⁽¹⁰⁰⁾.

tário com a equidade e a justiça social e COLLIN MAYER, *Prosperity...*, *cit.* defende que o propósito deve incluir a promoção do bem-estar social.

⁽⁹⁹⁾ Vários Autores demonstram como estes desafios globais foram impulsionadores da doutrina do propósito, constituindo também ela, por sua vez, um fator essencial na resposta empresarial a esses mesmos desafios. Entre eles destacamos mais uma vez COLLIN MAYER, *Prosperity...*, *cit.*, REBECCA HENDERSEN, *ob. cit.* e JOHN ELKINGTON, *ob. cit.*

⁽¹⁰⁰⁾ MICHAEL PORTER & MARK KRAMER, *ob. cit.*, argumentam que as empresas podem gerar lucros ao resolver problemas sociais e ambientais, e que a sustentabilidade cria novas oportunidades de mercado e inovação e garantir, em simultâneo, lucros sustentáveis a longo prazo. Por sua vez, PAUL POLMAN & ANDREW WINSTON, *ob. cit.*, defendem que os lucros a longo prazo só podem ser alcançados se as empresas valorizarem as necessidades sociais e ambientais. Em particular ANDREW WINSTON defende que as empresas que adotam uma abordagem “*net positive*” (que geram mais valor do que dano ao meio ambiente e sociedade) terão uma vantagem competitiva a longo prazo.

5.2. E a Inteligência Artificial?

Outro desafio global presente é o crescente uso da IA (algoritmos), a qual pode igualmente ser uma *ferramenta poderosa* para ajudar as empresas a *implementar a doutrina do propósito* e persuadir os acionistas da importância da RSE⁽¹⁰¹⁾.

Primeiro, a IA ajuda na análise de dados relacionados com o desempenho ESG e a tomar decisões mais informadas, bem como, pode melhorar a transparência e a prestação de contas em relação a questões ESG e prever tendências futuras e riscos ESG. Depois, permite avaliar o desempenho do órgão de administração em termos de práticas sustentáveis, promovendo a sua responsabilidade, e facilita o envolvimento das partes interessadas, ajudando a compreender as suas expectativas e preocupações. Também ajuda a prever o impacto sócio-económico de decisões empresariais, a impulsionar a inovação, a desenvolver produtos e serviços sustentáveis e a identificar oportunidades de investimento (em empresas mais responsáveis e sustentáveis). Também permite monitorar a conformidade com as novas regulamentações (ex. a CSRD e a CS3D) e as alterações legais sobre a matéria, assim como, o sentimento do mercado e a opinião pública sobre questões ESG. Por fim, permite prever e prevenir o impacto ambiental, facilitar na prevenção e deteção de práticas antiéticas e fraudes e combater o “*greenwashing*”, ao verificar a autenticidade das declarações de sustentabilidade, entre outras vantagens.

Ao integrar a IA nas suas operações, as empresas podem tomar decisões mais informadas e responsáveis que beneficiam não apenas os seus acionistas, mas também a comunidade e o meio ambiente. Ao demonstrar os benefícios tangíveis e intangíveis da RSE, as empresas podem construir confiança e credibilidade com os seus acionistas e *stakeholders*, promovendo uma cultura de sustentabilidade e responsabilidade social. Em suma, a IA consegue ser uma ferramenta poderosa para viabilizar um governo societário mais sustentável, ajudando as empresas a melhorar a

⁽¹⁰¹⁾ Muitos Autores advogam que a IA pode constituir um fator decisivo na implementação eficaz desta doutrina, tais como JOHN ELKINGTON, *ob. cit.* e PAUL POLMAN & ANDREW WINSTON, *ob. cit.* Entre nós, v. os artigos de PAULO PAIXÃO, “*Impacto da IA na Corporate Governance*”, in *Jornal Económico — SAPO*, 19.07.2024, onde o Autor sublinha que “*a maximização do potencial da IA nas empresas, recomenda que os órgãos de governo societário revejam profundamente as suas políticas*” e JOÃO MOREIRA RATO, “*Adoção de modelos de inteligência artificial: como utilizar a Corporate Governance*”, in *Jornal Económico — SAPO*, 05.07.2024., que conclui que “*O impacto destas tecnologias e a sua longevidade na empresa, merecem que se utilizem os mecanismos de governance no seu pleno, para que a estratégia seja robusta e os seus riscos devidamente controlados*”.

transparência e a eficácia das suas práticas de governo. Deste modo, o *direito societário deverá ser mais flexível* e adaptar-se a esta nova realidade, com uma regulamentação que pondere inovação com ética e transparência e promova o impacto positivo das empresas na comunidade⁽¹⁰²⁾.

5.3. Na Harmonização Europeia das Práticas de *Governance*

Resta-nos avaliar em que medida a doutrina do propósito pode promover e constituir um importante fator de harmonização europeia das práticas de governo e do direito das sociedades, alinhando-os com uma perspetiva mais holística e sustentável. Temos assistido a uma evolução legislativa no sentido desta doutrina, com várias iniciativas e regulamentações que incentivam práticas empresariais mais sustentáveis e socialmente responsáveis.

Em primeiro lugar, devemos sublinhar a mencionada *Diretiva de Divulgação de Informação Não Financeira* (2014/95/UE), que obrigou as grandes empresas a divulgarem informações não financeiras, incluindo informações sobre questões ambientais, sociais, direitos humanos e combate à corrupção. Esta viria a ser reforçada pela CSRD (2022), que amplia o seu âmbito de aplicação⁽¹⁰³⁾, exige relatórios mais detalhados, introduz padrões comuns de relatórios de sustentabilidade (ESRS), exige a auditoria obrigatória, aumenta a transparência, promove a sustentabilidade e o alinhamento com metas climáticas (neutralidade carbónica até 2050).

⁽¹⁰²⁾ Sobre a temática da IA no governo das sociedades v. NUNO M. RAMOS PIRES, “*Inteligência Artificial no Governo das Sociedades Comerciais: Responsabilidade pelo Uso da Inteligência Artificial na Governação das Sociedades*”, Tese de Mestrado apresentada na FDUC (2023), e JOSÉ MIGUEL LUCAS, “*Inteligência artificial e governação societária — o papel atual da inteligência artificial na tomada de decisões pelo órgão de administração*” [preprint], Abril de 2023. Este último Autor pondera as vantagens e desvantagens do recurso à IA (pp. 9-11), concluindo que será inevitável a crescente utilização desta ferramenta na vida societária. Contudo o mesmo autor alerta: “*a ideia de que a IA poderá reduzir custos e as ineficiências e que poderá acarretar maiores lucros/decisões mais sustentáveis poderá traduzir-se em pressão para se ir implementando tecnologia até que se chegue ao ponto em que se considere que está assegurado um conjunto de critérios que torna admissível que não haja impedimento para a substituição de administradores humanos no processo de decisão*” (p. 23). Devemos ainda ter em conta que muito recentemente foi aprovado o Regulamento (UE) 2024/1689 do PE e do Conselho de 13 de Junho de 2024 que cria regras harmonizadas em matéria de inteligência artificial (*Regulamento da Inteligência Artificial*), o qual entrou em vigor no passado dia 2 de Agosto.

⁽¹⁰³⁾ Agora este diploma aplica-se todas as grandes empresas da U.E., às PME cotadas em mercados regulamentados da U.E., a grupos de empresas da U.E. e a empresas de países terceiros com volume de negócios acima dos 150M€ e que tenham pelo menos uma sucursal ou filial na U.E.

Depois, a *União dos Mercados de Capitais* (UMC, 2015) teve como objetivo facilitar o financiamento sustentável (em particular das PME) e orientar os investidores para práticas mais sustentáveis.

Também o *Plano de Ação: Financiar um crescimento sustentável da U.E.*⁽¹⁰⁴⁾ visou integrar considerações ambientais, sociais e de governo nas práticas de investimento, e incluiu iniciativas para aumentar a transparência e a divulgação de informações sobre sustentabilidade.

Acresce o *Pacto Ecológico Europeu* lançado em 2019, que constitui uma estratégia central para garantir a sustentabilidade económica e ambiental europeia, comprometendo-se a alcançar a neutralidade climática até 2050, compromisso, este, que viria a tornar-se vinculativo e a ser concretizado com a entrada em vigor da *Lei Europeia em Matéria do Clima* (2021)⁽¹⁰⁵⁾.

Importa igualmente referir o *Regulamento Taxonomia*⁽¹⁰⁶⁾, que pretende criar um sistema de classificação único para determinar quais são as atividades económicas que podem ser consideradas sustentáveis, permitindo aos investidores reorientar os seus investimentos para tecnologias e empresas mais sustentáveis.

Por fim, e muito recentemente, foi aprovada a mencionada *Diretiva relativa ao dever de diligência em matéria de sustentabilidade* (CS3D, 2024), que obriga as empresas a identificar, prevenir, cessar, minimizar e reparar os impactos negativos no ambiente e nos direitos humanos resultantes das suas próprias operações, das operações das suas filiais e das operações efetuadas pelos seus parceiros comerciais na sua cadeia de atividades, tudo com vista a promover a concorrência leal entre as empresas e proteger os investidores (v. Ponto 5.4.).

Todas estas iniciativas resultam da necessidade de uma maior supervisão e regulação europeia⁽¹⁰⁷⁾ e refletem uma crescente ênfase na sustentabilidade, transparência e responsabilidade empresarial, o que parece

⁽¹⁰⁴⁾ Foi lançado em 2018 pela Comissão Europeia e faz parte da estratégia mais ampla da U.E. para alcançar os *ODS da ONU*, visando reorientar os fluxos de capital para investimentos mais sustentáveis e responsáveis.

⁽¹⁰⁵⁾ Aprovada pelo Regulamento (UE) 2021/1119 do PE e do Conselho de 30 de Junho de 2021 que cria o regime para alcançar a neutralidade climática e que altera os Regulamentos (CE) n.º 401/2009 e (UE) 2018/1999.

⁽¹⁰⁶⁾ V. Regulamento (UE) 2020/852 do PE e do Conselho de 18 de Junho de 2020 relativo ao estabelecimento de um regime para a promoção do investimento sustentável, e que altera o Regulamento (UE) 2019/2088.

⁽¹⁰⁷⁾ Maior supervisão e regulação também como resposta aos riscos associados ao mencionado fenómeno de “*greenwashing*”, onde muitas empresas se vêm tentadas a adotar um discurso de propósito sem, no entanto, existir uma correspondência na prática.

impor uma evolução no direito das sociedades europeu, através de novas medidas (antes mencionadas), que incentivam práticas empresariais mais sustentáveis, responsáveis e alinhadas com as expectativas crescentes da sociedade⁽¹⁰⁸⁾.

Todavia, não nos devemos esquecer que existem *diferentes concepções societárias* e tradições jurídicas e culturais na U.E., as quais dificultam esta evolução de uma forma uniforme, exigindo uma *harmonização gradual e a diferentes velocidades* no seio dos diferentes EM. A Europa abrange uma variedade de sistemas legais⁽¹⁰⁹⁾, com abordagens ao direito societário e estruturas/práticas empresariais muito distintas. Deste modo, é importante reconhecer que a harmonização completa pode ser desafiadora, ou mesmo impossível, pelo que a aceitação e implementação da doutrina do propósito varia entre as empresas e os EM, trazendo desafios e *distorções na concorrência*. As diferenças nas legislações, nas práticas de governo e nas expectativas sociais podem criar um ambiente onde algumas empresas enfrentam condições mais favoráveis do que outras.

Assim, resultam obrigações e padrões muito variados, criando dificuldades, em especial, para aquelas que operam em vários países e criando barreiras à sua mobilidade dentro da U.E. Por outro lado, trazem custos adicionais de conformidade nos regimes menos flexíveis e as diferentes expectativas sociais e culturais podem também afetar a reputação das empresas e a sua competitividade. Assistimos, portanto, a uma concorrência desigual, pois as empresas de países com regulamentações menos restritivas desfrutam de vantagens competitivas em termos de custos e flexibilidade operacional comparativamente com aquelas jurisdições mais exigentes.

Por outro lado, as empresas com menos recursos ou indústrias de alguns setores poderão enfrentar custos iniciais mais altos ou desafios mais complexos para se adequar a padrões elevados de sustentabilidade. Assim, a adoção de práticas sustentáveis pode tornar-se mais difícil para as PME e para certas regiões europeias menos favorecidas⁽¹¹⁰⁾. Acresce que a existência de incentivos fiscais favorece alguns setores, resultando em

⁽¹⁰⁸⁾ Já vimos antes que o direito português está alinhado com o direito europeu no que diz respeito ao governo das sociedades e à responsabilidade social empresarial, mas o nosso direito das sociedades pode ter de se adaptar de modo a corresponder às expectativas sociais mais sustentáveis, tal como antes mencionado.

⁽¹⁰⁹⁾ A saída do Reino Unido (sistema de *common law*) da U.E., veio, entretanto, atenuar esta disparidade de sistemas legais.

⁽¹¹⁰⁾ Sobre esta temática v. AAVV, *Sustentabilidade: Um Desafio Coletivo — Elementos de uma Estratégia para as PME*, Tinta da China, 2024.

desigualdades na concorrência. Por fim, as empresas inovadoras que antecipam as tendências de governo sustentável têm potencial para obter uma vantagem competitiva, destacando-se na implementação de práticas mais sustentáveis.

Para ajudar a enfrentar estes desafios será decisiva a *coordenação* entre os EM, a *harmonização* de padrões e a criação de *mecanismos de apoio* para as PME, ao incentivar a responsabilidade empresarial mas garantindo uma concorrência justa. Embora existam esforços para criar um mercado único coeso, a questão da divergência societária ainda é complexa e requer uma abordagem equilibrada que reconheça as diversidades culturais e jurídicas, enquanto busca incrementar práticas empresariais éticas e sustentáveis. Como resposta, a U.E. tem procurado harmonizar o direito societário através de *diretivas e regulamentos* de modo criar um ambiente de negócios mais uniforme. O mais acertado parece-nos ser a via da *harmonização mínima*, adotando princípios gerais comuns e deixando *margem de manobra* para os EM na sua regulamentação e implementação à semelhança do que já vem acontecendo⁽¹¹¹⁾.

Aqui chegados, estamos em melhores condições para responder à questão antes colocada: pode esta mudança de paradigma societário ajudar a *promover a harmonização europeia das práticas de governo*? À partida, parece que sim. Ou seja, a nova perspetiva do propósito consegue ter um impacto positivo na convergência europeia de práticas empresariais mais sustentáveis e na aproximação das conceções societárias, na medida em que oferece vantagens competitivas para aquelas empresas que adotam esta doutrina. A concorrência leal e igualitária entre diferentes sociedades europeias, face a divergentes abordagens de *governance*, pode ser um desafio, mas também apresenta oportunidades para fomentar práticas mais éticas e transparentes, mais sustentáveis e responsáveis. Assim, as empresas mais alinhadas com o propósito societário, que adotam este tipo de práticas, apresentam um diferencial competitivo e conseguem destacar-se no mercado, uma vez que são capazes de *atrair e ganhar a confiança dos consumidores e dos investidores responsáveis* que valorizam critérios

⁽¹¹¹⁾ A U.E. tem adotado uma harmonização progressiva, assegurando uma base comum de princípios gerais, permitindo que os EM adaptem as suas regras de acordo com suas tradições e estruturas legais específicas (v. diretivas de harmonização do direito das sociedades europeu). Será igualmente difícil a adoção de um único código de governo, aplicável a todos os EM. No entanto, a colaboração contínua entre estes e a promoção de melhores práticas por meio de diretivas e regulamentos podem contribuir para uma convergência gradual nesta matéria. Esta abordagem flexível reconhece as diferenças enquanto busca promover padrões elevados de transparência, responsabilidade e sustentabilidade.

ESG, bem como *reter talentos mais conscientes*. Depois, estas empresas estão melhor preparadas para se *adaptar e cumprir as novas regulamentações* relacionadas com a sustentabilidade e responsabilidade empresarial, assim como, são *mais proativas na gestão de riscos sistémicos* e na promoção de práticas sustentáveis perante os desafios globais, tornando-se *mais flexíveis e competitivas*. Por outro lado, as empresas que *envolvem pro-ativamente as partes interessadas*, incluindo clientes, comunidades locais e ONG, conseguem construir relações mais sólidas, alinhando-se com as expectativas sociais locais.

Em conclusão, apesar das divergências que perduram sobre a matéria no seio da U.E., a evolução no sentido de práticas mais éticas e sustentáveis constitui uma *vantagem competitiva*, em particular num contexto onde consumidores e investidores estão cada vez mais conscientes das implicações sociais e ambientais das suas escolhas. Esta abordagem mais abrangente assente no propósito societário tem potencial para proporcionar uma *base comum de princípios éticos e sociais*, a qual acabará por incentivar a crescente adesão das empresas europeias e, em consequência, viabilizar a harmonização de práticas empresariais mais responsáveis e sustentáveis⁽¹¹²⁾.

5.4. A CS3D

A doutrina do propósito ganha força ao converter-se em forma de lei. Todo este novo paradigma saiu reforçado com a recente aprovação da CS3D, a qual tem em vista promover a contribuição das empresas para o desenvolvimento sustentável e para a transição económica e social para a sustentabilidade, alinhando-se com a *Agenda 2030 da ONU* e o *Pacto Ecológico Europeu*.

Esta Diretiva vincula as empresas a identificar, prevenir, cessar, minimizar e reparar os efeitos negativos que as suas próprias operações, as das suas filiais e as dos seus parceiros comerciais que integram a sua cadeia de atividades, causam ou possam causar no ambiente e nos direitos humanos, obrigando-as, para esse efeito, a implementar práticas de *due diligence* (diligência prévia), o que implicará alterações nas políticas e procedimen-

⁽¹¹²⁾ Diferentes Autores demonstram como a doutrina do propósito pode contribuir para a harmonização do direito das sociedades europeu e ser um catalisador para a criação de normas jurídicas europeias mais unificadas e coerentes no seio da U.E. Entre eles destacamos COLLIN MAYER, *Prosperity...*, cit. e LUCA HENRIQUES & TOBIAS TROGER, “*The Law and (Some) Finance of Related Party Transactions: An Introduction*”, ECGI Law Working Paper N.º 411/2018.

tos de *governance*, em particular, nos sistemas de gestão de riscos. Prevê igualmente sanções financeiras e restrições de mercado em caso de incumprimento, a par do reforço da fiscalização da sua aplicação.

Este diploma deverá ser transposto nos próximos dois anos, começando a aplicar-se de forma progressiva e faseada (três, quatro e cinco anos após a sua entrada em vigor, dependendo da dimensão da empresa) às grandes empresas da U.E., bem como a algumas empresas de países terceiros, e, indiretamente, às PME parceiras comerciais de ambas⁽¹¹³⁾.

Esta nova realidade vai obrigar as empresas a avaliar a sua cadeia de atividades (a montante e a jusante) de forma a garantir que os produtores, fornecedores e distribuidores dos seus produtos não violam os direitos humanos (ex. trabalho infantil e exploração de trabalhadores) ou o meio ambiente (ex. poluição e perda de biodiversidade). Em último caso, pode mesmo obrigar a que sejam tomadas “medidas adequadas” para prevenir, fazer cessar; mitigar efeitos negativos (efetivos ou potenciais), designadamente, obrigar a empresa a terminar a relação com esse parceiro comercial. Daqui resulta que esta também se aplica indiretamente às PME que façam parte da cadeia de valor das grandes empresas abrangidas. Por exemplo, uma pequena empresa que exporta matéria-prima para uma grande empresa terá de garantir à sua cliente (que a deve questionar), que não viola os direitos humanos e/ou as normas ambientais e que tem um código de conduta e um plano de ação preventivo.

Importa igualmente sublinhar que este diploma vem regular a responsabilidade civil das empresas por violação do dever de diligência, bem como, o direito de compensação pelos danos provocados pelos seus parceiros comerciais no âmbito da sua cadeia de atividades, o que favorece a litigância ESG. Estas obrigações de *due diligence*, que já existem em alguns EM (Alemanha, Países-Baixos e França), darão origem a uma maior litigância estratégica, forçando, muitas vezes, um acordo extrajudicial para reparar os danos.

(113) Aplica-se às empresas que, constituídas ao abrigo da legislação de um EM, tenham, por dois anos consecutivos, um número médio de trabalhadores superior a 1.000 e um volume de negócios líquido mundial acima dos € 450 milhões no último exercício financeiro, assim como, àquelas que, constituídas ao abrigo da legislação de um Estado terceiro, tenham gerado na U.E., por dois anos consecutivos, um volume de negócios líquido superior a € 450 milhões no exercício anterior ao último exercício financeiro. Embora não se aplique diretamente às PME, o mesmo diploma estabelece que, se forem fornecedores ou estiverem envolvidos na cadeia de abastecimento de uma empresa elegível (da U.E. ou de país terceiro), devem estar alinhados com as políticas desta última, sendo esta, também, responsável por apoiar aquelas PME na melhoria do seu desempenho quando as mesmas não tiverem capacidade própria para cumprir as suas políticas.

Devemos concluir que este será certamente um duro desafio para as PME nacionais, mas também uma ótima oportunidade para estas se modernizarem (adotando novos mecanismos de *due diligence*, prevenção e monitorização de riscos), e, assim, tornarem-se mais responsáveis e competitivas num mercado global cada vez mais exigente em termos de sustentabilidade e ética. Tudo isto exigirá, antes de mais, uma mudança de atitude e mentalidade priorizando a sustentabilidade na estratégia empresarial.

6. Conclusões

1. A crise de confiança global obrigou a repensar o papel tradicional das empresas e promoveu a *doutrina do propósito societário*, focada no impacto positivo social e ambiental, superando as teorias tradicionais de *governance* com um novo paradigma, ao pressupor uma *perspetiva holística* que considera a empresa como um todo, onde todas as partes têm um propósito comum: a *criação de valor sustentável compartilhado*.
2. Os deveres fiduciários dos administradores e as várias iniciativas europeias (ex. a CSRD e a CS3D), bem como, os princípios gerais do direito das sociedades e a teoria das partes interessadas constituem um *importante suporte e incentivo* da doutrina do propósito, auxiliada pelos princípios da RSE e de sustentabilidade e por uma abordagem assente nos direitos humanos. O nosso código de governo deu também um passo decisivo ao incorporar em 2023 as melhores práticas relacionadas com a sustentabilidade e a responsabilidade social, tendo agora os investidores institucionais um papel decisivo, mais ativo e responsável.
3. Apesar das *resistências e dificuldades*, muitas *evidências* sustentam esta doutrina: acesso mais fácil ao capital, sucesso e resiliência a longo prazo, reputação fortalecida, mitigação de riscos financeiros, jurídicos, reputacionais, ambientais e sociais, maior inovação e adaptação, participação ativa de todas as partes interessadas, retenção de talentos e como melhor resposta às expectativas dos consumidores e investidores e à nova legislação emergente.
4. A crescente *consciencialização dos desafios globais* constitui o principal fator *impulsionador da doutrina do propósito*, ao expor a interconexão entre as empresas e a comunidade (e o

ambiente). À medida que os benefícios das práticas sustentáveis são mais evidentes, é natural que haja uma maior aceitação desta mudança de paradigma, o que exige a cooperação de todos: sociedade civil, investidores, empresas e reguladores.

5. Este novo paradigma vai obrigar a *integrar aquela doutrina no direito das sociedades*, nomeadamente, ao introduzir objetivos sociais e ambientais nos estatutos, expandir os deveres dos administradores, criar mecanismos de participação dos *stakeholders*, prever incentivos fiscais e regulatórios, entre outros.
6. A sua implementação através de práticas mais sustentáveis pode ser *a melhor resposta* das empresas para enfrentarem e atenuarem os desafios globais, na medida em que as questões ESG representam riscos sistémicos, exigindo, assim, um governo societário mais ético e responsável para mitigar esses riscos e promover a sustentabilidade a par dos lucros.
7. *A Inteligência Artificial* também pode constituir uma *ferramenta poderosa* para implementar a doutrina do propósito e proporcionar um governo societário mais sustentável, ao ajudar as empresas a melhorar a transparência e a eficácia das suas práticas, e obrigando o direito societário a ser mais flexível e a ponderar inovação com ética.
8. Apesar das várias iniciativas legislativas europeias nesta matéria, as diferentes conceções societárias e tradições jurídicas exigem uma *harmonização gradual e a diferentes velocidades*, trazendo consigo distorções na concorrência. Contudo, esta mudança de paradigma vai *promover a harmonização europeia* das práticas de *governance*, ao oferecer vantagens competitivas para aquelas empresas que adotam práticas mais éticas e sustentáveis, num mercado cada vez mais exigente e responsável.
9. *A aprovação da CS3D*, constitui um passo decisivo para *fortalecer e concretizar a doutrina do propósito*, estabelecendo um *novo paradigma de sustentabilidade e de competitividade*, ao impor obrigações mais rigorosas em termos de *compliance* com normas éticas e ambientais e ao reforçar a responsabilidade legal das empresas por violações dessas normas, assim como, as garantias de reparação dos danos daí resultantes e a sua fiscalização. As empresas terão de mudar de mentalidade sendo a sustentabilidade crucial na sua estratégia.

10. É imperativa *uma maior supervisão e regulação* para garantir a integridade deste modelo de governo e a confiança do mercado, assim como, é essencial que as empresas *determinem objetivos claros e mensuráveis do propósito* e promovam a transparência das suas práticas de modo a permitir aos consumidores e investidores avaliar o seu desempenho e a conformidade com os mesmos.
11. A doutrina do propósito está a dar os seus primeiros passos e exige igualmente *uma maior comprovação prática*. No entanto, existem cada vez mais exemplos de empresas bem sucedidas que adotam esta doutrina e implementam práticas sustentáveis com uma clara missão de propósito, preocupadas com o bem-estar geral, o que certamente vai *ajudar a sustentar* esta mudança de paradigma.
12. *Dois últimas questões* ficam então em aberto: haverá realmente vontade política por parte dos reguladores nacionais para integrar e supervisionar esta nova perspetiva do governo societário? Mais importante, estarão as nossas empresas e investidores suficientemente mentalizados (e abertos) e devidamente preparados (qualificados) para incorporar esta doutrina e para conseguir, num futuro próximo, se modernizar e cumprir os exigentes requisitos de *due diligence* em matéria de sustentabilidade previstos pela CS3D?

Coimbra, Outubro de 2024

Referências

- AAVV, *Sustentabilidade: Um Desafio Coletivo — Elementos de uma Estratégia para as PME*, Tinta da China, 2024.
- ABREU, COUTINHO DE, *Curso de Direito Comercial*, Vol. II das Sociedades, 8.^a ed., Almedina 2024.
- BARONTINI, ROBERTO & HILL, JENIFFER G., “Sustainability Executive Compensation”, ECGI Law Working Paper N.º 747/2023.
- BATILANA, JULIE & PACHE, ANNE-CLAIRE & SENGUL, METIN & KIMSEY, MARISSA, “The Dual-Purpose Playbook: What it takes to do well and do good at the same time”, in Harvard Business Review, Mar-Abr 2019.
- BECHUK, LUCIAN & TALLARITA, ROBERTO, “The Perils and Questionable Promise of ESG-Based Compensation”, ECGI Law Working Paper N.º 671/2022.
- , “Will Corporate Deliver Value to All Stakeholders?”, ECGI Law Working Paper N.º 645/2022.
- , “The Illusory Promise of Stakeholder Governance”, Harvard Law School, Março 2020.
- BECHUK, LUCIAN & KASTIEL, KOBI & TALLARITA, ROBERTO, “Stakeholder Capitalism in the Time of COVID”, ECGI Law Working Paper N.º 670/2022.
- , “Does Enlightened Shareholder Value Add Value?”, ECGI Law Working Paper N.º 643/2022.
- , “For Whom Corporate Leaders Bargain”, in Vol. 77, Number 1, The Business Lawyer, Winter 2021-2022, p. 731, ss.
- BERLE, A. & MEANS G., *The Modern Corporation and Private Property*, Transaction publishers, 1932.
- CÂMARA, PAULO, “Covid-19, Administração e Governação das Sociedades”, in Administração e Governação das Sociedades, AAVV, Coleção Governance Lab, Almedina 2020, pp. 15-32.
- , “Coronavírus e Corporate Governance”, Artigo de Opinião, Jornal Expresso, 16.03.2020.
- , “Governança Societária e Influência Acionista: Sinais de Mudança”, in Acionistas e Governação das Sociedades, Almedina 2019 (Coord.), pp. 13-57.
- CHEFFINS, BRIAN R., “The Past, Present and Future of Corporate Purpose”, ECGI Law Working Paper N.º 713/2023.
- CORDEIRO, MENEZES, “Os Deveres Fundamentais dos Administradores das Sociedades (Artigo 64.º/1 do CSC)”, in Jornadas em Homenagem ao Professor Doutor Raúl Ventura, A Reforma do CSC, Almedina 2007, pp. 19-60.
- DAVIS, JAMES H. & SCHOORMAN, F. DAVID & DONALDSON, LEX, “Toward a Stewardship Theory of Management”, Academic of Management Review, Vol. 22, N.º 1 (1997), pp. 20-47.
- Delmas, Magali A. & Burbano, Vanessa C., “The Drivers of Greenwashing”, California Management Review, 54 (1), 2011, pp. 64-87.
- DIAS, RUI P. & SÁ, MAFALDA DE, “Deveres dos administradores e sustentabilidade”, in Administração e Governação das Sociedades, AAVV, Coleção Governance Lab, Almedina 2020, pp. 33-85.

- DOMINGUES, JOÃO PEDRO DA SILVA, *Interesses (Não) Lucrativos e Sustentabilidade Empresarial — Que rumo toma(rá) a governação e a responsabilidade civil societária?*, Almedina 2023.
- EDMANS, ALEX, *Grow the Pie: How Great Companies Deliver Both Purpose and Profit*, Cambridge University Press, 2021.
- ELKINGTON, JOHN, “*Cannibals with Forks: The Triple Bottom Line of 21.st Century*”, Ed. Casptone, 1999.
- FERRARINI, GUIDO, “*An Alternative View of Corporate Purpose: Collin Mayer on Prosperity*”, *Working Paper, March 10, 2020, Genoa Centre for Law and Finance*.
- , “*Firm Value versus Social Value: Dealing with the Trade-offs*”, Law Working Paper N.º 686/2023.
- FISH, JILL E. & SOLOMON, STEVEN DAVIDOFF, “*Should Corporations have a Purpose?*”, ECGI Law Working Paper N.º 510/2020.
- FLEISCHER, HOLGER, “*Corporate Purpose: A Management Concept and its Implications for Company Law*”, ECGI Law Working Paper N.º 561/2021.
- FRANKS, DANIEL M. & COHEN, TAMAR, “*Social Licence in Design: Constructive technology assessment within a mineral research and development institution*”, *Technological Forecasting and Social Change*, Vol. 79, Issue 7, September 2012, pp. 1229-1240.
- FREEMAN, R. EDWARD, *Strategic Management: A Stakeholder Approach*, Cambridge University Press, 2015.
- , *Stakeholder Management and Reputation*, em *In Values and Ethics for the 21.st Century*, Madrid: BBVA, 2011.
- FREEMAN, R. EDWARD & HARRISON, JEFFREY S. & WICKS, ANDREW C. & PARMAR, BIDHAN L. & COLLE, SIMONE DE, *Stakeholder Theory: The State of the Art*, Cambridge University Press, 2010.
- FREEMAN, R. EDWARD & MARTIN, KIRSTEN E. & PARMAR, BIDHAN, *The Power of And: Responsible Business Without Trade-Offs*, Columbia University Press, New York, 2020.
- GOMES, JOSÉ F., *M&A — Aquisição de Empresas e de Participações Sociais*, AAFDL Editora, Lisboa 2022.
- HENDERSON, REBECCA, *Reimagining Capitalism in a World on Fire*, Publicaffairs 2020.
- HENRIQUES, ADRIAN & RICHARDSON, JULIE, “*The Triple Bottom Line: Does It All Add Up?*”, Routledge, 2013.
- HENRIQUES, LUCA & TROGER, TOBIAS, “*The Law and (Some) Finance of Related Party Transactions: An Introduction*”, ECGI Law Working Paper N.º 411/2018.
- IZZO, JOHN & VANDERWIELEN, JEFF, “*The Purpose Revolution — How Leaders Create Engagement and Competitive Advantage in an Age of Social Good*”, Berret-Koehler Publishers, 2018.
- JORDI, CANALS, *Rethinking the firm’s mission and purpose*, em *European Management Review*, (2010) 7, 195-204 (<<https://onlinelibrary.wiley.com/doi/pdf/10.1057/emr.2010.11>>).
- KONZELMANN, S. & CHICK, V. & FOVARGUE-DAVIES, M., “*Shareholder Value or Public Purpose? From Maynard Keynes and Adolf Berle to the Modern Debate*”, Centre for Business Research, University of Cambridge, Working Paper N.º 520, 2020.

- LEVILLAIN, KEVIN & SEGESTRIN, BLANCHE, “*From primacy to purpose commitment: How emerging profit-with-purpose corporations open new corporate governance avenues*”, in *European Management Journal* 37, 2019, 637-647.
- LUCAS, JOSÉ MIGUEL, “*Inteligência artificial e governação societária — o papel atual da inteligência artificial na tomada de decisões pelo órgão de administração*” [pre-print], Abril de 2023, (<<https://doi.org/10.13140/RG.2.2.14385.15207>>).
- LUND, DOROTHY S., “*Toward a Dynamic View of Corporate Purpose*”, ECGI Law Working Paper N.º 746/2023.
- LUND, DOROTHY S. & POLLMAN, ELISABETH, “*Corporate Purpose*”, ECGI Law Working Paper N.º 711/2023.
- MACKEY, JOHN & SISODIA, RAJ, *Conscious Capitalism — Liberating the Heroic Spirit of Business*, Harvard Business Review Press, 2014.
- MAGALHÃES, PEDRO JORGE, *Governo Societário e a Sustentabilidade da Empresa — Stakeholders Model Vs Shareholders Model*, Almedina 2019.
- MAIA, PEDRO, *Voto e Corporate Governance — Um Novo Paradigma para a Sociedade Anónima*, Almedina 2020.
- MARTINS, JOÃO P. E., “*Covid-19 & Corporate Purpose*”, tese de mestrado defendida na UCP em 20.07.2022.
- MAYER, COLLIN, “*Success, Law and ESG*”, ECGI Law Working Paper N.º 795/2024.
- , “*Capitalism and Crises — How to Fix Them*”, Oxford University Press, 2024.
- , “*What is Wrong with Corporate Law? The Purpose of Law and the Law of Purpose*”, ECGI Law Working Paper N.º 649/2022.
- , “*The Governance of Corporate Purpose*”, ECGI Law Working Paper N.º 609/2021.
- , *Prosperity — Better Business Makes the Greater Good*, Oxford University Press, Oxford 2018.
- MEYER, R. & LEIXNERING S. & VELDMAN J. (Ed.), *The Corporation: Rethinking the Iconic Form of Business Organization (Research in the Sociology of Organizations, Vol. 78)*, Emerald Publishing Limited, 2022.
- OCDE (2016), *Princípios de Governo das Sociedades do G20 e da OCDE*, Éditions OCDE, Paris.
- OLIVEIRA, ANA PERESTRELO DE, *Manual de Governo das Sociedades*, Almedina 2017.
- OLIVEIRA, KAREN DE, “*Do lucro ao propósito: uma análise do objetivo societário à luz da governança corporativa*”, Dissertação de Mestrado (2020), Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa.
- O’TOOLE, JAMES, “*The Enlightened Capitalists: Cautionary Tales of Business Pioneers Who Tried to Do Well by Doing Good*”, Harper Business, 2019.
- PAIXÃO, PAULO, “*Impacto da IA na Corporate Governance*”, in *Jornal Económico — SAPO*, 19.07.2024.
- PEDRO, ANTÓNIO & AYUK, ELIAS T. & BODOUROGLOU, C. & MILLIGAN, B. & EKINS, P. & OBERLE, B., “*Towards a sustainable development licence to operate for the extractive sector*”, *Miner Econ* 30, pp. 153-165 (2017).

- PIETRANCOSTA, ALAIN, “*Codification in Company Law of General CSR Requirements: Pioneering Recent French Reforms and EU Perspectives*”, ECGI Law Working Paper N.º 639/2022.
- PIRES, NUNO M. RAMOS, “*Inteligência Artificial no Governo das Sociedades Comerciais: Responsabilidade pelo Uso da Inteligência Artificial na Governação das Sociedades*”, Tese de Mestrado apresentada na FDUC (2023).
- POLMAN, PAUL & WINSTON, ANDREW, “*Net Positive — Diferença Positiva: Empresas Corajosas Dão Mais Do Que Tiram*”, Actual Editora, 2022.
- PORTER, MICHAEL & KRAMER, MARK, *Creating Shared Value — How to reinvent capitalism — and unleash a wave of innovation and growth*, Harvard Business Review, 2011.
- RATO, JOÃO MOREIRA, “*Adoção de modelos de inteligência artificial: como utilizar a Corporate Governance*”, in *Jornal Económico — SAPO*, 05.07.2024.
- ROE, MARCA, “*Corporate Purpose and Corporate Competition*”, ECGI Law Working Paper N.º 601/2021.
- SCHWAB, KLAUS, “*Stakeholder Capitalism — A global Economy that Works for Progress, People and Planet*”, Wiley 2021.
- STOUT, LYNN A., “*The Shareholder Value Myth: How Putting Shareholders First Harms Investors, Corporations, and the Public*”, Berrett-Koehler Publishers, 2012.
- THE BRITISH ACADEMY, *Reforming Business for the 21.st Century: A Framework for the Future of the Corporation*, 2018.
- , *Principles for Purposeful Business — How to deliver the framework for the Future of the Corporation*, 2019.
- VAZ, JOÃO CUNHA, *A OPA e o Controlo Societário: A Regra de Não Frustração*, Almedina 2013.
- WATSON, SUSAN & BUCKLEY, LYNN, “*Director’s Positive Duty to Act in the Interests of the Entity: Shareholders’ Interests Bounded by Corporate Purpose*”, ECGI Law Working Paper N.º 79/2024.

A EXECUÇÃO DE ACORDOS DE MEDIAÇÃO COMERCIAL INTERNACIONAL EM PORTUGAL

Pela D.^{ra} Ana Coimbra Trigo()*

SUMÁRIO:

1. Introdução. **2. A execução de acordos de mediação em Portugal.**
2.1. A mediação em Portugal. **2.2.** A execução de acordos de mediação nacionais e europeus em Portugal. **2.3.** Análise crítica. **3. A execução de acordos de mediação na Convenção de Singapura.** **3.1.** A Convenção de Singapura. **3.2.** A execução de acordos de mediação internacionais. **3.3.** Análise crítica. **4. Uniformidade, eficiência e acesso à justiça na mediação.** **4.1.** Uniformidade na aplicação da Convenção de Singapura. **4.2.** Eficiência e mediação internacional. **4.3.** A mediação e a concretização do acesso à justiça. **5. Considerações finais.**

Resumo:

O presente artigo debruça-se sobre o regime da execução do acordo de mediação comercial internacional em Portugal. Primeiramente, apresenta um breve apontamento sobre a Lei de Mediação e o regime da execução de acordos de mediação concluídos em Portugal e na União Europeia. De seguida, aborda as regras previstas na Convenção de Mediação de Singapura para a circulação internacional de acordos de mediação comercial, explicando os respetivos contexto e estrutura. Finalmente, destaca três objetivos fundamentais da Convenção de Mediação de Singapura associados ao seu intuito de promover a execução de acordos de mediação e, conseqüentemente, a mediação comercial internacional *per se*: uniformidade, eficiência e acesso à justiça. Conclui-se constatando a necessidade e essencialidade de mecanismos de execução do acordo de mediação a nível transnacional, não obstante a existência de algumas dificuldades práticas identificadas.

(*) Associada Sénior, PLMJ Advogados SP, RL; Professora Convidada e Doutoranda na NOVA School of Law, Lisboa. Licenciada pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra; Mestre pela China-EU School of Law, CUPL Pequim, conferido pela Universidade de Hamburgo.

Palavras-Chave:

Convenção de Singapura; Execução; Mediação; Uniformidade; Eficiência; Acesso à justiça.

Summary:

This article studies the enforcement of mediation agreements in Portugal and internationally. Firstly, it presents a brief note on the Mediation Law and the rules on the enforcement of mediation agreements concluded in Portugal and in the European Union. It then approaches the rules laid down in the Singapore Mediation Convention for the international circulation of commercial mediation agreements, explaining its context and structure. Finally, it highlights three fundamental goals of the Singapore Mediation Convention associated with its purpose of promoting the enforcement of mediated agreements and consequently international commercial mediation: uniformity, efficiency, and access to justice. It is concluded that mechanisms for the enforcement of mediation agreement at the transnational level are necessary and essential, despite the existence of some practical difficulties identified.

Keywords:

Singapore Convention; Enforcement; Mediation; Uniformity; Efficiency; Access to justice.

1. Introdução

A mediação centra-se nos interesses das partes, ao invés de nas suas posições ou direitos⁽¹⁾. Um interesse pode manifestar-se em diversas posições⁽²⁾. Ao contrário do que se passa em sede de litigância judicial, onde se discutem as posições das partes e uma(s) prevalece(m) sobre a(s) outra(s), na mediação os respetivos interesses podem ser simultânea e integralmente satisfeitos⁽³⁾. Não só a mediação pode transcender o âmbito do

(1) FISHER, ROGER; URY, WILLIAM; PATTON, BRUCE, *Getting to Yes: Negotiating Agreement Without Giving In*, 2. ed., 2003, p. 7; DAVID, MARIANA SOARES, "A Mediação Privada em Portugal: Que Futuro?", *Revista da Ordem dos Advogados*, v. III-IV, 2017, p. 745; GOUVEIA, MARIANA FRANÇA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 3. ed. Coimbra, Almedina, 2019, pp. 44, 51.

(2) FISHER, ROGER; URY, WILLIAM; PATTON, BRUCE, *Getting to Yes...*, p. 7; GOUVEIA, MARIANA FRANÇA, *Curso...*, p. 44.

(3) FISHER, ROGER; URY, WILLIAM; PATTON, BRUCE, *Getting to Yes...*, p. 31; MACIEIRA, JORGE,

conflito e ampliar o número de resultados possíveis⁽⁴⁾, como as partes também se sentem empoderadas para determinar o resultado da sua discórdia⁽⁵⁾. Este exercício de autocomposição e pacificação otimizada⁽⁶⁾ permite que as partes em mediação mais facilmente aceitem o resultado da determinação para a qual contribuíram, ainda que com a cooperação, o respeito mútuo e a assistência de um terceiro⁽⁷⁾.

Não obstante, poderão existir circunstâncias que motivem o incumprimento do acordo de mediação, de âmbito temporal, financeiro ou emocional⁽⁸⁾. É essencial contar com mecanismos jurídicos, previstos nacional e internacionalmente, que garantam que o que foi acordado em sede mediada possa posteriormente vingar⁽⁹⁾.

É, portanto, sobre a execução do acordo de mediação comercial internacional que este artigo se debruçará. A execução de acordos de mediação em Portugal será abordada (secção 2), seguida da análise do regime da Convenção de Mediação de Singapura (secção 3), concluindo-se com a análise dos objetivos convencionais de uniformidade, eficiência e acesso à justiça na mediação (secção 4).

“Mediação de Conflitos”, *Mediação e Conciliação nos Conflitos Cíveis e Comerciais*, CEJ, 2019, p. 136; GOUVEIA, MARIANA FRANÇA, *Curso...*, p. 44.

(4) Referindo que “A purely rights based approach, i.e. a court proceeding based on company and commercial law, limits the number of possible solutions.”, STEFFEK, FELIX, *Mediation in the European Union: An Introduction*, disponível em: <<https://e-justice.europa.eu/fileDownload.do?id=b3e6a432-440d-4105-b9d5-29a8be95408f>>, acesso em: 15 ago. 2024, p. 6.

(5) CARVALHO, JORGE MORAIS, “A Consagração Legal da Mediação em Portugal”, *Julgar*, v. 15, 2011, p. 278; STEFFEK, FELIX, *Mediation in the European Union...*, p. 2; QUEK, DORCAS, “Facilitative and Evaluative Mediation: Is There Necessarily a Dichotomy?”, *Asian Journal of Mediation*, 2013, p. 69; GOUVEIA, MARIANA FRANÇA, *Curso...*, p. 48.

(6) JÚDICE, JOSÉ MIGUEL, “Arbitragem e Mediação: Separados à Nascimento?”, *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, n. 1, Coimbra, Almedina APA, 2008, p. 65.

(7) QUEK, DORCAS, “Facilitative and Evaluative Mediation...”, p. 69; LOPES, DULCE; PATRÃO, AFONSO, *Lei de Mediação Comentada*, Almedina, 2014, p. 10; DAVID, MARIANA SOARES, “A Mediação Privada...”, p. 745; ANDREA MARIGHETTO, “A Convenção da ONU e a importância da resolução amigável de conflitos”, *Conjur*, disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-set-25/marighetto-convencao-singapura-resolucao-amigavel-conflitos>>, acesso em: 15 ago. 2024; MACIEIRA, JORGE, “Mediação de Conflitos”, p. 136.

(8) STEFFEK, FELIX, *Mediation in the European Union...*, pp. 10-11.

(9) MOSCHEN, VALESCA RAIZER BORGES, “A mediação comercial internacional na pauta da harmonização processual civil internacional: a Convenção de Singapura”, *Revista Vox*, v. 13, 2021, p. 80.

2. A execução de acordos de mediação em Portugal

2.1. A mediação em Portugal

Adotando a modalidade de regulamentação legislativa⁽¹⁰⁾, o enquadramento jurídico da mediação em Portugal está hoje consagrado na Lei n.º 29/2013, de 19 de abril (“LM”)⁽¹¹⁾. Esta lei constituiu a transposição da Diretiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 21 de maio de 2008 relativa a certos aspetos da mediação em matéria civil e comercial (“*Diretiva de Mediação*”)⁽¹²⁾. O regime previsto, e sucintamente descrito de seguida, aplica-se em geral a todos os procedimentos de mediação que têm lugar em Portugal⁽¹³⁾. Abordar-se-á a definição de mediação, princípios aplicáveis, definição de mediador e respetivos direitos e deveres, elementos a reter para a posterior análise sobre a execução de acordos de mediação.

Primeiramente, a LM propõe no seu art. 2.º, al. a), uma definição ampla de mediação⁽¹⁴⁾, como a “forma de resolução alternativa de litígios, realizada por entidades públicas ou privadas, através do qual duas ou mais partes em litígio procuram voluntariamente alcançar um acordo com assistência de um mediador de conflitos”.

A LM consagra seis princípios jurídicos aplicáveis a mediações realizadas em território português⁽¹⁵⁾. Estes são o princípio da voluntariedade (art. 4.º), da confidencialidade (arts. 5.º e 28.º), da igualdade e imparcialidade (arts. 6.º, 26.º e 27.º, n.º 4), da independência (arts. 7.º e 27.º, n.º 4), da competência e da responsabilidade (art. 8.º)⁽¹⁶⁾ e da executoriedade (art. 9.º).

⁽¹⁰⁾ Por oposição à regulação do mercado, autorregulação ou regulamentação-quadro, LOPES, DULCE; PATRÃO, AFONSO, *Lei de Mediação...*, pp. 13-14; CEBOLA, CÁTIA MARQUES, “Regulamentar a Mediação: Um Olhar Sobre a Nova Lei de Mediação em Portugal”, *Revista Brasileira de Direito*, v. 11, n. 2, 2015, pp. 55-56.

⁽¹¹⁾ Sobre o regime anterior, LOPES, DULCE; PATRÃO, AFONSO, *Lei de Mediação Comentada...*, pp. 11-12. Antecipando a utilidade de uma lei exclusivamente dedicada à mediação, anteriormente inexistente, GOUVEIA, MARIANA FRANÇA, “Mediação e Processo Civil”, *Cadernos de Direito Privado*, v. 1, pp. 22-44, 2010, p. 43.

⁽¹²⁾ Disponível em: <<http://data.europa.eu/eli/dir/2008/52/oj>>. acesso em: 15 ago. 2024.

⁽¹³⁾ Cf. arts. 1.º, n.º 1 e 10.º, n.º 1 da LM. Ainda, LOPES, DULCE; PATRÃO, AFONSO, *Lei de Mediação Comentada...*, pp. 12-13. Como explicam os autores, prevalece aqui o princípio da territorialidade do processo.

⁽¹⁴⁾ *Ibid.*, pp. 19-22.

⁽¹⁵⁾ Desenvolvendo estes princípios, cf. *Ibid.*, pp. 25-55; CEBOLA, CÁTIA MARQUES, “Regulamentar a Mediação...”, pp. 58-60; SILVA, KELLY COELHO; CRUZ, ROSSANA MARTINGO, “Os princípios norteadores da mediação no Brasil e em Portugal: breve análise comparativa”, *Scientia Iuridica*, v. LXX, n. 357, 2021, pp. 370-377.

⁽¹⁶⁾ A responsabilidade do mediador poderá ser civil em caso de violação dos deveres inerentes ao exercício da sua atividade, mas também profissional, independente da existência de qualquer

Destaca-se que no âmbito do princípio da competência, a lei prevê que mediante a frequência de formação para adquirir determinadas aptidões técnicas, nomeadamente cursos ministrados por entidades acreditadas pela DGPJ, o mediador passará a constar da lista de mediadores preparada por esta entidade⁽¹⁷⁾. Esta formação, ainda que optativa⁽¹⁸⁾, sendo efetuada permite que os acordos de mediação alcançados com o apoio de mediadores certificados possam ter força executiva [art. 9.º, n.º 1, al. e)].

Quanto à mediabilidade de conflitos, a LM prevê uma regra específica, segundo a qual são passíveis de ser sujeitos a mediação quaisquer litígios que respeitem a interesses de natureza patrimonial, ou, não sendo, a direitos sobre os quais as partes possam celebrar transação (art. 11.º)⁽¹⁹⁾.

Já o mediador de conflitos⁽²⁰⁾ será, nos termos do art. 2.º, al. b), um “terceiro, imparcial e independente, desprovido de poderes de imposição às partes em mediação, que os auxilia na tentativa de construção de um acordo final sobre o objeto do litígio”. Desta disposição decorre o caráter facilitador da mediação em Portugal⁽²¹⁾.

Quanto ao procedimento de mediação para litígios civis e comerciais, a LM contém regras sobre convenções de mediação (art. 12.º), sobre o procedimento prévio à mediação (incluindo sobre a escolha do mediador, revelação, pré-mediação, protocolo de mediação, suspensão dos prazos e caducidade e prescrição, arts. 13.º, 16.º, 17.º e 27.º), sobre as sessões de mediação propriamente ditas (arts. 18.º, 21.º e 22.º) e sobre o acordo de mediação (art. 20.º)⁽²²⁾. Este último deve ser livremente fixado pelas partes, constar por escrito e conter a assinatura das partes e do mediador.

Mais, a LM prevê ainda os direitos e deveres dos mediadores que exerçam a sua atividade em território nacional (arts. 23.º a 29.º)⁽²³⁾. Em Portugal existe um sistema dualista de mediação, que divide este instituto

dano e determinada em função da culpa com que determinada regra é violada (para mediadores privados, cf. Portaria 344/2013, de 27 de novembro, e para mediadores públicos cf. arts. 43.º e 44.º da LM).

(17) Cf. neste âmbito a Portaria n.º 344/2013 e a Portaria n.º 345/2013, ambas de 27 de novembro.

(18) LOPES, DULCE; PATRÃO, AFONSO, *Lei de Mediação Comentada...*, pp. 52-53; CEBOLA, CÁTIA MARQUES, “Regulamentar a Mediação...”, pp. 59-60.

(19) Em detalhe, LOPES, DULCE; PATRÃO, AFONSO, *Lei de Mediação Comentada...*, pp. 67-73; GOUVEIA, MARIANA FRANÇA, *Curso...*, pp. 83-87.

(20) LOPES, DULCE; PATRÃO, AFONSO, *Lei de Mediação Comentada...*, pp. 22-23.

(21) CARVALHO, JORGE MORAIS, “A Consagração Legal da Mediação...”, pp. 278-279; GOUVEIA, MARIANA FRANÇA, *Curso...*, pp. 47-49.

(22) Sobre fases da mediação, cf. GOUVEIA, MARIANA FRANÇA, *Curso...*, pp. 71-73.

(23) Ver análise desenvolvida em CEBOLA, CÁTIA MARQUES, “Regulamentar a Mediação...”, pp. 62-63.

em mediação privada e mediação pública⁽²⁴⁾. A mediação privada funciona sem associação a qualquer sistema público de mediação, onde as partes contratam um mediador privado para participar num conflito que incide sobre temas de direito civil e comercial. Já a mediação pública consiste em mediação conduzida no âmbito de um sistema gerido por uma entidade pública⁽²⁵⁾.

Se a ambas categorias de mediação referidas se aplicam os princípios jurídicos acima descritos [art. 1.º, al. *a*) da LM]⁽²⁶⁾, já os deveres dos mediadores que atuam no âmbito dos sistemas público de mediação são regulados especificamente nos diplomas aplicáveis⁽²⁷⁾.

2.2. A execução de acordos de mediação nacionais e europeus em Portugal

A Diretiva de Mediação estabeleceu que os Estados Membros da União Europeia (“*UE*”) deveriam garantir que um acordo de mediação reduzido a escrito fosse passível de ser declarado executório⁽²⁸⁾. A LM veio consequentemente prever, ao abrigo do já referido princípio da executoriedade, que um acordo de mediação em Portugal pode ser título execu-

⁽²⁴⁾ LOPES, DULCE; PATRÃO, AFONSO, *Lei de Mediação Comentada...*, pp. 14-15; CEBOLA, CÁTIA MARQUES, “Regulamentar a Mediação...”, p. 58. Para uma análise completa da legislação portuguesa sobre mediação, cf. CARVALHO, JORGE MORAIS, “A Consagração Legal da Mediação...”, pp. 271-277.

⁽²⁵⁾ A mediação privada pode ser *ad hoc* ou institucionalizada, quando funciona sob a égide de uma instituição de mediação privada. No caso português, um exemplo é o Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa. No âmbito público, em Portugal existem os sistemas de mediação penal, familiar e laboral (geridos pela DGPJ), cf. Protocolo de criação do Sistema de Mediação Laboral de 5 de maio de 2006, o Despacho Normativo n.º 13/2018, de 9 de novembro, e ainda a Lei n.º 21/2007, de 12 de junho. Existe ainda mediação no âmbito da recuperação e empresas (gerido pelo IAPMEI) e mediação no contexto dos Julgados de Paz, cf. Lei n.º 78/2001, de 13 de julho. Cf. estudo que conclui que 14% dos casos nos Julgados de Paz terminam em acordo de mediação, GOUVEIA, MARIANA FRANÇA; TRIGO, ANA COIMBRA, “Mediation in Lusophone Africa: An Opportunity to Amplify Access to Justice”, *Transnational Dispute Management*, v. 19, n. 3, 2022, p. 5.

⁽²⁶⁾ LOPES; PATRÃO, Lei de Mediação, p. 14.

⁽²⁷⁾ *Ibid.*, pp. 14-15.

⁽²⁸⁾ Art. 6.º desta diretiva prevê que “1. Os Estados-Membros devem assegurar que as partes, ou uma das partes com o consentimento expresso das outras, tenham a possibilidade de requerer que o conteúdo de um acordo escrito, obtido por via de mediação, seja declarado executório. O conteúdo de tal acordo deve ser declarado executório salvo se, no caso em questão, o conteúdo desse acordo for contrário ao direito do Estado-Membro onde é feito o pedido ou se o direito desse Estado-Membro não prever a sua executoriedade. 2. O conteúdo de um acordo pode ser dotado de força executória mediante sentença, decisão ou acto autêntico de um tribunal ou de outra autoridade competente, de acordo com o direito do Estado-Membro em que o pedido é apresentado.” Neste sentido, GOUVEIA, MARIANA FRANÇA, *Curso...*, p. 87.

tivo⁽²⁹⁾ por duas vias, execução direta ou homologação judicial. Podem paralelamente ser mobilizados outros mecanismos para conferir força executiva a um acordo de mediação. Estes serão analisados de seguida.

Em primeiro lugar, o acordo de mediação terá força executiva enquanto título executivo caso sejam respeitados os cinco requisitos previstos no art. 9.º da LM. Estes são:

- i) a possibilidade de o litígio ser objeto de mediação, quando não haja exigência legal de homologação judicial;
- ii) a capacidade das partes para celebrar o acordo;
- iii) a obtenção do acordo via mediação realizada nos termos legais;
- iv) a não violação da ordem pública; e
- v) a inscrição do mediador que participou na mediação na lista de mediadores de conflitos organizada pela DG PJ⁽³⁰⁾.

Em segundo lugar, as partes poderão solicitar conjuntamente a homologação judicial do acordo de mediação nos casos em que a lei não determine a sua obrigatoriedade e quando o mediador não esteja inscrito na lista de mediadores de conflitos organizada pela DG PJ⁽³¹⁾.

Para a homologação ser bem-sucedida, o acordo deverá:

- i) tratar de um litígio passível de ser objeto de mediação;
- ii) ter sido celebrado por partes com capacidade; e
- iii) respeitar os princípios gerais de direito, a boa-fé, não constituir abuso de direito, e ter um conteúdo que não viole a ordem pública (art. 14.º da LM).

Caso não se verifiquem estes requisitos o juiz recusará a homologação, tornando o acordo ineficaz. As partes poderão no prazo de 10 dias submeter novo acordo a homologação.

⁽²⁹⁾ Em Portugal são títulos executivos as sentenças condenatórias, os documentos formais, os títulos de crédito, e ainda os documentos que por disposição especial é atribuída força executiva (art. 703.º do CPC).

⁽³⁰⁾ Cf. Portaria n.º 344/2013, de 27 de novembro, que define o serviço competente para organizar a lista de mediadores de conflitos, bem como os requisitos de inscrição, a forma de acesso e divulgação da mesma. Sobre estes requisitos, GOUVEIA, MARIANA FRANÇA, *Curso...*, pp. 94-97.

⁽³¹⁾ Nesta temática, cf. CARVALHO, JORGE MORAIS, “A Consagração Legal da Mediação...”, pp. 288-289; LOPES, DULCE; PATRÃO, AFONSO, *Lei de Mediação Comentada...*, p. 62; DAVID, MARIANA SOARES, “A Mediação Privada...”, pp. 768-769; GOUVEIA, MARIANA FRANÇA, *Curso...*, pp. 87-88.

Por último, uma terceira via para obter a execução do acordo de mediação será a verificação dos pressupostos do art. 703.º do CPC sobre títulos executivos.

Neste âmbito, por um lado, nos termos do art. 703.º, n.º 1, al. b), qualquer acordo extrajudicial quando exarado ou autenticado por notário ou por outras entidades ou profissionais com competência para tal constituirá título executivo⁽³²⁾. No entanto, antecipa-se que a execução poderá enfrentar maior possibilidade de oposição, por não constituir um documento equiparado a sentença judicial⁽³³⁾. Por outro lado, e ao abrigo do art. 703.º, n.º 1, al. c) do CPC, serão também títulos executivos títulos de crédito, mesmo que meros quirógrafos, desde que, neste caso, os fatos constitutivos da relação subjacente constem do próprio documento ou sejam alegados no requerimento executivo⁽³⁴⁾.

Já no que toca a acordos de mediação europeus, o art. 9.º, n.º 4 da LM estabelece o reconhecimento automático em Portugal da força executiva de um acordo de mediação obtido noutro Estado Membro que no seu território tenha força executiva⁽³⁵⁾. Tal será assim desde que tal acordo respeite os requisitos (i) e (iv) referidos *supra*, isto é, a sua mediabilidade e a não exigência legal de homologação judicial, e a não violação da ordem pública.

Relevante é ainda o art. 15.º da LM, que estende a secção da LM em que este se integra a outros procedimentos de mediação ocorridos em Estados Membros da UE, respeitados os seus princípios e normas. Tal implica que também os acordos de mediação de outros Estados Membros possam ser sujeitos a homologação judicial⁽³⁶⁾.

(32) LOPES, DULCE; PATRÃO, AFONSO, *Lei de Mediação Comentada...*, p. 100; DAVID, MARIANA SOARES, “A Mediação Privada...”, p. 769-770; GOUVEIA, MARIANA FRANÇA, *Curso...*, p. 94.

(33) LOPES, DULCE; PATRÃO, AFONSO, *Lei de Mediação Comentada...*, pp. 100-101.

(34) DAVID, MARIANA SOARES, “A Mediação Privada...”, pp. 769-770; GOUVEIA, MARIANA FRANÇA, *Curso...*, p. 94.

(35) LOPES, DULCE; PATRÃO, AFONSO, *Lei de Mediação Comentada...*, p. 61. Os autores salientam que o art. 9.º, n.º 4 é de aplicação excecional, pois todos os Estados Membros da UE, exceto a Hungria, exigem a forma de documento autêntico ou homologação judicial para atribuir força executiva a acordos de mediação.

(36) *Ibid.*, p. 102.

2.3. Análise crítica

A mediação já não é um tema “*exótico*”⁽³⁷⁾ em Portugal, empregando a expressão de Mariana França Gouveia e Jorge Morais Carvalho. Por um lado, a regulamentação prevista na LM propunha-se reforçar este instituto em Portugal, fortalecido em paralelo pelos avanços da doutrina jurídica portuguesa sobre esta temática⁽³⁸⁾. Em concreto, o desígnio legislativo que subjaz à LM foi o de promover a mediação, vincando não só a ideia da mediação como modo extrajudicial de realização da justiça, mas também o combate à ineficiência dos meios tradicionais de resolução de litígios⁽³⁹⁾. Por outro lado, e não obstante a mediação em Portugal estar ainda na sua “juventude”, como refere Cátia Cebola⁽⁴⁰⁾, este fenómeno verifica-se com maior frequência, enquanto decorrência prática da crescente atividade civil e comercial das empresas portuguesas e a respetiva internacionalização e sofisticação⁽⁴¹⁾.

Em complemento, do enquadramento efetuado na secção anterior resulta evidente que o regime de execução de acordos de mediação em vigor em Portugal visa fortalecer a força jurídica dos mesmos, oferecendo-lhes o “manto da executoriedade”⁽⁴²⁾.

Repare-se que com a solução da execução direta, que se traduz numa dispensa de homologação judicial, o legislador português foi além do previsto na Diretiva de Mediação⁽⁴³⁾. Não obstante, as condições do art. 9.º da LM são mais exigentes do que as vertidas no art. 14.º da LM para a homo-

(37) GOUVEIA, MARIANA FRANÇA, “Mediação e Processo Civil”, p. 24; CARVALHO, JORGE MORAIS, “A Consagração Legal da Mediação...”, p. 271.

(38) LOPES, DULCE; PATRÃO, AFONSO, *Lei de Mediação Comentada...*, pp. 8-10, 16-17; CARVALHO, JORGE MORAIS, “A Consagração Legal da Mediação...”, p. 271; DAVID, MARIANA SOARES, “A Mediação Privada...”.

(39) SILVA, PAULA COSTA E, *A Nova Face da Justiça*, Coimbra Editora, 2009, p. 22; LOPES, DULCE; PATRÃO, AFONSO, *Lei de Mediação Comentada...*, p. 17. Estes autores criticam esta abordagem, implicando que a defesa pela negativa contraria o propósito da promoção da mediação. Sobre o enquadramento da mediação ao abrigo do art. 6.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, CEBOLA, CÁTIA, *La Mediación. Un Nuevo Instrumento de la Administración de la Justicia para la Solución de Conflictos*, Universidad de Salamanca, 2011, pp. 87-91. Em Portugal, entendendo que no direito acesso à justiça e à tutela jurisdicional efetiva, o direito de acesso aos tribunais não exclui a “obrigatoriedade de meios preventivos de resolução extrajudicial, como por exemplo, a conciliação ou mediação”, CANOTILHO, J. J. GOMES; MOREIRA, VITAL, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 2007, p. 409.

(40) CEBOLA, CÁTIA MARQUES, “Regulamentar a Mediação...”, p. 62.

(41) CARVALHO, JORGE MORAIS, “A Consagração Legal da Mediação...”, p. 271; DAVID, MARIANA SOARES, “A Mediação Privada...”. Tal é também a experiência prática da Autora.

(42) JÚDICE, JOSÉ MIGUEL, “Arbitragem e Mediação...”, p. 63.

(43) LOPES, DULCE; PATRÃO, AFONSO, *Lei de Mediação Comentada...*, pp. 56-57. Ainda sobre o Considerando 19 e art. 6.º da Diretiva de Mediação, SILVA, PAULA COSTA E, *A Nova Face...*, pp. 81-82.

locação judicial. Não se requer para a homologação judicial o respeito da lei aplicável, mas apenas dos princípios gerais de direito, da boa-fé, a não constituição de abuso de direito e a não violação da ordem pública. Também não se exige a competência específica do mediador^(44/45).

Em paralelo, com a execução direta as partes podem imediatamente avançar com requerimento de execução, dispensando a fase declarativa prévia que a homologação constitui. Esta acarreta, na opinião de alguns autores, uma desvantagem ao nível de economia processual, mas também perda de confidencialidade, dada a inerente publicidade do acordo de mediação⁽⁴⁶⁾.

No entanto, a principal vantagem da homologação por juiz é a possibilidade de o acordo homologado ter valor de sentença, em vez de documento particular, o que tem como consequência uma limitação dos fundamentos de oposição à execução disponíveis do lado do executado e a manutenção de processo sumário [cf. arts. 550.º, n.º 2, al. a), 705.º, 731.º e 729.º do Código de Processo Civil, “CPC”]⁽⁴⁷⁾. Tal poderá ser atrativo mesmo perante um acordo de mediação que já constitui título executivo para efeitos do art. 9.º da LM⁽⁴⁸⁾.

Em suma, no âmbito da LM a homologação judicial é a regra e a execução direta é a exceção, estando o padrão de homologação focado na aferição do respeito pela ordem pública, da mediabilidade, e dos princípios fundamentais da mediação⁽⁴⁹⁾ acima elencados. As partes de um acordo de mediação podem fazer valer os seus direitos recorrendo ao aparato coercivo do Estado de forma expedita e com um número limitado de fundamentos de oposição à execução.

Note-se que a natureza voluntária (isto é, não jurisdicional) da mediação poderia deixar o resultante acordo à mercê da “boa vontade das par-

(44) LOPES, DULCE; PATRÃO, AFONSO, *Lei de Mediação Comentada...*, pp. 96-97; GOUVEIA, MARIANA FRANÇA, *Curso...*, pp. 94-96. Mariana França Gouveia salienta que o juiz de execução quando deparado com um acordo de mediação homologado aferirá sempre da flagrante violação dos princípios de mediação porque estes traduzem a ordem pública processual. No entendimento desta Autora, os arts. 9.º e 14.º não são aqui discrepantes, mas o último concretiza o primeiro.

(45) Exigência, aliás, criticada em comparação com o árbitro, a quem nada é exigido, GOUVEIA, MARIANA FRANÇA, *Curso...*, p. 96.

(46) LOPES, DULCE; PATRÃO, AFONSO, *Lei de Mediação Comentada...*, p. 96.

(47) CARVALHO, JORGE MORAIS, “A Consagração Legal da Mediação...”, pp. 288-290; CEBOLA, CÁTIA MARQUES, “Regulamentar a Mediação...”, p. 60; GOUVEIA, MARIANA FRANÇA, *Curso...*, p. 97. Nos restantes casos, aplica-se o art. 731.º do CPC, que não prevê limitação de fundamentos, e apenas nos casos em que obrigação pecuniária vencida for de valor inferior a 10.000€ é que o processo executivo segue a forma sumária, pois nos restantes segue a forma ordinária.

(48) LOPES, DULCE; PATRÃO, AFONSO, *Lei de Mediação Comentada...*, p. 62.

(49) *Ibid.*, pp. 97-98. Estes autores comparam outras posições doutrinárias na matéria, focadas apenas na ordem pública, GOUVEIA, MARIANA FRANÇA, *Curso...*, pp. 89-93.

tes”⁽⁵⁰⁾. No entanto, o Estado, que detém o monopólio dos atos de força, disponibiliza os meios coercivos para a satisfação efetiva de posições jurídicas em caso de não cooperação do devedor⁽⁵¹⁾. O direito à execução integra a garantia constitucional de acesso ao direito e tutela jurisdicional efetiva prevista no art. 20.º, n.ºs 1 e 4 da Constituição da República Portuguesa, englobando não só a execução de decisões jurisdicionais⁽⁵²⁾, mas também, como esclarecem Teixeira de Sousa e Rui Pinto, a realização de outros direitos⁽⁵³⁾.

Recorde-se que em arbitragem, as decisões arbitrais proferidas em Portugal são equiparadas a sentenças judiciais, sem necessidade de homologação, gozando imediatamente do mesmo efeito executivo (art. 705.º, n.º 2 do CPC)⁽⁵⁴⁾. Aliás, a doutrina acrescenta como alternativa às vias mencionadas, a execução das obrigações consagradas no acordo de mediação através da sua conversão em sentença arbitral por mútuo consentimento ou com a proposição de uma ação judicial de condenação. Não obstante, estas apresentam não só o inconveniente do recurso a um foro indesejado, como também o de duplicação de esforços e de custos⁽⁵⁵⁾.

⁽⁵⁰⁾ SILVA, PAULA COSTA E, *A Nova Face...*, pp. 39, 80-82. A Autora cita aqui as palavras do Considerando 19 da Diretiva de Mediação.

⁽⁵¹⁾ SOUSA, MIGUEL TEIXEIRA DE, *Estudos sobre o Novo Processo Civil*, 2. ed. Lisboa, Lex, 1997, pp. 603-604; SILVA, PAULA COSTA E, *A Nova Face...*, pp. 94-95; PINTO, RUI, *A Ação Executiva*, 1.ª reimpr. Lisboa, AAFDL Editora, 2020, pp. 12-13.

⁽⁵²⁾ SOUSA, MIGUEL TEIXEIRA DE, *Estudos...*, pp. 603-604; MIRANDA, JORGE; MEDEIROS, RUI, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, pp. 189-190; CANOTILHO, J. J. GOMES; MOREIRA, VITAL, *Constituição da República Portuguesa...*, p. 414; PINTO, RUI, *A Ação Executiva*, pp. 12-14. Este princípio é repetido nos arts. 2.º e 10.º, n.º 4 do CPC, prevendo este último que as ações executivas são aquelas destinadas “à realização coativa de uma obrigação que [ao credor] é devida”.

⁽⁵³⁾ SOUSA, MIGUEL TEIXEIRA DE, *Ação Executiva Singular*, Lisboa, Lex, 1998, pp. 22, 63; PINTO, RUI, *A Ação Executiva*, pp. 12-13. Os autores explicam o fundamento material da garantia constitucional da “realização coativa dos direitos através do Estado”, dado o direito de execução constituir o exercício de um direito subjetivo (art. 817.º do Código Civil); a nível processual, um título jurídico — judicial ou extrajudicial — gerador de um crédito, tem que ter força executiva para se socorrer do aparato estatal, que lhe será atribuída *ipso iure* ou via uma prévia ação declarativa (sem título executivo, há pretensão sem exequibilidade). Note-se ainda que se admitem títulos judiciais e extrajudiciais quando detêm “o grau de certeza (sobre a existência do direito) que o sistema entende exigível para a admissibilidade da ação executiva”, FREITAS, JOSÉ LEBRE DE, *A Ação Executiva — À luz do Código de Processo Civil de 2013*, 6.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2017, pp. 83-85.

⁽⁵⁴⁾ SOUSA, MIGUEL TEIXEIRA DE, *Estudos...*, p. 609; SILVA, PAULA COSTA E, “A Execução em Portugal de Decisões Arbitrais Nacionais e Estrangeiras”, *Revista da Ordem dos Advogados*, v. 67, n. II, 2007, s. 3; VICENTE, DÁRIO MOURA (Org.), *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, 4.ª ed., Coimbra, Almedina APA, 2019, p. 152.

⁽⁵⁵⁾ Realçando que estes acordos de mediação poderiam assim caber no âmbito das sentenças passíveis de serem executadas ao abrigo da CNI, VICENTE, DÁRIO MOURA, “Mediação Comercial Interna-

No contexto europeu, a LM prevê ainda normas específicas sobre a execução de acordos de mediação de outro Estado Membro da EU, o que decorreu da obrigatoriedade de transposição da norma equivalente advinda da Diretiva de Mediação acima citada⁽⁵⁶⁾. A lógica do art. 15.º da LM tem por base a confiança mútua e equivalência jurídica no espaço comunitário⁽⁵⁷⁾. Aliás, como propôs Dário Moura Vicente e confirmam Dulce Lopes e Afonso Patrão, esta disposição operou uma extensão da regra do art. 365.º do Código Civil, sobre força probatória de documentos passados em países estrangeiros, à sua força executiva⁽⁵⁸⁾.

Em conclusão, tal como a nível nacional a possibilidade de executar acordos de mediação é concludentemente reconhecida como o “*pressuposto do sucesso da mediação*”⁽⁵⁹⁾, também a nível europeu é valorizada a circulação destes acordos. O balanço é, portanto, muito positivo na ótica da realização dos direitos das partes em meios de resolução “*adequada*” de controvérsias⁽⁶⁰⁾.

3. A execução de acordos de mediação na Convenção de Singapura

3.1. A Convenção de Singapura

A Convenção das Nações Unidas sobre Acordos de Mediação Internacionais (“*Convenção de Singapura*” ou “*CS*”)⁽⁶¹⁾ foi adotada pela

cional”, *Homenagem ao Prof. Doutor André Gonçalves Pereira*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, 2006, p. 1092; LOPES, DULCE; PATRÃO, AFONSO, *Lei de Mediação Comentada...*, pp. 99-100.

⁽⁵⁶⁾ Art. 6.º da Diretiva de Mediação, “4. O presente artigo em nada prejudica as regras aplicáveis ao reconhecimento e à execução noutro Estado-Membro de um acordo que tenha sido declarado executório, nos termos do n.º 1”. Cf. ainda STEFFEK, FELIX, *Mediation in the European Union...*, p. 8.

⁽⁵⁷⁾ LOPES, DULCE; PATRÃO, AFONSO, *Lei de Mediação Comentada...*, p. 61; GOUVEIA, MARIANA FRANÇA, *Curso...*, p. 96.

⁽⁵⁸⁾ LOPES, DULCE; PATRÃO, AFONSO, *Lei de Mediação Comentada...*, p. 61. Este artigo dita que “1. Os documentos autênticos ou particulares passados em país estrangeiro, na conformidade da respectiva lei, fazem prova como o fariam os documentos da mesma natureza exarados em Portugal”.

⁽⁵⁹⁾ *Ibid.*, p. 57.

⁽⁶⁰⁾ Adotando estas expressões, ao invés do termo resolução “alternativa” de litígios, SILVA, PAULA COSTA E, *A Nova Face...*, pp. 34-36; LOPES, DULCE; PATRÃO, AFONSO, *Lei de Mediação Comentada...*, pp. 8-9. Propondo o adjetivo “complementar”, VICENTE, DÁRIO MOURA, “Mediação Comercial Internacional”, pp. 1093-1094.

⁽⁶¹⁾ Empregamos nesta sede a tradução não oficial para língua portuguesa da convenção dis-

UNCITRAL no dia 25 de junho de 2018, juntamente com a Lei Modelo sobre a Mediação Comercial Internacional e Acordos Internacionais resultantes de Mediação (“*Lei Modelo*”). Posteriormente, foi aprovada pela Assembleia Geral da ONU em 20 de dezembro do mesmo ano⁽⁶²⁾, e em 7 de agosto de 2019 ocorreu a respetiva cerimónia de assinatura em Singapura⁽⁶³⁾.

A CS entrou em vigor no dia 12 de setembro de 2020⁽⁶⁴⁾. Conta com 58 partes signatárias, das quais 14 já ratificaram a convenção⁽⁶⁵⁾. Esta convenção prevê, precisamente, regras para a execução internacional de acordos de mediação.

A UNCITRAL, sua promotora, é a comissão da ONU com a função de promover a harmonização e unificação do direito comercial internacional, e já em 1980 tinha iniciado trabalhos na área da mediação⁽⁶⁶⁾. Esta comissão pretendeu com a CS promover a mediação no contexto do comércio internacional, entendendo que tal contribuiria para o desenvolvimento de relações económicas internacionais⁽⁶⁷⁾.

3.2. A execução de acordos de mediação internacionais

Importa descrever os traços fundamentais do regime convencional. Em concreto, a CS abrange “acordos resultantes de mediação e celebrados por escrito pelas partes com o intuito de dirimir um litígio comercial, que,

ponível em PINTO-FERREIRA, JOÃO PEDRO, “Tradução da Convenção das Nações Unidas sobre Acordos de Mediação Internacionais”, *Anuário do ADR LAB*, Ano 2, 2019, p. 309.

⁽⁶²⁾ Cf. texto da resolução que adotou a CS, *Ibid*.

⁽⁶³⁾ Para mais detalhes sobre as negociações e processo de assinatura, ALEXANDER, NADIA MARIE; CHONG, SHOUYU; GIORGADZE, VAKHTANG, *The Singapore Convention on Mediation: A Commentary*, 2.^a ed., Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2022, pp. 9-11.

⁽⁶⁴⁾ Assim foi após a ratificação da CS pelo Qatar, após Singapura e Fiji, conforme o art. 14.^o da CS que exige a ratificação de três Estados para entrar em vigor.

⁽⁶⁵⁾ UNCITRAL, “Status: United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation”, disponível em: <https://uncitral.un.org/en/texts/mediation/conventions/international_settlement_agreements/status>. acesso em: 15 ago. 2024. O Governo do Reino Unido já anunciou que pretende aderir, UK MINISTRY OF JUSTICE, “Government response to the consultation on the Singapore Convention on Mediation”, *UK Parliament*, disponível em: <<https://questions-statements.parliament.uk/written-statements/detail/2023-03-02/HCW5592>>. acesso em: 15 ago. 2024.

⁽⁶⁶⁾ Em detalhe, ALEXANDER, NADIA MARIE; CHONG, SHOUYU; GIORGADZE, VAKHTANG, *The Singapore Convention...*, pp. 4-5. Conferir ainda o texto da resolução que adotou a CS, PINTO-FERREIRA, JOÃO PEDRO, “Tradução...”, p. 310.

⁽⁶⁷⁾ Conferir o texto da resolução que adotou a CS, PINTO-FERREIRA, JOÃO PEDRO, “Tradução...”, p. 310. No mesmo sentido, DAVID, MARIANA SOARES, “UNCITRAL aposta na Mediação Internacional”, *Lisbon Arbitration MLGTS*, 27.09.2018; ANDREA MARIGHETTO, “A Convenção da ONU...”; ALEXANDER, NADIA MARIE; CHONG, SHOUYU; GIORGADZE, VAKHTANG, *The Singapore Convention...*, p. 13.

ao tempo da sua celebração, sejam internacionais” (art. 1.º, n.º 1 da CS)⁽⁶⁸⁾. A mediação e o mediador são definidos no art. 2.º, n.º 3 da CS⁽⁶⁹⁾ como “um processo através do qual (...) as partes procuram a resolução amigável do litígio com o auxílio de um ou mais terceiros (“o mediador”) desprovidos de poderes para impor uma solução”.

Do âmbito de aplicação da CS excluem-se os acordos sobre operações em que uma das partes atue com fins pessoais, familiares ou domésticos, e ainda sobre direito da família, sucessões e trabalho. Estas serão, portanto, matérias consideradas “não comerciais” para efeito da CS⁽⁷⁰⁾.

Do art. 3.º da CS decorrem vários princípios gerais. Por um lado, a CS prevê que cada estado parte deve executar acordos de mediação. As regras processuais para o efeito serão definidas internamente, respeitando as condições previstas na CS. Por outro lado, tal acordo de mediação poderá ser invocado noutros litígios que surjam, entretanto, sobre questões por si já resolvidas, novamente de acordo com as regras processuais vigentes naquele estado e nas condições previstas na CS.

O art. 4.º da CS trata dos requisitos necessários para fazer valer o acordo junto da autoridade competente, incluindo assinatura das partes, prova da obtenção do acordo em mediação (assinatura do mediador, declaração do mesmo ou da instituição que administrou a mediação, ou qualquer outra prova admitida). Esta autoridade competente poderá pedir documentos adicionais para verificar o cumprimento destes requisitos, mas não pode impor nenhum requisito adicional⁽⁷¹⁾.

Já os fundamentos de recusa de reconhecimento e execução estão previstos no art. 5.º da CS. Estes podem ser invocados quer em pedidos de execução quer como defesa noutra ação.

⁽⁶⁸⁾ Será internacional o acordo em que “a) Pelo menos duas das partes no acordo tenham o seu estabelecimento principal em Estados diferentes; ou b) O Estado em que as partes do acordo tenham o seu estabelecimento principal seja diferente: *i.* Do Estado no qual uma parte substancial das obrigações resultantes do acordo deva ser cumprida; ou *ii.* Do Estado com o qual a matéria do acordo tenha a conexão mais estreita”.

⁽⁶⁹⁾ Salientando a discussão havida no grupo de trabalho que preparou a CS, relativamente a processos de “med-arb” (permitidos apenas em algumas jurisdições) em que as partes podem solicitar que o mediador atue como árbitro se a mediação falhar; no entanto neste caso uma solução apenas poderá ser imposta em sede arbitral, cf. DAVID, MARIANA SOARES, “UNCITRAL aposta na Mediação Internacional”.

⁽⁷⁰⁾ A CS exclui acordos homologados por tribunal ou celebrados perante uma entidade judicial passíveis de execução como tal, bem como acordos incluídos em decisão arbitral e passíveis de execução como tal (cf. art. 1.º, n.ºs 2 e 3 da CS). Cf. nota 1 da Lei Modelo sobre este tema.

⁽⁷¹⁾ UNCITRAL, United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation (New York, 2018), disponível em: <https://uncitral.un.org/en/texts/mediation/conventions/international_settlement_agreements/>. acesso em: 15 ago. 2024.

Os fundamentos do art. 5.º, n.º 1 da CS, cujo ónus de alegar e provar cabe à parte que os invoca, podem ser divididos em três categorias: os relativos (i) às partes (incapacidade), (ii) ao acordo de mediação (quando este não é válido, eficaz, passível de cumprimento à luz da lei aplicável, vinculativo ou definitivo, ou foi alvo de modificação posterior; quando as obrigações constantes do acordo foram cumpridas ou não são claras ou compreensíveis), e (iii) ao processo de mediação (se o acordo foi celebrado devido a incumprimento grave dos padrões⁽⁷²⁾ aplicáveis ao mediador ou à mediação, ou a não revelação às partes de circunstâncias que poderiam suscitar fundadas dúvidas quanto à sua independência e imparcialidade, com impacto relevante ou influência indevida sobre uma das partes)⁽⁷³⁾. Acrescem a estes os fundamentos do n.º 2 do mesmo artigo, que a autoridade competente pode aferir *ex officio*, e que são a contrariedade à ordem pública e a não mediabilidade do conflito, ambos à luz da lei do foro.

O art. 6.º da CS prevê a hipótese de pedidos ou processos paralelos relacionados com o acordo de mediação serem instaurados junto de autoridades competentes (incluindo tribunais judiciais ou arbitrais), caso em que determina que a autoridade onde o reconhecimento e execução está pendente poderá adiar a decisão caso considere apropriado ou ordenar a prestação de garantia adequada pela contraparte se as partes o requererem.

A CS não prejudica outros direitos de que as partes se possam fazer valer ao abrigo de outras leis ou tratados relativamente ao acordo de mediação em causa (art. 7.º), e prevê duas reservas que os Estados contratantes poderão fazer, uma relativa a acordos onde seja parte uma entidade do Estado ou que atue em seu nome, e outra que exige que as partes prevejam a aplicação da CS no próprio acordo (art. 8.º).

3.3. Análise crítica

A CS visa regulamentar de forma uniforme a obrigatoriedade e executoriedade internacional de acordos resultantes de mediação comercial, propondo um procedimento conjunto com regras minimalistas e pronto a responder às necessidades dos utilizadores da mediação⁽⁷⁴⁾. A CS vem, em

⁽⁷²⁾ A tradução referida ao longo deste texto empregou o termo “regras”, no entanto entende-se que a melhor tradução de “standards” será “padrões”, conforme usado neste texto.

⁽⁷³⁾ Em detalhe, UNCITRAL, United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation (Nova Iorque, 2018).

⁽⁷⁴⁾ ALEXANDER, NADJA MARIE; CHONG, SHOUYU; GIORGADZE, VAKHTANG, *The Singapore Convention...*, p. 18.

suma, preencher a lacuna de um regime transfronteiriço para a circulação internacional de acordos de mediação⁽⁷⁵⁾, não estando, porém, isenta de críticas⁽⁷⁶⁾.

Neste âmbito, a CS sofreu grande influência da Convenção de Nova Iorque sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras de 1958 (“CNI”)⁽⁷⁷⁾, considerada uma das convenções internacionais mais bem-sucedida⁽⁷⁸⁾. Tal influência é evidente quer na estrutura da convenção, quer no seu conteúdo, nomeadamente ao não exigir um duplo grau de *exequatur* —, isto é, um prévio processo de controlo no local onde a mediação foi conduzida⁽⁷⁹⁾ —, quer na linguagem, ao prever termos obrigatórios (“*shall*”) no que toca ao dever de execução, mas já permissivos quanto à recusa de execução verificado algum fundamento convencional (arts. 3.º, n.º 1 e 5.º)⁽⁸⁰⁾.

Concomitantemente, a CS apresenta também algumas inovações, de onde se destaca a indicação na própria convenção do que é entendido por “comercial”, sem recurso ao direito nacional das partes contratantes (art. 1.º, n.º 2)⁽⁸¹⁾, e a possibilidade de as partes excluírem a aplicação da CS no seu acordo de mediação [art. 5.º, n.º 1, al. d)]⁽⁸²⁾.

Salienta-se, porém, que como a mediação não tem uma “sede”, como tem a arbitragem, o controlo do acordo de mediação nos termos da CS tem apenas lugar no local de reconhecimento e execução do mesmo⁽⁸³⁾. A CS também não menciona o “reconhecimento” e execução de acordos de mediação, dado que por decisão do grupo de trabalho se ter optado por

⁽⁷⁵⁾ PALAO, GUILLERMO (Org.), *The Singapore Convention on Mediation: A Commentary*, Northampton, Edward Elgar Publishing, 2022, p. 111.

⁽⁷⁶⁾ A este respeito, cf. ESPLUGUES MOTA, CARLOS, “La Convención de Singapur de 2018 sobre mediación y la creación de un título deslocalizado dotado de fuerza ejecutiva: una apuestanovedosa, y un mal relato”, *Spanish Yearbook of International Law*, v. 1, n. 72, pp. 53-80, 2020.

⁽⁷⁷⁾ ANDREA MARIGHETTO, “A Convenção da ONU...”; GONÇALVES, ANA MARIA MAIA; BOGACZ, FRANÇOIS; RAINEY, DANIEL, “Beyond the Singapore Convention: The Importance of Creating a ‘Code of Disclosure’ to Make International Commercial Mediation Mainstream”, *International Journal of Online Dispute Resolution*, v. 6, n. 2, pp. 164-169, 2019, p. 164.

⁽⁷⁸⁾ ALEXANDER, NADJA MARIE; CHONG, SHOUYU; GIORGADZE, VAKHTANG, *The Singapore Convention...*, p. 9.

⁽⁷⁹⁾ *Ibid.*, pp. 18-19.

⁽⁸⁰⁾ *Ibid.*, p. 116.

⁽⁸¹⁾ Ver anotação a este artigo em *Ibid.*, pp. 34-39.

⁽⁸²⁾ *Ibid.*, pp. 200-203.

⁽⁸³⁾ Sendo portanto um título “deslocalizado” onde os requisitos do estado de origem não relevam nem se exige que o acordo de mediação tenha força executiva nesse mesmo estado, cf. ESPLUGUES MOTA, CARLOS, “La Convención de Singapur...”, p. 68; ALEXANDER, NADJA MARIE; CHONG, SHOUYU; GIORGADZE, VAKHTANG, *The Singapore Convention...*, pp. 18-19, 31-33; PALAO, GUILLERMO (Org.), *The Singapore Convention on Mediation...*, p. 111.

descrever funcionalmente estes efeitos⁽⁸⁴⁾ (o comumente equiparado a um escudo, sendo a execução uma espada)⁽⁸⁵⁾.

Quanto ao conteúdo, nota-se a proximidade substantiva de algumas soluções com as da LM portuguesa, desde logo relativamente à definição de mediação, mediador e à indicação de princípios na mediação, como os da voluntariedade, igualdade e imparcialidade, independência e exequoriedade⁽⁸⁶⁾.

No entanto, à data da redação deste artigo, nem a UE, nem Portugal são partes contratantes da CS⁽⁸⁷⁾. Tal significa que um acordo de mediação em Portugal não terá qualquer força executiva fora da UE, salvo outro tratado internacional em vigor na matéria, nem acordos mediados fora da UE terão o mesmo efeito em território luso.

4. Uniformidade, eficiência e acesso à justiça na mediação

Da análise anterior ressaltam alguns desafios na aplicação da CS, nomeadamente a concretização dos seus objetivos de uniformidade e de eficiência, bem como a realização do acesso à justiça. Estes têm, aliás, paralelo com o intuito legislativo por detrás da LM, como já analisado⁽⁸⁸⁾, e serão tratados de seguida.

4.1. Uniformidade na aplicação da Convenção de Singapura

A mediação comercial está focada no reconhecimento de interesses e soluções mutuamente vantajosas para as partes, na preservação das relações de

⁽⁸⁴⁾ A preocupação foi invocada por representantes da UE, onde a maioria dos países são de tradição de direito continental. Sobre efeitos de sentenças em direito internacional privado (próprios de ato de jurisdição são a autoridade e de caso julgado e o efeito executivo; outros efeitos poderão ser o constitutivo, de facto jurídico ou probatório), CORREIA, ANTÓNIO FERRER, *Lições de Direito Privado Internacional I*, Almedina, Coimbra, pp. 454-456.

⁽⁸⁵⁾ BLACKABY, NIGEL, *et al.*, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 7.^a ed., Oxford University Press, 2023, parag. 11.22. Sobre a CS, GONÇALVES, ANA MARIA MAIA; BOGACZ, FRANÇOIS; RAINEY, DANIEL, “Beyond the Singapore Convention...”, pp. 19, 122, 135-136.

⁽⁸⁶⁾ Cf. secções 2.2 e 3.2.

⁽⁸⁷⁾ Sobre a abordagem da UE, ESTOPA, SOFIA, “Convenção de Singapura: O essencial”, *NOVA Dispute Resolution Forum Blog*, disponível em: <<https://drf.novalaw.unl.pt/2021/06/13/>>, acesso em: 15 ago. 2024.

⁽⁸⁸⁾ Cf. secção 2.3.

negócios futuras e a longo prazo⁽⁸⁹⁾. Tal intuito está enraizado na necessidade geral de contar com previsibilidade e certeza jurídica no trato comercial⁽⁹⁰⁾.

Acresce que, num mundo globalizado, as práticas e expectativas locais e regionais na resolução de conflitos podem ser e são distintas⁽⁹¹⁾. Nas palavras de Ana Maria Maia Gonçalves, François Bogacz e Daniel Rainey tal constitui “uma paisagem caleidoscópica de estilos e normas de mediação”⁽⁹²⁾.

Esta realidade não foi alheia à criação da CS, pois foi intuito deste tratado oferecer um anteriormente inexistente “enquadramento para os acordos de mediação internacionais que seja aceitável para Estados com diferentes sistemas jurídicos, sociais e económicos”⁽⁹³⁾. Para além da diversidade de nacionalidade, cultura, enquadramento jurídico e preferência do mediador como elementos promotores de diversidade na mediação⁽⁹⁴⁾, salienta-se ainda o próprio estado de desenvolvimento local da mediação, que pode variar⁽⁹⁵⁾. Estas considerações de política legislativa explicam a definição ampla de mediação acolhida na CS⁽⁹⁶⁾, e referida logo na secção 3.1. *supra*.

Ora, a CS é uma convenção internacional de direito uniforme, com um único texto jurídico que se pretende que vigore de forma obrigatória

⁽⁸⁹⁾ STEFFEK, FELIX, *Mediation in the European Union...*, p. 2; ANDREA MARIGHETTO, “A Convenção da ONU...”.

⁽⁹⁰⁾ ANDERSEN, CAMILLA BAASCH, “Defining Uniformity in Law”, *Uniform Law Review — Revue de Droit Uniforme*, v. 12, n. 1, pp. 5-54, 2007, pp. 22-23; DE LY, FILIP, “Chapter 2: Uniform Interpretation: What Is Being Done?”, in: FERRARI, FRANCO; ROSENFELD, FRIEDRICH (Orgs.), *Autonomous Versus Domestic Concepts under the New York Convention*, The Hague: Kluwer Law International, 2021, p. 15; CASTELLANI, LUCA, “Uniform Law and the Production and Circulation of Legal Models”, in: LOW, GARY (Org.), *Convergence and Divergence of Private Law in Asia*, 1. ed., Cambridge University Press, 2022, p. 9.

⁽⁹¹⁾ STEFFEK, FELIX, *Mediation in the European Union...*, pp. 13-14; DAVID, MARIANA SOARES, “A Mediação Privada...”, pp. 760-764.

⁽⁹²⁾ No original em inglês, “*a kaleidoscopic landscape of mediation styles and norms*”, GONÇALVES, ANA MARIA MAIA; BOGACZ, FRANÇOIS; RAINEY, DANIEL, “Beyond the Singapore Convention...”, p. 164.

⁽⁹³⁾ PINTO-FERREIRA, JOÃO PEDRO, “Tradução...”, p. 312.

⁽⁹⁴⁾ GONÇALVES, ANA MARIA MAIA; BOGACZ, FRANÇOIS; RAINEY, DANIEL, “Beyond the Singapore Convention...”, p. 164.

⁽⁹⁵⁾ Este elemento foi também considerado no texto da resolução que adotou a CS, que refere o facto de se pretender com esta “*acomodar os diferentes níveis de experiência quanto à mediação em várias jurisdições*”, PINTO-FERREIRA, JOÃO PEDRO, “Tradução...”, p. 310. No mesmo sentido, VICENTE, “Mediação Comercial Internacional”, p. 1096. Cf. ainda o estudo sobre medidas estaduais de promoção da mediação em várias jurisdições, com especial foco em Angola e Moçambique, GOUVEIA, MARIANA FRANÇA; TRIGO, ANA COIMBRA, “Mediation in Lusophone Africa...”, pp. 4-10, 14-18.

⁽⁹⁶⁾ ALEXANDER, NADJA MARIE; CHONG, SHOUYU; GIORGADZE, VAKHTANG, *The Singapore Convention...*, p. 90.

nas várias jurisdições que a ela se vincularam⁽⁹⁷⁾. Tal implica que o seu texto — que reuniu consenso multilateral aquando da respetiva redação — seja posteriormente interpretado e aplicado da mesma forma em todas as partes contratantes da convenção⁽⁹⁸⁾. Esta aplicação uniforme não é isenta de desafios. Invocando a CNI como exemplo, não será difícil supor como a interpretação e a aplicação consistentes da mesma junto dos tribunais dos respetivos 172 estados contratantes poderá ser exigente⁽⁹⁹⁾.

Antecipa-se que a CS se poderá deparar com o mesmo desafio. A doutrina já identificou como merecedora de maior escrutínio a interpretação e a aplicação da expressão “padrões aplicáveis ao mediador ou à mediação” e do âmbito do dever de revelação previstos no art. 5.º, n.º 1, als. e) e f) da CS. Isto porque não existem propriamente regras e orientações internacionais universalmente aceites na mediação, mesmo que vários estados e organizações profissionais proponham frequentemente leis modelo, códigos de conduta e de ética, e outros instrumentos de *soft law*⁽¹⁰⁰⁾. Assim, a interpretação e aplicação desta expressão deve guiar-se por padrões internacionais e não nacionais, dada a falta de previsão na referida norma de uma regra de conflitos prevista com esse efeito⁽¹⁰¹⁾.

O papel da doutrina e da jurisprudência será essencial na promoção do diálogo entre académicos e práticos dos vários sistemas jurídicos que

⁽⁹⁷⁾ *Ibid.*, p. 8. Antecipando a necessidade de um texto uniforme como a CS, VICENTE, “Mediação Comercial Internacional”, p. 1087.

⁽⁹⁸⁾ Sobre a CS, ver o contributo de Stacie Strong em PALAO, GUILLERMO (Org.), *The Singapore Convention on Mediation...*, p. 61. Sobre convenções de direito uniforme, FERRARI, FRANCO, “Uniform Substantive Law and Private International Law”, BASEDOW, JÜRGEN, *et al.* (Orgs.), *Encyclopedia of Private International Law*, Elgar, 2017, p. 1772. No mesmo sentido RIBEIRO-BIDAOU, JOÃO, “The International Obligation of the Uniform and Autonomous Interpretation of Private Law Conventions: Consequences for Domestic Courts and International Organisations”, *Netherlands International Law Review*, v. 67, n. 1, 2020, p. 140; ROTH, MARIANNE; HAPP, RICHARD, “Interpretation of Uniform Law Instruments According to Principles of International Law”, *Uniform Law Review — Revue de Droit Uniforme*, v. 4, 1997, p. 700.

⁽⁹⁹⁾ Por exemplo, KREINDLER, RICHARD; VON DER LINDEN, KRISTINA, “Arbitration, Recognition of Awards”, FERRARI, FRANCO, *et al.* (Orgs.), *Encyclopedia of Private International Law*, Elgar, 2017, p. 121.

⁽¹⁰⁰⁾ GONÇALVES, ANA MARIA MAIA; BOGACZ, FRANÇOIS; RAINEY, DANIEL, “Beyond the Singapore Convention...”, pp. 164-165; ALEXANDER, NADJA MARIE; CHONG, SHOUYU; GIORGADZE, VAKHTANG, *The Singapore Convention...*, pp. 17-18. Cf. ainda, discutindo um exemplo sobre a independência e imparcialidade do mediador, SILVESTRI, ELISABETTA, “The Singapore Convention on Mediated Settlement Agreements: A New String to the Bow of International Mediation?”, *Access to Justice in Eastern Europe*, v. 2, n. 4, 2019, pp. 9-10.

⁽¹⁰¹⁾ ESPLUGUES MOTA, CARLOS, “La Convención de Singapur...”, p. 68. Cf. sugestão de um “Universal Code of Disclosure”, código universal de revelação na mediação em relação ao art. 5.º, n.º 1, al. e) da CS, GONÇALVES, ANA MARIA MAIA; BOGACZ, FRANÇOIS; RAINEY, DANIEL, “Beyond the Singapore Convention...”, pp. 164-165.

ratificarem a CS, para poderem construir uma interpretação e aplicação desta convenção que seja comum, concordante e constante⁽¹⁰²⁾.

4.2. Eficiência e mediação internacional

A CS identifica a mediação como um meio flexível e eficiente de resolver conflitos, pois visa permitir que o mediador possa facilitar as partes a chegar a uma solução mutuamente aceitável. Permite economizar tempo e recursos financeiros, em comparação com outros meios de resolução de litígios, evitando o evoluir do litígio por via contenciosa ou arbitral⁽¹⁰³⁾.

Tais vantagens podem verificar-se de forma exponencial no que toca a disputas civis e comerciais internacionais. A mediação permite alcançar uma efetiva poupança para as empresas, promove as relações comerciais a longo termo e a simplificação da administração de operações internacionais nas relações comerciais, e permite que os Estados otimizem recursos nos seus sistemas de administração de justiça⁽¹⁰⁴⁾.

Pretende-se que essa eficiência exista também na fase da execução de acordos de mediação, pois só assim poderá o ecossistema da mediação ser verdadeiramente eficaz.

Verificados os pressupostos contidos no art. 1.º e os requisitos estabelecidos no art. 4.º, e se não estiver demonstrado qualquer dos fundamentos previstos no art. 5.º, uma parte contratante da CS deve executar o acordo de mediação⁽¹⁰⁵⁾. E não só o deve fazer como o deve fazer de

⁽¹⁰²⁾ Estes são os termos usados para descrever decisões estrangeiras que aplicam a mesma convenção internacional de direito uniforme estabelecendo progressivamente (e ainda que não exaustivamente) uma determinada tendência interpretativa, em situações em que uma disposição está aberta a várias interpretações admissíveis, BARIATTI, STEFANIA, *L'Interpretazione delle Convenzioni Internazionali di Diritto Uniforme*, Padova, CEDAM, 1986, pp. 197-198. No contexto do art. 31.º da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, cf. GARDINER, RICHARD K., *Treaty Interpretation*, 2.ª ed. Oxford, United Kingdom, New York, Oxford University Press, 2015, p. 255.

⁽¹⁰³⁾ SILVA, PAULA COSTA E, *A Nova Face...*, p. 22; STEFFEK, FELIX, *Mediation in the European Union...*, p. 2; DAVID, “A Mediação Privada...”, pp. 751-752; ICFML, “A Convenção de Singapura entrará em vigor no dia 12 de setembro 2020”, 11.08.2020, disponível em: <<https://icfml.org/2020/08/a-convencao-de-singapura-entrara-em-vigor-no-dia-12-de-setembro-2020/>>, acesso em 15 ago. 2024.

⁽¹⁰⁴⁾ Cf. preâmbulo da CS, PINTO-FERREIRA, JOÃO PEDRO, “Tradução...”, p. 312. No mesmo sentido, ALEXANDER, NADIA MARIE; CHONG, SHOUYU; GIORGADZE, VAKHTANG, *The Singapore Convention...*, p. 13. Discutindo estudos empíricos relativos às vantagens que os utilizadores da mediação identificam como mais relevantes, poupança de custo e tempo, PALAO, GUILLERMO (Org.), *The Singapore Convention on Mediation...*, pp. 51-55.

⁽¹⁰⁵⁾ ALEXANDER, NADIA MARIE; CHONG, SHOUYU; GIORGADZE, VAKHTANG, *The Singapore Convention...*, p. 122; PALAO, GUILLERMO (Org.), *The Singapore Convention on Mediation...*, pp. 120-121.

forma expedita, tendo em conta os objetivos da convenção. Tal resulta expressamente do art. 4.º, n.º 5 da CS, que prevê que “[a] autoridade competente deve atuar de forma célere na apreciação das medidas solicitadas”. A concretização prática desta imposição será crucial para o triunfo desta diretiva⁽¹⁰⁶⁾.

Importa apurar quais as eventuais regras aplicáveis em Portugal ao processo de atribuição de força executiva a acordos de mediação abrangidos pela CS, quenesta sede remete para as regras processuais do foro de execução (art. 3.º, n.º 1)⁽¹⁰⁷⁾.

Não estão previstas na LM regras para acordos de mediação concluídos fora da União Europeia. Vários autores defendem que a CS impõe a obrigação dos Estados contratantes possibilitarem a execução direta dos acordos de mediação, rompendo radicalmente com o paradigma existente⁽¹⁰⁸⁾. Ora, não obstante a regra do art. 9.º, n.º 4 da LM versar somente sobre a execução de acordos de mediação obtidos na EU, como visto acima, Portugal foi neste aspeto além da Diretiva de Mediação prevendo essa mesma execução direta. Esta não seria, portanto, uma solução inédita no nosso ordenamento jurídico⁽¹⁰⁹⁾, e estaria adaptada às exigências da CS.

Alternativamente, já antes da CS alguns autores propunham que as partes pudessem recorrer às regras de homologação de acordo de mediação pré-judicial nos termos do art. 14.º da LM para acordos fora da UE⁽¹¹⁰⁾.

⁽¹⁰⁶⁾ ALEXANDER, NADIA MARIE; CHONG, SHOUYU; GIORGADZE, VAKHTANG, *The Singapore Convention...*, p. 154.

⁽¹⁰⁷⁾ *Ibid.*, pp. 117-118.

⁽¹⁰⁸⁾ ESPLUGUES MOTA, CARLOS, “La Convención de Singapur...”, p. 68; SCHNABEL, TIMOTHY, “Recognition by Any Other Name: Article 3 of the Singapore Convention on Mediation”, *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, v. 20, n. 4, 2019, pp. 1182-1184; PALAO, GUILLERMO (Org.), *The Singapore Convention on Mediation...*, pp. 122-123. Timothy Schnabel rejeita a imposição de requisitos como a notarização neste âmbito. Guillermo Palao também defende que os Estados contratantes da CS não poderão impor requisitos ou processos especiais que ponham em causa os objetivos da CS. Identifica como uma possibilidade de limitar este regime tornar a aplicação da CS dependente da vontade das partes nos termos do seu art. 8.º, n.º 1, al. b). Sugere que se observem os mecanismos estabelecidos nos estados contratantes que antes não permitissem esta solução para concretizar a implementação deste princípio fundamental da CS. Carlos Esplugues critica a falta de uniformidade de termos empregados na CS. Salientando o dever de os estados adaptarem a sua regulação interna para cumprir com a CS, ALEXANDER, NADIA MARIE; CHONG, SHOUYU; GIORGADZE, VAKHTANG, *The Singapore Convention...*, p. 122. Cf. ainda o guia da UNCITRAL para implementação da CS, que usa a expressão “*direct enforcement*”, UNCITRAL, A/CN.9/1025 Draft Guide to Enactment and Use of the UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation, parags. 124-125.

⁽¹⁰⁹⁾ Ainda assim, cf. salientando o confronto entre a Diretiva de Mediação e a CS, PALAO, GUILLERMO (Org.), *The Singapore Convention on Mediation...*, pp. 124-125.

⁽¹¹⁰⁾ Defendida para acordos de mediação fora da UE via interpretação extensiva do art. 15.º

Esta constitui uma declaração de executoriedade, tendo como efeito a conversão do acordo de mediação em sentença judicial passível de execução nos termos referidos na secção 2.2. anterior⁽¹¹¹⁾, e é um processo urgente e com formalidades reduzidas.

Lembra-se ainda que acordos de mediação que constituam documentos privados exarados no estrangeiro (devidamente legalizados) não carecem de revisão, aferindo o tribunal de execução do preenchimento dos requisitos formais e materiais das alíneas referidas [arts. 703.º, n.º 1, als. *a*) e *b*), e 706.º do CPC]⁽¹¹²⁾.

Em qualquer dos casos, o processo executivo português quer-se célere⁽¹¹³⁾.

Fazendo o paralelo com o meio arbitral, é de relevar que o art. III da CNI prevê o recurso às regras processuais do estado de execução, por via da qual se aplica o art. 55.º LAV, que prevê expressamente um processo de reconhecimento prévio à execução da decisão arbitral estrangeira e o tribunal competente⁽¹¹⁴⁾.

Será útil que, quando Portugal se tornar parte signatária da CS, uma alteração legislativa venha codificar o processo relevante para os efeitos referidos, parecendo que a solução da execução direta prevista no art. 9.º, n.º 4 da LM para acordos de mediação provenientes da UE seria a mais adequada.

4.3. A mediação e a concretização do acesso à justiça

A importância da mediação no quadro do acesso à justiça é reconhecida globalmente. O Objetivo de Desenvolvimento Sustentável das Nações Unidas (ODS da ONU) 16 sobre paz, justiça e instituições eficazes, propõe no seu terceiro parágrafo, entre outros, a promoção do Estado de Direito, ao nível nacional e internacional, e a garantia da igualdade de acesso à justiça para todos. O acesso à justiça pressuposto neste entendimento centra-se na realização da justiça no caso concreto, qualquer que seja o meio judicial ou extrajudicial escolhido⁽¹¹⁵⁾.

da LM, LOPES, DULCE; PATRÃO, AFONSO, *Lei de Mediação Comentada...*, pp. 102-103. Proposta para a executoriedade internacional, GOUVEIA, MARIANA FRANÇA, *Curso...*, p. 93, nota 132.

⁽¹¹¹⁾ LOPES, DULCE; PATRÃO, AFONSO, *Lei de Mediação Comentada...*, p. 57.

⁽¹¹²⁾ FREITAS, JOSÉ DE LEBRE, *A Ação Executiva*, pp. 75-76; PINTO, RUI, *A Ação Executiva*, pp. 212-213.

⁽¹¹³⁾ Referindo-se ao princípio da economia processual, PINTO, RUI, *A Ação Executiva*, pp. 27-28.

⁽¹¹⁴⁾ O CPC prevê também regras gerais para revisão e confirmação de sentenças judiciais estrangeiras, cf. arts. 978.º a 985.º do CPC.

⁽¹¹⁵⁾ SILVA, PAULA COSTA E, *A Nova Face...*, p. 19; CEBOLA, CÁTIA, *La Mediación. Un Nuevo Ins*

Tem-se reconhecido uma conexão implícita entre o ODS 16 e a mediação⁽¹¹⁶⁾. A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico (“OCDE”), inclui a mediação na lista de serviços jurídicos que “podem melhorar o acesso à justiça e permitir que os cidadãos encontrem serviços jurídicos mais adaptados às suas necessidades e possibilidade de pagamento”⁽¹¹⁷⁾. Também a UNCITRAL reconhece que espera que a promoção da mediação via CS “traga certeza e estabilidade ao quadro internacional de mediação, contribuindo assim (...) principalmente [para] o ODS 16”⁽¹¹⁸⁾, a par dos objetivos da correspondente Lei Modelo⁽¹¹⁹⁾.

Em paralelo, a Diretiva de Mediação salienta o “objetivo de assegurar um melhor acesso à justiça” na UE⁽¹²⁰⁾, e os Princípios da ASADIP sobre o Acesso Transacional à Justiça incluem a mediação no princípio de “favorecimento às decisões consensuais”⁽¹²¹⁾. Assim, confirma-se que o regime uniforme e eficiente da CS contribui para o acesso à justiça e ao Estado de Direito, relevando a satisfação internacionalmente efetiva de interesses resultantes de mediação⁽¹²²⁾.

Neste sentido, a CS veio completar a constelação de convenções relativas ao reconhecimento e execução de sentenças e acordos resultantes da resolução de litígios civis e comerciais a nível global⁽¹²³⁾. Para além da CS e da CNI, estão em causa a Convenção da Haia de Sobre os Acordos de

trumento..., pp. 80-83; MOSCHEN, VALESKA RAIZER BORGES, “A mediação comercial internacional...”, pp. 70-71.

⁽¹¹⁶⁾ SILVA, KELLY COELHO; CRUZ, ROSSANA MARTINGO, “Os princípios norteadores da mediação...”, pp. 366-368.

⁽¹¹⁷⁾ Tradução não oficial de “Offering a range of legal assistance, social services and representation can improve access to justice and allow citizens to find legal services that are better tailored to their needs and capacity to pay”, OECD, *Governance as an SDG Accelerator: Country Experiences and Tools*, OECD, 2019, cap. 6. Ver ainda GOUVEIA, MARIANA FRANÇA; TRIGO, ANA COIMBRA, “Mediation in Lusophone Africa...”, pp. 3-4.

⁽¹¹⁸⁾ Tradução não oficial de “The Convention (...) is expected to bring certainty and stability to the international framework on mediation, thereby contributing to the Sustainable Development Goals (SDG), mainly the SDG 16”, UNCITRAL, United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation (Nova Iorque, 2018).

⁽¹¹⁹⁾ BINDER, PETER, *International Commercial Arbitration and Mediation in UNCITRAL Model Law Jurisdiction*, 4.^a ed. The Hague, Kluwer Law International, 2019, p. 555.

⁽¹²⁰⁾ Considerando 5 da Diretiva de Mediação. Cf. GOUVEIA, MARIANA FRANÇA; TRIGO, ANA COIMBRA, “Mediation in Lusophone Africa...”, p. 4.

⁽¹²¹⁾ ASADIP, *ASADIP Principles on Transnational Access to Justice (TRANSJUS)*. Cf. MOSCHEN, VALESKA RAIZER BORGES, “A mediação comercial internacional...” p. 73.

⁽¹²²⁾ Ver sobre o sistema jurídico português, cf. secção 2.3.

⁽¹²³⁾ ALEXANDER, NADIA MARIE; CHONG, SHOUYU; GIORGADZE, VAKHTANG, *The Singapore Convention...*, p. 16.

Eleição de Foro de 2005 e a Convenção da Haia relativa ao Reconhecimento e Execução de Decisões Estrangeiras em Matéria Civil e Comercial de 2019.

Assim, a CS é indubitavelmente uma convenção que se insere no quadro internacional da promoção do acesso à justiça em sede de litígios transfronteiriços.

5. Considerações finais

A CS e a LM comungam do intuito de promoção da mediação e dos seus princípios fundamentais, baseadas no entendimento de que a mediação fomenta a realização da justiça e combate a ineficiência dos meios tradicionais de resolução de litígios⁽¹²⁴⁾.

Alguns autores questionam a “real necessidade” da CS, tendo em conta a alegada “reduzida percentagem de incumprimento” de acordos de mediação⁽¹²⁵⁾. No entanto, também reconhecem que a CS promete trazer visibilidade e credibilidade à mediação como meio de resolução alternativo de litígios comerciais⁽¹²⁶⁾.

Mais do que isso, é importante poder acrescentar à longa lista de vantagens que a mediação comercial internacional já oferece — e que inclui o seu caráter voluntário, flexibilidade processual, informalidade, confidencialidade, celeridade, eficiência de custos, reparação da relação das partes, sustentabilidade na gestão do conflito, qualidade e criatividade da solução alcançada⁽¹²⁷⁾ —, também a vantagem da exequibilidade dos acordos a que a mesma conduz, não só nacional, mas verdadeiramente global⁽¹²⁸⁾.

A assinatura e ratificação da CS poderão trazer maior abrangência e agilidade à exequibilidade transfronteiriça de acordos de mediação em litígios comerciais internacionais. Tal é evidenciado por um estudo empírico

⁽¹²⁴⁾ LOPES, DULCE; PATRÃO, AFONSO, *Lei de Mediação Comentada...*, p. 17.

⁽¹²⁵⁾ DAVID, MARIANA SOARES, “UNCITRAL aposta na Mediação Internacional”.

⁽¹²⁶⁾ *Ibid.*; ALEXANDER, NADIA MARIE; CHONG, SHOUYU; GIORGADZE, VAKHTANG, *The Singapore Convention...*, p. 14.

⁽¹²⁷⁾ STEFFEK, FELIX, *Mediation in the European Union...*, p. 4; DAVID, MARIANA SOARES, “A Mediação Privada...”, pp. 747-757.

⁽¹²⁸⁾ ALEXANDER, NADIA MARIE; CHONG, SHOUYU; GIORGADZE, VAKHTANG, *The Singapore Convention...*, p. 2.

do Instituto Internacional de Mediação, em que 80% das respostas à pergunta sobre a maior probabilidade da inclusão de cláusulas de mediação em contratos na eventualidade da existência de um regime global uniforme para a execução de acordos de mediação foram “sim”⁽¹²⁹⁾.

⁽¹²⁹⁾ INTERNATIONAL MEDIATION INSTITUTE, *Survey on the Enforceability of Mediated Settlement*, 2017, disponível em: <<https://imimmediation.org/research/surveys/survey-enforceability-mediated-settlement/>>, acesso 15 ago. 2024, pp. 14-15.

A TRANSPOSIÇÃO DA DIRECTIVA UE 2019/790, RELATIVA AOS DIREITOS DE AUTOR E DIREITOS CONEXOS NO MERCADO ÚNICO DIGITAL, PARA O DIREITO PORTUGUÊS

Pelo Dr. Alberto de Sá e Mello⁽¹⁾

SUMÁRIO:

Introdução. 1. Novos limites aos direitos autorais. 1.1. Internet, direitos autorais e acesso a bens culturais. 2. Prestação de serviços de partilha de conteúdos em linha. 2.1. A polémica europeia sobre o novo regime. Nota sobre a jurisprudência do TJUE. 3. Utilização gratuita por bibliotecas, museus e arquivos públicos e outras instituições responsáveis pelo património cultural ou para fins pedagógicos e educativos. 3.1. Os usos livres em questão. 4. O regime relativo à limitação do direito exclusivo de disponibilização de obras ao público (na Internet) pelas instituições responsáveis pelo património cultural. 5. Licenças não exclusivas para digitalização e divulgação de obras fora do circuito comercial por instituições responsáveis pelo património cultural. 6. Excepções e limitações ao direito autoral e ao direito *sui generis* do produtor de bases de dados para prospecção de textos e dados. 7. Excepções e limitações para fins de ilustração didáctica. 8. Excepções e limitações para fins de conservação de obras. 9. Princípio da remuneração adequada e proporcional. Obrigação de transparência. Mecanismo de modificação contratual. Mecanismo alternativo de resolução de litígios. Direito de revogação. 9.1. Revogação de licenças e direitos do cessionário por falta de uso. 10. Utilização *online* de publicações de imprensa por agregadores de notícias ou serviços de monitorização de meios de comunicação social. 10.1. O recorte. 11. Centro de arbitragem competente em matéria de direitos de autor e direitos conexos. **Conclusão.**

⁽¹⁾ Advogado. Doutor em Direito. Professor catedrático convidado da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona (Lisboa) e do Curso de Direito do Instituto Superior Manuel Teixeira Gomes (Portimão). *E-mail*: albsamello@netcabo.pt.

Introdução

Apesar de ter de ser transposta antes de Junho de 2021, a Directiva 2019/790, do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa aos direitos de autor e direitos conexos no Mercado Único Digital (DMUD), só foi transposta em Portugal em 2023, através do Decreto-Lei n.º 47/2023, de 19-6. Há um benefício neste atraso: a necessidade de ter em conta uma Decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), de 26-04-2022, que contém recomendações para a transposição do art. 17.º da Directiva.

A Directiva — e a consequente alteração do Código Português do Direito de Autor e dos Direitos Conexos (CDADC) — é profícua na revisão e inclusão de excepções aos direitos de autor exclusivos. Vamos analisá-las.

1. Novos limites aos direitos autorais

A Directiva da União Europeia 2019/790 e a lei portuguesa de 2023 que a transpõe estabelecem com nova clareza e amplitude limites para a conservação de obras por bibliotecas, museus e arquivos acessíveis ao público, definidas como “instituições de património cultural”: limites para o ensino e para fins de investigação científica, limites à utilização de obras fora do circuito comercial por instituições de património cultural, limites à prospecção de textos e dados. Em suma, se há alguma tendência é a ampliação dos limites da liberdade de acesso aos bens culturais protegidos pelo direito autoral, com limitação do seu alcance material.

1.1. Internet, direitos autorais e acesso a bens culturais

I. A Internet abriu as portas à disseminação global de conteúdos imateriais, incluindo conteúdos intangíveis protegidos, tais como obras literárias e artísticas e prestações artísticas.

A necessidade de proteger direitos de autor exclusivos em benefício não só dos titulares de direitos, mas também da Cultura, justifica que o acesso a bens de direitos de autor que ainda não sejam do domínio público não deva ser irrestritamente livre. O direito de autor é um direito exclusivo à exploração económica de bens intangíveis, também justificado por razões culturais e não egoístas.

Em 2019, foi estabelecida a Directiva 2019/790 sobre direitos de autor e direitos conexos no Mercado Único Digital (DMUD), que inclui uma disposição que limita a circulação descontrolada na Internet de conteúdos intangíveis protegidos carregados por utilizadores individuais. Na realidade, o carregamento individual de obras gravadas ou prestações artísticas na Internet é incontável e não pode — ou acredita-se que não é possível — filtrar actos individuais e privados. Optou-se por responsabilizar os prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha por permitirem a circulação desses conteúdos na rede (art. 17.º DMUD, transposto em Portugal, em 2023, pelos arts. 175.º-A a 175.º-I CDADC). Este *provider* deve obter autorização/licença dos titulares de direitos, por exemplo, celebrando acordos de licenciamento, a fim de disponibilizar ao público obras ou outro material protegido. Quando não for possível obter tal autorização, os prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha devem demonstrar que envidaram esforços para a obter e tentaram indisponibilizar os referidos conteúdos e impedir futuros *uploads*. Parece que estamos perante mais uma limitação à liberdade de acesso aos bens culturais e mais uma restrição à sua ampla difusão. Não é assim.

A própria DMUD estabelece o limite: os limites dos direitos de autor existentes são escrupulosamente respeitados, incluindo os acima mencionados para fins educativos, de investigação científica ou de conservação do património cultural. A Directiva salvaguarda, como livre, o *upload* de obras ou outros conteúdos intangíveis protegidos carregados por utilizadores que não violem direitos de autor e direitos conexos, isto é, não se restringe o carregamento e circulação na rede de obras ou outro material protegido que sejam abrangidos por uma excepção ou limitação, ou para citação, crítica, análise, caricatura, paródia ou *pastiche*. A livre utilização das obras é garantida quando justificada por valores culturais conflitantes com direitos autorais exclusivos. Mais, com a reforma de 2023, o novo art. 75.º/2-x) do CDADC estabelece que é gratuita a reprodução e disponibilização ao público na Internet de obras para fins de caricatura, paródia ou *pastiche*.

II. Outro aspecto que deve ser considerado é que nem todo o conteúdo protegido por direitos autorais é propriedade cultural, pelo menos no sentido tradicional e actual do conceito.

A DMUD dá uma resposta adequada a esta objecção: estabelece uma excepção aos direitos de autor para a prospecção de textos e dados de obras ou outros materiais protegidos aos quais tenham acesso legal para fins de investigação científica. A reforma do CDADC de 2023 estabelece como gratuita a reprodução (cópia) de obras ou outros materiais protegi-

dos realizada por organismos de investigação ou instituições responsáveis pelo património cultural, desde que: a) para realização de prospecção de textos ou dados, para investigação científica [novo art. 75.º/2-v) CDADC]; ou b) obter cópias de obras e outros materiais protegidos que façam parte permanente das suas colecções, exclusivamente para garantir a sua conservação e na medida necessária para o efeito [novo art. 75/2-y) CDADC].

2. A prestação de serviços de partilha de conteúdos *online*

A lei portuguesa, após a transposição da DMUD em 2023, contém um conjunto de preceitos (novos arts. 175.º-A a 175.º-I CDADC) que regulam a matéria.

O art. 175.º-A/1-a) CDADC define “prestador de serviços de partilha de conteúdos em linha” em termos semelhantes aos consagrados na Directiva. São aqueles que fornecem: enciclopédias *online* sem fins lucrativos, repositórios científicos e educacionais sem fins lucrativos, plataformas para o desenvolvimento e intercâmbio de programas de computador de código aberto, provedores de serviços de comunicações electrónicas, serviços em nuvem entre empresas e serviços em nuvem que permitem aos usuários fazer *upload* de conteúdos para uso pessoal.

A lei (art. 175.º-B/1 CDADC) classifica a actuação destes prestadores de serviços de troca de conteúdos, proporcionando ao público o acesso a obras ou outros conteúdos protegidos por direitos de autor ou direitos conexos, como um acto de comunicação ao público/colocação à disposição do público, portanto reservado e dependente de autorização do titular dos direitos sobre essas obras ou outros conteúdos protegidos (art. 175.º-B/2).

A lei esclarece que a autorização concedida pelos titulares de direitos aos prestadores de serviços de partilha de conteúdos inclui os actos autorizados de comunicação ao público/colocação à disposição do público realizados pelos utilizadores dos referidos serviços, caso estes não actuem numa base comercial directa ou indirecta, ou se a sua actividade não gerar rendimentos significativos (art. 175.º-B/3). Isto implica, por um lado, limitar o âmbito da autorização concedida aos prestadores de serviços e, por outro lado, incluir no seu âmbito, mas dentro dos seus estritos limites, os actos de carregamento de obras por parte dos utilizadores desses serviços, legitimando-os.

Seguindo à risca a Directiva, o legislador português (art. 175.º-C CDADC) responsabiliza os prestadores de serviços de troca de conteúdos

online pelos referidos actos de comunicação ao público/colocação à disposição do público. Exclui-se a responsabilidade quando os prestadores de serviços demonstrem, cumulativamente, que: envidaram todos os esforços para obter a autorização; envidaram todos os esforços para garantir a indisponibilidade de obras ou outros materiais sinalizados pelos titulares de direitos; agiram diligentemente, após receber notificação dos titulares dos direitos afectados, para remover ou bloquear as obras ou outro conteúdo. A lei, seguindo de perto A DMUD, estabelece que, para avaliar o (in)cumprimento das referidas obrigações por parte dos prestadores de serviços de partilha de conteúdos, deve ser utilizada a proporcionalidade, o que implica ter em conta, nomeadamente, “o tipo, público-alvo e dimensão do serviço”.

É importante referir que este conjunto de obrigações para os prestadores de serviços de partilha de conteúdos *online* não implica qualquer obrigação de controlo dos conteúdos disponibilizados. O regime é completamente diferente: os prestadores de serviços de partilha de conteúdos *online* actuam após notificação prévia dos titulares de direitos. Estes devem ser destinatários de “informações adequadas sobre o funcionamento de práticas” relacionadas com a indisponibilidade e remoção de conteúdos e, “no caso de serem concedidas autorizações ou celebrados acordos de licenciamento, entre prestadores de serviços e titulares de direitos, informações sobre a utilização dos conteúdos regulados nos referidos acordos” (art. 175.º-E/1 CDADC).

Os prestadores de serviços devem também informar os utilizadores sobre a existência de limites ou excepções aos direitos de autor e direitos conexos que lhes permitam carregar gratuitamente conteúdos na Internet sem depender de autorização dos titulares dos direitos (art. 175.º-E /2 CDADC). Os utilizadores devem também dispor de informação clara, disponibilizada pelos prestadores de serviços de troca de conteúdos em linha, sobre os mecanismos eficazes e céleres de reclamação e recurso pela indisponibilidade de conteúdos carregados na rede (art. 175.º-F CDADC). O legislador português optou também por instituir a arbitragem necessária, por opção expressa dos respectivos utilizadores, em centros de arbitragem institucionalizados que serão autorizados pelo Governo, para resolver conflitos entre prestadores de serviços e utilizadores derivados da aplicação destes preceitos (art. 175.º-G CDADC).

2.1. A polémica europeia sobre o novo regime. Nota sobre a jurisprudência do TJUE

I. A República da Polónia interpôs recurso pedindo, a título principal, a anulação das alíneas *b)* e *c)*, *in fine*, do art. 17.º, n.º 4, da Directiva 2019/790 e, subsidiariamente, a anulação deste artigo na sua totalidade. Argumentou, no essencial, que estas disposições exigem que os prestadores procedam, de forma preventiva, à monitorização de todos os conteúdos que os seus utilizadores pretendem publicar *online*, através de ferramentas informáticas de filtragem automática, sem oferecer garantias que assegurem o respeito pelo direito à liberdade de expressão e informação. A República da Polónia argumentou, em particular, que “é dever dos prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha envidarem todos os esforços possíveis para garantir a indisponibilidade de determinadas obras e outros materiais protegidos relativamente aos quais os titulares dos direitos forneceram aos serviços dos fornecedores de conteúdos as informações relevantes e necessárias [art. 17.º, n.º 1, alínea *b)*, da Directiva 2019/790], e envidarão todos os esforços possíveis para evitar seu futuro carregamento, mediante recebimento de notificação suficientemente fundamentada dos titulares de direitos. Esse controlo preventivo constituiria uma interferência particularmente grave no direito à liberdade de expressão e de informação dos utilizadores de serviços de partilha de conteúdos em linha, uma vez que, por um lado, implica o risco de bloqueio de conteúdos legais e, por outro, o bloqueio de conteúdos seria determinado automaticamente por algoritmos, antes mesmo de qualquer divulgação do conteúdo em questão.

Em resumo, a Polónia entende que:

- a)* as obrigações dos referidos prestadores de serviços obrigam-nos a monitorizar preventivamente todos os conteúdos que os utilizadores pretendem publicar *online*, através de ferramentas informatizadas de filtragem automática, sem oferecer garantias que assegurem o respeito pela liberdade de expressão e informação;
- b)* a filtragem automática de conteúdos — porque é cega —, que os prestadores de serviços devem introduzir para evitar responsabilidades, é um mecanismo de controle preventivo que põe em risco a liberdade de expressão e informação e não cumpre os requisitos de proporcionalidade e necessidade de restringi-la. Além disso, por ser automática, corre o risco de um conteúdo lícito, de utilização livre, ser bloqueado por algoritmos, sem discricionariedade.

II. O Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) emitiu um acórdão⁽²⁾ que considera que “o art. 14.º da Directiva 2000/31 contém um ‘porto seguro’ para os prestadores de serviços da sociedade da informação que consiste no armazenamento de conteúdos fornecidos por terceiros”. Esta disposição estabelece, em substância, que o prestador desse serviço está isento de qualquer responsabilidade que possa decorrer dos conteúdos ilícitos que armazena a pedido dos utilizadores desse serviço, enquanto não tiver conhecimento dos mesmos.

E o Tribunal continua: “Os serviços em causa, característicos da “Web 2.0” interactiva e dos quais o YouTube, o *Soundcloud* ou mesmo o *Pinterest* são os exemplos mais conhecidos, permitem a qualquer pessoa publicar automaticamente conteúdos *online*. Os conteúdos colocados *online* pelos utilizadores destes serviços — vulgarmente conhecidos como “conteúdo gerado pelo utilizador” ou “conteúdo carregado pelo utilizador” — podem então ser consultados através de *streaming* a partir de *websites* ou aplicações para dispositivos inteligentes associados aos serviços acima mencionados, junto dos prestadores, sendo estes mesmos serviços geralmente remunerados com a venda de espaços publicitários. Portanto, uma enorme quantidade de conteúdo é disponibilizada ao público na Internet, incluindo uma quantidade considerável de obras e outros materiais protegidos.

O Tribunal também entende que: “Foi sempre claro que a publicação *online*, por um usuário, de uma obra ou material protegido em um serviço de partilha constitui um acto de ‘comunicação ao público’ que requer esta autorização prévia”.

Em resumo, o TJUE:

- a) considera que o legislador da União estabeleceu um limite claro e preciso para as medidas que podem ser tomadas, excluindo medidas que bloqueiem conteúdos lícitos no momento do carregamento;
- b) declara que são previstas excepções à limitação para fins de citação, crítica, análise, paródia ou *pastiche*;
- c) em terceiro lugar, considera que a responsabilidade dos prestadores de serviços só pode surgir se os titulares dos direitos lhes transmitirem informações, ou seja, não por sua própria iniciativa;
- d) em quarto lugar, entende que os prestadores de serviços devem alertar os utilizadores para o facto de poderem carregar conteúdos

(2) ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Grande Secção) 26 de abril de 2022, no Processo C-401/19.

- que não violem direitos de autor, nomeadamente no âmbito de excepções ou limitações aos direitos de autor e direitos conexos;
- e) avalia ainda que a Directiva não implica uma obrigação de monitorização, ou seja, que os prestadores de serviços não podem ser obrigados a efectuar um controlo prévio que implique uma avaliação autónoma da legalidade ou ilegalidade do conteúdo;
 - f) afirma ainda que a Directiva apresenta garantias processuais suficientes, nomeadamente a possibilidade de os utilizadores apresentarem reclamação quando considerem que o conteúdo que carregam foi indevidamente bloqueado, bem como mecanismos alternativos de resolução de litígios.

Tanto o Tribunal de Justiça como o Advogado-Geral admitem, no entanto, a necessidade de os prestadores de serviços utilizarem mecanismos de filtragem automática para efeitos de controlo, e sublinham que nenhum dos envolvidos apresenta alternativas aos mecanismos de filtragem estabelecidos, o que é verdade.

O TJUE acrescenta ainda que, em nome do princípio da proporcionalidade, os Estados-Membros devem fornecer garantias suficientes para proteção contra riscos e abusos; e diz ainda que o *upload* de conteúdos lícitos está salvaguardado.

Por último, o TJUE atribui aos Estados-Membros a tarefa de, ao transporem a Directiva, basearem-se numa interpretação que evite conflitos com os direitos fundamentais.

III. O legislador português estabeleceu, na transposição da DMUD em 2023, o dever de informação que deve ser prestada pelos prestadores de serviços de partilha de conteúdos *online*, que devem fornecer aos titulares de direitos, mediante solicitação, o mais rapidamente possível, informação adequada sobre a operação dos seus serviços e, caso sejam concedidas autorizações, informações sobre a utilização dos conteúdos abrangidos pelas referidas autorizações ou acordos.

Os prestadores de serviços de partilha de conteúdos *online* devem ainda informar os seus utilizadores, nas suas condições gerais, sobre a possibilidade de utilização de obras e outros materiais protegidos por excepções ou limitações aos direitos de autor existentes (novo art. 175.º-E CDADC).

Os prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha devem criar e disponibilizar um mecanismo de reclamação e recurso eficaz e

célere, à disposição de todos os utilizadores dos serviços, para apresentar reclamações sobre a remoção indevida ou bloqueio de obras ou outros materiais protegidos por eles carregados, nomeadamente, permitindo utilizações livres.

Os litígios entre prestadores de serviços de partilha de conteúdos *online* e utilizadores, decorrentes da eliminação ou bloqueio de obras ou outros materiais protegidos por eles carregados, estão sujeitos à arbitragem necessária quando, por opção expressa dos utilizadores, forem sujeitos a avaliação de arbitragem institucionalizada em centros que serão autorizados pelo Governo.

IV. Consideramos que não existe nenhuma obrigação de monitorização que incentive a utilização de mecanismos sistemáticos e cegos de filtragem prévia de conteúdos: os prestadores de serviços só são obrigados a reagir quando notificados pelos titulares dos direitos.

Não vemos uma alternativa viável à filtragem automática de conteúdos, dado o volume de tráfego envolvido, mesmo para pequenos prestadores de serviços.

As regras que transpõem a norma da União devem basear-se no estabelecimento de mecanismos céleres para:

- a) notificação pelos titulares de direitos das violações cometidas contra eles neste contexto;
- b) reacção e decisão rápida e discricionária, portanto humana, sobre reclamações apresentadas pelos usuários.

Em Portugal foi estabelecida uma remuneração para a cópia privada. Esta é cobrada através de um imposto sobre equipamentos e dispositivos (computadores, *pen drives*, CD, impressoras), o que encarece esses equipamentos e condiciona o acesso a bens essenciais na sociedade da informação, limitando assim, na prática, a livre expressão e circulação de ideias pelos cidadãos. Obviamente, esse imposto é cego, pois tributa tanto quem utiliza dispositivos e equipamentos para fazer cópias de obras e publicá-las na Internet, quanto quem apenas copia seus próprios escritos e textos oficiais, não protegidos por direitos autorais. E ninguém afirma que isto viola a liberdade de expressão ou comunicação.

Por último, entendemos que a protecção dos direitos de autor e os mecanismos estabelecidos para a sua implementação não contradizem as liberdades fundamentais de expressão e informação, uma vez que os direitos de autor apenas restringem a exploração económica das obras e as

defendem contra distorções, truncamentos e falsas atribuições de autoria, e plágio. Mas este seria tema para outra reflexão, à qual já dedicamos texto contido no *Anuario da Propriedad Intelectual 2021*, dirigido por Eduardo Serrano Gómez, denominado justamente *Derecho de autor y libertades de expresión, de religión y de cultura*, publicado na Espanha, em 2022.

3. Utilização gratuita por bibliotecas, museus e arquivos públicos e outras instituições responsáveis pelo património cultural ou para fins pedagógicos e educativos

3.1. Os usos livres em questão

I. A art. 81.º-a) CDADC estabelece o padrão para este conjunto de usos livres: não exige o consentimento do autor para a reprodução, para fins estritamente científicos ou humanitários, de obras não disponíveis comercialmente ou inacessíveis à consulta pública. Estas utilizações estão limitadas ao “tempo estritamente necessário à utilização destas obras”.

II. O art. 75.º/2-e) CDADC estabelece a reprodução gratuita de obras intelectuais protegidas por bibliotecas públicas, arquivos públicos, museus públicos, centros de documentação não comercial ou por instituições científicas ou educativas.

Estas reproduções não podem ser destinadas ao público nem ter finalidade de interesse económico e devem servir exclusivamente as necessidades internas destas entidades. Parece que se trata de actos de conservação dos acervos de bibliotecas, museus e outras instituições, excepto para fins estritamente relacionados com a escrita documental, e não, como bem se entende, por exemplo para uso dos utilizadores dessas instituições. Assim, uma biblioteca pode realizar reproduções de elementos do seu acervo, seja em formato analógico (papel, por exemplo) ou digital, apenas para satisfazer as suas próprias necessidades operacionais internas e não, por exemplo, fornecer fotocópias das obras aos seus utilizadores.

Esta utilização, embora gratuita, confere ao autor — bem como ao editor, no caso de utilizações analógicas — o direito a uma remuneração equitativa e implica ainda a indicação, “sempre que possível”, do nome do autor e do editor, e o título da obra [art. 76.º/1-a) e b) CDADC].

III. A nova alínea y) do inciso 2.º do art. 75.º do CDADC, acrescentado ao Código em 2023, liberta do consentimento do autor a reprodução, pelas instituições responsáveis pelo património cultural, para obter cópias de obras e outros materiais protegidos que façam parte permanente de seus acervos, exclusivamente para garantir sua conservação e na estrita medida que isso exige.

4. O regime relativo à limitação do direito exclusivo de disponibilização de obras ao público (na Internet) pelas instituições responsáveis pelo património cultural

I. Após a reforma da lei de 2023, o art. 75.º/2-*o*) do Código Português estabelece que não é necessária autorização do autor para comunicá-lo ao público ou disponibilizá-lo a membros individuais do público, para fins de investigação ou estudo pessoal, através de terminais instalados para o efeito.

Esta norma portuguesa, que tem claramente origem no art. 5.º/3-*n*) da Directiva 2001/29/CE acima referida, limita os direitos de autor exclusivos de comunicação ao público e de disponibilização de obras intelectuais ao público em rede.

II. Conforme mencionado, este limite refere-se aos poderes de comunicação ao público e à sua disponibilização ao público.

De acordo com um acórdão de 2014 do Tribunal de Justiça da União Europeia, deve entender-se que o limite inclui “actos específicos” de reprodução, acessórios a essa comunicação, tais como actos necessários para efeitos de investigação ou estudo pessoal através de terminais especializados, desde que não entrem em conflito com a exploração normal da obra e não prejudiquem injustificadamente os interesses dos titulares dos direitos.

Estes actos de reprodução não incluem impressão e armazenamento em memória USB, pois não são considerados “acessórios” à consulta.

III. Por outro lado, é evidente que esta disponibilização das obras ao público nos terminais dos estabelecimentos pressupõe a prévia digitalização das obras, o que constitui um acto “acessório” de gravação/reprodução e, portanto, está implicitamente autorizado.

IV. Este limite inclui apenas os poderes de reprodução e de colocação à disposição do público de obras provenientes de acervos bibliográficos que se encontrem fora do mercado de venda ou de licenciamento, o que resultaria sempre dos limites gerais de não prejuízo à normal exploração das obras.

5. Licenças não exclusivas para digitalização e divulgação de obras fora do circuito comercial por instituições responsáveis pelo património cultural

I. A consagração, pela UE, no âmbito da DMUD, de regras sobre a utilização de obras fora do circuito comercial tem contornos que exigem grandes cuidados na sua transposição.

Isto implica permitir que entidades de gestão colectiva de direitos de autor e direitos conexos (egc) concedam licenças não exclusivas a instituições responsáveis pelo património cultural para a reprodução, distribuição e comunicação ao público (incluindo a sua disponibilização ao público na Internet) de obras ou outros materiais protegidos que estejam fora do circuito comercial e que façam parte permanente do acervo destas instituições (Considerandos 30 a 44 e arts. 8 a 11 da DMUD).

Estão abrangidas as obras e outros conteúdos protegidos que integrem o acervo de bibliotecas ou museus acessíveis ao público, arquivos ou instituições responsáveis pelo património cinematográfico ou sonoro.

No entanto, o aspecto mais inovador desta disposição é que estas licenças, que são necessariamente sem fins lucrativos, podem ser concedidas independentemente de todos os titulares dos direitos abrangidos pela licença terem ou não concedido um mandato à egc. Isto, desde que a egc “seja suficientemente representativa dos titulares dos direitos desse tipo de trabalho e seja garantida a igualdade de tratamento entre os titulares dos direitos”.

A UE encontra justificação para esta medida na dificuldade de obtenção de licenças de titulares muitas vezes desconhecidos e na ausência de uma prática de gestão colectiva de direitos suficientemente difundida em toda a Comunidade (Considerando 32).

II. A lei de 2023 que transpõe a DMUD acrescentou cinco artigos ao CDADC (novos arts. 74.º-A a 74.º-E) que regulam esta matéria.

Começa por definir o que constitui uma obra (ou outro material protegido) fora do circuito comercial: são aquelas sobre as quais “se pode pre-

sumir de boa fé que não são, na sua totalidade, acessíveis ao público através dos canais habituais de comunicação e comércio, sem prévio esforço razoável para determinar a sua disponibilidade ao público” (novo art. 74.º-A/1 CDADC).

Após a transposição da DMUD em 2023, a lei estabelece que uma entidade de gestão colectiva de direitos de autor e direitos conexos pode conceder a uma instituição responsável pelo património cultural uma licença não exclusiva para reproduzir, distribuir, comunicar ao público, incluindo a disponibilização ao público, na Internet, de obras ou outros materiais protegidos que, estando fora do circuito comercial, integrem o acervo permanente destas entidades (novo art. 74.º-B/1 CDADC). A licença não exclusiva abrange os titulares de direitos que sejam membros da egc que a concede e também os titulares de direitos da mesma categoria que não tenham recebido o mandato. Não observamos que esteja consagrada a possibilidade de *opting out*, ou seja, que os titulares dos direitos se reservem a possibilidade de recusar expressamente a abrangência da licença.

O ónus da demonstração de que foi feito um “esforço razoável” para determinar se as obras estão fora do circuito comercial recai sobre a instituição responsável pelo património cultural que pretende beneficiar do mecanismo de licenciamento colectivo (art. 74.º-A/5).

III. A lei estabelece ainda que, caso não exista uma entidade de gestão colectiva que seja amplamente representativa dos titulares dos direitos afectados, ou se não for possível obter a autorização pretendida directamente do titular dos direitos, será estabelecida uma excepção aos direitos de autor. É estabelecida uma excepção ao direito de reprodução e disponibilização ao público de obras e ao direito *sui generis* de extrair conteúdos de bases de dados para que as instituições do património cultural (bibliotecas, museus e arquivos acessíveis ao público) disponibilizem fora do âmbito comercial obras ou outros materiais protegidos que foram publicados ou disponibilizados ao público na Internet antes de 1-1-1980 e fazem parte permanentemente de suas colecções, desde que essas obras ou outros materiais protegidos estejam disponíveis em *sites* da Internet não comerciais (novo art. 74.º-D CDADC).

IV. Esta transposição da norma unionista para o direito português era necessária. Não encontramos excepções ou limitações aos direitos autorais relacionadas com o *status* comercial da obra. Por outro lado, as excepções e limitações a favor de bibliotecas, museus e arquivos — que a lei portuguesa absurdamente exige que sejam propriedade pública e não

apenas acessíveis ao público — não especificou nada sobre a divulgação de obras fora do circuito comercial.

Deveria ter-se sido muito cuidadoso ao avaliar o que constitui uma “obra fora do circuito comercial”, caso contrário, pode, por exemplo, considerar-se obras que ainda estão fora do circuito comercial as ainda passíveis de serem reimpressas ou republicadas.

6. Exceções e limitações ao direito autoral e ao direito *sui generis* do produtor de bases de dados para prospecção de textos e dados

I. A DMUD considera “prospecção de textos e dados qualquer técnica automática de pesquisa que visa analisar textos e dados em formato digital, a fim de produzir informações, como padrões, tendências e correlações” (art. 2/2). “Prospecção de textos e dados” é a análise computacional automática de informações em formato digital.

A União Europeia (UE) considera que este tratamento de textos e dados “pode beneficiar, em particular, a comunidade científica e, ao fazê-lo, apoiar a inovação” (Considerando 8 DMUD). Dado que a prospecção de textos e dados nestes termos pode envolver actos que fazem parte do direito de autor exclusivo — como a reprodução de obras protegidas ou a extracção de partes substanciais de bases de dados — considera-se que os Estados-Membros deverão prever uma excepção à exclusividade do direito de reprodução dos autores e do direito *sui generis* de extrair conteúdos das bases de dados dos respectivos produtores e do novo direito conexo dos editores de publicações de imprensa (cf. *infra*, n.º 10) de pesquisa de textos e dados (Considerandos 8 a 18 e arts. 3.º, 4.º e 7.º da DMUD).

Esta liberdade de reprodução de obras e publicações impressas e de extracção de conteúdos de bases de dados para prospecção de textos e dados inclui não apenas acções realizadas por organizações de investigação científica (a excepção deve ser obrigatória para universidades e outras pesquisas, bem como para bibliotecas, museus e arquivos), como aplicar-se a todo e qualquer levantamento de textos e dados. As excepções e limitações em questão aplicam-se em todos os casos em que os titulares dos direitos reservam o direito de acesso às respectivas obras.

II. Como consequência da transposição da DMUD em 2023, os novos incisos v) e w) do art. 75.º/2 CDADC estabelecem que é livre, inde-

pendentemente do consentimento do titular dos direitos de autor, reproduzir obras ou outro material protegido, desde que sejam licitamente acessíveis:

- a) quando realizada por organismos de investigação ou instituições responsáveis pelo património cultural, a pesquisa de textos e dados relativos às referidas obras ou materiais protegidos, para fins de investigação científica;
- b) desde que a referida utilização não tenha sido expressamente reservada aos titulares de bens devidamente protegidos, nomeadamente por leitura óptica no caso de conteúdos disponibilizados ao público *online*, na Internet.

As disposições contratuais contrárias a estas disposições são ineficazes.

7. Excepções e limitações para fins de ilustração didáctica

I. A DMUD estabelece que os Estados-Membros devem estabelecer excepções aos direitos de reprodução e disponibilização ao público de obras e ao direito *sui generis* de extrair conteúdos de bases de dados para permitir a utilização digital de obras e outros conteúdos protegidos com fins exclusivos de ilustração didáctica (Considerandos 19 a 24 e arts. 5 e 7).

Estas excepções incluem qualquer utilização digital de obras e outros conteúdos protegidos, portanto não apenas a sua utilização numa rede (*www*). Estas utilizações são estritamente limitadas pela sua finalidade que deve limitar-se à ilustração educativa (actividades pedagógicas e de aprendizagem) e realizada na medida justificada por objectivos não comerciais.

As utilizações gratuitas consentidas devem ser realizadas em estabelecimentos de ensino básico, secundário, superior ou profissional, presencialmente ou através de rede electrónica acessível apenas a estudantes e docentes, e ser acompanhadas da indicação da fonte e, se possível, do autor. Devem ser levadas em consideração as necessidades específicas das pessoas com deficiência, o que já faz parte do art. 75.º/2-j) CDADC.

Numa perspectiva sindical, esta utilização gratuita deveria estar sujeita a limites estritos. Em primeiro lugar, o seu objetivo deve ser não comercial. Em segundo lugar, esta utilização deve ser realizada sob a responsabilidade de um centro educativo (primário, secundário, profissional

ou universitário), nas suas instalações ou através de meios electrónicos seguros e acessíveis apenas aos alunos e docentes da escola. A fonte e o nome do autor devem ser sempre indicados.

Refira-se que, naturalmente, esta excepção não se aplica aos manuais e outros materiais de estudo e ensino nas escolas, destinados precisamente ao mercado educativo, desde que os respectivos autores já os explorem economicamente ou tenham autorizado a sua exploração.

Estas excepções podem ser acompanhadas pela concessão de compensação equitativa aos autores e não permitem uma disposição contratual que as substitua.

II. Consideramos que, para transpor esta regra para Portugal, à previsão portuguesa desta excepção — já contida no art. 75.º/2-f) CDADC — deveriam ter sido acrescentadas as estritas condições acima mencionadas. Só assim se conseguiria um justo equilíbrio entre os interesses da comunidade escolar e docente e os dos autores dos materiais pedagógicos (livros, desenhos, gráficos, fotografias e gravuras, filmes, *etc.*), hoje tão precários. A prática tem demonstrado que a lei portuguesa, tal como está, não protege suficientemente os direitos dos autores de obras e materiais educativos, e as cópias ilícitas destes são generalizadas.

Com a alteração de 2023 ao CDADC [novo art. 75.º/2-g) CDADC], esclarece-se que a excepção para reprodução, comunicação ao público, incluindo a disponibilização ao público para fins exclusivos de ilustração didáctica, sem fins comerciais limita-se a obras ou outros materiais protegidos previamente colocados à disposição do público e só pode ser realizado sob a responsabilidade de um centro educativo e pedagógico, nas suas instalações ou através de meio electrónico acessível apenas a alunos e professores do mesmo estabelecimento.

8. Excepções e limitações para fins de conservação de obras

A DMUD estabelece que os Estados-Membros devem estabelecer uma excepção obrigatória ao direito de reprodução de obras e ao direito *sui generis* de extrair conteúdos de bases de dados para permitir que as instituições responsáveis pelo património cultural façam cópias de obras e outros materiais protegidos, que fazem permanentemente parte das suas colecções, em qualquer formato ou suporte, para fins de conserva-

ção dessas obras e na medida necessária para garantir essa conservação (Considerandos 25 a 29 e art. 6). A DMUD permite, ainda, que estas instituições recorram à assistência de outras contrapartes ou de terceiros para o efeito.

A Directiva qualifica como “instituições de património cultural” bibliotecas e museus acessíveis ao público, bem como arquivos, cinemas e audiotecas (art. 2/3). Todo o material que estiver definitivamente em posse da instituição, seja de sua propriedade ou não, é considerado “parte integrante e permanente do acervo”.

Disposições contratuais contrárias a esta disposição devem ser consideradas ineficazes (art. 7).

Com a alteração do CDADC 2023, esclarece-se também que a reprodução é gratuita pelas instituições responsáveis pelo património cultural para obtenção de cópias de obras ou outro material protegido exclusivamente para garantia e na medida necessária para assegurar a sua conservação [novo parágrafo *e*] do § 2.º do art. 75.º CDADC]. Os titulares de direitos podem aplicar medidas para garantir a segurança e integridade das redes e bases de dados nas quais estão armazenadas obras e outros materiais, desde que isso não ponha em causa a excepção estabelecida.

9. Princípio da remuneração adequada e proporcional. Obrigação de transparência. Mecanismo de modificação contratual. Mecanismo alternativo de resolução de litígios. Direito de revogação

I. Uma das dificuldades mais sentidas pelos titulares de direitos de autor (autores, artistas, produtores de fono/videogramas, organismos de radiodifusão, gestores de entretenimento, produtores de bases de dados e editores), em relação ao exercício dos seus direitos sobre a colocação das suas criações *online*, é controlar o uso e exploração destes e garantir uma remuneração adequada para esses usos e explorações.

A DMUD estabelece a necessidade de consagrar a obrigação daqueles a quem foram transferidas licenças de utilização ou direitos de autor de fornecerem informação sobre a exploração verificada de obras e prestações artísticas (*online* e *offline*), o que permite a avaliação contínua do valor dos direitos.

Dada a constante dificuldade de renegociação dos valores a pagar aos titulares de direitos, devido ao seu limitado poder de negociação uma vez

“lançadas” na rede as suas criações, a DMUD estabelece que os referidos licenciados e titulares de direitos derivados devem prever nos acordos e negociar mecanismos de ajuste da remuneração dos titulares originários, bem como prever mecanismos alternativos de resolução de litígios neste contexto.

O novo 44.º-E CDADC estabelece um princípio, denominado remuneração adequada, proporcional e equitativa, segundo o qual os autores e artistas que concedam licença exclusiva ou transmitam poderes patrimoniais de autoria têm direito a receber remuneração com estas características. A aplicação deste princípio não prejudica as regras derivadas do princípio da liberdade contratual, bem como as práticas e usos do mercado e do sector cultural específico em questão.

II. Neste sentido, a DMUD (Considerandos 72 a 78) consagra um princípio, uma obrigação que lhe está associada e um mecanismo correlato.

A obrigação, denominada “de transparência”, obriga os utilizadores licenciados ou sublicenciados de conteúdos protegidos por direitos de autor ou direitos conexos a fornecer periodicamente informações exaustivas sobre a exploração das obras dos autores e dos serviços dos artistas intérpretes (art. 19). A lei portuguesa acolhe este ditame ao estabelecer um dever de informação (novo art. 44.º-B CDADC), que se aplica aos licenciados e sublicenciados exclusivos e aos cedentes de direitos de autor. Exige-lhes que forneçam “informações relevantes, exaustivas e actualizadas sobre a exploração” das obras e serviços em questão, bem como sobre todos os rendimentos obtidos como resultado dessa exploração. Esta informação deve ser fornecida pelo menos uma vez por ano.

Esta obrigação já está consagrada em Portugal para o contrato de edição (art. 96.º CDADC), padrão para todos os outros contratos de exploração, e também é prevista com particularidade para o egc (art. 48.º-E da Lei de Gestão Colectiva de Direitos de Autor e Direitos Conexos — LGC).

Se a remuneração inicialmente acordada se revelar “desproporcionalmente baixa em relação a todos os rendimentos relevantes subsequentes”, os autores ou artistas têm direito de reclamar uma remuneração adicional, adequada e justa, à contraparte com quem contrataram a exploração da obra (novo art. 44.º-C, a que já aludimos anteriormente e que, no fundo, nada mais faz do que reproduzir o, agora substituído, mecanismo adicional de compensação por lesão enorme). Na determinação do valor desta remuneração adicional serão aplicados os instrumentos previstos nos novos arts. 44.º-C e 44.º-D CDADC, ou seja, os mecanismos para corrigi-lo

quando for desproporcionalmente baixo em relação aos rendimentos obtidos com a utilização das obras assim criadas, aplicando-se as novas regras de resolução alternativa de litígios (arbitragem institucionalizada) — art. 8.º do Decreto-Lei n.º 47/2023, de 19-6.

Como dissemos, a regra subjacente a esta norma já constava do, agora revogado, art. 49.º CDADC. Este já previa que, no caso de transferência onerosa ou oneração do direito de exploração, se o criador intelectual ou seus sucessores sofressem graves danos patrimoniais em razão de “manifesta desproporção entre seus lucros e os obtidos pelo beneficiário daqueles actos”, poderia reivindicar uma compensação adicional. O regime padrão português era, como vimos, bastante completo, estabelecendo mesmo os critérios para determinar a existência de uma desproporção entre os benefícios do autor e os do cedente do direito (art. 49.º/2 e /3 CDADC, agora revogado).

Entendemos que a legislação portuguesa necessitava de alargar a aplicação deste valor às situações de mera licença de exploração sem transmissão de direitos de autor, o que passou a estar expressamente consagrado (art. 44.º-B/1 e /5). Ainda é necessário aprimorar os critérios para determinar a efectividade da desproporção entre os rendimentos decorrentes dos prejuízos de autores e intérpretes.

O novo art. 44.º-D CDADC estabelece que os litígios relacionados com o dever de informação ou com a remuneração adicional referida na secção II podem ser submetidos a procedimento alternativo de resolução de litígios resolvido por centro de arbitragem institucionalizado, o qual deve ser autorizado pelo Governo. Tais disputas estão sujeitas a arbitragem exigida por opção expressa dos autores ou artistas.

As egc têm legitimidade para iniciar estes procedimentos por mandato expresso de um ou mais autores ou artistas.

III. A lei alemã de direitos autorais (§ 41) estabelece que se o titular da autorização de exploração da obra (licenciado) não exercer o seu direito ou “for exercido de forma insuficiente, causando prejuízo aos legítimos interesses do autor”, o autor pode revogar a autorização de exploração concedida. É claro que isto não implica a renúncia ou perda do direito, que permanece intacto como propriedade dessa pessoa. Isso envolve a revogação da licença por falta de uso.

A DMUD adoptou a regra alemã: desde que o autor, artista, intérprete ou executante tenha concedido licenças ou transferido exclusivamente os seus direitos e não haja exploração da obra pelo licenciado, o licenciado pode revogar a sua atribuição.

A DMUD considera que os autores e artistas enfrentam por vezes situações em que, apesar de licenciarem a exploração das suas obras ou serviços fixos ou de cederem direitos sobre os mesmos, os beneficiários desses actos não exploram efectivamente as obras ou serviços, frustrando assim as expectativas dos detentores de direitos, enquanto os explora e remunera de forma eficaz. Dado que a licença de exploração económica das obras é normalmente remunerada, a inércia do licenciado impede o autor de obter os benefícios esperados da exploração dessas obras.

IV. A promulgação do CDADC de 2023, consistente com a consagração do princípio da remuneração adequada e justa do autor, consagra o direito de revogação de uma licença de utilização ou de um ato de transmissão de direitos de autor, em caso de não exploração da obra (novo art. 44.º-E). É um direito que, como foi dito, segue a lógica de garantir ao autor uma exploração económica digna, eficaz e eficiente das obras no caso de licença exclusiva ou transferência de direitos autorais.

A revogação não pode ser executada contra terceiros a quem os direitos tenham sido validamente transferidos ou a quem uma licença tenha sido validamente concedida pelo cedente do direito ou pelo licenciado em momento anterior ao exercício do direito de revogação pelo autor ou titular do direito de autor ou direito conexo (art. 44.º-E/10).

Entendemos que este valor só é aplicável quando há transferência parcial de poderes de direitos autorais, dada a sua natureza temporária. A transmissão total é acompanhada do pagamento de um preço que constitui a contrapartida global e única pela transmissão do direito, não compatível com revisões ou revogações mesmo em caso de não utilização da obra objeto do direito que é transferido.

A revogação da licença ou do acto de transmissão não pode ser oposta a terceiros a quem, por sua vez, tenha sido cedido o direito ou a quem tenha sido concedida a licença de exploração pelo autor ou contraparte do artista, salvo se a falta de exploração da obra for atribuível a eles. Isto significa que o ónus da exploração económica da obra recai, também, sobre os sublicenciados ou sucessivos cessionários do direito.

A consagração deste regime não prejudica um regime que permite aos titulares deste direito exercê-lo “em termos mais amplos ou com prazos mais curtos”.

V. Consideramos que o exercício deste direito pode ter como consequência o pedido de uma *indemnização de clientela* pelo licenciado ou

transmissário atingido pela revogação, em termos, com pressupostos e consequências análogos aos existentes para a revogação do contrato de concessão comercial⁽³⁾ e para o contrato de agência.

O regime acima descrito, previsto nos arts. 44.º-B, 44.º-C e 44.º-D, é injuntivo e não se aplica aos autores de programas de computador (novo art. 44.º-F).

10. Utilização *online* de publicações de imprensa por agregadores de notícias ou serviços de monitorização de meios de comunicação social. O recorte

I. A UE, na DMUD, considera importante a sobrevivência de uma imprensa livre e pluralista que hoje enfrenta o surgimento de novos serviços *online* (em rede, na Internet), como agregadores de notícias e serviços de rastreamento de notícias que facilitam a comunicação pública dos mesmos; essas publicações e seus conteúdos, quando disponibilizados *online*, proporcionam rendimentos significativos. A DMUD consagra, agora, um direito conexo destes editores que lhes permite, como titulares, conceder licenças relacionadas com a utilização *online* destas publicações (Considerandos 54 a 59 e art. 15).

Este novo direito conexo, que inclui os direitos exclusivos de reprodução e disponibilização ao público pelos editores de publicações de imprensa, abrange prestadores de serviços, como agências de notícias e editores de notícias em geral. Refere-se apenas a publicações jornalísticas, qualquer que seja o meio (incluindo papel), incluindo jornais, revistas e *sites* de notícias na Internet. Não se limita apenas à publicação de notícias sobre obras literárias, mas também de fotografias e vídeos. As revistas científicas estão excluídas (considerando 56). Exclui-se o acesso através de *hyperlinks* (Considerando 57 e art. 15/1 §3).

⁽³⁾ MENEZES CORDEIRO (*Do contrato de concessão comercial*, in Revista da Ordem dos Advogados, Lisboa, 2000) salienta a tendência uniforme da jurisprudência em considerar aplicável à sua cessação o regime da indemnização de clientela (art. 33.º do Decreto-lei n.º 178/76), próprio do contrato de agência, segundo o qual é devida ao licenciado (concessionário) a reparação dos prejuízos sofridos com a perda de clientela resultante da revogação da licença. É que a consagração deste regime não prejudica regime que faculte aos titulares deste direito um exercício “em termos mais alargados ou com prazos mais reduzidos”.

II. Após a transposição da DMUD em 2023, o novo art. 176.º/11-a) CDADC define “publicação de imprensa” como a edição, por editores ou agências noticiosas, de um conjunto de obras literárias de natureza jornalística, que pode incluir também outras obras ou materiais (dados informativos, por exemplo). Esta colecção deve constituir parte autónoma da publicação periódica e ser fixada/publicada sob um único título, como jornal ou revista de interesse geral ou específico, “com o objetivo de fornecer informação relativa a notícias ou outros temas e publicada em todos os meios de comunicação social”. Por outras palavras, a publicação na imprensa, a que se refere a lei, é apenas a publicação jornalística de obras literárias de natureza jornalística, efectuada por um prestador de serviços da sociedade da informação, actualizada periodicamente em todos os meios de comunicação social, para fins informativos ou fins de entretenimento, que é independente daquele publicado pela empresa jornalística proprietária dessa publicação que normalmente a publica em papel. Em suma, trata-se de disponibilizar *online* conteúdos jornalísticos anteriormente publicados pelos meios de comunicação tradicionais.

Estas publicações *online*, da responsabilidade de um prestador destes serviços, incluem edições em papel ou *sites* de notícias (mesmo art. 2.º/4, *in fine*, da DMUD), mas não incluem revistas científicas [art. 176.º/11-a)-iv) CDADC], nem hiperconexões a páginas ou *sites* electrónicos pertencentes ou disponibilizados, a título profissional, por editores de imprensa [art. 188.º-A/2-b) CDADC] que a União Europeia não considera comunicações autónomas ao público; também não cobre informações factuais comunicadas em artigos jornalísticos incluídos em publicações de imprensa.

Estão excluídos desta disposição os usos privados, desde que sejam realizados por pessoas singulares, no exercício do seu direito de informação, através de acesso lícito e desde que não façam utilização comercial direta ou indireta dos extratos utilizados [art. 188.º-A/2-a) CDADC].

III. A lei portuguesa (novo art. 188.º-A CDADC) consagra dois importantes direitos (relacionados) dos editores de publicações de imprensa: o direito à reprodução digital e o direito de os disponibilizar ao público em rede. Esta estabelece que os editores de publicações de imprensa são os proprietários exclusivos da reprodução digital das suas publicações (podem autorizá-las ou proibi-las) e de as disponibilizar na Internet, obrigando os prestadores de serviços *online* a solicitar autorização (e pagar) para fazer essas publicações disponíveis na Internet.

IV. Com a alteração de 2023 ao CDADC, é estabelecido um direito conexo para os editores de publicações de imprensa onde já existam direitos de autor dos seus proprietários. “Editor de imprensa” é a “pessoa singular ou colectiva sob cuja iniciativa e responsabilidade é efectuada a publicação, incluindo as empresas jornalísticas e os prestadores de serviços de edição de notícias e agências noticiosas” [novo art. 176.º/11-*b*] do CDADC]. “Publicação de imprensa” é uma colecção maioritariamente de obras literárias de carácter jornalístico [novo art. 176.º/11-*a*]]. Estão expressamente excluídas publicações com fins científicos e académicos. O art. 188.º-A/3 salvaguarda os direitos sobre obras ou outros conteúdos protegidos que façam parte da publicação de imprensa, não sendo os novos direitos conexos oponíveis a eles.

Ora, os arts. 19.º e 16.º do CDADC atribuem os direitos de autor dessa obra colectiva à pessoa singular ou colectiva que organizou e dirigiu a criação e em cujo nome a obra colectiva foi divulgada ou publicada. “Obra colectiva” é aquela criada por uma pluralidade de pessoas e divulgada ou publicada em nome de uma entidade singular ou colectiva [art. 16º/1-*a*] do CDADC]. Os “jornais e outras publicações periódicas são presumidos obras colectivas, sendo os direitos de autor nas mesmas pertencentes às respectivas empresas” (art. 19.º/3 CDADC).

O sujeito e o objeto dos direitos de autor da obra jornalística colectiva e os dos direitos conexos do editor de imprensa coincidem.

V. Os direitos conexos incluem o poder de autorizar ou proibir os prestadores de serviços da sociedade da informação de efectuarem toda e qualquer reprodução, comunicação ao público, incluindo a disponibilização ao público na Internet, das suas publicações. O direito autoral na obra colectiva já inclui essas competências ao consagrar o direito exclusivo.

O direito conexo é estabelecido sem prejuízo dos direitos conferidos aos autores ou outros titulares de direitos em relação às obras ou outros conteúdos protegidos que façam parte da publicação de imprensa. Os direitos autorais sobre a obra colectiva como um todo não prejudicam o exercício individual de direitos relativos a contribuições pessoais discrimináveis.

O sujeito coincide, o objeto coincide, o conteúdo é mais pobre e, em parte, coincide com o dos direitos autorais no trabalho jornalístico colectivo. O prazo de protecção dos direitos conexos é mais curto.

VI. Acreditamos ter demonstrado que esta duplicação de estatutos perde sentido no ordenamento jurídico português. Talvez faça sentido em sistemas jurídicos, como o alemão, que não consagram os direitos autorais das pessoas jurídicas.

O aspecto mais inovador deste estatuto é uma regulamentação específica deste direito e, principalmente, o inovador estabelecimento de que os autores de obras que integram uma publicação de imprensa devem receber uma parte equitativa dos rendimentos que os editores de colecções de imprensa recebem (novo art. 188.º-B/6 CDADC).

Além disso, a duplicação é tão evidente que passou a ser incluída na legislação portuguesa uma disposição (art. 188.º-B/8) que estabelece que o novo direito conexo não prejudica outras disposições legais relativas à titularidade de direitos sobre publicações de imprensa e obras nelas contidas incluído ou resultante de um contrato de trabalho.

Concluimos que a articulação entre a norma unionista e o que já estava consagrado no direito português pouco mais exigiu, em termos de transposição desta para o direito português, do que a explicação de que a disponibilização *online* de conteúdos jornalísticos (obras literárias, fotografias, vídeos), previamente editado por empresários jornalísticos (editores), depende de autorização dos mesmos. A constituição de direito conexo do editor parece desnecessária, uma vez que os direitos autorais sobre a obra colectiva como um todo já lhe pertencem, aliás, expressamente reservados pelo art. 188.º/B/8 CDADC.

10.1. O recorte

A expressão *clipping* designa o processo de selecção de notícias em jornais, revistas, *sites* e outros meios de comunicação, geralmente impressos, para resultar na compilação de recortes sobre temas de interesse de quem os coleciona.

É bom perceber que esta compilação de artigos e outras peças jornalísticas pode ser feita por prestadores de serviços de compartilhamento de conteúdo *online* que disponibilizam acesso a colecções de *clippings* para quem acede aos seus serviços na Internet. Neste caso, o direito exclusivo do editor da publicação de imprensa, que acabamos de mencionar, pode ser imposto e restringir o acesso e a divulgação não autorizados, a menos que os extratos “sejam muito breves” (Considerando 58 DMUD).

A lei portuguesa [art. 75.º/2-c) CDADC] estabelece que é livre a selecção periódica de artigos de imprensa periódica, sob a forma de revista

de imprensa, bem como a reprodução e disponibilização ao público de artigos de actualidade, periódica, *desde que não tenha por objectivo a obtenção de vantagem económica ou comercial, directa ou indirecta*.

Ora, disponibilizar um artigo de jornal ou revista, por meio de recorte, é uma reprodução completa desse artigo (uma obra intelectual) e uma reprodução parcial de uma obra colectiva (o jornal ou revista) para fins comerciais. Isso faz com que as pessoas percam o interesse pela revista ou jornal, uma vez que o cliente já possui uma reprodução da matéria que lhe interessa. Afecta também a exploração normal da obra colectiva, causando danos à empresa jornalística detentora dos direitos autorais sobre essa obra. Portanto, o *clipping* configura clara violação ao direito do autor da obra colectiva sobre ela (a empresa jornalística proprietária do jornal ou revista), antes mesmo da consagração, por meio da transposição da DMUD, de direito conexo do editor de publicação na imprensa, o que parece, portanto, desnecessário devido à redundância. Em suma, o *clipping* não autorizado viola os direitos autorais.

11. Centro de arbitragem competente em matéria de direitos de autor e direitos conexos

Após a transposição da DMUD, a lei (art. 8.º do Decreto-Lei n.º 47/2023) introduziu no ordenamento jurídico português a disposição de que a resolução de litígios relativos a direitos de autor e direitos conexos será da responsabilidade de centros institucionalizados de mediação e arbitragem. O Ministro da Justiça autoriza a criação de novos centros, nos termos da lei, ou amplia a competência do centro de arbitragem existente.

O Centro de Arbitragem garantirá a utilização de procedimentos de mediação e arbitragem, nomeadamente:

- a) aos criadores intelectuais, no que diz respeito à determinação de remuneração especial em caso de execução excepcional ou utilização extraordinária de obra criada em execução de contrato de trabalho ou por comissão (art. 14.º/4 CDADC);
- b) dos autores e tradutores, quanto à remuneração equitativa prevista, respectivamente, no novo art. 144.º/2 e no novo art. 170.º CDADC);
- c) dos utilizadores de serviços de rede, no que diz respeito a conflitos entre prestadores de serviços de troca de conteúdos *online* e

utilizadores no caso de os conteúdos por eles carregados serem retirados da rede (novo art. 175.º-G CDADC).

O recurso a um centro especializado de mediação e arbitragem é facultativo, salvo disposição legal em contrário (casos de arbitragem necessária).

Das decisões tomadas pelos centros de mediação e arbitragem cabe recurso para o Tribunal da Relação.

Conclusão

Depois de analisarmos os principais aspectos que envolvem a transposição, para o direito português, da Directiva 2019/790, relativa aos direitos de autor e direitos conexos no mercado único digital, verificamos que o legislador português foi fiel, quase literal, ao adaptar o Código português ao texto da União Europeia.

Em vários aspectos, foram feitas tentativas de encontrar soluções, nem sempre originais, para a adopção dos novos mecanismos. Foram transpostas regras de transposição obrigatória e preceitos cuja adopção era facultativa, nem sempre beneficiando muito o ordenamento jurídico nacional. Este é o caso notável da instituição de um direito conexo do editor de publicações de imprensa — cuja protecção é, obviamente, essencial — onde a legislação portuguesa já estabelecia (e continua a estabelecer) um direito de autor de conteúdo mais amplo.

Em suma, o saldo da transposição é, no entanto, positivo, uma vez que é completo e abrange os diferentes aspectos em que a Directiva inova, melhorando sem dúvida o ordenamento jurídico português em matéria de direitos de autor e direitos conexos.

Bibliografia resumida

LEITÃO, LUÍS MENEZES, *Direito de Autor*, 5.^a ed., Coimbra, 2023.

MELLO, ALBERTO DE SÁ E, *Manual de Direitos de Autor e Direitos Conexos*, 6.^a ed., Coimbra, 2024.

ROSATI, ELEANORA, *Direitos autorais no Mercado Único Digital* (comentário artigo por artigo às disposições da Directiva 2019/790), Oxford, 2021.

Setembro de 2024

A PUBLICIDADE DOS ADVOGADOS(*)

*Pelo Dr. José Miguel Duarte(**)*

SUMÁRIO:

I. Evolução do tema. II. Restrições à publicidade por razões deontológicas. II.1. Sinais distintivos. **II.2.** Canais publicitários. **II.3.** Conteúdos persuasivos, de autoengrandecimento e de menção à qualidade do escritório. **II.4.** Menção a assuntos profissionais — participação em operações. **II.5.** Divulgação de Clientes. **II.6.** Conteúdos de comparação. **II.7.** Prémios e *rankings*. **II.8.** A promessa ou indução da produção de resultados. **II.9.** Notícias. **II.10.** Publicidade encapotada. **III. Angariação de clientes e publicidade direta não solicitada. IV. Conclusões.**

I. Evolução do tema

A publicidade era tradicionalmente considerada atentatória da dignidade da profissão.

O Estatuto Judiciário de 1962 dispunha que era *vedada ao advogado qualquer espécie de reclamo por via de circulares, anúncios nos jornais e outras formas de publicidade, bem como o agenciamento de clientes, por si ou por interposta pessoa*. Mais previa que *nas notícias dos jornais relativas a causas judiciais, seus julgamentos e recursos, apenas é permitida a simples enunciação dos nomes dos advogados*; e que *o advogado não deve visitar os presos que o não chamem*.

O Estatuto de 1984 mantinha-se fiel a esta diretriz, determinando (art. 80.^o):

(*) Este escrito serviu de base à intervenção do autor em 20.09.2024 nas III Jornadas de Deontologia, organizadas pelo Conselho de Deontologia do Porto da Ordem dos Advogados.

(**) Advogado.

1 — *É vedada ao advogado toda a espécie de reclamo por circulares, anúncios, meios de comunicação social ou qualquer outra forma, directa ou indirecta, de publicidade profissional, designadamente divulgando o nome dos seus clientes.*

2 — *Os advogados não devem fomentar, nem autorizar, notícias referentes a causas judiciais ou outras questões profissionais a si confiadas.*

O Estatuto de 2005 distinguia *informação* de *publicidade* (ou, como por vezes se designa, a publicidade *informativa* da publicidade *promocional*) e, dentro desta, a *lícita* da *ilícita*, numa inconsistente redação compromissória entre a visão tradicional que impunha a sobriedade e a visão moderna que reconhecia a inelutável mercantilização da advocacia. O seu art. 89.º estabelecia *que o advogado pode divulgar a sua actividade profissional de forma objectiva, verdadeira e digna, no rigoroso respeito dos deveres deontológicos, do segredo profissional e das normas legais sobre publicidade e concorrência.*

Estipulava que *são, nomeadamente, atos lícitos de publicidade:*

— *A menção a assuntos profissionais que integrem o currículo profissional do advogado e em que este tenha intervindo, não podendo ser feita referência ao nome do cliente, salvo, excepcionalmente, quando autorizado por este, se tal divulgação for considerada essencial para o exercício da profissão em determinada situação, mediante prévia deliberação do Conselho Geral;*

— *A referência, directa ou indirecta, a qualquer cargo público ou privado ou relação de emprego que tenha exercido;*

— *A menção à composição e estrutura do escritório;*

E referindo como atos ilícitos de publicidade:

— *A colocação de conteúdos persuasivos, ideológicos, de auto-engrandecimento e de comparação;*

— *A referência a valores de serviços, gratuidade ou forma de pagamento;*

— *A menção à qualidade do escritório;*

— *A prestação de informações erróneas ou enganosas;*

— *A promessa ou indução da produção de resultados;*

— *O uso de publicidade directa não solicitada.*

Com este cardápio, clamaram os progressistas que se manteve a retrógrada proibição da publicidade e os tradicionalistas que se tinha escancarado a porta a essa hidra nunca suficientemente condenada.

Na sua comunicação ao VI Congresso dos Advogados (2005), bramiu o Dr. António Arnaut que o novo Estatuto equiparava o advogado a *mero figurante do mercado em que a vida se vai transformando*, ao permitir a

menção a assuntos profissionais em que tenha intervindo (os processos mediáticos e as grandes causas), a divulgação, embora condicionada, do nome dos clientes (claro, os que lhe possam angariar fama), a referência a cargos públicos ou privados exercidos, à composição e estrutura do escritório e até a inclusão de ilustrações, como fazem certas empresas comerciais. Verdadeiramente, do que se trata é de propaganda e não de publicidade, pois esta, para ser digna deve ter, essencialmente, um cunho informativo, de carácter profissional, com vista a esclarecer os potenciais clientes e não de os aliciar.

A parcimónia tradicional, própria de uma profissão que deve ser uma verdadeira magistratura cívica, foi agora subvertida por uma concepção mercantilista da advocacia, resultante da influência das grandes sociedades de advogados, cuja maioria de sócios nem, sequer, usa toga. Esta concepção já é visível em certos anúncios ou “notícias” de órgãos da comunicação social, especialmente em jornais de negócios, onde o advogado surge como mero empresário. Sempre entendi que a respeitabilidade da Classe e a sua função ético-social impunham um certo decoro, pois o advogado deve tornar-se conhecido e ser procurado pela sua competência e probidade e não pelo engodo de campanhas publicitárias ou por ter sido ministro, presidente de câmara ou gestor de uma grande empresa. Como já escrevi, este tipo de publicidade lesa a dignidade da advocacia e constitui mesmo, pelo seu carácter indutor e persuasivo, uma forma de concorrência desleal entre as grandes sociedades de advogados, cujos sócios têm currículo político-empresarial e instalações de luxo, e a grande maioria dos Colegas, incluindo os jovens, que nunca foram deputados, ministros, presidentes ou gestores de companhias magesáticas, nem intervieram em processos mediáticos, mas exercem a advocacia modesta e honradamente.

O Dr. António Arnaut descreveu com brilho a advocacia em que se formou.

Tenho pena de não ter nascido antes, a tempo de ser advogado quando os advogados se conheciam, começavam a almoçar cedo pela demora da tarefa e se cumprimentavam com a cumplicidade da pertença a uma classe privilegiada.

Os clientes é que fazem a publicidade (boa ou má) dos advogados — dizia-se, e a fama que assim se acumulasse originava novas publicidades, decorrentes de convites para cargos, intervenções públicas, pertença a estruturas influentes e outras deferências e honorarias. Mesmo os que não granjeavam fama, ganhavam o suficiente para uma vida condigna. Não era verdadeiramente sentido o grillão da concorrência eliminatória.

Daí para cá, os advogados multiplicaram-se e instalaram-se as grandes empresas de prestação de serviços jurídicos, alavancadas nas complexidades regulatórias e

na internacionalização da economia, e também outras mentalidades, num mundo composto de mudança, *adquirindo sempre novas qualidades*.

Ao advogado do nosso tempo não basta aguardar pela publicidade que lhe façam os primeiros clientes. Tem que se promover, que ter *visibilidade*, que constar dos diretórios *internetianos* que decidem se o profissional existe. Se é assim com os que ainda teimam com a prática individual ou em pequenas associações de meios, a necessidade publicitária exponencia-se nas maiores estruturas — sofisticadas empresas que proletarizam a profissão e concorrem numa escala transfronteiriça.

O DL 92/2010, de 26 de julho, veio estabelecer o seguinte (art. 14.º):

1 — *Não são permitidas condições que imponham uma proibição absoluta de publicidade comercial relativa a profissões regulamentadas.*

2 — *Entende-se por «publicidade comercial» qualquer forma de publicidade destinada a promover, directa ou indirectamente, bens, serviços ou a imagem de uma empresa, organização ou pessoa que exerça uma profissão regulamentada ou uma actividade comercial, industrial ou artesanal.*

Fê-lo em transposição da Diretiva 2006/123/CE, de 12 de dezembro (“Diretiva Serviços”, que visa promover um “alto grau de competitividade” entre os prestadores de serviços dos vários Estados-Membros da União mediante a progressiva “eliminação das restrições à prestação de serviços transfronteiras”.

Segundo o Considerando 100 da Diretiva:

É necessário pôr termo às proibições gerais referentes às comunicações comerciais por parte das profissões regulamentadas [...] que de uma maneira geral e para uma determinada profissão, proibem uma ou mais formas de comunicação comercial, por exemplo, toda e qualquer publicidade num determinado ou em determinados meios de comunicação social.

Dispondo o seu art. 24.º que:

1 — *Os Estados-Membros devem suprimir todas as proibições absolutas respeitantes às comunicações comerciais por parte das profissões regulamentadas.*

2 — *Os Estados-Membros devem assegurar que as comunicações comerciais por parte das profissões regulamentadas respeitem as regras profissionais [...] que visam, nomeadamente, a independência, a dignidade e a integridade da profissão, bem como o sigilo profissional, em função da especificidade de cada profissão.*

A jurisprudência comunitária entende que a liberalização do uso da publicidade pelas profissões regulamentadas abrange a publicidade proactiva (*proactive advertising*), consistente em comunicações efetuadas a determinados destinatários. Pelo que considera violadoras do direito comunitários as regras estaduais que proíbem a solicitação de clientes.

A Ordem dos Advogados do Lichtenstein agiu disciplinarmente contra um advogado que enviou cartas a potenciais clientes oferecendo os seus serviços para patrocinar uma *class action*, alegando que a solicitação de clientes caía no âmbito do 27.º do *Rechtsanwaltsgesetz* (“Lei dos Advogados”), que proibia os advogados de fazer publicidade aos seus serviços ou a si próprios “de forma excessivamente comercial”.

O Acórdão do Tribunal EFTA de 19/10/2023 (Caso E-14/22) considerou que esta limitação equivalia a uma proibição geral de publicidade comercial, contrária ao art. 24.º/1 da Diretiva, ao abrigo da qual todas as *formas* de publicidade são permitidas, nomeadamente a publicidade proativa (*proactive advertising*):

O artigo 24.º, n.º 1, da Diretiva 2006/123/CE, de 12 de dezembro de 2006, relativa aos serviços no mercado interno, deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma legislação nacional (...) que, de um modo geral, proíbe os membros de uma profissão regulamentada, como a profissão de advogado, de fazerem publicidade proativa, quando oferecem os seus serviços a pessoas que não manifestaram interesse nesses serviços.

Assim, o DL 92/2010, interpretado conforme à Diretiva, derogou a proibição, constante do EOA, do uso de *conteúdos persuasivos* e de *autoengrandecimento*, ínsitos que são à publicidade propriamente dita (a *promocional*), incluindo a publicidade *proativa* e, dentro desta, a solicitação de clientes.

Porém, o Estatuto de 2015, em olímpica ignorância do exposto, quase repetiu o de 2005, continuando a prever:

Que são (*designadamente*) atos ilícitos de publicidade:

- *A colocação de conteúdos persuasivos, ideológicos, de autoengrandecimento e de comparação;*
- *A menção à qualidade do escritório;*
- *A prestação de informações erróneas ou enganosas;*
- *A promessa ou indução da produção de resultados;*
- *O uso de publicidade direta não solicitada.*

E que constitui dever dos advogados, perante a comunidade, *não solicitar clientes, por si ou por interposta pessoa.*

A revisão estatutária introduzida pela Lei 6/2024, de 19/01, simplesmente, revogou o art. 9.4.º do Estatuto, mas manteve a proibição de solicitação de clientes [90.º/2/h)].

Se o de 2015 ignorou a Diretiva e a sua transposição (continuando a proibir a publicidade *promocional*), a revisão de 2024 mostrou-se tão

adepta da publicidade que até parece ter incumprido as limitações impostas pelo art. 24.º/2 da Diretiva: *o respeito pelas regras profissionais [...] que visam, nomeadamente, a independência, a dignidade e a integridade da profissão, bem como o sigilo profissional.*

Dir-se-á que os limites decorrentes do Código da Publicidade e dos deveres deontológicos aplicam-se evidentemente às atuações publicitárias dos advogados, desnecessitando de expressa previsão nesse sentido.

Verdade que sim. *A honestidade, probidade, retidão, lealdade, cortesia e sinceridade são obrigações profissionais* (88.º/2 EOA), que se aplicam a toda a atividade profissional do advogado. Assim como o dever de independência (89.º EOA) e o de não prejudicar os fins e prestígio da advocacia [91.º/a) EOA].

Mas verifica-se (como veremos à frente) uma intransponível tensão entre a publicidade e alguns destes deveres, cujo cumprimento rigoroso colide com a natureza intrinsecamente sugestiva ou persuasiva da mensagem publicitária.

Talvez se tenha entendido inadequado o estabelecimento de limitações específicas perante os estatutos dos advogados de outros países, em tempos de proliferação de sociedades internacionais.

Verifica-se, porém, que as leis e estatutos ultramontanos regulam abundantemente a publicidade promocional dos advogados.

É mesmo proibida no Brasil, onde o Código de Ética e Disciplina começa por determinar que *a publicidade profissional do advogado tem carácter meramente informativo e deve primar pela descrição e sobriedade, não podendo configurar captação de clientela ou mercantilização da profissão.*

E até a chamada *publicidade informativa* é proibida na rádio, cinema e televisão, em *outdoors* e painéis luminosos; em muros, paredes, veículos, elevadores ou em qualquer espaço público.

Assim como é vedada:

- a divulgação de serviços de advocacia juntamente com a de outras atividades ou a indicação de vínculos entre uns e outras;
- o fornecimento de dados de contacto em colunas ou artigos publicados na imprensa, ou aquando de participação em programas de rádio ou televisão;
- a utilização de *mala direta*, a distribuição de panfletos ou formas assemelhadas de publicidade, com o intuito de captação de clientela.

As colunas que o advogado mantiver nos meios de comunicação social ou os textos que por meio deles divulgar não deverão induzir o leitor a litigar nem promover, dessa forma, captação de clientela.

E é vedado ao advogado responder com habitualidade a consulta sobre matéria jurídica nos meios de comunicação social, divulgar ou deixar que sejam divulgadas listas de clientes e demandas, e insinuar-se para reportagens e declarações públicas.

Quando participa em programas de televisão ou de rádio ou dá entrevistas na imprensa, deve o advogado evitar insinuações com o sentido de promoção pessoal ou profissional, bem como os debates de carácter sensacionalista.

É vedada a inclusão de fotografias pessoais ou de terceiros nos cartões de visitas do advogado, bem como menção a qualquer emprego, cargo ou função ocupado, atual ou pretérito, em qualquer órgão ou instituição, salvo o de professor universitário.

Na Alemanha, a lei dispõe que o advogado só pode fazer publicidade a serviços jurídicos na medida em que forneça informações objetivas sobre a forma e o conteúdo da sua atividade profissional.

E o Código de Conduta dos Advogados (*Berufsordnung*) determina que o advogado (só) pode fornecer informações sobre os seus serviços e a sua pessoa que sejam profissionalmente relevantes; que a informação sobre sucessos obtidos e volume de negócios não pode ser enganosa; e que as referências a clientes só são admissíveis se eles tiverem dado expresso consentimento.

O estatuto da Ordem de Milão prevê que as informações publicitárias dos advogados devem ser transparentes, verdadeiras, corretas e não devem ser comparativas com outros profissionais, equívocas, enganosas, depreciativas ou sugestivas.

O Código Deontológico da Advocacia Espanhola prevê, nomeadamente, que:

- *la publicidad respetará en todo caso la independencia, libertad, dignidad e integridad como principios esenciales y valores superiores de la profesión, así como el secreto profesional y habrá de ser objetiva, veraz y digna, tanto por su contenido como por los medios empleados;*
- *é proibida:*
 - *la incitación genérica o concreta al pleito o conflicto;*
 - *a oferta de serviços a vítimas de catástrofes, en momentos o circunstancias que condicionen la elección libre de Abogado y, en ningún caso, hasta transcurridos 45 días desde el hecho;*
 - *La promesa de obtener resultados que no dependen exclusivamente del que la realiza;*
 - *la publicidad encubierta, debiendo hacerse constar en sitio visible y de modo perfectamente comprensible que se trata de contenido publicitario.*

Em França, o *Règlement Intérieur National de la Profession d'Avocat* proíbe:

- *Toute publicité mensongère ou trompeuse;*
- *Toute mention comparative ou dénigrante;*
- *Toute mention susceptible de créer dans l'esprit du public l'apparence d'une structure d'exercice inexistante et/ou d'une qualification professionnelle non reconnue;*
- *Toute référence à des fonctions ou activités sans lien avec l'exercice de la profession d'avocat ainsi que toute référence à des fonctions juridictionnelles.*

E prevê que *toute publicité doit être communiquée sans délai au conseil de l'Ordre.*

No Reino Unido, os regulamentos aprovados pela *Solicitors Regulation Authority* (SRA) e pela *Bar Standards Board* (BSB), prevêem nomeadamente que a publicidade deve conter informações verdadeiras sobre as áreas de atividade, qualificações, experiência e honorários e não conter afirmações exageradas sobre as capacidades ou taxas de sucesso. Certos tipos de materiais publicitários, tais como *websites*, brochuras e anúncios, requerem a aprovação do BSB antes da publicação ou distribuição.

Nos EUA, onde a publicidade se generalizou poderosamente a partir dos *roaring twenties*, e goza o estatuto de força motriz da economia, desenvolveu-se uma corrente contrária ao seu uso pela advocacia, com os argumentos da dignidade da profissão (não ao mercantilismo), do encarecimento dos honorários (repercussão dos custos publicitários) e do incitamento à litigância.

Mas os tribunais decidiram-se pelas liberdades constitucionais e a publicidade assentou arraiais na advocacia. Cresceram a partir daqui as regulações dos diversos estados estabelecendo limites específicos aos conteúdos publicitários. A título de exemplo e de curiosidade:

- No Missouri, especifica-se que é publicidade enganosa a proclamação de resultados obtidos, como o montante de uma indemnização por danos ou o historial do advogado na obtenção de sentenças ou acordos favoráveis, sem se declarar que os resultados passados não garantem resultados futuros, que cada caso é diferente e que é julgado pelos seus próprios méritos;
- No Nevada, todos os anúncios que indiquem que a cobrança de honorários está dependente do resultado ou que os honorários serão uma percentagem do ganho obtido, devem conter, sempre que for o caso, a seguinte informação: “*You may have to pay the opposing party's attorney's fees and costs in the event of a loss*”;
- No Mississippi, é considerada desleal qualquer publicidade que sugira que o advogado é capaz de influenciar indevidamente (*influence improperly or upon irrelevant grounds*) qualquer tribunal, órgão legislativo ou funcionário público;

- Muitos estados têm uma regra semelhante a esta, da Flórida: são enganosos ou intrinsecamente enganadores os anúncios que contenham uma dramatização de um acontecimento real ou fictício, exceto se a dramatização contiver o seguinte aviso bem visível: “DRAMATIZATION, NOT AN ACTUAL EVENT”; e quando o anúncio é feito por um ator que faz de advogado, deve conter este aviso, em destaque: “ACTOR, NOT ACTUAL”;
- Ou semelhante a esta, do Colorado, que dá como exemplo de comunicação falsa a que compara os serviços do advogado com os de colegas, exceto se a comparação puder ser factualmente fundamentada;
- A Flórida tem a regra de que um advogado não pode fazer publicidade manipuladora ou intrusiva, proibindo nomeadamente anúncios com a voz ou a imagem de uma celebridade (exceto com a voz ou a imagem de locutores locais, de *disc jockeys* ou de uma personalidade da rádio que grave regularmente anúncios, desde que essa pessoa *does not endorse or offer a testimonial on behalf of the advertising lawyer or law firm*);
- No Missouri, o advogado deve revelar claramente ao público o facto de pagar (de alguma forma) a televisões ou rádios em que apareça a dar aconselhamento ou informações jurídicas.

Daríamos melhor impressão de nós próprios se deixássemos de fazer parte do grupo (que, por desconhecimento, admito existir) isento de regulação da publicidade advocatória.

Conforme decidiu o Tribunal de Justiça da União Europeia (acórdão de 5 de abril de 2011), embora as regras relativas às comunicações comerciais das profissões regulamentadas devam ser não discriminatórias, os Estados-Membros mantêm a liberdade de prever proibições quanto ao conteúdo ou aos métodos, desde que as regras sejam justificadas e proporcionadas para garantir o interesse geral na independência, dignidade e integridade de cada profissão.

Impõe-se a definição de regras claras com que os advogados possam balizar a sua publicidade e os órgãos disciplinares definir a sua atuação, num campo minado pelas opiniões e sensibilidades diversas.

Passa-se a expor algumas reflexões sobre os limites deontológicos a publicidade dos advogados, e particularmente, se continuam ilícitas as expressões publicitárias referidas no EOA antes da revisão de 2024.

II. Restrições à publicidade por razões deontológicas

II.1. Sinais distintivos

As marcas, os logotipos e afins são atos publicitários de criação de notoriedade por simples divulgação de sinais distintivos.

Não se vê à partida que limitações deontológicas existam à sua utilização pelos advogados, a não ser, claro está, que os sinais distintivos não devem atentar contra a dignidade e integridade da profissão, em si mesmos ou no modo como são utilizados.

As dimensões dos sinais, suas animações e iluminações, podem traduzir-se em publicidade ofensiva da dignidade da profissão.

O que não nos parece que seja ainda o caso das utilizações que temos visto destas manifestações publicitárias nas fachadas e topo dos prédios que albergam grandes escritórios, embora transmitindo impressões de grandiosidade e poder.

II.2. Canais publicitários

Pode parecer contrária à dignidade da profissão a publicidade em canais de televisão, na rádio ou na internet, nas redes sociais, na imprensa e em publicações digitais generalistas, em *outdoors* ou a distribuída em espaço público.

Em França, a lei proibia a publicidade aos serviços dos advogados através de folhetos, cartazes, filmes cinematográficos, emissões de rádio ou televisão. O *Conseil d'État* (por decisão de 09.11.2015) considerou a proibição incompatível com o art. 24.º da Diretiva Serviços, por inexistir razão imperiosa de interesse geral que a justificasse.

Não obstante o regime liberal vigente, talvez os advogados portugueses que recorrem à publicidade ainda continuem, em geral, a preferir as brochuras, os *sites* dos escritórios, as conferências e os patrocínios e demais meios caracterizados por algum recato e sobriedade, por os entenderem mais adequados à eficácia propagandística junto dos seus públicos-alvo.

Mas se um primeiro avança, o que hoje choca, amanhã entranha-se. Continuaremos em provinciana dianteira de modernidade até quando os *outdoors*, os panfletos e os anúncios televisivos nos forcem à regulação.

II.3. Conteúdos persuasivos, de autoengrandecimento e de menção à qualidade do escritório

A publicidade dos Advogados não pode ser errónea ou enganosa, como o não deve ser a publicidade em geral.

Art. 10.º (*Princípio da veracidade*) do Código da Publicidade:

1 — *A publicidade deve respeitar a verdade, não deformando os factos.*

2 — *As afirmações relativas à origem, natureza, composição, propriedades e condições de aquisição dos bens ou serviços publicitados devem ser exactas e passíveis de prova, a todo o momento, perante as instâncias competentes.*

Mas o princípio da veracidade não pode ser levado ao ponto de eliminar a mensagem publicitária, que por natureza é sugestiva e não rigorosa dos atributos do produto ou serviço publicitado. Persuasão é a capacidade de convencer ou influenciar. Sendo ínsita à mensagem publicitária e estando permitida, admitidos estão os conteúdos persuasivos.

O art. 3.º do Cód. da Publicidade define-a como sendo *qualquer forma de comunicação ... com o objectivo directo ou indirecto de promover, com vista à sua comercialização ou alienação, quaisquer bens ou serviços.*

O art. 14.º/2 do Decreto-Lei n.º 92/2010, que transpôs a Diretiva Serviços, define “publicidade comercial” como sendo *qualquer forma de publicidade destinada a promover, directa ou indirectamente, bens, serviços ou a imagem de uma empresa, organização ou pessoa que exerça uma profissão regulamentada ou uma actividade comercial, industrial ou artesanal.*

E o Cód. Civil admite o *dolus bonus* (art. 253.º/2: *Não constituem dolo ilícito as sugestões ou artifícios usuais, considerados legítimos segundo as concepções dominantes no comércio jurídico*).

Pelo que são permitidas as mensagens publicitárias que procuram convencer os destinatários da bondade dos serviços do advogado ou sociedade advogados.

Aqui se enquadram os *slogans*, sejam eles do género piroso (ex: *ao serviço dos nossos clientes*), sofisticado (tipo: *committed to excellence*) ou infeliz (do género: *se não quer ser enganado tem aqui um advogado*).

Desde que não se caia na publicidade enganosa, são, por princípio, permitidos os ditos conteúdos de autoengrandecimento e de menção à qualidade do escritório, dada a natureza e conceito de publicidade promocional.

O conceito de publicidade enganosa assenta no de concorrência desleal — qualquer prática *desconforme à diligência profissional, que distorçãou seja susceptível de distorcer de maneira substancial o comporta-*

mento económico do consumidor (11.º do Cód. da Publicidade e 5.º do DL 57/2008, de 26/03).

Deixaram, portanto, de ser proibidos, nomeadamente, os *sites* auto-promocionais, as *newsletters* autoelogiosas e as entrevistas gabarolas, que sim como assim também já se tinha perdido a noção da ilicitude.

II.4. Menção a assuntos profissionais — participação em operações

O art. 94.º EOA já permitia a *menção a assuntos profissionais que integrem o currículo profissional do advogado e em que este tenha intervindo*.

Quanto à divulgação da identidade de Clientes, o Estatuto permitia-a se:

- a divulgação fosse considerada *essencial para o exercício da profissão em determinada situação*, e
- mediante prévia deliberação do conselho geral.

Continuam os deveres deontológicos (a começar pelo da dignidade da profissão) a não permitirem a divulgação da identidade dos Clientes sem a sua autorização.

Pode acontecer que a identidade do cliente resulte implicitamente da publicitação da intervenção do advogado num assunto *mediático*. Neste caso, e não sendo o advogado o promotor do mediatismo, não parece que lhe esteja vedada a publicidade à sua participação, ainda que o cliente o não autorize.

Em todos os casos, e perante a revogação do art. 94.º, deixou de se exigir que a divulgação seja *considerada essencial para o exercício da profissão em determinada situação, mediante prévia deliberação do Conselho Geral*.

Deprimentes excrescências são estas autorizações tutelares, como o (ainda subsistente) pedido de autorização aos presidentes dos Conselhos Regionais, com recurso para o Bastonário, para que o advogado possa quebrar o sigilo ou efetuar um comentário público essencial à defesa dos seus interesses ou dos seus clientes (93.º EOA), sujeitando-se a mancha curricular os advogados que se distraiam com algum comentário público e não estejam habituados a este ritual farisaico.

II.5. Divulgação de Clientes

Como os restaurantes que estampam fotografias de clientela famosa, pode o Advogado querer publicitar-se dando a conhecer que o é de certas pessoas ou entidades.

É evidente que só mediante autorização do Cliente pode um advogado associar ao seu o prestígio dele.

O segredo profissional não é levantável por simples vontade do cliente, requerendo mais um procedimento próprio de autorização pelos presidentes dos Conselhos Regionais (92.º EOA). Entendemos, porém, que a simples divulgação de ser o advogado de fulano ou da entidade tal, não está abrangida pelo âmbito do segredo profissional tal como este está definido no Estatuto. A obrigação de não divulgação resulta antes do dever de lealdade para com o cliente.

De modo que, com autorização do Cliente, nada agora, em princípio, proíbe este ato publicitário, em si mesmo considerado.

Pode é dar-se o caso desta publicidade vir a revelar-se enganosa, se o Advogado transmitir a mensagem de gozar de uma especial confiança do Cliente, sendo afinal um de entre outros a que ele recorre.

Assim como a associação pública de um advogado a determinado cliente, pode afetar a sua independência (89.º EOA). O Advogado divulgar que o é de certo Cliente, tem o reverso da publicidade negativa que puder decorrer de deixar de o ser, sendo assim criada uma dependência, até num grau mais intenso que o dos advogados de empresa, que ao menos contam com as proteções do direito laboral.

Verdade, porém, é que o Estatuto consagra o dever da independência, mas não o de não exercer a atividade em situações que propiciem a dependência, que se julga aliás sobremaneira existentes nas camadas inferiores e intermédias das maiores empresas de advocacia.

II.6. Conteúdos de comparação

O Cód. da Publicidade (art. 16.º/1) define como *comparativa* a publicidade que *identifica, explícita ou implicitamente, um concorrente ou os bens ou serviços oferecidos por um concorrente*. E estabelece os termos em que ela é permitida, exigindo, nomeadamente, que sejam suscetíveis de comparação objetiva *uma ou mais características essenciais, pertinentes, comprováveis e representativas dos bens ou serviços, entre as quais se pode incluir o preço*.

O art. 94.º EOA proíbe os conteúdos de comparação, o que abrangia não só a publicidade comparativa em sentido estrito (que identifica explícita ou implicitamente um ou mais concorrentes) como a publicidade comparativa em sentido amplo, que atribui qualidades superiores às dos serviços prestados por todos os concorrentes.

Quanto à generalidade dos serviços advocatórios, desde o patrocínio judicial ao aconselhamento jurídico e à negociação de contratos, não se concebe que possa ser realizada publicidade comparativa, por impossibilidade da comparação objetiva requerida pelo Cód. da Publicidade. Mas já não é inconcebível a publicidade comparativa a serviços jurídicos tendencialmente standardizados, como sejam os *atos notariais*, a promoção de registos ou a aquisição de vistos *gold*.

A publicidade é por natureza contrária à solidariedade, dado não servir outro propósito que não o de captar clientes, em detrimento dos interesses dos concorrentes.

Porém, a solidariedade profissional exigida aos advogados não equivale a deveres de *camaradagem* — antes se traduz na preservação da confiança e cooperação que deve nortear as suas relações, para benefício dos clientes (evitando litígios inúteis) e, em geral, da justiça e da paz social (111.º EOA).

É esse substrato (de confiança e cooperação) que fica minado por aqueles que publicitam a diminuição dos colegas por comparação a si próprios.

É pois de entender que a publicidade comparativa está proibida pelo dever de solidariedade. O advogado pode anunciar que é excelente (publicidade promocional), mas não que é melhor que este ou aquele, ou que todos os outros.

II.7. Prémios e *rankings*

Por natureza, os prémios e dos *rankings* comparam concorrentes, ordenando-os ou simplesmente definindo *os melhores* por comparação com todos os outros.

São cada vez de mais tipologias e mais frequentemente atribuídos, quase sempre por entidades estrangeiras (ninguém melhor que os estrangeiros para avaliar os advogados portugueses), de nomenclatura paralegal, cujo domínio e alimentação desconheço.

Já todos devemos ter ouvido comentários depreciativos desta prática — que os prémios se compram por formas mais ou menos sofisticadas e que não têm credibilidade, nem pelos avaliadores nem pelos métodos.

Os laureados, por sua vez, deixam-se fotografar com os óscares em riste, e defende-se com o argumento de que os *rankings* e os prémios são dados por terceiros (de facto, parece que ainda não se chegou à autopremiação) e com a irresponsável suspeição da inveja: desdenham os prémios quem não os recebe.

O advogado ou empresa de advogados que compre (seja lá por que forma for) prémios ou *rankings* recorre a vil publicidade, merecedora de severa sanção disciplinar, porque não só realiza publicidade comparativa, como não assume a publicidade que faz, e como ainda pretende fazer passar o embuste publicitário por avaliação científica.

Em qualquer caso, sempre subsiste a questão do advogado admitir que lhe façam publicidade comparativa e de atribuir credibilidade à avaliação que de si fizeram.

Deve por isso estar em condições de explicar quem são os seus avaliadores, com que critérios foi feita a avaliação, que métodos foram utilizados e como é que, em função disto tudo, considera que foram verificados elementos objetivos de comparabilidade que legitimem a publicitação.

Não lhe vale simplesmente dizer que desconhece os avaliadores e os métodos e ainda assim congratular-se com o prémio ou o *ranking*. O homem probo não aceita elogios profissionais vindos de autores ou com fundamentos que desconhece. E a honestidade, probidade, retidão e lealdade, convém não esquecer, são deveres profissionais (88.º EOA).

Simplemente, não é possível impedir os prémios e os *rankings* — uma prática generalizada a nível internacional, que os departamentos publicitários das grandes firmas de advogados fazem questão de promover, estando fora de portas a indústria premiadora, e árdua seria a tarefa de controlar quer a objetividade dos métodos quer a gratuidade das atribuições. E questionada a relevância da questão: os potenciais clientes saberão dar a merecida credibilidade a tais eventos. Mas, ainda que dificilmente aplicável, alguma regulação devia existir em nome da consagração dos valores deontológicos, num tempo em que as mentalidades tendem a reduzir a ética ao cumprimento de formalidades imagéticas.

II.8. A promessa ou indução da produção de resultados

Os estatutos de 2005 e 2015 proibiam a publicidade consistente na *promessa ou indução da produção de resultados*.

Admite-se que possam ser prometidos resultados em serviços tendencialmente estandardizados. Já quanto à generalidade dos serviços advoca-

tícios, nomeadamente o patrocínio judicial, não se concebe que se possa garantir um resultado sem se cair na publicidade enganosa.

A *indução da produção de resultados* tinha laivos de referência eufemística ao crime de tráfico de influências (335.º Código Penal). Mas abrangia também a *indução da produção de resultados* junto de entidades privadas.

Trata-se da publicidade em que o advogado anuncia, expressa ou subliminarmente, a sua capacidade de influenciar a contraparte ou outras entidades, para obter resultados que não dependem da sua competência profissional propriamente dita.

Disse o Dr. António Arnaut na citada comunicação:

Choca-me, particularmente, e creio que à generalidade dos Colegas, a possibilidade de o advogado poder divulgar, como se fosse um atributo profissional, a sua antiga condição de ministro, presidente de um Banco, de uma empresa, ou de uma autarquia.

A este propósito, apontou que o Estatuto determinava:

... de forma contraditória e paradoxal, que é ilícita a publicidade de conteúdos persuasivos e de auto-engrandecimento. Por isso, quem publicita a sua anterior condição de Ministro, de presidente de uma grande empresa, ou de advogado de uma multinacional, além de estar a auto-engrandecer-se, pretende, certamente, mostrar a sua capacidade de intervenção num certo sector; assim induzindo ou podendo induzir, a procura dos seus serviços por parte do cidadão que, justamente, tem interesses a defender nesse mesmo sector, por razões inteiramente alheias à competência profissional do advogado.

Considerava-se contrário à ética da profissão que o advogado promovesse a mais-valia dos seus serviços pela influência que pudesse ter junto de quaisquer entidades (públicas ou privadas), ainda que tal não configurasse tecnicamente uma situação de conflito de interesses.

Nos termos do art. 99.º/4 EOA, *se um conflito de interesses surgir entre dois ou mais clientes, bem como se ocorrer risco de violação do segredo profissional ou de diminuição da sua independência, o advogado deve cessar de agir por conta de todos os clientes, no âmbito desse conflito.*

E é de continuar a considerar que assim seja. Não deve um Advogado mercadejar a influência, real ou suposta, transmitindo a ideia de que pode obter um resultado não decorrente da bondade dos seus serviços ou da justiça da pretensão do Cliente. É ofendida a honestidade profissional.

II.9. Notícias

O Estatuto Judiciário dispunha que, *nas notícias dos jornais relativas a causas judiciais, seus julgamentos e recursos, apenas é permitida a simples enunciação dos nomes dos advogados*. O de 1984, já acomodado à liberdade de imprensa, estabelecia que *os advogados não devem fomentar, nem autorizar, notícias referentes a causas judiciais ou outras questões profissionais a si confiadas*.

E agora? Assente o princípio da liberdade publicitária, os advogados podem fomentar notícias referentes a causas judiciais ou outras questões profissionais a si confiadas, ressalvando (evidentemente) as limitações decorrentes do segredo de justiça ou profissional (não divulgação de factos a ele sujeitos sem autorização dos clientes).

É mais honesto e leal que o façam com transparência do que dissimulando o fomento das notícias, nomeadamente com recurso a agências de comunicação, querendo fazer crer que são produto de genuíno interesse jornalístico. Estes recursos simulatórios podem configurar violação dos deveres de *retidão, lealdade e sinceridade* (88.º/2 EOA).

II.10. Publicidade encapotada

A publicidade é muitas vezes promovida de formas dissimuladas, como pode acontecer nos já falados prémios, *rankings*, notícias, entrevistas, reportagens, ou com recurso a terceiros, e por tantas *maneiras que sabemos tão sábias, tão subtis e tão peritas que nem podem sequer ser bem descritas* (SOPHIA DE MELO BREYNER, *Livro Sexto*).

Podemos fazer ou não fazer publicidade, consoante os gostos e as capacidades.

Mas quem a fizer, deve assumir que a faz, porque a dissimulação é deplorável, desonesta e desleal.

III. Angariação de clientes e publicidade direta não solicitada

O art. 94.º EOA proibia a *publicidade direta não solicitada*.

Parece que se mantém a proibição por via do art. 90.º, que estabelece, entre os deveres do advogado perante a comunidade, o de *não solicitar clientes, por si ou por interposta pessoa*.

Trata-se, porém, como já vimos, de norma violadora da Diretiva Serviços e da sua transposição.

Em França, a solicitação de clientes é permitida desde 2014, quando o *Règlement Intérieur National de la Profession d'Avocat* passou a dispor que:

La publicité et la sollicitation personnalisée sont permises à l'avocat si elles procurent une information sincère sur la nature des prestations de services proposées et si leur mise en oeuvre respecte les principes essentiels de la profession.

La sollicitation personnalisée prend la forme d'un message exclusif de toute démarche physique ou téléphonique. Sont exclus les messages textuels envoyés sur un terminal téléphonique mobile.

E é sabido que o Tribunal de Justiça da União Europeia tem pugnado pelo *efeito direto vertical* das Diretivas para proteger os direitos dos particulares, quando as suas disposições são incondicionais e suficientemente claras e precisas.

Justamente sobre esta matéria (publicidade e angariação de clientela) achou por bem o Conselho Geral da OA publicar o seu Parecer de 31.10.2024 (Proc. 24/PP/2024-G), na sequência do pedido de pronúncia feito por um advogado sobre o uso de mensagens publicitárias via *Instagram* e *Google Ads*).

O Parecer começa por referir o que sobre publicidade dispõe o Código de Deontologia dos Advogados Europeus, parecendo desconhecer que este normativo apenas se aplica às atividades transfronteiriças dos advogados no interior da União Europeia e do Espaço Económico Europeu. Depois, defende a proibição de solicitação de clientes constante do art. 90.º EOA, ignorando a Diretiva Serviços, a sua transposição e a jurisprudência europeia sobre o assunto.

Alega que *o convite ao contacto com o/a Advogado/a configura angariação ilícita, atento que condicionam [sic] a liberdade de escolha do potencial cliente*. Ora, não se vislumbra que o contacto do advogado seja, por definição, condicionador da liberdade de escolha do potencial cliente, e menos ainda que o seja o convite ao contacto do potencial cliente com o advogado.

Não viola alguma regra deontológica o advogado que ofereça os seus serviços, por exemplo, pedindo para ser recebido pela administração de uma empresa a fim de a informar sobre a sua estrutura, áreas de atuação e experiência adquirida.

E se a publicidade é admitida em geral, não se vislumbra uma boa razão para a não admitir por contacto direto.

O que pode violar as regras deontológicas são os *modi operandi* do *marketing* direto — contrariam, nomeadamente, a dignidade da profissão, as abordagens agressivas, insistentes, ou exploradoras de situações de fragilidade.

E assim prossegue o Parecer, sentenciando que *expressões como “cuidamos de tudo para você”, “nós resolvemos a burocracia”, “conte com nosso time experiente”, “deixe a burocracia com a gente” e “cuidamos da documentação para você” indiciam um incentivo à contratação dos serviços, o que preencherá, na nossa perspectiva, os elementos da angariação ilícita.*

Mas com certeza que estas expressões visam incentivar a contratação dos serviços — que é a finalidade de qualquer mensagem publicitária e não vemos que estas expressões sejam violadoras das regras da publicidade ou da deontologia.

Enfim, ao chamar à colação a *angariação ilícita* (a solicitação de clientes, que o Conselho Geral, pelos vistos, continua a considerar ilegal), o Parecer confunde questões distintas: a do conteúdo das mensagens publicitárias com a da publicidade *direta*.

IV. Conclusões

1. A publicidade passou a ser permitida com o DL 92/2010, de 26/07, que transpôs a Diretiva Serviços, em derrogação do disposto no art. 94.º EOA, que proibia os *conteúdos persuasivos*, de *autoengrandecimento*, de *menção à qualidade do escritório e o uso de publicidade direta não solicitada*.
2. Em conformidade, deixou de ser (simplesmente) proibida a publicidade comercial, incluindo a *publicidade direta* com vista a angariação de clientela.
3. A publicidade dos Advogados está sujeita:
 - a) às regras gerais do Código da Publicidade; e
 - b) às regras deontológicas da profissão.
4. Considera-se violadora das regras deontológicas, nomeadamente:
 - A publicidade expressa ou implicitamente comparativa;
 - a publicidade agressiva, insistente ou que procure explorar situações de fragilidade.
5. Pode e deve a OA regular os conteúdos e as formas da publicidade dos advogados, como sucede fora de portas.

6. O facto de o tema suscitar opiniões e sensibilidades muito diversas, reforça a necessidade de regulação dos conteúdos e meios da publicidade dos advogados, para que saibamos com que regras atuar — tanto os advogados quando recorrem à publicidade, como os órgãos disciplinares quando tenham que julgar a sua compatibilidade com os deveres deontológicos.

CENAS DE ADVOCACIA EM JOHN DICKSON CARR⁽¹⁾

Pelo Dr. Jaime Freire

Resumo:

Partindo das cenas em que participam advogados nos romances policiais de John Dickson Carr, procura-se neste texto refletir sobre o papel da advocacia à luz de princípios deontológicos tradicionais e aceites pela comum opinião dos grandes causídicos.

Palavras-chave:

Advocacia, deontologia, crime.

JOHN DICKSON CARR (Uniontown/Pensilvânia 1898 — Greenville/Carolina do Sul 1977), porventura o mais distinto representante da *golden age* da ficção policial, dessa época de esplendor onde o mistério do assassinato se aperfeiçoa com o enigma e o *suspense* de solar num jogo limpo com o leitor, gostava dos advogados e compreendia bem o seu papel (o pai era um notável *lawyer*), ao contrário de outros escritores do género que, decerto por desconhecimento da figura, se limitavam a fazer retratos banais e vulgares dos homens de leis, ou a ignorá-los em situações onde a sua presença era necessária. Mesmo assim John Dickson Carr (e o seu *outro eu* Carter Dickson) não resistiu ao fascínio, ou ao encanto, do lado negro da advocacia... (“poucas coisas do mundo são mais fáceis do que pôr um advogado no papel de vilão”, disse um realista americano), se bem que essa mitologia negativa apareça

(1) *Nota do Autor:* Este texto foi escrito por um advogado e leitor de romances policiais clássicos, e reflete somente uma forma, entre outras, de combinar estes dois mundos — Direito (deontologia profissional, numa era em que esta disciplina é cada vez mais necessária) e literatura. Não se trata, dados os desvios e a evasão que inclui, de um trabalho académico, nem tão-pouco didático. As unidades do texto, numeradas por letra romana, são compostas por três parágrafos separados por um espaço interlinear que correspondem a: Abertura (do tema), Comentário (de Direito) e (breve) Sinopse.

descrita nos seus romances somente por causa da hábil construção da intriga e da necessária caracterização das personagens suspeitas dentro da história criminal, sem sortilégio, portanto, e quase sempre com aquela discreta amabilidade dos autores cortesões que sabem que os advogados americanos ou anglo-saxônicos são exatamente iguais aos continentais.

I

[Abertura] Em *O Enigma da Virgem de Ferro*⁽²⁾, Payne, o advogado dos Starberth, “cão antissocial”, cujo branco dos olhos reluz na penumbra, vela, enquanto testamenteiro, pelo cumprimento absoluto de uma formalidade sem sentido.

[Comentário] Um modo de servir a lei, os ícones, mais do que a Justiça ou a sua ideia. Pode suscitar-se o problema da obediência à lei injusta, embora no caso o tema surja em termos de *religioso* cumprimento de uma regra jurídica absurda, de significado incompreensível, sem indícios de violação de princípios fundamentais. O excesso de reverência ao texto (uma variação de o que não está nos autos não está no mundo) pode originar uma escusada e tacanha servidão (nos antípodas da “pesada servidão” que o exercício da advocacia implica de que fala Maurice Garçon)⁽³⁾ quando não contemple a mudança diante do caso concreto. O “texto dos mortos” (sintagma de Roland Barthes para dizer o mesmo) petrifica o fraco intérprete.

[Sinopse] O quarto do governador de uma antiga prisão, construída sobre um lugar onde outrora se enforcavam as feiticeiras, oculta um anátema num cofre. A revelação do nome de um assassino feita a um teólogo enquanto ministrava a extrema-unção a uma vítima põe a questão da quebra do segredo religioso, mas entretanto sucede a decifração de um criptograma. Os crepúsculos da terra estão cheios de fantasmas. Belo, o romantismo no modo como dois jovens veem as coisas e andam pela aldeia próxima do sítio maldito. Um mistério passado no campo ante a desconstrução do arguto Gideon Fell.

(2) CARR, JOHN DICKSON, *O Enigma da Virgem de Ferro* (*The Hag's Nook*, 1933), Livros do Brasil, s/d.

(3) GARÇON, MAURICE, *O Advogado e a Moral* (*L'Avocat et la Morale*, 1963), Arménio Amado, 1963, p. 10.

II

Theseus Langdon, o esquivo advogado do homem assassinado e de um escroque americano em *O Oito de Espadas*⁽⁴⁾, faz chantagem sobre uma personagem suspeita a fim de obter para si metade dos bens em rapina no enredo.

Com o seu comportamento desviante Theseus Langdon cometeu o crime de extorsão (*racketteering*) como qualquer cidadão que procedesse do mesmo modo. Fez a ameaça ao suspeito para enriquecer e, ao passar para o *outro lado*, prejudicou os fins e o prestígio da advocacia. Demonstrou não ser digno da profissão ao rasgar com a sua cupidez e rapacidade o credo da classe, contribuindo para o declínio da (imaginária) mística.

Um homem é assassinado num quarto assombrado por um *poltergeist* numa casa rural do Condado de Gloucestershire. Em vida o morto costumava citar o advogado epicurista Brillat-Savarin. Na mesma zona, um bispo que profere ameaças anticlericais enquanto ataca as criadas domésticas, um escritor de livros policiais é mostrado ao ocaso e um criminologista amador está enamorado por uma dama também dali. Gideon Fell explica os mistérios e o significado da cartomancia e da teosofia.

III

Em *Os Crimes do Unicórnio*⁽⁵⁾ o advogado Hayward é uma personagem pedante e gabarola, sem temperança ou contenção, semelhante a um malicioso mordomo de comédia burguesa.

O advogado deve mostrar-se à altura do ofício mesmo fora do seu concreto exercício, e na rede social, como no velho adágio, não basta ser, é preciso parecer, e para isso nada melhor que bom senso e moderação, como ensina Maurice Garçon. Os tenores do passado caíram com estrondo e muitos (sem nos referirmos ao cómico de *Os Crimes do Unicórnio*, trocaram “a toga [o sublime lirismo] pelo carnavalesco traje de Arlequin” (na frase de Ángel Ossorio y Gallardo)⁽⁶⁾).

(4) CARR, JOHN DICKSON, *O Oito de Espadas (The Eight of Swords)*, 1934), Livros do Brasil, 1996.

(5) DICKSON, CARTER, *Os Crimes do Unicórnio (The Unicorn Murders)*, 1935), Empresa Nacional de Publicidade, s/d.

(6) OSSORIO Y GALLARDO, ÁNGEL, *A Alma da Toga (El Alma de la Toga)*, 1920, 1942), Coimbra Editora, 1956, p. 30.

Aventura policial narrada por Kenwood Blake que gira em torno da infernal audácia (e astúcia) de um assassino camaleão que fará uso fatal de um chifre de rinoceronte (ou de unicórnio...). O folhetim começa em Paris e continua de noite num castelo dos arredores da cidade debaixo de chuva diluviana. Henry Merrivale desenreda a farsa.

IV

Em *O Relógio da Morte*⁽⁷⁾ a advogada Lucia Mitzi Handreth fala de maneira agressiva, como se todos lhe fossem hostis.

Há um dever de urbanidade e um princípio de retidão e respeito para com o outro no universo da advocacia que não foi observado, prevalecendo nas relações a adversa falta de boas maneiras, a rudeza, enfim, a forma incorreta de se relacionar e fazer ouvir. O tópico parece *naïf* (e é), mas o abandono da gentileza, deste ponto de referência (hoje lemos que não é somente pela eloquência, e muito menos pelas flores da retórica, que Cícero recorda aos iniciados a utilidade da leitura dos poetas), faz parte da queda da imagem do advogado e da vitória do Cavaleiro Vermelho de que fala Walter Bennett em *O Mito do Advogado*.

Um homem é assassinado com o ponteiro dos minutos de um relógio de torre, na casa grande de um relojoeiro. O assassino age com premeditação, com “pensamento frio”. O par romântico da história passa noites no telhado do edifício, o rapaz estudando Direito, ou recitando versos para a rapariga. Gideon Fell, de capa preta e chapéu jesuítico, duas bengalas, soluciona o intrincado caso.

V

No famoso romance *O Enigma da Cripta*⁽⁸⁾ o advogado Mark Despard decide abrir a cripta da mansão da família para exumar o cadáver do tio e assim realizar uma autópsia secreta e à margem da lei. O motivo é aparentemente honroso, suspeita com fundamento que o excêntrico tio foi

⁽⁷⁾ CARR, JOHN DICKSON, *O Relógio da Morte* (*Death Watch*, 1935), Empresa Nacional de Publicidade, s/d.

⁽⁸⁾ CARR, JOHN DICKSON, *O Enigma da Cripta* (*The Burning Court*, 1937), Editorial Minerva, 1960.

envenenado, mas no ato (dada a *fuga* do morto) há tentativa impossível de profanação de cadáver. Antes, o advogado ocultou provas no local do crime, levando do quarto do falecido uma chávena de prata contendo vestígios de gemada com arsénico e um gato morto que enterrou bem fundo num canteiro do jardim, e aqui entra a figura do encobridor ou do auxílio ao criminoso, se este, claro, for outra pessoa.

Ocultar provas visíveis da existência de um crime, seja para ganhar a causa ou favorecer alguém, reduzidos móveis, é uma forma de viciar as cartas do jogo processual e iludir e manipular a Justiça, é atuar com deslealdade para com as regras e a matriz do justo processo.

Numa viagem de comboio de Nova Iorque para Filadélfia um homem do mundo da edição vai lendo um livro de criminologia e, a dada altura, vê a *sua* mulher numa fotografia de uma envenenadora guilhotinada em 1861 (setenta anos antes!), Marie d'Aubray (o nome invoca o de Marie-Madeleine d'Aubray, Marquesa de Brinvilliers, a assassina em série que utilizava arsénico com adição de vitriolo e veneno de sapo para matar e morreu decapitada em 1676...). Depois, continuando na densa atmosfera de mistério, um cadáver desaparece inexplicavelmente de um caixão sepultado na cripta subterrânea de uma antiga mansão. Não há passagens secretas na cripta, nem prestidigitações idênticas. Uma história de fantasmas e máscaras, de envenenadoras não-mortas queimadas no Tribunal do Fogo e bruxaria, num justamente célebre enigma de quarto fechado.

VI

Em *Desafio à Polícia*⁽⁹⁾ Jeremy Derwent aparece como um advogado sinistro, habitante de casas assombradas e fatídicas, tão indecifrável que nem as borboletas do pavilhão do seu jardim ousam tocar ou pousar nele, como se (“o terror das mariposas”) fosse venenoso e mortal.

Abstraindo do fantástico das casas assombradas e do pressentimento das borboletas, o advogado não deve ter um comportamento antissocial (ou indiferente), dado ser contrário ao papel simbólico que representa na sociedade e aos costumes e hábitos que inversamente remetem para a sucessiva humanidade. Outra coisa é a postura de esfinge, se esta vem da essência do artífice. Aqui não fazem sentido juízos de valor, anátemas, e

(9) DICKSON, CARTER, *Desafio à Polícia (The Peacock Feather Murders; The Ten Teacups, 1937)*, Livros do Brasil, 2000.

tão-pouco se pode vislumbrar nisto, nesta ascese contrária à exibição, o referente de uma personalidade anormal.

Um jovem praticante do culto dos Aventureiros, inspirado na ancestral Cavalaria Andante, é assassinado nas águas-furtadas de uma casa deserta por um assassino invisível. O aventureiro é morto pelas costas e à queima-roupa com um revólver do tempo do Far West. Sobre a mesa da divisão encontram-se dez chávenas de chá de porcelana da Itália renascentista dispostas em círculo, como que para a realização de uma cerimónia religiosa ou qualquer assembleia de uma sociedade secreta dirigida na sombra. Afastando o espectro das diabólicas chávenas de chá, aventa-se a hipótese da existência de um mecanismo oculto na sala que justificasse o crime impossível. Antes do assassinato, as personagens brincaram, noutra casa, ao Jogo do Assassínio. O Diabo estava entre os jogadores. Um enigma à medida de Sir Henry Merrivale.

VII

Em *Cinco Caixas = Morte* ⁽¹⁰⁾ o advogado Charles Drake, sócio mais novo da conceituada firma Drake, Rogers & Drake, estabelecida em Londres antes de a Rainha Vitória ter nascido, é apresentado como um sujeito cínico e desumano, corcovado como uma rã, de olhos pardos, tudo apontando para que seja ele o “sedentário assassino” antropológico da história. O dragão. O escorpião demoníaco.

Quem matar outra pessoa utilizando para o efeito veneno (meio insidioso), e agir com frieza de ânimo e reflexão, revela especial perversidade, e comete, se diferentes circunstâncias favoráveis não sucederem, o crime de homicídio qualificado (assassinato). Quanto à desumanidade, o desprezo pelo outro e pelos valores sociais, a manifestação destes sentimentos, sabe-se que é o principal atributo dos psicopatas insensíveis. Drake quebrou o espelho do ministério, estilhaçando o seu holograma. Mas é assim que aparecem no real “os mitos da sombra”⁽¹¹⁾.

Quatro personagens narcotizadas com atropina (*atropa beladonna*) por um estranho que faz uso de uma modalidade de envenenamento engenhosa, em si e para construções de álibi. H. M. descobre o autor do diabólico método.

⁽¹⁰⁾ DICKSON, CARTER, *5 Caixas = Morte (Death in Five Boxes, 1938)*, Livros do Brasil, s/d.

⁽¹¹⁾ BENNETT, WALTER, *O Mito do Advogado (The Lawyer's Myth, 2001)*, Martins Fontes, 2005, p. 96.

VIII

O advogado criminal Sir Henry Merrivale diz em *A Flecha Assassina*⁽¹²⁾ que não lhe causa aversão recorrer a certos subterfúgios ou expedientes (como o suborno de uma testemunha ou a utilização dos serviços de um assaltante) se tal se afigurar necessário à defesa de um inocente.

Servir a Justiça por meios proibidos justifica-se se estiver em causa a liberdade de uma pessoa inocente (dada a iminência de um claro erro judiciário)? Ou, perante a possibilidade concreta de acontecer uma grave injustiça, uma ignomínia, o defensor pode evitar por caminhos ínvios e contrários às boas práticas (se outros se mostrarem ineficazes) o sacrifício de um não culpado? O advogado deve lealdade ao Direito mas defende e representa o acusado em Tribunal e perante a figuração do arbítrio e a necessidade e a natureza das coisas compreendem-se as heterodoxas deduções, e a deriva (de realismo jurídico) em busca de desesperadas panaceias. Ángel Ossorio y Gallardo⁽¹³⁾ diz que “deverá servir-se o fim bom ainda que com meios maus [usando de ardis censuráveis]” e que “para medir tal finalidade há de usar-se balança da mais exata precisão [de outro modo caberiam aqui todas as desonestidades]”...

H. M. investiga o homicídio da flecha pintada e defende no Tribunal um rapaz acusado do assassinio de um arqueiro, num magnífico *legal thriller* clássico construído com sequências de fatores surpresa, efeito da investigação paralela independente, em torno de um crime impossível, do género *the locked room mystery*.

IX

O advogado Harold Welkyn, de *Crime no Lago*⁽¹⁴⁾, é um conhecedor e praticante fervoroso do oculto, sendo por isso a sua clientela basicamente constituída por videntes, médiuns, adivinhos, adoradores do Diabo e de outros ídolos relacionados, e, claro, trapaceiros e charlatães.

Todo o criminoso (supondo o cometimento de burla ou estelionato pelos astuciosos clientes) tem direito à defesa num processo justo, dada a

(12) DICKSON, CARTER, *A Flecha Assassina (The Judas Window; The Crossbow Murder, 1938)*, Livros do Brasil, 1995.

(13) OSSORIO Y GALLARDO, ÁNGEL, nota 6, p. 21.

(14) CARR, JOHN DICKSON, *Crime no Lago (The Crooked Hinge, 1938)*, Empresa Nacional de Publicidade, s/d.

relação deste direito inviolável com o princípio da dignidade da pessoa humana. Não havendo no processo criminal o que se denomina *causas injustas* (embora haja causas más, e outras que possam ser objeto de escusa), não se deve recusar a defesa a quem quer que seja.

A intriga inicia-se com uma troca de identidades ocorrida durante o naufrágio do Titanic, que depois origina uma disputa em torno de um título de barão e de uma fortuna fabulosa no Condado de Kent. Quem é o usurpador da identidade, o impostor, e quem é realmente o nobre? Um deles (o falso ou o verdadeiro senhor do solar) é assassinado junto ao lago da propriedade, entre os buxos do labirinto do jardim que dizem habitado por fantasmas. No sótão da mansão encontra-se um autômato animado (um boneco mecânico assustador) e uma coleção de livros de bruxaria e de ciências ocultas antigos que alguém consulta em segredo. Conta-se que se estuda satanismo e pratica culto a Satanás no labirinto do jardim, unguindo-se os iniciados com veneno de acónito, beladona e dulcamara. O mordomo presenciou da janela do Quarto Verde, sobre a biblioteca, a impossibilidade do assassinio: o morto estava sozinho quando se suicidou entre os arbustos. Na precisa noite em que os poderes das trevas andam exaltados, o perspicaz Gideon Fell decifra o enigma num belo romance onde a máscara de Jano é equiparada à de Satan.

X

Hugh Rowland, jovem advogado da firma Rowland & Gardesleeve em *O Mistério do Parque*⁽¹⁵⁾, diante de um aparente homicídio cometido pela mulher por quem está enamorado, diz: “Escute-me! Você não fez isso. É o primeiro ponto”. A seguir conclui que as pegadas da dama visíveis no local do crime tinham de desaparecer para o júri não a mandar para a forca, e tentou apagar os indícios (ocultar as provas simples e evidentes) com um ancinho de jardineiro, preparando uma defesa falsa. Por outro lado, para o pai de Hugh, o velho e astuto advogado Rowland Sênior, “não é fatal dizer mentiras à Polícia”, desde que estas salvem um dos *nostros* da forca, ainda que com as aldrabices haja o risco de enviar-se um terceiro inocente para o patíbulo.

(15) CARR, JOHN DICKSON, *O Mistério do Parque* (*The Problem of the Wire Cage*, 1939), Editorial Século, s/d.

O enamoramento (o afeto) será porventura, para um benevolente, uma circunstância atenuante a considerar na valoração do móbil da ocultação dos vestígios, compreendendo-se o conselho e a atitude (o encobrimento, o despistar da investigação criminal desviando as diligências, o favorecimento pessoal) à luz do desespero ante o provável destino sombrio da amada. Mas a posição do Sênior Lawyer, não querendo saber das consequências trágicas da calúnia, a sua desonestidade, a apologia da sabotagem do processo que faz, não tem desculpa e traduz uma infâmia indigna da ética (e do *peso*) da toga. [Comportamentos desta natureza prolongam o dizer de Henri Robert⁽¹⁶⁾: “Na literatura o advogado geralmente não tem boa fama”; é assim que ele aparece no *Pantagrue*, de Rabelais, em *Os Litigantes* (*Les Plaideurs*), de Racine, na pena de La Fontaine...].

O crime é impossível, pois não existem pegadas na terra batida do *court* de ténis que conduzam ao cadáver (a não ser as do morto e da heroína do romance) e a levitação do assassino está absolutamente fora de hipótese, mas no fim o sagaz Gideon Fell explica o milagre de modo convincente.

XI

Em *Desafio ao Leitor*⁽¹⁷⁾ o advogado Lawrence Chase, de rosto solene, turvo, considera-se um vampiro... Desejar a morte a outra pessoa não é crime, esclarece numa conversa informal.

Embora seja verdadeiro o que diz o advogado, pois um desejo (ou uma intenção) não é um facto (nem sequer uma ação) para o direito criminal, que é um direito do facto e não da vontade, uma pessoa com consciência dos valores éticos e servidor da Justiça não deseja a morte a ninguém nem cultiva esse mau sentimento ou transmite essa impressão.

Um sinistro telepata aterroriza um grupo de *vampiros* numa mansão de estilo gótico vitoriano no Surrey. Neste romance muito bem escrito, H. M. desvenda a mistificação da leitura de pensamento capaz de matar outrem (a tentativa impossível), montando uma emboscada ao assassino. “Ele [o telepata] é como Peter Quint no *The Turn of the Screw* [de Henry James]. Recordar-se daquele caso medonho, da governanta aterrorizada na casa chamada Bly? Bly: o próprio nome é curto e cheio de mistério. Quint

(16) ROBERT, HENRI, *O Advogado* (*L'Avocat*, 1921), Martins Fontes, 2002, pp. 5 e 6.

(17) DICKSON, CARTER, *Desafio ao Leitor* (*The Reader is Warned*, 1939), Livros do Brasil, s/d.

na torre, Quint na janela, Quint na escada de caracol. E tudo numa espécie de penumbra perpétua” [diz uma personagem para H. M.].

XII

Alistair Duncan, advogado do clã Campbell em *O Caso dos Suicídios*⁽¹⁸⁾, faz apologia da hipótese do assassinio contra os fortes indícios da verificação de suicídio existentes no local do acontecimento simplesmente porque o morto, seu cliente, possuía seguros de vida cujas apólices contemplam cláusulas de exclusão do risco em caso de suicídio.

Distorcer a realidade histórica dos factos negando as evidências com o propósito de ser injustamente beneficiado demonstra falta de probidade intelectual e desamor à verdade das coisas, e anima a fogueira do folclore negro, e é também mais um modo que revela a figura do “sapateiro-remendão togado” (para usar uma expressão de Ángel Ossorio Y Gallardo)⁽¹⁹⁾, aqui na variante do advogado charlatão.

A torre do Castelo de Shira, na margem do Lago Fyne, Inveraray, Escócia, está assombrada e “os [excêntricos] escoceses nunca brincam com fantasmas”. Dois jovens noivos passeiam ao crepúsculo pelo bosque de árvores espectrais adjacente ao castelo e ao lago. Gideon Fell num caso bem construído.

XIII

Em *A Caixa de Rapé*⁽²⁰⁾ o advogado Pierre Saulomon, da firma Saulomon & Cohen, é apresentado como tendo um aspeto solene, cinzento, e voz sepulcral.

O excesso de solenidade, *em si*, não é antiético ou imoral, tal como a cara de cadafalso, como é bom de ver, nem denota desconsideração pelo próximo, mas, por outro lado, o modo de ser de Pierre Saulomon, a sua

⁽¹⁸⁾ CARR, JOHN DICKSON, *O Caso dos Suicídios* (*The Case of the Constant Suicides*, 1941), Empresa Nacional de Publicidade, s/d.

⁽¹⁹⁾ OSSORIO Y GALLARDO, ÁNGEL, nota 6, p. 2.

⁽²⁰⁾ CARR, JOHN DICKSON, *A Caixa de Rapé* (*The Emperor's Snuff Box*, 1942), Empresa Nacional de Publicidade, s/d.

solidão, o seu isolamento, também não traduz cortesia ou cavalheirismo. Dantes, segundo Henri Robert⁽²¹⁾, os regulamentos cuidavam da aparência dos advogados mesmo fora do Palácio da Justiça: “Deviam usar roupas pretas, exceto nas férias”. Uma regra tradicional anacrônica, por certo, que até Maurice Garçon deixaria cair. O “Cavaleiro das Leis” parou no tempo.

Um divórcio litigioso numa vila do Sul de França entre um zombeteiro engenhoso e uma *lady* inglesa, um encontro romântico num campo de golfe situado à beira-mar entre a dita *lady* e um conservador excessivo, e um velho colecionador de antiguidades assassinado num quarto de brinquedos face à imprevisibilidade de uma janela indiscreta.

XIV

Em *O Mistério da Areia Vermelha*⁽²²⁾ o jovem advogado de defesa Frederick Barlow mostra-se totalmente cético quanto ao facto de o juiz de um determinado caso judiciário poder decidir moralmente e não apenas tecnicamente.

Contornando a delicada questão da correspondência entre o Direito e a moral, ou a da sujeição do juiz à lei pela lei sem despachos de graças, a crítica e a vigilância sobre a administração da justiça criminal pelos juizes, se exercida dentro de limites aceitáveis, com justa medida, em nada colide com o sentido de respeito que tem de existir nas relações entre a advocacia e a magistratura, e o ceticismo (ao contrário do cinismo) enquadra-se dentro desses limites. Certo é que a verdade judicial não deve resultar somente do emprego da técnica. Mais importante do que a aplicação maquinal ou mecânica da lei e do Direito é julgar humanamente, dado que só por aí, nessa margem da relatividade, se encontra a Justiça. Todavia, os precedentes procuram normalmente outro equilíbrio. “Sejam, como dizia Cícero, a lei falante; mas não oráculos misteriosos e impessoais...”⁽²³⁾.

Um juiz tenta subornar o noivo da sua filha para que esta não case com um suposto *Casanova* e este finge aceitar o suborno dando a entender ao seu futuro sogro que além de Casanova também é um chantagista da

(21) ROBERT, HENRI, nota 16, p. 90.

(22) CARR, JOHN DICKSON, *O Mistério da Areia Vermelha (The Seat of the Scornful; Death Turns the Tables*, 1942), Editorial Século, s/d.

(23) FERRI, ENRICO, *Discursos de Acusação*, Arménio Amado, 1939, p. 10.

pior espécie. Depois sucede o assassinato do homem de má fama na mansão de praia do *virtuoso* juiz e quando as aparências iludem Gideon Fell elucida e resolve as coisas, mesmo as ruínas.

XV

Stephen Grange, o advogado conservador dos Wainright em *A Morte de Uma Dama*⁽²⁴⁾, serve-se da grande amizade que mantém com o *coroner* para exercer influência sobre este contando-lhe as coisas de modo a que persuada o júri a ver a verdade, que evidentemente se reduz à sua versão ou interpretação favorável do caso.

Convencer o Tribunal sem ser pela demonstração da realidade ou existência do conjunto dos factos na audiência de julgamento está vedado por lei à Defesa e se a persuasão ou sugestão for feita por portas travessas, como no caso deste falso *lobbyist*, é uma forma de trapacear o justo processo, de subverter o sistema com um gesto baixo, de rábula abusador.

Entre a existência de um pacto de suicídio entre dois amantes, como a análise de pegadas no solo parece demonstrar (e afastada a hipótese de levitação sobre uma trágica falésia), e a conjectura indiciariamente mais realista da consumação de um duplo homicídio, relegando o pacto para o domínio do embuste, configura-se antes a idealização de um crime perfeito cometido por um assassino lógico. A história é narrada por um vetusto médico de forma simples e algo nostálgica face aos crepúsculos rubros da costa do Norte do Devon e à imagem clara da “Lua dos bombardeiros” da Segunda Guerra Mundial. No final, o *maligno* Sir Henry Merri- vale age de modo divino, misericordioso, ao preservar no semelhante a ilusão da bondade.

XVI

O jovem advogado Kit Farrel, de *Aviso Sinistro*⁽²⁵⁾, mandou soltar a matilha de cães de guarda do solar inglês onde se encontrava com o obje-

⁽²⁴⁾ DICKSON, CARTER, *A Morte de Uma Dama* (*She Died a Lady*, 1943), Livros do Brasil, 1991.

⁽²⁵⁾ CARR, JOHN DICKSON, *Aviso Sinistro* (*The Curse of the Bronze Lamp; Lord of the Sorcerers*, 1945), Empresa Editorial Édipo, 1950.

tivo de impedir os jornalistas e a polícia de entrarem sem ordem ou consentimento no parque murado da propriedade.

Os cães de guarda não saíram do espaço da habitação e não foram aticados contra as pessoas e convertidos em meio particularmente perigoso, por isso aceita-se a atuação de Kit Farrel, que se considera justificada até sob a lógica comum, pois defendeu-se a reserva da vida privada (evitando-se a introdução em lugar vedado ao público) como se pôde, atendendo às circunstâncias (invasão iminente), e dentro da lei. Ademais, a propriedade tem um “Direito pagão” por detrás (extrapolando com Ángel Ossorio y Gallardo)⁽²⁶⁾.

A história começa com a morte de um arqueólogo causada por um escorpião após a violação de um sarcófago (que continha a múmia sagrada de um sumo sacerdote) durante escavações arqueológicas na margem ocidental do Nilo, no Vale dos Reis. A filha de um Lorde inglês e líder da expedição de arqueólogos traz do Egito para a sua mansão gótica em Gloucester uma lâmpada de bronze amaldiçoada por um excêntrico mágico do Cairo. Enquanto um arquiteto de Londres procura uma passagem secreta na mansão, H. M. combate o funesto presságio do mago, indo ao ponto de dormir no designado quarto dos fantasmas. “Adoro fantasmas”, diz a certa altura o grande detetive com a costumada ousadia.

XVII

Dennis Foster, advogado da velha sociedade Mackintosh & Foster (fundada em 1741) em *Noivado Trágico*⁽²⁷⁾, é descrito como um homem conservador, apreciador dos modos dos *gentlemen* de antanho.

Preservar o mito quase perdido do advogado cortês e cavalheiro, de esmerada correção, esse referencial da tradição, correndo o sério risco de parecer obsoleto ou excêntrico diante dos novos signos, merece admiração e louvor, nenhum reparo deontológico. Na defesa do *velho mundo*, desse imaginário, há é transcendência em Dennis Foster. Como diz Walter Bennett⁽²⁸⁾, “O advogado cavalheiro representa o zénite da velha profissão. Em termos do mito Parsifal, ele é o cavaleiro do Santo Graal”. Ainda que não inicie nenhuma busca mitológica, ou tenha matado o Cavaleiro Vermelho.

⁽²⁶⁾ OSSORIO Y GALLARDO, ÁNGEL, nota 6, p. 12.

⁽²⁷⁾ DICKSON, CARTER, *Noivado Trágico (My Late Wives)*, 1946), Empresa Editorial Édipo, 1952.

⁽²⁸⁾ BENNETT, WALTER, nota 11, p. 94.

Para bem representar o papel de um assassino em série um ator famoso vai passar uma temporada a Aldebridge, nos arredores de Suffolk, pois a peça teatral, de autor desconhecido, foi escrita contemplando personagens e lugares reais. A ação passa pelos *bunkers* de um campo de golfe situado à beira-mar e por uma casa dos horrores que integra uma carreira de tiro florestal desativada. H. M., esse, enquanto *caça* impiedosamente o Barba Azul, revela-se um jogador de golfe batoteiro, sacrílego.

XVIII

Em *A Esfinge Adormecida*⁽²⁹⁾ o advogado Derek Hurst-Gore, apresentado como um homem misterioso e de semblante astuto, profere no romance uma frase deveras enigmática, de panteísta: “Eu estou em toda a parte”. Num jogo de assassinios usou a máscara de um famoso *serial killer* como disfarce, desempenhando o papel de forma admirável.

Sem comentários de Direito. (Se Derek está em toda a parte identifica-se com tudo, não se distingue do Mundo, e é neste lugar que vê o transcendente).

Gideon Fell, “o [confesso] joguete dos fados e da demonologia”, explica o mistério de uma cripta assombrada pelo horror *poltergeist*, entre conversas ao luar, efeitos de morfina e beladona e certa dança de máscaras macabras.

XIX

Mr. Howard Betterton, advogado de Frederick Manning de *Repouso Mortal*⁽³⁰⁾, é caracterizado como um autêntico cangalheiro, com o seu conservador fato escuro e gravata preta e cara de jogador de póquer, apagada.

Uma figura funerária andando esquiva entre os outros. Sem charme, sem alegria, num inútil despojamento. Uma acha clássica para a fogueira da mitologia negra da profissão liberal, que compreende as anedotas de escárnio e maldizer e o obscuro sacerdócio. Antes um irreverente.

⁽²⁹⁾ CARR, JOHN DICKSON, *A Esfinge Adormecida (The Sleeping Sphinx)*, 1947), Livros do Brasil, 1998.

⁽³⁰⁾ DICKSON, CARTER, *Repouso Mortal (A Graveyard to Let)*, 1949), Livros do Brasil, 1993.

A ação inicia-se em Lower Manhattan com Sir Henry Merrivale a fazer *vodu* no metropolitano de Nova Iorque, criando com o divertimento uma confusão dantesca, e em seguida passa para Maralarch, no Condado de Westchester, onde sucede o fantástico desaparecimento de um mago na piscina da sua mansão. Um busto do poeta Robert Browning constitui a chave do enigma do homem invisível, que inclui um campo de jogos e um cemitério em ruínas. A bela e fatal Crystal Manning desliza no enredo invocando os antigos românticos. Para discutir os mistérios, diz H. M. com sapiência, “precisa-se de sombras e de pios de corujas”.

XX

Em *Sob Suspeita*⁽³¹⁾ o elegante e insensível advogado Patrick Butler, de vida circunspecta, contudo forjador de provas e capaz de chamar patife a um juiz sem mais nem menos no âmbito de uma audiência de julgamento, prefere ter clientes culpados a inocentes (por causa da *fantasia* da defesa), e sabe da sua culpabilidade ou inocência principalmente pela *atmosfera*...

Vendo a indesculpável batota processual, o jogo desleal de defesa à custa de expedientes proibidos, e a ausência de respeito no exercício das suas funções para com um magistrado judicial, e mesmo a arriscada intuição (adivinhação) de parapsicólogo forense, a crença nas meras percepções, conclui-se que, tirando a cautela social, a aceitável reserva, e a alienação da retórica forense, esse voo de imaginação que pode afastar-se do objeto do processo e até do dizer das normas para seguir elementos estranhos (considerando, porém, que “o advogado não é, como o mau retórico dos velhos tempos, um mentiroso”⁽³²⁾) cujo único fim era convencer ou persuadir em juízo), Patrick Butler manifesta mais defeitos (violando deveres e regras reconhecidos) que virtudes.

Gideon Fell soluciona uma série de assassínios por envenenamento cometidos por uma seita satânica (herética de feitiçaria) com sede na câmara subterrânea de uma capela cristã, local de missas negras a Satanás, figura que aparece na história sob a forma de bode negro. No início, o romance policial é do género barra de tribunal, com referências a advogados togados de cabeleiras empoadas como grotescas flores e severos juízes

(31) CARR, JOHN DICKSON, *Sob Suspeita* (*Bellow Suspicion*, 1949), Editorial Século, s/d.

(32) GARÇON, MAURICE, nota 3, p. 27.

de beca vermelha, depois surge o gótico, as cruzes invertidas de Satã e o cair das máscaras dos terríveis adoradores da *velha religião*.

Apêndice

(Romances de John Dickson Carr/Carter Dickson — que li para escrever este trabalho — sem personagens advogados)

A Casa da Peste⁽³³⁾

Um médium intrujão quer provar a existência de espíritos assassinos numa casa assombrada e concebe para o efeito uma “abominável encenação”. De um punhal que pertencera a um carrasco do séc. XVII a um círculo encantado de espíritos. O Inspetor Masters da Scotland Yard entra como caçador de fantasmas. Habilmente narrado por Ken Blake, trata-se de um romance policial extraordinário, em grande parte desenvolvido numa “espantosa noite” gótica, e de um desafio incrível para Sir Henry Merri-vale.

O Barbeiro Cego⁽³⁴⁾

Um mestre do crime internacional, o terrível *barbeiro cego*, viaja disfarçado entre os passageiros do transatlântico Queen Victoria. O enredo contempla um elefante de esmeralda, fabulosa joia, e uma navalha de cirurgião-barbeiro de ébano e prata trabalhados, além de um teatro de marionetas ou fantoches. Uma das personagens do divertido enredo é o excêntrico Lord Sturton, um aristocrata britânico semelhante aos feiticeiros do excelente ilustrador Arthur Rackham. Gideon Fell desmistifica a farsa.

⁽³³⁾ DICKSON, CARTER, *A Casa da Peste (The Plague Court Murders)*, 1934, Empresa Nacional de Publicidade, s/d.

⁽³⁴⁾ CARR, JOHN DICKSON, *O Barbeiro Cego (The Blind Barber)*, 1934, Livros do Brasil, s/d.

Os Três Ataúdes⁽³⁵⁾

Magnífico romance policial de ilusionismo e vampirismo, sumidades em histórias de fantasmas e ciências ocultas, passado no bairro londrino de Bloomsbury sob a sombra da remota Transilvânia e a invocação de *O Homem Invisível* de H. G. Wells. Os mortos podem sair dos caixões como vampiros, os mascarados podem andar sobre a neve sem deixar vestígios de pegadas e os ilusionistas-assassinos podem assassinar mágicos por magia ou avançar ao encontro da sua própria imagem, cometendo “crimes brilhantes”. O Dr. Gideon Fell, detetive amador e autor de um livro sobre o sobrenatural na literatura inglesa, diz a certa altura: “Um espírito deve ser sempre maligno. (...) Os seus antecedentes devem ser antigos, académicos ou eclesiásticos. [Um espírito] precisa de ter um sabor a claustro ou a velhos manuscritos latinos. Hoje em dia [nas histórias de fantasmas] há uma tendência infeliz para troçar das velhas bibliotecas ou das ruínas da antiguidade (das velhas ruínas, dos cemitérios, das igrejas)”.

Os Crimes da Viúva Vermelha⁽³⁶⁾

Não há fantasmas nem engenhos ou armadilhas mortais no Quarto da Viúva Vermelha mas acontecem misteriosos assassinatos dentro dele. O às de espadas, “a carta da morte”, calhou num jogo a um jovem e taciturno médico alienista que anda pela casa de um abastado lorde inglês procurando desmascarar um louco, sucedendo assim o início da história debaixo dos auspícios aventureiros de *O Clube dos Suicidas* de R. L. Stevenson. Outro personagem, que usa óculos escuros no meio do nevoeiro londrino, manifesta um gosto mórbido por demonologia e magia negra, como a nigromancia. Viajantes trouxeram do Amazonas flechas envenenadas com curare. A maldição do quarto da viúva vem da época do Terror da Revolução Francesa. H. M. promove classicamente o fim da lenda.

O Crime das Mil e Uma Noites⁽³⁷⁾

Num museu oriental de Londres, durante um jogo macabro de jovens fictícios violadores de túmulos e assassinos, um intruso é encontrado

⁽³⁵⁾ CARR, JOHN DICKSON, *Os Três Ataúdes* (*The Hollow Man; The Three Coffins*, 1935), Editorial Minerva, 1954.

⁽³⁶⁾ DICKSON, CARTER, *Os Crimes da Viúva Vermelha* (*The Red Widow Murders*, 1935), Livros do Brasil, 1949.

⁽³⁷⁾ DICKSON, CARTER, *O Crime das Mil e Uma Noites* (*The Arabian Nights Murder*, 1936), Editorial Minerva, 1956.

morto dentro de um coche inglês de transporte do passado. A arma do crime é uma adaga persa, de lâmina curva. Entre os personagens aturdidos avulta um ministro do Evangelho e pregador escocês hermeneuta de textos antigos. Encenação de uma história das arábias, cheia de acontecimentos estrambólicos, solucionada no final por Gideon Fell.

O Problema da Cápsula Verde⁽³⁸⁾

A história inicia-se nas ruínas da cidade romana de Pompeia, com uma conversa em torno da casa de um envenenador romano antigo, e passa seguidamente para a sinistra arte de envenenar em Inglaterra. Chocolates envenenados com estricnina, uma cápsula com cianeto, rol de envenenadores famosos. Um filme mudo de um assassinato sob a lógica da prestidigitação. Gideon Fell num caso brilhante sobre um dissimulado e insidioso envenenador com absoluto desprezo pela vida humana.

Crime e Frustração⁽³⁹⁾

Sucedem-se várias tentativas de homicídio num estúdio cinematográfico inglês em ambiente de *blackout* por causa das bombas alemãs da Segunda Guerra Mundial. Uma dessas tentativas foi feita através de um cigarro envenenado com beladona. H. M. desmonta a insídia.

O Mistério do Cofre Secreto⁽⁴⁰⁾

O romance inicia-se na barraca de um obscuro vidente ou adivinho que tudo vê e sabe no cristal durante um chuvoso *garden party* realizado no parque de um último barão. Depois é Gideon Fell contra um envenenador que utiliza ácido prússico em seringas hipodérmicas e dispara balas *mágicas* na noite.

⁽³⁸⁾ CARR, JOHN DICKSON, *O Problema da Cápsula Verde* (*The Problem of the Green Capsule; The Black Spectacles*, 1939), Editorial Século, s/d.

⁽³⁹⁾ DICKSON, CARTER, *Crime e Frustração* (*And so to Murder*, 1940), Livros do Brasil, 1946.

⁽⁴⁰⁾ CARR, JOHN DICKSON, *O Mistério do Cofre Secreto* (*Till Death Do Us Part*, 1944), Editorial Século, 1958.

Crime no Jardim Zoológico⁽⁴¹⁾

No início dois jovens românticos ilusionistas pertencentes a famílias de mágicos secularmente inimigas encontram-se por acaso na Casa do Répteis de um jardim zoológico de Londres. Depois sucede o assassinato de um zoólogo por um astuto assassino, funesto evento que constitui um repto para H. M., que no fim da novela obtém a confissão do agente do crime utilizando para o efeito uma serpente cascavel (tendo noção do método proibido de prova e da sua consequente nulidade se oferecida em tribunal, ou não fosse o famoso detetive também advogado e *embusteiro*).

A Bengala de Estoque⁽⁴²⁾

Em Chartres, numa torre medieval circular com uma escada em caracol e um telhado plano rodeado por um parapeito em ameias (“a torre parecia o cenário de uma história alemã de fantasmas”), ocorre um crime impossível. Alguns anos mais tarde sente-se a presença de um espírito maléfico e discute-se a possibilidade da morte causada pelo terror na mansão Greywood em New Forest. Da ocultação de um homicídio raivoso a uma tentativa de assassinio premeditado por um ser diabólico que traz aos outros a escuridão do mundo. Um colecionador de bengalas de estoque e biógrafo do Conde Cagliostro, uma bibliotecária erótica e suspeita da prática de vampirismo, um artista desesperado por estudar pintura em Paris, uma mulher ideal de cabelo loiro quase branco e um homem enfeitado, são algumas das personagens deste romance neogótico de crime, ocultismo e história de vampiros, bem ao estilo do Dr. Gideon Fell, detetive londrino crente na existência de forças sobrenaturais e mestre em desmascarar terríveis assassinos.

O Sinal do Morto⁽⁴³⁾

Uma mulher leviana é apunhalada mortalmente no coração com uma adaga de cabo de prata do séc. XVIII num quarto fechado à chave pelo lado

(41) DICKSON, CARTER, *Crime no Jardim Zoológico* (*He Wouldn't Kill Patience*, 1944), Livros do Brasil, 1991.

(42) CARR, JOHN DICKSON, *A Bengala de Estoque* (*He Who Whispers*, 1946), Público, 2005.

(43) CARR, JOHN DICKSON, *O Sinal do Morto* (*The Dead Man's Knock*, 1958), Livros do Brasil, s/d.

de dentro. Na hora da morte lia o famoso *The Woman in White* do autor da época vitoriana Wilkie Collins. Isto segundo os indícios e as aparências. O mistério passa por um colégio universitário com um *campus* propício à nostalgia e uma biblioteca de estilo neogótico, ornada de gárgulas. Gideon Fell na mítica Virgínia sob a espada do *suspense*.

2024

Informação Institucional

Jurisprudência dos Conselhos

Consulte os pareceres do Conselho Geral e do Conselho Superior no portal da Ordem dos Advogados: <<https://portal.oa.pt/advogados/pareceres-da-ordem/conselho-geral/20232025/>>
Ou através do QR Code



Pareceres sobre as Iniciativas Legislativas

No âmbito do processo legislativo sempre que, nos termos do artigo 3.º, alínea j) do EOA, a Ordem dos Advogados é “ouvida sobre os projetos de diplomas legislativos que interessem ao exercício da advocacia e ao patrocínio judiciário em geral e propor como alterações legislativas que se entendam convenientes” são emitidos os respetivos pareceres os quais se encontram disponíveis em: <<https://portal.oa.pt/advogados/pareceres-da-ordem/processo-legislativo/2024/>>
Consulte através do QR Code



Vida Interna

Regras profissionais — Estatuto da Ordem dos Advogados e regulamentação aprovada pela OA <<https://portal.oa.pt/ordem/regras-profissionais/>>
Consulte através do QR Code



REVISTA

da Ordem dos Advogados



ISSN 0870-8118

REVISTA da Ordem dos Advogados

Basileário da Ordem dos Advogados
Guilherme Figueiredo

Director
Rui Pinto Duarte

Sub-Director
Rui Patrício

Conselho Consultivo

Dário Meira Vicente / Diogo Leite de Campos / Gerardo Mendes / José Sérgio Correia / Miguel Teixeira de Sousa / A. Malheiro

ISSN 0870-8118

REVISTA da Ordem dos Advogados

ANO 77
2017



LISBOA

REVISTA da Ordem dos Advogados

Editorial

Efemérides

António Meira Correia
A Lei das Sociedades Anónimas de 21 de junho de 1967: Síntese e Meta de Progresso

Rui Patrício Marques
A Morte de Vinte e Morte em Portugal

Paulo Batista Louca
150 Anos do Código de Saneamento

Dolores Mota e Maria Estevens Ruas
Lei Bâncula das Cooperativas: Memórias de uma Lei Precursora e Contraditória

Doutina

Alexandre Sá e Melo
Os Anúncios em Ordenamento Jurídico Português

Ana Maria Barros
O Mecanismo Único de Resolução: Análise à Luz do Caso BES

Helena Sousa Alvarez
O Acetate de Látex entre a Navegação e a Dança em Comprimentos: um Forreter

João Espírito Santo
O Direito, a Fecundação da Constituição Portuguesa e o Contrato Legal da Família

João Vítor dos Santos
Amigos Académicos do Sertão

Ano 77

Lisboa

Jan. / Jun. 2017

80 Anos de sabedoria
80 Anos de conhecimento
jurídico

A ROA através
do formulário online
disponível em
www.oa.pt

SUBSCREVA!

■ **Revista em suporte papel** mediante assinatura com entrega no domicílio profissional

■ **Revista em suporte E-book** enviada gratuitamente para todos os Advogados com a inscrição activa e sem quotas em dívida

O prazo de entrega da ROA depende do planeamento editorial definido, da edição, revisão de textos a publicar e respectiva impressão.

Todos os números da ROA, publicada desde 1941, disponíveis no portal da OA