



Percursos & IDEIAS

Revista Científica do ISCET

Cadernos de Solicitadoria

Editorial

Ana Clara Azevedo de Amorim

Publicidade enganosa e consumidor médio : estudo sobre o exagero publicitário

Ana Paula Cabral

As substâncias psicoativas em ambiente laboral: Enquadramento Legal

Daniela Soares / Ana Clara Azevedo de Amorim

O problema da não exequibilidade dos documentos particulares no novo código de processo civil

Isabel Lemos / Ana Clara Azevedo de Amorim

A prova: processo arbitral versus processo judicial

Luisa Maria Baptista Lopes Sousa

Algumas considerações sobre os julgados de paz como meio alternativo de resolução de litígios (RAL)

Melanie de Oliveira Neiva Santos

O justificado interesse próprio da sociedade comercial na prestação de garantias a outras entidades

Rodrigo Maria de Azevedo Soares Cordeiro da Silveira

A responsabilidade tributária dos gestores

Percursos & Ideias, Revista Científica do ISCET

Número 7 - 2ª série online

Diretor

Adalberto Dias de Carvalho

Diretor Adjunto

Eugénio Francisco dos Santos

Sub-Diretor

Jorge Ricardo Pinto

Conselho Editorial

Adalberto Dias de Carvalho - ISCET /GFE-IF, Univ. Porto

António Carrizo Moreira -DEGEL, Univ. Aveiro

Artur Villares - ISLA

Carlos Melo Brito - Faculdade de Economia, Univ. Porto

Christian Bataillou – Univ. Perpignan, França

David José Geraldês Falcão - Inst. Politécnico de Castelo Branco

Encarnación González Vázquez - Univ. Vigo, Espanha

François Gillet - Haute École de Bruxelles, Bélgica

Helena Theodoropoulou - Univ. Mar Egeu, Grécia

Jan Cobbenhagen - Univ. Maastricht, Holanda

José Antonio Fraiz Brea – Univ. Vigo, Espanha

José Pedro Teixeira Fernandes - ISCET

Luís Ferreira - ISCET

Maria Luísa V. Alves - ISCAP

Mercedes Vila Alonso - Univ. Vigo, Espanha

Paula Campos - APG

Revisores deste número

Cristiana Oliveira - Universidade Europeia, Espanha

Eugénio dos Santos - ISCET

Isabel Baptista - Universidade Católica do Porto

José Alberto Rio Fernandes - Faculdade de Letras UP

José Alvarez - Universidade da Estremadura, Espanha

José Henrique Mourão - ISCET

Veronique Jourkes - UTAD

Supervisão: CIIC

Fotografias (capa e contracapa):

Francisco Vidinha

Editor:

Instituto Superior de Ciências Empresariais e do Turismo

Propriedade:

Facultas S.A.- Gestão de Estabelecimentos de Ensino Superior

Rua de Cedofeita, 285 | 4050-180 Porto | Tel.: 22 205 36 85 | Mail: iscet@iscet.pt

Periodicidade: Anual

Número de registo: 125750

Depósito Legal: 125198/98

ISSN: 0874131X

Registada no Index Copernicus Journals Master List e na Latindex.



A presente edição dos cadernos de Solicitadoria, da revista «Percurso & Ideias» do ISCET – Instituto Superior de Ciências Empresariais e do Turismo, integra um conjunto diversificado de artigos da autoria de docentes e discentes diplomados em Solicitadoria nesta instituição.

A diversidade de interesses e áreas de investigação dos nossos docentes e discentes permitiu agregar, neste novo número, uma multiplicidade de trabalhos com relevo para a investigação no domínio do direito. Assim, são abordados temas do direito da publicidade e do direito dos consumidores, do direito da saúde e direito do trabalho, a inflexão operada ao nível do elenco dos títulos executivos no novo código do processo civil, o direito probatório no processo arbitral e no processo judicial, bem como considerações sobre os meios de resolução alternativa de litígios, a (i) licitude da prestação de garantias por sociedades comerciais a dívidas de outras entidades e a sempre atual questão da responsabilidade tributária dos gestores com uma análise histórica da sua evolução no ordenamento jurídico português.

Partindo do enquadramento legal somos convidados a refletir sobre os temas enunciados numa perspetiva atualista, ao nível da doutrina e da jurisprudência.

Foi ainda possível editar um suplemento que integra atas do Congresso dedicado ao «Cinquentenário do Código Civil Português: passado e futuro» que, simbolicamente, teve lugar no auditório do ISCET nos dias 25 e 26 de novembro de 2017, cinquenta anos decorridos sobre a publicação em Diário do Governo do diploma que aprovou o código.

As atas, que assim enriquecem este caderno de Solicitadoria, incluem algumas das intervenções e comunicações no referido congresso e que incidem sobre as seguintes temáticas: articulação da proteção dos direitos de personalidade com a dos direitos fundamentais, a responsabilidade médica e o advento da mediação no setor da saúde, o regime substantivo e procedimental da adoção, o princípio pacta sunt servanda e o problema da alteração das circunstâncias e a interpretação e integração da lei fiscal face ao Código Civil.

A leitura deste número dos cadernos de Solicitadoria constitui, pelo exposto, uma oportunidade para visitar vários institutos e perspetivar soluções para problemáticas quotidianas da vida profissional dos Solicitadores e Agentes de Execução, bem como desenvolver uma reflexão crítica útil a estes profissionais, a académicos e a estudantes.

Melanie de Oliveira Neiva Santos

PUBLICIDADE ENGANOSA E CONSUMIDOR MÉDIO : ESTUDO SOBRE O EXAGERO PUBLICITÁRIO

Ana Clara Azevedo de Amorim

Doutora em Direito e Docente do ISCET

RESUMO

O princípio da veracidade tem como principal corolário a proibição da publicidade enganosa. Neste contexto, releva sobretudo a susceptibilidade de indução em erro, independentemente da falta de correspondência entre o conteúdo da mensagem e a realidade da oferta, de acordo com o critério de mediania desenvolvido pelo TJUE. Na medida em que não se destina a ser interpretado literalmente, o exagero publicitário não distorce de maneira substancial o comportamento económico dos consumidores, pelo que deve considerar-se lícito em conformidade com o princípio da adequação social. No entanto, o progressivo alargamento do âmbito de aplicação do exagero publicitário pode conduzir a uma desprotecção dos consumidores.

Palavras-chave

Veracidade, publicidade enganosa, consumidor médio, adequação social, exagero.

ABSTRACT

The truthfulness principle has as its main corollary the prohibition of misleading advertising. In this context, it matters mainly the likelihood to deceive, regardless the mismatch between the message content and the reality of the supply, according to the averageness benchmark developed by the ECJ. Since it is not meant to be literally interpreted, puffery does not materially distort the economic behaviour of consumers and shall be considered lawful in line with the social adequacy principle. However, the gradual enlargement of puffery's scope of application may lead to consumers deprotection.

Keywords

Truthfulness, misleading advertising, average consumer, social adequacy, puffery.

INTRODUÇÃO

A abordagem jurídica da comunicação comercial enquadra-se maioritariamente na protecção dos consumidores, enunciada no art. 60.º da Constituição da República Portuguesa (CRP), que abrange, entre outros, o direito à informação e a garantia dos interesses económicos, proibindo-se expressamente a “publicidade oculta, indirecta ou dolosa” (n.º 2). Na medida em que coincidem quase sempre com intervenções restritivas da liberdade publicitária do anunciante, os mecanismos de protecção devem “limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”, respeitando assim o princípio da proporcionalidade previsto no art. 18.º n.º 2 da CRP.

Entendida como restrição ao conteúdo dos anúncios, a proibição de actos enganosos traduz uma das principais preocupações dos diplomas legais vigentes em matéria de comunicação comercial, entre os quais se destaca o DL n.º 330/90, de 23 de Outubro, que aprovou o Código da Publicidade (CPub) e o regime jurídico das Práticas Comerciais Desleais, consagrado no DL n.º 57/2008, de 26 de Março (DL PCD), que transpôs para o ordenamento jurídico nacional a Directiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de Maio de 2005 (Directiva PCD).

Ora, o exagero publicitário resulta sobretudo de considerações vagas, irreais ou ficcionadas, que visam atrair a atenção dos destinatários para um determinado conteúdo promocional, não sendo objecto de uma análise racional nem de uma reflexão ulterior. A sua relevância fica demonstrada pela jurisprudência do Instituto Civil da Autodisciplina da Comunicação Comercial (ICAP), que no quadro da proibição de actos enganosos incide frequentemente sobre hipóteses de exagero publicitário. Neste sentido, importa sobretudo contribuir para enunciar os fundamentos da licitude do exagero publicitário, face a uma interpretação teleológica do princípio da veracidade e à cláusula de relevância prevista no regime jurídico das Práticas Comerciais Desleais, que adoptam como parâmetro de aferição o critério do consumidor médio desenvolvido pelo TJUE.

1. PRINCÍPIO DA VERACIDADE

O princípio da veracidade postula a “conformidade dos produtos ou serviços promovidos com o conteúdo da mensagem publicitária” (Paulo Mota Pinto, 1999:69). Mas pode igualmente ser abordado numa dimensão subjectiva, que permite atender à convicção dos consumidores ou às suas fundadas expectativas face à comunicação comercial. Esta abordagem teve origem na concepção alemã de Concorrência Desleal consagrada no § 4 n.º 1 da *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb* de 1909, tendo sido adoptada posteriormente no art. 10.º *bis* n.º 3 § 3 da Convenção da União de Paris para a Protecção da Propriedade Industrial e, ao nível comunitário, no art. 2.º n.º 2 da Directiva 84/450/CEE e no art. 6.º n.º 1 da Directiva PCD, que passaram a aludir também à susceptibilidade de indução em erro dos consumidores. Assim, não releva apenas a falta de correspondência entre o conteúdo literal da mensagem publicitária e a realidade da oferta, como se verifica nas alíneas d), e) e f) do n.º 1 do art. 317.º do Código da Propriedade Industrial (CPI), que em sede de Concorrência Desleal proíbem as “falsas indicações” e as “falsas descrições” relativas aos produtos e serviços do profissional, bem como à sua situação financeira, clientela e actividades desenvolvidas. Paralelamente, nos termos do art. 7.º n.º 1 do DL PCD, o regime jurídico das Práticas Comerciais Desleais incide sobre informações que “mesmo sendo factualmente correctas”, induzem ou são susceptíveis de induzir em erro os consumidores.

Esta dimensão subjectiva constitui o núcleo fundamental do princípio da veracidade, como tem vindo a reconhecer a jurisprudência nacional.¹ No entanto, segundo o disposto no art. 10.º do CPub, “a publicidade deve respeitar a verdade, não deformando os factos” (n.º 1), o que determina que as afirmações sejam “exactas e passíveis de prova, a todo o momento, perante as instâncias competentes” (n.º 2). Ao suprimir a referência à susceptibilidade de indução em erro dos consumidores prevista no art. 10.º do CPub de 1980 e no art. 7.º do CPub de 1983, o diploma actualmente em vigor no ordenamento jurídico português representa um retrocesso legislativo sem paralelo no direito comparado. Como resulta sobretudo da Directiva PCD e dos respectivos diplomas de transposição, o princípio da veracidade abrange as omissões enganosas, que decorrem da violação de um dever de esclarecimento (*Aufklärungspflicht*) e não estritamente de um dever de informação (*Informationspflicht*). A susceptibilidade de indução em erro dos consumidores incide, desta forma, sobre as alegações publicitárias incompletas que conduzem a uma incorrecta representação global relativa à oferta. Contudo, não recai sobre o anunciante um dever de evidenciar de forma exaustiva todas as características dos produtos ou serviços, nomeadamente as respectivas limitações ou desvantagens.

Entendido em sentido amplo, o princípio da veracidade abrange ainda a identificabilidade da comunicação comercial, que obriga a revelar inequivocamente a natureza publicitária ou finalidade promocional da mensagem, de acordo com o art. 8.º n.º 1 do CPub. Visa, por isso, para além do conteúdo do anúncio, também a sua forma ou configuração externa, dado que “o público, julgado perante uma informação imparcial e desinteressada, mais facilmente será objecto de persuasão” (Moitinho de Almeida, 1974:87). Igualmente abrangida pelo princípio da veracidade em sentido amplo fica a obrigação de clareza publicitária, enunciada nos sectores de actividade dotados de especial complexidade e tecnicidade, que coincide com um determinado modo de apresentação das mensagens, associado ao cumprimento de um conjunto de deveres de informação.²

1 - Como resulta do acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 18 de Setembro de 2002, processo n.º 0141458, “embora uma determinada mensagem publicitária não seja falsa, mas revele evidente aptidão para induzir em erro um qualquer destinatário medianamente inteligente e atento, cai no âmbito da publicidade enganosa”.

2 - Por exemplo, art. 77.º do Regime Geral das Instituições de Crédito e das Sociedades Financeiras, aprovado pelo DL n.º 298/92, de 31 de Dezembro; art. 7.º n.º 3 do DL n.º 176/95, de 26 de Julho relativo ao contrato de seguro; art. 7.º n.º 1 do Código dos Valores Mobiliários, aprovado pelo DL n.º 486/99, de 13 de Novembro; art. 5.º do DL n.º 133/2009, de 2 de Junho relativo ao crédito ao consumo; art. 5.º do

Ora, nos termos do art. 10.º n.º 2 do CPub, o princípio da veracidade incide sobre “as afirmações relativas à origem, natureza, composição, propriedades e condições de aquisição dos bens ou serviços publicitados”, que traduzem elementos objectivos da oferta. A mesma limitação decorre da alusão a “informações” no art. 7.º n.º 1 do DL PCD. Desta forma, excluem-se do âmbito de aplicação do princípio da veracidade os juízos estimativos e as apreciações subjectivas, como os juízos estéticos ou as considerações relativas a gostos pessoais (Carlos Fernández-Novoa, 1975:378). A aplicabilidade subsiste, porém, segundo alguns autores, quando o consumidor perceba as alegações como referências objectivas (Hans-Wolfgang Micklitz, 2006:836).

A centralidade do princípio da veracidade na disciplina da comunicação comercial justifica-se historicamente no quadro do acesso limitado à informação num período dominado pelo excesso de oferta. De facto, até à última década do século XX, os produtores e distribuidores detinham exclusivamente a informação sobre o mercado e o controlo da tecnologia, ficando as decisões económicas dos consumidores dependentes dos conteúdos que lhes eram transmitidos de forma massificada e unilateral pela publicidade. Na medida em que o seu âmbito de aplicação se restringe às expressões concretas e comprováveis, o princípio da veracidade não pode ser hoje aferido relativamente à generalidade dos anúncios, que invoca sobretudo benefícios emocionais e simbólicos.

2. PUBLICIDADE ENGANOSA

2.1. Enquadramento legal

Entendido em sentido estrito, o princípio da veracidade tem como principal corolário a proibição da publicidade enganosa, que constitui uma das técnicas de persuasão mais utilizadas pelos anunciantes, como resulta do adágio *omnis mercator mendax*.

Na legislação nacional, a publicidade enganosa sucede aos “reclamos dolosos” previstos no art. 212.º n.º 5 do CPI de 1940 e no art. 260.º alínea e) do CPI de 1995 que, enquadrando-se nos crimes de Concorrência Desleal, dependiam da verificação da intenção de enganar (*animus decipiendi*). A publicidade enganosa viria a ser objecto de descriminalização com a aprovação do DL n.º 6/95, de 17 de Janeiro, que revogou o art. 40.º do DL n.º 28/84, de 20 de Janeiro, relativo à publicidade fraudulenta.³ E, no quadro da alusão à susceptibilidade de indução em erro dos consumidores, adquire predominância normativa o desvalor do resultado, em detrimento do desvalor da acção.

Antes da transposição da Directiva PCD, o legislador português fazia coincidir a publicidade enganosa com a dimensão técnica ou funcional dos argumentos invocados pelos anunciantes. Desta forma, aludia no art. 11.º do CPub, por um lado, às “características dos bens ou serviços, tais como a sua disponibilidade, natureza, execução, composição, modo e data de fabrico ou de prestação, sua adequação, utilizações, quantidade, especificações, origem geográfica ou comercial” e, por outro lado, aos “resultados que podem ser esperados da sua utilização” (alínea a) do n.º 2). Complementarmente, mandava atender também ao preço e às condições de fornecimento dos produtos e da prestação dos serviços, bem como à natureza, às características e aos direitos do anunciante e ainda aos direitos e deveres do destinatário ou aos termos de prestação de garantias (alíneas b), c), d) do n.º 2).

Para efeitos das relações com consumidores, a proibição da publicidade enganosa consta actualmente sobretudo dos art. 7.º a 9.º do DL PCD, resultantes da transposição dos art. 6.º e 7.º da Directiva PCD relativos às acções e omissões enganosas, respectivamente, e também dos pontos 1 a 23 do Anexo I, que estabelecem um conjunto de práticas comerciais consideradas desleais em quaisquer circunstâncias.

Ora, o art. 7.º do DL PCD continuou a fazer coincidir as práticas comerciais enganosas com o produto ou serviço anunciado, o preço e outras vantagens económicas associadas, a caracterização do profissional e os direitos do consumidor (alíneas a) a g) do n.º 1). E, ao contrário do que resulta da disciplina da Concorrência Desleal, aproximou os actos de confusão da indução em erro dos consumidores, consagrando um conceito amplo de engano. Assim, constitui igualmente prática comercial enganosa “qualquer actividade de promoção comercial relativa a um bem ou serviço, incluindo a publicidade comparativa, que crie confusão com quaisquer bens ou serviços, marcas, designações

regime jurídico das Práticas de Publicidade em Saúde, aprovado pelo DL n.º 238/2015, de 14 de Outubro.

3 - No direito comparado, a criminalização da publicidade enganosa encontra-se prevista no art. 282.º do Código Penal espanhol de 1995 e no § 16 (1) na *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb* alemã de 2004.

comerciais e outros sinais distintivos de um concorrente” (alínea a) do n.º 2). Neste contexto, o risco de confusão não incide apenas sobre a identidade do produto ou serviço decorrente do recurso ao mesmo sinal distintivo (confusão directa ou imediata) mas também sobre a origem empresarial (confusão indirecta ou mediata) e a existência de uma relação económica ou jurídica entre os agentes económicos (confusão em sentido amplo).

Para além das alegações publicitárias incompletas, que integram tradicionalmente uma modalidade de indução em erro dos consumidores, o art. 9.º do DL PCD enquadró nas omissões enganosas a apresentação de informação substancial “de modo pouco claro, ininteligível ou tardio”, bem como o incumprimento das menções legalmente obrigatórias (alíneas a) e b) do n.º 1). Neste caso, é a violação do dever de informação que determina a deslealdade da prática comercial, em função das características do meio de comunicação utilizado pelo anunciante (n.º 2).

Por fim, a publicidade enganosa deve ser aferida em função do princípio da integridade ou indivisibilidade da comunicação comercial, que impõe uma análise qualitativa centrada na impressão global criada pela mensagem, sem atender separadamente a cada uma das partes integrantes (Anxo Tato Plaza, 2009:551). Neste sentido, incide sobre o significado mais imediato do anúncio, que decorre de uma visão acrítica sobre o conjunto da mensagem, afastando-se eventuais interpretações subtis do seu conteúdo. Acresce que a especial relevância de alguns elementos – sobretudo, da parte captatória ou chamativa (*Blickfangwerbung*) – constitui ainda uma concretização do princípio da integridade ou indivisibilidade. Aqui se insere a hipótese paradigmática do recurso a letra excessivamente pequena (em suporte de papel e até em ambiente digital) ou imperceptível (na rádio e televisão) para apresentar um elemento esclarecedor da mensagem.⁴

2.2. CLÁUSULA DE RELEVÂNCIA

A partir da transposição da Directiva PCD, a proibição da publicidade enganosa passa a depender da verificação de uma relação de causalidade entre a prática comercial – consubstanciada em “informações falsas”, “indução em erro” ou “omissão de uma informação substancial” – e a susceptibilidade de distorcer de maneira substancial o comportamento económico dos consumidores. Tributária da Defesa da Concorrência, esta cláusula de relevância resulta da preocupação com o desenvolvimento do Mercado Interno.

Segundo a alínea e) do art. 3.º do DL PCD, importa que a prática comercial “prejudique sensivelmente a aptidão do consumidor para tomar uma decisão esclarecida, conduzindo-o, por conseguinte, a tomar uma decisão de transacção que não teria tomado de outro modo”. Desta forma, fica excluída da cláusula de relevância a mera influência da prática comercial sobre o comportamento económico dos consumidores, como se verifica relativamente aos brindes de pequeno valor. Esta distinção entre a mera influência e a distorção substancial do comportamento económico dos consumidores resulta também da jurisprudência consagrada ao nível comunitário desde o paradigmático caso *Nissan* (processo n.º C-373/90, decisão de 16 de Janeiro de 1992), relativo à venda anunciada de veículos importados por um preço mais baixo dado o menor número de acessórios incluídos. Para efeitos da qualificação como publicidade enganosa, o TJUE adoptou então o critério do “número significativo de consumidores”, fazendo depender a ilicitude da existência de uma percentagem relevante de consumidores enganados.

Ora, a distorção substancial verifica-se maioritariamente nas situações em que o consumidor celebra um negócio jurídico de consumo não tendo intenção de o fazer ou em moldes diferentes daqueles que melhor correspondem à satisfação das suas necessidades. No entanto, a cláusula de relevância deve abranger igualmente as práticas comerciais que se limitam a captar a atenção dos consumidores, suscitando um interesse pelo produto ou serviço, sem determinar necessariamente a celebração de um negócio jurídico de consumo. Ou seja, adopta-se um conceito amplo de comportamento económico, que abrange o efeito de atracção (*Anlockeffekt*) exercido sobre os consumidores, independentemente da existência de uma decisão de transacção. Este efeito de atracção resulta, por exemplo, da apresentação enganosa de vantagens económicas, como a alegada gratuitidade do produto ou serviço, proibida pela alínea z) do art. 8.º do DL PCD.

4 - No acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 21 de Abril de 1999, processo n.º 0070333, foi considerada enganosa a publicidade que “enfaticamente salienta em vários folhetos a atribuição de prémios (...) e só depois, em texto compacto e de difícil compreensão, apresenta o extracto do regulamento das campanhas de promoção, sugerindo deste modo ao destinatário, que se fizer uma encomenda ganhará um prémio”.

3. O CONSUMIDOR MÉDIO COMO PARÂMETRO DE AFERIÇÃO

No quadro da dimensão subjectiva do princípio da veracidade, que permite atender à convicção dos consumidores ou às suas fundadas expectativas face à comunicação comercial, e atenta a previsão da cláusula de relevância no regime jurídico das Práticas Comerciais Desleais, constata-se a necessidade de adoptar um parâmetro de aferição. Neste contexto, a Directiva PCD consagrou “o critério do consumidor médio, normalmente informado e razoavelmente atento e advertido, tendo em conta factores de ordem social, cultural e linguística” (Considerando 18).

Este critério abstracto coincide com a predominância de uma publicidade difundida com recurso aos meios de comunicação de massas e dirigida ao público em geral. Mas coincide também com o modelo de comportamento utilizado pelas teorias económicas neoclássicas, que postula a racionalidade estrita e a informação perfeita na tomada de decisões de consumo. Assim, se no posicionamento técnico ou funcional face à concorrência os anunciantes invocam sobretudo as características e os benefícios dos produtos, a informação constitui um instrumento privilegiado de tutela dos consumidores, na medida em que permite assegurar a maior utilidade e o menor custo das transacções.

A propósito do confronto entre o risco de engano e a livre circulação de produtos, o TJUE desenvolveu um critério de mediania susceptível de contribuir para o desenvolvimento do Mercado Interno. Nos casos sucessivamente analisados, estava em causa quase sempre a impressão causada por uma determinada apresentação ou menção na embalagem de um produto. O TJUE começou então por fazer referência ao “consumidor médio normalmente informado” no caso *Mars* (processo n.º C-470/93, decisão de 6 de Julho de 1995) e, depois, “normalmente informado e razoavelmente atento e advertido” no paradigmático caso *Gut Springenheide* (processo n.º C-210/96, decisão de 16 de Julho de 1998), confirmado no caso *Sektellerei Kessler* (processo n.º C-303/97, decisão de 28 de Janeiro de 1999). Em progressivas aproximações ao consumidor real, atendeu também a “factores sociais, culturais e linguísticos” no caso *Estée Lauder* (processo n.º C-220/98, decisão de 13 de Janeiro de 2000) e à especialização do público destinatário no caso *Toshiba* (processo n.º C-112/99, decisão de 25 de Outubro de 2001).

Na medida em que relevam a atitude e os conhecimentos, o conceito de consumidor médio implica a experiência e aptidão necessárias para interpretar correctamente as mensagens transmitidas pelos profissionais, bem como a adopção de um comportamento activo e responsável na procura de informação relativa ao produto (Luis González Vaqué, 2004:47). Atende-se igualmente ao facto de o cuidado e a ponderação variarem em função da natureza e do valor do produto.

Entre nós, a jurisprudência continua a convocar predominantemente o critério do “consumidor eventual ou desprevenido” adoptado pelo Supremo Tribunal de Justiça no acórdão de 27 de Março de 1979.⁵ Também a doutrina maioritária defende o recurso ao “consumidor desatento e desprovido de espírito crítico” (Adelaide Menezes Leitão, 1997:148). Ora, a adopção na Directiva PCD de um parâmetro de aferição excessivamente exigente e sem tradição na generalidade dos ordenamentos jurídicos dos Estados Membros, apenas se justifica no quadro da preocupação com o desenvolvimento do Mercado Interno, contribuindo para inviabilizar a tutela de alguns consumidores e para aumentar as práticas comerciais enganosas toleráveis.

Acresce que ao integrar uma perspectiva alheada da realidade, o critério abstracto constitui uma “ficção utópica”, que não pode fundar uma protecção eficaz (Jorge Pegado Liz, 2005:77 e Stephen Weatherill, 2007:128). O próprio Parlamento Europeu considerou, na *Resolução sobre uma estratégia de reforço dos direitos dos consumidores vulneráveis*, de 22 de Maio de 2012, que “a noção de consumidor médio carece da flexibilidade necessária para se adaptar a casos específicos e, por vezes, não corresponde a situações da vida real”.

Porém, atenta a abordagem segmentada do mercado, a comunicação comercial dirige-se hoje predominantemente “a um determinado grupo de consumidores” e já não ao público em geral, pelo que se verificam os pressupostos do recurso

5 - Apenas pontualmente, os tribunais nacionais têm aludido ao consumidor “de normal diligência e aptidões” (acórdãos do Tribunal da Relação do Porto de 27 de Junho de 2002, processo n.º 0331765 e de 12 de Maio de 2005, processo n.º 0532411), “dotado de média inteligência, diligência e perspicácia” (acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 3 de Maio de 2011, processo n.º 706/07.3TYLSB) ou “medianamente inteligente e atento” (acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 18 de Setembro de 2002, processo n.º 0141458). Nesta tendência de evolução, a jurisprudência portuguesa fez também algumas aproximações ao “consumidor normalmente informado e razoavelmente atento e advertido”, adoptado pelo TJUE (por exemplo, no acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 9 de Fevereiro de 2010, processo n.º 772/06.9TBLRA e nos acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa de 20 de Outubro de 2011, processo n.º 393/07.9TYLSB e de 15 de Dezembro de 2011, processo n.º 1381/08.3TYLSB).

ao “membro médio de um grupo”, enunciado no art. 5.º n.º 2 do DL PCD, que resulta da transposição do art. 5.º n.º 2 alínea b) da Directiva PCD. Ao integrar algumas especificidades do público-alvo ou segmento de mercado visado pelo anunciante, esta relativização do parâmetro de aferição representa um abandono parcial do critério abstracto, convertendo o regime jurídico das Práticas Comerciais Desleais num instrumento de protecção dos consumidores mais ajustado à realidade.

Igualmente relevante é a alusão aos “consumidores particularmente vulneráveis” no art. 6.º alínea a) do DL PCD, que corresponde ao art. 5.º n.º 3 da Directiva PCD. Na medida em que assenta em elementos subjectivos – como a “doença mental ou física, idade ou credulidade” –, esta alternativa ao consumidor médio como parâmetro de aferição aplicável também à publicidade enganosa manifesta-se, designadamente, na tutela dos menores.

4. EXAGERO PUBLICITÁRIO

4.1. CONCEITO E MODALIDADES

Também designado, consoante os casos, *publicidade hiperbólica*, *publicidade superlativa* ou *publicidade de tom excludente*, o exagero publicitário resulta sobretudo de considerações vagas, irreais ou ficcionadas, geralmente associadas a autoelogios genéricos ou afirmações de superioridade, liderança ou exclusividade em relação ao conjunto dos concorrentes. Neste sentido, visa atrair a atenção dos destinatários para um determinado conteúdo promocional, que não é objecto de uma análise racional nem de uma reflexão ulterior, dado que não se destina a ser interpretado literalmente (Carlos Fernández-Novoa, 1975:381).

Apesar de a qualificação como exagero publicitário estar dependente das circunstâncias do caso concreto, a doutrina enuncia como critérios de apreciação do anúncio a sua configuração, estrutura e significado – em especial, o grau de concretização da mensagem e a presença de elementos humorísticos, irónicos ou satíricos, bem como a utilização reiterada das mesmas expressões, designadamente, em forma de verso –, o sector de actividade em causa e, por fim, as características do anunciante e do meio de comunicação (Carlos Lema Devesa, 1978:281). Entre nós, o Júri de Ética do ICAP reconheceu, no caso *Zon TV Cabo Portugal vs. PT Comunicações* (processo n.º 20J/2010, decisão de 1 de Outubro de 2010), que o exagero publicitário traduz frequentemente “o uso do grotesco (ou a colocação a ridículo) como alegoria de eventuais defeitos ou o exagero das dimensões de algo (...), através da técnica satírica da inflação como forma de hipérbole”. E, no caso *Unilever Jerónimo Martins vs. Reckitt Benckiser* (processo n.º 14J/2007, decisão de 13 de Abril de 2007), que “quanto mais grotesco e afastado da realidade é o símbolo utilizado, menos probabilidades existem de que o mesmo se possa reconduzir a uma prática de publicidade enganosa, atenta a perceptibilidade do óbvio exagero”.

Abordada na categoria ampla das afirmações exageradas, a publicidade de tom excludente (*Alleinstellungswerbung*) invoca a superioridade, liderança ou exclusividade do anunciante em relação ao conjunto dos concorrentes e, em certos casos, a equiparação com os profissionais que integram um grupo tendencialmente fechado do respectivo ramo económico. Assim definida, a publicidade de tom excludente coincide com o recurso a expressões através das quais o anunciante se arroga uma posição preeminente no sector de actividade – por exemplo, “o único”, “o melhor”, “o primeiro”, “o mais vendido”, “o mais barato”. Neste caso, traduz ainda uma publicidade comparativa, para os efeitos do art. 16.º do CPub, a mensagem que, em função da estrutura de mercado e da percepção dos destinatários, ao afirmar a superioridade, liderança ou exclusividade do anunciante, “identifica explícita ou implicitamente, um concorrente ou os bens ou serviços oferecidos por um concorrente”.⁶

6 - No sector das telecomunicações, o Júri de Ética do ICAP reconheceu, no caso *Vodafone Portugal vs. Optimus Telecomunicações* (processo n.º 2J/2013, decisão de 2 de Março de 2013), a propósito dos slogans “4G no iPhone 5 só na Optimus” e “a Optimus torna-se no único operador nacional a assegurar aos utilizadores do iPhone 5 uma verdadeira experiência em 4G” que “quando um anunciante faça uma referência implícita genérica a um concorrente, um produto ou bem ou serviço da concorrência, bem como a uma categoria de produtos cuja totalidade de mercado o destinatário consiga identificar na sua mente, por virtude da respectiva exiguidade (...) está-se em presença de publicidade comparativa”.

Foram igualmente qualificados como publicidade comparativa o slogan “porque o segundo tem duas vezes mais reclamações que o líder” no caso *PT Comunicações vs. Zon TV Cabo* (processo n.º 23J/2011, decisão de 18 de Outubro de 2010), os slogans “A fibra do MEO é esta! Esta é a verdadeira!” e “Os portugueses sabem qual é a verdadeira fibra” e “A verdadeira fibra é MEO” no caso *Vodafone Portugal vs. PT Comunicações* (processo n.º 4J/2012, decisão de 29 de Março de 2012), o slogan “a melhor cobertura de rede em Portugal” no caso *PT*

4.2. FUNDAMENTOS DA LICITUDE

A licitude do exagero publicitário funda-se tradicionalmente no *dolus bonus*, previsto no art. 253.º n.º 2 do Código Civil, nos termos do qual “não constituem dolo ilícito as sugestões ou artifícios usuais, considerados legítimos segundo as concepções dominantes no comércio jurídico, nem a dissimulação do erro, quando nenhum dever de elucidar o declarante resulte da lei, de estipulação negocial ou daquelas concepções”.

Daqui decorre que devem admitir-se as considerações vagas, irreais ou ficcionadas mas já não o engano específico dos consumidores. Ou, como reconheceu o Tribunal da Relação de Lisboa no acórdão de 27 de Setembro de 2007, processo n.º 6592/2007-6, não fica abrangida pelo *dolus bonus* a situação em que “o comerciante enaltece ou atribui à sua mercadoria qualidades que sabe não existirem, que sabe que esta não possui”. Uma vez que tende a ser interpretada literalmente, a alusão a factos objectivos e concretos não pode ser qualificada como exagero publicitário, devendo as mensagens considerar-se ainda sindicáveis ao abrigo do princípio da veracidade, genericamente enunciado no art. 10.º do CPub.⁷

Considerando o desajustamento face à actual estrutura de mercado e aos meios de comunicação de massas, onde não se verificam os contactos personalizados entre vendedores e compradores que no contexto da economia artesanal justificaram o surgimento da teoria do *dolus bonus*, alguns autores afastam o recurso ao art. 253.º n.º 2 do Código Civil em matéria de publicidade, alegando a insuficiência do seu enquadramento na formação do contrato e nos vícios da vontade (Adelaide Menezes Leitão, 1997:150, na sequência da posição defendida por Adriano Vanzetti, 1964:607).

Igualmente adequada parece ser a abordagem do exagero publicitário a propósito do art. 245.º do Código Civil, segundo o qual “a declaração não séria, feita na expectativa de que a falta de seriedade não seja desconhecida, carece de qualquer efeito”. De facto, a presença de elementos humorísticos, irónicos ou satíricos demonstra que os anúncios não têm o intuito de enganar os consumidores mas antes a expectativa de que o seu conteúdo não seja objecto de uma interpretação literal (João Calvão da Silva, 1981:196 e Maria Miguel Carvalho, 2007:702).

Mas a licitude do exagero publicitário resulta sobretudo do princípio da adequação social (*soziale Adäquanz*), que permite restringir a aplicabilidade da norma proibitiva em função da lesão do bem jurídico tutelado. Ao remeter para o fundamento material da ilicitude, o princípio da adequação social postula a necessidade de atender à valoração da conduta realizada pela comunidade num determinado contexto histórico. Abordado maioritariamente como causa de exclusão da tipicidade, aplicável a todo o ordenamento jurídico, o princípio da adequação social fica então dependente de uma interpretação teleológica da norma proibitiva.

Ora, ultrapassada a visão corporativa, o problema do exagero publicitário surge actualmente no quadro do princípio da veracidade, que visa a garantia do direito à informação e a protecção dos interesses económicos dos consumidores, nos termos do que resulta genericamente do art. 60.º da CRP. Considerando que as afirmações exageradas funcionam quase sempre apenas como elemento de atracção para um determinado conteúdo promocional, que não é objecto de uma análise racional nem de uma reflexão ulterior, a sua censurabilidade deixa de estar justificada ao abrigo de uma interpretação teleológica do princípio da veracidade, uma vez que não subsiste uma lesão do bem jurídico tutelado pela norma proibitiva. Neste sentido, a licitude do exagero publicitário constitui também uma manifestação do princípio da proporcionalidade, enunciado no art. 18.º n.º 2 da CRP, permitindo restringir a liberdade publicitária dos anunciantes estritamente na medida necessária e adequada à protecção dos consumidores.

Associando o princípio da adequação social à cláusula de relevância, na sequência da transposição da Directiva PCD, o legislador nacional reconheceu no Preâmbulo do DL PCD que o diploma “não visa proibir práticas publicitárias que consistam no uso de afirmações claramente exageradas ou afirmações não destinadas a ser interpretadas literalmente”. O

Comunicações vs. Optimus Telecomunicações (processo n.º 6J/2012, decisão de 7 de Maio de 2012), o slogan “Meo Líder 3P, Televisão Internet Telefone” no caso *Zon TVCabo Portugal vs. PT Comunicações* (processo n.º 12J/2012, decisão de 5 de Julho de 2012), os slogans “A Banda Larga TMN continua a liderar, chega a todo o lado” e “Banda Larga TMN sempre ligada com a maior cobertura nacional 3G e 4G” no caso *Vodafone vs. TMN* (processo n.º 14J/2012, 17 de Outubro de 2012) e os slogans “4G, a Internet móvel mais rápida de sempre” e “maior cobertura nacional 4G” no caso *PT Comunicações vs. Optimus Telecomunicações* (processo n.º 16J/2012, decisão de 5 de Novembro de 2012).

7 - Por este motivo, não é aplicável ao exagero publicitário o n.º 5 do art. 7.º da Lei n.º 24/96, de 31 de Julho, nos termos do qual “as informações concretas e objectivas contidas nas mensagens publicitárias de determinado bem, serviço ou direito consideram-se integradas no conteúdo dos contratos que se venham a celebrar após a sua emissão”.

regime jurídico das Práticas Comerciais Desleais funda a admissibilidade do exagero publicitário na insusceptibilidade de distorcer de maneira substancial o comportamento económico dos consumidores, para os efeitos da alínea e) do n.º 3 do DL PCD.

Também em sede de auto-regulação, o Júri de Ética do ICAP reconheceu, designadamente, no caso *Danone Portugal vs. SCC-Soc. Central de Cervejas e Bebidas* (processo n.º 3J/2008, decisão de 27 de Junho de 2008), a licitude do exagero publicitário “contido dentro dos limites éticos”, desde que a mensagem seja insusceptível de induzir o público em erro. E, no caso *Arbora & Ausónia vs. Johnson & Johnson* (processo n.º 21J/2003, decisão de 3 de Novembro de 2003), a admissibilidade de “uma afirmação que pode ser caracterizada como exagero próprio da publicidade e, como tal, inócua”.

Por fim, importa referir que o exagero publicitário é igualmente aferido segundo o critério abstracto do consumidor médio, que deve ter a capacidade crítica suficiente para reconhecer a comunicação comercial sem fundamento objectivo, mesmo quando a sua dimensão hiperbólica ou superlativa tenha relevado apenas como elemento de atracção para um determinado conteúdo promocional, sem influenciar qualquer decisão de transacção. No entanto, alguns estudos demonstram que os consumidores têm frequentemente dificuldade em identificar as afirmações exageradas, atribuindo-lhes um grau de credibilidade semelhante ao das expressões concretas e comprováveis (George Belch e Michael Belch, 2014:738).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No mercado fortemente concorrencial do início do século XXI, dominado pela semelhança da qualidade e do preço das várias ofertas disponíveis e pela prevalência dos benefícios emocionais e simbólicos na generalidade dos anúncios, diminui o âmbito de aplicação do princípio da veracidade em sentido estrito, delimitado sobretudo em função da dimensão técnica ou funcional dos argumentos invocados pelos profissionais. Assim se justifica actualmente a escassa relevância prática da disciplina da publicidade enganosa, que traduz uma das principais preocupações da abordagem jurídica da comunicação comercial nas relações com consumidores.

Enquadrada no princípio da veracidade e na proibição de actos enganosos, a licitude do exagero publicitário assenta na cláusula de relevância prevista no regime jurídico das Práticas Comerciais Desleais, dado que a mensagem não se destina a ser interpretada literalmente e, por isso, não é susceptível de distorcer de maneira substancial o comportamento económico dos consumidores. Ou seja, face a considerações vagas, irreais ou ficcionadas, não subsiste – em conformidade com o princípio da adequação social – uma lesão do bem jurídico tutelado pela norma proibitiva. Ora, as afirmações exageradas funcionam quase sempre apenas como elemento de atracção para um determinado conteúdo promocional, que não é objecto de uma análise racional nem de uma reflexão ulterior. Ao adoptar um conceito amplo de comportamento económico, a própria cláusula de relevância abrange as práticas comerciais que se limitam a captar a atenção dos consumidores, suscitando um interesse pelo produto ou serviço, como se verifica especialmente quando a mensagem invoca a superioridade, liderança ou exclusividade do anunciante em relação ao conjunto dos concorrentes. Neste contexto, face à ausência do grau de cuidado e ponderação que tende a caracterizar a decisão de transacção, o recurso ao critério de mediania desenvolvido pelo TJUE contribui também para o progressivo alargamento do âmbito de aplicação do exagero publicitário, cuja licitude pode passar a constituir um eficaz argumento de defesa dos anunciantes, desprotegendo-se a final os consumidores.

BIBLIOGRAFIA

- ALMEIDA, José Carlos Moitinho de (1974), *Publicidade enganosa*, Lisboa: Arcádia.
- BELCH, George; Belch, Michael (2014), *Advertising and Promotion: an Integrated Marketing Communications Perspective*, 10.^a edição, Nova Iorque: McGraw-Hill.
- CARVALHO, Maria Miguel (2007), “O conceito de publicidade enganosa”, AA.VV., *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais*, volume III, Coimbra: Coimbra Editora, pág. 675 a 706.
- FERNÁNDEZ-NOVOA, Carlos (1975), “La sujeción de las expresiones publicitarias al principio de veracidad”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, n.º 2, pág. 369 a 391.
- GONZÁLEZ VAQUÉ, Luis (2004), “La noción de consumidor medio según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 17, ano 8, pág. 47 a 81.
- LEITÃO, Adelaide Menezes (1997), “A concorrência desleal e o direito da publicidade – um estudo sobre o ilícito publicitário”, AA.VV., *Concorrência desleal*, Coimbra: Almedina, pág. 137 a 163.
- LEMA DEVESA, Carlos (1978), “La exageración publicitaria en el derecho español”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, n.º 5, pág. 263 a 289.
- LIZ, Jorge Pegado (2005), “A “lealdade” no comércio ou as desventuras de uma iniciativa comunitária (análise crítica da Directiva 2005/29/CE)”, *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n.º 44, pág. 17 a 93.
- MICKLITZ, Hans-Wolfgang (2006), “Irreführende Werbung”, AA.VV., *Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht*, volume I, Munique: Verlag C. H. Beck, pág. 778 a 886.
- PINTO, Paulo Mota (1999), *Direito da Publicidade*, edição policopiada, Instituto Jurídico da Comunicação, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.
- ROSSELLO, Carlo (1995), “Pubblicità ingannevole”, *Contratto e Impresa*, pág. 137 a 187.
- SILVA, João Calvão da (1981), “La publicité et le consommateur – rapport portugais”, AA.VV., *La publicité-propagande (Journées Portugaises de Lisbonne) – Travaux de l'Association Henri Capitant*, tomo XXXII, Paris: Economica, pág. 191 a 219.
- TATO PLAZA, Anxo (2009), “Prácticas comerciales engañosas con los consumidores”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, n.º 29, pág. 529 a 572.
- VANZETTI, Adriano (1964), “La repressione della pubblicità mensognera”, *Rivista di Diritto Civile*, ano X, parte I, pág. 584 a 615.
- WEATHERILL, Stephen (2007), “Who is the Average Consumer?”, AA.VV., *The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/29. New Rules and New Techniques*, Portland: Hart Publishing, pág. 115 a 138.

AS SUBSTÂNCIAS PSICOATIVAS EM AMBIENTE LABORAL: ENQUADRAMENTO LEGAL

Ana Paula Cabral
Docente do ISCET/

Diretora do Departamento de Apoio ao Utente da Entidade Reguladora da Saúde

RESUMO

As substâncias psicoativas em ambiente laboral: enquadramento legal constitui uma reflexão sobre a matéria subjacente a este tema.

Aferiu-se do grau de preocupação que assistiu ao legislador, no que toca à relação entre quem consome e/ou é dependente de substâncias psicoativas e o respetivo meio laboral. Constatou-se, da parte do legislador, o cuidado com estes sujeitos titulares de uma relação jurídica de trabalho, mas também com os outros titulares da mesma relação jurídica, além de terceiros envolvidos.

Para suporte desta reflexão, foram identificados os principais diplomas legais que, de forma direta ou indireta, respeitam a esta matéria.

A apreciação não se restringiu apenas a normas jurídicas de direito interno mas abrangeu igualmente normas de fonte não nacional.

Palavras-chave

Substâncias psicoativas, ambiente laboral, direitos, trabalhadores, Comissão Nacional de Proteção de Dados.

ABSTRACT

Psychoactive substances in working environment: the legal framing consists on a reflection on the matters underlying the theme.

The level of concern of the legislator regarding the relationship between the consumer of/dependent on psychoactive substances and the working environment was verified. On the legislators' part, it was possible to confirm existing caution regarding the holders of the legal employment relationship, but also with other subjects on the same legal relationship, as well as third parts concerned.

In order to support this reflection, main legal diplomas direct or indirectly relating to this matter were acknowledged. The appraisal was not limited to national Portuguese legislation, but also included international norms.

Keywords

Psychoactive substances, working environment, rights, workers, Portuguese Data Protection Authority.

INTRODUÇÃO

A presente reflexão de carácter jurídico incide sobre a ligação e efeitos do consumo e/ou dependência de substâncias psicoativas nos trabalhadores, em meio laboral. Concretamente foca-se no vínculo entre este tipo de substâncias e a atividade desenvolvida pelos sujeitos em apreço em contexto de trabalho, independentemente da natureza jurídica da relação com a entidade contratante se reconduzir a um contrato de trabalho (sem termo, com termo certo ou incerto), ou mesmo um contrato de prestação de serviços.

Chama-se a atenção para os direitos e deveres do trabalhador, da entidade empregadora e mesmo dos outros trabalhadores não dependentes ou consumidores.

OBJETIVOS

Pretende-se com esta reflexão identificar os principais diplomas legais e outros instrumentos de regulação jurídica da temática supra identificada, proceder à sua análise e concluir a partir do seu conteúdo.

Metodologia

Começando por identificar os principais diplomas legais que versam sobre a relação entre trabalhadores e substâncias psicoativas, seguiu-se a respetiva análise, que permitiu retirar algumas conclusões.

CONCLUSÃO

O legislador revela uma manifesta preocupação com os direitos dos sujeitos consumidores e/ou dependentes de substâncias psicoativas em meio laboral, destacando-se a proibição da sua discriminação e defendendo-se uma intervenção de natureza mais preventiva do que repressiva. Não obstante, não descarta o legislador os direitos e obrigações dos outros intervenientes em contexto de trabalho.

INTRODUÇÃO

Concetualizando, apresentaremos um conjunto de ideias-chave começando com a aceção que serve de base à nossa reflexão: a saúde.

Tomando como ponto de partida o conceito de saúde para a Organização Mundial de Saúde – OMS (1984) ou seja, a saúde como “um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não apenas a ausência de doença ou enfermidade”; podemos, funcionalmente, considerá-la como um recurso que permite às pessoas levar uma vida autónoma, social e economicamente ativa e produtiva.

Mas a atenção com a saúde implica uma preocupação em matéria de saúde ocupacional.

Ora, conforme se dispõe no Plano Nacional de Saúde actualmente vigente (2012-2016), a *Saúde Ocupacional centra-se principalmente em três objetivos:*

- *A prevenção dos riscos profissionais;*
- *A promoção da saúde e a manutenção da capacidade de trabalho dos trabalhadores;*
- *A melhoria do conteúdo, da organização e das demais condições de trabalho de modo a favorecerem a saúde e a segurança dos trabalhadores e o desenvolvimento de sistemas técnicos e organizacionais de trabalho que, além de favorecerem da saúde e da segurança dos trabalhadores, promovam um bom clima social de trabalho a par da melhoria da produtividade, qualidade e competitividade da empresa.*

Na 12ª Sessão do Comité Misto da Organização Mundial de Saúde / Organização Internacional do Trabalho (OIT) (1994) o conceito de saúde ocupacional foi revisto dando ênfase à manutenção de um ambiente de trabalho são e seguro, aos aspetos não só da proteção da saúde mas também a ações tendentes a manter a capacidade de trabalho e à necessidade da participação dos trabalhadores na gestão desses objetivos.

A nível europeu o objetivo da saúde ocupacional, atualmente com a denominação Saúde e Segurança do Trabalho – “Occupational Safety and Health” reconduz-se à imposição de que cada trabalhador deve beneficiar, no seu ambiente de trabalho, de condições de saúde e segurança satisfatórias.

Por outro lado, enquanto as substâncias psicoativas *in genere* são aquelas que, quando ingeridas, bebidas, injetadas, fumadas, inaladas, afetam o sistema nervoso central, as substâncias psicoativas de consumo recreativo, conforme se dispõe no léxico da OMS, são as que não são administradas como terapêutica, sendo-lhes imputada uma função recreativa.

A preocupação com problemas relativos à dependência de substâncias psicoativas revela o cuidado com a então saúde ocupacional. Dito de outro modo, reconduz-se à apreensão com a manutenção, proteção e promoção da saúde dos trabalhadores no seu local de trabalho.

O próprio Plano Nacional de Saúde para 2012-2016, quando se refere às razões principais para implementar um programa de prevenção de consumos de risco elenca, entre outras, a promoção da segurança e saúde no trabalho referindo a adoção de programas de prevenção dos problemas associados ao consumo de substâncias psicoativas como um benefício para as organizações.

Por fim, focaremos o mais relevante, o agente principal desta interação ou seja, o trabalhador. Porém, a aceção de trabalhador não o é em sentido estrito, não corresponde apenas ao conceito técnico-jurídico como o sujeito da relação jurídica laboral, prevista no Código do Trabalho, mas ao sujeito que desenvolve uma atividade laboral, seja titular de um contrato de trabalho (sem termo, com termo, certo ou incerto) ou mesmo o sujeito que é parte num contrato de prestação de serviços.

O facto é que a existência e consequências da presença e uso de substâncias psicoativas em meio laboral tem vindo a ser objeto de regulação pelo direito português, bem como por normas de cariz comunitário e mesmo internacional.

DESENVOLVIMENTO

Constata-se a vigência de uma pluralidade de normas, de diferente natureza e complexidade, tornando a definição do enquadramento legal nesta matéria relativamente complicada. Consequentemente, algumas soluções a encontrar na prática casuística, sempre que algum problema surge, não se configuram de fácil solução, levando a que não raramente as estruturas laborais onde surgem optem por intervenções que se traduzem na aplicação de medidas de natureza disciplinar e não de cariz preventivo e de promoção da saúde, como seria expetável e mais eficiente.

Ao nível nacional, começamos por mencionar a previsão genérica da tutela dos direitos fundamentais resultante da consagração na Constituição da República Portuguesa (CRP) dos direitos, liberdades e garantias pessoais, como é o caso do direito à integridade pessoal e reserva da intimidade da vida privada. Estes direitos podem ser potencialmente violados, por exemplo quando uma entidade empregadora pretende realizar os testes médicos previstos no Código do Trabalho¹ (CT), o que pressupõe a verificação de um conjunto de requisitos e mesmo a elaboração de um regulamento, de que tem que ser notificada a Comissão Nacional de Proteção de Dados (CNPd).

Também o princípio da segurança no emprego ou o direito à proteção da saúde fazem parte do enquadramento jurídico relativo à proteção do trabalhador. Enfim, todos estes direitos conjugados com os princípios da não discriminação e o princípio da igualdade de tratamento integram o enquadramento legal da matéria *sub judicio*.

Descendo na pirâmide normativa, é digna de destaque a referência que é feita a esta matéria no CT.

Desde logo quando o legislador, no artigo 19º deste diploma dispõe, a propósito de testes de exames médicos, que o empregador não pode, para além das situações previstas em legislação relativa a segurança e saúde no trabalho, (...) para efeitos de admissão ou permanência no emprego, exigir a candidato a emprego ou a trabalhador a realização ou apresentação de testes ou exames médicos, de qualquer natureza, para comprovação das condições físicas ou psíquicas, salvo quando estes tenham por finalidade a proteção e segurança do trabalhador ou de terceiros, ou quando particulares exigências inerentes à atividade o justifiquem, devendo em qualquer caso ser fornecida por escrito ao candidato a emprego ou trabalhador a respetiva fundamentação. Também aí se dispõe que tem esse empregador o direito a receber a informação, da parte do médico responsável pelos testes e exames médicos, de que está ou não apto para exercer a atividade.

Pode-se facilmente constatar uma existente preocupação do legislador em acautelar situações onde sujeitos com dependências possam vir a ser lesados em ambiente laboral, por força do conhecimento da existência dessas mesmas dependências.

Tentou igualmente precaver os direitos desses trabalhadores, nomeadamente evitando a sua discriminação relativamente a colegas. Porém, não pode deixar de conciliar os direitos de uns e outros trabalhadores e mesmo os direitos dos primeiros com os das próprias entidades empregadoras.

Desde logo, sobre o trabalhador e sobre a entidade empregadora recai o dever de atuação de boa-fé (art. 126º do CT).

Tal como os trabalhadores têm direitos, de que se pode destacar por exemplo o de ser tratado pela entidade empregadora com cortesia e igualdade perante outros trabalhadores, também têm deveres, correspondentes a outros direitos daquela entidade, como sejam o cumprimento das suas funções com diligência e zelo (art. 128º do CT), podendo a sua violação dar origem a um procedimento disciplinar.

Aliás, a violação desses deveres pelo trabalhador pode despoletar uma infração disciplinar, com as consequências daí advenientes, culminando num processo disciplinar cuja sanção mais gravosa pode ser o despedimento.

1 - Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de Fevereiro, na sua 12ª versão (Lei n.º 120/2015, de 01/09).

Paralelamente, a mesma preocupação norteou o legislador, relativamente ao trabalhador em funções públicas, tendo no diploma correspondente a este tipo de trabalhadores (Lei nº 35/2014, de 20/6 – Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas), dado voz a essa matéria.

São igualmente de referir alguns instrumentos normativos nacionais como é o caso da Resolução de Conselho de Ministros 59/2008, de 12/3, que aprova a Estratégia Nacional para a Segurança e Saúde no Trabalho. Entre os seus objetivos operativos, estabelece a medida 1.7 do objetivo nº 1, no âmbito do desenvolvimento de políticas públicas coerentes e eficazes, a de “desenvolver, em articulação com o Plano Nacional contra a Droga e as Toxicodependências, programas de prevenção em meio laboral para combater o alcoolismo e outras toxicodependências”.

Informações técnicas da Direção Geral de Saúde (DGS) onde se aborda nomeadamente a temática da intervenção dos serviços de saúde do trabalho no âmbito da prevenção do consumo de substâncias psicoativas em meio laboral, não deixam de revelar normas nesta matéria.

Para além do ordenamento jurídico interno, é igualmente de notar o enquadramento normativo transnacional, como é o caso de algumas normas e referências da OMS, onde se define e classifica substâncias psicoativas e dependências em geral, ou mesmo da OIT, como é o caso da Convenção 155 da OIT. Justifica-se esta preocupação dado que os trabalhadores que consomem substâncias desta natureza têm maior probabilidade de sofrer e/ou causar acidentes de trabalho do que os outros trabalhadores, cometerem mais riscos, ausentar-se mais frequentemente do trabalho, terem uma taxa de absentismo e falta de pontualidade mais alta, assumirem mais comportamentos de risco para a segurança, maior envolvimento em conflitos, etc..

Finalmente, mas não menos relevantes, são todos os elementos normativos cuja fonte é a União Europeia, sejam de direito comunitário originário, sejam de direito comunitário derivado, onde se inserem alguns regulamentos comunitários e directivas, já transpostas para o ordenamento jurídico português.

O Regime Jurídico da Promoção da Segurança e Saúde no Trabalho está consagrado na Lei nº 102/2009, de 10/9. Neste diploma, estabelece o legislador o regime jurídico aplicável designadamente à promoção da segurança e saúde no trabalho, incluindo-se aqui a prevenção, conforme previsto no CT.

A prevenção aqui referida deve resultar de uma constante e adequada avaliação de riscos e ser levada a cabo de acordo com princípios, políticas, normas e programas que pretendam a implementação da estratégia nacional para a segurança e saúde do trabalho, a promoção e a vigilância da saúde do trabalhador e o incremento da investigação técnica e científica aplicadas no domínio da segurança e da saúde no trabalho, em particular no que se refere à emergência de novos fatores de risco; a educação, formação, informação para a promoção da melhoria da segurança e saúde no trabalho; a sensibilização da sociedade, de modo a criar uma cultura de prevenção (art. 5º₂).

O Estado deve promover o desenvolvimento de uma rede nacional para a prevenção de riscos profissionais e/ou celebrar acordos com entidades privadas ou cooperativas com capacidade técnica para intervir no domínio da segurança e saúde no trabalho (art. 6º₃).

Recai sobre a entidade empregadora a obrigação de “assegurar ao trabalhador condições de segurança e de saúde em todos os aspetos do seu trabalho”, devendo zelar, de forma continuada e permanente, pelo exercício da atividade em condições de segurança e de saúde para o trabalhador, atendendo aos princípios gerais de prevenção (art. 15º).

Algumas das circunstâncias em que é prestado o trabalho podem determinar a incursão pelas dependências, que constituem um risco potenciador de doença relacionada com o trabalho, que pode e deve ser evitado.

A saúde dos trabalhadores, em função dos riscos a que estão potencialmente expostos no local de trabalho constitui obrigação da entidade empregadora (art. 15º, nº 8₄), não pondo porém em causa a proteção dos seus dados pessoais, conforme regime consagrado na Lei nº 67/98, de 26 outubro.

Também o trabalhador tem a obrigação de cumprir as prescrições de saúde e segurança no trabalho e zelar pela sua saúde (art. 17º, alíneas a) e b)₅).

2 - Lei nº 102/2009, de 10/9.

3 - Lei nº 102/2009, de 10/9.

4 - Lei nº 102/2009, de 10/9.

5 - Lei nº 102/2009, de 10/9.

A legislação relativa à proteção dos dados pessoais é também de atender como enquadramento normativo nesta matéria. A Comissão Nacional de Proteção de Dados (CNPd), entidade administrativa independente dotada de poderes de autoridade e funcionando junto da Assembleia da República, é a autoridade nacional de controlo de dados pessoais. Tem como atribuição genérica controlar e fiscalizar o processamento de dados pessoais, respeitando escrupulosamente os direitos do homem e as liberdades e garantias plasmadas na CRP e na lei ordinária. A CNPD coopera com as autoridades de controlo de proteção de dados de outros Estados, nomeadamente na defesa e no exercício dos direitos de pessoas residentes no estrangeiro.

A Lei nº 43/2004 de 18 de agosto regula a organização e o funcionamento deste organismo bem como o estatuto pessoal dos seus membros, cometendo-lhe, como atribuições:

- *Controlar e fiscalizar o cumprimento das disposições legais e regulamentares em matéria de proteção de dados pessoais;*
- *Emitir parecer prévio sobre quaisquer disposições legais, bem como sobre instrumentos jurídicos comunitários ou internacionais relativos ao tratamento de dados pessoais;*
- *Exercer poderes de investigação e inquérito, podendo para tal aceder aos dados objeto de tratamento;*
- *Exercer poderes de autoridade, designadamente o de ordenar o bloqueio, apagamento ou destruição dos dados, assim como o de proibir temporária ou definitivamente o tratamento de dados pessoais;*
- *Advertir ou censurar publicamente o responsável do tratamento dos dados, pelo não cumprimento das disposições legais nesta matéria;*
- *Intervir em processos judiciais no caso de violação da lei de proteção de dados;*
- *Denunciar ao Ministério Público as infrações penais nesta matéria, bem como praticar os atos cautelares necessários e urgentes para assegurar os meios de provas;*

Após a apresentação deste importante organismo de controlo independente há que notar que se tem vindo a pronunciar, através de deliberações, desenvolvendo um relevante papel neste campo cuja análise procedemos.

A CNPD, na sua Deliberação nº 41/2006, de 13 de março, consagrou os princípios e condições aplicáveis ao tratamento de dados aquando da gestão de informação dos Serviços de Segurança e Saúde no Trabalho. Como esta deliberação se fundamentava no Código do Trabalho de 2003, deliberou a CNPD, emitindo a Deliberação nº 840/2010, que revogava a anterior e procedia à atualização da fundamentação daquele primeiro instrumento deliberativo. Deste modo a CNPD deliberou estabelecer as condições gerais para o tratamento de dados pessoais com a finalidade de Gestão da Informação dos Serviços de Segurança e Saúde no Trabalho.

Considera-se nesta última deliberação que (...) “os dados relativos a hábitos pessoais não podem ser objeto de tratamento”, embora possa ser tido necessário o registo de informações desta natureza, como é o caso do consumo de tabaco, café, drogas, alcoolemia, na medida em que estes dados se possam relacionar com certas sintomatologias/patologias e com outros dados de saúde”.

Igualmente é posição da CNPD que (...) “o registo generalizado e detalhado do consumo de álcool (...) ou (...) estupefacientes”, em moldes de “(...) permitir a elaboração de perfis de consumo, pode constituir uma devassa injustificada nos hábitos do trabalhador, (...) potencialmente discriminatória.”

É que, estão em causa informações médicas para efeitos do diploma legal que regula o acesso à informação clínica. Mais do que isso, a entidade empregadora apenas deve ter acesso à informação de saúde dos seus trabalhadores necessária à tomada das suas decisões em matéria de emprego, através das respetivas fichas de aptidão. O acesso a estas informações deve ser restrito ao médico de trabalho ou outros profissionais de saúde, sob a direção e orientação deste, mas também obrigados a sigilo profissional.

São vários os exemplos de entidades empregadoras que notificam a CNPD do tratamento que visa a prevenção e controlo do álcool, no âmbito da sua organização, com vista à emissão de regulamentos.

A CNPD tem-se pronunciado, como fez através da Autorização nº 2967/08, reforçando a sua posição vertida nas deliberações supra referidas.

CONCLUSÃO

O enquadramento legal relativo ao consumo e dependência de substâncias psicoativas em meio laboral e inerentes consequências jurídicas é complexo. Esta dificuldade decorre sobretudo da sua dispersão por vários diplomas de diferente natureza e abrangência.

De todo o modo, em jeito de conclusão pode afirmar-se como linha condutora existente entre as normas objeto de análise a preocupação do legislador em afirmar os direitos dos sujeitos consumidores e/ou dependentes de substâncias psicoativas em meio laboral, como sejam a sua defesa contra alguma eventual discriminação perante outros cidadãos, não descurando das respetivas obrigações e dos direitos dos outros intervenientes neste meio.

De destacar a preocupação com comportamento preventivos, em desfavor de repressivos, porque comprovadamente mais eficazes e eficientes, embora a *praxis* revele, malogradamente, uma opção pelos aplicadores das normas analisadas, com pendor predominantemente repressivo.

BIBLIOGRAFIA

AMADO, João Leal, (2015) Contrato Trabalho - Noções Básicas, Coimbra Editora.

AMADO, João Leal (2014), Contrato de Trabalho, 4ª edição, Coimbra, Coimbra Editora e Wolters Kluwer.

ANDRADE, José Carlos Vieira de (2014), Lições de Direito Administrativo, Imprensa da Universidade de Coimbra.

ANDRADE, José Carlos Vieira de (2014), A Justiça Administrativa, Almedina.

ANDRADE, José Carlos Vieira de (2012), Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, Almedina.

BOTELHO, Catarina Santos (2015), Os Direitos Sociais em Tempos de Crise - Ou revisitar as normas programáticas, Teses de Doutoramento, Almedina.

FALCÃO, David; TOMÁS, Sérgio Tenreiro (2015), Lições de Direito do Trabalho, 3.ª Edição, Almedina.

FERNANDES, António Monteiro (2014), Direito do Trabalho, 17.ª Edição, Almedina.

Ministério da Saúde, Plano Nacional de Saúde 2012-2016.

NETO, Abílio (2015), Novo Código do Trabalho e Legislação Complementar – Anotados, Reimpressão da 4.ª Edição de 2013, Ediforum.

NOVAIS, Jorge Reis (2015), A dignidade da pessoa humana Vol. I , Fora de Coleção, Almedina.

NUNES, Cláudia Sofia Henriques (2014), O Contrato de Trabalho em Funções Públicas - Face à Lei Geral do Trabalho, Coimbra Editora.

QUINTAS, Paula e QUINTAS, Helder (2014), Manual de Direito do Trabalho e de Processo de Trabalho, Almedina.

REBELO, Glória (2015), Trabalho e Segurança Social - Uma perspetiva socioeconómica e jurídica, Edições Sílabo.

SICAD - Serviço de Intervenção nos Comportamentos Aditivos e nas Dependências, Segurança e Saúde do Trabalho e Prevenção do Consumo de Substâncias Psicoativas: Linhas Orientadoras para Intervenção em Meio Laboral, (2014), Lisboa, Edição SICAD.

VAZ, Manuel Afonso (2015), Teoria da Constituição - O que é a Constituição, hoje? Coimbra Editora.

O PROBLEMA DA NÃO EXEQUIBILIDADE DOS DOCUMENTOS PARTICULARES NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Daniela Soares

Licenciada em Solicitoria pelo ISCET

Ana Clara Azevedo de Amorim

Doutora em Direito e Docente do ISCET

RESUMO

O Código de Processo Civil aprovado pela Lei n.º 41/2013, de 26 de Junho excluiu os documentos particulares do elenco de títulos executivos. Esta alteração legislativa suscitou na doutrina e na jurisprudência uma discussão relativa à garantia das expectativas legítimas das partes face aos documentos particulares emitidos antes da sua entrada em vigor. Seguindo a posição maioritária, o Tribunal Constitucional veio, no acórdão n.º 408/2015, de 23 de Setembro, declarar inconstitucional o afastamento da exequibilidade dos documentos particulares emitidos ao abrigo do anterior Código de Processo Civil, com fundamento no princípio da protecção da confiança.

Palavras-chave

Documentos particulares, títulos executivos, inconstitucionalidade, retroactividade.

ABSTRACT

The Civil Procedure Code approved by the Law 41/2013, of June 26th excluded the particular documents from the list of enforceable titles. This legislative change generated a discussion on the doctrine and jurisprudence concerning the guarantee of the parties legitimate expectations on private documents issued before its entry into force. Following the majority position, the Constitutional Court ruling 408/2015, of September 23th, declared unconstitutional the refusal of feasibility of private documents issued under the previous Civil Procedure Code, based on the trust protection principle.

Keywords

Private documents, enforceable titles, unconstitutionality, retroactivity.

1. INTRODUÇÃO

Contrariando a tendência anteriormente seguida no ordenamento jurídico português, o novo Código de Processo Civil excluiu do elenco de títulos executivos os documentos particulares, atento o “aumento do risco de execuções injustas” (Preâmbulo da Lei n.º 41/2013, de 26 de Junho).

Esta alteração legislativa suscitou na doutrina e na jurisprudência uma discussão face aos documentos particulares emitidos antes da sua entrada em vigor, cuja exequibilidade foi ponderada em função da regra geral da irretroactividade das normas e da consequente violação do princípio da protecção da confiança, decorrente do Estado de Direito Democrático, consagrado no art. 2.º da Constituição da República Portuguesa (CRP).

Propomo-nos analisar a doutrina e a jurisprudência mais relevantes nesta matéria, com especial enfoque no Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 408/2015, de 23 de Setembro, que viria a esclarecer a controvérsia.

2. NOÇÃO DE TÍTULO EXECUTIVO

O art. 10.º do CPC refere que são “acções executivas aquelas em que o credor requer as providências adequadas à realização coactiva de uma obrigação que lhe é devida” (n.º 4). O título executivo permite determinar “o fim e os limites da acção executiva” (n.º 5). Ora, o fim da execução “pode consistir no pagamento de quantia certa, na entrega de coisa certa ou na prestação de um facto, quer positivo quer negativo” (n.º 6).

A generalidade dos autores reconhece que o título executivo integra uma condição necessária e suficiente da acção executiva – *nulla executio sine titulo* – que, atento o seu grau de certeza, permite dispensar a indagação da existência do direito. Assim, segundo José Lebre de Freitas (2014:43), “o accertamento é o ponto de partida da acção executiva, pois a realização coactiva da prestação pressupõe a anterior definição dos elementos (subjectivos e objectivos) da relação jurídica de que ela é objecto”. Nos termos do art. 726.º n.º 2 alínea a) do CPC, o requerimento executivo é liminarmente indeferido quando “seja manifesta a falta ou insuficiência do título”.

Entendido o título executivo como materialização de um direito, José Lebre de Freitas (2014:83) refere ainda que “o título executivo extrajudicial constitui documento probatório da declaração de vontade constitutiva duma obrigação ou duma declaração directa ou indirectamente probatória do facto constitutivo duma obrigação e é este seu valor probatório que leva a atribui-lhe exequibilidade”.

3. ESPÉCIES DE TÍTULOS EXECUTIVOS

3.1. NO ANTERIOR CPC

Aprovado pelo DL n.º 44 129, de 28 de Dezembro de 1961, o anterior CPC começou por enunciar taxativamente no art. 46.º as seguintes espécies de títulos executivos: “a) As sentenças condenatórias; b) Os documentos autênticos extra-oficiais; c) As letras, livranças, cheques, extractos de factura, vales, facturas conferidas e quaisquer outros escritos particulares, assinados pelo devedor, dos quais conste a obrigação de pagamento de quantias determinadas ou de entrega de coisas fungíveis; d) Os títulos a que, por disposição especial, seja atribuída força executiva.”

Após a alteração legislativa introduzida pelo DL n.º 329-A/95, de 12 de Dezembro, passaram a constituir títulos executivos, nos termos do art. 46.º alínea c) do CPC, “os documentos particulares, assinados pelo devedor, que importem constituição ou reconhecimento de obrigações pecuniárias, cujo montante seja determinado ou determinável por simples cálculo aritmético de acordo com as cláusulas dele constantes, ou de obrigação de entrega de coisa ou de prestação de facto”. Ficavam abrangidos pelo preceito a promessa de cumprimento ou o reconhecimento de dívida, para os efeitos do art. 458.º do Código Civil – por exemplo, os contratos, os acordos de confissão de dívida ou de pagamento, as facturas ou os extractos de conta assinados pelo devedor.

Segundo Lurdes Mesquita e Francisco Costeira da Rocha (2014:33), “o ordenamento jurídico português era o mais generoso quanto à exequibilidade de documentos extrajudiciais. São conhecidas as razões de tal generosidade: pretendia-se um regime que permitisse maior celeridade e eficácia no cumprimento coercivo dos direitos de crédito (...) Mas, se, por um lado, o amplo leque de títulos executivos admitidos no nosso ordenamento jurídico permitiu diminuir o número de acções declarativas, por outro lado, conduziu a um aumento significativo de embargos de executado/oposição à execução, pois a reacção processual do demandado, que não pode ocorrer (a montante) na acção declarativa, surge agora no âmbito da acção executiva.”

Desta forma, a alteração legislativa acabaria por constituir um obstáculo à eficácia da acção executiva, bem como à sua segurança jurídica. E, como viria a reconhecer o legislador no novo CPC, corresponde ao “aumento do risco de execuções injustas, risco esse potenciado pela circunstância de as últimas alterações legislativas terem permitido cada vez mais hipóteses de a execução se iniciar pela penhora de bens do executado (...) Afigura-se incontroverso o nexo entre o progressivo aumento do elenco de títulos executivos e o aumento exponencial de execuções, a grande maioria

das quais não antecedida de qualquer controlo sobre o crédito invocado, nem antecedida de contraditório” (Preâmbulo da Lei n.º 41/2013, de 26 de Junho).

3.2. No novo CPC

O art. 703.º n.º 1 do novo CPC elenca as espécies de títulos executivos que podem servir de base à execução, abrangendo: “a) As sentenças condenatórias; b) Os documentos exarados ou autenticados, por notário ou por outras entidades ou profissionais com competência para tal, que importem constituição ou reconhecimento de qualquer obrigação; c) Os títulos de crédito, ainda que mero quirógrafos, desde que, neste caso, os factos constitutivos da relação subjacente constem do próprio documento ou sejam alegados no requerimento executivo; d) Os documentos a que, por disposição especial, seja atribuída força executiva.”

Daqui decorre que com entrada em vigor do novo CPC, a exequibilidade de um documento particular fora dos casos especialmente previstos depende da sua autenticação, para os efeitos do art. 363.º n.º 3 do Código Civil, que assegura a compreensão do conteúdo do documento constitutivo da obrigação pelas partes e a sua manifestação de vontade. Ou seja, os documentos particulares que importem a constituição ou reconhecimento de qualquer obrigação, ainda que com a assinatura reconhecida, deixaram de ser considerados títulos executivos.

Como reconhece Armindo Ribeiro Mendes (2013:129), “daqui resulta que os credores terão de recorrer ou à acção declarativa ou ao procedimento especial de injunção para obter título executivo nestes casos. (...) Não se afigura consistente a solução de eliminar a exequibilidade do comum dos documentos particulares não autenticados de natureza não cambiária, quando se aceita a exequibilidade de títulos cambiários com obrigações prescritas, como meros quirógrafos”. E continuam a constituir títulos executivos alguns documentos particulares independentemente da sua autenticação, como decorre de forma paradigmática do art. 6.º n.º 1 do DL n.º 268/94, de 25 de Outubro, relativo às actas de reunião das assembleias de condóminos, ou do art. 14.º-A do Novo Regime do Arrendamento Urbano, aprovado pela Lei n.º 6/2006, de 27 de Fevereiro, relativo ao contrato de arrendamento, quando acompanhado do comprovativo de comunicação ao arrendatário do montante em dívida.

No entanto, o legislador manteve no art. 733.º n.º 1 alínea b) do CPC o efeito suspensivo do recebimento da oposição à execução mediante embargos, se “tratando-se de execução fundada em documento particular, o embargante tiver impugnado a genuinidade da respectiva assinatura, apresentando documento que constitua princípio de prova, e o juiz entender, ouvido o embargado, que se justifica a suspensão sem prestação de caução”, cuja introdução no anterior CPC esteve associada ao alargamento do elenco dos títulos executivos extrajudiciais, como medida de protecção do executado.

Segundo Natália Garcia Alves (2014:76), “não podemos ver com bons olhos a alteração legislativa que determinou o desaparecimento dos documentos particulares das espécies de títulos executivos, previstas no actual artigo 703º do novo CPC, porque, com isso, em nossa opinião, foi dado um passo atrás (...) este desaparecimento determinará uma total inversão do objecto primário do legislador que era o de acelerar o funcionamento dos tribunais com esta Reforma. Ao invés, prevemos que irá atrasar e complicar esse funcionamento, mais provocando um total descredibilização dos particulares em relação à estabilidade legislativa e à segurança que daí deveria decorrer com grave prejuízo para a garantia de uma adequada protecção do tráfego jurídico e também comercial”.

Contra este entendimento, José Lebre de Freitas (2013:51) concorda com “a limitação radical da exequibilidade do documento particular”, que acompanha a generalidade das legislações europeias, contrariando a tendência anteriormente seguida no ordenamento jurídico português, em especial, na sequência da alteração legislativa introduzida no anterior CPC pelo DL n.º 329-A/95, de 12 de Dezembro.

4. A NÃO EXEQUIBILIDADE DOS DOCUMENTOS PARTICULARES

4.1. A DISCUSSÃO NA DOCTRINA E NA JURISPRUDÊNCIA

O legislador consagrou, no art. 6.º da Lei n.º 41/2013, de 26 de Setembro, a regra geral de aplicação imediata da lei nova às execuções pendentes à data da sua entrada em vigor (n.º 1), estabelecendo que as alterações referentes aos títulos executivos, às formas do processo executivo, ao requerimento executivo e à tramitação da fase introdutória só se aplicam às execuções iniciadas após a sua entrada em vigor (n.º 3). Não foram salvaguardados pelas disposições transitórias os documentos particulares emitidos até 31 de Agosto de 2013, a que as partes atribuíam, muitas vezes, expressamente, força executiva. Em caso de incumprimento, as partes ficariam então sujeitas ao recurso a uma acção declarativa ou à injunção. Neste sentido, a eliminação do art. 46.º n.º 1 alínea c) do anterior CPC pode corresponder a uma frustração das legítimas expectativas das partes, que se à data da celebração do negócio ou da constituição da relação jurídica aquele documento particular não estivesse dotado de força de título executivo, teriam formalizado as declarações de vontade noutros termos, designadamente, requerendo a autenticação.

A questão que se coloca é a de saber se a aplicação do novo CPC relativamente aos documentos particulares emitidos até 31 de Agosto de 2013 afecta os direitos e interesses dos cidadãos. A doutrina e a jurisprudência começaram por fazer assentar a controvérsia na regra geral da irretroactividade das normas, enunciada no art. 12.º do Código Civil, segundo o qual “a lei só dispõe para o futuro; ainda que lhe seja atribuída eficácia retroactiva, presume-se que ficam ressalvados os efeitos já produzidos pelos factos que a lei se destina a regular” (n.º 1) e ainda “quando a lei dispõe sobre as condições de validade substancial ou formal de quaisquer factos ou sobre os seus efeitos, entende-se, em caso de dúvida, que só visa os factos novos” (n.º 2). Ou seja, verifica-se a retroactividade das normas quando a lei nova actua directamente sobre relações jurídicas anteriores à sua entrada em vigor.

Ao nível constitucional, o princípio da proporcionalidade consagrado no art. 18.º da CRP determina que numa situação de conflito de interesses, as restrições de direitos, liberdades e garantias devem “limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos” (n.º 2) e que “as leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais” (n.º 3).

I. De acordo com uma primeira posição, a não exequibilidade dos documentos particulares configura uma aplicação retroactiva do novo Código de Processo Civil a relações jurídicas anteriores à sua entrada em vigor.

Assim, segundo Maria João Galvão Teles (2013:4), “o facto de aqueles documentos particulares revestirem a forma de título executivo pode ter sido essencial para a formação da vontade dos credores aquando da celebração daquele negócio jurídico ou da constituição daquela relação jurídica em particular. A aplicação da lei nova, sem mais, aos títulos executivos formados ao abrigo da lei anteriores e ainda subsistentes lesa direitos adquiridos dos credores que apenas a prossecução de um elevado interesse público poderia derrogar.” No confronto entre as legítimas expectativas dos credores e as finalidades prosseguidas pelo legislador com a aprovação do novo CPC – de proteger os executados do risco de execuções injustas e de facilitar o descongestionamento dos tribunais –, o referido princípio da proporcionalidade determina a exequibilidade dos documentos particulares emitidos até 31 de Agosto de 2013.

Neste sentido, Elizabeth Fernandez (2014:157) reconhece que a força executiva de um documento “não é uma qualificação processual ou formal, mas material ou substantiva. E, se assim é, não pode deixar de servir de base à execução um documento que, no momento em que foi criado, tinha força executiva.” Também Rui Pinto (2014:466) afirma que “uma das características centrais do movimento de constitucionalização do processo civil é a ponderação dos efeitos substantivos das normas processuais”, concluindo pela inconstitucionalidade do afastamento da exequibilidade dos documentos particulares emitidos ao abrigo do anterior Código de Processo Civil, como medida de protecção do exequente face à situação de conflito de interesses.

Na jurisprudência, resulta do acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 27 de Fevereiro de 2014, processo n.º 374/13.3TUEVR.E1, que “a eliminação dos documentos particulares, constitutivos de obrigações, assinados pelos devedores do elenco dos títulos executivos, constitui uma alteração no ordenamento jurídico que não era previsível. Se, à data em que tais documentos foram constituídos os mesmos eram dotados de exequibilidade, é de esperar alguma constância no ordenamento no âmbito da segurança jurídica constitucionalmente consagrada. Daí que os titulares de documentos particulares constituídos antes da entrada em vigor do novo Código de Processo Civil (...) tivessem uma legítima expectativa da manutenção da anterior tutela conferida pelo direito. Por conseguinte, a aplicação retroactiva do artigo 703.º do novo Código de Processo Civil, a títulos anteriormente tutelados com a característica da exequibilidade, constitui uma consequência jurídica demasiado violenta e inadmissível no Estado de Direito Democrático, geradora de uma insegurança jurídica inaceitável, desrespeitando em absoluto as expectativas legítimas e juridicamente criadas”. Segundo o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 26 de Março de 2014, processo n.º 766/13.8TTALM.L1, “a interpretação das normas do art. 703.º do novo CPC e 6.º n.º 3 da Lei 41/2013, de 26 de Junho, no sentido de o primeiro se aplicar a documentos particulares emitidos em data anterior à da entrada em vigor do novo CPC, e então exequíveis por força do art. 46.º n.º 1 c) do CPC de 1961, é inconstitucional por violação do princípio da segurança e protecção da confiança. Em consequência, deve prosseguir seus termos a execução instaurada após a entrada em vigor do novo CPC, com base em documento particular emitido em data anterior e então exequível.”

Também o Tribunal da Relação de Coimbra afirmou no acórdão de 2 de Junho de 2015, processo n.º 1056/14. T8CBR.C1, que “a incidência do novo regime processual sobre situações jurídicas constituídas no passado, lesiona mais fortemente o interesse particular a usar um título executivo legitimamente expectável, do que o interesse público de diminuir o risco de uma execução injusta, o qual pode ser alcançado por outra via processual.”

A doutrina e a jurisprudência entendiam, assim, maioritariamente, que a aplicação retroactiva do novo Código de Processo Civil aos documentos particulares emitidos antes da sua entrada em vigor afectava de forma inadmissível e arbitrária as expectativas legítimas dos cidadãos. Ao desvalorizar as posições dos particulares de uma forma com que estes não podiam contar numa perspectiva de continuidade, a aplicação retroactiva do elenco de títulos executivos violava o princípio da protecção da confiança, decorrente do Estado de Direito Democrático, consagrado no art. 2.º da CRP.

II. Contra esta posição, alguns autores recusavam que a aplicação do novo Código de Processo Civil aos documentos particulares emitidos antes de 1 de Setembro de 2013 configurasse uma hipótese de retroactividade. Este entendimento funda-se no facto de a exequibilidade de um título ser sempre aferida pela lei vigente à data da propositura da acção executiva.

Neste sentido, Miguel Teixeira de Sousa (2014) afirma que “para que se pudesse falar de retroactividade seria necessário que o art. 6.º n.º 3 da Lei 41/2013 tivesse retirado carácter executivo a títulos que já tinham produzido a sua eficácia executiva no passado, isto é, teria sido necessário que o preceito tivesse atingido execuções baseadas em títulos que deixaram de o ser (...). O que decorre deste preceito é uma aplicação imediata e para o futuro do novo elenco dos títulos executivos”. Considerando “algo exagerado” que se reconheça a existência de uma legítima expectativa dos credores, entende que “teria sido importante ponderar se o procedimento de injunção não pode ser considerado um meio adequado de protecção dos interesses dos credores que deixaram de poder instaurar uma execução por força do elenco mais restritivo dos títulos executivos”.

Como referem Paulo Ramos Faria e Ana Luísa Loureiro (2014:191), “a vontade das partes pode ser coincidente com o efeito que a lei reconhece ao seu acto; mas não é esta vontade que a lei tutela. Sendo coincidente, podem as partes admitir que este efeito perdure, enquanto perdurar a sua relação contratual; mas não podem justificadamente contar com uma tutela legal desta simples expectativa.”

Também Virgínio da Costa Ribeiro e Sérgio Rebelo (2015:135) afirmam que com a entrada em vigor no novo CPC, os documentos particulares deixaram de ser título executivo, não enfermando este entendimento de qualquer inconstitucionalidade”, uma vez que o elenco de títulos executivos constitui uma “opção do poder político legislativo”, justificada pelo equilíbrio entre as partes e a distribuição de recursos na organização judiciária. Pelo que os documentos particulares emitidos antes da entrada em vigor do novo CPC não devem ser considerados títulos executivos após aquela data.

Na jurisprudência, o Tribunal da Relação de Coimbra, no acórdão de 7 de Outubro de 2014, processo n.º 61/14.5TBSBG. C1, reconhece que “a aplicação do art. 703.º do novo CPC a todas as execuções interpostas posteriormente a 1 de Setembro de 2013, recusando a exequibilidade aos documentos particulares ainda que constituídos validamente em data anterior, não implica uma aplicação retroactiva da lei nova. O art. 703.º do novo CPC, na parte em que elimina os documentos particulares do elenco dos títulos executivos, quando conjugado com o art. 6.º n.º 3 da Lei n.º 41/2013, e interpretado no sentido de se aplicar aos documentos particulares anteriormente dotados de exequibilidade pela alínea c) do n.º 1 do art. 46.º do anterior CPC, não é de considerar inconstitucional por violação do princípio da segurança e da protecção da confiança. Em consequência, as execuções instauradas posteriormente a 1 de Setembro de 2013, não poderão basear-se em documento particular constituído em data anterior e a que fosse atribuída exequibilidade pelo regime vigente à data da sua constituição.”

Ou, nos termos do acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 24 de Setembro de 2014, processo n.º 3275/14.4YYLSB. L1-2, “a imediata aplicação do novo CPC, recusando-se força executiva a documento a que à data da sua constituição era reconhecida a natureza de título executivo e que foi dado à execução após a entrada em vigor do novo CPC não viola o princípio da protecção da confiança e da segurança integrador do princípio do Estado de Direito Democrático.” Desta forma, como resulta do acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 9 de Dezembro de 2014, processo n.º 1011/14.4T8PRT.P1, “as execuções instauradas após aquela data com base nesses documentos devem ser indeferidas liminarmente, por ser manifesta a falta de título executivo”, por aplicação do art. 726.º n.º 2 alínea a) do CPC.

4.2. O ACÓRDÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL N.º 408/2015, DE 23 DE SETEMBRO

A declaração, com força obrigatória geral, da inconstitucionalidade de uma norma, segundo um processo de fiscalização abstracta, pode ser requerida sempre que a mesma tiver sido julgada inconstitucional em três casos concretos, num processo de generalização dos juízos de inconstitucionalidade com fundamento na repetição do julgado (art. 281.º n.º 3 da CRP). Face à controvérsia da não exequibilidade dos documentos particulares emitidos ao abrigo do anterior CPC, este requisito foi preenchido com o acórdão n.º 847/2014, de 2 de Dezembro, o acórdão n.º 161/2015, de 4 de Março e a decisão sumária n.º 130/2015, de 13 de Fevereiro.

O Ministério Público, ao abrigo das competências que lhe são atribuídas, requereu a apreciação e declaração, com força obrigatória geral, da norma resultante do art. 703.º do novo CPC e do art. 6.º n.º 3 da Lei n.º 41/2013, de 26 de Junho, “na interpretação de que aquele artigo 703.º se aplica a documentos particulares emitidos em data anterior à da entrada em vigor do novo Código de Processo Civil e então exequíveis por força do artigo 46.º n.º 1 alínea c) do Código de Processo Civil de 1961”.

Considerando que o novo CPC retira a força executiva a documentos particulares que anteriormente a detinham, o Tribunal Constitucional pronunciou-se sobre a sucessão no tempo de leis processuais – “é esta afectação, a nível processual, da posição creditória, ocasionada pela alteração legislativa, que configura a questão da constitucionalidade” abordada no acórdão n.º 408/2015, de 23 de Setembro e não o “novo elenco de títulos executivos, a sua maior ou menor extensão ou a integração ou não de determinado documento”, que o Tribunal Constitucional afirma pertencer ao domínio de liberdade do legislador. Ao contrário do que resulta da discussão suscitada na doutrina e na

jurisprudência, também não está em causa a aplicação retroactiva de leis restritivas de direitos, liberdades e garantias, tal como enunciada no art. 18.º n.º 3 da CRP, uma vez que a norma em causa só se aplica após a entrada em vigor do novo CPC.

O Tribunal Constitucional reconhece que o problema se situa “no campo normativo do princípio da protecção da confiança dos cidadãos, ínsito no princípio do Estado de Direito, que se encontra consagrado no artigo 2.º da Constituição. (...) Efectivamente, a mudança legislativa operada pela norma em análise não afecta os efeitos jurídicos produzidos sob o domínio do direito anterior, na medida em que não é retirado carácter executivo a títulos que já tenham produzido a sua eficácia executiva. Indubitável é, todavia, que afecta situações passadas, recusando o reconhecimento da força executiva a documentos particulares que antes a tinham, desta forma desvalorizando a posição do credor de modo com que este não podia contar.”

A jurisprudência constitucional consolidou os critérios de que depende a tutela legítima dos cidadãos, elencado os três requisitos cumulativos: que o legislador tenha encetado comportamentos capazes de gerar nos cidadãos expectativas de continuidade; que estas expectativas sejam legítimas, justificadas e fundadas em boas razões; e que as pessoas tenham feito planos de vida tendo em conta a perspectiva de continuidade do comportamento do Estado.

Assim, recordou que “ao longo das últimas décadas, tem-se assistido a sucessivas iniciativas legislativas de alargamento do rol de títulos executivos (...) até à reforma do Código de Processo Civil de 1995/96, que consagrou a exequibilidade de documentos comprovativos de um leque muito alargado de obrigações, com dispensa generalizada de reconhecimento notarial da assinatura do devedor. Ora, os credores tomaram decisões com base neste quadro legislativo, sendo provável que tivessem diligenciado pela autenticação dos documentos se tal fosse, à data da sua assinatura, requisito de exequibilidade. Assim, ao suprimir a ligação que antes se estabelecia entre o valor probatório dos documentos particulares e a exequibilidade extrínseca da pretensão neles materializada, a norma sob escrutínio introduziu uma modificação que era imprevisível, já que os credores desses títulos depositaram uma confiança legítima na sua exequibilidade – criada e alimentada pelo legislador –, representando o novo regime uma imprevisível opção defraudadora dessa confiança, que a evolução legislativa não fazia razoavelmente prever.”

Da aplicação do teste do princípio da confiança decorre que a intensidade do dano da confiança infligido pela aplicação imediata da lei nova não se mede apenas pela maior morosidade na satisfação do crédito, mas também pelo risco acrescido de perda de eficácia da acção executiva. Na verdade, o regime transitório constante da Lei n.º 41/2013, de 26 de Junho, que aprovou o novo CPC, afecta de forma grave a confiança e as expectativas legítimas, pelo que na situação de conflito de interesses, o interesse público que justificou a alteração legislativa não demonstra ser suficientemente determinante face à necessidade de garantir os pressupostos do Estado de Direito Democrático enunciados no art. 2.º da CRP.

Em conclusão, o Tribunal Constitucional declarou, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade da norma que aplica o art. 703.º do novo CPC a documentos particulares emitidos em data anterior à sua entrada em vigor, cuja exequibilidade resultava do art. 46.º n.º 1 alínea c) do anterior CPC, por violação do princípio da protecção da confiança.

5. CONCLUSÃO

A Lei n.º 41/2013, de 26 de Setembro excluiu os documentos particulares do elenco de títulos executivos agora enunciado taxativamente no art. 703.º do CPC. Esta alteração legislativa segue a tendência da generalidade das legislações europeias, procurando pôr termo à insegurança jurídica decorrente da utilização dos documentos particulares como títulos executivos, bem como evitar a multiplicação de incidentes declarativos. A norma constituía, igualmente, um incentivo ao recurso à injunção.

Esta alteração legislativa suscitou na doutrina e na jurisprudência uma discussão face aos documentos particulares emitidos antes da sua entrada em vigor, cuja exequibilidade foi ponderada em função da regra geral da irretroactividade

das normas e da consequente violação do princípio da protecção da confiança, decorrente do Estado de Direito Democrático, consagrado no artigo 2.º da CRP.

Seguindo a posição maioritária, o Tribunal Constitucional veio, no acórdão n.º 408/2015, de 23 de Setembro, declarar com força obrigatória geral a inconstitucionalidade da norma que aplica o art. 703.º do novo CPC a documentos particulares emitidos até 31 de Agosto de 2013, que continuam assim a constituir títulos executivos.

BIBLIOGRAFIA

ALVES, Natália Garcia (2014), “Um olhar sobre a problemática do desaparecimento dos documentos particulares como títulos executivos no Novo Código de Processo Civil”, *Revista do Instituto do Conhecimento AB Instantia*, ano II, número 3, pág. 67 a 77.

FARIA, Paulo Ramos; LOUREIRO, Ana Luísa (2014), *Primeiras Notas ao Novo Código de Processo Civil*, volume II, Coimbra: Almedina.

FERNANDEZ, Elizabeth (2014), *Um novo Código de Processo Civil? Em busca das diferenças*, Porto: Vida Económica.

FREITAS, José Lebre de (2013), “Sobre o novo Código de Processo Civil (uma visão de fora)”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 73, volume I, pág. 23 a 61.

— (2014), *A Acção Executiva à luz do Código de Processo Civil de 2013*, 6.ª edição, Coimbra: Coimbra Editora.

MENDES, Armindo Ribeiro (2013), “O processo executivo no futuro Código de Processo Civil”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 73, volume I, pág. 87 a 147.

MESQUITA, Lurdes; ROCHA, Francisco Costeira da (2014), *A Acção Executiva no Novo Código de Processo Civil*, 3.ª edição, Porto: Vida Económica.

PINTO, Rui (2014), *Notas ao Código de Processo Civil*, Coimbra: Coimbra Editora.

RIBEIRO, Virgínio da Costa; REBELO, Sérgio (2015), *A Acção Executiva Anotada e Comentada*, Coimbra: Almedina.

SOSA, Miguel Teixeira de (2014), “Aplicação no tempo do nCPC: títulos executivos forever?”, disponível em <https://blogipcc.blogspot.pt/2014/03/aplicacao-no-tempo-do-ncpc-titulos.html>

TELES, Maria João Galvão (2013), “A reforma do Código de Processo Civil (a supressão dos documentos particulares do elenco dos títulos executivos)”, disponível em <http://julgar.pt/a-reforma-do-codigo-de-processo-civil/>

A PROVA: PROCESSO ARBITRAL *VERSUS* PROCESSO JUDICIAL

Isabel Lemos

Licenciada em Solicitoria pelo ISCET

Ana Clara Azevedo de Amorim

Doutora em Direito e Docente do ISCET

RESUMO

O presente artigo visa demonstrar o papel da prova no processo arbitral, estabelecendo a respetiva paridade ou diferença face ao processo judicial. São abordadas diversas temáticas relativas ao instituto da prova, decorrentes da aplicação do direito substantivo e processual, como os meios de prova, o papel das partes, do juiz e do árbitro.

Palavras-chave

Prova, processo, partes, árbitro, juiz.

ABSTRACT

This paper aims to demonstrate the role of evidence in arbitration, concerning its similarity or difference if in judicial process. Several issues are approached on the institute of evidence, arising from the application of substantive and procedural law, as the means of evidence, the parties, the judge and the arbitrator role.

Keywords

Evidence, process, parties, arbitrator, judge.

1. INTRODUÇÃO

Nos termos do art. 341.º do CC, “as provas têm por função a demonstração da realidade dos factos”. Sendo hoje pacificamente aceite a aplicação do direito substantivo e processual à arbitragem, importa abordar diversas temáticas relativas ao instituto da prova, confrontando o processo arbitral e o processo judicial, de modo a estabelecer a respetiva paridade ou diferença. O tema será desenvolvido sobretudo a partir dos meios de prova, bem como do papel das partes, do juiz e do árbitro perante a prova.

Para o efeito, partimos do seguinte excerto de um texto de Antunes Varela (1984:339): “a prova – quer extrajudicial, quer judicial – de um facto não visa obter a certeza absoluta, irremovível da verificação do facto. (...) A prova visa apenas a certeza subjectiva, a convicção positiva do julgador.”

2. MEIOS DE PROVA

O direito substantivo consagra tradicionalmente a prova por confissão, a prova documental, a prova testemunhal, a prova pericial e a inspeção judicial, que serão sucessivamente analisadas também no domínio da arbitragem.

2.1. PROVA POR CONFISSÃO

O conceito de confissão resulta do art. 352.º do CC: trata-se do “reconhecimento que a parte faz da realidade de um facto que lhe é desfavorável e favorece a parte contrária”. A confissão judicial escrita tem forma probatória plena, nos

termos do art. 358.º n.º 1 do CC. Ora, a prova por confissão resulta de um depoimento de parte, que o CPC regula no art. 452.º, segundo o qual “o juiz pode, em qualquer estado do processo, determinar a comparência pessoal das partes para a prestação de depoimento, informações ou esclarecimentos sobre factos que interessem à decisão da causa”, recaindo nos termos do art. 454.º sobre “factos pessoais ou de que o depoente deva ter conhecimento”.

Com a entrada em vigor do atual CPC, aprovado pela Lei n.º 41/2013, de 26 de Junho, surgiu no ordenamento jurídico nacional um novo meio de prova: a prova por declarações de parte, prevista no art. 466.º. Não visando a confissão da parte contrária, este novo meio de prova aponta para o esclarecimento dos factos pela própria parte que o requereu, permitindo ao julgador formar uma convicção mais fundamentada. Pode, por isso, ao contrário da generalidade dos outros meios de prova, ser requerido até ao início das alegações orais em 1.ª instância (n.º 1). No que concerne à força probatória, as declarações de parte são de livre apreciação pelo juiz (n.º 3).

Em arbitragem, de acordo com o que se verifica no sistema anglo-saxónico, tem-se entendido que é mais vantajoso comparar a parte à testemunha, bastando que as partes o determinem nas regras processuais estabelecidas.

2.2. PROVA DOCUMENTAL

Segundo Fernando Pereira Rodrigues (2011:51), “a palavra documento deriva do vocábulo latino *documentum*, que tem, entre outros, os significados de documento, testemunho ou prova.”

De acordo com o art. 362.º do CC, “diz-se documento qualquer objeto elaborado pelo homem com o fim de reproduzir ou representar uma pessoa, coisa ou facto”. Os documentos escritos revestem, nos termos do art. 363.º do CC, a forma de documentos autênticos ou particulares (n.º 1), considerando-se autênticos “os documentos exarados, com as formalidades legais, pelas autoridades públicas nos limites da sua competência ou, dentro do círculo de atividades que lhe é atribuído, pelo notário ou outro oficial público provido de fé pública, todos os outros são particulares” (n.º 2) e “os documentos particulares são havidos por autenticados, quando confirmados pelas partes, perante notário, nos termos prescritos pelas leis notariais” (n.º 3).

No campo da apresentação da prova documental, o n.º 1 do art. 423.º do CPC disciplina que os documentos destinados a fazer prova dos fundamentos da ação ou da defesa devem ser apresentados com o articulado em que se aleguem os factos correspondentes, admitindo o n.º 2 a apresentação “até 20 dias antes da data em que se realize a audiência final”, apesar da condenação da parte em multa. Está ainda prevista a possibilidade de se requerer a apresentação de documentos em poder da parte contrária (art. 429.º do CPC).

Também em sede de arbitragem, as normas mais relevantes – ICC, LCIA e UNICTRAL – disciplinam que os documentos devem acompanhar as peças processuais iniciais. Por sua vez, a segunda parte do n.º 2 do art. 33.º da LAV determina que “as partes podem fazer acompanhar as referidas peças escritas de quaisquer documentos que julguem pertinentes e mencionar nelas documentos ou outros meios de prova que venham a apresentar”. Considera-se adequado que as partes estipulem no contrato a possibilidade de consultar ou requerer documentos em poder da parte contrária, bem como que demarquem prazos para a apresentação da prova.

Existem diferentes tradições internacionais quanto a estas matérias. Na tradição anglo-saxónica, a regra é pedir à parte contrária toda a documentação sobre determinado assunto ou entre determinadas datas, visando encontrar documentos comprometedores. Esta prática tem a desvantagem de trazer para o processo documentos com escassa relevância, sendo apelidada de *fishing expedition* (Mariana França Gouveia, 2015:250).

A arbitragem internacional tem procurado encontrar um equilíbrio, usando diversas metodologias, que consistem, por exemplo, em reuniões entre o tribunal e as partes para que estas definam a categoria de documentos a solicitar. Outro método relativo à prova documental é a Tabela de Redfern, que coloca em colunas o tipo de documentos pedidos, as razões do pedido, as razões de uma eventual recusa e a decisão do tribunal.

Por fim, o art. 3.º das *IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration* prevê que após a junção voluntária de documentos pelas partes, cada uma pode submeter ao tribunal um requerimento de produção de prova complementar, referindo quais os documentos que pretende ver revelados e o fundamento do pedido, sendo depois concedido um prazo à parte contrária para a sua satisfação. Assiste ao tribunal o poder de requerer a qualquer uma das partes documentos que entenda serem relevantes para a decisão do caso.

2.3. PROVA TESTEMUNHAL

Segundo Paulo Pimenta (2014:363), “no campo da prova testemunhal, pretende-se que o depoente revele ou exponha as suas percepções sobre os factos objecto da prova”.

O art. 511.º n.º 1 do CPC estatui o número de testemunhas que as partes podem indicar. Assim, os autores não podem designar mais de dez testemunhas, estando os réus no caso de contestação conjunta limitados ao mesmo número. Se a ação for de valor não superior à alçada do tribunal de 1.ª instância, o número de testemunhas é reduzido para cinco. Cumpre também referir que o n.º 4 prevê a possibilidade de o juiz, por decisão irrecorrível proferida no âmbito dos poderes de gestão processual, admitir um número superior de testemunhas, “atendendo à natureza e extensão dos temas da prova”. Nos termos do art. 526.º do CPC, o juiz pode igualmente notificar para depor pessoa não arrolada como testemunha, quando se conjecturar que esta pode contribuir para a boa decisão da causa. Os art. 500.º e 502.º do CPC determinam que as testemunhas depõem na audiência final, presencialmente ou através de teleconferência. Importa ainda mencionar que a prova testemunhal é de livre apreciação pelo juiz, segundo o que resulta do art. 396.º do CC. Em processo civil, apenas excecionalmente as testemunhas podem prestar depoimento através de documento escrito (art. 518.º e 519.º do CPC), atentas as reconhecidas valias dos princípios da oralidade e da imediação, que permitem ao julgador “decidir sobre a matéria de facto da causa segundo a sua íntima convicção” (Lebre de Freitas, 2013:196). É nisto que consiste afinal a livre apreciação da prova.

Já em sede de arbitragem, é possível – e, na prática, muito frequente – que o depoimento revista a forma escrita, podendo a parte contrária depois da sua apresentação, requerer que determinada testemunha seja ouvida em audiência. Nos termos do art. 4.º das *IBA Rules*, o próprio tribunal pode determinar que os depoimentos sejam apresentados por escrito (n.º 4). Se a testemunha cuja presença foi requerida não comparecer injustificadamente na audiência, o seu depoimento escrito será invalidado (n.º 7).

Creemos que o disciplinado na lei processual civil quanto à prova testemunhal, respeitando os princípios da oralidade e da imediação, contribui para a formação da convicção do juiz e do árbitro, através da observação da testemunha, nomeadamente quanto à sua forma de estar, de se expressar e de relatar os factos.

2.4. PROVA PERICIAL

Segundo o art. 388.º do CC, “a prova pericial tem por fim a percepção ou apreciação de factos por meio de peritos, quando sejam necessários conhecimentos especiais que os julgadores não possuem, ou quando os factos, relativos a pessoas, não devam ser objeto de inspeção judicial”. Ora, a prova pericial resulta de requerimento das partes ou de determinação judicial (art. 467.º do CPC). É requisitada a entidades competentes para o efeito, podendo ser colegial se o juiz o determinar ou alguma das partes o solicitar (art. 468.º do CPC). Os peritos podem ser convocados para estarem presentes na audiência final, de modo a prestarem esclarecimentos (art. 486.º do CPC).

Em matéria de força probatória, atento o disposto no art. 389.º do CC, a prova pericial é de livre apreciação pelo juiz. Também no campo da arbitragem, o art. 37.º da LAV prevê, salvo convenção das partes, a nomeação de “um ou mais peritos para elaborarem um relatório, escrito ou oral, sobre pontos específicos a determinar pelo tribunal arbitral” (n.º 1). O tribunal pode pedir a qualquer das partes que colabore com o perito fornecendo informação relevante ou

facilitando o acesso a documentos e objetos pertinentes para o relatório pericial (n.º 2). Se uma das partes o solicitar ou se o tribunal arbitral o julgar necessário, o perito, após a apresentação do seu relatório, participa numa audiência em que o tribunal arbitral e as partes têm a oportunidade de o interrogar (n.º 3).

O art. 26.º da Lei Modelo, o art. 21.º do LCIA, o art. 27 da ICC e os art. 5.º e 6.º das *IBA Rules* preveem a possibilidade da nomeação de peritos pelas partes ou pelo tribunal. Assim, no momento da celebração do contrato, é possível optar pela nomeação de peritos pelas partes ou pelo tribunal, bem como por um sistema misto.

2.5. PROVA POR INSPEÇÃO JUDICIAL

Nos termos do art. 390.º do CC, a prova por inspeção judicial tem por fim a perceção direta dos factos pelo juiz. Consiste, por isso, de acordo com o disposto no art. 490.º do CPC, na possibilidade de o juiz, com ressalva da vida privada e familiar e da dignidade humana, examinar coisas ou pessoas para esclarecimento de qualquer facto relevante para a decisão da causa. Ficam ainda abrangidas pela inspeção judicial as deslocações ao local ou a reconstituição dos factos. Este meio de prova pode ser requerido pelas partes ou ordenado oficiosamente pelo tribunal. Para efeitos da participação na inspeção judicial, o art. 491.º do CPC prevê que as partes devem ser notificadas do dia e hora respetivos. Quanto à força probatória, a inspeção está sujeita à livre apreciação do juiz, segundo o que resulta do art. 391.º do CC. No domínio da arbitragem, a prova por inspeção não se encontra prevista na maioria dos normativos. Dado o seu elevado custo, constitui uma diligência probatória pouco habitual. Por conseguinte, as inspeções são normalmente realizadas por um perito (Mariana França Gouveia, 2015:255).

3. O PAPEL DAS PARTES

O art. 20.º da Constituição da República Portuguesa assegura aos particulares a tutela jurisdicional efetiva, permitindo-lhes a garantia dos seus direitos e interesses legalmente protegidos através do recurso aos tribunais judiciais. Neste contexto, não é necessário acordo das partes; basta que um particular proponha uma ação, sendo depois facultada à outra parte a possibilidade de se defender (art. 3.º do CPC). Por sua vez, o recurso à arbitragem depende de um acordo entre as partes.

No tribunal judicial, as partes devem observar o disposto na lei substantiva e processual, bem como colaborar no que lhes for solicitado para a descoberta da verdade. Este dever de cooperação, a que as partes têm de se sujeitar, resulta dos art. 7.º e 417.º do CPC, vinculando também os magistrados, os mandatários judiciais e todas as pessoas que possam contribuir para a descoberta da verdade através da sua intervenção no processo.

O dever de cooperação das partes pode recair sobre a apresentação de objetos que constituam meios de prova (art. 428.º a 431.º do CPC). Verifica-se igualmente no domínio da inspeção judicial (art. 490.º n.º 1 do CPC), do depoimento de parte (art. 452.º do CPC) e face aos demais atos que o tribunal circunscreva. No entanto, o legislador salvaguardou determinadas situações com fundamento no respeito de alguns direitos fundamentais (como o direito à integridade pessoal ou o direito à reserva da vida privada), bem como do direito ou dever de sigilo, casos em que a parte ou o terceiro pode lançar mão da escusa, segundo o disposto no n.º 3 do art. 417.º do CPC.

Em matéria de arbitragem, no âmbito de uma relação estreita com o tribunal, compete às partes acordar quanto ao conteúdo das normas processuais, não obstante a possibilidade de o árbitro o fixar, na ausência da sua determinação prévia. Desta forma, a decisão do litígio pelo tribunal arbitral será um reflexo da colaboração prestada pelas partes, característica deste meio alternativo de resolução de litígios. Se estas se recusarem a cooperar ou a contribuir para o solicitado pelo árbitro, pode a boa decisão da causa sair frustrada e ambas as partes ou alguma delas ser prejudicada. De evidenciar que no início do processo, assiste ao árbitro a possibilidade de fixar regras de teor ético-jurídico a cumprir pelas partes, cuja não observação pode afetar a análise feita pelo tribunal relativamente às matérias sobre que versam.

4. O PAPEL DO JUIZ E DO ÁRBITRO

4.1. A AUTORIDADE

O juiz e o árbitro estão investidos de poderes diferentes. Como membro de um órgão de soberania, em representação do Estado, o Tribunal detém o poder – *potestas* – de avocar decisões com efeito coercivo. Por sua vez, o árbitro tem o poder da autoridade – *autorictas* – ou a orientação do processo arbitral e a pronúncia da decisão, que se traduz no carácter de caso julgado e na mesma força executiva de uma sentença judicial. Este poder do árbitro é inerente à sua função de julgador, confirmado por lei aquando da sua intervenção em litígio por escolha e a pedido das partes (Manuel Pereira Barrocas, 2012:1089).

Em matéria de valorização da prova, o juiz deve observar o direito substantivo. Já no domínio da produção de prova, rege-se pelo direito processual.

Em sede de arbitragem, o art. 30.º n.º 4 da LAV versa que “os poderes conferidos ao tribunal arbitral compreendem o de determinar a admissibilidade, pertinência e o valor de qualquer prova produzida ou a produzir”. Esta norma clarificou a controvérsia suscitada pelo art. 18.º da LAV de 1986, que remetia a admissibilidade dos meios de prova para a lei do processo civil. Ou seja, os árbitros podem admitir os meios de prova que entenderem, desde que lícitos e não violadores da ordem pública, mesmo que não previstos na lei processual, tendo como limite o *due process of law* ou princípios do processo equitativo, justo e reto (Mariana França Gouveia, 2015:248).

Em suma, cumpre aos árbitros verificar se determinado meio de prova deve ser admitido, se se relaciona com a matéria da causa e qual o seu valor para a formação da convicção do tribunal.

4.2. A EQUIDADE

A palavra equidade deriva do latim *aequitas* que significa igualdade, simetria, retidão, imparcialidade, conformidade ou justiça do caso concreto.

No âmbito da aplicação pelo juiz, a equidade tem lugar na interpretação e integração de lacunas, bem como na reflexão do direito jurisprudencial e dos casos concretos, contribuindo para a prossecução de uma decisão justa.

No campo da arbitragem, e especialmente nas arbitragens internacionais, é habitual o recurso à equidade para a resolução de litígios. Nos termos do art. 39.º n.º 1 da LAV, a equidade é também um critério de decisão, se as partes assim o determinarem, o que corresponde a uma renúncia ao recurso para o tribunal judicial competente.

De acordo com Manuel Carneiro da Frada (2012:145), na arbitragem e no processo civil, a equidade não se resume “à função de compatibilizar o critério geral e abstracto da lei em dado momento vigente com a necessidade de uma justiça individualizadora. A decisão segundo a equidade converte-se, assim, num desafio supremo para o julgador. No fulgor da sua beleza intangível, ela representa, para ele, uma “arte do humano pleno”. Nesse sentido, ambiciona realizar uma “justiça com coração”.

4.3. A IMPARCIALIDADE

A imparcialidade constitui uma garantia de justiça para as partes e tem paridade com a independência. Tanto o juiz como o árbitro devem ouvir as partes e decidir de forma justa e independente, sem quaisquer condicionantes ou até mesmo preconceitos, decorrentes das suas convicções pessoais, políticas, sociais e religiosas. Devem evitar situações em que as relações com as partes ou advogados possam comprometer a sua imparcialidade. Assim se justifica o regime jurídico das suspeições previsto nos art. 119.º a 129.º do CPC.

No caso da arbitragem, tal decorre expressamente do n.º 3 do art. 9.º da LAV. Porém, nos Estados Unidos, as normas de ética *American Arbitration Association e da American Bar Association* de 1977 admitem árbitros não independentes nomeados pelas partes.

Perante a apresentação da prova, o juiz e o árbitro devem ser igualmente independentes e imparciais. Ora, ainda que a imparcialidade e a independência se encontrem numa relação de proximidade, cumpre esclarecer que a independência se prende sobretudo com questões como a remuneração, a nomeação, o emprego e o envolvimento durante o litígio. Já a imparcialidade concerne à liberdade do árbitro ou juiz em deliberarem sem condicionantes de ordem moral ou intelectual. Na ausência de independência ou imparcialidade, a sentença é anulada com fundamento na violação de uma norma de ordem pública (Manuel Pereira Barrocas, 2010:295).

4.4. ÔNUS DA PROVA

O direito substantivo prevê um conjunto de regras de repartição do ónus da prova entre as partes. Nos termos do art. 342.º do CC, “àquele que invocar um direito cabe fazer prova dos factos constitutivos do direito alegado” (n.º 1), competindo à parte contrária “a prova dos factos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito invocado” (n.º 2). Cumpre ao juiz apreciar as provas produzidas e, nos termos do art. 411.º do CPC, “realizar ou ordenar todas as diligências necessárias ao apuramento da verdade e à justa composição do litígio, quanto aos factos de que lhe é lícito conhecer”. Se, por um lado, esta estipulação não desresponsabiliza as partes na indicação dos meios de prova, por outro lado, o juiz também não pode escusar-se alegando a autorresponsabilidade das partes.

O legislador previu igualmente casos especiais em matéria de ónus da prova: o art. 343.º do CC estabelece que nas ações de simples apreciação negativa incumbe ao réu a prova dos factos constitutivos desse direito de que se arroga (n.º 1), e que nas ações que devam ser propostas dentro de certo prazo a contar do momento em que o autor teve conhecimento de determinado facto, é ao réu, salvo quando da lei resulte solução diversa, que incumbe a prova do decurso do prazo (n.º 2). Disciplina ainda que se o direito alegado pelo autor estiver sujeito a condição suspensiva ou termo inicial, incumbe-lhe a prova de que a condição se verificou ou o termo se venceu, no entanto, se o direito estiver sujeito a condição resolutiva ou a termo final, incumbe ao réu provar a verificação da condição ou o vencimento do prazo (n.º 3).

Quanto à inversão do ónus da prova, o art. 344.º do CC estabelece que a prova de um facto deixa de ser feita pela parte a que o mesmo aproveita no caso de presunção legal, bem como nos casos de dispensa ou liberação decorrente da lei ou de convenção das partes (n.º 1) e ainda naqueles em que a parte contrária haja culposamente impossibilitado a prova ao onerado (n.º 2).

Segundo o art. 349.º do CC, “presunções são as ilações que a lei ou o julgador tira de um facto conhecido para firmar um facto desconhecido”. São legais, quando estabelecidas por lei, ou judiciais, simples ou de experiência, quando assentam no simples julgamento (Fernando Pereira Rodrigues, 2011:17). Em regra, nos termos do art. 350.º do CC, as presunções legais podem ser ilididas mediante prova em contrário – presunções *juris tantum*. Excetuam-se os casos expressamente previstos de presunções irrefutáveis – presunções *juris et de jure*.

Também em sede de arbitragem deve ser observado o regime do ónus da prova estatuído no direito substantivo, ainda que tais normas possam ser afastadas por vontade das partes ou por decisão do árbitro, segundo o disposto no n.º 2 e 3 do art. 30.º da LAV.

4.5. OS DEVERES

De acordo com o princípio do inquisitório enunciado no art. 411.º do CPC, cabe ao juiz a iniciativa da instrução do processo. Assim, segundo Lebre de Freitas (2013:176), aludindo à Reforma de 95/96, “a revisão do CPC de 1961 acentuou um pouco mais o princípio do inquisitório (em termos que o CPC de 2013 mantém), que lei anteriormente vigente suprimia ou limitava quanto a determinados meios de prova: o juiz continuou a poder amplamente determinar a junção de documentos ao processo, quer estejam em poder da parte contrária, de terceiro ou de organismo oficial (art.

436.º), assim como ordenar a realização de prova pericial (art. 477.º). (...) Só ele pode decidir efetuar inspeção judicial (art. 490.º n.º 1), inquirir testemunhas no local da questão (art. 501.º) e ouvir as pessoas que entenda, ou ordenar outras diligências probatórias ainda após as alegações sobre a matéria da causa (art. 607.º n.º 1)”. Ou seja, ao juiz é hoje atribuído um papel ativo, procurando garantir que a prova contribua para o apuramento da verdade dos factos. No domínio da arbitragem, o árbitro e as partes estão vinculadas por um contrato, que contém direitos e deveres. O árbitro tem como principais deveres perante as partes a disponibilidade e assiduidade às audiências ou sessões internas do tribunal; a organização da instância arbitral; o controlo do tempo; a confidencialidade; a condução da instância e o conhecimento dos pedidos formulados (Manuel Pereira Barrocas, 2012:1087). Em matéria de prova, os deveres do árbitro cingem-se ao cumprimento do princípio do dispositivo, à diligência e cumprimento de prazos e à audição das partes sempre que as suas decisões possam causar custos não previstos.

O árbitro pode também atender a factos jurídicos supervenientes; tomar a iniciativa de efetuar a prova que se mostre necessária para a descoberta da verdade, sendo-lhe dada a possibilidade de ordenar a uma parte que preste depoimento ou esclarecimentos, junte prova ou se submeta a inspeção arbitral. No entanto, ao contrário do juiz, não tem esse poder relativamente a terceiros, podendo apenas propor à parte interessada que o requeira ao juiz. Tem ainda os poderes de tirar conclusões probatórias pela falta de contributo das partes e de nomear perito ou consultor para o assistir, ouvidas previamente as partes.

4.6. AS CONCLUSÕES PROBATÓRIAS

Segundo Paulo Pimenta (2014:339), “para que o juiz se convença da realidade de um facto deverá ser produzida prova em conformidade. Salvo se houver limitações quanto ao modo de prova de certos factos ou quanto à utilização de certos meios probatórios, é possível o convencimento do julgador derivar de qualquer meio de prova a que o tribunal tenha acesso”. Ou seja, o princípio da livre apreciação da prova reconduz-se a uma decisão relativa à matéria de facto da causa, formada segundo a íntima convicção do juiz no confronto com os vários meios de prova, de acordo com a sua experiência e vivências. Estão sujeitas à livre apreciação, nomeadamente, a prova testemunhal (art. 396.º do CC), a prova por inspeção (art. 391.º do CC), a prova pericial (art. 389.º do CC), a prova por declarações de parte (art. 466.º n.º 3 do CPC). Pelo contrário, têm força probatória plena os documentos autênticos (art. 371.º do CC) e a confissão judicial e extrajudicial (art. 358.º do CC), relativamente aos quais a lei impõe ao juiz a conclusão a tirar.

Em sede de arbitragem, o referido n.º 4 do art. 30.º da LAV confere aos árbitros, perante determinado meio de prova, a possibilidade de determinar a sua força probatória e em que medida influencia a convicção do tribunal (Mário Esteves de Oliveira, 2012:385).

Por conseguinte, em regra, tanto o árbitro como o juiz são livres de apreciar as provas, estando apenas limitados quanto aos meios de prova com força probatória plena, uma vez que o direito substantivo vincula ambos. Assim, embora o árbitro seja livre na apreciação da prova, não pode, por motivos de segurança jurídica, contrariar a prova produzida por determinados meios. Como refere Manuel Pereira Barrocas (2010:10), “se não fosse de direito substantivo a fixação do efeito probatório de determinado meio de prova – a prova plena de uma escritura pública, por exemplo, segundo o art. 371.º do CC – esse efeito probatório não vincularia o árbitro e, nesse caso, ele poderia entender que a força probatória de uma escritura não seria plena, mas sim, por exemplo, meramente prova bastante. Ora, este adulterado efeito probatório retiraria qualquer importância à escritura pública que passaria apenas a ter valor idêntico à de um vulgar documento particular, podendo por isso ser contrariado por simples prova testemunhal”.

Ao contrário do juiz, o árbitro é livre de aceitar ou recusar as provas oferecidas pelas partes, bem como de determinar o seu valor probatório. Apenas em determinados casos, tem de obedecer ao disposto no direito substantivo.

5. CONCLUSÃO

Em conclusão, a prova tem como objetivo demonstrar a realidade dos factos, de acordo com a convicção do juiz ou do árbitro, por forma a contribuir para a boa decisão da causa. Segundo Antunes Varela (1984:339), “a prova, por exigências da vida jurisdicional e da natureza da maior parte dos factos que interessam à administração da justiça, visa apenas a certeza subjectiva, a convicção positiva do julgador. Se a prova em juízo de um facto reclamasse a certeza absoluta da verificação do facto, a actividade jurisdicional saldar-se-ia por uma constante e intolerável denegação da justiça. A prova tem, por isso mesmo, atenta a inelutável precaridade dos meios de conhecimento da realidade (especialmente dos factos pretéritos e dos factos do foro interno de cada pessoa), de contentar-se com certo grau de probabilidade do facto: a probabilidade bastante, em face das circunstâncias concretas da espécie, para convencer o julgador (que conhece as realidades do Mundo e as regras da experiência que nele se colhem) da verificação ou da realidade do facto”.

O julgador deve respeitar as normas de direito substantivo e processual, bem como no caso da arbitragem as convenções relativas às regras a aplicar. Quanto ao tipo de provas a admitir, enquanto o juiz está vinculado às normas vigentes, o árbitro deve respeitar sobretudo o convencionado pelas partes, observando o obrigatoriamente aplicável em matéria de direito substantivo. Apenas o direito processual não colhe aplicação em arbitragem, não obstante o facto de as partes o poderem convencionar.

Para a boa decisão da causa pelo juiz ou árbitro, influem critérios de autoridade, equidade, imparcialidade, regras quanto ao ónus da prova e às conclusões probatórias, bem com deveres que contribuem para uma melhor esclarecimento dos factos. Em suma, embora se verifiquem diferenças no instituto da prova em processo arbitral e em processo judicial, mormente quanto aos critérios da sua admissão, consideração e produção, subsiste ainda uma paridade fundamental inerente ao seu contributo para a formação da convicção do julgador como elemento determinante da boa decisão da causa.

BIBLIOGRAFIA

- BARROCAS, Manuel Pereira (2010), *Manual de arbitragem*, Coimbra: Almedina.
- (2012), “Processo arbitral correto ou guerrilha arbitral? O mau exemplo de maus profissionais”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 72, volume IV, pág. 1085 a 1094.
- FRADA, Manuel Carneiro (2012), “A equidade ou a justiça com coração: A propósito da decisão arbitral segundo a equidade”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 72, n.º 1, pág. 109 a 145.
- FREITAS, José Lebre (2013), *Introdução ao Processo Civil – Conceito e princípios gerais à luz do novo código*, 3.ª edição, Coimbra: Coimbra Editora.
- GOUVEIA, Mariana França (2015), *Curso de resolução alternativa de litígios*, 3.ª edição, Coimbra: Almedina.
- MENDES, João de Castro (1961), *Do conceito de prova em processo civil*, Lisboa: Ática.
- OLIVEIRA, Mário Esteves (2014), *Lei da arbitragem voluntária*, Coimbra: Almedina.
- PIMENTA, Paulo (2014), *Processo civil declarativo*, Coimbra: Almedina.
- RODRIGUES, Fernando Pereira (2011), *A prova em direito civil*, Coimbra: Coimbra Editora.
- VARELA, Antunes (1984), “Anotação ao Supremo Tribunal de Justiça – Acórdão de 22 de Outubro de 1981 e Assento de 21 de Junho de 1983”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 116, n.º 3716, pág. 338 a 347.

LISTA DE SIGLAS

CC - Código Civil	LAV - Lei da Arbitragem Voluntária
CPC - Código do Processo Civil	LCIA - London Court of International Arbitration
IBA - International Bar Association	UNICTRAL - United Nations Commission on International
ICC - International Court of Arbitration	Trade Law

ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE OS JULGADOS DE PAZ COMO MEIO ALTERNATIVO DE RESOLUÇÃO DE LITÍGIOS (RAL)

Luísa Maria Baptista Lopes Sousa

Mestre em Direito/ Docente do ISCET/Advogada

RESUMO

A atual Lei dos Julgados de Paz veio responder a uma aposta do Governo no sentido de implementar de forma crescente os Meios Alternativos de Resolução de Litígios e particularmente dos Julgados de Paz. A Lei n.º 54/2013, de 31 de julho, representa a primeira alteração à Lei n.º 78/2001, de 13 de julho que criou o regime dos Julgados de Paz, e veio introduzir cinco inovações fundamentais no que respeita à competência dos Julgados de Paz: aumenta a competência em razão do valor, passando de € 5.000 para € 15.000; altera a competência em razão da matéria prevista na alínea a) do n.º 1 do artigo 9.º, com vista a centrar a exclusão da competência não na qualidade da pessoa do demandante, mas no tipo contratual admitido; Estabelece que, produzida a prova pericial, o tribunal judicial de 1.ª instância deve remeter os autos ao julgado de paz onde a ação corria termos para aí prosseguir o julgamento da causa; Amplia a competência dos julgados de paz para a tramitação de incidentes processuais, desde que os mesmos não sejam expressamente vedados por outras disposições da lei; Introduce a possibilidade de serem requeridas providências cautelares junto dos julgados de paz, tornando-se o recurso aos julgados de paz um meio mais completo de defesa dos direitos dos cidadãos que aos mesmos recorrem.

O presente artigo visa tratar, ainda que de forma breve, a função, objetivo e funcionamento dos Julgados de Paz, concedendo uma particular atenção à mediação pública implementada nestes tribunais extrajudiciais.

Palavras-chave

Julgado de Paz, Mediação, Competência, Acordo, Sentença.

1. INTRODUÇÃO

Garantir ao cidadão o acesso à realização da justiça com vista a permitir que este se sinta seguro e atinja o bem estar social é uma obrigação primordial e constitucional de um Estado de Direito.

A Constituição da República Portuguesa, no seu art. 20º nº 1 prevê *“A todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesas dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos”*.

A revisão constitucional de 1997 incluiu os julgados de paz no elenco das categorias de tribunais previstos pelo art.º 209º da C.R.P., porém, pena é, que, como se refere no Relatório de 2013 do Conselho dos Julgados de Paz, *“...ainda hoje há quem não saiba (ou não queira saber) o que são julgados de paz!”*

A realização e implementação do aludido dever constitucional é garantia fundamental da ordem social e concretiza-se habitualmente pelo recurso aos tribunais judiciais, no entanto sempre se procurou que, paralelamente a esta via, se adoptassem os meios alternativos de resolução de conflitos, de cariz extrajudicial proporcionando aos cidadãos o propósito fundamental que é a realização da justiça e do direito, quicá de forma mais célere e eficaz.

Todos os cidadãos têm o direito de acesso à justiça quer nos tribunais comuns, quer através dos meios alternativos de resolução de litígios, e nomeadamente, áquele sobre que nos propomos agora escrever algumas considerações - os Julgados de Paz.

As formas de resolução alternativa de litígios (RAL) têm vindo a ganhar uma maior dimensão como forma de realização da justiça e nessa medida é cada vez mais importante assegurar a localização e o número de Julgados de Paz - rede de Julgados de Paz - por forma a permitir assegurar um acesso efectivo e igualitário dos cidadãos a esta via de administração da justiça.

Parece-nos que atualmente se perspectiva um crescimento significativo da instalação dos Julgados de Paz. Na verdade face à nova LOTJ, que reformou profundamente o mapa judiciário, e cuja aplicação se traduziu na extinção de tribunais judiciais o que levou a que geograficamente se verificasse um afastamento dos cidadãos relativamente aos locais de realização da justiça judicial, mostra-se, a nosso ver, cada vez mais necessário procurar outras formas paralelas de resolver os conflitos de forma mais próxima, célere, eficaz e não menos importante, mais barata. Terá pois o Estado interesse em dinamizar os RAL e em particular os Julgados de Paz, procurando assegurar que estes sejam objecto de níveis de procura adequados e promovendo a procura cada vez maior desta forma de realização da justiça. Daí que se deverá ter em consideração no estabelecimento de uma rede de Julgados de Paz a verificação das condições da sua procura. Tal passará por criar uma visibilidade cada vez maior associada ao sentimento de pertença do Julgado de Paz por parte das comunidades locais, conseguindo transmitir uma imagem pública dos Julgados de Paz reveladora da sua eficácia e celeridade, competitiva em termos económicos, comparativamente com os meios comuns, o que os tornará certamente uma forma preferível, desejável e atrativa de resolução de conflitos. A adesão aos Julgados de Paz passará, como se disse, por uma eficaz divulgação pública da sua existência e distribuição pelo território nacional, mas também pela aposta na sua divulgação acção junto dos profissionais da justiça, dos advogados e magistrados judiciais, pelo reconhecimento por estes operadores da competência exclusiva dos Julgados de Paz para causas de determinada natureza e valor. Note-se que não é pacífica esta política de incentivo ao recurso preferencial ao Julgados de Paz como forma de resolução de litígios e de garantia ao acesso á justiça. Na verdade entendemos que estes tribunais podem e devem ser um instrumento de realização da justiça que o cidadão procura, porém os seus direitos têm que estar tecnicamente protegidos e existir um aconselhamento que lhe permita ter um entendimento cabal dos seus seus direitos. É pois fundamental a consagração da intervenção obrigatória do patrocínio judiciário, como forma de garantir que a realização da justiça seja efetivamente garantida.

2. A ATUAL LEI DOS JULGADOS DE PAZ: GENERALIDADES

Segundo a Direção Geral da Política de Justiça (DGPJ), os Julgados de Paz são tribunais dotados de características próprias de funcionamento e organização. A base legal que deu suporte à sua criação nos tempos modernos foi a Lei 78/2001 de 13 de Julho, Lei de Organização, Competência e Funcionamento dos Julgados de Paz, comumente denominada Lei dos Julgados de Paz, que foi recentemente alterada pela Lei nº 54/2013 de 31 de Julho.

Os primeiros Julgados de Paz entraram em funcionamento em janeiro e fevereiro de 2002, funcionando, inicialmente, a título experimental, num contexto de promoção de novas e diferentes formas de resolução de litígios, assentes em modelos agilizados e eficazes de administração da justiça, em estreita colaboração com o Poder Local e numa perspectiva de proximidade entre a Justiça e os cidadãos. Os Julgados de Paz assentam, desta forma, numa parceria pública/pública entre o Ministério da Justiça e as autarquias, sendo o respetivo financiamento partilhado entre essas duas entidades. Com as alterações introduzidas à Lei dos Julgados de Paz, em 2013, passa a ser possível que entidades públicas de reconhecido mérito possam também criar julgados de paz de âmbito nacional.

Nos termos do artigo 2º da lei 54/2013 de 31 de Julho, os julgados de paz têm antes de mais uma função social, e

nessa medida devem permitir a participação cívica dos interessados, pautando-se por princípios aí definidos, como a simplicidade, adequação, informalidade, oralidade e economia processual, devendo incentivar a justa composição dos litígios por acordo das partes.

Para J.O. Cardona Ferreira (2014), os Julgados de Paz *“podem e devem ter uma ação pedagógica e solucionadora de diferendos entre os cidadãos, mas isso depende da sensibilização quer dos utentes, quer dos servidores. Da assunção dos respetivos princípios básicos devem resultar, inclusive, as soluções adequadas às questões concretas que ocorrerem e que não tenham podido ser previstas nos diplomas legais pertinentes, aliás na linha das regras gerais do art. 10º nº 3 do Código Civil.”*

Os Julgados de Paz existem para servir os cidadãos tendo no entanto estes, o direito/dever de participarem na procura das soluções concretas, de boa-fé, assumindo civicamente o princípio da cooperação. Não se verifica aqui a tradicional forma de um triângulo processual, com o Tribunal e as partes nos vértices, mas sim uma colaboração convergente que, sem prejuízo dos valores e dos interesses de cada um, revele uma intenção solucionadora, que abranja todos os intervenientes. Esta solução não parece muito fácil de se conseguir, dado o individualismo latino e em particular o português, porém a situação poderá ser agilizada mediante campanhas de sensibilização junto dos cidadãos.

Impõe-se nesta altura uma questão: Terá este modelo de administração de Justiça condições para ser um paradigma de futuro na resolução de conflitos? A ver vamos. Estamos no entanto em crer que será seguramente uma forma a ser incrementada, para colmatar as consequências da aplicação e funcionamento da nova LOTJ, donde resultou, como supra ficou dito, um alargamento da circunscrição territorial das comarcas e consequentemente a extinção de um grande número de tribunais judiciais, afastando assim de certa forma os cidadãos destes. Os RAL e em particular os Julgados de Paz, têm a oportunidade de oferecer aos cidadãos uma justiça mais próxima, mais célere, mais barata e seguramente eficaz. Reconhecemos aos Julgados de Paz, aliás como o seu nome indica, a função pacificadora e de tranquilização dos cidadãos individualmente e do ponto de vista social. Destaca-se aqui para cumprimento deste dever o facto de se privilegiar o acordo e negociação como via para a solução do conflito. Não um qualquer acordo meramente formal ou estatístico, mas sim um acordo justo do ponto de vista de todos os intervenientes.

Na perspetiva de J.O. Cardona Ferreira (2014), os julgados de paz são *“eminentemente populares, relevam do interesse e da proximidade das pessoas utentes, da simplicidade de procedimentos e da autonomia institucional. Não são confundíveis com o sistema comum de Justiça, devem ser diretamente os cidadãos, inclusive resolvendo conflitos que, sem irem ao sistema comum, continuariam a perturbar o dia-a-dia de cada um embora, quando suficientemente disseminados acabem por evitar que significativo número de litígios entrem nos Tribunais comuns...”*. Ainda segundo J. O. Cardona Ferreira (2014), com quem concordamos em absoluto, *“... em Democracia (os Julgados de Paz são uma instituição de origem popular e de destino democrático), qualquer instituição pública só pode ter uma principal causa-final: servir os Cidadãos.”*

3. OS JULGADOS DE PAZ: FUNCIONAMENTO

Propomo-nos agora tecer algumas considerações sobre as regras de funcionamento dos Julgados de Paz de acordo com a nova lei - Lei 54/2013 de 31 de Julho.

Quanto à competência define a lei que aos julgados de paz compete o tratamento de questões exclusivamente de natureza cível. Exclui-se porém as matérias de Direito da Família, das Sucessões e Direito do Trabalho. Cabem na esfera da sua competência, por exemplo questões relativas a incumprimento de contratos e obrigações; responsabilidade civil contratual e extracontratual; direito sobre bens móveis ou imóveis; arrendamento urbano, excetuando o despejo; acidentes de viação; pedidos de indemnização cível, vg. ofensas corporais simples, difamação, injúrias, furto e danos simples, quando não tenha sido apresentada participação criminal ou após a desistência da mesma.

Nesta linha o artigo 9º da NLJP aponta as competências em razão da matéria dos Julgados de Paz:

- a) Ações que se destinem a efetivar o cumprimento de obrigações, com exceção das que tenham por objeto o cumprimento de obrigação pecuniária e digam respeito a um contrato de adesão;*
 - b) Ações de entrega de coisas móveis;*
 - c) Ações resultantes de direitos e deveres de condóminos, sempre que a respetiva assembleia não tenha deliberado sobre a obrigatoriedade de compromisso arbitral para a resolução de litígios entre condóminos ou entre condóminos e o administrador;*
 - d) Ações de resolução de litígios entre proprietários de prédios relativos a passagem forçada momentânea, escoamento natural de águas, obras defensivas das águas, comunhão de valas, regueiras e valados, sebes vivas; abertura de janelas, portas, varandas e obras semelhantes; esticídio, plantação de árvores e arbustos, paredes e muros divisórios;*
 - e) Ações de reivindicação, possessórias, usucapião, acessão e divisão de coisa comum;*
 - f) Ações que respeitem ao direito de uso e administração da compropriedade, da superfície, do usufruto, de uso e habitação e ao direito real de habitação periódica;*
 - g) Ações que digam respeito ao arrendamento urbano, exceto as ações de despejo;*
 - h) Ações que respeitem à responsabilidade civil contratual e extracontratual;*
- Abragem ações cíveis emergentes de acidentes de viação e são, seguramente, também daquelas que mais justificam o aumento da competência dos Julgados de Paz em razão do valor, que foi feito.
- i) Ações que respeitem a incumprimento contratual, exceto contrato de trabalho e arrendamento rural;*
A matéria de arrendamento rural deveria ter um tratamento semelhante, em termos de competência, ao arrendamento urbano.
 - j) Ações que respeitem à garantia geral das obrigações.*

Quanto à competência em razão do valor, a nova lei através do artigo 8º da NLJP, veio amplia-la, podendo agora os juízos de paz apreciar questões cujo valor não exceda os 15.000€, contrariamente ao que se verificava até à sua entrada em vigor, em que o valor se fixava nos 5.000€.

Esta alteração do valor é significativa pois aumenta a complexidade dos processos que podem ser instaurados nos Julgados de Paz e abre caminho a outras temáticas normalmente associadas a valores superiores a 5.000€ e que passaram a poder ser tratadas nestes tribunais. No que se refere à competência em razão do território, os fatores que determinam a competência territorial dos julgados de paz são os fixados nos artigos 11º e ss da NLJP. Nos locais onde não estiverem instalados Julgados de Paz, as ações continuarão a ser propostas em Tribunais judiciais, conforme as regras normais de competência, à luz do CPC. Onde tal se verificar, e atentas as regras supra referidas, se se optar por esta via de resolução do conflito, as acções referentes a direitos reais ou pessoais de gozo sobre imóveis e as ações de divisão de coisa comum devem ser propostas no julgado de paz da situação dos bens; Se a ação tiver por objeto uma universalidade de facto, ou bens móveis ou imóveis situados em circunscrições diferentes, é proposta no julgado de paz correspondente à situação dos imóveis de maior valor, devendo atender-se para esse efeito ao valor patrimonial; se o prédio que é objeto da ação estiver situado em mais de uma circunscrição territorial, pode ser proposta em qualquer das circunscrições, tudo nos termos do art. 11º nº 1 e 2.

A ação destinada a exigir o cumprimento de obrigações, a indemnização pelo não cumprimento ou pelo cumprimento defeituoso e a resolução do contrato por falta de cumprimento é proposta, à escolha do credor, no julgado de paz do lugar em que a obrigação devia ser cumprida ou no julgado de paz do domicílio do demandado. Se a ação se destinar a efetivar a responsabilidade civil baseada em facto ilícito ou fundada no risco, o julgado de paz competente é o correspondente ao lugar onde o facto ocorreu nos termos do art. 12º nº 1 e 2.

Em todos os casos não previstos especificamente nos artigos anteriores ou em disposições especiais é competente para a ação o julgado de paz do domicílio do demandado. Se, porém, o demandado não tiver residência habitual ou for incerto ou ausente, é demandado no julgado de paz do domicílio do demandante. Se o demandado tiver domicílio e residência em país estrangeiro, é demandado no do domicílio do demandante e, quando este domicílio for em país estrangeiro, é competente para a causa qualquer julgado de paz em Lisboa, art. 13º nº 1, 2 e 3.

Finalmente o art. 14º da NLJP, vem criar uma regra específica de competência em razão do território, que é aplicada caso o demandado seja uma pessoa coletiva, determinado que a ação é proposta no julgado de paz da sede da administração principal ou na sede da sucursal, agência, filial, delegação ou representação, conforme a ação seja dirigida contra aquela ou contra estas.

Um outro aspecto relevante no funcionamento dos julgados de paz é a celeridade. Segundo o relatório de 2014 do Conselho dos Julgados de Paz, a média de demora processual em 2014 foi de 80 dias.

Finalmente no que tange às custas processuais nos julgados de paz, a lei estipula um valor fixo, taxa única de €70,00, a cargo da parte vencida ou repartidos entre o demandante e demandado, na percentagem determinada pelo Juiz de Paz, caso o processo termine por conciliação ou resulte de sentença proferida. Se o processo for concluído por acordo alcançado através de mediação a taxa é reduzida para €50,00, de acordo no disposto da Portaria 1456/2001 nos artigos 1º e 2º.

4. BREVE REFERÊNCIA À TRAMITAÇÃO PROCESSUAL NOS JULGADOS DE PAZ

O processo nos julgados de paz inicia-se pela apresentação do requerimento na secretaria do julgado de paz, verbalmente ou por escrito, princípio da oralidade, e pode ser apresentado pelo próprio demandante ou por procurador com procuração forense com poderes gerais.

Segue-se a citação do demandado que tem dez dias para apresentar a sua contestação por escrito ou verbalmente. Começa o procedimento por convidar as partes a solucionar o litígio através da mediação, marcando uma sessão de pré-mediação. Se no procedimento de mediação lograr o acordo, conclui-se o processo com a homologação do acordo pelo Juiz de Paz. Caso assim não suceda o processo seguirá com a tentativa pelo Juiz de Paz de uma conciliação previamente ao julgamento. Caso não seja bem sucedido marcará a audiência de julgamento. Até ao dia da audiência de julgamento devem as partes apresentar as provas que reputem necessárias ou úteis, não podendo cada parte oferecer mais de cinco testemunhas. Estas não são notificadas, incumbindo às partes apresentá-las na audiência de julgamento. Se for requerida a prova pericial é ouvida a parte contrária, e se o juiz de paz entender que a diligência é pertinente ou não dilatória, manda remeter os autos ao tribunal de 1.ª instância competente, para a produção da prova necessária. produzida a prova pericial, são os autos devolvidos ao julgado de paz onde a ação corria termos para aí prosseguir o julgamento da causa. A audiência de julgamento concluirá com a sentença do juiz de paz.

A sentença é proferida na própria audiência de julgamento e reduzida a escrito e pessoalmente notificada às partes, imediatamente antes do encerramento da audiência de julgamento.

As decisões proferidas pelos julgados de paz têm o valor da sentença proferida por tribunal de 1.ª instância e as decisões proferidas nos processos cujo valor exceda metade do valor da alçada do tribunal de 1.ª instância (2500€) admitem recurso a interpor para a secção competente do tribunal de comarca em que esteja sediado o julgado de paz. O recurso tem efeito meramente devolutivo.

Note-se que as partes têm de comparecer pessoalmente, podendo, se o desejarem, fazer-se acompanhar por advogado, advogado estagiário ou solicitador. Todavia, a constituição de advogado é sempre obrigatória nos casos especialmente previstos na lei e quando seja interposto recurso da Sentença.

5. A MEDIAÇÃO NOS JULGADOS DE PAZ

Aspeto a destacar nesta formula de RAL é a mediação pública. Como sabemos não é propósito da mediação, ou qualquer outra atividade semelhante, ser jurisdicional. Isto é, não há a pretensão de que o mediador decida conflitos, mas sim que seja um colaborador na descoberta pelos próprios interessados da solução para o seu conflito. A Justiça é um valor, um objetivo, e embora a mediação não possa decidir conflitos, pode e deve apoiar os interessados para

que obtenham, entre si, justiça, harmonia e satisfação na composição dos seus interesses. Assume por isso particular importância no procedimento normal dos Julgados de Paz, harmonizando, jurisdição e mediação.

Neste âmbito a mediação tem por objetivo estimular a resolução, com carácter preliminar, de litígios por acordo entre as partes e o art. 16º ilustra isso mesmo.

De notar que os termos do nº 3 do artigo citado determinam que um acordo obtido em mediação mas que ultrapasse a competência do Julgado de Paz não é homologável pelo Juiz de Paz. Porém, não sendo título executivo jurisdicional, poderá ser título executivo se couber na previsão do art. 9º nº 1 da Lei nº 29/2013 (Lei da Mediação). A mediação hoje é um caminho para Justiça, com larga aplicação, designadamente, nos Países da Europa, América e no resto do mundo, como se tem constatado nas reuniões e colóquios da Conferência Internacional da Mediação.

J.O. Cardona, refere quanto à obra de pós doutoramento em Direito sobre Mediação, de Ivan Aparecido Ruiz, que: “*A experiência dos Julgados de Paz, principalmente pelo seu procedimento, mormente quando se prevê o serviço de mediação, por intermédio da pré-mediação e da Mediação, entende-se que é um dos modelos mais recomendáveis. Conseguiu compatibilizar o legislador português o método extrajudicial com o modelo judicial. A farta Doutrina no âmbito do Direito português, a respeito dos Julgados de Paz, bem retrata a boa aceitação desse mecanismo. Aliás, a caso a Mediação não tivesse a aceitação e utilização que se vem presenciando, não se teria editado a recente Lei de Mediação Civil e Comercial (...) Aliás, ao que percebe, é uma tendência mundial a utilização da Mediação, com pequenas variantes, nesse ou naquele país, dependendo do legislador.*”

O Mediador é uma terceira pessoa independente e imparcial que não decide, não sugere soluções e não presta assessoria jurídica nem técnica. É um facilitador da comunicação entre os mediados.

A mediação pode ser pública ou privada, sendo certo que nos julgados de paz é sempre pública, e o papel do mediador está regulado no art. 30º da NLJP:

“1 — Os mediadores que colaboram com os julgados de paz são profissionais independentes, habilitados a prestar serviços, nos termos da presente secção.

2 — No desempenho da sua função, o mediador deve atuar de acordo com o disposto no estatuto do mediador de conflitos, previsto na Lei da Mediação, aprovada pela Lei n.º 29/2013, de 19 de abril.

3 — Os mediadores estão impedidos de exercer a advocacia no julgado de paz onde prestam serviço.”

O art. 2º da Lei 29/2013, também alude à mediação nos seguintes termos:

- “a) «Mediação» a forma de resolução alternativa de litígios, realizada por entidades públicas ou privadas, através da qual duas ou mais partes em litígio procuram voluntariamente alcançar um acordo com assistência de um mediador de conflitos;*
b) «Mediador de conflitos» um terceiro, imparcial e independente, desprovido de poderes de imposição aos mediados, que os auxilia na tentativa de construção de um acordo final sobre o objeto do litígio. “

Entre as funções do mediador encontramos a promoção do respeito; a investigação dos reais interesses e anseios dos mediados; o auxílio no sentido de os mediados descobrirem os seus reais conflitos; a orientação dos mediados para a procura de informações corretas sobre o que vão decidir e para que estes assumam em conjunto a responsabilidade de resolver as questões que os afligem; o auxílio na análise das opções de solução criadas e a construção de um acordo final no sentido de garantir a sua exequibilidade, durabilidade e aceitabilidade para as partes.

A mediação assenta em princípios legalmente definidos e que vão sustentar a actuação do mediador:

Princípio da voluntariedade - Artigo 4º da Lei da Mediação, que considera que o “*procedimento de mediação é voluntário, sendo necessário obter o consentimento esclarecido e informado das partes para a realização da mediação, cabendo -lhes a responsabilidade pelas decisões tomadas no decurso do procedimento.*” Dado este carácter voluntário a denominação “mediação obrigatória” foi afastada pelo legislador português, nomeadamente no conceito legal dado pelo artigo 2º al. a), referindo expressamente que se trata de uma forma de resolução alternativa de litígios pela qual “*duas ou mais partes em litígio procuram voluntariamente alcançar um acordo com assistência de um mediador de conflitos*”.

O princípio da voluntariedade leva a que se entenda a mediação não como elemento substituto dos tribunais mas como realidade complementar, a que se pode recorrer com vantagens evidentes para certos litígios. É a voluntariedade que torna a mediação especialmente atrativa para as partes, pois são elas que controlam todo o procedimento, assumindo a responsabilidade pessoal de solucionar o seu próprio problema.

Para Dulce Lopes e Afonso Patrão, *“a mediação (e os outros meios de extrajudiciais de resolução de conflitos) assentam assim num princípio de liberdade de acesso. E parece ser este o caminho certo: a adesão íntima das partes a esta via de solução de controvérsias e sua aceitação pelas mesmas depende da sua afirmação como boa em si mesma e não como sucedâneo de um sistema de falência. Ora, a verdade é que a afirmação da mediação como método de alívio dos tribunais, que não dão resposta atempada aos problemas dos cidadãos (o que é aliás confessado pela Exposição de Motivos da proposta de lei que deu origem ao presente diploma), torna menos voluntária a sua subscrição e trai a sua eficácia. Se o recurso à mediação for necessário ou inevitável do ponto de vista pragmático (porquanto os tribunais não são verdadeiramente capazes de resolver os problemas das partes) não conquistará a aceitação e confiança das partes; no fundo, só haverá escolha se os vários métodos forem funcionalmente equivalentes, o que não acontecerá se a justiça pública for ineficiente e inacessível. A voluntariedade da mediação torna-se meramente retórica e a sua manutenção é apenas uma imposição constitucional”*.

Um outro princípio é o da confidencialidade. Regulado no artigo 5º da Lei da Mediação. Para o mediador este princípio tem duas implicações. Por um lado, o dever de sigilo, no sentido em que para o exterior o mediador não pode utilizar para qualquer fim as informações que lhe tiverem sido comunicadas ou cujo conhecimento tenha obtido por força do procedimento de mediação, sendo que *“inter partis”*, o mediador também não pode transmitir aos demais, informações que lhe tiverem sido prestadas a título confidencial por um dos mediados. Trata-se de algo próximo de um verdadeiro segredo profissional, com vista a assegurar o sucesso da função e a manter a confiança das partes em litígio. Por outro lado, a impossibilidade de valoração do conteúdo da mediação nas vias judiciais.

A confidencialidade da mediação constitui igualmente uma forma da sua promoção, sobretudo nos conflitos de consumo: as empresas podem mostrar preferência por esta via uma vez que se evita uma eventual publicidade negativa gerada por um julgamento público.

O princípio da confidencialidade cede a interesses que lhe estão subjacentes, nomeadamente o sucesso da mediação. Quando este seja colocado em causa cessa a confidencialidade, podendo revelar-se o conteúdo da mediação quando tal seja necessário a aplicar ou executar o acordo alcançado na sessão de mediação.

Não é pacífico o entendimento relativo à questão de saber se o levantamento da confidencialidade nos casos legalmente previstos é uma decisão própria do mediador ou se, pelo contrário, é aplicável por analogia o regime jurídico do profissional do advogado ou solicitador, devendo aquele solicitar autorização para revelar as informações que repute necessárias. A questão assume particular importância porquanto a cessação do dever de confidencialidade é admitido com base em cláusulas abertas, devendo densificar-se por um lado quando se está perante razões de ordem pública e, por outro, quando tal é necessário à proteção desses interesses.

Do princípio da confidencialidade decorre para o mediador alguns impedimentos nos termos do artigo 28º da Lei da Mediação. Nomeadamente *“...o mediador de conflitos não pode ser testemunha, perito ou mandatário em qualquer causa relacionada, ainda que indiretamente, com o objeto do procedimento de mediação”*. Assim, se o mediador for chamado a depor judicialmente sobre informação sob o dever de confidencialidade, deve escusar-se a fazê-lo, salvo se em causa estiverem situações qualificáveis como de exceção ao abrigo deste artigo.

Outros princípios enformadores da mediação é o da igualdade e da imparcialidade. Nos termos do artigo 6º da Lei da Mediação. A imparcialidade e igualdade são também apontados no art 2º al.b) da Lei da Mediação, dá a noção de *«Mediador de conflitos»* como sendo *“um terceiro, imparcial e independente, desprovido de poderes de imposição aos mediados, que os auxilia na tentativa de construção de um acordo final sobre o objeto do litígio”*.

A imparcialidade do mediador avalia-se pela equidistância em relação às partes mediadas. O mediador não pode posicionar-se manifestando preferência relativamente a qualquer delas, ainda que os mediados tentem muitas vezes levá-lo a isso. Nas sessões de mediação as partes têm direito a todas informações relativas à mediação; têm o direito de exprimir de forma livre os seus pontos de vista, respeitando sempre o princípio da colaboração; têm direito a ser assessoradas por advogado. O mediador deve encerrar a mediação sempre que entenda que está instalado de forma irreversível desequilíbrio entre as partes. Finalmente caracteriza a actividade do mediador os princípios da competência e da responsabilidade. A fim de adquirir as competências adequadas ao exercício da sua actividade o mediador pode frequentar ações de formação que lhe confirmem aptidões específicas, teóricas e práticas, nomeadamente curso de formação de mediadores de conflitos realizado por entidade formadora certificada pelo Ministério da Justiça, nos termos do artigo 24º da Lei da mediação. A responsabilidade traduz-se no facto de o mediador que “...viole os deveres de exercício da respetiva actividade, nomeadamente os constantes da presente lei e, no caso da mediação em sistema público, dos atos constitutivos ou regulatórios dos sistemas públicos de mediação, é civilmente responsável pelos danos causados, nos termos gerais de direito.”

BIBLIOGRAFIA

- CHUMBINHO, João (2007), *Julgados de Paz na Prática Processual Civil*, Quid iuris, ISBN 9789727243303
- CHUMBINHO, João, http://www.rtp.pt/noticias/pais/quase-metade-das-aco-es-nos-julgados-de-paz-de-lisboa-superiores-a-5-mil-euros_n724192#sthash.pJ6juvNc.dpuf, consultado em 18 de Julho de 2016.
- GOUVEIA, Mariana França (2008), *Meios de resolução alternativa de litígios: negociação, mediação e julgados de paz*, in Estudos comemorativos dos 10 anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Almedina, 2º vol. Pág. 727-758.
- FERNANDEZ, Elisabeth (2006), *Um juiz de paz para a paz dos juizes (?)*, (Breve análise das competências e do funcionamento dos julgados de paz: perspectiva critica) in Cadernos de direito privado, Braga, nº 15 (Jul/Set 2006), pág. 15-31.
- FERREIRA, Jaime Octávio Cardona (2014), *Julgados de Paz - Organização, Competência e Funcionamento*, Coimbra Editora, 3ª Ed., ISBN 9789723222111.
- LOPES, Dulce; PATRÃO, Afonso (2014), *Lei da Mediação Comentada*, Almedina, ISBN 9789727243303.
- VARGAS, Lúcia Dias (2006), *Julgados de paz e mediação*, Almedina.

ABREVIATURAS

- al. - alínea
art. - artigo
CRP - Constituição da República Portuguesa
DGPJ - Direcção Geral da Política de Justiça
D.L. - Decreto-Lei
LOTJ - Lei Orgânica dos Tribunais judiciais
nº - número
NLJP - Nova lei dos Julgados de Paz
pág. - página
RAL - Resolução Alternativa de Litígios
ss. - seguintes

O JUSTIFICADO INTERESSE PRÓPRIO DA SOCIEDADE COMERCIAL NA PRESTAÇÃO DE GARANTIAS A OUTRAS ENTIDADES

Melanie de Oliveira Neiva Santos

ISCET

RESUMO

A prestação de garantias reais ou pessoais por sociedades comerciais a dívidas de outras entidades está, em princípio, vedada. Tal proibição não assume, porém, caráter absoluto e admite exceções, designadamente no caso de existir justificado interesse próprio da sociedade garante ou relação de domínio ou de grupo entre as sociedades garante e garantida. A proibição em apreço, com as ressalvas aqui enunciadas, decorre do preceituado no artigo 6º, nº 3 do Código das Sociedades Comerciais. A interpretação do que seja o *justificado interesse próprio* e a repartição do *ônus da prova* da sua existência constituem questões controvertidas, na doutrina e na jurisprudência, com evidente impacto no tráfico mercantil. É a análise desta problemática e das soluções em jogo que se pretende com o presente trabalho.

Palavras-chave

Garantias, sociedade comercial, justificado interesse próprio, ônus da prova.

ABSTRACT

Under article 6º, nº 3 of the Portuguese Commercial Companies Code, commercial companies are forbidden to secure debts of other parties by granting guarantees over the assets of the company. Such guarantees may, however, be granted in the presence of a justified and self-interest of the guaranteeing company or in case of companies in a group or control relationship.

The aforementioned article has raised different doctrinal constructions and court decisions as to what a “justified and self-interest” amounts to and on who carries the burden of proof of such facts.

The present study aims to consider different views over such issues for its undeniable importance on commercial trade.

Keywords

Guarantees, commercial company, justified self-interest, burden of proof.

1. O PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE DO FIM

A problemática da prestação de garantias reais ou pessoais por sociedades comerciais a dívidas de outras entidades insere-se na questão da capacidade das pessoas coletivas, esta última norteadada pelo princípio da especialidade do fim. No domínio civilístico o princípio da especialidade do fim está previsto no Código Civil, no seu artigo 160º, nº 1, segundo o qual “A capacidade das pessoas coletivas abrange todos os direitos e obrigações necessários ou convenientes à prossecução dos seus fins” e nº 2, que acrescenta “excetuando os direitos e obrigações vedados por lei ou que sejam inseparáveis da personalidade singular.”

Este princípio foi plasmado, para as sociedades comerciais, no artigo 6º, nº 1 do Código das Sociedades Comerciais¹ mas, apesar de quase impercetível, com uma redação diferente. A norma do direito societário estabelece que, “A capacidade da sociedade compreende os direitos e as obrigações necessários ou convenientes à prossecução do seu fim, excetuados aqueles que lhe sejam vedados por lei ou sejam inseparáveis da personalidade singular.” Daqui resulta que, neste último caso, o legislador mede a capacidade por referência ao *fim* ao invés da primeira norma, aqui citada, onde faz menção a *fins*.

Acompanhando o ensinamento de Pupo Correia (2012:197), sublinhamos que, a evolução do regime jurídico das sociedades comerciais confere especial importância à distinção, operada em sede de elemento teleológico, entre o fim mediato, isto é a finalidade lucrativa, e o fim imediato, ou seja o objeto social ou atividade a desenvolver pela sociedade. Conforme explica este autor a mudança de redação que o legislador introduziu no caso das sociedades comerciais é propositada “(...) destinando-se a circunscrever o alcance do aludido princípio, quanto às sociedades comerciais, apenas à medida necessária para que a sociedade não possa validamente praticar actos incompatíveis com o seu *fim lucrativo*. Ou seja, o legislador, no campo das sociedades comerciais, quis retirar do alcance do princípio da especialidade os actos que excedem o âmbito do *objecto social*, escopo ou actividade que a sociedade deva prosseguir, nos termos do seu pacto ou estatuto.”

A questão da interpretação dada ao vocábulo *fim* na referida norma do Código das Sociedades Comerciais foi abundantemente discutida na doutrina, em especial por Osório de Castro² e Pedro Albuquerque³, a propósito da prestação de garantias por sociedades a dívidas de outras entidades.

Apesar de alguma doutrina e jurisprudência dissonantes, aparentemente, constitui hoje entendimento dominante a interpretação segundo a qual a capacidade de gozo das sociedades comerciais está limitada pelo fim mediato, isto é pela sua finalidade lucrativa.

2. A CAPACIDADE DE GOZO E A CAPACIDADE DE EXERCÍCIO DAS SOCIEDADES COMERCIAIS

Na definição de Olavo Cunha (2012:80) a capacidade de gozo “(...) é a medida de direitos e vinculações de que uma dada sociedade comercial é suscetível de ser *titular*, de entre todos os direitos e vinculações possíveis e compatíveis com a personalidade coletiva.” Já “A capacidade de exercício das pessoas coletivas e das sociedades comerciais tem que ver com mecanismos próprios que expliquem a atuação dos respetivos direitos e vinculações e que essa atuação (exercício) se processa através de um determinado órgão: a administração ou a gerência.”

No caso das sociedades comerciais a capacidade de gozo compreende os direitos e as obrigações necessários ou convenientes à prossecução do seu fim, excluindo-se os direitos e obrigações que lhe sejam vedados por lei ou sejam inseparáveis da personalidade singular.

A leitura completa do preceituado no artigo 6º permite concluir, a par de autores como Pupo Correia⁴ e Osório de Castro⁵, entre outros, que o fim que limita a capacidade de gozo das sociedades comerciais é o lucro, conforme se demonstrará.

O legislador esclarece no nº 2 da norma em apreço que “As liberalidades que possam ser consideradas usuais, segundo as circunstâncias da época e as condições da própria sociedade, não são havidas como contrárias ao fim desta.” Pelo que, em estreita correlação com o limite da capacidade (de gozo) pelo fim (lucrativo), o legislador vem esclarecer que, atenta a natureza gratuita de tais atos, as liberalidades só são admissíveis em razão de uma vantagem indireta que a sociedade retire da sua prática. A sociedade não poderá, em princípio, realizar doações, salvo se com o propósito

1 - Salvo indicação em sentido contrário, os preceitos legais referidos são do Código das Sociedades Comerciais.

2 - Osório de Castro (1996:565-593) e (1998:823-858).

3 - Pedro Albuquerque (1995:689-711) e (1997:69-147).

4 - *Loc. cit.*

5 - *Op. cit.*

de obter um ganho (indireto). Assim e a título de exemplo, a sociedade poderá entregar brindes publicitários como forma de projetar a imagem, serviços ou produtos da empresa. Neste mesmo sentido Oliveira Ascensão⁶ refere que “se a sociedade realiza a liberalidade para obter a redução de impostos, ou para conseguir publicidade, ou para melhorar a sua imagem perante o público, há de qualquer modo um interesse económico que nos permite dizer que não é prejudicado o fim lucrativo da empresa.”

E de novo, no nº 3 do artigo 6º, o legislador retira consequências da capacidade de gozo limitada à finalidade lucrativa. Com efeito, atenta a natureza gratuita de que o ato se reveste, é, em princípio, vedada a prestação de garantias pessoais ou reais por sociedades comerciais⁷ a dívidas de outras entidades. A prestação de garantias porque envolve a satisfação de dívidas alheias com o património da própria sociedade constitui em princípio um ato que contraria o fim último da sociedade, isto é o lucro. Admite-se, porém, a sua prática nos casos em que haja um justificado interesse próprio da sociedade garante ou no caso de sociedades em relação de grupo ou de domínio.

Por último e, em desenvolvimento do princípio estabelecido no nº 1, do artigo 6º, o seu nº 4 estatui expressamente que o objeto social e a proibição de prática de determinados atos, fixados pelo pacto social ou por deliberação social, não limitam a capacidade da sociedade.

A delimitação, positiva ou negativa, das atividades da sociedade não influi na questão da capacidade de gozo. Isto é, não reside na vontade dos sócios a delimitação do feixe de direitos e obrigações de que a sociedade é suscetível de ser titular. Isto não significa, porém, que o fim imediato seja irrelevante, mas a sua importância situa-se ao nível da capacidade de exercício da sociedade e, eventual, responsabilidade dos seus órgãos, bem como da própria subsistência da sociedade atento o disposto no artigo 142º.

Com efeito, o artigo 6º, nº 4 *in fine* estabelece que o objeto social constitui os órgãos da sociedade no dever de não excederem esse objeto ou de não praticarem os atos proibidos por cláusulas contratuais ou deliberações sociais, o que releva para efeitos do disposto no artigo 72º.

Nas palavras de Pereira de Almeida (2006:32) “(...) o princípio da especialidade, que limita a capacidade jurídica das pessoas colectivas aos actos necessários ou convenientes à prossecução dos seus fins (art. 160º do C. Civ.) só tem aplicação, nas sociedades comerciais, ao objecto mediato – finalidade lucrativa – servindo o objecto imediato apenas para limitar os poderes de representação dos administradores e, mesmo assim, só verificadas certas condições.”

Ainda neste sentido explica Henrique Mesquita (1997:730) que “(...) o princípio do nº 4 do artigo 6º, bem como as regras, que nele se filiam, dos artigos 260º, n.º 1, e 409º, n.º 1, só se aplicam aos negócios jurídicos que, apesar de não caberem no objecto social ou de não respeitarem limitações estabelecidas pelos sócios mediante deliberação social, tenham natureza ou escopo lucrativo.

Um *negócio gratuito*, porque é contrário ao *fim* de qualquer sociedade, *está excluído da respectiva capacidade de gozo e*, consequentemente, do âmbito de competência dos administradores ou gerentes.”

3. ATOS GRATUITOS E ATOS LUCRATIVOS *ULTRA VIRES*⁸

A prática de um ato gratuito, fora das situações excepcionais previstas nos nºs 2 e 3 do artigo 6º, é pela sua própria natureza contrário ao fim da sociedade e, portanto, é sancionado com nulidade por violação de norma imperativa, nos termos do disposto no artigo 294º do Código Civil.

6 - *Apud* Luís Serpa Oliveira, *op. cit.*, p. 394, nota (14).

7 - Sociedades comerciais que não sejam instituições de crédito, sociedades financeiras ou sociedades seguradoras. Conforme precisa Luís Serpa Oliveira, não está em causa a prestação de garantias por sociedades comerciais no âmbito da respetiva atividade e, portanto, a título profissional (1999:389-390)

8 - Como refere Henrique Mesquita (1997:728), corresponde no direito inglês a *ultra vires theory*, “segundo a qual, também, a actividade jurídica das pessoas colectivas não pode ultrapassar os limites do escopo que lhes é assinalado pelos estatutos.”

Já um ato lucrativo, ainda que não esteja contido no objeto social, será válido, podendo levantar questões de vinculação da sociedade e de responsabilidade dos seus órgãos. Para Menezes Cordeiro (2012:95) as regras estatutárias e deliberações sociais não limitam a capacidade da sociedade e explica a consequência dos atos que excedem a capacidade e o objeto da sociedade da seguinte forma: ao atos “*ex rerum natura*, são nulos, por impossibilidade jurídica (280º/1, do CC); *ex lege*, são nulos, por violação da lei (280º/1 e 294º do CC), quando outra não seja a solução fixada; *ex contractu* ou *ex decisione*, são válidos, mas podem ocasionar a responsabilidade dos titulares envolvidos. Admite-se a sua invalidação perante terceiros de má fé: conheciam ou não podiam ignorar as limitações derivadas do objecto social (260º/2 e 409º/2, aplicáveis por analogia, a todos os tipos societários), não bastando por isso a publicidade.”

Neste mesmo sentido Pupo Correia (2007:198) afirma “porque os nºs 1 e 3 do art. 6º têm evidente carácter imperativo, os actos sociais que se revelem contrários ao fim lucrativo (nomeadamente todos os que constituam liberalidades, por ausência de contrapartida equivalente) estão feridos de *nulidade*, quer se trate de actos do órgão de administração (cfr. o art.411º, n.º 1, al. c), aplicável por analogia aos demais tipos de sociedades), quer de deliberações de sócios (vd. o art. 56º, n.º 1, al. d)), sendo aplicáveis o art. 294º do C. Civil e demais preceitos referentes ao regime da nulidade.”

Continuando o referido autor a explicitar que os atos praticados pelos órgãos sociais que sejam alheios ao objeto social serão válidos, mas porque em violação do dever consagrado no nº 4 do artigo 6º geram responsabilidade de tais órgãos pelas perdas e danos causados à sociedade.

4. A PRESTAÇÃO DE GARANTIAS POR SOCIEDADES COMERCIAIS A DÍVIDAS DE OUTRAS ENTIDADES

4.1 A PROIBIÇÃO RELATIVA

O artigo 6º nº 3 introduziu como princípio, relativo, a contrariedade ao fim da sociedade da prestação de garantias pessoais ou reais a dívidas de outras entidades e, portanto, tal ato será nulo na medida em que exorbita a capacidade de gozo das sociedades comerciais. Nas palavras de Pereira de Almeida (2006:33) serão contrárias ao fim mediato da sociedade “(...) e, por conseguinte, nulas as garantias pessoais ou reais prestadas a favor dos sócios ou de terceiros ou os empréstimos a título gratuito (...)”.

Trata-se, porém, de uma proibição relativa pois o nosso ordenamento jurídico admite a prestação de garantias entre sociedades em relação de domínio ou de grupo e sempre que se verifique um justificado interesse próprio da sociedade garante na prestação da garantia.

Cumpra, ainda, ressaltar as situações em que a prestação de garantias a terceiros faz parte do próprio objeto social⁹, bem como as situações em que a prestação da garantia não tem carácter gratuito. A prestação de garantias proibida pelo artigo 6º nº 3 será apenas aquela que ocorre a título gratuito.¹⁰

4.2 SOCIEDADES EM RELAÇÃO DE DOMÍNIO OU DE GRUPO

No que respeita às sociedades em relação de domínio ou de grupo, Pereira de Almeida (2006:33) fala em afastamento da presunção de liberalidade e Serpa Oliveira (1999:400) refere antes uma presunção da existência de justificado interesse próprio, posição que acolhemos pois em sentido técnico, sendo o ato gratuito, a prestação de garantia constitui uma liberalidade. A redação e a *ratio legis* da norma parecem dar acolhimento a uma presunção *iuris tantum* da existência de um justificado interesse próprio.

Uma questão que divide a doutrina é a da posição da sociedade garante na relação de grupo ou domínio. Parte da doutrina sustenta que a garantia pode ser prestada qualquer que seja a posição da sociedade no grupo. Assim e segundo Serpa Oliveira (1999:400) “Nas relações de domínio ou de grupo – reguladas nos arts. 486.º e ss. e 488º ss, respectivamente – os objectivos empresariais dominantes são os do grupo, definidos pela sociedade–mãe, ficando as demais sociedades numa situação praticamente idêntica à de uma sucursal ou departamento sem individualidade jurídica.

9 - A este propósito *vide supra* nota 7.

10 - Neste sentido Menezes Cordeiro (2012:96)

Em contrapartida a sociedade-mãe assume, através dos diversos mecanismos legalmente consagrados, responsabilidades face às sociedades dominadas, ou de grupo, aos respectivos credores e, quando existam, aos designados sócios livres, o que não impede, de modo algum (nem sequer em termos legais), que uma das sociedades-filhas preste à sociedade-mãe uma garantia por dívidas por esta contraídas, mesmo tratando-se de relação de grupo ou de facto.”¹¹

No sentido de que o ato apenas será válido se a garantia for prestada pela sociedade dominante do grupo encontramos na doutrina a posição sufragada por João Labareda.¹²

Carvalho Fernandes e Pitta e Cunha (1997:712) sustentam que o âmbito da aplicação da norma se estende, ainda, a grupos de facto. Com efeito, explicam os autores que, “(...) no plano do Direito constituído, as relações de grupo só ficaram tipificadas com a entrada em vigor do Código das Sociedades Comerciais. Isso não significa, porém, que os grupos não existissem “de facto” anteriormente e que a razão de ser das regras aplicáveis aos grupos de direito não se justifique também para aqueles.” Esclarecem ainda que “Um grupo de facto caracteriza-se por constituir um fenómeno sociológico, que não tem na sua base ou génese um instrumento jurídico de constituição, cuja finalidade essencial se reconduza à «criação de uma direcção económica unitária».”^{13 14}

4.3 O JUSTIFICADO INTERESSE PRÓPRIO

Constitui também uma exceção à proibição de prestação de garantias a dívidas de outras entidades, a existência de um justificado interesse próprio da sociedade garante.

A questão pressupõe naturalmente a interpretação do conceito, bem como determinar sobre quem recai o ónus da prova.

A este propósito Júlio Elvas Pinheiro adverte que “(...) o legislador continua genericamente a olhar sob suspeição a prestação de garantias por sociedades a dívidas de terceiras entidades, para além dos casos específicos, já considerados, da aquisição de acções próprias e do negócio de administradores com a sociedade.”¹⁵

A interpretação do conceito e a repartição do ónus da prova dividem a doutrina que encontra apoio nos mais diversos argumentos. A matéria está sujeita a prova, sindicável pelos tribunais, pelo que se impõe aqui uma análise da apreciação judicial do interesse próprio da sociedade garante.

No Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 28/10/2003 discutiu-se a nulidade de um negócio constitutivo de hipoteca por sociedade comercial a favor de outra sociedade comercial. A situação envolvia sumariamente, e com interesse para a questão de que nos ocupamos, os seguintes factos: a sociedade garante era totalmente estranha à obrigação garantida pela hipoteca; a constituição da referida hipoteca tinha sido objeto de deliberação favorável em assembleia-geral; nada constava da respetiva ata, como motivo ou causa justificativa para a constituição de tal garantia.

Perante a factualidade vinda de descrever entendeu o Tribunal da Relação de Guimarães que a questão passava por uma eventual anulação da deliberação nos termos do artigo 58º, vício que contudo estaria sanado pelo decurso do tempo e falta da respetiva arguição do prazo.

Diferentemente, e com uma fundamentação que inteiramente acompanhamos, decidiu o Supremo Tribunal de Justiça que a questão da prestação de garantias a dívidas de outras entidades (coletivas ou pessoas singulares) se insere no domínio da capacidade conforme decorre da própria epígrafe do artigo 6º. “(...) Tal significa que tais actos, salvaguardadas as excepções previstas na parte final do n.º 3, estão fora da capacidade jurídica das sociedades, faltando-lhes em absoluto

11 - Posição que é partilhada por Pedro Albuquerque (1997:136-143), Osório de Castro (1998:178) e Pereira de Almeida (2006:33).

12 - *Apud* Pereira de Almeida (2006: 33) nota (27).

13 - *Op. cit.* p. 712, nota (52).

14 - Posição partilhada ainda por Menezes Cordeiro, *op. cit.* p. 96.

15 - *Apud* Ac. do STJ de 28/10/2003, Proc. 03A2485, disponível em www.dgsi.pt

o direito de se obrigarem nas referidas condições, além de que, estaremos, então, perante a prática de actos proibidos por lei de carácter imperativo.”

Em face desta posição, sustentou o Supremo Tribunal de Justiça que a violação da primeira parte do n.º 3 do artigo 6.º acarreta a nulidade do ato e não a mera anulabilidade. Esta última invalidade seria aplicável apenas no caso de uma falta de capacidade de exercício, ao invés da situação em análise no aresto que se situa no plano da capacidade de gozo. A sanção da nulidade encontra a sua justificação na defesa dos interesses em presença “que passam pela defesa do interesse da sociedade enquanto tal, dos interesses dos seus sócios e do interesse dos credores sociais, designadamente contra os actos lesivos dos próprios sócios ou da respectiva administração ou gerência.”¹⁶

Como bem salientou o Supremo Tribunal de Justiça uma deliberação não pode derrogar uma proibição legal. A validade do ato está dependente da verificação de uma das situações excecionadas no n.º 3 do artigo 6.º.

Com especial interesse para a matéria aqui em análise é a seguinte passagem do aresto em apreço:

“O interesse próprio da sociedade para o efeito em questão, tem de ser objectivamente apreciado e resultará das circunstâncias concretas que, em cada caso enquadram ou determinam a concessão da garantia e há-de traduzir-se na obtenção de uma qualquer vantagem para a sociedade ainda que eventualmente de forma indirecta.

Não pode, por isso, ser soberanamente decidido em assembleia geral, ainda que por unanimidade, sob pena de esvaziamento do n.º 3 do artigo 6.º e porque, a ser assim, cairíamos no absurdo de ser, afinal, o incapaz a decidir da sua capacidade de gozo.”

4.3.1 O ÓNUS DA PROVA

Questão que divide a doutrina e a jurisprudência e com evidente impacto no tráfico jurídico é a de fixar sobre quem recai o ónus da prova da existência do justificado interesse próprio.

Assim será a entidade garantida que deve provar tal existência sob pena de nulidade do ato ou será antes sobre a sociedade garante que recai tal ónus.

Conforme refere Pereira de Almeida (2006:34) “(...) é certo que a sociedade garante está muito melhor posicionada para avaliar e impugnar o “interesse próprio”. Como refere o Ac. S.T.J. de 13-5-2003 (Pinto Monteiro)(...)” Mas tudo ponderado conclui este autor que “parece assistir razão àqueles que defendem que o ónus da prova do “justificado interesse próprio” da sociedade garante compete ao terceiro que se quer prevalecer da garantia, o qual deverá ter tomado todas as precauções, no momento da prática do acto, para se salvaguardar de eventuais impugnações.”

É também esta a posição que acolhemos. Com efeito, trata-se de ato que é objeto de proibição relativa e vale aqui a fundamentação expendida pelo Supremo Tribunal de Justiça e supra citada a propósito da sanção da nulidade para os atos que excedem a capacidade de gozo das sociedades comerciais¹⁷.

O que está em causa são os interesses da sociedade, dos sócios e dos credores da sociedade.

O terceiro se quer beneficiar da garantia prestada deve rodear-se das cautelas necessárias para averiguar se tal ato se reveste de justificado interesse próprio para a sociedade garante. Conforme refere Pereira de Almeida “Aliás, nas hipotecas e outras garantias prestadas através de actos notariais, estando em causa a capacidade de gozo e a possível nulidade do ato, é necessário justificar nos considerandos ou no próprio clausulado a causa do interesse próprio.”

Concluimos, pois, ser esta a solução mais conforme com a *ratio legis* da proibição ínsita no artigo 6.º, que encontra fundamento na proteção dos interesses supra enunciados. Neste mesmo sentido de que o ónus da prova compete ao beneficiário da garantia encontramos na doutrina autores como Coutinho de Abreu, João Labareda, Osório

16 - Ac. STJ 28/10/2003, www.dgsi.pt

17 - Vide supra nota 16.

de Castro e Alexandre Soveral Martins¹⁸. No sentido de que o ónus da prova recai sobre a sociedade garante posicionam-se, entre outros, Pedro Albuquerque, Raul Ventura, Cardoso Guedes¹⁹.

No domínio da jurisprudência e segundo o Supremo Tribunal de Justiça, no seu Acórdão de 28/05/2013²⁰, a posição dominante adere a esta última tese, isto é, a da prova competir à sociedade garante.

5. CONCLUSÃO

A medida da capacidade de gozo das sociedades comerciais, apesar de controvertida, julgamos estar hoje em larga medida pacificada. Com efeito encontra-se aparentemente enraizada, na doutrina e jurisprudência dominantes, a posição de que tal capacidade está limitada pelo fim lucrativo e não pelo seu fim imediato, isto é pelo objeto social.

A integração do conceito “justificado interesse próprio” remete o intérprete para critérios objetivos e dependerá das circunstâncias do caso concreto. Constitui núcleo essencial da validade do ato que a sociedade obtenha uma vantagem, ainda que indireta.

A *vexata quaestio* da repartição do ónus da prova sobre a existência do justificado interesse próprio é na doutrina e na jurisprudência a que mais antagonismo provoca com forte impacto no comércio e tráfico jurídico.

Com efeito e em caso de litígio a integração do conceito depende da situação concreta da sociedade, e conseqüentemente da alegação de factos objeto de prova a produzir. Seria, pois, desejável uma decisão uniformizadora sobre a questão em abono da segurança jurídica.

18 - Pereira de Almeida, *op. cit.*, p. 35. nota (29) e Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 28/05/2013, Proc. 300/04.0TVPRT-A.P1.S1, in www.dgsi.pt

19 - *Apud* Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 28/05/2013, Proc. 300/04.0TVPRT-A.P1.S1, nota (8) in www.dgsi.pt

20 - *Idem*.

BIBLIOGRAFIA

- ALBUQUERQUE, Pedro (1995), “A vinculação das sociedades comerciais por garantia de dívidas de terceiro”, *in* ROA, ano 55, II, pp. 689-711
- _____ (1997), “Da prestação de garantias a por sociedade comerciais a dívidas de outras entidades”, *in* ROA, ano 57, II, pp.69-147
- ALMEIDA, António Pereira de (2006), “Sociedades Comerciais”, 4ª edição, Coimbra: Coimbra Editora
- ASCENSÃO, José de Oliveira (1993), “Direito Comercial”, Vol. IV – Sociedades Comerciais, Lisboa
- CASTRO, Osório (1996), “Da prestação de garantias por sociedades a dívidas de outras entidades”, *in* ROA, ano 56, II, pp. 565-593
- _____ (1998), “De novo sobre a prestação de garantias por sociedades a dívidas de outras entidades: luzes e sombras”, *in* ROA, ano 58, II, pp. 823-858
- CORDEIRO, António Menezes (2012), “Anotação ao artigo 6.º”, em Menezes Cordeiro (coord.), *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, 2ª edição, Coimbra: Almedina
- CORREIA, Miguel J. A. Pupo (2007), “Direito Comercial Direito da Empresa”, 10ª edição, Lisboa: Ediforum, com a colaboração de António José Tomás e Octávio Castelo Paulo
- CUNHA, Paulo Olavo (2012), “Direito das Sociedades Comerciais”, 5ª edição, Coimbra: Coimbra Editora
- FERNANDES, Luís Carvalho e CUNHA, Paulo Olavo (1997), “Assunção de dívida alheia. Capacidade de gozo das sociedades anónimas. Qualificação de negócio jurídico. Parecer”, *in* ROA, Ano 57, Vol. II, pp. 693 – 719
- FURTADO, Jorge Henrique Pinto (2001), “Curso de Direito das Sociedades”, 4ª edição, Coimbra: Almedina
- HÖRSTER, Heinrich Ewald (1992), “A parte geral do Código Civil Português, teoria geral do Direito Civil”, Coimbra: Almedina
- LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes (2008), “Garantias das Obrigações”, 2ª edição, Coimbra: Almedina
- MESQUITA, Manuel Henrique (1997), “Parecer”, *in* ROA, Ano 57, Vol. II, pp. 721-737
- OLIVEIRA, Luís Serpa (1999), “Prestação de garantias por sociedades a dívidas de terceiros”, *in* ROA, ano 59, Vol. I, pp. 389 – 412
- PINTO, Carlos Alberto da Mota (1992), “Teoria Geral do Direito Civil”, 3ª edição act., Coimbra: Almedina
- VASCONCELOS, Pedro Pais de (2008), “Teoria Geral do Direito Civil”, 5ª edição, Coimbra: Almedina

JURISPRUDÊNCIA

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- Ac. de 28/05/2013 (Fernandes do Vale), Proc 300/04.0TVPRT-A.P1.S1, *in* www.dgsi.pt
- Ac. de 18/10/2012 (Pizarro Beleza), Proc. 160-Q/2001.L1.S1, *in* www.dgsi.pt
- Ac. de 27/01/2010 (Sousa Leite), Proc. 2380/05.2TBOER.S1, *in* www.dgsi.pt
- Ac. de 28/10/2003 (Moreira Alves), Proc. 03A2485, *in* www.dgsi.pt
- Ac. de 13/05/2003 (Pinto Monteiro), Proc. 03A318, *in* www.dgsi.pt
- Ac. de 17/02/2000 (Sousa Inês), Proc. 1218/99, sumário *in* www.pgdl.pt

SUPREMO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

- Ac. de 13/11/2013 (Pedro Delgado), Proc. 01460/13, *in* www.dgsi.pt

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE COIMBRA

- Ac. de 17/10/2000 (Ferreira Bastos), Proc. JTRC01121, sumário *in* www.dgsi.pt

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DO PORTO

- Ac. de 29/09/2008 (Isoleta Costa), Proc. 0853640, *in* www.dgsi.pt

A RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DOS GESTORES: A EVOLUÇÃO DO REGIME DA REVERSÃO FISCAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS: O ÓNUS DA PROVA

Rodrigo Maria de Azevedo Soares Cordeiro da Silveira

Advogado e Docente do IS CET

RESUMO

A responsabilidade dos gestores pelas dívidas tributárias das empresas por si administradas e o respectivo processo de reversão do processo executivo contra aqueles tem sido alvo de várias abordagens de estudo e de análise por parte da doutrina e da jurisprudência.

Na sua evolução legislativa, o respectivo regime jurídico tem vindo a sofrer relevantes alterações, com especial incidência na questão do ónus da prova dos seus pressupostos.

A temática em causa tem um interesse intrínseco do ponto de vista do Direito Fiscal substantivo – nomeadamente, no que se refere à análise do instituto da responsabilidade tributária – e, também, do Direito Fiscal adjectivo ou processual – na análise da reversão do processo de execução fiscal e dos respectivos meios de defesa ou garantias do sujeito passivo.

Palavras-chave

Responsabilidade Tributária; Gestores; Responsabilidade Tributária Subsidiária; Reversão Fiscal; Ónus da Prova; Lei Geral Tributária.

1. INTRODUÇÃO

A responsabilidade dos gestores²¹ pelas dívidas tributárias das empresas²² por si administradas tem, no ordenamento jurídico português, um regime complexo e foi já alvo de uma relevante evolução histórica.

A responsabilidade tributária subsidiária destes titulares dos corpos sociais de administração, efectivada através da reversão dos respectivos processos de execução fiscal, tem suscitado, no seu percurso legislativo, inúmeros estudos, densificações conceptuais e evoluções jurisprudenciais. Sem embargo da diversa doutrina e jurisprudência existente sobre esta temática, julgamos que a mesma suscita um interesse sempre actual, na medida em que dela resulta a tentativa de percepção e mensuração, por parte daqueles que desempenham ou podem vir a desempenhar funções de gestão nas empresas, dos efectivos riscos patrimoniais que advêm do desempenho de tais funções. E a análise de tais riscos despertará, naturalmente, um interesse ainda maior em momentos de debilidade económica como aquele em que vivemos presentemente.

O presente trabalho abordará, assim e somente, a responsabilidade tributária inerente ao cargo do gestor de empresa²³, com especial enfoque na evolução do regime do ónus da prova dos respectivos pressupostos fácticos e legais.

21- Pelo conceito de *gestores*, deverá entender-se, neste trabalho, quaisquer administradores, directores ou gerentes que exerçam funções de administração ou gestão em pessoas colectivas ou entes fiscalmente equiparados.

22 - Pelo conceito de *empresas*, deverá entender-se, neste trabalho, quaisquer pessoas colectivas ou entes fiscalmente equiparados.

23 - Não será analisada, neste trabalho, a responsabilidade tributária dos órgãos sociais de fiscalização, bem como dos revisores oficiais de contas e dos técnicos oficiais de contas.

1.1. O CONCEITO DE RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA

Define o nº 3 do artigo 18º da LGT que são sujeitos passivos da relação jurídica tributária todos aqueles que estão vinculados ao cumprimento da prestação tributária, seja como contribuinte directo (devedor originário), substituto ou responsável.

Ora, em princípio e por regra, a responsabilidade tributária – que abrange, nos termos fixados na lei, a totalidade da dívida tributária, os juros e demais encargos legais²⁴ – cabe ao sujeito passivo originário²⁵.

No entanto, a responsabilidade tributária pode ser atribuída a um substituto, ou seja, a prestação tributária é exigida a uma pessoa diferente do contribuinte²⁶.

Finalmente, a responsabilidade tributária pode ainda abranger – para além do próprio sujeito passivo originário – outras pessoas, de forma solidária ou subsidiária relativamente àquele²⁷. Sendo certo que o nº 3 do artigo 22º da LGT, determina que: “*A responsabilidade tributária por dívidas de outrem é, salvo determinação em contrário, apenas subsidiária*”.

E é sobre esta responsabilidade tributária subsidiária – responsabilidade por dívidas de outrem – que nos debruçaremos na análise da responsabilidade tributária dos gestores das empresas. Ou seja, da responsabilidade do gestor, enquanto responsável subsidiário por uma dívida de outrem (da empresa por si administrada, que é o sujeito passivo originário).

1.2. O CONCEITO DA REVERSÃO FISCAL

Perante o enquadramento jurídico da responsabilidade dos gestores pelas dívidas tributárias das empresas que administram, falta saber a forma como se concretiza tal responsabilidade. Ora, determina o nº 1 do artigo 23º da LGT que a responsabilidade subsidiária efectiva-se por reversão do processo de execução fiscal²⁸. Ou seja, desde que se verifiquem os pressupostos legais previstos, nomeadamente, os do referido artigo 23º da LGT, o processo de cobrança coerciva levado a cabo pela Administração Tributária – pese embora a natureza judicial da execução fiscal²⁹ – vai ser, assim, revertido contra o responsável tributário subsidiário.

O responsável subsidiário passa a ter uma legitimidade processual passiva superveniente na execução fiscal anteriormente promovida contra o responsável originário³⁰. E esta legitimidade processual passiva superveniente na execução fiscal é plena. Por essa razão, para além do responsável subsidiário poder “atacar” o procedimento de reversão fiscal em si mesmo (nomeadamente, invocando a falta de cumprimento ou de verificação dos respectivos pressupostos legais) através da oposição à execução³¹, pode, desde logo, reclamar ou impugnar a própria dívida cuja responsabilidade lhe foi atribuída nos mesmos termos do devedor principal³².

24 - Artigo 21º, nº 1, da LGT.

25 - Se forem vários os responsáveis originários, a regra é que sejam solidariamente responsáveis pelo cumprimento da dívida tributária, conforme o disposto no nº 1 do artigo 21º da LGT.

26 - Artigo 20º, nº 1, da LGT.

27 - Artigo 22º, nº 2, da LGT.

28 - O processo de execução fiscal destina-se à cobrança coerciva das dívidas relativas a tributos, coimas, outras dívidas ao Estado e a outras pessoas colectivas de direito público que devam ser pagas por força de acto administrativo e, ainda a reembolsos e reposições, conforme o disposto no artigo 148º do CPPT.

29 - Artigo 103º, nº 1, da LGT.

30 - Artigo 153º do CPPT.

31 - Artigo 203º e seguintes do CPPT.

32 - Artigo 22º, nº 4, da LGT.

2. A EVOLUÇÃO HISTÓRICA

2.1. O DECRETO-LEI Nº 17.730, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1929

O primeiro diploma legal a regular, no ordenamento jurídico português, a responsabilidade tributária dos gestores pelas dívidas fiscais das empresas por si administradas foi o Decreto-Lei nº 17.730, de 7 de Dezembro de 1929, cujo artigo 1º tinha a seguinte redacção: *“Por todas as contribuições, impostos, multas e quaisquer outras dívidas ao Estado que forem liquidadas ou impostas a empresas ou sociedades de responsabilidade limitada em relação a actos praticados ou a actividades exercidas depois da publicação do presente decreto são pessoal e solidariamente responsáveis, pelo período da sua gerência, os respectivos administradores ou gerentes e ainda os membros do conselho fiscal nas sociedades em que os houver, se este expressamente caucionou o acto de que deriva a responsabilidade”*.

Da leitura do referido diploma, logo se evidencia o carácter extraordinariamente abrangente e quase ilimitado do regime então estatuído. Por um lado, tínhamos uma abrangência do objecto da responsabilidade, na medida em que a mesma dizia respeito a todas as contribuições, impostos, multas e quaisquer outras dívidas ao Estado. No fundo, este regime previa a responsabilização não só pelos tributos, mas por quaisquer dívidas ao Estado, independentemente da sua natureza. Por outro lado, tratava-se de um regime sem quaisquer limitações, pois da redacção do seu normativo depreendia-se uma responsabilidade solidária, formal e objectivista. Uma responsabilidade formal, na medida em que não exigia uma prestação efectiva e real do cargo, e objectivista, uma vez que não estabelecia a necessidade de qualquer culpa (ou, sequer, conduta ilícita) por parte do gestor.

Ora, acabou por ser a jurisprudência a estabelecer alguns limites a este regime extremamente gravoso, desde logo interpretando o diploma no sentido da responsabilidade dos gestores ser subsidiária relativamente à empresa e solidária entre os mesmos. Além disso, considerou exigível o exercício efectivo do cargo, ou seja, a gestão de facto. Já a ilicitude ou a culpa não eram sequer consideradas, pelo que, para evitar a aplicação do regime da responsabilidade tributária, o gestor teria forçosamente o ónus de demonstrar que, embora gestor nominal ou de direito da empresa (responsável tributário originário), não exercera nesta, de facto, o cargo e as funções de administração.

2.2. O CÓDIGO DE PROCESSO DAS CONTRIBUIÇÕES E IMPOSTOS (DECRETO-LEI Nº 45.005 DE 27 DE ABRIL DE 1963)

Com a aprovação e entrada em vigor do Código das Contribuições e Impostos (Decreto-Lei nº 45.005 de 27 de Abril de 1963), o seu artigo 16º veio regular esta matéria da responsabilidade tributária^{33 34}, através da seguinte redacção: *“Por todas as contribuições, impostos, multas e quaisquer outras dívidas ao Estado, que forem liquidadas ou impostas a empresas ou a sociedades de responsabilidade limitada, são pessoal e solidariamente responsáveis, pelo período da sua gerência, os respectivos administradores ou gerente e ainda os membros do conselho fiscal nas sociedades em que o houver, se este expressamente sancionou o acto de que deriva a responsabilidade”*. Em regime retomou essencialmente o previsto no artigo 1º do Decreto-Lei nº 17.730, de 7 de Dezembro de 1929, de que era, no fundamental, idêntico, e foi a jurisprudência que, uma vez mais, atenuou a gravosidade do mesmo ao continuar a considerar a responsabilidade do gestor como subsidiária em relação à empresa por si administrada e a necessidade de um exercício real e efectivo das funções de gerência.

No entanto, o legislador manteve uma concepção objectivista, não fazendo qualquer alusão à exigência de culpa por parte do gestor. Assim, sobre os gestores existia uma culpa *“ex lege”* ou uma culpa funcional (inerente e inseparável do efectivo exercício do cargo), pelo que apenas através da prova do não exercício efectivo do cargo de administração ou gerência permitiria ao gestor eximir-se do regime da responsabilidade tributária subsidiária.

33 - O regime passou a contemplar ainda as dívidas pelo pagamento das contribuições para a Segurança Social, através do artigo 4º do Decreto-Lei nº 512/76 de 3 de Julho e, posteriormente, do artigo 13º do Decreto-Lei nº 103/80 de 9 de Maio.

34 - Este artigo foi posteriormente aletrado, no seu parágrafo único, pelo Decreto-Lei nº 500/79, de 22 de Dezembro.

Finalmente, a doutrina e a jurisprudência entendiam que o período da gestão abrangido por este regime correspondia tanto ao tempo da verificação do facto tributário, como ao tempo da obrigatoriedade do pagamento.

Este regime era, assim, bastante severo, pois, verificando-se a insuficiência do património social para a satisfação da dívida, bastava à Administração Tributária a demonstração da gerência nominal ou de direito para reverter o respectivo processo de execução fiscal contra o gestor (uma vez que, estabelecida a gerência de direito, presumia-se a gerência de facto). Ora, se a presunção em causa era uma presunção ilidível, a verdade é que o ónus da prova, por parte do gestor – de que, apesar de ser gestor de direito, não exercera a gestão de facto – era uma prova de factos negativos, conhecida como “prova diabólica”, em razão da sua dificuldade. E assente que ficasse a gestão de facto, já não era possível ao gestor demonstrar a ausência de culpa, como se referiu, pois tratava-se de uma culpa funcional, inilidível³⁵, ou de uma “culpa inerente ao exercício de funções, que se considerava demonstrada desde que tais dívidas não tivessem sido pagas e aqueles [gestores] tivessem efectivamente exercido funções de administração”³⁶.

Ou seja, quer no regime previsto no artigo 1º do Decreto-Lei nº 17.730, de 7 de Dezembro de 1929, quer no estabelecido no artigo 16º do Decreto-Lei nº 45.005 de 27 de Abril de 1963 (CPCI), estava-se perante uma responsabilidade *ex lege*, resultante de uma mera culpa funcional, que pressupunha obrigatoriamente, no entanto, a cumulação da gerência de direito e da gerência de facto.³⁷

2.3. O DECRETO-LEI Nº 68/87 DE 9 DE FEVEREIRO

Com a entrada em vigor do Decreto-Lei nº 68/87 de 9 de Fevereiro, o regime da responsabilidade tributária dos gestores sofreu uma alteração inovadora e de fundo. O artigo único deste Decreto-Lei dispunha que: “à responsabilidade dos gerentes e dos administradores de sociedades de responsabilidade limitada prevista no artigo 16º do Código do Processo das Contribuições e Impostos aprovado pelo Decreto-Lei 45.005 de 27 de Abril de 1963 e no artigo 13º do Decreto-Lei nº 103/80 de 9 de Maio é aplicável o regime do artigo 78º do Código das Sociedades Comerciais, aprovado pelo Decreto-Lei nº 262/86 de 2 de Setembro” Desta forma, para que os gestores fossem responsabilizados pelas dívidas tributárias, teria que se ter verificado, da sua parte, uma inobservância culposa das disposições legais ou contratuais destinadas à protecção dos credores que tivesse determinado a insuficiência do património social para satisfazer tais dívidas³⁸. Com a introdução deste pressuposto legal – a existência da culpa – passou a ser possível aos gestores provarem a ausência do tal comportamento censurável conducente à insuficiência do património social e, assim, eximirem-se da responsabilidade tributária subsidiária. Mas mais: a interpretação dominante considerou que o ónus de tal prova caberia à Administração Tributária³⁹.

Esta alteração é extremamente significativa, quanto à diminuição da onerosidade do regime para os gestores. Com efeito, o gestor poderia continuar a invocar e demonstrar a não gerência de facto – como forma de não lhe ser aplicado o regime. Mas, ainda que a gerência de facto ficasse eventualmente estabelecida, o comportamento culposo do gestor era, agora, um pressuposto necessário para a sua responsabilização – culpa essa que teria que ser a própria Administração Tributária a invocar e a demonstrar judicialmente.

35 - Acórdão do TCAS, de 10 de Fevereiro de 2004, Processo nº 01109. “I. No regime do artigo 16º do Código de Processo das Contribuições e Impostos, o oponente que tenha exercido a gerência efectiva da sociedade executada, pelo período a que respeita a dívida exequenda, é parte legítima na respectiva execução fiscal. II. A responsabilidade dos gerentes, neste regime, é doutrinariamente justificada pela ficção de uma espécie de culpa: a chamada culpa funcional. III. Essa culpa funcional integra uma modalidade de culpa presumida, estabelecida de modo inilidível, *iuris et de iure*, inexoravelmente decorrente do efectivo exercício do cargo de gerência...”

36 - Silva, Isabel Marques da, “Responsabilidade tributária dos corpos sociais”, *Problemas Fundamentais do Direito Tributário*, Vislis Editores, Lisboa, 1999, p. 125.

37 - A este respeito e a título de exemplo, vejam-se os seguintes acórdãos: Ac. do STA de 8/02/1978; Ac. do STA de 20/02/1980; Ac. do STA de 18/01/1989; Ac. do STA de 17/03/1993; Ac. do STA de 31/03/1993.

38 - Conforme o disposto no artigo 78º do Código das Sociedades Comerciais.

39 - Entre outros, Acórdão do STA de 9 de Julho de 1997 e Acórdão do TCAS de 3 de Dezembro de 2003, processo nº 00952/03.

Neste período⁴⁰, o Estado passou a ter praticamente o mesmo estatuto que os restantes credores sociais⁴¹ e pode mesmo dizer-se que foi, até hoje, o regime menos gravoso para os gestores, enquanto responsáveis tributários subsidiários, apenas comparável “*cum grano salis*” a parte do regime actual, mais precisamente, àquela que se refere a alínea a) do nº 1 do artigo 24º da LGT⁴².

2.4. O CÓDIGO DE PROCESSO TRIBUTÁRIO (DECRETO-LEI Nº 154/91 DE 23 DE ABRIL)

Integrado na reforma fiscal de 1988/1989, presidida pelo Professor Paulo de Pitta e Cunha, foi aprovado o Código de Processo Tributário (Decreto-Lei nº 154/91 de 23 de Abril). E, mais uma vez, assistiu-se a uma alteração legislativa do regime da responsabilidade tributária subsidiária dos gestores, que previa no nº 1 do seu artigo 13º que: “*Os administradores, gerentes e outras pessoas que exerçam, ainda que somente de facto, funções de administração nas empresas e sociedades de responsabilidade limitada são subsidiariamente responsáveis em relação àquelas e solidariamente entre si por todas as contribuições e impostos relativos ao período do seu cargo, salvo se provarem que não foi por culpa sua que o património da empresa ou sociedade de responsabilidade limitada se tornou insuficiente para a satisfação dos créditos fiscais*”⁴³. Com este preceito legal, assistiu-se à confirmação expressa na letra da lei de que a responsabilidade dos gestores era subsidiária em relação à empresa por si administrada e solidária entre si, e foi consolidada a interpretação da exigência da gerência ou administração de facto. Por outro lado, restringiu-se a abrangência do regime ao limitar-se a responsabilidade em causa às dívidas tributárias – e já não a quaisquer dívidas ao Estado.

Finalmente, sobreviveu do regime anterior o pressuposto legal da culpa por parte do gestor. No entanto, num claro retrocesso, o ónus dessa culpa – ou melhor, da sua ausência – passou a ser do gestor. E esta inversão do ónus da prova voltou a tornar o regime extremamente gravoso para o gestor, pois embora ficasse claro estar-se perante uma presunção de culpa ilidível, tratava-se uma prova negativa e, conseqüentemente, de difícil produção. Note-se que, demonstrada a gerência de direito do gestor, por parte da Administração Tributária, teria aquele que necessariamente provar a não gerência de facto e, caso não lhe fosse possível, teria ainda que provar que não foi por culpa sua que o património social veio a revelar-se insuficiente para a satisfação das dívidas tributárias da empresa. Ou seja, em ambos os casos, o gestor teria o ónus da prova de factos negativos que, como já referimos anteriormente, redundava muitas das vezes numa “*diabolica probatio*”.

3. O REGIME ACTUAL: ARTIGO 24º DA LEI GERAL TRIBUTÁRIA (DECRETO-LEI Nº 398/98 DE 17 DE DEZEMBRO)

Actualmente, o regime da responsabilidade tributária subsidiária dos gestores pelas dívidas tributárias das empresas por si administradas encontra-se regulado nos artigos 23º – pressupostos gerais da responsabilidade tributária subsidiária – e 24º, nº 1 – responsabilidade dos membros dos corpos sociais de gestão – ambos da LGT⁴⁴. A LGT foi aprovada pelo Decreto-Lei nº 398/98 de 17 de Dezembro e entrou em vigor no dia 1 de Janeiro de 1999⁴⁵.

40 - Este regime, previsto no artigo único do Decreto-Lei nº 68/87 de 9 de Fevereiro, teve a duração de pouco mais de 4 anos, terminando com a entrada em vigor do Código de Processo Tributário, a 1 de Julho de 1991.

41 - O próprio preâmbulo do Decreto-Lei nº 68/87 de 9 de Fevereiro, referia que: “*perde sentido, cada vez mais, dotar o Estado, enquanto credor social, de um estatuto desproporcionadamente privilegiado perante os demais credores sociais*”.

42 - O referido preceito legal diz respeito às dívidas tributárias cujo facto constitutivo se tenha verificado no exercício do cargo de gerência ou cujo prazo legal de pagamento ou entrega tenha terminado depois deste, em que cabe à Administração Tributária o ónus da prova da culpa do gestor pela insuficiência do património social para fazer face a tais dívidas.

43 - No nº 2 do mesmo artigo 13º, passou a contemplar-se, pela primeira vez, a responsabilidade tributária subsidiária dos revisores oficiais de contas, mas que não abordaremos neste trabalho.

44 - Os números 2 e 3 do citado artigo 24º da LGT, regulam, ainda, a responsabilidade dos órgãos sociais de fiscalização, dos revisores oficiais de contas e dos técnicos oficiais de contas, que, como referimos, não abordaremos neste trabalho.

45 - A responsabilidade subsidiária dos gestores pelas multas ou coimas associadas às infracções tributárias praticadas pelas empresas por si administradas vem regulada no artigo 8º do Regime Geral das Infracções Tributárias, aprovado pela Lei nº 15/2001 de 5 de Junho.

3.1. PRESSUPOSTOS GERAIS

Os pressupostos gerais da responsabilidade tributária subsidiária encontram-se previstos no artigo 23º da LGT.

O nº 2 deste artigo 23º concretiza o carácter subsidiário da responsabilidade, estipulando que a reversão tem como pressuposto a fundada insuficiência de bens penhoráveis do devedor principal, sem prejuízo do benefício da excussão prévia⁴⁶.

Outro pressuposto geral deste regime é a obrigatoriedade de que a reversão, mesmo nos casos de presunção legal de culpa, seja precedida de audição do responsável subsidiário, conforme prevê o nº 4 do artigo 23º da LGT. Esta inovação permite que, numa lógica de economia processual, o potencial responsável seja ouvido previamente e que, face à fundamentação do projecto de reversão, possa apresentar os argumentos e as provas de forma a, eventualmente, persuadir a Administração Tributária de que não deve responder enquanto responsável subsidiário. Finalmente, o nº 5 do artigo 23º da LGT prevê uma isenção de juros e de custas para o responsável subsidiário, no caso de este efectuar o pagamento no prazo da oposição.

3.2. PRESSUPOSTOS ESPECIAIS

Os pressupostos especiais da responsabilidade tributária subsidiária dos gestores encontram-se previstos no artigo 24º da LGT.

Desde logo, relativamente ao âmbito subjectivo ou pessoal do regime, o nº 1 deste artigo 24º refere que são subsidiariamente responsáveis os administradores, directores e gerentes e outras pessoas que exerçam, ainda que somente de facto, funções de administração ou gestão em pessoas colectivas e entes fiscalmente equiparados⁴⁷. Ou seja, não é exigido que a administração ou gerência sejam simultaneamente de direito e de facto, bastando o exercício efectivo do cargo de gestão.

Por outro lado, relativamente às entidades objecto do referido cargo de gestão, a lei utiliza a expressão “*peçoas colectivas e entes fiscalmente equiparados*”⁴⁸. Este conceito é abrangente e remete para o CIRC, pois se as pessoas colectivas são tributadas em IRC, os entes fiscalmente equiparáveis serão aqueles que, não sendo pessoas colectivas, são tributados como tal⁴⁹.

O nº 1 do artigo 24º estabelece, ainda, como pressuposto da responsabilidade subsidiária dos gestores, no âmbito objectivo ou real, tratem-se de dívidas tributárias. E o nº 2 do artigo 3º da LGT define como sendo tributos os impostos, incluindo os aduaneiros e especiais, e outras espécies tributárias criadas por lei, designadamente, as taxas e demais contribuições financeiras a favor de entidades públicas⁵⁰.

Temos, finalmente, o pressuposto da conexão temporal. E, nos termos do disposto no artigo 24º da LGT, o gestor poderá ser responsabilizado pelas dívidas tributárias cujo facto constitutivo se tenha verificado no período de

46 - O nº 3 do artigo 23º da LGT prevê a suspensão do processo executivo desde o termo do prazo de oposição até à completa excussão do património do executado, no caso de, no momento da reversão, não ser possível determinar a suficiência dos bens penhorados por não estar definido com precisão o montante a pagar pelo responsável subsidiário.

47 - Conforme redacção dada pela Lei 30-G/2000, de 29 de Dezembro.

48 - A redacção anterior do artigo 24º, nº 1, dada pelo DL 398/98, de 17 de Dezembro, referia “sociedades, cooperativas e empresa públicas”.

49 - Além das pessoas colectivas, o artigo 2º do CIRC prevê uma incidência subjectiva de IRC sobre as entidades desprovidas de personalidade jurídica, com sede ou direcção efectiva em território português e cujos rendimentos não sejam tributáveis em IRS ou em IRC directamente na titularidade de pessoas singulares ou colectivas (alínea b), do nº 1 do artigo 2º do CIRC) e, bem assim, sobre as entidades, com ou sem personalidade jurídica, que não tenham sede ou direcção efectiva em território português e cujos rendimentos nele obtidos não estejam sujeitos a IRS (alínea c), do nº 1 do artigo 2º do CIRC).

50 - Alguma doutrina defende uma perspectiva restritiva do conceito de tributos neste regime, nomeadamente Abílio Morgado, quando diz que: “No âmbito das “dívidas tributárias” devem integrar-se apenas as dívidas de impostos (...) perante a natureza da “responsabilidade tributária” (...) trata-se de uma figura excepcional, desproporcionada para a realidade das taxas, em que pode reagir-se prontamente ao incumprimento das respectivas dívidas”. In Morgado, Abílio, “Responsabilidade Tributária: Ensaio sobre o Regime do Artigo 24º da Lei Geral Tributária”, *Ciência e Técnica Fiscal*, 2005, nº 415, p. 112.

exercício do seu cargo ou cujo prazo legal de pagamento ou entrega tenha terminado depois deste⁵¹ e pelas dívidas tributárias cujo prazo legal de pagamento ou entrega tenha terminado no período do exercício do seu cargo⁵². A conexão temporal tem uma importância decisiva no regime da responsabilidade tributária subsidiária dos gestores, mais precisamente na determinação do ónus da prova, como veremos adiante.

3.3. O ÓNUS DA PROVA NO REGIME ACTUAL

Com a entrada em vigor da LGT, a completa inversão do ónus da prova contra os gestores, que havia sido introduzida no CPT⁵³, foi mitigada e ónus da prova da culpa passou a ser repartido entre a Administração Tributária e os gestores. Dispõe o Artigo 24º, nº 1, da LGT:

“Os administradores, directores e gerentes e outras pessoas que exerça, ainda que somente de facto, funções de administração ou gestão em pessoas colectivas e entes fiscalmente equiparados são subsidiariamente responsáveis em relação a estas e solidariamente entre si:

- a) Pelas dívidas tributárias cujo facto constitutivo se tenha verificado no período de exercício do seu cargo ou cujo prazo legal de pagamento ou entrega tenha terminado depois deste, quando, em qualquer dos casos, tiver sido por culpa sua que o património da pessoa colectiva ou ente fiscalmente equiparado se tornou insuficiente para a sua satisfação;*
- b) Pelas dívidas tributárias cujo prazo legal de pagamento ou entrega tenha terminado no período do exercício do seu cargo, quando não provem que não lhes foi imputável a falta de pagamento.”*

Temos assim que a referida repartição do ónus da prova encontra-se delimitada de acordo com o mencionado elemento de conexão temporal da responsabilidade subsidiária. Temos assim que:

- Artigo 24º, nº 1, alínea a), da LGT: Nas situações em que o gestor exerceu as funções durante o momento do facto tributário que conduziu ao nascimento do tributo e, bem assim, durante o momento do prazo do pagamento do tributo (mas tendo cessado as suas funções antes do seu término) é a Administração Tributária quem tem o ónus da prova, competindo-lhe demonstrar que foi por culpa do gestor que o património social se tornou insuficiente para satisfazer a dívida tributária da empresa – nomeadamente, demonstrando uma gestão associada à prática de factos ilícitos e culposos, que possam configurar a destruição e/ou ocultação do património social, o agravamento de activos ou de passivos, a existência de contabilidades fictícias e a ocultação de documentos contabilísticos ou da própria contabilidade⁵⁴.

- Artigo 24º, nº 1, alínea b) da LGT: Nas situações em que o gestor exerceu as funções no momento em que o prazo legal de pagamento ou de entrega do tributo tenha terminado, já caberá ao gestor o ónus da prova, competindo-lhe demonstrar a ausência de culpa na falta de pagamento. Neste caso, caberá ao gestor a prova de que a falta de pagamento não lhe é imputável, no sentido de provar que não foi culpado pela insuficiência patrimonial da sociedade que levou ao não pagamento dos impostos⁵⁵ – nomeadamente, demonstrando que exerceu as suas funções de forma diligente, respeitadora das disposições legais e contratuais, e que, apesar de tal facto, os recursos da empresa não permitiram efectuar o pagamento⁵⁶.

51 - Alínea a), do nº 1 do artigo 24º da LGT.

52 - Alínea b), do nº 1 do artigo 24º da LGT.

53 - Competia sempre aos gestores provar a ausência de culpa na insuficiência do património social para a satisfação das dívidas tributárias da empresa

54 - Ou seja, o tipo de comportamento previsto, nomeadamente, como conducente à insolvência culposa, nos termos do disposto no artigo 186º do CIRE, conforme, aliás, o previsto no ponto 4.6. do Ofício Circulado nº 60.058, de 17 de Abril de 2008, da Direcção de Serviços de Justiça Tributária – DGCI.

55 - Entendemos que a interpretação mais harmoniosa desta norma é aquela que considera que a censurabilidade não está na falta do pagamento em si mesmo, mas na gestão culposa que leve à insuficiência do património social que permita tal pagamento, de forma a que o objecto da prova seja idêntico nas alíneas a) e b), do nº 1 do artigo 24º da LGT.

56 - A justificação desta presunção de culpa, prende-se também com o facto de o prazo de pagamento esgotar-se em momento coincidente

Note-se que, no caso desta alínea b), do nº 1, do artigo 24º da LGT, e ao contrário do que acontece na alínea a), do mesmo preceito legal, a o conceito utilizado é a *imputação* e não a *culpa*. Embora a exacta interpretação deste conceito de imputação seja objecto de alguma querela doutrinal, julgamos que, numa análise interpretativa sistemática, deve ser entendido que a inversão em causa é a inversão do ónus da prova da *culpa*⁵⁷.

Quanto ao ónus da prova da gerência, mantém-se a regra de que cabe à Administração Tributária o ónus da demonstração da gerência de direito ou nominal⁵⁸. E, provada que fique a gerência de direito, presume-se a gerência de facto (presunção judicial), pelo que competirá ao gerente de direito ilidir tal presunção e demonstrar que, apesar desta qualidade, não exerceu efectivamente esse cargo^{59 60}.

Já caberá à Administração Tributária a prova da gerência de facto quando a mesma não seja acompanhada da gerência de direito. Com efeito, uma vez que não existe, neste caso, qualquer presunção legal, o ónus da prova do facto constitutivo do respectivo direito – isto é, a prova da mera gerência de facto por parte do potencial responsável tributário subsidiário – terá forçosamente que recair sobre quem invoca tal facto, ou seja, sobre a Administração Tributária⁶¹.

4. CONCLUSÕES

No regime da responsabilidade tributária subsidiária dos gestores é – como resulta da presente exposição – crucial a questão de saber sobre quem recai o ónus de provar os requisitos de que depende essa responsabilidade.

Fruto de uma evolução histórica com significativas alterações legislativas, com avanços e recuos, é nossa opinião que esta questão não se encontra, ainda hoje, definitivamente (bem) resolvida.

Por um lado e como vimos, persiste alguma ambiguidade no objecto da prova, no que se refere à alínea b), do nº 1, do artigo 24º da LGT, face a uma redacção que consideramos infeliz e que tem merecido uma interpretação extensiva, no sentido de se entender que a censurabilidade não está na mera imputabilidade da falta do pagamento, mas sim na violação culposa, por parte do gestor, dos deveres legais e contratuais, de diligência e zelo, conducente a uma insuficiência patrimonial social que impossibilite a satisfação da dívida tributária.

Por outro lado, ainda acerca da referida alínea b), do nº 1, do artigo 24º da LGT, não compreendemos que subsista, nos dias de hoje, um regime que privilegia o Estado de forma tão desproporcionada e injustificada face aos demais credores sociais, e que coloque o gestor permanentemente sob uma “espada de Dâmocles” perante a ameaça de poder vir a encontrar-se numa situação processualmente anacrónica e de ter que fazer a prova de factos negativos. Ainda que esta solução tenha hoje um carácter mais residual, quando comparada com regimes anteriores (como quando da vigência do artigo 13º, do CPT), consideramos que persiste como uma mácula no ordenamento jurídico de um Estado de Direito e como um entrave à certeza e à segurança jurídica.

com o exercício do cargo de gestor e, por isso, o dever do pagamento pontual dos impostos estar directamente associado ao dever de boa prática tributária consagrada no artigo 32º da LGT.

57 - A este respeito, veja-se, entre outros: Sofia de Vasconcelos Casimiro, *A Responsabilidade dos Gerentes, Administradores e Directores pelas Dívidas Tributárias das Sociedades Comerciais*, Almedina, Coimbra, 2000, p. 118 e 119.

58 - Estando a gerência de direito sujeita a registo, deverá a Administração Tributária fazer a respectiva prova documental. A este propósito, veja-se o ponto 4.3. do referido Ofício Circularizado nº 60.058, de 17 de Abril de 2008, da Direcção de Serviços de Justiça Tributária – DGCI: “*Só após a realização de tais diligências se deve officiar às entidades competentes, designadamente à Conservatória do Registo Comercial competente tendo em vista a obtenção da identificação dos responsáveis subsidiários...*”.

59 - A este propósito, refere o Acórdão do TCAS, de 6 de Outubro de 2010, no Recurso nº 3336/09, que: “*Prevendo a lei que a gerência de direito faz presumir a gerência de facto, mas sendo essa uma presunção judicial, admite-se a sua ilisão por qualquer meio de prova, sendo suficiente a contraprova e não sendo exigível a prova do contrario (cfr. arts. 350º e 351º do CC)*”.

60 - Embora, se a mera gerência de direito coincidir com decurso do prazo do pagamento ou entrega dos impostos e a omissão da gerência de facto causar o não pagamento ou entrega dos mesmos, poderá levar a que o gerente venha a responder como responsável tributário subsidiário.

61 - Conforme o disposto no nº 1, do artigo 74º, da LGT.

BIBLIOGRAFIA

- BARREIRA, Rui, “Responsabilidades de Gestores por Dívidas Fiscais”, *Fisco*, nº 16, Ano 2, 1990
- CAMPOS, Diogo Leite de / RODRIGUES, Benjamim Silva / SOUSA, Jorge Lopes de, *Lei Geral Tributária Anotada e Comentada*, Coimbra, Vislis Editores, 1999
- CUNHA, Paulo de Pitta e / Santos, Jorge Costa, “Responsabilidade Tributária dos Administradores ou Gerentes”, *LEX*, Lisboa, 1999, ISBN 9729495807
- CUNHA, Tânia Meireles da, *Da Responsabilidade dos Gestores de Sociedades Perante os Credores Sociais: A Culpa nas Responsabilidades Civil e Tributária*, Coimbra, Almedina, 2004
- CUNHA, Tânia Meireles da, “O Momento da Reversão da Execução Fiscal Contra Os Responsáveis Subsidiários”, *Ciência e Técnica Fiscal*, nº 416, 2005
- CASIMIRO, Sofia de Vasconcelos, *A Responsabilidade dos Gerentes, Administradores e Directores pelas Dívidas Tributárias das Sociedades Comerciais*, Almedina, Coimbra, 2000
- DOURADO, Ana Paula, “Substituição e Responsabilidade Tributária”, *Ciência e Técnica Fiscal*, nº 391, 1998
- GUERREIRO, António Lima, *Lei Geral Tributária Anotada*, Lisboa, Editora Rei dos Livros, 2001
- MORGADO, Abílio, “Responsabilidade Tributária: Ensaio sobre o Regime do Artigo 24º da Lei Geral Tributária”, *Ciência e Técnica Fiscal*, nº 415, 2005.
- NABAIS, José Casalta, *Direito Fiscal*, 5ª ed., Coimbra, Almedina, 2009
- PEREIRA, Manuel Henrique de Freitas, *Fiscalidade*, 3ª ed., Coimbra, Almedina, 2009
- ROCHA, Joaquim Freitas da, *Lições de Procedimento e Processo Tributário*, 2ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2008
- SILVA, Isabel Marques da, “Responsabilidade tributária dos corpos sociais”, *Problemas Fundamentais do Direito Tributário*, Coimbra, Vislis Editores, 1999.
- SANCHES, J. L. Saldanha / BARREIRA, Rui, “Culpa no Incumprimento e Responsabilidade dos Gerentes”, *Fisco*, n.º 70-71, 1995
- SOUSA, Alfredo José de / PAIXÃO, José da Silva – Código do Procedimento das Contribuições e Impostos Comentado e Anotado, 2ª ed., Coimbra, Almedina, 1986
- TEIXEIRA, Glória, *Manual de Direito Fiscal*, 2ª ed., Coimbra, Almedina, 2010
- Ofício Circulado nº 60.043, de 25 de Janeiro de 2005, da Direcção de Serviços de Justiça Tributária – Direcção-Geral dos Impostos – DGCI
- Ofício Circulado nº 60.058, de 17 de Abril de 2008, da Direcção de Serviços de Justiça Tributária – Direcção-Geral dos Impostos – DGCI

JURISPRUDÊNCIA

- Acórdão nº 580/12 do STA, de 31/10/2012
- Acórdão nº 824/11 do STA, de 11/07/2012
- Acórdão nº 430/12 do STA, de 27/06/2012

Acórdão nº 167/11 do STA, de 22/06/2011

Acórdão nº 123/12 do STA, de 16/05/2012

Acórdão nº 257/12 do STA, de 12/04/2012

Acórdão nº 630/06 do TCAN, de 11/01/2013

Acórdão nº 400/10 do TCAN, de 20/12/2012

Acórdão nº 5698/12 do TCAS, de 18/09/2012

Acórdão nº 51/10 do TCAN, de 28/06/2012

Acórdão nº 27/10 do TCAN, de 14/03/2012

Acórdão nº 121/07 do TCAN, de 14/03/2012

ABREVIATURAS E SIGLAS

CC – Código Civil

CIRC – Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas

CIRE – Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas

CPCI – Código do Processo das Contribuições e Impostos

CPPT – Código de Procedimento e de Processo Tributário

CPT – Código de Processo Tributário

CSC – Código das Sociedades Comerciais

LGT – Lei Geral Tributária

RGIT – Regime Geral das Infracções Tributárias

STA – Supremo Tribunal Administrativo

TAF – Tribunal Administrativo e Fiscal

TCA – Tribunal Central Administrativo

TCAN – Tribunal Central Administrativo Norte

TCAC – Tribunal Central Administrativo Centro

TCAS – Tribunal Central Administrativo Sul