Data Venia

REVISTA JURÍDICA DIGITAL

14

2023

Data Venia

Publicação científico-jurídica
em formato digital
ISSN 2182-8242

Periodicidade anual
N.º **14 —** Ano 2023

Propriedade e Edição:
© DataVenia
Marca Registada n.º 486523 – INPI

Internet: www.datavenia.pt
Contacto: correio@datavenia.pt

A Data Venia é uma revista científico-jurídica em formato digital, tendo por objeto a publicação de doutrina, artigos, estudos, ensaios, teses, pareceres, crítica legislativa e jurisprudencial, apoiando igualmente os trabalhos de legal research e de legal writing, visando o aprofundamento do conhecimento técnico, a livre e fundamentada discussão de temas inéditos, a partilha de experiências, reflexões e/ou investigação.

As opiniões expressas são da exclusiva responsabilidade dos respetivos autores e não traduzem necessariamente a opinião dos demais autores da Data Venia nem da sua administração.

A citação, transcrição ou reprodução dos conteúdos desta revista estão sujeitas ao Código de Direito de Autor e Direitos Conexos.

É proibida a reprodução ou compilação de conteúdos para fins comerciais ou publicitários, sem a expressa e prévia autorização da Administração da Data Venia e dos respetivos Autores.

índice

DIREITO DO CONSUMO
005 *Mecanismo ibérico de limitação do preço do gás para produção de eletricidade*
Carlos Filipe Costa, Árbitro de conflitos de consumo

DIREITO DA INSOLVÊNCIA
027 *A remuneração do Administrador Judicial. Parte II – A remuneração variável*
Nuno Marcelo de Nóbrega dos Santos de Freitas Araújo, Juiz de Direito

DIREITO DO CONSUMO
077 *Duração, alteração das circunstâncias e cessação de contratos na nova LCE*
Carlos Filipe Costa, Árbitro de conflitos de consumo

DIREITO DO CONSUMO
115 *Direitos do passageiro de transporte aéreo*
Carlos Filipe Costa, Árbitro de conflitos de consumo

DIREITO SOCIETÁRIO/RESPONSABILIDADE CIVIL
159 *Responsabilidade dos administradores perante os credores sociais*
Vasco António Martins Carrão, Advogado e Mestre em Direito dos Contratos e Empresas

ESTADO DE DIREITO E REGULAÇÃO
183 *Características e elementos fundamentais das entidades administrativas independentes*
Filipe Revez Neves, Doutorando em Direito

DIREITO BANCÁRIO
227 *A perspicácia do Direito Bancário: entre a usura e especulação*
Jéssica Correia de Almeida, Mestranda em Ciências Jurídico-Empresariais

DIREITO DOS SEGUROS
257 *Contrato de seguro de vida: resolução por falta de pagamento de prémios*
Luísa Cristina Morais Pereira Ferreira, Juiz de Direito

ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA
293 *Julgados de Paz: enquadramento histórico e caracterização*
Jéssica Correia de Almeida, Mestranda em Ciências Jurídico-Empresariais

DIREITO DA INSOLVÊNCIA
307 *Exoneração do passivo restante: subjetividade da fixação rendimento indisponível*
Jéssica Correia de Almeida, Mestranda em Ciências Jurídico-Empresariais

DIREITO CIVIL
335 *Regime da Responsabilidade Civil do Intermediário Financeiro*
Ana Cristina Oliveira Neto, Juiz de Direito

Mecanismo ibérico de limitação do preço do gás para produção de eletricidade e deveres de informação dos comercializadores de energia elétrica

SÍNTESE EXPLICATIVA E REFLEXÃO CRÍTICA

Carlos Filipe Costa (*)
Árbitro de conflitos de consumo
Pós-Graduado em Direito dos Contratos e do Consumo

Com o presente estudo, propomo-nos desenvolver uma breve explanação sobre o mecanismo excecional e temporário de ajuste dos custos de produção de energia elétrica no âmbito do Mercado Ibérico de Eletricidade (MIBEL), abordando, nomeadamente, as causas, as finalidades e o funcionamento a que obedece o referido mecanismo de ajuste[1], assim como a panóplia legislativa e

(*) Licenciado em Direito e Mestre em Ciências Jurídico-Administrativas pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Advogado (com inscrição voluntariamente suspensa). Pós-Graduado em Direito dos Contratos e do Consumo pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Juiz-Árbitro no TRIAVE – Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo do Ave, Tâmega e Sousa, no CIAB (Centro de Informação, Mediação e Arbitragem de Consumo de Braga) – Tribunal Arbitral de Consumo e no CNIACC – Centro Nacional de Informação e Arbitragem de Conflitos de Consumo.

[1] Seguiremos, de perto, o documento informativo "10 PERGUNTAS & 10 RESPOSTAS – Mecanismo ibérico de limitação do preço do gás para produção de eletricidade" elaborado em 12.08.2022 e publicado pela Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos (ERSE) no seu sítio oficial na *internet* (documento acessível em https://www.erse.pt/media/gxplcu4z/10-perguntas-e-

regulamentar que o disciplina, para, num segundo momento, refletirmos criticamente sobre a necessidade (ou não) de os comercializadores de energia elétrica comunicarem previamente aos seus clientes consumidores a repercussão do custo de ajuste de mercado, previsto no **Decreto-Lei n.º 33/2022, de 14 de maio** (vulgo "ajuste MIBEL"), na faturação dos consumos.

1. Mecanismo excecional e temporário de ajuste dos custos de produção de energia elétrica no âmbito do MIBEL: causas, finalidades e seu funcionamento

Com o propósito de mitigar os impactos, no preço da eletricidade, da subida do preço dos combustíveis fósseis nos mercados internacionais, causados, sobretudo, pela situação do conflito armado em curso na Ucrânia, espoletado pela invasão da Rússia, e considerando que o mercado grossista de eletricidade ibérico – onde os comercializadores compram a eletricidade aos produtores – forma o seu preço com base no custo da tecnologia mais cara necessária para satisfazer a procura da eletricidade a cada hora [o chamado "mercado marginalista" – também conhecido por "mercado *spot* de energia" –, modelo de mercado utilizado na União Europeia, em que existe um leilão diário no qual a procura "casa" com a oferta (*pool*), e quem estabelece o preço – igual para todos – são as centrais a combustíveis fósseis – gás natural e carvão], a que acresce o facto da reduzida interligação elétrica da Península Ibérica à Europa Continental, os Governos da República Portuguesa e do

10-respostas.pdf), bem como o Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 33/2022, de 14 de maio, que estabelece um mecanismo excecional e temporário de ajuste dos custos de produção de energia elétrica no âmbito do Mercado Ibérico de Eletricidade, e entrou em vigor no dia 15 de maio de 2022 (artigo 15.º), aplicável aos comercializadores, agentes de mercado e consumidores de energia elétrica no âmbito do mercado grossista de eletricidade, nos termos da alínea c) do n.º 1 do seu artigo 2.º.

Reino de Espanha[2] cooperaram no desenho de um mecanismo excecional e temporário (vigora até 31 de maio de 2023[3]) aprovado pela Comissão Europeia, para o desacoplamento do preço do gás natural do MIBEL, que consiste na fixação de um preço de referência ("teto" ou "*cap*" administrativo) para o gás natural consumido na produção de energia elétrica transacionada no MIBEL, com vista à redução dos respetivos preços. Esse preço de referência computa-se em 40 EUR/MWh (euros por megawatt-hora), nos primeiros seis meses (subindo em cada mês posterior em 5 EUR/MWh, o que corresponde, nos cerca de 12 meses do mecanismo – de 15 de junho de 2022 a 31 de maio de 2023 – a uma média de 48,75 EUR/MWh).

Para a materialização do efeito pretendido com o mecanismo, mostrou-se, contudo, necessário proceder ao cálculo e à aplicação de um ajuste dos custos de produção de energia elétrica no respetivo mercado grossista, de forma a assegurar a compensação dos produtores de energia elétrica com centrais a gás natural pela diferença entre o já referido preço de referência e o preço real que aqueles pagam pela compra do gás natural nos mercados: a isto se chama o **custo do ajustamento**.

Esta compensação paga aos produtores é, numa primeira fase, suportada pelos comercializadores de Portugal e de Espanha, expostos ao preço do mercado diário, os quais, por sua vez, **podem** repercutir esse custo do ajustamento nos consumidores de energia elétrica no âmbito do mercado grossista de eletricidade (artigo 5.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 33/2022, de 14 de maio). Mas note-se que, **nos termos legais, nem todos os clientes (incluindo os consumidores) podem ser chamados a suportar os custos do *ajuste*.**

O Decreto-Lei n.º 33/2022, de 14 de maio determina que o valor da liquidação do custo do *ajuste* de mercado não se impute a um conjunto de consumos isentos, entre os quais aos consumos realizados ao abrigo de

[2] No Reino de Espanha, este mecanismo veio a ter expressão legislativa com o Real Decreto-Ley 10/2022, de 13 de mayo, publicado no "Boletín Oficial del Estado", núm. 115, de 14 de mayo de 2022, páginas 67146 a 67208.

[3] Artigo 15.º do Decreto-Lei n.º 33/2022, de 14 de maio.

contratos de fornecimento de energia elétrica a preços fixos celebrados antes de 26 de abril de 2022 (artigo 7.º, n.º 2). Donde, só podem ser chamados a suportar os custos do *ajuste* os clientes que estão a beneficiar dos efeitos provocados pela introdução do "teto" imposto ao preço do gás, os quais só pagam, efetivamente, o custo do ajustamento da energia produzida pelas centrais marginais (a gás natural) e não a totalidade da produção. Tal inclui os contratos a preços indexados ao mercado diário, a preços fixos celebrados após 26 de abril de 2022 ou com alterações de preço (que não decorram da atualização das tarifas de acesso às redes) ou renovações após aquela data (artigo 7.º, n.º 2 *a contrario* e n.º 5 do Decreto-Lei n.º 33/2022, de 14 de maio). Aos clientes com contratos de preços fixos (aqui se incluindo os consumidores do mercado regulado, cuja tarifa praticada pelo Comercializador de Último Recurso – CUR[4] – é fixada pela ERSE), celebrados antes de 26 de abril de 2022, não deve ser imputado o custo daquele *ajuste*, uma vez que os preços contratados com estes clientes não poderiam ter tido em conta os efeitos da aplicação do mecanismo ibérico.

Neste sentido, ao abrigo dos artigos 11.º e 13.º do Decreto-Lei n.º 33/2022, de 14 de maio, a fim de assegurar que, como decorre da lei, os comercializadores de eletricidade não refletem a imputação do valor daquele custo do *ajuste* nas faturas dos clientes isentos, o Conselho de Administração

[4] Nos termos do artigo 138.º do Decreto-Lei n.º 15/2022, de 14 de janeiro [diploma em vigor desde 15.01.2022, que estabelece a organização e o funcionamento do Sistema Elétrico Nacional, transpondo a Diretiva (UE) 2019/944 e a Diretiva (UE) 2018/2001, atualmente com a redação que lhe foi conferida pela Lei n.º 24-D/2022, de 30 de dezembro], o comercializador de último recurso assegura a prestação do serviço público universal de fornecimento de eletricidade a clientes abastecidos em Baixa Tensão (BT) normal, com potências contratadas iguais ou inferiores a 41,4 kVA enquanto forem aplicadas as tarifas transitórias de venda a clientes finais legalmente previstas e, após a extinção destas, ao fornecimento de eletricidade para satisfação das necessidades de clientes finais economicamente vulneráveis que o pretendam. O serviço público universal inclui, ainda, o fornecimento de eletricidade aos clientes cujo comercializador em regime de mercado tenha ficado impedido de exercer a atividade, bem como nos locais em que não exista oferta de comercializadores de eletricidade em regime de mercado. O comercializador de último recurso do setor elétrico, em todo o território nacional continental, é a SU Eletricidade, S.A.

da ERSE aprovou a **Instrução n.º 6/2022, de 12 de agosto**, dirigida aos comercializadores de eletricidade, nos termos do qual a repercussão do valor do custo do *ajuste* na fatura de consumidores isentos integra a prática da contraordenação prevista e punida nos termos da alínea k) do n.º 1 do artigo 28.º do Regime Sancionatório do Setor Energético, aprovado pela Lei n.º 9/2013, de 28 de janeiro[5].

Por outro lado, nos termos do n.º 1 do artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 33/2022, de 14 de maio, os comercializadores (ou os agentes de mercado) informam o operador nomeado do mercado da eletricidade (ONME)[6] e o gestor global do Sistema Elétrico Nacional (SEN)[7] sobre os contratos de fornecimento referidos nos n.ºs 2 a 5 do artigo 7.º do mesmo diploma.

Afinal, no âmbito e aplicação do mecanismo de *ajuste*, é imputado sobre a procura de eletricidade o encargo que resulte da compensação que é paga aos centros eletroprodutores abrangidos, depois de deduzidos os volumes de energia transacionada que tenha subjacente instrumentos e contratos de preço fixo. Por sua vez, a identificação dos volumes de energia transacionada que tenha subjacente instrumentos e contratos de preço fixo, que originam a

[5] Aprova o regime sancionatório do setor energético, transpondo, em complemento com a alteração aos Estatutos da Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos, as Diretivas n.ºs 2009/72/CE e 2009/73/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de julho de 2009, que estabelecem regras comuns para o mercado interno da eletricidade e do gás natural e revogam as Diretivas n.ºs 2003/54/CE e 2003/55/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho de 2003.

[6] Para a República Portuguesa e o Reino de Espanha, o ONME corresponde ao Operador de Mercado Ibérico de Energia (OMIE). O OMIE é o operador de mercado responsável pela gestão do mercado grossista de eletricidade diário e intradiário (leilões intradiários e intradiário contínuo) na Península Ibérica.

[7] O gestor global do SEN é "a entidade que, nos termos do respetivo contrato de concessão, procede à coordenação sistémica das infraestruturas que constituem o SEN, de forma a assegurar o seu funcionamento integrado e harmonizado e a segurança e continuidade do abastecimento de eletricidade no curto, médio e longo prazo" [artigo 3.º, alínea jj) do Decreto-Lei n.º 15/2022, de 14 de janeiro]. O papel de gestor global do SEN é atualmente desempenhado pela REN – Rede Elétrica Nacional, S.A.

existência de isenção de custeio do encargo mencionado, depende de reporte declarativo por parte dos agentes que atuam no MIBEL.

O Decreto-Lei n.º 33/2022, de 14 de maio, no n.º 8 do seu artigo 7.º e nos n.ºs 1 e 2 do artigo 13.º, remete a definição das obrigações declarativas neste contexto para regulamentação a aprovar pela ERSE, o que veio a ter lugar com a adoção da **Diretiva n.º 11/2022, de 14 de maio**[8], cujas regras se aplicam aos comercializadores de energia elétrica (e aos CUR), aos clientes finais de energia elétrica que atuem diretamente em mercados organizados ou que sejam contraparte adquirente em contratos bilaterais com entrega física, ao operador nomeado do mercado da eletricidade e ao gestor global do SEN (artigo 2.º).

Os comercializadores e os clientes finais de energia elétrica devem, nos prazos estabelecidos no artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 33/2022, de 14 de maio (aplicável *ex vi* artigo 3.º da Diretiva n.º 11/2022, de 14 de maio)[9] declarar os contratos de fornecimento de energia elétrica a preços fixos celebrados antes de 26 de abril de 2022, com desagregação de instrumento contratual e por agente de mercado ou comercializador consoante o caso, nos termos prescritos pelo artigo 5.º da Diretiva n.º 11/2022, de 14 de maio, assumindo o compromisso declarativo expresso de que a informação reportada é verdadeira e fidedigna, constituindo a melhor informação em seu

[8] Aprova as obrigações declarativas no âmbito do mecanismo de ajustamento de custos no Mercado Ibérico da Eletricidade. Entrou em vigor no segundo dia seguinte ao da sua publicação.

[9] Para além da expressa disposição sobre os prazos a observar no cumprimento das obrigações constantes do Decreto-Lei n.º 33/2022, de 14 de maio (cf. artigo 7.º), importa, de igual modo, considerar os prazos constantes da regulamentação comunitária para o reporte da informação em causa [cf. o artigo 7.º do ato de execução do Regulamento (UE) n.º 1227/2011 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2011, relativo à integridade e à transparência nos mercados grossistas de energia (REMIT), e o artigo 9.º do Regulamento (UE) n.º 648/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho de 4 de julho de 2012, relativo aos derivados do mercado de balcão, às contrapartes centrais e aos repositórios de transações (EMIR)], cujas disposições são direta e obrigatoriamente aplicáveis nos ordenamentos jurídicos de Portugal e Espanha, enquanto Estados-Membros, conforme salientado pela ERSE sob ponto 4. da Nota Técnica de Execução de 2 de junho de 2022.

conhecimento na data do reporte (artigo 7.º da Diretiva n.º 11/2022, de 14 de maio).

Neste seguimento, e ainda para efeitos da implementação do disposto no Decreto-Lei n.º 33/2022, de 14 de maio, o gestor global do SEN informa o operador nomeado do mercado da eletricidade da informação que lhe tenha sido transmitida ao abrigo da alínea a) do artigo 5.º (relativa aos contratos bilaterais a preços fixos celebrados nos termos da legislação e regulamentação em vigor) – artigo 8.º da Diretiva n.º 11/2022, de 14 de maio –, sendo que aquele ONME, por sua vez, informa o gestor global do SEN, com periodicidade diária, do valor unitário de ajustamento a repercutir sobre a parcela de contratos abrangidos pela alínea a) do artigo 5.º, que não se encontre isenta nos termos do referido Decreto-Lei n.º 33/2022, de 14 de maio – artigo 9.º da Diretiva n.º 11/2022, de 14 de maio[10].

[10] O gestor global do SEN e o operador nomeado do mercado da eletricidade, consoante aplicável, informam a ERSE dos reportes que lhes hajam sido efetuados nos termos dos artigos 5.º, 8.º e 9.º da Diretiva n.º 11/2022, de 14 de maio. A Instrução n.º 5/2022, de 20 de junho, aprovada pelo Conselho de Administração da ERSE, aplicável à zona de preço portuguesa do MIBEL, detalha os procedimentos a ser adotados pelo operador nomeado do mercado da eletricidade relativamente à energia sujeita ao pagamento do mecanismo no âmbito da participação nos mercados diário e intradiários, produzindo efeitos a partir de 14 de junho de 2022, com a entrada em funcionamento do Mecanismo Excecional de ajuste dos custos de produção de energia elétrica, e vigora no prazo estabelecido no artigo 15.º do Decreto-Lei n.º 33/2022, de 14 de maio. Já a Diretiva n.º 13-A/2022, de 21 de junho, também emanada da ERSE, estabelece os processos de liquidação do mecanismo excecional e temporário de ajuste dos custos de produção de energia elétrica no âmbito do Mercado Ibérico de Eletricidade (MIBEL), a realizar pelo gestor global do SEN, nos termos definidos no Decreto-Lei n.º 33/2022, de 14 de maio, tendo em consideração as obrigações declarativas a que se refere a Diretiva n.º 11/2022, de 14 de maio, da ERSE. A Diretiva n.º 13-A/2022, de 21 de junho procede à sétima alteração ao Manual de Procedimentos da Gestão Global do Sistema do setor elétrico (MPGGS), aprovado pela ERSE, através da Diretiva n.º 10/2018, de 10 de julho, com as alterações introduzidas pelas Diretivas n.ºs 14/2018, de 10 de agosto, 7/2019, de 26 de fevereiro, 9/2020, de 29 de maio, 4/2021, de 25 de janeiro, 13/2021, de 19 de julho e 16/2021, de 18 de novembro, aditando ao MPGGS o Procedimento n.º 21-A na redação constante do Anexo à Diretiva n.º 13-A/2022, de 21 de junho (artigos 1.º e 2.º da Diretiva n.º 13-A/2022, de 21 de junho). Nos termos do artigo 3.º, a Diretiva n.º 13-A/2022, de 21 de junho entrou em vigor no dia seguinte à sua publicação, com aplicação retroativa a 14 de junho de 2022, e vigora no prazo estabelecido no artigo 15.º do Decreto-Lei n.º 33/2022, de 14 de maio.

Entretanto, no âmbito da aplicação da Diretiva n.º 11/2022, de 14 de maio, e tendo presente a necessidade de aplicação harmonizada do mecanismo de *ajuste* entre Portugal e Espanha e entre todos os agentes que participam no MIBEL, foram identificadas pela ERSE um conjunto de questões suscetíveis de esclarecimento técnico mais aprofundado para a sua aplicação, o que levou a Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos a produzir e divulgar, em 2 de junho de 2022, uma **Nota Técnica de Execução**, com o primeiro propósito de esclarecer, de forma abrangente e transparente, a generalidade dos agentes de mercado a atuar na zona portuguesa do MIBEL quanto a aspetos particulares de implementação do citado mecanismo de *ajuste*, nomeadamente quanto ao reporte de informação para efeitos do disposto no artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 33/2022, de 14 de maio.

Pelo seu particular interesse, reproduz-se, *hic et nunc*, o conteúdo dos pontos 1. e 2. da Nota Técnica de Execução:

> *«1. QUANTO À EQUIVALÊNCIA FORMAL DE CONCEITOS DE RENOVAÇÃO CONTRATUAL*
>
> *Nos termos do Regulamento de Relações Comerciais (RRC) da Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos (ERSE), aprovado pelo Regulamento n.º 1129/2020, de 30 de dezembro, que estabelece as regras de funcionamento das relações comerciais entre os vários intervenientes do Sistema Elétrico Nacional (cf. artigo 240.º do Decreto-Lei n.º 15/2022, de 14 de janeiro), a duração, as condições de renovação e o termo dos contratos de fornecimento de energia elétrica devem ser expressamente mencionados nos respetivos articulados (cf. alínea h) do n.º 2 do artigo 22.º do RRC).*
>
> *Conforme se pode comprovar pela sua consulta, o conceito de "prorrogação" não consta do RRC, uma vez que o respetivo efeito se encontra assegurado pelo conceito da "renovação".*
>
> *Nessa sequência, verifica-se que as renovações ou as alterações das condições relativas aos preços de fornecimento dos contratos incluídos no âmbito da isenção do custo de ajuste do mecanismo ibérico nos termos dos n.ºs 2 e 3 do artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 33/2022, de 14 de maio, determinam a inclusão dos mesmos*

> *contratos na base da repercussão do mecanismo ibérico ao abrigo do n.º 5 do referido artigo*.
>
> *Nesse sentido, conclui-se pela equivalência da produção de efeitos jurídicos entre as "renovações" e as "prórrogas" dos contratos de fornecimento de energia elétrica a preços fixos referidas, respetivamente, no Decreto-Lei n.º 33/2022, de 14 de maio, e no Real Decreto-ley 10/2022, de 13 de mayo*.
>
> *2. QUANTO À EXISTÊNCIA DE OBRIGATORIEDADE E LEGITIMIDADE DE REPORTE*
>
> *A obrigação de comunicação ao abrigo do disposto nos artigos 7.º (cf. n.ºs 2, 3 e 8) e 9.º do Decreto-Lei n.º 33/2022, de 14 de maio, imputa-se somente às entidades reconhecidas como comercializadores ou como agentes de mercado, devidamente identificados como tal com recurso a codificação unívoca instituída para o efeito, e circunscreve-se aos contratos de fornecimento de energia elétrica a preços fixos celebrados por esses mesmos sujeitos previamente à data de 26 de abril de 2022. (…)»* [sublinhados nossos]

Finalmente, ainda no âmbito da aplicação do mecanismo adotado com a publicação do Decreto-Lei n.º 33/2022, de 14 de maio, foi publicado, em Diário da República, o **Despacho n.º 9799-B/2022, de 8 de agosto**[11], emanado do Gabinete do Secretário de Estado do Ambiente e da Energia, que regula a forma de explicitação do mecanismo aos clientes finais, numa dupla vertente: pela aplicação do seu n.º 3 em casos de validação prévia das faturas de serviços da administração, direta e indireta, do Estado; e, pelo n.º *14, para os demais fornecimentos em mercado livre*.

O n.º 3 do Despacho[12] estabelece que "[t]odas as faturas emitidas às entidades compradoras vinculadas e que digam respeito a contratos de

[11] Estabelece o procedimento de validação prévia de faturas determinado pelo Despacho n.º 9501-A/2022, publicado no Diário da República, 2.ª série, n.º 148, suplemento, de 2 de agosto de 2022. O Despacho entrou em vigor no dia seguinte ao da sua publicação e vigora até à cessação de efeitos do Decreto-Lei n.º 33/2022, de 14 de maio.

[12] Para os contratos celebrados ao abrigo do acordo quadro para fornecimento de eletricidade em regime de mercado livre para Portugal continental (AQ-ELE 2020).

fornecimento de energia elétrica celebrados após o dia 26 de abril de 2022 e aos quais seja legalmente imputada a liquidação do valor do custo do ajuste de mercado de acordo com o Decreto-Lei n.º 33/2022, de 14 de maio, integram informação referente ao benefício líquido decorrente da aplicação do mecanismo de ajuste dos custos de produção de energia elétrica, resultante da diferença entre o valor unitário do ajuste dos custos de produção de energia elétrica decorrente da limitação do preço do gás natural e o valor unitário do custo do ajuste imputado à procura não isenta, nos termos a definir pela Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos (ERSE)".

Por sua vez, o n.º 14 do mesmo Despacho prescreve que "**[s]em prejuízo do disposto no n.º 3, os restantes comercializadores no mercado livre podem optar, nos termos a definir pela ERSE, pela inclusão, nas respetivas faturas, da informação respeitante ao benefício líquido decorrente da aplicação do mecanismo de ajuste dos custos de produção de energia elétrica nos termos do Decreto-Lei n.º 33/2022, de 14 de maio, sendo esta inclusão obrigatória sempre que o custo do ajuste conste da respetiva fatura**" [negrito e sublinhados nossos].

E com vista à operacionalização da aplicação do Despacho n.º 9799-B/2022, de 8 de agosto, o Conselho de Administração da ERSE aprovou, por deliberação, a **Diretiva n.º 18/2022, de 28 de setembro**, a qual contem, em Anexo (que é dela parte integrante), um conjunto de regras destinadas à explicitação dos termos que permitem o cálculo do benefício líquido decorrente da aplicação do mecanismo de *ajuste* dos custos de produção de energia elétrica. Assim, de acordo com o disposto no artigo 5.º da Diretiva n.º 18/2022, de 28 de setembro, os comercializadores devem explicitar o **benefício líquido** a que se refere o artigo 2.º, sempre que o **custo do *ajuste*** a que se refere o artigo 4.º conste da respetiva fatura[13].

[13] Dados sobre o preço aritmético diário médio relativo ao mecanismo de ajuste dos custos de produção (Decreto-Lei n.º 33/2022, de 14 de maio; Real Decreto-Ley 10/2022, de 13 de mayo) – que abrange os consumidores afetados e que se calcula dividindo o montante (EUR) a receber a título do ajuste pelas unidades de produção, para as quais se solicitou o recebimento do *ajuste*,

E como se determina o **benefício líquido** decorrente da aplicação do mecanismo de *ajuste* dos custos de produção de energia elétrica?

Nos termos do artigo 2.º da Diretiva n.º 18/2022, de 28 de setembro, o benefício líquido é determinado em base diária, com independência da entidade ou comercializador que o apure, nos termos definidos no n.º 3 do Despacho n.º 9799-B/2022, de 8 de agosto, como a diferença entre o valor unitário do *ajuste* dos custos de produção de energia elétrica decorrente da limitação do preço do gás natural e o valor unitário do custo do *ajuste* imputado à procura não isenta (n.º 1), sendo que, para efeitos do apuramento do benefício líquido, deve considerar-se a seguinte expressão geral (n.º 2):

> b=ac-c, em que:
>
> b é o benefício líquido unitário em cada um dos n dias que compõem o período de faturação i, expresso em euros por kWh;
>
> ac é o ajuste dos custos de produção de energia elétrica em cada um dos n dias que compõem o período de faturação i, determinado nos termos do artigo 3.º e integrando o valor médio do fator de ajustamento para perdas publicado pela ERSE, expresso em euros por kWh;
>
> c é o custo unitário do ajuste em cada um dos n dias que compõem o período de faturação i, determinado nos termos do artigo 4.º e integrando o valor médio do fator de ajustamento para perdas publicado pela ERSE, expresso em euros por kWh.

Para cada período temporal a considerar, nomeadamente **para períodos de faturação a clientes finais que integrem, nos termos legais, o conceito de procura não isenta**, **o benefício líquido unitário a que se referem os números anteriores é calculado com base em média aritmética simples dos respetivos valores unitários e diários,** nos seguintes termos (n.º 3 do artigo 2.º da Diretiva n.º 18/2022, de 28 de setembro):

---

subtraindo a contribuição do rendimento de congestionamento, entre a energia (MWh) das unidades de aquisição não isenta do pagamento do custo do *ajuste* – encontram-se acessíveis em linha no seguinte endereço: https://www.omie.es/pt/market-results/monthly/average-final-prices/daily-price-adjustment-mechanism-consumers/.

$b^{i}_{liquido} = \frac{\sum_{1}^{n} b}{n}$, em que

$b^{i}_{liquido}$ é o benefício líquido unitário objeto deste artigo, no período de faturação i com n dias de faturação, expresso em euros por kWh;

b é o benefício líquido unitário em cada um dos n dias que compõem o período de faturação i, expresso em euros por kWh.

Destarte, como resulta da expressão geral prevista no n.º 2 do artigo 2.º da Diretiva n.º 18/2022, de 28 de setembro, o benefício líquido ("*b*") em base diária resulta da subtração entre o **ajuste dos custos de produção** de energia elétrica ("*ac*") em cada um dos dias que compõem o período de faturação, determinado nos termos do artigo 3.º da Diretiva, e o **custo unitário do *ajuste*** ("*c*") em cada um dos dias que compõem o mesmo período, determinado nos termos do artigo 4.º da mesma Diretiva. Os valores a que se referem os artigos 2.º, 3.º e 4.º constituem valores unitários, expressos em euros por kWh[14], sendo os respetivos **valores globais constantes da fatura, quando aplicável, decorrentes da sua aplicação aos valores de energia consumida expressos na respetiva fatura** (cf. artigo 5.º, n.º 2 da Diretiva n.º 18/2022, de 28 de setembro).

2. Dever de informação dos comercializadores de energia elétrica para reflexão do custo de ajuste de mercado, previsto no Decreto-Lei n.º 33/2022, de 14 de maio (vulgo "ajuste MIBEL"), na faturação dos consumos dos clientes consumidores

[14] A ERSE, nos termos do n.º 15 do Despacho n.º 9799-B/2022, de 8 de agosto, divulga no seu sítio na *internet* a informação a que se referem os artigos 2.º, 3.º e 4.º, a qual tem uma periodicidade diária, fazendo-o com uma atualização que garante que, para cada dia, se encontra acessível a informação diária com um atraso não superior a 3 dias úteis (artigo 6.º, n.ºs 1 e 2 da Diretiva n.º 18/2022, de 28 de setembro).

Finalizada a exposição sobre os motivos, os propósitos e o procedimento a que se encontra subordinado o mecanismo excecional e temporário de ajuste dos custos de produção de energia elétrica no âmbito do MIBEL, da qual se extraem os pressupostos normativos de que depende a imputação a um cliente consumidor do custo de "ajuste MIBEL", importa, então, aferir se, nos termos legais aplicáveis, a aplicação do "ajuste MIBEL" na faturação produzida por um comercializador de energia elétrica requer a observância de um dever de informação prévia nesse sentido.

Por outras palavras, suscita-se, aqui, a questão de saber se o comercializador de energia elétrica se mostra obrigado a enviar uma comunicação ao cliente (e a mesma ingressar na esfera de influência do cliente) com vista a informá-lo, com antecedência suficiente, da reflexão do custo de *ajuste* de mercado na faturação que, doravante, será recebida pelo consumidor.

Com interesse para a busca da resposta à interrogação ora formulada e seguindo de perto JORGE GABRIEL TRINDADE MARINHO[15], ancorado em vastas e qualificadas referências doutrinais (que, aqui, por economia de texto, não se identificam integralmente), «(...) o dever de informação (e o direito à informação) tem no Direito do Consumo um papel que não coincide com o que se verifica no Direito Civil comum. Nos dias de hoje, é para muitos pacífica a autonomia do Direito do Consumo enquanto ramo do Direito, que permite apontar-lhe princípios norteadores próprios. Por esta razão, JUAN CARLOS VILLALBA CUÉLLAR[16] assevera que, no Direito do Consumo, **o dever de informação se configura como dever geral** e não como uma derivação do princípio da boa-fé. **Nas relações de consumo, trata-se de um verdadeiro dever primário, devido ao papel autónomo que apresenta**, caracterizando-

[15] JORGE GABRIEL TRINDADE MARINHO, "Deveres de Informação e Proteção do Consumidor", Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Civilísticas, sob orientação da Professora Doutora Maria Raquel Guimarães, Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Porto, 2022, disponível em https://repositorio-aberto.up.pt/handle/10216/146694.

[16] JUAN CARLOS VILLALBA CUÉLLAR, "El Deber de Información en el Derecho del Consumo", in Revista IUSTA, volume 2, número 37, julio-diciembre 2012, p. 104.

se, nesta área como **dever objetivo**, o que significa que quando é incumprido não tem qualquer relevância determinar se o fornecedor atuou de boa-fé ou má-fé.

Em Portugal, o juiz de Direito LUÍS DA SILVA CALDAS[17] aponta também no sentido de um **dever geral de informação no seio do Direito do Consumo**. Não negando que o seu fundamento jurídico tem matriz no princípio da boa-fé, afirma que o seu verdadeiro fundamento material reside na desigualdade ou desnível da informação do consumidor, que se vislumbra carente de uma particular necessidade de proteção, o que conduz a que o direito à informação, quer no plano geral, quer no plano individual, específico do Direito do Consumo, tenha um papel tal que o permita contribuir para a tomada de decisões esclarecidas e conscientes pelo consumidor, enquanto contratante de bens e serviços.

Não muito longe parecem andar, entre a doutrina portuguesa, MENEZES CORDEIRO e ANA PRATA, que aparentam defender também a existência de um dever geral de informação no Direito do Consumo. MENEZES CORDEIRO[18] afirma que "à partida **o dever de informação tenderá a abranger tudo quanto, pela natureza da situação considerada, não seja conhecido pela contraparte" e que este "será tanto mais intenso quanto maior for a complexidade do contrato e da realidade por ele envolvida**". ANA PRATA[19] acrescenta que os deveres de comunicação, informação e de esclarecimento abrangem a viabilidade da celebração do contrato e os obstáculos que se lhe podem interpor, mas também os elementos negociais e a viabilidade jurídica do contrato projetado.

[17] LUÍS MIGUEL SIMÃO DA SILVA CALDAS, "Direito à Informação no Âmbito do Direito do Consumo: O Caso Específico das Cláusulas Contratuais Gerais", in *JULGAR*, n.º 21, Coimbra Editora, 2013, pp. 206 e 207.

[18] ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito Comercial*, 4.ª edição, Coimbra, Almedina, 2016, p. 593.

[19] ANA PRATA, *Notas sobre Responsabilidade Pré-Contratual*, Coimbra, Almedina, 2020, p. 49.

(…)

Embora se verifique assimetria de informação nos diferentes tipos de contratos, é nos contratos de consumo que existe um verdadeiro rifte e tal justifica uma mais premente intervenção do legislador. É que os consumidores não possuem meios para alcançar, por sua iniciativa, a informação e, se o fizessem, aumentariam os custos da transação. Desta forma, os deveres de informação previnem o consumidor de celebrar um contrato que lhe é desfavorável ou que não quer. Aliás, os deveres pré-contratuais de informação surgem como uma advertência ao consumidor de que irá celebrar um contrato e assumir determinadas obrigações. Juntamente com a inversão do ónus da prova a favor do consumidor, são mitigadas as falhas de mercado em causa.

(…) Por conseguinte, a regulação assente na previsão de deveres de informação é amplamente adotada no Direito do Consumo, alicerçada no postulado segundo o qual **uma decisão informada conduz a uma melhor, mais sólida, segura e eficiente escolha de contratar ou não contratar**. Há uma **ideia de empoderamento que surge associada à informação, que permite que os consumidores façam escolhas informadas, sendo assim potenciada a proteção dos seus interesses**.

(…) A longevidade do paradigma dos deveres de informação deve-se, precisamente, à consideração deste feixe de vantagens resultantes do seu acolhimento, relacionadas com o seu caráter ideológico neutral ao nível da política legislativa. Do ponto de vista da liberdade de mercado, a previsão de deveres pré-contratuais de informação como instrumento de proteção do consumidor, com o fim de nivelar a distribuição imperfeita de informação no mercado, revela-se um mecanismo pouco intrusivo no mercado. Não há uma intervenção no mercado através da especificação de preços, qualidade e termos contratuais, preservando-se, nesses domínios, a liberdade contratual. **É, também, garantida a autonomia do consumidor, dado que os deveres pré-contratuais de informação são um mecanismo que visa garantir a autodeterminação do consumidor e maximizar o conhecimento que subjaz a sua escolha, permitindo promover decisões racionais e um**

reposicionamento da sua posição contratual. Acresce que o paradigma da informação contribui para o objetivo comunitário de um mercado único na União Europeia, onde os deveres de informação surgem como instrumento para promover a competição e inovação no mercado da UE.» [negritos e sublinhados nossos].

Neste conspecto, recai sobre o profissional o cumprimento do **dever de informação ao consumidor**, o qual encontra, desde logo, consagração na Lei Fundamental (artigo 60.º, n.º 1 da CRP) e é objeto de concretização em vários diplomas da legislação ordinária, nomeadamente na Lei de Defesa do Consumidor[20], cujo artigo 8.º, n.º 1, determina que, tanto na fase de negociações como na fase de celebração de um contrato, impende sobre o fornecedor de bens ou prestador de serviços o dever de informar o consumidor, **de forma clara, objetiva e adequada**, sobre um vasto conjunto de condições contratuais nele elencadas – a não ser que essa informação resulte de forma clara e evidente do contexto –, nomeadamente o "[p]reço total dos bens ou serviços, incluindo os montantes das taxas e impostos, os encargos suplementares de transporte e as despesas de entrega e postais, quando for o caso" [alínea c)], o "[m]odo de cálculo do preço, nos casos em que, devido à natureza do bem ou serviço, o preço não puder ser calculado antes da celebração do contrato" [alínea d)] e "[a] indicação de que podem ser exigíveis encargos suplementares postais, de transporte ou de entrega e quaisquer outros custos, nos casos em que tais encargos não puderem ser razoavelmente calculados antes da celebração do contrato" [alínea e)][21]. E também na Lei dos Serviços Públicos Essenciais[22], cujo artigo 4.º prescreve que "[o] prestador do serviço deve informar, **de forma clara e conveniente**, a outra parte das condições em que o serviço é fornecido e prestar-lhe todos os

[20] Aprovada pela Lei n.º 24/96, de 31 de julho, sucessivamente alterada e atualmente com a redação que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 109-G/2021, de 10 de dezembro.

[21] Negrito e sublinhados nossos.

[22] Aprovada pela Lei n.º 23/96, de 26 de julho, sucessivamente alterada e atualmente com a redação que lhe foi conferida pela Lei n.º 51/2019, de 29 de julho (doravante "LSPE").

esclarecimentos que se justifiquem, de acordo com as circunstâncias" (n.º 1) e, bem assim, que "[o] prestador do serviço informa directamente, de forma atempada e eficaz, os utentes sobre as tarifas aplicáveis pelos serviços prestados, disponibilizando-lhes informação clara e completa sobre essas tarifas" (n.º 2)[23].

Aliás, um dos corolários mais imediatos e relevantes do dever de informação ao consumidor previsto no artigo 4.º da LSPE consiste na **obrigação de emissão de faturação detalhada, em regra, com uma periodicidade mensal** (salvo acordo em contrário no interesse do consumidor), **e transmitida, preferencialmente, em suporte eletrónico** (salvo se o consumidor optar por recebê-la em suporte papel, não podendo daí decorrer qualquer acréscimo de despesa para o mesmo) **dotada dos elementos necessários a uma completa, clara e acessível compreensão dos valores liquidados, na qual se discrimine, nomeadamente, os serviços prestados e as correspondentes tarifas** – cf. artigo 9.º, n.ºs 1 e 2 da LSPE, artigos 45.º, n.º 1 e 46.º, n.ºs 1 e 2 do Regulamento das Relações Comerciais dos Setores Elétrico e do Gás[24] e artigos 5.º, n.º 1, 6.º, n.º 1, e 7.º da Lei n.º 5/2019, de 11 de janeiro[25].

Ora, para cabal cumprimento do dever de informação inerente à obrigação de emissão de faturação, deve o comercializador de eletricidade assumir a preocupação de **esclarecer os utentes da desagregação dos valores**

[23] Negrito e sublinhados nossos.

[24] Regulamento n.º 1129/2020 da Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos (Diário da República, 2.ª Série, de 30 de dezembro de 2020) – Regulamento das Relações Comerciais dos Setores Elétrico e do Gás (doravante "RRCSEG"), que entrou em vigor no dia 01.01.2021 (artigo 435.º, n.º 1) e se aplica aos contratos existentes à data da sua entrada em vigor, salvaguardando-se os efeitos já produzidos (artigo 429.º). Revogou o Regulamento de Relações Comerciais do Setor Elétrico, aprovado pelo Regulamento n.º 561/2014 da Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos (Diário da República, 2.ª Série, de 22 de dezembro de 2014).

[25] Regime de cumprimento do dever de informação do comercializador de energia ao consumidor.

faturados e, nesse encalço, evidenciar, nomeadamente (artigo 8.º, n.ºs 1 e 2 da Lei n.º 5/2019, de 11 de janeiro e artigo 4.º do Anexo I ao RRCSEG):

a) Potência contratada, incluindo o preço;

b) Datas e meios para a comunicação de leituras;

c) Consumos reais e estimados;

d) Preço da energia ativa;

e) Valor global da tarifa de acesso às redes[26] e os preços das respetivas variáveis de faturação;

f) Valor global das tarifas de energia e de comercialização[27], correspondendo este ao valor da fatura relativa ao fornecimento de eletricidade deduzido dos encargos com taxas e impostos e do valor global da tarifa de acesso às redes referido na alínea anterior;

g) Período de faturação e prazo limite de pagamento;

h) Taxas discriminadas;

i) Impostos discriminados[28];

j) Condições, prazos e meios de pagamento;

[26] A tarifa de acesso às redes é paga por todos os consumidores, independentemente de estarem no mercado regulado ou no mercado liberalizado e reflete o custo das infraestruturas e dos serviços utilizados por todos os consumidores de forma partilhada. Esta tarifa resulta da soma das tarifas de Uso Global do Sistema, de Uso da Rede de Transporte, de Uso da Rede de Distribuição e de Operação Logística de Mudança de Comercializador, todas fixadas pela ERSE.

[27] A tarifa de Energia e a tarifa de Comercialização, fixadas pela ERSE, apenas são pagas pelos consumidores que ainda estão no mercado regulado. No mercado liberalizado, o valor correspondente é definido por cada comercializador de forma livre e em concorrência com os outros comercializadores.

[28] As taxas e impostos (por exemplo, o IVA – Imposto sobre o Valor Acrescentado) são definidas pelo Estado e iguais no mercado regulado e no mercado liberalizado.

k) Consequências pelo não pagamento[29];

l) Valor do desconto correspondente à tarifa social (quando aplicável)[30].

De resto, se estiver em causa uma **alteração unilateral das condições contratuais pelo comercializador**, é de aplicar o regime do artigo 69.º do RRCSEG.

Dispõe o artigo 69.º do RRCSEG, cuja epígrafe é "*Alteração unilateral do contrato pelo comercializador*", que "**[n]o decurso de um período contratual**, o comercializador **apenas** pode propor alterações das condições contratuais relativas a contratos de fornecimento de energia celebrados com consumidores **de forma fundamentada, quando esta possibilidade esteja prevista no contrato e em situações excecionais e objetivamente justificadas, as quais devem estar igualmente previstas no contrato**" (n.º 2). E mais dispõe o n.º 3 do mesmo artigo e diploma que, no caso previsto naquele n.º 2, "(...) o comercializador **deve enviar as novas condições contratuais ao cliente com uma antecedência mínima de 30 dias relativamente à data em que passem a aplicar-se, juntamente com a indicação expressa do direito do cliente à denúncia do contrato ou à oposição à renovação, em ambos os**

[29] Através da menção expressa e obrigatória na fatura que o seu não pagamento pode dar lugar à cobrança de juros moratórios, nos termos legais e contratuais, e interrupção do fornecimento, nos termos legal e regulamentarmente estabelecidos.

[30] Criada no âmbito da Estratégia Nacional para a Energia 2020, a tarifa social de fornecimento de energia elétrica a aplicar a clientes finais economicamente vulneráveis é um apoio social, previsto e regulado pelo Decreto-Lei n.º 138-A/2010, de 28 de dezembro, sucessivamente alterado e revogado pelo Decreto-Lei n.º 15/2022, de 14 de janeiro [v. artigo 305.º, alínea h)] – onde se mostra, agora, disciplinada nos artigos 196.º a 202.º –, e pela Portaria n.º 178-B/2016, de 1 de julho (alterada pela Portaria n.º 45-B/2021, de 1 de março), que estabelece os procedimentos, o modelo e as demais condições necessárias à aplicação das alterações ao artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 138-A/2010, de 28 de dezembro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 172/2014, de 14 de novembro, e pela Lei n.º 7-A/2016, de 30 de março, que cria um modelo único e automático de atribuição de tarifa social de fornecimento de energia elétrica a clientes economicamente vulneráveis.

casos sem encargos, caso não aceite as novas condições". Já no n.º 5 do mesmo artigo e diploma ressalva-se que "**[e]xistindo previsão contratual expressa**, no caso de **variações de preço que decorram da mera alteração das tarifas de acesso às redes aprovadas pela ERSE**, **os deveres a que se refere o presente artigo consideram-se cumpridos com a explicitação da alteração ocorrida e sua repercussão no preço final na primeira fatura que o aplique**".

Com efeito, o cerne da questão de que curamos de tratar reside, precisamente, na aplicabilidade (ou não) do regime do artigo 69.º do RRCSEG. Em defesa da putativa inaplicabilidade deste regime, poder-se-ia sustentar que a operação de repercussão do custo do ajustamento nos consumidores de energia elétrica no âmbito do mercado grossista de eletricidade decorre diretamente da lei, pelo que, em bom rigor, não está em causa uma alteração das condições contratuais. Por outras palavras, em extrema síntese, a repercussão produzir-se-ia *ope legis*, isto é, automaticamente, por força da lei, sendo, por isso, independente de qualquer modificação do regulamento contratual a que se vincularam comercializador e consumidor de energia elétrica.

Salvo melhor opinião, a eventual compreensão que se acaba de expor acerca do funcionamento do mecanismo de repercussão do custo do "ajuste MIBEL" não pode ser acolhida.

Senão vejamos.

Como acima se exaltou, depois de paga a compensação aos produtores, os comercializadores de Portugal e de Espanha expostos ao preço do mercado diário, **podem** repercutir esse custo do ajustamento nos consumidores de energia elétrica no âmbito do mercado grossista de eletricidade. **Trata-se, portanto, de uma mera faculdade, não de uma imposição legal**. Tanto assim que, como é do conhecimento público, entre os comercializadores de energia elétrica, em regime de mercado, a operar em Portugal, houve entidades que decidiram repercutir o custo do ajustamento já durante o ano de 2022 (foi o

caso da Iberdrola Clientes Portugal, Unipessoal, Lda.[31] e da Galp Power, S.A.[32]), houve sujeitos que optaram por refletir em faturação tal custo apenas a partir de janeiro de 2023, assumindo integralmente o referido custo durante o ano de 2022 (foi o caso da EDP Comercial – Comercialização de Energia, S.A.[33] e da Endesa Energia S.A. – Sucursal Portugal[34]) e houve, ainda, comercializadores que decidiram, até ao momento, não fazer incidir sobre o cliente final o custo do ajustamento (como é o caso da Gold Energy – Comercializadora de Energia, S.A.[35]).

Donde, o custo do ajustamento não reveste a natureza de tributo (ou natureza análoga), cuja liquidação em faturação remetida ao consumidor seja impositiva, mas antes de um **encargo suportado, em primeira linha, pelo comercializador que este pode, se assim entender, repassar ao cliente final, operando, nesse caso, uma alteração unilateral das condições contratuais, nomeadamente do preço a pagar pelo fornecimento de energia elétrica**.

Pelo que, como é bom de ver, **tal modificação contratual não pode deixar de se reger pela malha normativa dos n.os 2 e 3 do artigo 69.º do RRCSEG, a observar em momento prévio à aplicação do "ajuste MIBEL" na faturação remetida ao consumidor, de molde a que este possa conhecer, em tempo útil, a proposta de alteração contratual que o comercializador de energia elétrica tenciona operar e, por essa via, decidir, de forma informada, se aceita ou não as novas condições contratuais, resultantes de**

[31] Informação disponível em https://www.iberdrola.pt/informacao-util/blog/iberdrola/mecanismo-ajuda-mercado-iberico-eletricidade.

[32] Informação disponível em https://casa.galp.pt/ajuda/qual-duracao-da-aplicacao-deste-mecanismo.

[33] Informação disponível em https://www.edp.pt/particulares/apoio-cliente/perguntas-frequentes/pt/contratos/gestao-de-contrato-e-dados/quero-saber-mais-sobre-a-atualizacao-de-precos-de-eletricidade-de-janeiro-de-2023/faq-23426/.

[34] Informação disponível em https://www.endesa.pt/particulares/apoiocliente/mecanismo-dl332022.html.

[35] Informação disponível em https://goldenergy.pt/blog/noticias/ajuste-de-precos-energia/.

uma opção exclusiva do comercializador de fazer repercutir no cliente final o custo do *ajuste* de mercado previsto no âmbito de um mecanismo excecional e temporário. Caso tal regime não seja respeitado pelo comercializador, a quantia por este reclamada a título de "ajuste MIBEL" não será devida pelo cliente consumidor.

CARLOS FILIPE COSTA

A remuneração do Administrador Judicial depois das alterações da Lei n.º 9/2022, de 11-01

Parte II
A REMUNERAÇÃO VARIÁVEL

Nuno Marcelo de Nóbrega dos Santos de Freitas Araújo
Juiz de Direito do Juízo de Comércio de Aveiro/Anadia J2

SUMÁRIO:

Este texto tem por base essencial, com desenvolvimentos resultantes do debate e de reflexões posteriores, a exposição apresentada a 26/11/2022 no XXIV Encontro Anual da Associação Portuguesa dos Administradores Judiciais, na Casa do Juiz, em Coimbra, no painel subordinado ao tema "Estatuto do Administrador Judicial e Cálculo da Remuneração Variável", também com a intervenção do Sr. Prof. Doutor Alexandre Soveral Martins e moderação do Sr. Dr. Inácio Peres, e entretanto actualizado com atenção ao recente Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 20/12/2022, que versou, essencialmente, duas das principais questões aqui abordadas, e com o sentido que, aliás, foi seguido igualmente na decisão proferida em primeira instância.

Índice

1. Introdução 29
2. Revisão 29
3. A remuneração variável do AJ na recuperação 32
3.1. Introdução 32
3.2. O Acórdão do TRP, de 29/09/2022 34
3.3. A primeira componente da RV na recuperação 35
3.4. A majoração da remuneração 40
3.5. Conclusão 41
4. A remuneração variável do AJ na liquidação 43
4.1. Introdução 43
4.2. A majoração na jurisprudência 45
4.3. A majoração: elementos da interpretação 46
4.4. A majoração: o elemento literal 47
4.5. A majoração: o elemento histórico 51
4.6. A majoração: o elemento sistemático 53
4.7. Elemento sistemático: a liquidação superveniente (art.241.º-A, CIRE). 55
4.8. O elemento sistemático: o caso do agente de execução 58
4.9. A majoração: o elemento racional 59
4.10. A majoração: o Direito Comparado 62
4.11. O limite máximo 65
5. Atualização: o Ac. TRL, de 20-12-2022 70
6. Conclusões 76

> A lei é um pouco como uma prensa de impressão, é meio neutra, podes dela fazer qualquer coisa. Quero dizer, o que os advogados são ensinados na faculdade de direito é "chicanery": como converter palavras no papel em instrumentos de poder. E, dependendo de onde estiver o poder, as palavras da lei significarão coisas diferentes.
>
> NOAM CHOMSKY, *Entendendo o Poder*, 2002.

1) INTRODUÇÃO

Após a primeira abordagem ao tema, no *workshop* organizado pela APAJ sobre "*as alterações legislativas pugnadas pela Lei nº9/2022, com principal enfoque na alteração ao artigo 23.º do EAJ*", em Abril de 2022, entretanto documentada em comentário publicado em linha pela APAJ, e igualmente na revista digital Data Venia, os relevantes desenvolvimentos que, em especial na jurisprudência, marcaram recentemente o debate sobre a remuneração do administrador judicial justificam o regresso ao tema, em jeito de segunda parte, agora mais dirigida à fixação da sua componente variável, quer na recuperação, quer na liquidação.

2) REVISÃO

No trabalho sobre "*A Remuneração do Administrador Judicial e a sua Apreciação Jurisdicional depois de Abril de 2022 – Uma Primeira Apreciação às Alterações Introduzidas no CIRE e no EAJ pela Lei nº9/2022, de 11-1*", começámos por abordar os valores materiais que, a nosso ver, assumem maior relevância a respeito do estatuto remuneratório e financeiro do administrador judicial nos processos regulados pelo CIRE:

i) a exigência de dignificação do exercício das suas funções;

ii) a importância da clareza das regras relativas à sua remuneração; e

iii) a transparência e o controlo da sua actuação financeira.

Evidenciando-se os dois primeiros como princípios de política legislativa, dirigidos ao legislador na elaboração e organização das normas legais, ao passo que o terceiro, para além de orientar nessa tarefa, incide também, em concreto, sobre a actividade do administrador judicial e sobre a sua fiscalização em cada processo.

Por outro lado, enquanto o interesse da dignificação do exercício de funções do AJ resultava especificamente carecida de tutela, após a publicação da Diretiva (UE) 2019/1023, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de junho de 2019, que o legislador da Lei nº9/2022 quis transpor ([1]), a clareza do respectivo estatuto remuneratório constitui um permanente corolário do valor da segurança jurídica, a que todos os destinatários do direito, neste caso, em especial, os administradores judiciais, devem aspirar, seja na fixação das soluções legais, seja na sua interpretação.

Devendo sublinhar-se ainda, segundo se crê, a relevância de que estes critérios substanciais permaneçam a iluminar o tema, seja como ponto de ordem para o desenvolvimento desta exposição, seja na resolução das questões concretamente suscitadas a respeito da remuneração do AJ.

Sob pena de, quer para o legislador, quer para o intérprete, ser possível resvalar para o exercício de pura dogmática, para interpretações meramente literais ou totalmente subjectivas, ou para o simples casuísmo que, alheado dos valores materiais relevantes, ou de alguns deles, mesmo resolvendo

[1] Determinando que os Estados membros devem assegurar que "os profissionais nomeados por uma autoridade judicial ou administrativa no âmbito de processos relativos à reestruturação, à insolvência e ao perdão de dívidas ("profissionais") recebam formação adequada e possuam os conhecimentos especializados necessários às suas responsabilidades" (art. 26.º/1, al. a)) e igualmente que "a remuneração dos profissionais se reja por regras que sejam compatíveis com o objectivo de uma resolução eficiente dos processos" (art. 27.º/4).

determinado problema num processo, não sirva de critério substancial e sistematicamente ajustado para a resolução de todos os restantes.

Abordaram-se de seguida as clarificações que a Lei nº9/2022, de 11-1, deixou por tratar, desde a remuneração fixa em caso de substituição do administrador judicial, até à remuneração variável na destituição, passando pelo âmbito dos poderes oficiosos do Tribunal na apreciação das contas do administrador da insolvência.

Para comentar depois as principais alterações promovidas pela Lei nº9/2022, de 11-1, primeiramente no Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (remuneração do AJ no PER e PEAP, classificação dessa remuneração como crédito sobre a insolvência ou sobre a massa insolvente, autorização do tribunal e da comissão de credores na contratação de terceiros, momento e âmbito da prestação de contas, e operações de rateio) e, em segundo lugar, nos artigos 23.º e 29.º do Estatuto do Administrador Judicial, em especial quanto à remuneração variável do AJ.

Concluindo já então pela existência uma inegável inépcia do legislador na definição dessa remuneração variável, por um lado, e por outro, pela constatação de que consagrou valores particularmente elevados a esse respeito, face aos que resultavam da lei anterior, sobretudo em caso de recuperação do devedor, susceptíveis inclusivamente de a dificultar – ao arrepio do que, ao cabo de contas, traduzia uma das principais finalidades da directiva da União Europeia que o diploma em apreço pretendeu transpor ([2]).

Mencionando ainda a importância da acção da doutrina e da jurisprudência, sem prejuízo da exigência de nova intervenção do legislador,

[2] Como resulta evidente, muito sugestivamente, em face do primeiro considerando da Diretiva (UE) 2019/1023, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de junho de 2019, nos termos do qual, "sem afectar os direitos e liberdades fundamentais dos trabalhadores, a presente directiva visa eliminar esses obstáculos (à livre circulação de capitais e liberdade de estabelecimento) assegurando o acesso das empresas e empresários viáveis que estejam em dificuldades financeiras a regimes nacionais eficazes de reestruturação preventiva que lhes permitam continuar a exercer a sua actividade" e igualmente "uma maior eficácia dos processos relativos à reestruturação, à insolvência e ao perdão de dívidas".

na tarefa de precisar, ajustar e mesmo corrigir conceitos legais pouco claros e controversos, num domínio que, como a remuneração do administrador judicial, exigia que eles primassem pela total clareza.

Ora, tais conclusões, segundo pensamos, mantêm plena actualidade e importância, decorridos que estão pouco mais de seis meses desde a entrada em vigor da nova legislação, na tarefa que agora nos foi proposta, de revisitar e apreciar com mais detalhe a matéria em apreço, o que se justifica fazer tendo sobretudo em conta o trabalho que, entretanto, sobre ela foi produzido pela jurisprudência.

3) A REMUNERAÇÃO VARIÁVEL DO AJ NA RECUPERAÇÃO.

3.1) Introdução

No que respeita à remuneração variável na recuperação, seja no processo de insolvência, seja no PER e no PEAP, importa preliminarmente destacar que, a nosso ver, as principais questões estão por clarificar na lei.

Na verdade, não está definido pelo legislador – no CIRE, no EAJ ou em qualquer outro diploma legal – quando e quem fixa, nem está sequer devidamente esclarecida, face à forma equívoca da nova redacção da lei, a forma como se fixa a remuneração variável.

Mantendo-se a existência de uma lacuna legal no processo de insolvência, a nosso ver, sobre a questão de saber se a remuneração variável é fixada nesse processo e, em caso afirmativo, quando tal sucede e em que instrumento processual.

Com efeito, embora não seja o momento adequado para desenvolver o tema, cumpre agora reconhecer que a referida lacuna resultou das alterações legais levadas a efeito em 2013, sobretudo com a aprovação do novo Estatuto do Administrador Judicial (Lei nº22/2013, de 26-2).

Visto que o CIRE e o primitivo EAI (cfr. art. 20.º da L. nº32/2004, de 22-7) não previam a componente variável da remuneração devida exclusivamente

pela recuperação do devedor, atribuindo-a somente pela gestão da empresa insolvente e pela elaboração do plano de insolvência, tendo sido no novo EAJ que, pela primeira vez, o legislador consagrou tal direito do administrador judicial (art. 23.º/2 da Lei nº22/2013, de 26-2, na redação inicial).

Não cuidando, porém, nem em 2013 nem posteriormente, da definição da competência e momento próprios para a sua determinação.

Ao ponto de ser defensável, nessa tarefa, o entendimento que exclui tal fixação do objecto do processo de insolvência, tanto mais que, aprovado e homologado o plano de recuperação, o insolvente retoma o direito de livre gestão dos seus negócios e torna-se responsável pelo pagamento das dívidas da massa, pelas quais pode ser livremente demandado através dos meios comuns (art. 233.º/1, als. a) e d), do CIRE).

Destacando-se ainda que a referida lacuna legal sobre a fixação da remuneração variável na recuperação, a nosso ver, estende-se igualmente ao processo especial de revitalização (PER) e ao processo especial de acordo de pagamentos (PEAP).

Com efeito, não obstante o disposto nos arts. 17.º-C/6 e 222.º-C/6, permanecemos convictos, como sustentámos no estudo anterior ([3]), que essas normas não resolvem definitiva e claramente a questão de saber quando e quem é competente para fixação dessa remuneração no PER e no PEAP, embora se compreenda, dada a natureza da matéria em causa, alguma resistência dos tribunais de competência genérica ou cível em intervir em tal domínio ([4]).

[3] Cfr. a Remuneração do Administrador Judicial e a sua Apreciação Jurisdicional depois de Abril de 2022 – Uma Primeira Apreciação às Alterações Introduzidas no CIRE e no EAJ pela Lei nº9/2022, de 11-1, in Data Venia, Ano 10, nº13, pp. 78ss e 86ss

[4] Ao estabelecerem que "a remuneração do administrador judicial provisório é fixada pelo juiz, na própria decisão de nomeação ou posteriormente", os arts. 17.º-C/6 e 222.º-C/6 do CIRE permitem que essa fixação ocorra, com trânsito em julgado, antes da decisão sobre a homologação do plano, apesar de esta ser decisiva para a existência da remuneração variável devida pela recuperação do devedor, acrescendo que a situação líquida deste apenas é apurada, após o final do processo, "30 dias após a homologação do plano de recuperação" (art. 23.º/4, al. a), do CIRE).

3.2) O Acórdão do TRP, de 29/09/2022

Todavia, no caso tratado no Ac. do Tribunal da Relação do Porto de 29/09/2022, tirado no âmbito do processo nº 4020/21.3 T8AVR, intentou-se louvavelmente enfrentar essas várias questões.

Na decisão do Tribunal de 1.ª Instância, proferida no Juízo de Comércio de Aveiro/Anadia, a fixação da remuneração variável devida ao AJ por recuperação foi decidida no próprio PER, logo após a homologação do plano de recuperação da devedora.

E, na sua primeira componente (antes da majoração: art. 23.º/5 do EAJ), a determinação da remuneração teve por base "*a diferença entre o valor total dos créditos reconhecidos e o valor de tais créditos resultante da execução do plano de recuperação*".

Fundamentando tal aresto que apenas faz sentido que "*o montante da recuperação e consequentemente da remuneração variável* tenha *por base e esteja dependente da maior ou menor redução do valor dos créditos a satisfazer no plano, no confronto com o que existia antes*".

Por outro lado, para a majoração da remuneração variável (nos termos do art. 23.º/7 do EAJ), entendeu que "*se aplicará, em regra, apenas nos casos em que exista liquidação do activo (no âmbito de um processo de insolvência)*.

E embora admitindo *a possibilidade de aplicação da referida majoração igualmente aos planos de recuperação aprovados e homologados* (no processo de insolvência, no PER e no PEAP), restringiu a atribuição da majoração *apenas se e quando o próprio plano preveja que parte dos créditos sejam satisfeitos por via de liquidação de bens, entre outros casos, nos previstos nos artigos 195º nº 2 alínea c) e 196º nº 1 alínea e) do CIRE*".

Mais: se o PER ou o PEAP findarem sem homologação do plano, a remuneração do AJ será de € 2.000,00 (art. 23.º/1 do EAJ), a reclamar, se for o caso, judicial ou extra-judicialmente, ao devedor ou ao seu processo de insolvência (arts. 17.º-C/7 e 222.º-C/7 do CIRE), não se vislumbrando motivos para que tal não suceda se o plano de recuperação for homologado e o devedor retomar a sua normal actividade.

A nosso ver, é indubitável que a decisão de primeira instância está bem fundamentada, procedendo a uma interpretação cuidada da lei, e que ela, ao menos à primeira vista, no seu elemento literal, parece permitir, visto que – como se disse no estudo anterior ([5]), o legislador deixou em aberto a noção de "situação líquida" e a definição do "resultado da recuperação do devedor".

De tal sorte, que convenceu o Tribunal da Relação do Porto, visto que a decisão de recurso confirmou a da primeira instância quase integralmente.

No entanto, salvo o devido respeito, uma reflexão mais aturada vem demonstrar, segundo pensamos, que a interpretação ali adoptada não merece acolhimento, por falta correspondência com a letra da lei, nem com a sua *ratio*.

Acresce que, como se verá de seguida, ela é susceptível de conduzir aos resultados perniciosos para a recuperação do devedor que pretendeu evitar.

3.3) A primeira componente da RV na recuperação

De acordo com o disposto no art. 23.º/5 do EAJ, na sua segunda parte, "*considera-se resultado da recuperação o valor determinado com base no montante dos créditos a satisfazer aos credores integrados no plano*".

Face a esta redacção, tem de constatar-se que a tese propugnada na referida decisão judicial, salvo o devido respeito, e em primeiro lugar, não tem qualquer correspondência com a letra da lei.

Assim, onde a lei diz "valor determinado com base no montante dos créditos a satisfazer", a tese que fez vencimento no aresto diz precisamente o contrário: o valor é apurado com base no montante dos créditos sacrificados!

E, dessa forma, o valor relevante para a definição da RV passa a ser dado, não pelos créditos a satisfazer, como prevê a lei, mas, ao invés, pelos créditos relacionados e admitidos que não serão pagos nos termos do plano (pois *a*

[5] Idem, pp. 93ss.

recuperação do requerente/insolvente será tanto maior quanto maior forem as restrições dos direitos dos credores previstas no plano).

Por outro lado, ao fazê-lo, medindo a remuneração pelo valor dos créditos sacrificados, e passando já aos argumentos de carácter racional e sistemático, pensamos que a interpretação em apreço vem contrariar princípios essenciais do direito de insolvência, afigurando-se ainda, claramente, mais injusta face à solução que equipara a "situação líquida" à (eventual) diferença (quando exista) entre activo e passivo do devedor, e o "resultado da recuperação" ao valor dos créditos a satisfazer nos termos do plano ([6]).

Em primeiro lugar, crê-se que o montante da diminuição dos créditos é uma medida arbitrária para a fixação do valor da remuneração (e totalmente dependente da vontade de credores e devedor).

Ao passo que o conceito de *capital próprio*, ou *activo – passivo* (para além de não depender da vontade de credores e devedor), tem a vantagem de, ao menos, transmitir tendencialmente a dimensão económica e patrimonial do devedor, permitindo, assim, em coerência, ajustar o valor da remuneração do AJ a essa dimensão e capacidade do devedor.

Para além disso, e decisivamente, a compensação ao AJ por uma redução dos créditos a pagar no plano constitui, sob o ponto de vista racional e dos interesses em jogo, uma solução totalmente estranha aos princípios materiais do nosso ordenamento jurídico e à evolução do direito de insolvência, seja no CIRE, seja no EAJ.

Pois procede à fixação da remuneração totalmente ao arrepio do interesse essencial do processo de insolvência, mas também do PER e do PEAP (mercê do disposto nos arts. 17.º-A/3 e 22.º-A/3), e que reside, nos termos expressos no art. 1.º/1 do CIRE, na "satisfação dos credores".

[6] Apesar das críticas que esta solução também merece, cfr. Ibidem, pp. 97ss.

Finalidade, da qual, recorde-se, a recuperação do devedor, pela forma prevista num plano, é apenas uma das vias, como resulta claro do art. 1.º/1 do CIRE ([7]), sendo esse também, por isso, o objectivo essencial no PER e no PEAP ([8]), nos mesmos termos em que é o direito à satisfação dos créditos que domina na insolvência que visa a recuperação do devedor.

Assim se explicando, muito naturalmente, que a aprovação do plano para o efeito, em todas essas formas processuais, dependa necessariamente da adesão da maioria dos credores (arts. 17.º-F, 212.º e 222.º-F do CIRE).

Tal como, no EAJ, a lei sempre teve em mente premiar o administrador "em função da efectiva satisfação dos créditos", o que, aliás, constava expressamente na Exposição de Motivos da Proposta de Lei nº112/IX, que veio a dar origem ao primitivo Estatuto do Administrador da Insolvência, aprovado pela Lei nº32/2004, de 22-7.

No qual, textualmente, o legislador referia que "a par de um montante fixo suportado pela massa insolvente, cria-se um sistema de prémios (ao administrador da insolvência) cujo montante varia em função da efectiva satisfação dos créditos".

Em linha do que dispõe, *expressis verbis*, na actualidade, o art. 23.º/5 do Estatuto do Administrador Judicial.

Aliás, abordando agora o critério sistemático da interpretação, e recorrendo agora ao lugar paralelo do instituto da exoneração do passivo restante, é sabido que ele visa, se tal for justificado em face do comportamento do devedor, "a extinção de todos os créditos sobre a insolvência" (art. 245.º/1 do CIRE).

---

[7] Como refere A. SOVERAL MARTINS, "actualmente (…), resulta com maior clareza do art. 1.º, 1, do CIRE que o processo de insolvência tem sempre como finalidade a satisfação dos credores e que essa finalidade norteia todo aquele processo" (Um Curso de Direito da Insolvência, 2015, pp. 12-3).

[8] De recordar que ao PER e ao PEAP são aplicáveis subsidiariamente tais finalidades, da mesma forma que as demais normas do processo de insolvência que com eles não sejam incompatíveis (arts. 17.º-A/3 e 222.º-A/3 do CIRE).

Ora, mesmo nesse caso, a remuneração do fiduciário é fixada – não, obviamente, na medida dos créditos sacrificados (face aos que haviam sido reconhecidos) – mas, isso sim, na proporção de 10% dos valores efectivamente entregues para a satisfação dos direitos dos credores (art. 28.º do EAJ).

Da mesma forma, a remuneração pela liquidação é fixada de acordo com o valor obtido para a massa insolvente, destinado à satisfação dos credores (art. 23.º/4, al. b), e 7, do EAJ), não aumentando, naturalmente, à medida em que os créditos são sacrificados.

De tal modo que, até hoje, nunca o ordenamento jurídico português premiou alguém pelo nível de redução dos direitos dos credores – a não ser, pela própria natureza das coisas, o devedor.

Aliás, salvo o devido respeito, do ponto de vista dos valores substanciais sob tutela, a tese em apreço parece-nos contraditória nos seus próprios termos.

Pois se, a primeira parte da remuneração variável na recuperação é fixada em função do valor dos créditos não satisfeitos, a sua segunda parte, relativa à majoração (art. 23.º/7 do EAJ), é já atribuída na dependência dos créditos satisfeitos – desde que tal ocorra pela liquidação imediata de bens (i. é, da circunstância de que o *próprio plano preveja que parte dos créditos sejam satisfeitos por via de liquidação de bens, entre outros casos, nos previstos nos artigos 195º nº 2 alínea c) e 196º nº 1 alínea e) do CIRE*).

Acresce que o entendimento preconizado naquela decisão judicial não encontra paralelo no direito comparado, pelo menos, naquele que pesquisámos, nomeadamente, em Espanha, que exerce notória influência sobre o nosso legislador, onde a remuneração é calculada com base em

percentagens que consideram a soma da massa activa com a massa passiva ([9]), e no Brasil, onde se atende ao valor devido aos credores ([10]).

Finalmente, segundo pensamos, esta tese conduz aos resultados perniciosos para a recuperação do devedor que ela, aparentemente, pretenderia evitar.

Basta ver a sua aplicação a um exemplo que demos no estudo anterior, supondo assim *que, de acordo com a contabilidade devidamente organizada ou, na sua ausência, em face dos elementos constantes no processo, o activo do devedor é de € 5.000.000,00, sendo o passivo de € 6.000.000,00, e prevendo plano o pagamento de dívidas no total de € 4.000.000,00*.

Ora, nesta situação, a remuneração variável por recuperação (10% da diferença entre os créditos reconhecidos e os créditos salvaguardados no plano, ou seja € 2.000,000,00 x 10%) seria de € 200.000,00!

À qual acresceria ainda a majoração prevista no art. 23.º/7 do EAJ.

Em suma, trata-se de uma tese que, tendo como pano de fundo a já referida inabilidade do legislador na fixação das novas soluções legais e os valores excessivos que à primeira vista consagrou, face aos anteriormente vigentes, constitui uma tentativa de reduzir o valor da remuneração variável em caso de recuperação do devedor.

E que, se serviu para o caso concreto, na medida em que dela resultou um valor considerado razoável ou equitativo (tendo por comparação, sobretudo, o regime anterior à Lei nº9/2022, de 11-1), e que ali ascendeu a €

[9] Nos termos do disposto no art. 4.º/2 do Real Decreto 1860/2004, de 6 de setembro, disponível e consultado em linha em https://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/rd1860-2004.html#a4.

[10] Segundo o art. 24.º/1 da Lei nº11.101, de 9 de Fevereiro de 2005, "o juiz fixará o valor e a forma de pagamento da remuneração do administrador judicial, observados a capacidade de pagamento do devedor, o grau de complexidade do trabalho e os valores praticados no mercado para o desempenho de actividades semelhantes", com um tecto máximo que, "em qualquer hipótese (…), não excederá 5% (cinco por cento) do valor devido aos credores submetidos à recuperação judicial (…), com sublinhado nosso, estando a versão actualizada daquele diploma legal disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm.

3.500,00, não serve, salvo o devido respeito, como critério legal e materialmente fundado de cálculo da remuneração variável do AJ na recuperação aplicável à generalidade dos casos.

3.4) A majoração da remuneração

No que concerne à majoração da remuneração, a referida decisão admite-a *apenas quando o próprio plano preveja que parte dos créditos sejam satisfeitos por via de liquidação de bens, entre outros casos, nos previstos nos artigos 195º nº 2 alínea c) e 196º nº 1 alínea e) do CIRE*:

Novamente aqui, salvo melhor opinião, não se vislumbra qualquer correspondência da tese adoptada com a letra da lei, uma vez que o art. 23.º/7 do EAJ não refere qualquer liquidação de bens, nem contém o menor indício de remissão para os arts. 195.º e 196.º do CIRE.

E tanto mais contrária à lei é esta forma de definir a majoração, quanto é certo que, com ela, muito raramente, ou mesmo nunca, a majoração seria concedida em caso de recuperação, quando transparece de forma evidente do art. 23.º/7 do EAJ é que ela, por regra, deve ser sempre concedida.

Sem embargo, a interpretação em causa procurar justificar-se no elemento literal, porque refere "*5% do montante dos créditos satisfeitos*", o que não é a mesma coisa que "créditos a satisfazer", mas, salvo o devido respeito, esse segmento da lei não dá qualquer respaldo à solução seguida.

Com efeito, por definição, o plano só trata de créditos a satisfazer, e não previamente satisfeitos (cfr. art. 196.º/1, al. a), do CIRE: *o plano de insolvência pode conter o perdão ou a redução do valor dos créditos*, o que se reporta, naturalmente, aos créditos a satisfazer), pelo que, a referência aos "créditos satisfeitos", no art. 23.º/7 do EAJ, não pode, a nosso ver, ser entendida como sinónimo, em sede de recuperação, de créditos liquidados previamente à execução do plano.

Da mesma forma, aliás, do que ocorre com a referência aos "créditos satisfeitos" para a majoração em sede de liquidação, como já se salientou no estudo anterior, tornando-se manifesto concluir que, no art. 23.º/7 do EAJ, o legislador usou aquela expressão com impropriedade, ou "sem qualquer rigor, porque se aumenta o valor da remuneração variável, à custa das disponibilidades da massa insolvente, já não estamos, obviamente, nessa mesma medida, na presença de *créditos satisfeitos*" ([11]).

Em suma, se para nós é medianamente claro que, quer para a recuperação, quer para a liquidação, o legislador empregou a expressão "créditos satisfeitos" com o sentido de *créditos a satisfazer*, já parece de suma evidência (face a todos os factores de interpretação, começando pelo literal) que ela não pode significar *créditos sacrificados*, nem *previamente satisfeitos*.

Por último, em face dos critérios materiais vigentes, a interpretação seguida no aresto, segundo pensamos, conduz a resultados claramente injustos e incoerentes: assim, se o plano estipular a liquidação de bens para pagar os créditos, é devida a majoração, mas se o plano estipular outra forma de pagamento aos credores, a majoração já não se aplica!

3.5) Conclusão

Em face do exposto, e apesar das perplexidades suscitadas pela redacção da nova lei, já destacadas anteriormente, é justificado concluir que, sem prejuízo da premência da correcção da lei por iniciativa do legislador, e enquanto ela não existir, a remuneração variável em função da recuperação do devedor terá de ser determinada, em primeiro lugar, nos termos da al. a) do art. 23.º/4 do EAJ, em 10% da situação líquida do devedor.

Convocando-se, para a definição dessa *situação líquida*, a noção de capitas próprios, para as sociedades comerciais ou, em qualquer caso, a

[11] Cfr. a Remuneração do Administrador Judicial e a sua Apreciação Jurisdicional depois de Abril de 2022, acima citado, pp. 103-4.

diferença entre o activo e o passivo do devedor, nos termos que resultem da sua contabilidade ou dos elementos constantes no processo.

Destacando-se a este respeito, por isso, que a exclusividade do conceito de capitais próprios, para as sociedades comerciais com contabilidade organizada, não exclui, ao contrário do que se sustentou na decisão acima abordada ([12]), a operacionalidade do conceito "situação líquida" quanto aos demais devedores.

Visto que, nesse caso, *máxime* para as pessoas singulares, a situação líquida deverá ser apurada, simplesmente, com base na diferença entre o activo e o passivo, tal como eles resultam do processo.

Mais: tudo indica que, ao usar a expressão "situação líquida", o legislador teve em vista, justamente, a necessidade de um conceito suficientemente abrangente para incluir as várias entidades que, nos termos do art. 2.º do CIRE, podem ser objecto de processo de insolvência, PER e PEAP.

Sendo certo, no entanto, que num grande número de casos, por estarem em causa devedores em situação de insolvência actual, insolvência iminente ou em situação económica difícil, não existirá situação líquida positiva que possa determinar a atribuição desta primeira componente da remuneração variável na recuperação.

[12] Onde se escreveu "sem que a referência à situação líquida se reporte a qualquer conceito contabilístico ou se procure através dele reflectir a diferença entre o activo e o passivo", o que não foi fundamentado, senão na preferência pelo entendimento de que o "valor de 10% da situação liquidado devedor terá por medida precisamente a diferença entre o valor total dos créditos reconhecidos e o valor de tais créditos resultante da execução do plano", e onde se acrescentou que "tal conceito (contabilístico) seria apenas aplicável às sociedades comerciais, quando na verdade o legislador de forma deliberada e expressa não diferenciou o PER do PEAP", não se atentando a que nas insolvências de pessoas singulares e nos PEAP, o activo e o passivo resultam necessariamente descritos no processo, o primeiro mercê da exigência de apresentação da relação de bens e direitos (arts. 24.º/1, al. e), e 222.º-C/3, al. b), do CIRE) e o segundo da relação ou na lista de credores, podendo – e devendo – recorrer-se a tais elementos na definição da "situação líquida" do devedor.

Em segundo lugar, na operação da fixação remuneração variável do AJ na recuperação, por força do nº7 do art. 23.º do EAJ, em qualquer das formas processuais reguladas no CIRE, caberá aplicar a majoração de 5% dos créditos a satisfazer nos termos do plano, em termos idênticos, com as devidas adaptações, ao que sucede na liquidação e a analisar de seguida.

Devendo recordar-se, todavia, que *no afã de concentrar numa única alínea a fórmula de ampliação da remuneração variável nas duas vertentes (liquidação e recuperação), a lei parecer ter olvidado que o critério da "situação líquida", no sentido empregue na interpretação acima proposta, e a que propendemos aderir, é passível de determinar, e determinará as mais das vezes, um valor nulo da remuneração* ([13]).

De modo que, relativamente a esses casos, é patente a impropriedade do emprego da expressão majoração (que por definição incide sobre um valor positivo, a multiplicar ou a somar) da remuneração variável em caso de recuperação, a qual, diversamente, sendo negativa a "situação líquida" do devedor (ou seja, sendo o passivo superior ao activo, já com as alterações resultantes do plano), ficará então limitada apenas ao valor de 5% dos créditos a satisfazer através do plano, por aplicação do art. 23.º/7 do EAJ.

4) A REMUNERAÇÃO VARIÁVEL DO AJ NA LIQUIDAÇÃO.

4.1) Introdução

Defendemos no referido estudo, em síntese muito apertada, que a remuneração variável na liquidação corresponde a perto de 10% dos valores obtidos na liquidação ([14]).

Que é calculada em duas fases: primeiramente, deve considerar-se a taxa de 5% sobre o valor apurado para a massa insolvente, com base no tradicional

[13] Cfr. a Remuneração do Administrador Judicial e a sua Apreciação Jurisdicional depois de Abril de 2022, acima citado, pp. 106-7.

[14] Idem, pp. 103-106.

conceito do produto da liquidação, a que se refere o art. 23.º/6 do EAJ e que reproduz o anterior nº4 do mesmo preceito legal.

E que apenas deduz, à totalidade das receitas obtidas para a massa insolvente, algumas despesas: as custas do processo, as custas das acções intentadas pela massa insolvente e as despesas de administração e da massa insolvente validadas pelo Tribunal.

Mas não considera a remuneração fixa do administrador judicial, que não conta para o resultado da liquidação previsto no art. 23.º/6 do EAJ.

Visto que, apesar de mais uma e diversa arrumação do preceito legal empreendida pela Lei nº9/2022, de 11-1, a excepção às dívidas da massa insolvente relevantes para o efeito, prevista na segunda parte do nº6, permanece dirigida ao nº1.

Sinal claro, pois, da intenção firme do legislador de afastar a remuneração fixa da definição do resultado da liquidação.

Já a segunda fase, referente à majoração (prevista no art. 23.º/7 do EAJ), considera outros 5%, os quais, todavia, incidem agora sobre o montante pronto para distribuição, totalmente "limpo", ou seja, que já atende e deduz todas as despesas do processo: um valor *totalmente líquido, que seria destinado ao pagamento dos créditos, mas que vai ser retirado desse destino, para majorar a remuneração do AI, quase como se este fosse um credor* e, portanto, *já deduzido de todas as despesas da massa, incluindo a remuneração fixa e variável (esta, naturalmente ainda sem a majoração)*.

Por outro lado, neste âmbito, ainda se coloca com pertinência, pelo menos (sem prejuízo de outras que eventualmente venham a suscitar-se), uma segunda questão relevante, e que não foi abordada no estudo anterior: a da eventual existência de um limite máximo da remuneração variável por liquidação, por força do disposto no art. 23.º/10 do EAJ.

Tendo presente que a primeira daquelas fases de apuramento do valor da remuneração variável (5% do produto da liquidação) não gera qualquer

controvérsia, importa revisitar agora a questão da majoração e abordar a do limite máximo, tal como o tratamento que têm merecido na jurisprudência.

4.2) A majoração na jurisprudência

A questão da fixação da majoração da remuneração do administrador judicial na liquidação tem dado origem, porventura de forma inesperada, a uma espécie de *vendaval* na jurisprudência dos tribunais superiores, concretizado com a prolação de vários acórdãos sobre a matéria, apesar dos poucos mais de seis meses de vigência da nova lei.

Manifestando-se em, pelo menos, quatro acórdãos, o entendimento de que os 5% da majoração prevista no art. 23.º/7 do EAJ não valem por si próprios, mas devem incidir sobre a proporção dos créditos a satisfazer nos termos do plano, em face do universo da totalidade dos créditos reconhecidos, dando assim lugar a um novo percentual (situado entre 0,01 e 5,00%) sobre o valor dos créditos a satisfazer.

Ou seja, nesta interpretação, a majoração de 5% é aplicada sobre (*rectius*, substituída por) a percentagem dos créditos a satisfazer, face à totalidade dos créditos reconhecidos, e só depois incide sobre o valor absoluto dos créditos satisfeitos.

Nestes termos, decidiram os Acs. do TRP de 11/10/2022, do TRE de 29/9/2022 e do TRC de 28/9/2022 e 11/10/2022 ([15]), os quais, aliás, confirmaram as decisões de primeira instância.

Numa das quais, curiosamente, somos mesmo nomeados (com a indicação expressa de *não se concordar com a posição defendida pelo Dr. Nuno Araújo, Juiz de Direito, a exercer funções no Juízo de Comércio de Anadia*), destaque que se agradece, mas que, para além de aparentemente desnecessário para fundamentar a decisão, parece também imerecido, pois não criamos qualquer teoria nova e especialmente elaborada a este respeito,

[15] Todos disponíveis na base de dados da DGSI.

mas apenas uma *primeira apreciação das alterações introduzidas pela Lei nº9/2022, de 11-1*.

E, longe de prever qualquer polémica a este respeito, no referido estudo nem sequer fundamentámos especificamente a posição adoptada quanto à questão, de tão evidente que ela surgiu, ficando apenas mencionada a *total irrelevância que o grau (ou percentagem) de satisfação dos credores, face ao universo da totalidade dos créditos, assume agora*".

De tal modo, que deste *turbilhão* jurisprudencial com o sentido de reduzir o valor da majoração com base na proporção dos créditos a satisfazer, face à totalidade dos valores reclamados e admitidos, apenas tem escapado o Tribunal da Relação de Lisboa, na sua secção especializada no direito de comércio.

E que, no Acórdão de 20/9/2022 ([16]), embora versando sobretudo a questão da aplicação da lei no tempo, calculou depois, expressamente, a majoração nos termos que nos parecem legalmente fundados, e já havíamos preconizado (sem imputar, obviamente, a fórmula de cálculo a ninguém em particular), ou seja, simplesmente em 5% do produto totalmente líquido da liquidação, e aparentemente sem ponderar ou imaginar sequer, tal como nós, de resto, o surgimento de qualquer controvérsia nesse cálculo.

4.3) A majoração: elementos da interpretação

Esta descrição justifica, pois, que voltemos à questão, tanto mais que, na nossa modesta opinião e salvo o devido respeito por outra, a orientação que se tornou maioritária não é a mais acertada.

[16] Também disponível na mesma base de dados e relatado por Desembargadora Fátima Reis Silva. Do mesmo Tribunal e da mesma relatora, foi entretanto tirado, no mesmo sentido, o recente Acórdão de 20/12/2022, que versou precisamente as mesmas questões apreciadas neste estudo sobre a remuneração variável na liquidação e que, por isso, justificaram a actualização do texto.

Salientando-se previamente, no entanto, que, mais uma vez, o que se nota aqui, a nosso ver, é simplesmente, tendo em conta a manifesta falta de clareza do legislador na fixação das novas soluções legais, a existência de uma tendência na jurisprudência para reduzir o valor da remuneração variável, também na liquidação, face aos valores considerados excessivos que aparentemente resultam da nova lei, sobretudo quando comparados com os montantes resultantes do regime anterior.

Assim sendo, impõe-se revisitar, pensar melhor e fundamentar devidamente o entendimento que, na nossa opinião, será o mais acertado a este respeito, analisando a questão, para o efeito, à luz dos elementos gerais de hermenêutica jurídica aceites pela generalidade da nossa doutrina ([17]).

Está em causa, pois, em primeiro lugar, saber se a majoração da remuneração variável do administrador na liquidação, em lugar dos 5% do montante dos créditos satisfeitos, nos termos do art. 23.º/7 do EAJ, deve ser determinada com base na percentagem dos créditos satisfeitos, face à totalidade dos admitidos, que depois incidirá sobre os referidos 5%.

4.4) A majoração: o elemento literal

Dispõe o art. 23.º/7 do EAJ que *O valor alcançado por aplicação das regras referidas nos nºs 5 e 6 é majorado, em função do grau de satisfação dos créditos reclamados e admitidos, em 5% do montante dos créditos satisfeitos* (sendo o respectivo valor pago previamente à satisfação daqueles).

Salta à vista, face à referida redação da norma, antes do mais, que a letra da lei não contém qualquer referência ao valor total dos créditos reconhecidos, nem prevê qualquer proporção desse valor (mas sim 5% dos créditos a satisfazer).

[17] Recorrendo aos factores da interpretação indicados, por exemplo, na lição de João Baptista Machado (Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador, pp. 181ss).

Daqui que o elemento literal da interpretação, na sua vertente negativa (o que a lei não diz), sirva de primeiro e importante respaldo para o entendimento que desconsidera, na majoração da remuneração, o valor total dos créditos reconhecidos.

É certo que a norma em causa refere que o valor da remuneração variável na liquidação é majorado *em função do grau de satisfação dos créditos reclamados e admitidos*.

Sendo precisamente desta referência legal que os defensores da tese contrária, que em suma considera os 5% apenas depois da proporção ou percentagem do valor dos créditos a satisfazer, face ao universo da totalidade dos créditos admitidos, vão buscar o seu principal (ou único) argumento, apenas porque, segundo sustentam, a lei mantém aquela referência ao grau de satisfação dos credores.

O que, se bem pensamos e salvo o devido respeito, traduz um argumento que podemos designar de *insinuação legal*, pois a lei não o diz (não fala em proporção), mas insinua (com a referência ao grau de satisfação), acompanhado talvez por outro que poderá ser visto como de *tradição* (se antes atendia, não se vê motivo para que a lei não continue a atender).

Assim se evidenciando, ressalvada melhor opinião, a fragilidade de tal argumentação, desde logo porque aqueles não são verdadeiros elementos de interpretação, pelo menos segundo a nossa melhor doutrina ([18]).

[18] De acordo com o autor acima citado, os "factores interpretativos são-nos apresentados como sendo essencialmente dois: o elemento gramatical (isto é, o texto, a "letra da lei") e b) o elemento lógico. Este último, por seu turno, aparece-nos subdividido em três elementos: a) o elemento racional (ou teleológico,), b) o elemento sistemático e c) o elemento histórico". Acrescentando "que o elemento gramatical ("letra da lei) e o elemento lógico ("espírito da lei") têm sempre que ser utilizados conjuntamente. Não pode haver, pois, uma modalidade de interpretação gramatical e uma outra lógica; pois é evidente que o enunciado linguístico que é a "letra da lei" é apenas um significante, portador de um sentido ("espírito") para que nos remete (cfr. J. BAPTISTA MACHADO, Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador, pp. 181-2).

E por isso, sustentar que da lei resulta que os 5% incidem sobre a proporção dos créditos satisfeitos, face à totalidade dos créditos reconhecidos, parece constituir, na verdade, uma interpretação criativa, e que, em termos literais, acrescenta palavras ao texto legal, e fazendo-o onde não existe qualquer lacuna legal para integrar.

Pois a verdade é que, em primeiro lugar, mesmo literalmente, a expressão *grau de satisfação* não significa nem se confunde com uma percentagem ou uma proporção ([19]).

Com efeito, o grau (de satisfação) pode ser absoluto ou relativo: no primeiro caso, é considerado por si só, ao passo que, no segundo, é calculado por referência a outra realidade, como ensinam, desde logo, os manuais escolares de língua portuguesa e aritmética ([20]).

Razão pela qual, o grau de satisfação que a lei tem em vista pode perfeitamente ser o grau absoluto - nesta perspetiva, os credores de uma insolvência que recebam € 100.000,00, quando detinham créditos de € 100.000,00, têm exactamente o mesmo grau (absoluto) de satisfação dos credores que noutra insolvência recebam € 100.000,00, embora os seus créditos ascendessem a € 500.000,00. Na verdade, em ambos os processos, os referidos credores recebem exactamente o mesmo e por isso é igual, na ordem de € 100.000,00, o grau (absoluto) da sua satisfação.

Por outro lado, considerando o elemento literal, agora na vertente positiva, o que a lei diz é que a majoração tem por fundamento (*em função do*) o grau de satisfação dos créditos reclamados, fixando-se em 5% dos créditos satisfeitos ([21]).

---

[19] No mesmo sentido, o recente Acórdão do TRL de 20/12/2022, acima mencionado, refere, muito acertadamente, a nosso ver, que "na verdade, grau não equivale a percentagem", pois "o grau não implica necessariamente uma relação entre dois valores".

[20] Consulte-se, por exemplo, os manuais digitais https://www.figuradelinguagem.com/gramatica para língua portuguesa e https://4anoilha.blogs.sapo.pt/ para matemática.

[21] Também com base inicial no elemento literal da lei, pois "não parece ter qualquer suporte na letra da lei pretender que "5% dos créditos satisfeitos" signifique "5% ou menos dos créditos

Ou seja, o grau de satisfação é indicado e visto precisamente no mesmo plano, como sinónimo, portanto, que os 5% dos créditos satisfeitos, assim se demonstrando, em termos literais, que o grau de satisfação dos credores é aferido em termos absolutos e corresponde a 5% dos créditos satisfeitos.

Acresce, decisivamente, a nosso ver, que o elemento literal demonstra que o grau da satisfação constitui apenas o motivo da majoração (que constitui, sem dúvida, o significado das expressões *em função*).

Sendo os *5% dos créditos satisfeitos* o factor ou bitola que, seguidamente, vai determinar o resultado de tal majoração e, portanto, sem referência ou consideração alguma pelo valor total dos créditos reclamados ou pela proporção que nele tenha o montante dos créditos a satisfazer.

Está em causa, na verdade, uma técnica legislativa, segundo a qual, o legislador indica primeiro o fundamento da sua estatuição (*em função do grau de satisfação dos créditos reclamados e admitidos*), para depois referir qual é a estatuição legal (*em 5% do montante dos créditos satisfeitos*).

Técnica legislativa seguida, aliás, à semelhança do que ocorre noutras disposições legais, como sucede, por exemplo, com o art. 26.º/3, al. c), do Regulamento das Custas Processuais.

Segundo o qual, uma parcela das custas de parte é destinada à *compensação da parte vencedora face às despesas com honorários do mandatário judicial*.

Dessa forma, o legislador evidencia qual o motivo para a atribuição da referida parcela das custas de parte, mas não determina que os referidos honorários constituam a bitola que define o seu valor concreto.

satisfeitos", e recorrendo depois aos demais elementos da interpretação, o Prof. A. SOVERAL MARTINS, na exposição igualmente apresentada XXIV Encontro Anual da APAJ, preconiza que a majoração "deve ser calculada a partir do montante dos créditos satisfeitos, aplicando-se a esse montante a percentagem de 5%" (cfr. https://justicatv.com/flv/8nx7roxHmBmckbSnEeAQG8JcF.mp4).

E, por ser assim, ninguém defende, segundo se saiba, que seja o montante efectivo dos honorários do seu mandatário o factor que vai fixar o valor das custas a atribuir à parte vencedora, constituindo ele, pois, apenas o fundamento ou motivo dessa atribuição ([22]).

Sendo certo que esta técnica legislativa, adoptada no art. 23.º/7 do EAJ, no que tange à fixação da remuneração variável do AJ na liquidação, e replicada noutras disposições legais, já vem de trás no nosso direito da insolvência, o que nos conduz ao elemento histórico da hermenêutica jurídica.

4.5) A majoração: o elemento histórico

Preliminarmente, importa salientar que, vista a Exposição de Motivos da Proposta de Lei (115/XIV/3), que esteve na origem da nova Lei nº9/2022, de 11-1 ([23]), não se descortina contributo algum para o esclarecimento desta questão.

Verificando-se até que as alterações aos arts. 23.º e 29.º do EAJ não constavam no projecto inicial da lei, e apenas surgiram através de uma proposta de alteração, apesentada conjuntamente pelos partidos PS e PSD, e sobre a qual, os pareceres emitidos por várias entidades, incluindo o CSM, a ASJP e a APAJ, que já haviam sido emitidos, tendo por objecto a versão anterior da proposta, nem tiveram oportunidade de se pronunciar ([24]).

---

[22] Recorrendo por todos ao recente Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 8/6/2022, disponível na citada base de dados, "no apuramento da compensação à parte vencedora, por honorários do mandatário judicial, segundo o disposto no artigo 26.º, nº3, al. c), do RCP, deve ser contabilizada a taxa de justiça paga pelos autores, cuja tese ficou vencida, mesmo que entretanto lhe tenha sucedido, por habilitação, uma entidade beneficiária de isenção subjectiva de custas".

[23] Sobre a importância da ponderação dos trabalhos preparatórios e dos termos da discussão pública das leis, como contributo relevante para a sua interpretação, no âmbito do elemento histórico, cfr. J. BAPTISTA MACHADO, Ob. cit., pp. 184-5.

[24] O que, muito provavelmente, explicará a inabilidade do legislador na redacção dos referidos arts. 23.º e 29.º do EAJ e as perplexidades que a sua interpretação vem causando.

Poderia ser muito relevante, por isso, ter acesso aos trabalhos desenvolvidos e às fontes pesquisadas para a apresentação dessa proposta conjunta de alteração ao projecto originário da lei, como contributo, quase a título de interpretação autêntica, para a resolução das dúvidas interpretativas criadas pelos novéis arts. 23.º e 29.º do Estatuto ([25]).

Não sendo isso possível, por ora, importa ter em consideração que, como atrás se disse, a técnica legislativa usada pelo art. 23.º/7 do EAJ constituía já a opção do legislador na fixação da remuneração variável na liquidação no regime pré-vigente.

Com efeito, ela é usada, pelo menos, desde o art. 20.º/4 do primitivo Estatuto do Administrador da Insolvência (Lei nº32/2004, de 22-7), nos termos do qual, a remuneração era majorada, *em função do grau de satisfação dos créditos reclamados e admitidos,* pela aplicação dos factores constantes na Portaria nº5/2005, de 20-1.

Pois bem: com a Lei nº9/2022, de 11-1, passou o legislador a referir que, em função do mesmo critério, a remuneração é já majorada por outro factor ou bitola: 5% dos créditos a satisfazer.

Sendo por isso esta interpretação que parece claramente aquela que melhor corresponde ao propósito da alteração da lei, pois esta manteve a referência ao grau de satisfação dos créditos (como motivo da majoração), mas alterou o factor a considerar (no cálculo da majoração).

Deixando cair qualquer menção, no cálculo da majoração, a uma proporção em face da totalidade dos créditos reconhecidos.

E determinando que esse cálculo é agora baseado simplesmente em 5% dos créditos satisfeitos.

[25] Para além de outros méritos, foi o Ac. do TRL de 20/12/2022, já citado, que logrou trazer à luz a "fonte de inspiração desta nova redação do art. 23.º do EAJ": o projecto de portaria sujeito a consulta pública em 2019, que visava regulamentar o então art. 23.º/1 do EAJ, mas não chegou a vigorar, e cujo articulado, como veremos, tem clara similitude com as alterações agora introduzidas.

Daqui que, o elemento literal da lei, em decisiva conjugação com o elemento histórico, justifique a orientação que desconsidera do valor da totalidade dos créditos reconhecidos no processo, ou a percentagem que nele assuma o montante dos créditos a satisfazer.

Ao invés, salvo o devido respeito, face aos referidos factores de interpretação, o entendimento de que os 5%, previstos na lei, devem incidir sobre a proporção ou percentagem dos créditos satisfeitos, face à totalidade dos créditos reconhecidos, constitui, como se disse, uma interpretação criativa, destinada a reduzir o valor da RV, acrescentando para o efeito palavras ao texto legal ([26]), numa sede em que, como se verá face aos demais factores de hermenêutica, não existe qualquer lacuna para integrar.

4.6) A majoração: o elemento sistemático

A importância do elemento sistemático, com especial enfoque nos "lugares paralelos", tem sido destacada pela doutrina mais qualificada, "pois que, se um problema de regulamentação jurídica fundamentalmente idêntico é tratado pelo legislador em diferentes lugares do sistema, sucede com frequência que num desses lugares a fórmula legislativa emerge mais clara e explícita. Em tal hipótese, porque o legislador deve ser uma pessoa coerente e porque o sistema jurídico deve por igual formar um todo coerente, é legítimo recorrer à norma mais clara e explícita para fixar a interpretação de outra norma (paralela) mais obscura ou ambígua" ([27]).

[26] Como refere A. SOVERAL MARTINS, loc. cit. na nota 21, para além de não ter "apoio na letra da lei é a leitura segundo a qual 5% do montante dos créditos satisfeitos são 5% ou menos dos créditos satisfeitos", tal posição encontra ainda apoio no elemento histórico da interpretação, visto que a Portaria nº51/2005, de 20-1, já não pode condicionar a leitura da expressão "em função do grau de satisfação dos créditos reclamados e admitidos".

[27]Cfr. J. BAPTISTA MACHADO, Ob. cit., p. 183.

Como acima se disse, entendemos que a remuneração variável pela liquidação corresponde a aproximadamente 10% (5% deduzido de algumas despesas + 5%, deduzido de todas as despesas) do produto da liquidação.

Pesquisando os lugares paralelos disponíveis para o intérprete, cumpre questionar, desde logo, qual é a remuneração devida ao fiduciário no âmbito da exoneração.

Ora, essa remuneração corresponde no mínimo a 10% das quantias objecto de cessão (sem prejuízo do limite máximo previsto para cada ano), nos termos do art. 28.º do EAJ.

E, note-se, essa remuneração, atribuída ao fiduciário, de 10% do produto efectivo da exoneração, é totalmente alheia ao valor total dos créditos reconhecidos (a não ser no caso verdadeiramente excepcional de ele ser atingido e superado com o valor da cessão).

Acrescendo ainda que a esses 10% do produto do rendimento disponível cedido nem sequer são deduzidas quaisquer despesas.

Da mesma forma, na insolvência, no PER e no PEAP, a remuneração variável devida ao administrador judicial por força da recuperação do devedor é, pelo menos, de 10% da situação líquida que porventura possa existir (art. 23.º/4, al. a), do EAJ, acrescendo ainda a majoração prevista no nº7).

Sendo certo que também esses 10% da situação líquida não se confundem com o valor total dos créditos reconhecidos (quer se entenda que a situação líquida corresponde a activo – passivo, quer se considere que o resultado da liquidação é atribuído com base nos créditos sacrificados no plano).

Daqui que, em termos sistemáticos, seja plenamente coerente que também a remuneração variável na liquidação corresponda a cerca de 10% do seu produto, de forma totalmente independente do montante da totalidade dos créditos reconhecidos.

4.7) Elemento sistemático: a liquidação superveniente (art.º 241.º-A, do CIRE)

A evidência de que o elemento sistemático da interpretação depõe no sentido de que a remuneração variável pela liquidação deve ser calculada sem associação ao valor total dos créditos reconhecidos, se bem pensamos, é ainda confirmada e reforçada através da nova figura da liquidação superveniente, que a Lei nº9/2022 consagrou no art. 241.º-A do CIRE.

A aplicação deste preceito legal pressupõe que não houve ou já terminou a liquidação e que o processo de insolvência propriamente dito foi já declarado encerrado, prosseguindo apenas para efeitos de procedimento de exoneração.

De outro modo, aliás, a liquidação prosseguiria ou seria retomada nos termos gerais, e o recurso ao art. 241.º-A do CIRE não seria necessário.

E isso mesmo resulta da letra da lei, que fala em "*encerrado o processo*", e da *ratio* do preceito legal, que consiste em aproveitar a pendência do procedimento de exoneração para, se surgirem bens ou direitos susceptíveis de apreensão, permitir que eles sejam liquidados em benefício da satisfação dos credores.

Por isso, mal se compreende, impondo-se a interpretação correctiva da norma, a restrição da sua aplicação ao caso do encerramento do processo de insolvência decretado nos termos da al. e) do art. 230.º/1 do CIRE, pois é perfeitamente legítimo, a nosso ver, estender a sua aplicação ao encerramento declarado ao abrigo da al. a), com a validação do rateio final.

Só essa extensão, aliás, faz sentido com a previsão expressa, no texto da lei, da hipótese de já ter findado a liquidação (o que pressupõe, obviamente, que ela se iniciou), caso em que, segundo pensamos, o processo é encerrado,

concomitantemente com a validação do rateio, por aplicação da al. a) do art. 230.º/1 do CIRE ([28]).

Por outro lado, a aplicação da norma apenas é justificada, a nosso ver, enquanto decorrer o período de cessão, e isso mesmo consta na Exposição de Motivos da Proposta de Lei (115/XIV/3) que esteve na origem da aprovação da Lei nº9/2022, de 11-1 ([29]).

De tal modo que, apreensões posteriores ao final desse período, mesmo que este não tenha sido declarado, deverão ser consideradas inválidas, com a inerente separação dos bens ou direitos da massa fiduciária e a inadmissibilidade da sua liquidação ([30]).

---

[28] Segundo pensamos, a disposição legal do art. 230.º/1, al. a), do CIRE, ao referir "após a realização do rateio final", carece de ser interpretada em termos hábeis, com o sentido de o processo dever ser encerrado com a decisão de validação da proposta de rateio final, agora expressamente prevista no art. 182.º/3, a proferir em simultâneo com a ordem de realização de pagamentos e a declaração formal de encerramento do processo. Com efeito, importa não confundir a realização do rateio final (que condiciona o encerramento do processo) com a realização dos pagamentos (subsequente ao encerramento do processo), pois como resulta do disposto nos arts. 182.º/1 e 232.º/6 do CIRE, a realização efectiva dos pagamentos, que pode perdurar um ano e que o Código também designa de "distribuição", não é requisito para o encerramento do processo mas, ao invés, é uma consequência dessa decisão, como execução mecânica e inerente à validação do rateio.

[29] Também FERNANDO TAÍNHAS, para além de justamente destacar que a liquidação superveniente não se confunde com a reabertura do processo, e que abrange o activo superveniente do devedor, ou que seja supervenientemente conhecido, refere que a aplicação do instituto está circunscrita "aos processos de insolvência de pessoas singulares, nos quais haja sido admitido liminarmente o pedido de exoneração do passivo restante e que se encontre em curso o período de cessão" – cfr. Liquidação (velhos e novos problemas), in Julgar, nº48, As Alterações ao CIRE introduzidas pela Lei nº9/2022, de 11/01, pp. 69-71.

[30] Sendo manifesto, a nosso ver, que, caso já exista decisão final sobre o pedido de exoneração, não podem realizar-se validamente diligências de liquidação superveniente, tanto que, como bem refere FERNANDO TAÍNHAS, concedendo-se a exoneração e "extinguindo-se todos os créditos sobre a insolvência, parece não ser legalmente a prossecução da fase de liquidação superveniente", ao passo que, sendo a exoneração recusada, "inexiste administrador da insolvência e o fiduciário cessou funções" (Ob. cit., pp. 75-6), a questão torna-se mais discutível quando, estando findo o período de cessão, ainda não foi proferida aquela decisão final. Neste caso, porém, entendemos que a liquidação superveniente não pode existir, pois o devedor não deve ser prejudicado por um atraso do tribunal na conclusão ou na decisão do processo, por um lado, e por outro, porque o período de

Ora, nesta situação, a remuneração do AJ foi já necessariamente apurada (a componente fixa e, se for o caso, a variável) e ele já cessou funções como administrador, apenas permanecendo agora no processo nas vestes de fiduciário, que poderá ser inclusivamente outra pessoa.

Supondo que, nesse caso, é apurado um valor a apreender a favor da massa fiduciária, proveniente, por exemplo, de uma conta bancária, e concretizada a apreensão, importa questionar como se procede ao cálculo da remuneração.

O legislador teve o cuidado de tratar esta questão, no art. 241.º-A/3 do CIRE, que afasta qualquer dúvida legítima de que a remuneração é devida, mencionando: a "*remuneração variável* (devida) *ao fiduciário pela venda dos bens ou direitos* (...)".

Portanto, a remuneração é devida, e é devida na qualidade de fiduciário (tanto mais que já não existe AJ como tal).

Parece evidente, assim, que a remuneração, sendo devida ao fiduciário, deverá ser calculada nos termos previstos no art. 28.º do EAJ, correspondendo, portanto, a 10% do valor obtido, sendo essa, ademais, a remuneração variável de qualquer fiduciário que como tal se mantenha em funções ([31]).

E, portanto, sem qualquer associação ao valor da totalidade dos créditos reconhecidos, nem a uma sua percentagem.

---

cessão é fixo, sendo o seu início e final conformados por despacho (de admissão liminar e, eventualmente, de prorrogação) e pela lei, e que a decisão final se limita a reconhecer, e não pode estender-se indefinidamente, ao contrário do que pode suceder no processo de insolvência (caso se retarde a liquidação) e do que sucederia se a lei previsse a sua reabertura.

[31] Em sentido diverso, mas sem fundamentar o seu entendimento, FERNANDO TAÍNHAS, Ob. cit., p. 73, nota 70, refere que a remuneração do fiduciário, no âmbito da liquidação superveniente, será "a fixar nos termos do disposto no artigo 23.º, nº4, 6 a 8 do Estatuto do Administrador Judicial, aprovado pela Lei nº22/2013, de 26 de fevereiro, na sua redação actual".

Por isso, segundo se crê, seria manifestamente iníquo e incoerente que, sendo o valor da remuneração, na liquidação superveniente, de 10% sobre o produto obtido para a massa fiduciária, sem qualquer limitação, já o montante da remuneração da remuneração variável, na liquidação *tradicional*, fosse reduzido por dependência ao valor da totalidade dos créditos.

4.8) O elemento sistemático: o caso do agente de execução

Para além disso, e ainda que mal comparando, estaremos todos de acordo que as funções do administrador da insolvência são de acentuada complexidade e exigência ([32]), claramente superiores, em geral, ao que sucede na actividade dos agentes de execução.

Desde logo porque podem implicar a gestão de estabelecimento ou de empresa e, mesmo nas insolvências de liquidação, não se limitam a tarefas meramente executivas ou de alienação de bens, atenta a importância da acção do administrador na apreciação dos créditos, no incidente de qualificação e inclusivamente na resolução de negócios a favor da massa insolvente.

Ora, ainda que não exerçam funções de semelhante responsabilidade, a verdade é que também os agentes de execução podem receber 10% do valor do crédito exequendo, a título de remuneração adicional pela recuperação, que acresce ao valor base previsto para o efeito, quando o crédito obtido seja inferior ou igual a 160 UC ([33]).

Devendo ainda salientar-se que esses 10% do valor do crédito exequendo são líquidos e sem dedução de quaisquer despesas.

[32] Sobre a extensão, natureza e complexidade das funções do administrador da insolvência, cfr. o nosso A Equidade na Nomeação do Administrador Judicial, ed. APAJ, pp. 34ss.

[33] Cfr. o anexo VIII, sobre a remuneração adicional do agente de execução, da Portaria nº282/2013, de 29-3; quanto ao excedente ao referido valor, o agente de execução pode receber até ao valor correspondente a 4% calculado sobre o crédito exequendo.

Assim sendo, importa ter presente que, por evidentes motivos de coerência do sistema e justa retribuição do trabalho, a medida da remuneração deve acompanhar o maior grau de responsabilidade de cada auxiliar da justiça.

Por isso, considerando o lugar paralelo do agente de execução, não pode minimamente chocar, nem deve ser considerado excessivo, a nosso ver, que, face à exigência das suas funções, o administrador da insolvência seja remunerado na liquidação em montante próximo dos 10% do produto obtido para a massa insolvente, e que para mais já considera, deduzindo-o, o valor de todas as despesas, independentemente do montante total dos créditos reconhecidos ([34]).

4.9) A majoração: o elemento racional

Antes do mais, importa destacar que, para além de pretender *facilitar a recuperação de pessoas e empresas*, a Lei nº9/2022, de 11-1, também teve em vista o critério da *dignificação do exercício de funções do administrador judicial*, que demanda a melhoria da remuneração, como estimulo à manutenção e incremento dos níveis de competência requeridos no exercício de tais funções.

O que fez, aliás, em conformidade com os termos da Diretiva (EU) 2019/1023, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de junho de 2019, que o legislador português quis transpor ([35]).

[34] Citando uma autora brasileira, que procede a uma comparação da remuneração do AJ com a de outros agentes da justiça, e cujo trabalho, sobre a Remuneração do AJ no Brasil, está disponível em linha (Marina Gomes Ribeiro, A Remuneração do Administrador Judicial em Comparação aos Outros Auxiliares da Justiça), "outros auxiliares da Justiça recebem, muitas vezes, o mesmo percentual que um Administrador Judicial sem efetivamente ter as responsabilidades deste. Neste sentido, é preciso atentar que quando da não valorização dos profissionais atuantes no mercado, com certeza haverá falta de profissionais bem qualificados exercendo a função, uma vez que obviamente tais profissionais procurarão outros caminhos mais rentáveis e menos penosos, principalmente sob o ponto de vista da responsabilização civil e penal".

[35] Devendo "a remuneração dos profissionais sujeitar-se a regras que sejam compatíveis com o objectivo de uma resolução eficiente dos processos", segundo dispõe o seu art. 27.º/4.

Por outro lado, a consideração ou não de uma percentagem ou proporção dos créditos a satisfazer, face ao universo da totalidade dos créditos reconhecidos, se bem pensamos, acaba por ser irrelevante na tutela dos referidos valores materiais relevantes, pois não tem necessariamente por efeito prejudicar ou, ao invés, sustentar algum deles.

Visto que qualquer uma das duas opções pode determinar, indistintamente, um valor elevado ou modesto da remuneração.

Assim a fixação de um percentual do produto da liquidação, desligado da totalidade dos créditos reconhecidos, pode conduzir a uma remuneração modesta, se o percentual for baixo (1% da liquidação, por exemplo), ou a uma remuneração elevada, se a percentagem for alta (20% da liquidação, *v. g.*).

Tal como, a proporção face ao universo dos créditos reconhecidos pode determinar uma remuneração modesta, se o factor associado à proporção for baixo (por exemplo, a remuneração multiplicada por 1,1, até 50% de satisfação, e se esta for superior a 50%, um factor de multiplicação de 1,2), tal como pode determinar uma remuneração elevada, se o factor aplicável for alto (por exemplo, até 50% de satisfação, multiplicar a remuneração por 2, e se a satisfação for superior a 50%, usar um factor de multiplicação de 5).

É, por isso, perfeitamente sustentável uma eventual opção de o legislador não estabelecer diferenças na remuneração do AJ de acordo com o valor total dos créditos reconhecidos (como sucede, aliás, com o fiduciário e em caso de recuperação do devedor).

E, assim, que não distinga entre um AJ que com o seu trabalho tenha conseguido € 50.000,00 de liquidação, num universo de créditos com tal valor, e outro que tenha obtido exactamente o mesmo resultado, mas deparando-se com credores titulares de direitos de montante bem mais elevado.

No entanto, se daqui resulta estar em causa, simplesmente, uma opção de política legislativa, a verdade é que, em tema de ponto de vista racional da

interpretação, existem várias circunstâncias ponderosas que seguramente depõem no sentido que vimos defendendo.

Ou seja, que justificam a opção de premiar o administrador da insolvência pelo valor obtido para a liquidação, sem associação ao universo da totalidade dos créditos, e que relevam, seja em sede de opções legislativas, seja como critério (racional) da sua interpretação:

a) O valor total dos créditos reconhecidos é uma circunstância que o AJ não pode controlar;

b) Ao valor total dos créditos reconhecidos são inteiramente alheios o labor, dedicação e diligência do AJ em certo processo;

c) O resultado absoluto da liquidação, ao invés, está tendencialmente associado à capacidade e à competência do AJ, várias vezes na demanda de melhores propostas que requerem dedicação, conhecimento do mercado e atenção pelos interesses dos credores; e

d) É evidente, por fim, que o aumento do valor total dos créditos reclamados e a reconhecer determina tendencialmente o incremento das dificuldades das funções exercidas pelo administrador da insolvência e denuncia, da mesma forma, a existência de maior complexidade do processo.

Neste sentido, se bem ponderarmos, e salvo melhor opinião, a opção de atender à totalidade dos créditos, para diminuir o valor da remuneração à medida que eles aumentem, encerra inclusivamente uma forte componente de arbitrariedade.

Ao ponto de ser legítimo pensar que, ao preconizá-la, a nossa lei anterior havia utilizado esse critério, face aos valores modestos que resultavam da primeira tabela de cálculo (do anexo I à Portaria nº51/2005, de 20-1), apenas com o propósito de aumentar a remuneração (com a aplicação de factores de multiplicação entre 1 e 1,6), de forma praticamente aleatória, desligada do mérito de actuação do AI e sem paralelo, ao que saibamos, no direito de

insolvência de outros países, pelo menos daqueles que maior influência exercem sobre nós, como se passará de seguida a detalhar.

4.10) A majoração: o Direito Comparado

Em último lugar, cumpre sublinhar que o recurso ao direito comparado demonstra que jamais o valor total dos créditos reconhecidos, e o número credores reclamantes, serve para diminuir, nos ordenamentos jurídicos que consultámos, o valor da remuneração variável do AJ na liquidação, ao invés da tese que atende à proporção ou à percentagem que nesse valor tenham os créditos satisfeitos.

É o que se passa, em primeiro lugar, no Brasil, onde a remuneração é fixada pelo Juiz considerando as circunstâncias do caso com o limite máximo de 5% do valor ilíquido do activo realizado na falência ([36]).

Mas é igualmente, e de forma ainda mais notória, o que ocorre em Espanha e na Alemanha, países que exercem forte influência no nosso direito da insolvência, e cujas legislações, neste plano, fazem exactamente ao contrário: o valor total dos créditos e o número de credores fazem aumentar do valor da remuneração variável!

Assim, em Espanha, o Real Decreto 1860/2004, de 6 de setembro, que disciplina a matéria, prevê expressamente o aumento da remuneração pela soma da massa activa com a massa passiva. Nestes termos:

> **CAPÍTULO II Retribución en las distintas fases del concurso**
>
> **SECCIÓN 1_ RETRIBUCIÓN EN LA FASE COMÚN**
>
> **Artículo 4 Reglas generales**
>
> **1.** Si el concursado tuviera intervenido el ejercicio de las facultades de administración y de disposición sobre la masa activa, la retribución de cada uno de los administradores

[36] cfr. Joice Ruiz Bernier, O Administrador Judicial na Recuperação Judicial e na Falência, São Paulo, 2014, pp. 137ss,, disponível em linha em eses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-03102017-162314/publico/Dissertacao_integral_Joice_Ruiz_Bernier.pdf .

concursales en la fase común será la suma que resulte de aplicar al valor de la masa activa y al valor de la masa pasiva los porcentajes correspondientes establecidos en el anexo de este real decreto (sublinhado nosso)

2. Si el concursado tuviera suspendido el ejercicio de las facultades de administración y de disposición sobre la masa activa, el juez, a su prudente arbitrio, podrá incrementar hasta un 50 por ciento la cantidad que resulte por aplicación de lo establecido en el apartado anterior

a) Porcentajes aplicables sobre el activo

Activo (hasta euros)	**Importe retribución**	**Resto de activo (hasta euros)**	**Porcentaje aplicable al resto de activo**
0	0	500.000	0,600
500.000	3.000	500.000	0,500
1.000.000	5.500	9.000.000	0,400
10.000.000	41.500	40.000.000	0,300
50.000.000	161.500	50.000.000	0,200
100.000.000	261.500	400.000.000	0,100
500.000.000	661.500	500.000.000	0,050
1.000.000.000	911.500	En adelante	0,025

a) Porcentajes aplicables sobre el activo

Pasivo (hasta euros)	**Importe retribución**	**Resto de pasivo (hasta euros)**	**Porcentaje aplicable al resto de pasivo**
0	0	500.000	0,300
500.000	1.500	500.000	0,200
1.000.000	2.500	9.000.000	0,100
10.000.000	11.500	40.000.000	0,050
50.000.000	31.500	50.000.000	0,025
100.000.000	44.000	400.000.000	0,012

Por seu turno, a Alemanha aumenta a remuneração com a elevação do número de credores. Desta forma:

Insolvenzrechtliche Vergütungsverordnung (InsVV)
Nichtamtliches Inhaltsverzeichnis
InsVV
Ausfertigungsdatum: 19.08.1998
Vollzitat: "Insolvenzrechtliche Vergütungsverordnung vom 19. August 1998 (BGBl. I S. 2205), die zuletzt durch Artikel 4 des Gesetzes vom 22. Dezember 2020 (BGBl. I S. 3328) geändert worden ist"
Stand: Zuletzt geändert durch Art. 4 G v. 22.12.2020 I 3328
§ 2 Regelsätze
(1) Der Insolvenzverwalter erhält in der Regel

1. von den ersten 35 000 Euro der Insolvenzmasse 40 Prozent,
2. von dem Mehrbetrag bis zu 70 000 Euro 26 Prozent,
3. von dem Mehrbetrag bis zu 350 000 Euro 7,5 Prozent,
4. von dem Mehrbetrag bis zu 700 000 Euro 3,3 Prozent,
5. von dem Mehrbetrag bis zu 35 000 000 Euro 2,2 Prozent,
6. von dem Mehrbetrag bis zu 70 000 000 Euro 1,1 Prozent,
7. von dem Mehrbetrag bis zu 350 000 000 Euro 0,5 Prozent,
8. von dem Mehrbetrag bis zu 700 000 000 Euro 0,4 Prozent,
9. von dem darüber hinausgehenden Betrag 0,2 Prozent.

(2) Haben in dem Verfahren nicht mehr als 10 Gläubiger ihre Forderungen angemeldet, so soll die Vergütung in der Regel mindestens 1 400 Euro betragen. Von 11 bis zu 30 Gläubigern erhöht sich die Vergütung für je angefangene 5 Gläubiger um 210 Euro. Ab 31 Gläubiger erhöht sich die Vergütung je angefangene 5 Gläubiger um 140 Euro

(*Remuneração variável aumenta consoante na medida do aumento dos créditos reconhecidos, desde 40% do produto da liquidação, quando esta seja inferior a € 35.000,00, até 0,2% desse produto, quando a liquidação supere € 700.000.000,00.*

Nº2: se não mais de 10 credores tiverem registado os seus créditos no processo, a remuneração deve ser de pelo menos 1.400 euros. De 11 para 30 credores, a remuneração aumenta 210 euros por cada 5 credores ou parte deles. A partir de 31 credores, a remuneração aumenta em 140 euros por cada 5 credores ou parte deles).

Nestes países, assim, o valor total dos créditos e o número de credores fazem aumentar o valor da remuneração variável na liquidação.

O que, aliás, é perfeitamente compreensível, de um ponto de vista racional – porque o aumento do valor dos créditos reclamados e admitidos, bem assim, o incremento do número de credores, constituem factores que potenciam a dificuldade e a complexidade do processo.

Ficando devidamente fundamentada, assim, a conclusão no sentido que de todos os elementos da interpretação, devidamente conjugados, e considerando ainda o contributo do direito comparado com maior influência entre nós, resulta a irrelevância do factor da totalidade dos créditos reconhecidos na determinação da remuneração variável do AJ por liquidação e, consequentemente, da proporção que nesse factor tenha o valor dos créditos a satisfazer.

4.11) O limite máximo

De acordo com o disposto no art. 23.º/10 do EAJ, prevê-se um limite máximo pois *a remuneração calculada nos termos da al. b) do nº4 não pode ser superior a 100.000 €*.

Sendo por isso necessário determinar se esse é o valor máximo para a remuneração variável na liquidação *tout court*, ou se constitui apenas o limite da componente da remuneração sem a majoração.

Consideramos que o elemento literal da lei, embora aponte, à primeira vista, para a componente da remuneração sem a majoração, não resolve definitivamente a questão.

Por um lado, menciona a "remuneração calculada nos termos da al. b) do nº4", referindo-se *prima facie* à parcela sem a majoração (que está prevista no nº7 do mesmo art. 23.º).

No entanto, o legislador pode perfeitamente ter tido em vista a remuneração variável na liquidação na sua totalidade, por contraposição à remuneração devida na recuperação, a que alude a outra alínea, a al. a), da mesma disposição do nº4 do art. 23.º do EAJ ([37]).

Pois este art. 23.º/4 do EAJ é que constitui a norma legal que atribui a remuneração variável, sendo a al. a) reportada à recuperação e a al. b) relativa à liquidação, pelo que, é possível que o limite máximo previsto no nº10 tivesse tido em consideração a remuneração global (pela liquidação).

De modo que, nesta segunda hipótese interpretativa, a "remuneração calculada nos termos da al. b) do nº4" constituiria apenas uma forma diversa de dizer "remuneração variável na liquidação", e sinónima ainda de "processos em que haja liquidação da massa insolvente", a que alude o nº8, sendo todas essas expressões utilizadas pelo legislador, reportadas, nesta interpretação, à mesma realidade.

A nosso ver, nesta sede, os vários factores da interpretação não fornecem com clareza a solução mais acertada, tornando particularmente árdua a tarefa de deslindar qual o "pensamento legislativo" a que alude o art. 9.º do Cód. Civil como elemento decisivo na determinação do sentido da lei.

Visto que, passando agora aos demais elementos da interpretação, para além do literal, é certo que, ao estabelecer limites máximos para a remuneração, o legislador não o faz apenas, em regra, para apenas uma das suas componentes, mas para a totalidade: é o que se passa no caso do fiduciário e do agente de execução.

O que, a par da conveniência de evitar remunerações exorbitantes ou *milionárias*, justificaria o entendimento de que o limite é global.

[37] E assim, como limite máximo da globalidade da remuneração do AJ na liquidação, foi a fórmula desde logo, pelo menos aparentemente, entendida por Nuno Vinha, in Jornal Económico, edição de 12/1/2022, disponível em linha em https://jornaleconomico.pt/noticias/respostas-rapidas-o-que-vai-mudar-no-estatuto-dos-administradores-judiciais-830653.

No entanto, já em sentido contrário, a verdade é que, por regra, as remunerações não conhecem limites máximos, rigidamente estabelecidos, no processo de insolvência, a não ser nos casos expressamente previstos (como ocorre com o fiduciário), acrescendo que seria bastante questionável o acerto de uma solução que, a partir de certo montante do resultado da liquidação, deixasse de constituir incentivo ao AI para a demanda de maiores rendimentos em benefício da massa insolvente (embora isso aconteça na fidúcia, com a fixação de um limite anual inultrapassável de € 5.000,00).

De modo que, estas considerações constituirão fundamento para o entendimento de que o limite vale apenas para a componente da remuneração sem a majoração.

Neste quadro, e tudo ponderado, propendemos a considerar que o pensamento legislativo é no sentido de fixar o limite de € 100.000,00, tendencialmente, quanto à totalidade da remuneração, com excepção dos processos em que, pela sua excepcional complexidade, e perante um valor particularmente elevado da liquidação, a fixação daquela limitação seja iníqua, por comparação com os restantes processos.

Assim, na generalidade dos processos com valores elevados de liquidação, consideramos primeiramente o limite de € 50.000,00, a partir do qual, nos termos do art. 23.º/8 do EAJ, a remuneração é fixada pelo juiz, e de seguida o limite máximo de € 100.000,00, previsto no art. 23.º/10 do EAJ.

Limites que, neste entendimento, funcionam como uma *moldura*, dentro da qual, o juiz fixará a remuneração tendo em conta *os serviços prestados, os resultados obtidos, a complexidade do processo e a diligência empregue pelo administrador judicial no exercício das suas funções* (nos termos do art. 23.º/8 do EAJ).

Excepcionalmente, porém, nos processos marcados pela sua particular complexidade ([38]), e perante um valor particularmente elevado da liquidação,

[38] Importa recordar que o Código prevê algumas regras específicas para os processos de grande complexidade, sobretudo em matéria de nomeação do AJ, como sucede com a atendibilidade da

a remuneração poderá superar € 100.000,00, quando a aplicação daquela limitação seja iníqua, por comparação com os restantes processos, considerando os referidos critérios e, inclusivamente, o regime pré-vigente.

Não sendo justificado, designadamente, a nosso ver, preconizar aquele limite de € 100.000,00 como tecto máximo inultrapassável quando, calculada nos termos da Portaria nº51/2005, de 20-1, a remuneração variável pelo produto da liquidação fosse superior, face ao claro intuito do aumento do seu valor que perpassa as alterações promovidas pela Lei nº9/2022, de 11-1, e da directiva que visou transpor.

Desta forma, a moldura fornecida pelos valores de € 50.000,00, de um lado, e de € 100.000,00 (ou, se inferior, do valor resultante da soma do produto da liquidação e da majoração), de outro, valerá como critério orientador na aplicação do disposto no art. 23.º/8 do EAJ, na fixação do montante final, sempre que a remuneração global pela liquidação exceder o primeiro daqueles valores, retirando a *carga negativa* de mera redução do valor que, à primeira vista, resulta da letra do mencionado preceito legal para a acção do Juiz.

Vale por dizer que, independentemente de o limite de € 100.000,00, previsto no art. 23.º/10 do EAJ, valer ou não, estritamente, para a componente sem a majoração, a sua consideração como valor máximo da remuneração da liquidação *tout court*, em relação à generalidade dos processos, sempre estará respaldada por aplicação do disposto no art. 23.º/8 do mesmo diploma legal.

Ao passo que, para a atribuição, restrita aos processos de especial complexidade, e nos quais foi obtido um resultado extraordinário de liquidação, de uma remuneração de valor superior ao indicado no art. 23.º/10

indicação dos interessados (art. 52.º/2 do CIRE), a admissibilidade da nomeação de mais do que um administrador da insolvência (art. 52.º/4 do CIRE) e, inclusivamente, a possibilidade de eleição para esse cargo de pessoa não inscrita nas listas oficiais (art. 53.º/2 do CIRE), sendo para esses casos, quanto a nós, a par dos processos em que a massa insolvente tenha incluído uma empresa que foi necessário manter em actividade, a que se refere o art. 52.º/2 do CIRE, e sempre na dependência de terem rendido um produto da liquidação especialmente elevado, que se justificará a atribuição excepcional de uma remuneração variável superior a € 100.000,00.

do EAJ, terá de considerar-se que este limite, traduzindo somente um critério orientador da fixação da remuneração variável na liquidação, não abrange necessariamente a majoração prevista no nº7.

Sendo esta interpretação, atribuindo ao valor de € 100.000,00, a natureza de simples critério orientador para o limite máximo global da remuneração variável na liquidação, superável em casos excepcionais, que melhor se coaduna, se bem pensamos, com a consagração desse montante em número diverso (nº10 do art. 23.º) do número (o nº8 da mesma disposição legal) onde se prevê o valor de € 50.000,00

Visto que, caso estivesse em causa um critério rígido, contemplando um valor inultrapassável, apenas faria sentido a sua previsão numa única norma (que nesse caso determinaria que o *valor da remuneração por liquidação, quando superior a € 50.000,00, é fixado pelo juiz considerando as circunstâncias do caso e o limite máximo de € 100.000,00*).

Em suma, propendemos a resolver a dificuldade interpretativa criada pela redacção do art. 23.º/10 do EAJ através da ideia de que tudo se passará como se o legislador tivesse dito que o valor global da remuneração variável por liquidação em regra não excederá € 100.000,00, salvo nas situações em que o excesso seja justificado pela especial complexidade do processo e pelo valor extraordinariamente elevado das receitas obtidas pelo administrador judicial em benefício da massa insolvente.

Ou, dito de outro modo, através da consideração de um sistema que poderíamos designar de *duplo travão* ao montante global da remuneração variável, o primeiro previsto no art. 23.º/8 e o segundo, mais forte, no nº10, sendo este apenas superável, excepcionalmente, por aplicação cumulativa dos critérios da especial complexidade do processo, por um lado, e do produto da liquidação particularmente elevado, por outro.

5) ACTUALIZAÇÃO – O Ac. TRL, de 20/12/2022

Muito recentemente, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 20/12/2022 foi chamado a pronunciar-se sobre as duas questões essenciais de que nos ocupamos, quanto à remuneração variável na liquidação, o que, a par da excelência do aresto, justifica, plenamente, a actualização deste trabalho.

Relativamente à majoração de 5%, sentenciou que "*deve ser calculada sobre o montante disponível para a satisfação dos créditos (montante dos créditos satisfeitos), e não sobre a percentagem dos créditos verificados que venha a ser satisfeita com esse montante*" e, portanto, precisamente no sentido que vimos preconizando, o que fundamentou com os seguintes argumentos:

a) Em primeiro lugar, embora admitindo que ele não exclui qualquer dos sentidos em confronto, no elemento literal da lei, pois "*grau não equivale a percentagem*", visto que, enquanto "*a percentagem implica sempre uma relação, uma proporção entre dois números*", já "*o grau não implica necessariamente uma relação entre dois valores*", para depois concluir, assertivamente, que "*o montante dos créditos satisfeitos – correspondente ao montante a distribuir – é um grau de satisfação dos créditos, que se relaciona, exclusivamente, com o produto do ativo da massa insolvente, alheando-se do passivo*".

b) Em segundo lugar, na conjugação do factor literal da interpretação com o elemento histórico, desde logo, por comparação com o regime anterior, visto que "*o nº1 do art. 23.º deixou de remeter para qualquer Portaria, passando a regular, ele próprio, o modo de cálculo*", tendo sido "*completamente eliminada qualquer referência à percentagem de créditos satisfeitos*", e daí "*uma questão, para nós essencial: eliminada a portaria, o passo material dos cálculos que acha a percentagem dos créditos satisfeitos e faz incidir sobre esta 5% da remuneração, não está, rigorosamente, previsto*", i. é, não está no texto da lei, deixou de existir, o que se constata sem recurso a qualquer interpretação ab-rogatória ([39]).

[39] Ao contrário, pois, do que refere o voto de vencido aposto no acórdão, mal se compreendendo, salvo o devido respeito, que, no âmbito de um aresto que destaca, justamente, a ausência actual de qualquer referência no texto da lei a uma percentagem sobre os créditos reconhecidos, reforçando

c) Em terceiro lugar, noutro argumento de teor histórico, extraído agora dos "trabalhos preparatórios", sobre os quais o Ac. de 20/12/2022 veio fazer luz, ensombrados que estavam, como acima destacámos, mercê da ausência de qualquer referência, na Exposição de Motivos da Proposta (115/XIV/3) que deu origem à Lei nº9/2022, à *ratio* das alterações dos arts. 23.º e 29.º do EAJ, e cuja fonte de inspiração o aresto atribui, de modo aparentemente certeiro, dada a evidente similitude da redação dos textos, ao projecto de portaria que fora colocado à discussão pública em 2019, não chegando a ser aprovado, e que, tudo indica, foi recuperado na proposta de alteração conjunta de PS e PSD à proposta inicial da nova lei, projecto que, quanto à majoração, "*concretizava o respetivo modo de cálculo pela aplicação de 5% ao montante dos créditos satisfeitos, eliminando-se pela revogação expressa e pela eliminação de qualquer referência literal, a ligação à percentagem de créditos satisfeitos*" ([40]).

até que ela deixou de existir com a eliminação da portaria, se possa insistir, sem enfrentar essa argumentação, na ideia, para nós infundada, de que só convocando "os pressupostos de uma interpretação ab-rogatória" seria possível concluir que essa percentagem já não é critério relevante.

[40] Era a seguinte, de acordo com o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 20/12/2022, a redacção do projecto de portaria de 2019, sendo evidente a sua identidade literal com as alterações promovidas pela Lei nº9/2022, de 11-1, nos nºs 4, 7, 10 e 11 do art. 23.º do EAJ:

Artigo 2.º

(Remuneração Variável)

1 – A remuneração variável do administrador judicial provisório ou do administrador da insolvência é calculada nos termos seguintes:

a) 10% da situação líquida, calculada trinta dias após a homologação do plano de recuperação do devedor, nos termos dos nºs 2 e 3 do artigo 23.º da Lei nº22/2013;

b) 5% do resultado da liquidação da massa insolvente, nos termos dos nºs 2 e 4 do artigo 23.º da Lei nº22/2013, de 26 de fevereiro.

2 – A majoração prevista no nº5 do artigo 23.º da Lei nº22/2013 corresponde a 5% do montante dos créditos satisfeitos, sendo o respetivo valor pago previamente à satisfação daqueles.

3 – A remuneração calculada nos termos da alínea b) do nº1 não pode ser superior a €100.000.

4 – No caso de o administrador judicial cessar funções antes do encerramento do processo, a remuneração variável é calculada proporcionalmente ao resultado da liquidação naquela data (cfr. em linha https://www.portugal.gov.pt/pt/gc21/consulta-publica?i=320)

d) Em último lugar, "*numa perspetiva de interpretação teleológica e sistemática*", que considerou, por um lado, "*a evidência de que o legislador pretendeu aumentar a remuneração dos profissionais de insolvência e incentivar a diligência na composição e liquidação da massa insolvente* (...) *mediante a eleição de regras de cálculo que se desligam dos créditos reclamados, do passivo do devedor, valorando exclusivamente o produto do trabalho do administrador*" e, por outro, as limitações do seu valor máximo, "*seja a prevista no nº8 do art. 27.º, seja a regulada no nº10 do mesmo preceito*", as quais apenas "*fazem sentido em face a remunerações mais altas, que claramente esta majoração de 5% sobre o produto a distribuir acarreta*", destinadas a servir de "*elemento de equilíbrio*", que pretende mitigar o aumento da remuneração, a exigência de dignificar o trabalho do administrador e a sua diligência na obtenção de receitas "*com a finalidade prevista no art. 1.º, nº1, do CIRE, ou seja, a satisfação dos credores*".

Argumentos cuja validade, a nosso ver, é evidente e inatacável, depondo claramente, sem necessidade de outras considerações, no sentido que o aresto seguiu e expondo, simultaneamente, a inviabilidade da orientação oposta.

Já em relação ao montante máximo da remuneração, o Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa de 20/12/2022 decidiu, em resumo, que "*o limite previsto no art. 23.º, nº10, do Estatuto do Administrador Judicial é aplicável à remuneração variável total, compreendendo a majoração* (...), *funcionando como limite da mesma e não apenas da parcela achada com a operação de cálculo prevista na al. b) do nº4 e no nº6 do mesmo artigo*".

E, novamente aqui, foram expressivos os fundamentos da decisão, dos quais, cumpre destacar três, de ordem sistemática:

a) Primeiramente, porque quando se refere à remuneração, o legislador pretende reportar-se ao seu valor global, uma vez que, com todas as suas componentes, "*a remuneração variável integra a remuneração do administrador judicial* (...) *e todas estas aceções da remuneração se integram na remuneração global, de acordo com a norma do nº1 do art. 60.º do CIRE*".

b) Por outro lado, atenta a organização do art. 23.º do EAJ e o lugar em que foi introduzido o limite máximo de € 100.000,00, visto que "*a sistemática do preceito, inserindo esta norma no nº10, após a previsão de todas as* (demais) *operações de cálculo da remuneração, incluindo a majoração do nº7, aponta no sentido de que o legislador se estará a referir a um limite absoluto à remuneração a aplicar depois de todas as operações antes previstas*".

c) Para além disso, um argumento simultaneamente de ordem sistemática a racional, lucidamente observado no aresto e para nós de acentuada relevância, que radica na manutenção da norma do nº8 do preceito legal, que prevê a redução, por decisão do Juiz, do valor da remuneração que supere € 50.000,00, e que notoriamente visa o seu montante global, pois não faria "*qualquer sentido limitar a primeira parcela de uma remuneração a cem mil euros e depois* (...) *de lhe somar uma segunda parcela* (...), *permitir ao julgador que reduza a soma das duas parcelas a € 50.000,00*.

Finalmente, com recurso a um argumento histórico, o aresto compara o texto do projecto da portaria de 2019 com a redacção final da lei, afirmando que no art. 2.º daquele, "*o nº3 tinha uma redação similar ao atual art. 23.º, nº10, mas o uso da expressão remuneração, naquele local, não deixava qualquer dúvida de que o limite compreendia todas as parcelas da remuneração variável*".

A nosso ver, os motivos de natureza sistemática e racional acima apontados, em especial a constatação de que não faria sentido estabelecer o valor que pode ser fixado pelo Tribunal ao abrigo do art. 23.º/8 do EAJ como reportado ao seu valor global, para depois consagrar, no nº10, uma limitação muito superior que incidiria somente sobre uma sua parcela, são decisivos.

Servindo de sólido respaldo para a conclusão de que é indubitável que o legislador, ao conceber o art. 23.º/10 do EAJ, teve em vista a remuneração variável na sua globalidade, incluindo a majoração prevista no nº7 da mesma disposição legal, como acima defendemos, a título de regra geral.

Este é, todavia, para nós, apenas o ponto de partida, comum ao acórdão, na tarefa de perscrutar o "pensamento legislativo" (art. 9.º/1 do CC).

Uma vez que já subsistem dúvidas fundadas, sendo justificada, a nosso ver, a resposta negativa, quanto à questão de saber se, no desenvolvimento desse pensamento, até à redacção final da lei, o legislador levou até às últimas consequências a ideia de que o valor em causa deveria servir, rigidamente, como um limite insusceptível de ser ultrapassado em caso algum.

Com efeito, no sentido da aplicação de ambos os limites previstos no art. 23.º/8 e 10 do EAJ à remuneração globalmente considerada, depõe um óbvio motivo de maioria de razão: como ela pode ser reduzida quando supere € 50.000,00, mercê da aplicação do disposto no art. 23.º/8 do EAJ, naturalmente que da mesma forma pode ser diminuída, também no seu montante global, se for superior a € 100.000,00.

Todavia, a fixação da totalidade da remuneração em valor inferior a € 100.000,00 resulta já da aplicação do nº8 do art. 23.º do EAJ, apesar de ele não ter sido ali estabelecido como montante inultrapassável.

Por isso, a sua previsão do nº10, embora também visando a globalidade do seu valor, servirá apenas de critério orientador para o limite máximo deste.

E assim se compreende que o elemento literal da lei, na sua versão final, não seja minimamente claro para a definição de um valor inultrapassável, ao ponto de, referindo-se apenas à "remuneração calculada nos termos da alínea b) do nº4", tal como sucedia no projecto de 2019 ([41]), a norma do art. 23.º/10 do EAJ fundamentar a ideia de o legislador ter admitido que a consagração do limite máximo de € 100.000,00, rigidamente estabelecido, para a globalidade da remuneração variável, em todos os processos, não traduziria a opção mais acertada, ou consentânea com os valores que visou tutelar.

Seria altamente questionável, na verdade, e como já se disse, a bondade de uma solução legal que, a partir de determinado montante, deixasse pura e

[41] Face à clara similitude da redação, não nos parece, aqui divergindo do Ac. do TRL de 20/12/2022 que o art. 2.º/3 do projecto de 2019, reproduzido na nota anterior, afastasse quaisquer dúvidas sobre o valor máximo da remuneração variável na liquidação, nem que o seu sentido fosse diverso daquele que na versão final a lei acabou por consagrar.

simplesmente de constituir incentivo à demanda de maiores receitas por parte do administrador da insolvência, tal como seria muito estranha, atenta a "*evidência de que o legislador pretendeu aumentar a remuneração*", que o mencionado aresto reconhece, a opção de impor esse valor como tecto inultrapassável mesmo quando, calculada ao abrigo da lei anterior, a remuneração fosse superior.

Pelo que, ponderando os elementos literal e teleológico da interpretação, deve prevalecer, a nosso ver, a regra de que as remunerações não conhecem limites máximos, rigidamente estabelecidos, no processo de insolvência, a não ser nos casos expressamente previstos, em sintonia, aliás, com as legislações europeias de maior relevância entre nós e com a opção do legislador de afastar o valor de € 100.000,00 como máximo para a redução no art. 23.º/8 do EAJ ([42]).

Assim sendo, sem prejuízo de servir como critério orientador do valor global, pensamos que, em casos excepcionais, acima abordados, o art. 23.º/10 do EAJ não obsta à atribuição de uma remuneração variável na liquidação superior ao referido montante.

[42] Como acima ficou exposto e tendo em conta, quanto ao direito comparado, mormente o espanhol e o alemão, a sua clara lição no sentido de que não existem, ou não devem existir, limites máximos rigidamente estabelecidos para o valor da remuneração variável, que aquelas legislações aumentam sempre na medida do incremento do produto da liquidação (e da massa passiva).

6) CONCLUSÕES

A) Assiste-se a uma tendência jurisprudencial para reduzir a remuneração variável em caso de recuperação do devedor, mas também na liquidação, face a remunerações consideradas excessivas, por comparação com os valores que resultavam do regime pré-vigente.

B) Para tal, contribuiu decisivamente a inabilidade do legislador na elaboração da lei, urgindo uma intervenção legislativa e/ou doutrinal ou do STJ em uniformização de jurisprudência.

C) Salvo melhor opinião, a remuneração variável na recuperação (no processo de insolvência, com homologação do plano, no PER e no PEAP, nos mesmos termos) deve ser calculada com base no valor dos créditos a satisfazer, e não com base nos créditos sacrificados no plano.

D) Em qualquer caso, não há motivos válidos para considerar excessiva uma remuneração variável na liquidação, face aos critérios legais e aos elementos de interpretação, apenas pelo facto de ela corresponder a cerca de 10% do produto obtido para a massa insolvente.

E) Face a esses critérios e elementos, bem como ao contributo do direito comparado, a majoração da remuneração variável na liquidação, salvo melhor opinião, jamais deve diminuir na medida ou na proporção do aumento do valor dos créditos reconhecidos.

F) O montante previsto no art. 23.º/10 do EAJ vale como critério orientador para a globalidade da remuneração variável na liquidação, apenas superável, excepcionalmente, em processos de especial complexidade e que tenham gerado um valor particularmente elevado de receitas.

NUNO MARCELO DE NÓBREGA DOS SANTOS DE FREITAS ARAÚJO

Anadia, Janeiro de 2023

A duração, alteração das circunstâncias e cessação de contratos na Nova Lei das Comunicações Eletrónicas (Anexo à Lei n.º 16/2022, de 16 de agosto)

Carlos Filipe Costa
Árbitro de conflitos de consumo
Pós-Graduado em Direito dos Contratos e do Consumo

Com o presente estudo, propomo-nos desenvolver uma breve explanação do novo regime aplicável aos serviços de comunicações eletrónicas, aprovado em anexo à Lei n.º 16/2022, de 16 de agosto[1], que transpôs para a ordem jurídica interna, entre outros diplomas[2], a Diretiva (UE) 2018/1972 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de dezembro de 2018, que estabelece o Código Europeu das Comunicações Eletrónicas (doravante, "CECE")[3]. Para os presentes efeitos, relevarão, sobretudo, os

[1] Com as alterações introduzidas pela Declaração de Retificação n.º 25/2022, de 12 de outubro. Diploma disponível, em versão consolidada, no seguinte endereço: https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/lei/2022-187527517. A Lei n.º 16/2022, de 16 de agosto tem origem num processo legislativo espoletado pela Proposta de Lei 6/XV/1 (GOV) acessível para consulta no endereço https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=121432.

[2] Nomeadamente, a Diretiva 98/84/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de novembro de 1998, relativa à proteção jurídica dos serviços que se baseiem ou consistam num acesso condicional, e a Diretiva 2002/77/CE da Comissão, de 16 de setembro de 2002, relativa à concorrência nos mercados de redes e serviços de comunicações eletrónicas [artigo 1.º, n.º 1, alíneas a) e b) da Lei n.º 16/2022, de 16 de agosto].

[3] Artigo 1.º, n.º 1, alínea c) da Lei n.º 16/2022, de 16 de agosto. O Código Europeu das Comunicações Eletrónicas encontra-se disponível, em versão consolidada, no endereço

preceitos consagrados nos artigos 110.º a 139.º do Anexo à Lei n.º 16/2022, de 16 de agosto, os quais devem ser lidos e interpretados em conjugação com os artigos 98.º a 116.º e os considerandos (255) a (311), ambos do CECE.

1. Noção de «serviço de comunicações eletrónicas» e âmbitos subjetivo e temporal de aplicação do Anexo à Lei n.º 16/2022, de 16 de agosto

Nos termos do artigo 3.º, n.º 1, alínea ss) do Anexo à Lei n.º 16/2022, de 16 de agosto[4], entende-se por *serviço de comunicações eletrónicas* "um serviço oferecido em geral mediante remuneração através de redes de comunicações eletrónicas, que engloba, com a exceção de serviços que prestem ou exerçam controlo editorial sobre conteúdos transmitidos através de redes e serviços de comunicações eletrónicas, os seguintes tipos de serviços: *i)* serviço de acesso à Internet[5]; *ii)* serviço de comunicações interpessoais, tal como se encontra

https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A02018L1972-20181217. A Lei n.º 16/2022, de 16 de agosto procedeu, ainda, à: a) Segunda alteração à Lei n.º 41/2004, de 18 de agosto, que transpõe para a ordem jurídica nacional a Diretiva 2002/58/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de julho, relativa ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no setor das comunicações eletrónicas, alterada pela Lei n.º 46/2012, de 29 de agosto; b) Segunda alteração à Lei n.º 99/2009, de 4 de setembro, que aprova o regime quadro das contraordenações do setor das comunicações, alterada pela Lei n.º 46/2011, de 24 de junho; c) Quinta alteração ao Decreto-Lei n.º 151-A/2000, de 20 de julho, que estabelece o regime aplicável ao licenciamento de redes e estações de radiocomunicações e à fiscalização da instalação das referidas estações e da utilização do espectro radioelétrico, bem como a definição dos princípios aplicáveis às taxas radioelétricas, à proteção da exposição a radiações eletromagnéticas e à partilha de infraestruturas de radiocomunicações, alterado pelos Decretos-Leis n.ºs 167/2006, de 16 de agosto, e 264/2009, 28 de setembro, e pelas Leis n.ºs 20/2012, de 14 de maio, e 82-B/2014, de 31 de dezembro; d) Quinta alteração ao Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de fevereiro, que transpõe a Diretiva 2011/83/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2011, relativa aos direitos dos consumidores, alterado pela Lei n.º 47/2014, de 28 de julho, e pelos Decretos-Leis n.ºs 78/2018, de 15 de outubro, 9/2021, de 29 de janeiro, e 109-G/2021, de 10 de dezembro [artigo 1.º, n.º 2 da Lei n.º 16/2022, de 16 de agosto].

[4] Diploma a que respeitam as normas doravante referidas sem menção de diferente proveniência.

[5] Tal como se encontra definido no n.º 2 do artigo 2.º do Regulamento (UE) 2015/2120 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de novembro de 2015.

definido na presente lei; e *iii)* serviços que consistem total ou principalmente no envio de sinais, incluindo serviços de transmissão utilizados para a prestação de serviços máquina a máquina e para a radiodifusão.

Ora, na definição acabada de apresentar, salta à vista a inclusão do *serviço de comunicações interpessoais*, entendido enquanto "serviço que permite a troca de informação direta, interpessoal e interativa, através de redes de comunicações eletrónicas entre um número finito de pessoas, no qual as pessoas que dão início à comunicação ou que nesta participam determinam os seus destinatários, com exceção de serviços que permitem uma comunicação interpessoal e interativa como uma funcionalidade acessória menor intrinsecamente associada a outro serviço" [artigo 3.º, n.º 1, alínea tt)]. Desta forma, mostram-se, agora, contemplados na definição legal de serviços de comunicações eletrónicas os serviços disponibilizados através da Internet "aberta" – serviços *over-the-top* (ou "OTT") –, de que são exemplo os serviços de mensagens instantâneas (e.g. *Facebook Messenger*, *WhatsApp*).

Note-se, contudo, que, em face do disposto no n.º 1 do artigo 110.º, o Capítulo I (*Direitos dos utilizadores finais*) do Título V (*Direitos dos utilizadores, serviço universal e serviços obrigatórios adicionais*) do Anexo à Lei n.º 16/2022, de 16 de agosto – artigos 110.º a 146.º, com exceção dos artigos 110.º e 111.º[6] – não é aplicável às microempresas que oferecem *serviços de comunicações interpessoais independentes de números* – i.e., "um serviço de comunicações interpessoais que não estabelece a ligação com recursos de numeração publicamente atribuídos, nomeadamente com um número ou números incluídos no PNN [Plano Nacional de Numeração] ou em planos de numeração internacionais, nem permite a comunicação com um número ou números incluídos no PNN ou em planos de numeração internacionais"

[6] Em face do preceituado no artigo 111.º (*Não discriminação*), as empresas que oferecem redes ou serviços de comunicações eletrónicas não podem aplicar requisitos ou condições gerais de acesso ou de utilização das redes ou serviços diferentes aos utilizadores finais por razões relacionadas com a respetiva nacionalidade, local de residência ou local de estabelecimento, exceto quando o tratamento diferenciado seja objetivamente justificado, designadamente com base em diferenças de custos e riscos.

[artigo 3.º, n.º 1, alínea vv)] –, salvo se tais microempresas oferecerem igualmente outros serviços de comunicações eletrónicas[7].

Com esta ressalva, reveste meridiana clareza que uma das partes dos contratos aqui em causa consiste na *empresa que oferece serviços de comunicações eletrónicas*, importando, agora, identificar quem pode surgir como contraparte em tais contratos. Para tanto, cumpre assinalar que o legislador congrega os potenciais sujeitos que podem encabeçar o outro polo da relação jurídica na figura do *utilizador final* [artigo 3.º, n.º 1, alínea ccc)], i.e., a pessoa singular ou coletiva que utiliza ou solicita um serviço de comunicações eletrónicas acessível ao público [portanto, um *utilizador*, cf. artigo 3.º, n.º 1, alínea bbb)] e que não oferece redes públicas de comunicações eletrónicas ou serviços de comunicações eletrónicas acessíveis ao público.

Por sua vez, o "utilizador final" pode assumir uma das seguintes qualidades: *consumidor*, se se tratar de "pessoa singular que utiliza ou solicita um serviço de comunicações eletrónicas acessível ao público para fins não profissionais" [artigo 3.º, n.º 1, alínea h)]; *microempresa*, caso se trate de uma empresa que emprega menos de 10 pessoas e cujo volume de negócios anual ou balanço total anual não excede € 2 milhões[8], que constitua uma empresa autónoma, na aceção do n.º 1 do artigo 3.º do Anexo ao Decreto-Lei n.º 372/2007, de 6 de novembro[9] [artigo 3.º, n.º 1, alínea u)]; *organização sem fins lucrativos*, na eventualidade de se estar em presença de uma "entidade jurídica cujos proprietários ou membros não auferem lucro, designadamente associações de beneficência ou outros tipos de organizações de interesse público" [artigo 3.º, n.º 1, alínea aa)]; *pequena empresa*, se se tratar de uma

[7] De acordo com o n.º 2 do mesmo artigo 110.º, as microempresas que beneficiam da isenção de aplicação do Capítulo I do Título V do Anexo à Lei n.º 16/2022, de 16 de agosto devem informar os utilizadores finais que com elas pretendam celebrar contratos, antes da respetiva celebração, sobre tal isenção, fazendo-o de forma clara, destacada e em suporte duradouro.

[8] Assim definida no n.º 3 do artigo 2.º do Anexo ao Decreto-Lei n.º 372/2007, de 6 de novembro, que cria a certificação eletrónica do estatuto de micro, pequena e média empresas (PME), alterado pelos Decretos-Leis n.ºs 143/2009, de 16 de junho, 81/2017, de 30 de junho, e 13/2020, de 7 de abril.

[9] I.e., uma empresa que não é qualificada como *empresa parceira* na aceção do n.º 2 ou como *empresa associada* na aceção do n.º 3 do mesmo artigo 3.º do Anexo ao diploma.

empresa que emprega menos de 50 pessoas e cujo volume de negócios anual ou balanço total anual não excede € 10 milhões[10], que constitua uma empresa autónoma, na aceção do n.º 1 do artigo 3.º do Anexo ao Decreto-Lei n.º 372/2007, de 6 de novembro [artigo 3.º, n.º 1, alínea dd)][11].

Se é certo que alguns dos preceitos normativos plasmados no diploma de que ora curamos se aplicam, exclusivamente, ao consumidor, não menos verdade é que muitas das disposições que analisaremos *infra* são igualmente aplicáveis aos utilizadores finais que sejam microempresas, pequenas empresas ou organizações sem fins lucrativos, salvo se tais empresas e organizações renunciarem expressamente à totalidade ou a parte dessas disposições (*vide*, nomeadamente, artigos 114.º/4, 131.º/7, 133.º/7, 136.º/7 e 139.º/6).

Por outro lado, no que concerne ao âmbito temporal de aplicação da Nova Lei das Comunicações Eletrónicas (NLCE), de acordo com as regras conjugadas dos artigos 9.º e 13.º, n.º 1 do diploma que aprova a NLCE, a presente lei aplica-se a todos os contratos celebrados após 14.11.2022, com exceção do n.º 5 do artigo 22.º, das alíneas i) e l) do artigo 113.º, dos n.ºs 6 e 7 do artigo 120.º, do n.º 5 do artigo 122.º, da alínea h) do n.º 3 do artigo 126.º, dos artigos 129.º e 133.º, da subalínea ii) da alínea b) do artigo 136.º e do artigo 137.º do Anexo à Lei n.º 16/2022, de 16 de agosto, que se aplicam imediatamente a todos os contratos já existentes.

De entre as exceções à aplicação do princípio-regra, também previsto na lei civil comum (artigo 12.º, n.º 1, 1.ª parte do Código Civil), segundo o qual a NLCE só dispõe para os novos contratos, merecem destaque os n.ºs 6 e 7 do artigo 120.º[12], onde se prevê que as empresas que oferecem serviços de comunicações eletrónicas acessíveis ao público fornecem gratuitamente aos consumidores, num suporte duradouro, um resumo do contrato, conciso e facilmente legível, segundo o modelo aprovado pelo Regulamento de

[10] Assim definida no n.º 2 do artigo 2.º do Anexo ao Decreto-Lei n.º 372/2007, de 6 de novembro.

[11] *Vide*, neste sentido e de modo bem ilustrativo, as normas dos n.ºs 1 e 2 do artigo 113.º.

[12] *Vide,* também, o artigo 102.º, n.º 3 e o considerando (261) do CECE.

Execução (UE) 2019/2243 da Comissão, de 17 de dezembro de 2019[13], que identifica os principais elementos dos requisitos de informação definidos nos termos dos n.ºs 1 e 2 do mesmo artigo, incluindo, no mínimo:

a) O nome, endereço e os dados de contacto da empresa e, se diferentes, os dados de contacto para eventuais reclamações;

b) As principais características de cada serviço prestado;

c) Os preços de ativação, incluindo o da instalação do serviço de comunicações eletrónicas e de quaisquer encargos recorrentes ou associados ao consumo, se o serviço for prestado contra uma prestação pecuniária direta;

d) A duração do contrato e as suas condições de renovação e de cessação;

e) A medida em que os produtos e serviços são concebidos para os utilizadores finais com deficiência;

f) No que respeita aos serviços de acesso à internet fixa, informações sobre a velocidade mínima, a velocidade normalmente disponível e a velocidade máxima para *downloads* e *uploads*, nos termos da alínea d) n.º 1 do artigo 4.º do Regulamento (UE) 2015/2120 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de novembro de 2015[14];

g) No que respeita aos serviços de acesso à internet móvel, a indicação da estimativa sobre velocidade máxima para *downloads* e *uploads*, nos termos da alínea d) do n.º 1 do artigo 4.º do Regulamento (UE) 2015/2120 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de novembro de 2015;

h) Na contratação de serviços de acesso à internet, um resumo das medidas corretivas à disposição do consumidor, caso exista divergência,

[13] Estabelece um modelo para o resumo do contrato a utilizar pelos fornecedores de serviços de comunicações eletrónicas acessíveis ao público, nos termos da Diretiva (UE) 2018/1972 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de dezembro de 2018.

[14] Estabelece medidas respeitantes ao acesso à Internet aberta e às tarifas retalhistas aplicadas às comunicações intra-UE reguladas e que altera a Diretiva 2002/22/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de março de 2002, relativa ao serviço universal e aos direitos dos utilizadores em matéria de redes e serviços de comunicações eletrónicas (Diretiva "Serviço Universal"), e o Regulamento (UE) n.º 531/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de junho de 2012, relativo à itinerância nas redes de comunicações móveis públicas da União.

contínua ou recorrente, entre o desempenho real do serviço de acesso à internet, no que se refere a velocidades ou outros parâmetros de qualidade do serviço, e o desempenho indicado no contrato, nos termos da alínea e) do n.º 1 do artigo 4.º do Regulamento (UE) 2015/2120 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de novembro de 2015.

De notar que, à luz do disposto no n.º 2 do artigo 12.º do diploma que aprova a NLCE, as obrigações relativas ao conteúdo dos contratos previstas nos n.ºs 6 e 7 do artigo 120.º aplicam-se em caso de alteração aos contratos já celebrados. Refira-se, ainda, que, por força do postulado no n.º 9 do mesmo artigo 120.º, se, por razões técnicas objetivas, for impossível facultar o resumo do contrato antes da celebração do contrato, este deve ser facultado posteriormente, sem demora injustificada, entrando o contrato em vigor, em qualquer caso, quando o consumidor tiver confirmado o seu acordo, após a receção do resumo.

2. A Nova Lei das Comunicações Eletrónicas: tendências e novidades face ao quadro normativo anterior

Expostas as principais noções operatórias e concetuais a reter para efeitos de aplicação da NLCE, propomo-nos, agora, apresentar e exaltar alguns dos aspetos mais significativos do regime do Anexo à Lei n.º 16/2022, de 16 de agosto – com especial enfoque nas normas relativas ao período de fidelização[15] –, arrumando-os em dois grandes conjuntos: as *tendências*

[15] Nos termos do artigo 3.º, n.º 1, alínea ee), por *período de fidelização* entende-se "o período durante o qual o utilizador final se compromete a não denunciar um contrato ou a não alterar as condições acordadas", o qual, como já vimos, deve constar do resumo [artigo 120.º, n.ºs 2 e 6 e Anexo III, alínea 3), subalínea i) – "qualquer utilização ou período de fidelização exigido para beneficiar de condições promocionais"] e da faturação [artigo 122.º, n.º 1, alínea b) – "duração remanescente do período de fidelização e indicação do valor associado à denúncia antecipada do contrato por iniciativa do utilizador final"]. Na doutrina, JORGE MORAIS CARVALHO define "período de fidelização" como o "período mínimo de vigência de um contrato de execução duradoura, sem termo final, dentro do qual os contraentes não lhe podem pôr fim por via da denúncia", frequentemente associado "a uma despesa acrescida para o profissional, não repercutida imediatamente no preço do bem ou serviço a pagar pelo utente, que assim acede a este em circunstâncias mais favoráveis, sendo apenas compensado pelo cumprimento do contrato ao longo de todo esse período" (JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, Almedina, 2021,

(correspondentes às previsões normativas que já se mostravam plasmadas no quadro normativo vigente antes da adoção da NLCE[16]); e as *novidades* (correspondentes às soluções inovatórias introduzidas pela NLCE), sobre as quais nos versaremos de forma mais aturada e pormenorizada.

2.1. Tendências face ao quadro normativo anterior

Procurando, então, cumprir o nosso desígnio de colocar em evidência aquelas que são as principais normas jurídicas que se extraem da NLCE em matéria de duração, alteração das circunstâncias e cessação de contratos, não pode deixar-se de notar que, em alguns aspetos, a Nova Lei das Comunicações Eletrónicas limita-se a acolher regras já consagradas na sua antecedente Lei n.º 5/2004, de 10 de fevereiro, constatação que, contudo, não nos deve induzir a desvalorizar a sua importância e, por essa via, deixar de lhes atribuir o adequado relevo.

Com efeito, de acordo com o artigo 131.º da NLCE, todas as empresas que oferecem serviços de comunicações eletrónicas acessíveis ao público obrigam-se a disponibilizar serviços sem fidelizações associadas (n.º 1)[17] e, bem assim, podem disponibilizar serviços com fidelizações associadas de 6, 12

p. 174 e *Os Contratos de Consumo: Reflexão sobre a Autonomia Privada no Direito do Consumo*, Coleção Teses, Almedina, 2012, p. 527).

[16] Nomeadamente: a Lei n.º 5/2004, de 10 de fevereiro (Lei das Comunicações Eletrónicas), sucessivamente alterada, cuja última redação foi conferida pelo Decreto-Lei n.º 49/2020, de 4 de agosto, tendo sido revogada, precisamente, pela Lei n.º 16/2022, de 16 de agosto [artigo 11.º, alínea a)]; e o Decreto-Lei n.º 56/2010, de 1 de junho (estabelece limites à cobrança de quantias pela prestação do serviço de desbloqueamento dos aparelhos que permitem o acesso a serviços de comunicações eletrónicas, garantindo os direitos dos utilizadores e promovendo uma maior concorrência neste setor), diploma para o qual remetia o artigo 48.º, n.º 13 da Lei n.º 5/2004, de 10 de fevereiro (com a NLCE, valerá o disposto no artigo 139.º, para o qual remete o n.º 5 do artigo 136.º). Quanto à regulação do período de fidelização na Lei n.º 5/2004, de 10 de fevereiro, relevam, sobretudo, os artigos 47.º, n.º 2, alínea c), subalínea iv), 47.º-A, n.º 5 e 48.º, n.ºs 5 e 15.

[17] Suportando o utilizador final, neste caso, os encargos com a instalação e ativação dos serviços. No mesmo sentido, o artigo 48.º, n.º 8 da Lei n.º 5/2004, de 10 de fevereiro.

e 24 meses (n.º 2)[18], na certeza, porém, que os contratos celebrados entre consumidores e as empresas que oferecem serviços de comunicações eletrónicas acessíveis ao público não podem, em regra, prever um período de fidelização superior a 24 meses (n.º 3)[19], salvo se estiver em causa um contrato em prestações celebrado com o consumidor de forma autónoma e destinado exclusivamente ao pagamento em prestações da instalação de uma ligação física, nomeadamente a redes de capacidade muito elevada (n.º 5). Nesta última hipótese, o direito de os consumidores mudarem de fornecedor de serviços de comunicações eletrónicas não deverá, porém, ser limitado pelo prazo de reembolso mais longo das ligações físicas e o contrato não deverá abranger equipamentos terminais ou de acesso à internet, tais como dispositivos móveis, *routers* ou *modems*[20].

Desta forma, não perdendo de vista o interesse de obstar a um "excesso de *churning* – i.e., rotação entre fornecedores – com a concomitante duplicação das despesas de investimento em equipamentos que ainda se encontram dentro da vida útil, e elevada recorrência de serviços de instalação"[21], visa-se, primacialmente, permitir aos consumidores extraírem pleno proveito do mercado concorrencial, sendo a possibilidade de mudança de fornecedor uma condição essencial para uma concorrência efetiva[22].

Neste sentido, decorre do disposto nos n.ºs 1 e 2 do artigo 136.º que as condições e procedimentos de denúncia de contratos para a oferta de serviços de comunicações eletrónicas acessíveis ao público não podem constituir um desincentivo à mudança, pelo consumidor, da empresa que oferece aqueles serviços, pelo que os meios disponibilizados e os requisitos exigidos aos consumidores pelas empresas que oferecem os serviços para a denúncia de

[18] No mesmo sentido, o artigo 48.º, n.º 8 da Lei n.º 5/2004, de 10 de fevereiro.

[19] No mesmo sentido, o artigo 48.º, n.º 5 (e 6) da Lei n.º 5/2004, de 10 de fevereiro.

[20] *Vide* artigo 105.º, n.º 1 e o considerando (273) do CECE.

[21] ÁLVARO NASCIMENTO, *Política de Fidelização de Clientes – estratégia competitiva de discriminação e diferenciação de preços*, janeiro 2020, p. 23, disponível em linha no endereço https://www.concorrencia.pt/sites/default/files/2021-07/APRITEL_Anexo_I.pdf.

[22] *Vide* considerandos (273) e (277) do CECE.

contratos não podem ser mais exigentes do que os meios disponibilizados e requisitos exigidos para a contratação, designadamente em termos de facilidade de utilização, custos e documentação necessária, não podendo ainda ser exigida nova apresentação de documentação já em poder da empresa[23].

De igual modo, estabelece-se sob n.º 4 do artigo 131.º e sob n.º 3 do artigo 136.º que apenas podem ser estabelecidos períodos de fidelização mediante a atribuição aos consumidores de contrapartidas, devidamente identificadas e quantificadas no contrato[24], associadas à subsidiação de equipamentos terminais, à instalação do serviço, quando aplicável, à ativação do serviço ou a outras condições promocionais, donde, durante o período de fidelização, os encargos para o consumidor, decorrentes da denúncia do contrato por sua iniciativa, não podem incluir a cobrança de qualquer contrapartida a título indemnizatório ou compensatório[25].

A este propósito, não podemos deixar de convocar e retomar a apreciação crítica que já produzimos, noutra sede[26], acerca das previsões ínsitas na alínea c) do artigo 19.º e na alínea a) do n.º 1 do artigo 22.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro[27]. Muito brevemente, estamos em

[23] No mesmo sentido, o artigo 48.º, n.º 10 da Lei n.º 5/2004, de 10 de fevereiro. *Vide*, também, o artigo 105.º, n.º 1 do CECE.

[24] Assim como na Ficha de Informação Simplificada (FIS), acolhida pelo XXI Governo Constitucional no âmbito das medidas *Simplex*, na sequência da proposta de adoção de medida de autorregulação por parte da APRITEL – Associação dos Operadores de Comunicações Eletrónicas, depois de a ANACOM – Autoridade Nacional de Comunicações, a pedido daquela Associação, ter determinado, em 20.02.2017, a suspensão temporária do Regulamento n.º 829/2016, de 23 de agosto (com a redação que lhe foi conferida pela Declaração de Retificação n.º 878/2016, de 1 de setembro). E, agora, também, no resumo (cf. artigo 120.º, n.º 6).

[25] No mesmo sentido, o artigo 48.º, n.º 11 da Lei n.º 5/2004, de 10 de fevereiro.

[26] Ana Francisca Pinto Dias, Carlos Filipe Costa, "O Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro: Análise crítica e empírica»", in *Anuário do NOVA Consumer Lab* – Ano 3 – 2021, pp. 123-194, disponível *online* em https://novaconsumerlab.novalaw.unl.pt/anuario-nova-consumer-lab/.

[27] Institui o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais (doravante, LCCG"), sucessivamente alterado e atualmente com a redação que lhe foi conferida pelo Decreto-Lei n.º 109-G/2021, de 10 de dezembro. Nos termos da alínea c) do artigo 19.º da LCCG, "[s]ão proibidas, consoante o quadro negocial padronizado (...), as cláusulas contratuais gerais que consagrem

presença de duas previsões de cláusulas (contratuais gerais) relativamente proibidas, ambas aplicáveis às relações com os consumidores finais (atento o disposto no artigo 20.º da LCCG) e a primeira daquelas norteadora, ainda, das relações entre empresários ou entidades equiparadas (atento o disposto no artigo 17.º da LCCG), cuja consideração se impõe em virtude de a generalidade dos contratos de prestação de serviços de comunicações eletrónicas obedecer ao modelo do contrato de adesão, cujo conteúdo é pré-elaborado pela empresa prestadora dos serviços, recorrendo à técnica das cláusulas contratuais gerais, com vista à sua utilização massificada numa pluralidade de contratos a celebrar, e aceite pelo utilizador final, que não teve a possibilidade de o negociar, limitando-se a aceitá-lo, ou, pelo menos, cujo conteúdo não pôde influenciar (cf. artigos 1.º, n.ºs 1 e 2 e 2.º da LCCG).

Ora, se a previsão, acima posta em destaque, da "lista cinzenta"[28] do artigo 22.º da LCCG traz consigo uma limitação temporal à duração do contrato de adesão, que, necessariamente, se reflete, como vimos *supra*, no período mínimo de permanência que a empresa prestadora dos serviços de comunicações eletrónicas pode impor ao consumidor, por seu turno, a exigência de proporcionalidade entre o *quantum* da pena e o valor do pressuposto e limite de qualquer indemnização – o dano – subjacente à redação da alínea c) do artigo 19.º da LCCG torna inadmissível a estipulação, em contrato de prestação de serviços de comunicações eletrónicas, de cláusula penal exclusivamente compulsória-sancionatória, em que a pena acresce ao cumprimento ou à indemnização pelo incumprimento, sem qualquer preocupação de conservação de relação entre pena e danos a ressarcir (no caso, encargos pela cessação antecipada do contrato) e, a nosso ver, não

cláusulas penais desproporcionadas aos danos a ressarcir"; por sua vez, de acordo com a alínea a) do n.º 1 do artigo 22.º da LCCG, "[s]ão proibidas, consoante o quadro negocial padronizado (...), as cláusulas contratuais gerais que prevejam prazos excessivos para a vigência do contrato ou para a sua denúncia".

[28] A distinção intuitiva entre "listas negras" (cláusulas absolutamente proibidas) e "listas cinzentas" (cláusulas relativamente proibidas) é realizada em ANTÓNIO ALMEIDA, "Cláusulas contratuais gerais e o postulado da liberdade contratual", in *Lusíada – Revista de Ciência e Cultura, Série de Direito*, n.º 2, 1998, p. 304.

requer, sequer, uma desproporcionalidade *sensível*, como parecem apontar as normas do n.º 1 do artigo 3.º da Diretiva 93/13/CEE do Conselho, de 5 de abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores, e da alínea b) do n.º 2 do artigo 9.º da Lei n.º 24/96, de 31 de julho[29]. Para além do elemento gramatical do preceito da alínea c) do artigo 19.º da LCCG não conter qualquer advérbio de modo que reclame uma desproporção "sensível", releva, sobretudo, o facto de, em causa, não estar um contrato paritário, em que as partes se acham num plano de igualdade material ou, pelo menos, num plano em que a assimetria entre as mesmas (sobretudo, informativa) não é acentuada, mas um contrato de adesão, em que o aderente se limita a aderir ao programa contratual predisposto pela empresa prestadora dos serviços.

De resto, à luz do preceituado no n.º 6 do artigo 136.º e no n.º 4 do artigo 138.º, qualquer suporte duradouro, incluindo gravação telefónica, relacionado com a denúncia ou resolução de contratos de prestação de serviços de comunicações eletrónicas acessíveis ao público deve ser conservado pelas empresas durante o prazo de prescrição e caducidade das obrigações resultantes dos contratos (previsto nos n.ºs 1 e 2 do artigo 10.º da Lei n.º 23/96, de 26 de julho[30]) e entregue à Autoridade Reguladora Nacional (a ANACOM – Autoridade Nacional de Comunicações)[31] ou ao consumidor, em suporte duradouro adequado, sempre que tal seja requerido por uma ou outro[32].

Uma derradeira consideração, ainda relacionada com o período de fidelização, importa tecer no tocante à aplicação (ou não) do prazo de 6 meses, inserto nos n.ºs 1 e 2 do artigo 10.º da LSPE, à cláusula penal dedicada aos encargos devidos pelo utilizador final em caso de cessação antecipada do

[29] Lei-Quadro de Defesa do Consumidor, sucessivamente alterada e atualmente com a redação que lhe foi conferida pelo Decreto-Lei n.º 109-G/2021, de 10 de dezembro.

[30] Lei dos Serviços Públicos Essenciais (doravante "LSPE"), sucessivamente alterada e atualmente com a redação que lhe foi conferida pela Lei n.º 51/2019, de 29 de julho.

[31] Artigo 3.º, n.º 1, alínea c) da NLCE.

[32] No mesmo sentido, o artigo 48.º, n.º 7 da Lei n.º 5/2004, de 10 de fevereiro.

contrato, por iniciativa daquele, sem motivo atendível. Sumariamente, cumpre dar nota que, nos últimos anos, vem-se firmando uma corrente jurisprudencial favorável à sujeição do crédito indemnizatório emergente do incumprimento do período de fidelização àquele prazo de 6 meses, em detrimento da aplicação do prazo ordinário de 20 anos (artigo 309.º do Código Civil)[33].

O primeiro exemplo recente que identificamos consiste no Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 21.10.2014[34], onde se retrata a divergência jurisprudencial (então) existente acerca da "questão de saber se, extinta a obrigação principal pelo decurso do prazo de prescrição previsto no n.º 1 do artigo 10.º da Lei 23/96, deve subsistir a cláusula penal", fazendo-o nos seguintes termos que, aqui, se reproduzem (ignoram-se as notas de rodapé):

[33] Do mesmo modo, também se vem firmando entendimento jurisprudencial dominante no sentido de o prazo prescricional de 6 meses abranger não apenas a obrigação principal, mas também a obrigação de juros moratórios – não obstante a autonomia do crédito de juros (artigo 561.º do Código Civil) –, à qual não será de aplicar, portanto, o prazo de 5 anos que se estabelece na alínea g) do artigo 310.º do Código Civil. *Vide*, neste sentido, *inter alia*, o recentíssimo Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 26.01.2023, Processo n.º 107382/20.0YIPRT.L1-8, Relatora: Carla Mendes, disponível em http://www.dgsi.pt/, que se pronunciou nos seguintes termos: *«(...) o prazo de prescrição para a obrigação principal não pode deixar de abranger os juros (obrigação acessória), sob pena de termos um prazo prescricional de 6 meses para a obrigação principal e um prazo de 5 anos (art.º 310 d) CC) para o pagamento de juros que só se justificam em face daquela, em completo desacerto e à revelia do preconizado no art.º 9/3 CC (o intérprete deve presumir que o legislador consagrou as soluções mais acertadas).*

Na verdade, consistindo a obrigação principal na prestação de serviço e contrapartida o pagamento do preço, apenas a violação desta obrigação pode constituir o requerido/réu em mora e na obrigação de indemnizar – o pagamento dos juros pressupõe e depende da verificação de uma causa necessária e adequada à constituição dessa obrigação.

Assim sendo, não se vislumbra como se poderá autonomizar a obrigação do pagamento de juros (acessória) da obrigação principal (pagamento do preço/réu), sendo-lhe extensível o regime preconizado para a obrigação principal, nela se incluindo o prazo de prescricional que, in casu (Lei 23/96 de 10/7) é de 6 meses.

Não se compreende que o legislador tenha criado e previsto um regime especial destinado a proteger o utente dos serviços públicos essenciais e que essa protecção não abranja/estenda aos juros.»

[34] Proferido no Processo n.º 83857/13.8YIPRT.P1, Relator: Henrique Araújo, disponível em http://www.dgsi.pt/.

«Uma corrente entende não ser aplicável à cláusula penal esse prazo prescricional de seis meses do artigo 10.º, n.º 1, da Lei 23/96, mas antes o prazo ordinário de 20 anos fixado no artigo 309.º do CC, por considerar que uma coisa é o crédito do preço e outra o crédito de indemnização emergente do incumprimento do período de fidelização; outra corrente, na qual nos integramos, sufraga o entendimento de que, dada a acessoriedade da cláusula penal, esta não sobrevive à obrigação principal prescrita.

Na verdade, a cláusula penal (artigo 810.º, n.º 1, do CC), pressupõe a existência de uma obrigação, não constituindo um fim em si mesmo. Constitui antes um instrumento que visa reforçar antecipadamente a reacção legal contra o não cumprimento da obrigação.

Assim nos diz PINTO MONTEIRO:

"A dependência da cláusula penal relativamente à obrigação cujo inadimplemento sanciona, manifesta-se (...) em vários momentos, desde que esta se constitui até à sua extinção.

Em primeiro lugar, a cláusula penal requer que a obrigação principal haja sido validamente constituída, pelo que, sendo esta inválida, igual sorte tem aquela cláusula. Por outro lado, as formalidades exigidas para a obrigação principal estendem-se à cláusula penal (art. 810.º, n.º 2). Por último, extinguindo-se, por qualquer motivo, a obrigação principal, caduca a cláusula penal. Numa palavra: desaparecendo a obrigação, seja porque é nula ou foi anulada, seja porque se extinguiu, desaparece o pressuposto de que a cláusula penal dependia, pelo que esta perde a sua razão de ser."

Esta natureza acessória da cláusula penal é também sublinhada por PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, nos seguintes moldes: "O carácter acessório da cláusula não se reflecte apenas no efeito da nulidade da obrigação principal. Também no caso de a prestação se tornar impossível, por causa não imputável ao devedor, e de a obrigação se extinguir, a cláusula fica sem efeito. Ela só funciona (...) quando se não efectua a prestação que é devida. Se esta, por qualquer razão, deixa de ser devida, a cláusula caduca."

Na economia do contrato, a cláusula de fidelização estipulada para a eventualidade de incumprimento só existe em função da prestação do serviço e da entrega do respectivo preço, fazendo parte deste sinalagma».

Mais recentemente, também o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 29.04.2021[35], confrontado com a questão de discernir "se o direito a indemnização por incumprimento contratual, relativo à cláusula de fidelização" tem (ou não) "autonomia, face ao direito ao recebimento do preço do serviço, em sentido restrito, que permita afastá-la do prazo de prescrição estabelecido pelo n.º 1, do art.º 10.º, da Lei n.º 23/96", pronunciou-se no sentido de que "o prazo de prescrição estabelecido para a obrigação principal não pode deixar de abranger também a obrigação acessória", expendendo a argumentação que se segue:

«Ora, o núcleo do contrato de prestação do serviço de telecomunicações entre a apelante e a apelada, o seu objeto, é constituído pela prestação do serviço e pela entrega do preço correspondente.

Estas são as prestações principais, prestação e contraprestação, a cargo de cada uma das partes no contrato.

A denominada "cláusula de fidelização", a cujo incumprimento as partes associaram uma indemnização tabelar, por cláusula penal, em caso de incumprimento, constitui cláusula acessória daquele núcleo do contrato, podendo reconduzir-se a um preço indireto do serviço ou, pelo menos, configurar-se como um "auxiliar" do bom cumprimento da obrigação de pagamento do preço do serviço, mas sempre como obrigação acessória, lateral, da obrigação principal, porque fora do núcleo do contrato.

Na economia do contrato, a "cláusula de fidelização" só existe em função da prestação do serviço e da entrega do respetivo preço, não tendo

[35] Proferido no Processo n.º 46188/20.5YIPRT-A.L1-2, Relator: Orlando Nascimento, disponível em http://www.dgsi.pt/.

existência própria e autónoma, e só fazendo sentido enquanto fazendo parte do sinalagma serviço-preço.

Essa cláusula não tem autonomia por si própria, não lhe correspondendo uma contraprestação direta a ela dirigida.

Assim, núcleo do contrato e cláusula acessória também não podem ser separados em caso de incumprimento, em ordem a que ao núcleo do contrato corresponda um prazo prescricional de seis meses e à sua parte acessória corresponda um prazo prescricional de ...vinte (20) anos.

(...)

De outro modo, aportaríamos à incompreensível situação, em face dos valores em presença, de termos um prazo prescricional de seis meses para a obrigação principal e um prazo prescricional geral, de vinte anos (art.º 309.º do C. Civil) para a obrigação cuja existência só se justificava em face daquela.

Uma tal interpretação é, de todo, afastada pelo disposto no art.º 9.º, n.º 3, do C. Civil, nos termos do qual o intérprete deve presumir que o legislador consagrou as soluções mais acertadas.

Solução de todo desacertada seria aquela em que prescrito, decorridos seis meses, o direito ao recebimento do preço de um serviço de telecomunicações, o consumidor desses serviços continuasse adstrito ao cumprimento dos seus deveres acessórios daquela prestação e às consequências do seu incumprimento, durante vinte anos, assim esvaziando a ratio legis e o escopo prosseguido pela norma dos n.ºs 1 e 4, do art.º 10.º ao fixarem um curto prazo de prescrição e de propositura da ação/injunção.

Aliás, quanto à cláusula penal propriamente dita, ou seja, à indemnização, por violação da "cláusula de fidelização", dispõe o art.º 810.º, n.º 2, do C. Civil, que a mesma segue a obrigação principal.»

2.2. Novidades face ao quadro normativo anterior

Finalizada a abordagem dos principais aspetos da regulação legal que transitam da Lei n.º 5/2004, de 10 de fevereiro para a NLCE, é chegado o momento de elencar e apreciar criticamente algumas das disposições inovatórias mais relevantes contidas no Anexo à Lei n.º 16/2022, de 16 de agosto, as quais, por facilidade expositiva, arrumamos nos seguintes domínios[36]:

A. Qualidade dos serviços (artigos 129.º e 130.º)

B. Alterações das condições contratuais pela empresa que oferece serviços (artigo 135.º)

C. Alterações relativas (a circunstâncias atinentes) ao consumidor titular do contrato (artigo 133.º)

D. Cessação antecipada do contrato fora dos casos previstos nos artigos 133.º e 134.º (artigo 136.º)

E. Suspensão e caducidade do contrato (artigo 137.º)

F. Resolução do contrato por iniciativa do utilizador final (artigo 138.º)

G. Prorrogação automática do contrato (artigo 132.º)

H. Mudança de empresa que oferece serviços de acesso à internet (artigo 140.º)

2.2.1. Qualidade dos serviços (artigos 129.º e 130.º)

Sempre que, por motivo não imputável ao utilizador final (e não apenas o "consumidor"), qualquer dos serviços de comunicações eletrónicas acessíveis ao público, que tenham sido por este contratados, se mantiverem indisponíveis por um período superior a 24 horas – consecutivas ou

[36] Não trataremos das situações de suspensão e extinção do serviço prestado a utilizadores finais não consumidores ou a consumidores, por iniciativa da empresa, disciplinadas, respetivamente, nos artigos 127.º e 128.º, por não encerrarem alterações significativas em relação aos regimes já previstos nos artigos 52.º a 52.º-A da Lei n.º 5/2004, de 10 de fevereiro.

acumuladas por período de faturação –, contado a partir do momento em que a situação de indisponibilidade seja do conhecimento da empresa ou da comunicação pelo utilizador final. a empresa que oferece os serviços deve, independentemente de pedido do utilizador final nesse sentido, proceder ao crédito do valor equivalente ao preço que seria por este devido pela prestação do serviço durante o período em que o mesmo permaneceu indisponível (artigo 129.º, n.ºs 1 e 2). A empresa que oferece os serviços de comunicações eletrónicas deve, ainda, reembolsar o utilizador final pelos custos em que este tenha incorrido (e.g. chamadas telefónicas) com a participação da indisponibilidade de serviço que não lhe seja imputável (artigo 129.º, n.º 3).

A dedução ou o reembolso a que o utilizador final tenha direito, nos termos dos n.ºs 1 e 3, são efetuados por crédito na fatura seguinte a emitir pela empresa ou por crédito no saldo do utilizador final, no caso de serviços pré-pagos, ou, tendo terminado a relação contratual entre as partes sem que tenha sido processado esse crédito, através de reembolso por qualquer meio direto, nomeadamente transferência bancária ou envio de cheque, no prazo de 30 dias após a data da cessação do contrato (artigo 129.º, n.º 4).

Especial ênfase merece, pela positiva, o preceito constante do n.º 5 do artigo 129.º, segundo o qual a indisponibilidade dos serviços, tal como caracterizada pelo n.º 1 do mesmo artigo, que, depois de reportada à empresa prestadora, se prolongue por um período superior a 15 dias confere ao utilizador final o direito de resolver o contrato sem qualquer custo[37].

Pelo contrário, salienta-se pela negativa a norma do artigo 130.º, de acordo com a qual "[q]ualquer discrepância significativa, continuada ou recorrente, entre o desempenho real dos serviços de comunicações eletrónicas, que não serviços de acesso à Internet ou serviços de comunicações interpessoais independentes de números, e o desempenho indicado no contrato, é considerada como sendo base para o desencadeamento do processo de tomada das medidas corretivas de que o consumidor dispõe nos

[37] *Vide*, com interesse, o artigo 120.º, n.º 2 e o Anexo III, A, 1) da NLCE.

termos da legislação nacional, nomeadamente, a prerrogativa de resolver o contrato sem qualquer custo".

Com efeito, embora se saiba que, por vezes, a discrepância entre o desempenho real do serviço de acesso à internet e o que ficou convencionado entre a empresa prestadora e o consumidor, se fica a dever a "fatores externos, tais como o controlo sobre a transmissão de sinais ou a conectividade da rede" (artigo 117.º, n.º 2), certo é que tal divergência constitui, amiúde, o motivo de muitos dos litígios mantidos entre as partes de contratos de prestação de serviços de comunicações eletrónicas, os quais, por vezes, chegam mesmo aos centros de arbitragem de conflitos de consumo.

Tal constatação não terá sido, seguramente, alheia à inclusão obrigatória de informações relativas a velocidades do serviço de acesso à internet no conteúdo do resumo agora previsto no n.º 6 do artigo 120.º, concretamente, sob alínea f).

Não ignoramos, todavia, que, por força do disposto no n.º 1 do artigo 101.º do CECE[38], os Estados-Membros não podem manter ou introduzir na sua legislação nacional disposições de proteção do utilizador final que estejam em contradição com os artigos 102.º a 115.º, nomeadamente disposições mais ou menos rigorosas para garantir um nível diferente de proteção, salvo disposição em contrário constante do Título III (*Direitos dos utilizadores finais*) do CECE, sendo que o preceito normativo do artigo 130.º do Anexo à Lei n.º 16/2022, de 16 de agosto mostra-se reproduzido, com idêntica redação, no n.º 5 do artigo 105.º do CECE. Ou seja, em obséquio ao cumprimento do desiderato de "plena harmonização calibrada dos direitos dos utilizadores finais" abrangidos pelo CECE, a margem de manobra dos Estados-Membros para consagração de uma regra distinta foi inelutavelmente cerceada, ainda que, neste caso, em prejuízo do consumidor.

[38] E o considerando (257) do CECE.

2.2.2. Alterações das condições contratuais pela empresa que oferece serviços (artigo 135.º)

Em termos próximos, mas não totalmente coincidentes, ao estabelecido no n.º 16 do artigo 48.º da revogada Lei n.º 5/2004, de 10 de fevereiro, dispõe o artigo 135.º, nos seus n.º 1, 3 e 5, que, no prazo de trinta dias após a comunicação, de forma clara, compreensível e em suporte duradouro, de proposta de alteração das condições contratuais referidas no n.º 6 do artigo 120.º (resumo) pela empresa que oferece serviços de comunicações eletrónicas acessíveis ao público, os utilizadores finais têm o direito de resolver os seus contratos sem incorrerem em quaisquer custos, que não os relacionados com a utilização do serviço até à data da resolução, após o aviso, salvo quando as alterações: a) sejam propostas exclusivamente em benefício do utilizador final, não bastando que apenas algumas das alterações sejam benéficas para aquele, se também importarem aumento de "encargos ou tarifas, limitação do volume de dados, débito de dados, cobertura, ou processamento de dados pessoais"[39]; b) não tenham efeito negativo no utilizador final, nomeadamente as que sejam de caráter puramente administrativo ou relacionadas com o endereço do prestador[40]; c) decorram diretamente da aplicação (imperativa, acrescentamos nós) de ato legislativo, nacional ou da União Europeia, ou de ato ou regulamento emanado da ANACOM.

Com o intuito de operarem tais alterações contratuais, as empresas notificam os utilizadores finais com pelo menos um mês de antecedência, devendo informá-los, na mesma comunicação e sempre que aplicável (atentas as exceções atrás elencadas), do seu direito de resolver o contrato sem encargos, caso não aceitem as novas condições (n.º 3).

[39] *Vide* artigo 105.º, n.º 4 e o considerando (275) do CECE.

[40] De acordo com o n.º 2 do artigo 135.º, impende sobre a empresa prestadora dos serviços o ónus de demonstrar que cada uma das alterações ao contrato propostas nos termos do número anterior é realizada exclusivamente em benefício do utilizador final ou de natureza puramente administrativa sem efeitos negativos para o utilizador final.

Tendo sido recentemente anunciado pelas três principais empresas que prestam serviços de comunicações eletrónicas em território nacional o aumento dos preços das mensalidades em vigor na ordem dos 7,8%[41], importa esclarecer que tal atualização anual de preços, em função de um índice objetivo de preços no consumidor, nomeadamente, o Índice de Preços no Consumidor – IPC, definido por organismo oficial, como o Instituto Nacional de Estatística (INE), se encontra prevista na generalidade dos contratos celebrados entre empresas e utilizadores finais, pelo que, em bom rigor, não estamos em presença de uma alteração das condições contratuais pela empresa que oferece serviços, para efeitos do artigo ora sob apreciação.

2.2.3. Alterações relativas (a circunstâncias atinentes) ao consumidor titular do contrato (artigo 133.º)

Sem embargo de a epígrafe do artigo 133.º tomar a redação "Alterações relativas ao titular do contrato", por estar em causa o reconhecimento legal de que um conjunto de circunstâncias supervenientes típicas, atinentes à esfera do consumidor, constituem motivos legítimos para a denúncia do contrato por aquele, cremos mais apropriada a referência a *alterações relativas a circunstâncias atinentes ao consumidor titular do contrato*.

Tecida esta consideração prévia, constatamos, desde logo, que o legislador, com este artigo 133.º, procurou amparar o consumidor que se vê confrontado, na pendência do contrato de prestação de serviços de comunicações eletrónicas, com alguma(s) das situações que, *grosso modo* e numa primeira aproximação, podemos enumerar da seguinte forma: *alteração da residência permanente*; *emigração*; *desemprego involuntário*; *doença*.

[41] Informação disponível no sítio na internet da MEO – Serviços de Comunicações e Multimédia, S.A., no endereço https://conteudos.meo.pt/meo/Documentos/Tarifarios/Novas-Condicoes-Contratuais-2023.pdf, no sítio na internet da NOS Comunicações, S.A., no endereço https://www.nos.pt/particulares/ajuda/Pages/atualizacaoprecos.aspx, e, ainda, no sítio na internet da Vodafone Portugal – Comunicações Pessoais, S.A., no endereço https://www.vodafone.pt/atualizacao-precos.html.

Seria, contudo, redutor quedarmo-nos por esta mera exposição das situações relevantes que habilitam o consumidor a colocar, unilateralmente, termo ao contrato sem que haja lugar ao pagamento de encargos pela sua cessação antecipada, em derrogação do princípio *pacta sunt servanda* (artigo 406.º do Código Civil)[42], até porque cada uma das situações encerra, em si mesma, um conjunto de pressupostos ou matizes cujo preenchimento e observância se mostram necessários para a produção do efeito extintivo do vínculo negocial.

Senão vejamos.

Nos termos da alínea a) do n.º 1 do artigo 133.º, a primeira das situações que pode legitimar a cessação unilateral do contrato por iniciativa do consumidor titular do contrato consiste na *alteração do local de residência permanente do consumidor, caso a empresa não possa assegurar a prestação do serviço contratado ou de serviço equivalente, nomeadamente em termos de características e de preço, na nova morada*[43].

Trata-se, porventura, da situação que mais frequentemente vem determinando iniciativas por parte dos consumidores com vista à extinção do contrato, ainda que ao abrigo da figura da alteração das circunstâncias, prevista e regulada nos artigos 437.º a 439.º do Código Civil. A título exemplificativo, pense-se na hipótese de o consumidor usufruir de serviços de comunicações eletrónicas prestados com recurso à tecnologia Fibra e na nova morada de residência a empresa que oferece aqueles serviços apenas assegurar a sua prestação com recurso à tecnologia ADSL, de qualidade objetivamente inferior.

[42] Do qual se podem extrair dois subprincípios: *i)* o *princípio da pontualidade*, de acordo com o qual os contratos têm de ser cumpridos, ponto por ponto, nos seus exatos termos; e *ii)* o *princípio da estabilidade do cumprimento dos contratos*, o qual determina a imodificabilidade ou intangibilidade do conteúdo contratual, i.e., as partes não podem modificar unilateralmente o conteúdo do negócio jurídico bilateral, exceto se houver consenso nesse sentido ou nos casos que a lei o admita.

[43] *Vide* considerando (276) do CECE.

Em hipóteses como a que se acaba de descrever, até então, assistia-se a um digladiar de posições entre empresa prestadora e consumidor dos serviços, radicadas, essencialmente, nos argumentos que ora se expõem: por um lado, o consumidor titular do contrato alegava que, caso não se reconhecesse a legitimidade da resolução do contrato com fundamento em alteração superveniente das circunstâncias, ver-se-ia obrigado a continuar a pagar as mensalidades devidas por um serviço de que não iria usufruir, por ser prestado na sua morada antiga, e teria ainda de contratar outro serviço para a nova morada, o que configuraria uma situação de desequilíbrio contrário à boa-fé entre o prejuízo causado na sua esfera jurídico-patrimonial e o lucro auferido pela empresa prestadora, à custa daquele prejuízo; por outro lado, a empresa prestadora dos serviços aduzia que a morada de fornecimento constitui um elemento essencial do contrato, encontrando-se somente adstrita à obrigação de assegurar a prestação dos serviços, com as características acordadas, no local convencionado[44].

Ora, com a expressa previsão legal da situação descrita sob alínea a) do n.º 1 do artigo 133.º, cremos que a querela acima enunciada se mostra solucionada em favor da posição do consumidor, aparentemente com uma vantagem face à invocação do instituto da alteração das circunstâncias: o legislador parece prescindir do caráter anormal ou imprevisível da mudança de residência, não tendo a mesma de ficar a dever-se a um facto exterior à vontade das partes contratuais, nomeadamente do consumidor.

Já assim não se verifica em relação à situação descrita na alínea b) do mesmo número e artigo, na qual se prevê como razão atendível para a cessação unilateral do contrato por iniciativa do consumidor titular do contrato a

[44] Sobre esta querela, *vide*, com interesse, ANA MARGARIDA SANTELMO CARDOSO CUNHA, *As cláusulas de fidelização nos contratos de adesão – Enfoque nos serviços públicos essenciais*, Dissertação com vista à obtenção do grau de Mestre em Ciências Jurídico-Económicas pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto, sob orientação do Professor Doutor José Manuel Nunes Sousa Neves Cruz, outubro de 2020, acessível *online* no endereço https://repositorio-aberto.up.pt/handle/10216/131374, pp. 31-35 e a Sentença do CNIACC – Centro Nacional de Informação e Arbitragem de Conflitos de Consumo, Processo n.º 1220/2019, Juiz-Árbitro Carlos Filipe Costa, disponível em http://www.cniacc.pt/.

mudança imprevisível da habitação permanente do consumidor para país terceiro.

Por sua vez, no preceito da alínea c) do n.º 1 do artigo 133.º estabelece-se como situação legitimadora da destruição do vínculo negocial por decisão unilateral da parte mais débil a *situação de desemprego do consumidor titular do contrato, motivado por despedimento da iniciativa do empregador por facto não imputável ao trabalhador, que implique perda do rendimento mensal disponível do consumidor*.

A verificação do preenchimento dos pressupostos de que depende a invocação legítima deste fundamento para a cessação unilateral do contrato não pode dispensar uma leitura e interpretação em articulação com o Código do Trabalho (doravante "CT")[45]. Afinal, se a factispécies da norma em apreço requer que o consumidor se encontre numa situação de desemprego "motivado por despedimento da iniciativa do empregador por facto não imputável ao trabalhador", forçoso é concluir que o seu preenchimento não tem lugar nos casos em que a cessação do contrato de trabalho opera por caducidade (artigos 343.º a 348.º do CT), revogação (artigos 349.º e 350.º) ou denúncia pelo trabalhador (artigos 400.º a 403.º do CT), nem nos casos em que o efeito extintivo do vínculo laboral se produz com a chegada à esfera de conhecimento do trabalhador de uma decisão de despedimento no culminar do competente procedimento disciplinar (artigos 351.º a 358.º do CT)[46]. Diversamente, nos casos em que a cessação do contrato de trabalho tem a sua origem em despedimento coletivo (artigos 359.º a 366.º-A do CT), despedimento por extinção de posto de trabalho (artigos 367.º a 372.º do CT)

[45] Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro, sucessivamente alterado e atualmente com a redação em vigor que lhe foi conferida pela Lei n.º 1/2023, de 3 de janeiro.

[46] Mesmo que a decisão de despedimento com justa causa haja sido judicialmente impugnada pelo trabalhador, ao abrigo do competente processo, até que exista uma decisão do Tribunal de Trabalho, transitada em julgado, que se pronuncie no sentido da ilicitude do despedimento e o trabalhador, em substituição da reintegração no mesmo estabelecimento do empregador, sem prejuízo da sua categoria e antiguidade, opte pelo arbitramento de uma indemnização [cf. artigos 389.º, n.º 1, alínea b), 391.º e 392.º do CT].

ou despedimento por inadaptação (artigos 373.º a 380.º do CT), porque estamos perante modalidades de despedimento objetivo, assentes numa decisão do empregador, todas elas integram a previsão da norma da alínea c) do n.º 1 do artigo 133.º. O mesmo não se aplica à resolução do contrato de trabalho pelo trabalhador (artigos 394.º a 399.º do CT), porque configura uma modalidade de cessação de contrato de trabalho da iniciativa do trabalhador.

Acresce que, quer na situação prevista na alínea c) do n.º 1 do artigo 133.º, quer na situação delineada na alínea seguinte do mesmo número e artigo – *incapacidade para o trabalho, permanente ou temporária de duração superior a 60 dias, do consumidor, nomeadamente em caso de doença, que implique perda do rendimento mensal disponível do consumidor* –, o legislador exige, adicionalmente, que a situação de vulnerabilidade em que o consumidor se viu colocado tenha importado para o mesmo uma "perda do rendimento mensal disponível", legalmente relevante[47], igual ou superior a 20 %, calculada mediante comparação entre a soma dos rendimentos do consumidor no mês em que ocorre a causa determinante da alteração de rendimentos e os rendimentos auferidos no mês anterior (n.º 3).

Concluindo-se pelo preenchimento de alguma(s) das situações listadas no n.º 1 do artigo 133.º e querendo o consumidor colocar termo ao contrato de prestação de serviços de comunicações eletrónicas, deverá fazê-lo através de comunicação escrita (onde se inclui a comunicação expedida por correio eletrónico) à empresa que presta os serviços, observando, para tal, uma antecedência mínima de 30 dias em relação à data de efetivação da cessação de produção de efeitos[48], carreando com tal ato ilocutório os

[47] São considerados relevantes para efeito do cálculo da quebra de rendimentos: o valor mensal bruto (no caso de rendimentos de trabalho dependente); a faturação mensal bruta (no caso de rendimentos de trabalho independente); o respetivo valor mensal bruto (no caso de rendimento de pensões); o valor mensal de prestações sociais recebidas de forma regular; os valores de outros rendimentos recebidos de forma regular ou periódica (n.º 4).

[48] Como tal, não resulta prejudicado o direito de a empresa cobrar os serviços prestados durante o período de pré-aviso a que se refere o n.º 3 (e não "o número anterior", como, por manifesto lapso, se refere no preceito do n.º 6), valendo, ainda, nesse período o sinalagma funcional.

seguintes comprovativos da(s) situação(ões) invocada(s), identificados no n.º 2:

> *a)* No caso de alteração do local de residência permanente do consumidor, documentação que comprove o novo local de residência;
>
> *b)* No caso de mudança imprevisível da habitação permanente do consumidor titular do contrato para país terceiro, certificado de residência em país terceiro ou cópia de contrato de trabalho ou de prestação de serviços nesse país que permita comprovar a necessidade de residência nesse local do titular do contrato;
>
> *c)* No caso de situação de desemprego do consumidor titular do contrato, motivado por despedimento da iniciativa do empregador por facto não imputável ao trabalhador, que implique perda do rendimento mensal disponível do consumidor, declaração comprovativa da situação de desemprego do consumidor titular do contrato, obtida junto do respetivo centro de emprego ou uma declaração da situação de desemprego emitida pela Segurança Social.

Adicionalmente, para as situações específicas de desemprego involuntário e de incapacidade para o trabalho a que se referem as alíneas c) e d) do n.º 1, a quebra do rendimento mensal disponível, legalmente relevante, deve ser comprovada através de quaisquer meios de prova admissíveis em Direito, designadamente: declaração da entidade patronal do consumidor; declaração do centro de emprego ou da junta de freguesia do local da habitação permanente do consumidor; documento bancário (e.g. extrato de movimentos de conta à ordem) comprovativo da situação financeira do consumidor (n.º 5).

Isto posto, se é certo que, no artigo 133.º da NLCE, o legislador veio consagrar e conferir proteção jurídica a quatro situações típicas de alteração

das circunstâncias que tornam inexigível ao consumidor a manutenção da ligação à empresa que oferece serviços de comunicações eletrónicas, tal não prejudica que o outorgante mais fraco e desprotegido do contrato possa socorrer-se, em presença de situações análogas, do regime da alteração das circunstâncias (artigo 134.º) e, por essa via, arrogar-se do direito à resolução do contrato ou à sua modificação segundo juízos de equidade[49].

Para tanto, terá a concreta situação, posterior à vinculação, que preencher os seguintes pressupostos positivos (artigo 437.º do Código Civil) – 1) a 5) – e negativo (artigo 438.º do Código Civil) – 6):

1) A existência de uma alteração das circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar (a "base do negócio objetiva");

2) O carácter anormal/imprevisível dessa alteração;

3) Que essa alteração provoque uma lesão para uma das partes;

4) Que a lesão seja de tal ordem que se apresente como contrária à boa fé a exigência do cumprimento das obrigações assumidas;

5) E que não se encontre coberta pelos riscos próprios do contrato;

6) Que a parte lesada não se encontre em mora no momento em que a alteração das circunstâncias se verificou[50].

[49] De igual modo, o regime previsto no artigo 132.º, que disciplina a prorrogação automática do contrato após o decurso do período de fidelização (de que trataremos *infra*), não afasta a convocação do instituto da alteração das circunstâncias, nos termos dos artigos 437.º a 439.º do Código Civil.

[50] LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações – Vol. II – Transmissão e Extinção das Obrigações; Não Cumprimento e Garantias de Crédito*, 9.ª edição, Coimbra, Almedina, 2015, pp. 124 e ss.

2.2.4. Cessação antecipada do contrato fora dos casos previstos nos artigos 133.º e 134.º (artigo 136.º)

E se o consumidor titular de contrato de prestação de serviços de comunicações eletrónicas decidir fazer cessar antecipadamente o contrato sem que, para tanto, goze de motivo legítimo, nos termos dos artigos 133.º e 134.º? Qual o regime aplicável? Assiste à empresa prestadora dos serviços o direito à cobrança de encargos pela cessação antecipada do contrato? Em caso afirmativo, como deve calcular-se o valor de tais encargos?

A resposta a todas as questões encontra-se, agora, plasmada no artigo 136.º, *maxime* no seu n.º 4[51], nos termos do qual os encargos pela cessação antecipada do contrato com período de fidelização por iniciativa do consumidor não podem exceder o menor dos seguintes valores (n.º 4):

> *a)* A vantagem conferida ao consumidor, como tal identificada e quantificada no contrato celebrado, de forma proporcional ao remanescente do período de fidelização;
>
> *b)* Uma percentagem (e não a totalidade[52]) das mensalidades vincendas, de acordo com as regras que a seguir se expõem.

Acompanhando preocupação manifestada pela ANACOM, entendemos que "a indexação dos encargos pela cessação antecipada do contrato às vantagens conferidas ao utilizador [tal como previsto na alínea a)] sem que exista um limite (objetivo) a essas vantagens (cujo valor é, na prática, o que a empresa lhe entender atribuir) importa o risco de que sejam cobrados

[51] Aplicável a partir do dia 13.01.2023, por força das disposições conjugadas do n.º 1 do artigo 12.º e do n.º 1 do artigo 13.º do diploma que aprova a NLCE.

[52] Como já decorria do preceito do n.º 12 do artigo 48.º da Lei n.º 5/2004, de 10 de fevereiro, onde se dispunha que "[o]s encargos pela cessação antecipada do contrato com período de fidelização, por iniciativa do assinante, devem ser proporcionais à vantagem que lhe foi conferida e como tal identificada e quantificada no contrato celebrado, não podendo em consequência corresponder automaticamente à soma do valor das prestações vincendas à data da cessação".

ao utilizador valores desproporcionalmente elevados, sem que haja uma forma objetiva de demonstrar essa desproporcionalidade"[53].

Já em relação ao limite estabelecido na alínea b), a NLCE vem, agora, definir expressamente os seguintes valores:

> *1)* Tratando-se de um período de fidelização inicial,
>
> *a)* 50 % do valor das mensalidades vincendas, se a cessação ocorrer durante o primeiro ano de vigência do período contratual;
>
> *b)* 30 % do valor das mensalidades vincendas, se a cessação ocorrer durante o segundo ano de vigência do período contratual.
>
> *2)* Tratando-se de um período de fidelização subsequente ("refidelização"),
>
> *a)* 30 % do valor das mensalidades vincendas, se não houver alteração do lacete local instalado (i.e., do "percurso físico utilizado por sinais de comunicações eletrónicas que liga o ponto de terminação de rede nas instalações do utilizador final a um repartidor ou ao recurso equivalente na rede pública de comunicações eletrónicas fixas"[54]);
>
> *b)* Os limites previstos para o período de fidelização inicial, se houver alteração do lacete local instalado.

Por forma a tornar a aplicação deste regime mais inteligível, apresenta-se um exemplo prático[55]:

[53] Parecer da ANACOM à Proposta de Lei n.º 6/XV/1.ª disponível *online* no seguinte endereço: https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=121432.

[54] Artigo 3.º, n.º 1, alínea r).

[55] Inspirado na apresentação vídeo "Fidelizações", publicada em 13.01.2023, pela ANACOM, no seu canal de *Youtube* e disponível em https://www.youtube.com/watch?v=GIVtfPHLIcU.

Imagine-se que um consumidor celebrou um contrato com uma empresa que oferece serviços de comunicações eletrónicas, nos termos do qual ficou convencionado um período de fidelização inicial de 24 meses. Sucede que, a seis meses do término do período de fidelização, o consumidor titular do contrato decide denunciá-lo, sem motivo atendível para o efeito. A empresa havia oferecido a instalação dos serviços, com o valor de € 300,00 (trezentos euros) e o valor da mensalidade acordada era de € 50,00 (cinquenta euros).

Quid iuris?

1) Se se aplicar o critério da vantagem conferida ao consumidor, como tal identificada e quantificada no contrato celebrado, de forma proporcional ao remanescente do período de fidelização, temos que:

€ 300,00/24 meses = € 12,50/mês. Logo, € 12,50 x 6 meses que faltava cumprir = € 75,00 (setenta e cinco euros).

2) Se se aplicar o critério da percentagem das mensalidades vincendas, temos que:

6 x € 50,00 = € 300,00. 30% (porque a cessação ocorreu no segundo ano de vigência do período contratual) x € 300,00 = € 90,00 (noventa euros).

O menor dos dois valores é € 75,00 (setenta e cinco euros), pelo que seria este o valor devido a título de encargos por cessação antecipada do contrato.

2.2.5. Suspensão e caducidade do contrato (artigo 137.º)

Os contratos de prestação de serviços de comunicações eletrónicas poderão, ainda, conhecer outra vicissitude, concretamente, a paralisação

temporária dos seus efeitos (suspensão), enquanto perdurar (n.º 2) alguma das situações que se elencam, a título meramente exemplificativo, no n.º 1 do artigo 137.º, a saber:

a) Perda do local onde os serviços são prestados;

b) Alteração de residência para fora do território nacional;

c) Ausência da residência motivada por cumprimento de pena de prisão;

d) Ausência da residência por incapacidade, doença prolongada ou estado de dependência de cuidados prestados ou a prestar por terceira pessoa;

e) Situação de desemprego ou baixa médica.

Especificamente para a eventualidade descrita na alínea d)[56], o NLCE preceitua que a suspensão determinada com tal fundamento opera por comunicação do próprio titular do contrato ou de quem o represente, acompanhada de documento comprovativo da situação invocada (n.º 3).

Caso alguma(s) das situações listadas no n.º 1 do artigo 137.º (ou outra "alteração extraordinária das circunstâncias que determinaram a celebração do contrato por parte do consumidor") se prolongue por mais de 180 dias, o contrato pode extinguir-se por caducidade, a requerimento do titular do contrato ou, no caso da alínea d) do n.º 1, de quem o represente (n.º 4).

Naturalmente, as situações de suspensão e, posteriormente, de caducidade do contrato contempladas nos n.ºs 1 e 4[57] não originam quaisquer encargos para o titular do contrato, nomeadamente encargos relacionados com a cessação antecipada do contrato (n.º 5)[58].

[56] Do n.º 1 e não "do número anterior", como se refere, por manifesto lapso, na redação da norma do n.º 3 do artigo 137.º.

[57] E não do n.º 3, como se refere, por manifesto lapso, na redação da norma do n.º 5 do artigo 137.º.

[58] Como é óbvio, este preceito normativo só reveste de utilidade caso o vínculo negocial venha, de facto, a cessar por caducidade, pois, de outra forma, a mera suspensão nunca determinaria, ainda que em mera tese, a cobrança de encargos pela "cessação antecipada do contrato".

2.2.6. Resolução do contrato por iniciativa do utilizador final (artigo 138.º)

Uma outra forma de extinção do contrato de prestação de serviços de comunicações eletrónicas consiste na resolução por iniciativa do utilizador final, a qual poderá ter lugar sempre que se verificar um facto constitutivo desse direito potestativo, previsto na lei – nesta NLCE ou em outro ato legislativo ou regulamentar, emanado de órgãos ou autoridades nacionais ou da União Europeia – ou no negócio jurídico que liga as partes, nomeadamente uma situação de inadimplência. Verificado o pressuposto material de que depende o surgimento do direito de resolução, em momento prévio ao termo do período de fidelização, não pode, obviamente, ser exigido ao utilizador final o pagamento de quaisquer encargos com a cessação antecipada do contrato, salvo se o mesmo pretender conservar um equipamento terminal[59] subsidiado, situação em que a compensação não pode exceder os limites determinados nos n.ºs 2 e 3 do artigo 139.º[60]. Eis o que determinam os n.ºs 1 e 2 do artigo 138.º[61].

[59] Por *equipamento terminal* entende-se "qualquer produto ou componente que torne possível a comunicação ou seja concebido para ser ligado, direta ou indiretamente, seja por que meio for, a interfaces de redes públicas de comunicações eletrónicas" [artigo 3.º, n.º 1, alínea j)].

[60] Onde se estabelece que "[d]urante o período de fidelização, pela resolução do contrato e pelo desbloqueamento do equipamento, é proibida a cobrança de qualquer contrapartida de valor superior a: *a)* 100 % do valor do equipamento à data da sua aquisição ou posse, sem qualquer desconto, abatimento ou subsidiação, no decurso dos primeiros seis meses daquele período, deduzido do valor já pago pelo utente, bem como de eventual crédito do consumidor face ao operador de comunicações móveis; *b)* 80 % do valor do equipamento à data da sua aquisição ou posse, sem qualquer desconto, abatimento ou subsidiação, após os primeiros seis meses daquele período, deduzido do valor já pago pelo utente, bem como de eventual crédito do consumidor face ao operador de comunicações móveis; *c)* 50 % do valor do equipamento à data da sua aquisição ou posse, sem qualquer desconto, abatimento ou subsidiação, no último ano do período de fidelização, deduzido do valor já pago pelo utente, bem como de eventual crédito do consumidor face ao operador de comunicações móveis" (n.º 2) e, bem assim, que "[s]e o utilizador final optar por reter o equipamento terminal associado no momento da celebração do contrato, qualquer compensação devida não pode exceder o limite do seu valor *pro rata temporis* previsto no número anterior, acordado no momento da celebração do contrato ou a parte remanescente da tarifa de serviço até ao termo do contrato, consoante o montante que for menor" (n.º 3).

[61] *Vide* artigo 105.º, n.º 6 e o considerando (263) do CECE.

Ainda sob o chapéu da epígrafe "Resolução de contratos por iniciativa do utilizador final" do artigo 138.º, entendeu o legislador – impropriamente, a nosso ver –, prever a criação de plataforma eletrónica, gerida pela Direção-Geral do Consumidor (DGC), destinada não apenas a facilitar o exercício do direito de resolução, mas também dos direitos de suspensão e de cessação do contrato por caducidade, previstos no artigo 137.º, pelo consumidor, sem prejuízo, claro, do exercício de tais direitos pelas vias tradicionais (n.º 5). Em cumprimento do ditame plasmado no n.º 6 do artigo 137.º, foi publicada a *Portaria n.º 284/2022, de 28 de novembro*, que aprova as funcionalidades da «Plataforma de cessação de contratos»[62], a que ficam sujeitas as empresas prestadoras dos serviços de comunicações eletrónicas, cuja implementação e entrada em funcionamento operará em duas fases, nos seguintes termos (artigo 9.º da Portaria n.º 284/2022, de 28 de novembro):

a) Na primeira fase de funcionamento da nova Plataforma, já em curso, é disponibilizada a funcionalidade de cessação de contratos de comunicações eletrónicas por via de denúncia, nos termos do artigo 136.º;

b) Na segunda fase de funcionamento, implementada até 30 de setembro de 2023, serão disponibilizadas as funcionalidades de suspensão (nos termos do artigo 137.º), de cessação por caducidade ou resolução (nos termos dos artigos 137.º e 138.º, respetivamente) e de comunicação do óbito dos titulares dos contratos de comunicações eletrónicas.

Merece especial realce e aplauso o facto de, à luz do disposto no n.º 1 do artigo 4.º da Portaria n.º 284/2022, de 28 de novembro, a submissão de pedidos de cessação de contratos ser inelutavelmente precedida da submissão de um pedido de informações contratuais, a que a empresa prestadora deve responder no prazo de três dias úteis (n.º 4 do mesmo artigo e diploma), assim se permitindo ao consumidor, tal como definido na alínea h) do n.º 1 do artigo 3.º da NLCE, formalizar pedido de cessação do contrato plenamente ciente e esclarecido, conforme o caso, sobre eventuais encargos com o incumprimento

[62] Acessível *online* no endereço https://www.cessacaodecontratos.pt/.

do período de fidelização e outros custos devidos, equipamentos a restituir e prazo e local de devolução (bem como penalização pela sua não restituição) ou prazo do pré-aviso a observar para a cessação do contrato.

2.2.7. Prorrogação automática do contrato (artigo 132.º)

Nos casos em que um contrato com período de fidelização para a prestação de serviços de comunicações eletrónicas preveja a respetiva prorrogação automática (já sem as vantagens comerciais que constituíam contrapartida da fixação do período de fidelização), após essa prorrogação, os utilizadores finais têm o direito de denunciar o contrato em qualquer momento, com um pré-aviso máximo de um mês (podendo, assim, ser exigido, pela empresa prestadora, um pré-aviso inferior, mas nunca superior), sem incorrer em quaisquer custos, exceto os relativos à utilização do serviço durante o período de pré-aviso (n.º 1)[63].

Antes de se verificar a prorrogação automática do contrato, a empresa deve informar o utilizador final, de forma clara, atempada e num suporte duradouro[64], sobre a data em que se completa o período de fidelização, os meios ao alcance do utilizador final para denunciar o contrato e os melhores preços aplicáveis aos seus serviços (n.º 2).

[63] *Vide* artigo 105.º, n.º 3 e o considerando (274) do CECE.

[64] Por *suporte duradouro* entende-se "qualquer instrumento passível de integrar a definição prevista na alínea v) do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de fevereiro", que estabelece o regime jurídico dos contratos celebrados à distância e dos contratos celebrados fora do estabelecimento comercial, transpondo para a ordem jurídica nacional a Diretiva n.º 2011/83/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2011, relativa aos direitos dos consumidores. Sucessivamente alterado, este diploma vigora com a redação que lhe foi conferida pela NLCE. Nos termos da alínea v) do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de fevereiro, *suporte duradouro* é "qualquer instrumento, designadamente o papel, a chave Universal Serial Bus (USB), o Compact Disc Read-Only Memory (CD-ROM), o Digital Versatile Disc (DVD), os cartões de memória ou o disco rígido do computador, que permita ao consumidor ou ao fornecedor de bens ou prestador do serviço armazenar informações que lhe sejam pessoalmente dirigidas, e, mais tarde, aceder-lhes pelo tempo adequado à finalidade das informações, e que possibilite a respetiva reprodução inalterada".

2.2.8. Mudança de empresa que oferece serviços de acesso à internet (artigo 140.º)

Porque a possibilidade de mudança de prestador de serviço se revela essencial para a existência de uma concorrência efetiva num ambiente concorrencial e o acesso a informação transparente, precisa e atempada acerca da mudança incrementa a confiança e o desejo de participação ativa dos utilizadores finais em processos de mudança[65], o artigo 140.º prescreve que, em caso de migração de empresa que oferece serviços de acesso à internet, o prestador cessante e o novo prestador fornecem ao utilizador final informações adequadas antes e durante o processo de mudança e asseguram a continuidade do serviço, exceto se tal não for tecnicamente viável (n.º 1), na certeza de que a interrupção dos serviços durante o processo de mudança não pode exceder um dia útil (n.º 6).

Em termos análogos aos que se estabelecem para os processos de portabilidade de números[66], também no âmbito de processos de mudança de prestador de serviços de acesso à internet a nova empresa assume a sua condução, devendo a nova e a anterior empresa cooperar de boa-fé (n.º 2), não podendo atrasar nem cometer abusos nos processos de mudança, nem transferir o serviço do utilizador final sem o consentimento expresso deste (n.º 3). A anterior empresa continua a prestar os seus serviços nas mesmas condições até que a nova empresa ative os seus serviços (n.º 5) e esta última garante que a ativação do serviço ocorre com a maior brevidade possível, na data e no prazo acordados expressamente com o utilizador final (n.º 4).

[65] *Vide* considerando (277) do CECE.

[66] Previsto e disciplinado no artigo 141.º da NLCE.

2.3. Considerações finais

Atalhando considerações numa análise crítica à Nova Lei das Comunicações Eletrónicas que já vai longa, quedar-nos-emos por duas derradeiras observações que reputamos de significativa relevância prática.

Em primeiro lugar, vemos com preocupação que, ao contrário do que se dispunha na Lei n.º 5/2004, de 10 de fevereiro [artigos 47.º--A, n.º 5, alínea a) e artigo 48.º, n.º 7] – com especial interesse para os contratos celebrados através de contacto telefónico –, com a NLCE deixa de se exigir que qualquer suporte duradouro, incluindo gravação telefónica, relacionado com a celebração do contrato de comunicações eletrónicas seja conservado durante todo o período de vigência acordado, inicial ou sucessivo, acrescido do correspondente prazo de prescrição e caducidade.

A par da revisão da redação, menos conseguida, de algumas disposições e de algumas remissões que contêm lapsos, entendemos que este é um aspeto que urge reequacionar, atenta a importância da conservação da gravação telefónica relativa à celebração do contrato de prestação de serviços de comunicações eletrónicas para reconstituir, em termos exatos, a proposta que foi apresentada pelo prestador (e aceite pelo consumidor) e aquilatar do efetivo cumprimento dos deveres de comunicação e de informação, previstos nos artigos 5.º e 6.º da LCCG e nos artigos 4.º e 5.º do Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de fevereiro, nos contratos concluídos através de contacto telefónico.

Em segundo e último lugar, importa notar que, caso o consumidor tenha, ao abrigo do direito nacional ou do direito da União Europeia, o direito de resolver, antes do termo do período de fidelização, qualquer elemento de um pacote de serviços[67], em razão de falta de conformidade da prestação

[67] Por *pacote de serviços* entende-se "uma oferta que inclui, pelo menos, um serviço de acesso à Internet ou um serviço de comunicações interpessoais com base em números acessível ao público, bem como outros serviços ou equipamentos terminais, sempre que os elementos que compõem essa oferta sejam fornecidos ou comercializados pela mesma empresa, como oferta única, com um preço único e uma fatura única, no âmbito do mesmo contrato ou de contratos mistos ou coligados"

realizada com o convencionado ou indisponibilidade do serviço[68], esse direito é extensível a todos os elementos do pacote (artigo 114.º, n.º 2).

[artigo 3.º, n.º 1, alínea ff)]. *Vide*, também, com interesse, o artigo 107.º, n.º 2 e o considerando (283) do CECE.

[68] Nos termos do artigo 129.º, n.º 5. Também aqui, à semelhança do que se verifica em relação a outros preceitos normativos, o legislador não curou de primar pelo rigor técnico-jurídico na referência a "motivos de incumprimento do contrato pela empresa que oferece os serviços ou pelo vendedor, incluindo *falha* na oferta" [itálico nosso].

Direitos do passageiro de transporte aéreo em caso de cancelamento ou atraso de voo e em caso de dano, perda ou atraso na disponibilização de bagagem

Carlos Filipe Costa[*]
Árbitro de conflitos de consumo
Pós-Graduado em Direito dos Contratos e do Consumo

Com o presente estudo, propomo-nos desenvolver uma breve explanação dos direitos do passageiro de transporte aéreo em caso de *cancelamento* ou *atraso* de voo e em caso de *dano*, *perda* ou *atraso na disponibilização* de bagagem, à luz do disposto pelo Regulamento (CE) n.º 261/2004 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de fevereiro de 2004 (doravante "Regulamento")[1], que estabelece regras comuns para a indemnização e a assistência aos passageiros dos transportes aéreos em caso

[*] Licenciado em Direito e Mestre em Ciências Jurídico-Administrativas pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Advogado (com inscrição voluntariamente suspensa). Pós-Graduado em Direito dos Contratos e do Consumo pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Juiz-Árbitro no TRIAVE – Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo do Ave, Tâmega e Sousa, no CIAB (Centro de Informação, Mediação e Arbitragem de Consumo de Braga) – Tribunal Arbitral de Consumo e no CNIACC – Centro Nacional de Informação e Arbitragem de Conflitos de Consumo.

[1] *Brevitatis causa*, não trataremos, aqui, dos casos de *recusa de embarque contra a vontade do passageiro* [artigo 1.º, n.º 1, alínea a)], i.e., "a recusa de transporte de passageiro num voo, apesar de este se ter apresentado no embarque nas condições estabelecidas no n.º 2 do artigo 3.º [do Regulamento], exceto quando haja motivos razoáveis para recusar o embarque, tais como razões de saúde, de segurança ou a falta da necessária documentação de viagem" [cf. artigo 2.º, alínea j) do Regulamento], especificamente disciplinada no artigo 4.º do Regulamento. *Vide*, com interesse, os considerandos (9) a (11) do Regulamento.

de recusa de embarque e de cancelamento ou atraso considerável dos voos[2], considerando, claro, a interpretação das suas normas desenvolvida pela jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, e do disposto pela Convenção para a Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional (doravante, "Convenção de Montreal" ou "Convenção"), adotada em 28 de maio de 1999 pela Conferência Internacional de Direito Aeronáutico, celebrada em Montreal no âmbito da Organização Internacional de Aviação Civil (OACI/ICAO)[3].

Para o efeito, e em benefício de uma melhor compreensão do enquadramento jurídico aplicável a cada uma das hipóteses que nos propomos tratar, iniciamos este estudo com uma caracterização da estrutura e natureza do negócio jurídico subjacente – o contrato de transporte aéreo de passageiro.

1. Contrato de transporte aéreo de passageiro – estrutura e natureza

O contrato de transporte aéreo de passageiro constitui uma das modalidades do contrato de transporte, "figura mãe" cuja estrutura e natureza importa conhecer para, num segundo momento, identificar as especificidades

[2] Com as retificações ao Regulamento publicadas no Jornal Oficial da União Europeia, L 37, de 9 de fevereiro de 2007 (p. 10), e L 119, de 7 de maio de 2019, p. 202. Revogou o Regulamento (CEE) n.º 295/91 do Conselho, de 4 de fevereiro de 1991, que estabelecia regras comuns relativas a um sistema de compensação por recusa de embarque de passageiros nos transportes aéreos regulares. Disponível, em versão consolidada, em https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:02004R0261-20050217&from=EN.

[3] Aprovada, entre nós, pelo Decreto n.º 39/2002, de 27 de novembro. Aplica-se em toda a União Europeia, por força do Regulamento (CE) n.º 889/2002 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de maio, que altera o Regulamento (CE) n.º 2027/97 do Conselho, de 9 de outubro, relativo à responsabilidade das transportadoras aéreas no transporte de passageiros e respetiva bagagem, que "transpõe as disposições pertinentes da Convenção de Montreal respeitantes ao transporte aéreo de passageiros e da sua bagagem e estabelece certas disposições complementares" e "torna o âmbito de aplicação dessas disposições extensivo ao transporte aéreo dentro de um Estado-membro" (artigo 1.º). Disponível em linha no endereço https://files.dre.pt/1s/2002/11/274a00/74227440.pdf.

que notabilizam a relação jurídica que se encontra sujeita à disciplina do Regulamento e da Convenção de Montreal.

Assim, seguindo bem de perto, com a devida vénia, o douto Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 23.11.2017[4], constatamos que o **contrato de transporte** é um negócio jurídico representativo de uma prestação de serviços, por meio do qual uma pessoa – o *transportador* – compromete-se a deslocar, de forma organizada e mediante o controlo da atividade, pessoas ou mercadorias de um lugar para outro, em favor de outrem (*passageiro* ou *expedidor*) ou de **terceiros** (*destinatário*)[5], mediante uma vantagem económica.

Decompondo a definição acabada de reproduzir, constituem, então, **elementos essenciais** do contrato de transporte:

a) a deslocação do passageiro ou da mercadoria;

b) o exercício de uma atividade organizacional;

c) a autonomia e controlo da atividade operativa de deslocação do passageiro ou da mercadoria por parte do transportador;

d) a **incolumidade**, i.e., a necessidade de que os passageiros ou mercadorias cheguem incólumes ao local de destino, o que compreende a obrigação por parte do transportador de prover pela segurança e vigilância em relação ao passageiro e de custódia em relação à mercadoria transportada; e

e) a **remuneração**, contrapartida da prestação do transporte, ou seja, o preço que deverá ser pago pela prestação

[4] Proferido no Processo n.º 4453/15.4T8OER.L2-2, Relatora: Ondina Carmo Alves, disponível em http://www.dgsi.pt/.

[5] Quando expedidor e destinatário não coincidem na mesma pessoa ou entidade, o contrato de transporte (civil ou comercial) assume a natureza de contrato a favor de terceiro, sujeito à malha normativa dos artigos 443.º a 451.º do Código Civil.

> do serviço, denominado de tarifa, para o transporte de passageiro, e de frete, para o transporte de mercadoria.

Neste seguimento, e ainda com o acórdão em referência, podemos referir, com sumariedade, que o **contrato de transporte aéreo de passageiro** é, afinal, o negócio jurídico pelo qual uma entidade – a *transportadora aérea operadora*[6] – se obriga a transportar um indivíduo – o *passageiro* – e sua bagagem de um lugar para outro, utilizando, para o efeito, uma aeronave.

Desta forma, atenta a caracterização acima realizada da sua figura matriz, que é pressuposta e permanece válida em toda a linha, o contrato de transporte aéreo de passageiro reveste-se, especificamente, das seguintes características:

> a) é um contrato **consensual** "***quoad constitutionem***", pois o aperfeiçoamento do vínculo atinge-se por via do simples acordo de vontades das partes: o contrato forma-se a partir do momento em que é adquirido o bilhete[7], ficando a transportadora aérea operadora com a obrigação de realizar a condução do passageiro (e da sua bagagem) de um lugar para outro, mediante o correspetivo cumprimento da obrigação deste último, o pagamento do preço; o desembarque do passageiro marca o fim da execução do contrato;
>
> b) é um contrato **bilateral**, pois gera obrigações para ambas as partes: de um lado, a obrigação do transporte sob determinadas condições; do outro, a obrigação de pagamento do preço;

[6] Por "transportadora aérea operadora" entende-se "uma transportadora aérea que opera ou pretende operar um voo ao abrigo de um contrato com um passageiro, ou em nome de uma pessoa coletiva ou singular que tenha contrato com esse passageiro" [artigo 2.º, alínea b) do Regulamento].

[7] Nos termos da alínea f) do artigo 2.º do Regulamento, por "bilhete" entende-se "um documento válido que dá direito a transporte, ou um equivalente num suporte diferente do papel, incluindo o suporte eletrónico, emitido ou autorizado pela transportadora aérea ou pelo seu agente autorizado".

c) é um contrato **oneroso**, pois gera um sacrifício e uma vantagem patrimonial para ambos os contraentes, havendo, portanto, esforços económicos simultâneos com vantagens correlativas;

d) é um contrato **não solene**, pois não depende de formalidade especial;

e) é normalmente um **contrato de adesão**, cujo conteúdo é pré-elaborado pela transportadora aérea operadora, recorrendo à técnica das cláusulas contratuais gerais, com vista à sua utilização massificada numa pluralidade de contratos a celebrar, e aceite pelo passageiro, que não teve a possibilidade de o negociar, limitando-se a aceitá-lo, ou, pelo menos, cujo conteúdo não pôde influenciar (cf. artigos 1.º, n.ºs 1 e 2 e 2.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro[8].

2. Âmbitos de aplicação do Regulamento e da Convenção de Montreal

Expostas as principais notas características do contrato de transporte aéreo de passageiro, procederemos, em seguida, a uma escalpelização dos regimes plasmados no Regulamento e na Convenção de Montreal para cada uma das vicissitudes, acima enunciadas, que o vínculo negocial pode conhecer na sua execução, não sem antes esclarecermos quais os âmbitos de aplicação daqueles instrumentos normativos.

Com efeito, nos termos do n.º 1 do seu artigo 3.º, o **Regulamento**[9] aplica-se: *a)* aos passageiros que **partem** de um aeroporto localizado no

[8] Institui o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais, sucessivamente alterado e atualmente com a redação que lhe foi conferida pelo Decreto-Lei n.º 109-G/2021, de 10 de dezembro.

[9] Diploma a que respeitam as normas doravante referidas sem menção de diferente proveniência.

território de um Estado-Membro a que o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia se aplica[10]; *b)* aos passageiros que partem de um aeroporto localizado num país terceiro (à União Europeia) com **destino** a um aeroporto situado no território de um Estado-Membro a que o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia se aplica (a menos que tenham recebido benefícios ou uma indemnização e que lhes tenha sido prestada assistência nesse país terceiro), sempre que a transportadora aérea operadora do voo em questão for uma transportadora comunitária[11].

Adicionalmente, para efeitos de aplicação do Regulamento, deve o passageiro ter uma reserva[12] confirmada para o voo em questão e, salvo no caso de cancelamento a que se refere o artigo 5.º (de que trataremos *infra*), apresentar-se na porta de embarque tal como estabelecido e com a antecedência que tenha sido indicada e escrita (incluindo por meios eletrónicos) pela transportadora aérea (ou pelo operador turístico ou pelo agente de viagens autorizado, se aplicável) ou, não sendo indicada qualquer hora, até 45 minutos antes da hora de partida publicada [artigo 3.º, n.º 2, alínea a)]. O Regulamento também se aplica aos passageiros que tenham sido transferidos por uma transportadora aérea (ou um operador turístico) do voo para o qual tinham reserva para outro voo, independentemente do motivo [artigo 3.º, n.º 2, alínea b)][13].

[10] *Vide* artigo 52.º do Tratado da União Europeia *ex vi* artigo 355.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

[11] *Vide* considerando (6) do Regulamento. Note-se que o Regulamento somente se aplica a passageiros transportados em aeronaves motorizadas de asa fixa (artigo 3.º, n.º 4).

[12] Por "reserva" entende-se "o facto de o passageiro dispor de um bilhete ou outra prova, que indica que a reserva foi aceite e registada pela transportadora aérea ou pelo operador turístico" [artigo 2.º, alínea g)].

[13] O Regulamento aplica-se a qualquer transportadora aérea operadora que forneça transporte a passageiros abrangidos pelos n.ºs 1 e 2 do artigo 3.º. Sempre que uma transportadora aérea operadora, apesar de não se encontrar ligada ao passageiro por contrato de transporte aéreo de passageiro, cumprir obrigações impostas pelo Regulamento, considera-se que está a fazê-lo em nome da pessoa que mantém contrato com o passageiro (artigo 2.º, n.º 5).

De modo diverso, encontra-se expressamente excluída a aplicação do Regulamento "aos passageiros com viagens gratuitas ou com tarifa reduzida não disponível, direta ou indiretamente, ao público" (artigo 3.º, n.º 3, primeiro período)[14].

Por sua vez, a **Convenção de Montreal** aplica-se a todas as operações de transporte internacional de pessoas e bagagens em aeronave efetuadas a título oneroso[15], em que, segundo as estipulações das partes, o **ponto de partida** e o **ponto de destino**, independentemente de se verificar uma interrupção do transporte ou um transbordo, **se situam no território de dois Estados Partes da Convenção ou no território de um único Estado Parte, desde que, nesta segunda hipótese, tenha sido acordada uma escala no território de um terceiro Estado, mesmo que este não seja Parte na Convenção** (artigo 1.º, n.º 1, primeiro período, e n.º 2, primeiro período da Convenção). Já o transporte entre dois pontos situados no território de um único Estado Parte, sem uma escala acordada no território de outro Estado, não constitui transporte internacional para efeitos da Convenção (artigo 1.º, n.º 2, segundo período da Convenção). De resto, o transporte a realizar por várias transportadoras sucessivas é considerado um transporte único e indiviso caso as partes o tenham configurado como uma única operação, não relevando, para tal, o facto de as partes terem convencionado tal transporte por meio de um único contrato ou de vários contratos (artigo 1.º, n.º 3 da Convenção)[16].

[14] O Regulamento aplica-se, todavia, "aos passageiros com bilhetes emitidos no âmbito de um programa de passageiro frequente ou de outro programa comercial de uma transportadora aérea ou de um operador turístico" (artigo 3.º, n.º 3, segundo período).

[15] A Convenção também se aplica às operações gratuitas de transporte em aeronave efetuadas por uma empresa de transportes aéreos (artigo 1.º, n.º 1, segundo período da Convenção).

[16] E o transporte "não perde o seu caráter internacional pelo facto de um contrato, ou uma série de contratos, dever ser integralmente executado no território do mesmo Estado" (artigo 1.º, n.º 3 da Convenção). A Convenção aplica-se igualmente aos transportes efetuados, total ou parcialmente, por uma "transportadora de facto", para tal autorizada pela "transportadora contratual" (aquela que, de facto, celebrou contrato de transporte com um passageiro), a que se refere o Capítulo V do mesmo instrumento de Direito Internacional, nas condições nele previstas (artigo 1.º, n.º 4 da Convenção), assim como aos transportes executados pelo Estado ou por organismos públicos

3. Cancelamento do voo

Agora que se mostram verificados os âmbitos de aplicação do Regulamento e da Convenção de Montreal, estamos em condições de abordar, sucessivamente, cada uma das vicissitudes que a execução de contrato de transporte aéreo de passageiro pode conhecer, fazendo-o, em todos os casos, por facilidade expositiva, com recurso à mesma hipótese prática (em relação à qual dúvidas não se colocam acerca da aplicação dos instrumentos de Direito da União Europeia e de Direito Internacional) e a um esquema de perguntas frequentes (FAQ).

Deste modo, iniciando o nosso périplo pelo caso de **cancelamento** de voo, equacionemos a seguinte hipótese prática: *voo programado com partida de Lisboa e destino a Praga, com escala em Bordéus, foi cancelado.*

legalmente constituídos, desde que preencham as condições previstas no artigo 1.º da Convenção (cf. artigo 2.º, n.º 1 da Convenção). De modo diverso, encontra-se expressamente excluída a aplicação da Convenção ao transporte de objetos postais (artigo 2.º, n.º 3 da Convenção), o qual se encontra subordinado à disciplina normativa constante das convenções internacionais concluídas no quadro da União Postal Universal (UPU), de que, nomeadamente, Portugal é signatário, por via da Resolução da Assembleia da República n.º 24-A/98, de 18 de maio, que aprovou, para ratificação (concretizada através do Decreto do Presidente da República n.º 17-A/98, de 18 de maio), o Quinto Protocolo Adicional à Constituição da União Postal Universal (UPU), as declarações feitas por ocasião da assinatura dos actos da União, o Regulamento Geral da União Postal Universal e o seu anexo, o Regulamento Interno dos Congressos, a Convenção Postal Universal e o seu Protocolo Final, o Acordo Referente às Encomendas Postais e o seu Protocolo Final, o Acordo Referente aos Vales Postais e o Acordo Referente aos Envios contra Reembolso, instrumentos adotados no XXI Congresso da União Postal Universal, realizado em Seul em 1994, e por via da Resolução da Assembleia da República n.º 36-A/2004, de 11 de maio, que aprovou, para ratificação (concretizada através do Decreto do Presidente da República n.º 26-A/2004, de 11 de maio), os Actos Finais do XXII Congresso da UPU, realizado em Beijing (Pequim), de 23 de agosto a 15 de setembro de 1999, que contêm o Sexto Protocolo Adicional à Constituição da União Postal Universal, as declarações feitas por ocasião da assinatura destes Actos, o Regulamento Geral da União Postal Universal, a Convenção Postal Universal e o seu Protocolo Final e o Acordo Referente aos Serviços de Pagamento do Correio. Sobre a situação atualizada da assinatura e ratificação, pela República Portuguesa, dos Protocolos Adicionais à Constituição da União Postal Universal (UPU), aconselha-se o acesso ao endereço https://www.upu.int/UPU/media/upu/files/aboutUpu/acts/10-memberCountriesLegalSituation/prtEn.pdf.

i. Quais os direitos do passageiro?

Como já vimos, com a celebração de contrato de transporte aéreo de passageiro, a *transportadora* obriga-se a transportar um indivíduo (o *passageiro*) e sua bagagem, de um local para o outro, utilizando uma aeronave, mediante o pagamento de um preço. Verificando-se uma situação de **cancelamento**, i.e., a não realização de um voo que estava programado e em que, pelo menos, um lugar foi reservado, porque o mesmo é suprimido[17], deve ser oferecida ao passageiro a **escolha** entre:

> - o **reembolso**, no prazo de sete dias, do preço total de compra do bilhete (incluindo taxas e outros encargos), para a parte ou partes da viagem não efetuadas, e para a parte ou partes da viagem já efetuadas se o voo já não se justificar em relação ao plano inicial de viagem (por perda objetiva de interesse do passageiro), cumulativamente, nos casos em que se justifique, e um voo de regresso para o primeiro ponto de partida; ou
>
> - o **reencaminhamento**, em condições de transporte equivalentes, para o seu destino final, na primeira oportunidade ou em data posterior, da conveniência do passageiro, sujeito à disponibilidade de lugares[18].

Sempre que uma cidade ou região for servida por vários aeroportos e uma transportadora aérea operadora oferecer aos passageiros um voo para um aeroporto alternativo em relação àquele para o qual tinha sido feita a reserva, a transportadora aérea operadora deve suportar o custo da transferência do passageiro desse aeroporto alternativo para o aeroporto para o qual a reserva tinha sido feita, ou para outro destino próximo acordado com o passageiro[19].

[17] Artigo 2.º, alínea l).

[18] Artigo 5.º, n.º 1, alínea a) e artigo 8.º, n.º 1, alíneas a) a c).

[19] Artigo 8.º, n.º 3.

ii. E enquanto aguarda um voo posterior, o passageiro tem direito a algum tipo de assistência?

Enquanto aguarda um voo posterior, devem ser oferecidos ao passageiro, a título gratuito:

- refeições e bebidas em proporção razoável com o tempo de espera;

- duas chamadas telefónicas, telexes, mensagens via fax ou mensagens por correio eletrónico[20].

Em caso de **reencaminhamento**, quando a hora de partida razoavelmente prevista do novo voo for, pelo menos, o dia após a partida que estava programada para o voo cancelado, o passageiro tem direito a:

- oferta de alojamento em hotel, caso se torne necessária a estada por uma ou mais noites ou uma estada adicional à prevista pelo passageiro, e a

- transporte entre o aeroporto e o local de alojamento[21].

Sem prejuízo, a assistência aos passageiros que aguardam uma alternativa **poderá ser limitada ou mesmo recusada** nos casos em que a própria prestação de assistência venha a provocar um atraso maior[22].

Na prestação de assistência, a transportadora aérea operadora deve prestar especial atenção às necessidades das pessoas com mobilidade

[20] Artigo 5.º, n.º 1, alínea b) e artigo 9.º, n.º 1, alínea a) e n.º 2.

[21] Artigo 5.º, n.º 1, alínea b) e artigo 9.º, n.º 1, alíneas b) e c).

[22] *Vide* considerando (18).

reduzida[23] e de quaisquer acompanhantes seus, bem como às necessidades das crianças não acompanhadas[24].

iii. Pode, ainda, acrescer direito a indemnização pelos danos causados pelo cancelamento do voo?

Com vista a indemnizar, de maneira uniforme e imediata, os prejuízos que são praticamente idênticos para todos os passageiros[25], o artigo 7.º, n.º 1 do Regulamento [aplicável *ex vi* artigo 5.º, n.º 1, alínea c), proémio] estabelece que o passageiro deve receber uma indemnização no valor de:

> a) **€ 250 (duzentos e cinquenta euros)**, para todos os voos até 1500 quilómetros;
>
> b) **€ 400 (quatrocentos euros)**, para todos os voos intracomunitários com mais de 1500 quilómetros e para todos os outros voos entre 1500 e 3500 quilómetros;
>
> c) **€ 600 (seiscentos euros)**, para todos os voos não abrangidos pelas hipóteses anteriores.

[23] Por "pessoa com mobilidade reduzida" entende-se "qualquer pessoa cuja mobilidade é reduzida ao utilizar transportes devido a deficiência física (sensorial ou locomotora, permanente ou temporária), a incapacidade intelectual, a idade ou a outra causa de incapacidade, e cuja situação requer cuidados especiais e adaptação específica dos serviços disponíveis a todos os passageiros" [artigo 2.º, alínea i)].

[24] Artigo 9.º, n.º 3. *Vide*, também, o artigo 11.º, n.º 2.

[25] Vide, neste sentido: o Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 10 de janeiro de 2006 (*International Air Transport Association e European Low Fares Airline Association contra Department for Transport*), §43-45, acessível em https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A62004CJ0344&qid=1677694896992; e o Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 23 de outubro de 2012 (*Emeka Nelson e o. contra Deutsche Lufthansa AG e TUI Travel plc e o. contra Civil Aviation Authority*), §52, acessível em https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A62010CJ0581&qid=1677694987510.

Na determinação da distância a considerar, deve tomar-se como base **o último destino** a que o passageiro chegará com atraso em relação à hora programada devido ao cancelamento[26].

A transportadora aérea operadora pode reduzir a indemnização em 50 % quando for oferecido ao passageiro **reencaminhamento** para o seu destino final[27] num voo alternativo[28], cuja hora de chegada não exceda a hora programada de chegada do voo originalmente reservado:

a) **Em duas horas**, no caso de quaisquer voos até 1500 quilómetros; ou

b) **Em três horas**, no caso de quaisquer voos intracomunitários com mais de 1500 quilómetros e no de quaisquer outros voos entre 1500 e 3500 quilómetros; ou

c) **Em quatro horas**, no caso de quaisquer voos não abrangidos pelas hipóteses anteriores[29].

Em qualquer caso, a indemnização deve ser paga em numerário, através de transferência bancária eletrónica, de ordens de pagamento bancário ou de cheques bancários, podendo sê-lo, ainda, através de vales de viagem e/ou outros serviços, **desde que, para tal, a transportadora aérea operadora tenha o acordo escrito do passageiro**[30].

As distâncias referidas nos n.os 1 e 2 do artigo 7.º devem ser medidas pelo método da rota ortodrómica[31]. Por "rota ortodrómica" entende-se o menor

[26] Artigo 7.º, n.º 1, segundo parágrafo.

[27] Por "destino final" entende-se "o destino que consta do bilhete apresentado no balcão de registo ou, no caso de voos sucessivos, o destino do último voo; os voos sucessivos alternativos disponíveis não são tomados em consideração se a hora original planeada de chegada for respeitada" [artigo 2.º, alínea h)].

[28] Nos termos do artigo 8.º, n.º 1, alíneas b) e c).

[29] Artigo 7.º, n.º 2.

[30] Artigo 7.º, n.º 3.

[31] Artigo 7.º, n.º 4.

segmento de um círculo máximo (portanto, a menor distância) entre dois pontos na superfície terrestre.

iv. E os danos não patrimoniais (ou danos morais) sofridos pelo passageiro também são reparáveis?

O passageiro tem direito a ser indemnizado pela totalidade dos danos, patrimoniais e não patrimoniais, que tenha sofrido em virtude do incumprimento dos deveres contratuais pela transportadora aérea operadora.

Assim, a indemnização de montante fixo referida em *iii.* (no valor de € 250, € 400 ou € 600, eventualmente reduzido em 50 %) "não pode obstar que um passageiro lesado possa ser ressarcido de um **prejuízo específico** que tenha sofrido, e que deve ser **apreciado individualmente e *a posteriori***, na medida em que o direito nacional ou o direito internacional [Convenção de Montreal] lhe concedem o direito a essa indemnização, **desde que esta seja suplementar relativamente à indemnização de montante fixo prevista pelo Regulamento**" – a qual, recorde-se, visa apenas reparar, de maneira uniforme e imediata, os prejuízos que são praticamente idênticos para todos os passageiros – e **tenha "origem numa das situações previstas no artigo 1.º, n.º 1"[32] do Regulamento** [entre as quais, o cancelamento de voos – alínea b)][33].

Em síntese, "[r]esulta destas disposições [artigos 1.º e 12.º do Regulamento] que a indemnização concedida aos passageiros dos transportes aéreos, com base no artigo 12.º do Regulamento n.º 261/2004, se destina a completar a aplicação das medidas previstas pelo referido regulamento, de modo a que os passageiros sejam indemnizados pela totalidade do dano que sofreram devido ao incumprimento dos deveres contratuais pela

[32] Acórdão do Tribunal de Justiça (Oitava Secção) de 29 de julho de 2019 (*Radu-Lucian Rusu e Oana-Maria Rusu contra SC Blue Air – Airline Management Solutions SRL*), §§36-37, acessível em linha no seguinte endereço: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A62018CJ0354&qid=1677695190235.

[33] Artigo 12.º, n.º 1, primeiro período.

transportadora aérea"[34], tendo o Tribunal de Justiça já declarado que "(...) as medidas de assistência uniformes e imediatas adoptadas ao abrigo do Regulamento n.º 261/2004 não obstam a que os passageiros interessados, no caso de esse incumprimento das obrigações contratuais pela transportadora aérea lhes causar ainda danos que confiram direito a indemnização, possam, por outro lado, propor ações de indemnização dos referidos danos, nas condições fixadas na Convenção de Montreal"[35], em especial nos termos das disposições dos artigos 19.º, 22.º e 29.º da Convenção. Ainda de acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, "os termos «prejuízo» e «dano», referidos no capítulo III da Convenção de Montreal, devem ser entendidos como incluindo tanto os danos materiais como os morais. Daqui decorre que o dano susceptível de indemnização por aplicação do artigo 12.º do Regulamento n.º 261/2004 pode ser um dano de natureza não só material, mas também moral"[36] [sublinhados nossos].

Neste conspecto, a título exemplificativo, em Sentença do TRIAVE – Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo do Ave, Tâmega e Sousa de 13.06.2022[37], entendeu-se que «(...) as despesas assumidas pela reclamante com a renda mensal devida pela ocupação do imóvel arrendado em Praga no mês de julho de 2020, os encargos assumidos com a prestação do serviço de *internet* móvel para o telefone da reclamante por um mês, assim como os transtornos e incómodos causados pela delonga no reagendamento do voo,

[34] Acórdão do Tribunal de Justiça (Terceira Secção) de 13 de outubro de 2011 (*Aurora Sousa Rodríguez e outros contra Air France SA*), §38, acessível em https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A62010CJ0083&qid=1677695284458.

[35] Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 10 de janeiro de 2006 (*International Air Transport Association e European Low Fares Airline Association contra Department for Transport*), §47, acessível em linha no seguinte endereço: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A62004CJ0344&qid=1677695310162.

[36] Acórdão do Tribunal de Justiça (Terceira Secção) de 6 de maio de 2010 (*Axel Walz contra Clickair SA*), §§24-29, acessível em linha no endereço https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A62009CJ0063&qid=1677695370391.

[37] Proferida no Processo n.º 2147/2021/CT/LG, Relator: Carlos Filipe Costa, acessível *online* em https://www.triave.pt/jurisprudencia/.

pela necessidade de adiamento do batizado da [sobrinha da] demandante, pela realização de deslocação para a assinatura da "Adenda ao Contrato de Arrendamento" e, ainda, pela celebração de contrato com o fornecedor do serviço de *internet* móvel constituem situações específicas da reclamante, que devem ser apreciadas individualmente e *a posteriori*, e têm origem num cancelamento contra a sua vontade».

v. E o direito a indemnização é devido em todo e qualquer caso de cancelamento? Nomeadamente, é devido se o cancelamento se ficou a dever a «circunstâncias extraordinárias»?

Não será devida indemnização nos casos em que **o passageiro tenha sido informado do cancelamento**, nas seguintes condições:

- pelo menos **duas semanas antes** da hora programada de partida; ou

- **entre duas semanas e sete dias antes** da hora programada de partida e se lhe tiver sido **oferecido reencaminhamento que lhe permitisse partir até duas horas antes da hora programada de partida e chegar ao destino final até quatro horas depois da hora programada de chegada**; ou, ainda,

- **menos de sete dias antes** da hora programada de partida e se lhe tiver sido **oferecido reencaminhamento que lhe permitisse partir até uma hora antes da hora programada de partida e chegar ao destino final até duas horas depois da hora programada de chegada**[38].

[38] Artigo 5.º, n.º 1, alínea c).

Impende sobre a transportadora aérea operadora o ónus da prova relativamente à questão de saber se e quando foi o passageiro informado do cancelamento[39].

Acresce que a transportadora aérea operadora **não é obrigada** a pagar uma indemnização, se lograr provar que o cancelamento se ficou a dever a ***circunstâncias extraordinárias*** que não poderiam ter sido evitadas mesmo que tivessem sido tomadas todas as medidas razoáveis[40].

De acordo com a jurisprudência produzida pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, que vem adotando uma **interpretação estrita da norma**, as circunstâncias "só podem ser qualificadas de «extraordinárias», na acepção do artigo 5.º, n.º 3, do Regulamento n.º 261/2004, se estiverem relacionadas com um evento que, à semelhança dos enumerados no décimo quarto considerando desse regulamento, **não seja inerente ao exercício normal da actividade da transportadora aérea em causa** e que, **devido à sua natureza ou à sua origem, escape ao controlo efectivo desta última**"[41]. São estes os

[39] Artigo 5.º, n.º 4.

[40] Artigo 5.º, n.º 3. *Vide*, também, o considerando (12), último período.

[41] Acórdão do Tribunal de Justiça (Quarta Secção) de 22 de dezembro de 2008 (*Friederike Wallentin-Hermann contra Alitalia – Linee Aeree Italiane SpA*), §23, acessível em https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A62007CJ0549&qid=1677695551360. A respeito do conjunto de despesas contraídas pela reclamante na sequência do reagendamento do voo e dos incómodos tidos com a celebração dos contratos e com a necessidade de adiamento do batizado da afilhada daquela, concluiu-se na Sentença do TRIAVE – Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo do Ave, Tâmega e Sousa de 13.06.2022 já referida em corpo de texto que «(...) a propósito da verificação de "circunstância extraordinária", nos termos e para os efeitos do artigo 5.º, n.º 3 do Regulamento, não pode perder-se de vista que o não cumprimento da prestação debitória por parte da reclamada procedeu de facto que não lhe é imputável – "as restrições impostas pela pandemia podem ser genericamente qualificadas como situações de força maior, isto é, imprevisíveis e inevitáveis ou, pelo menos, inevitáveis, do ponto de vista do controlo das partes (...)" [CATARINA MONTEIRO PIRES, in *Novo Coronavírus e Crise Contratual – Anotação ao Código Civil*, Lisboa, AAFDL Editora, 2020, pp. 93-100, em especial pp. 99-10], existindo, no caso, "uma ligação causal" entre as restrições legais ao tráfego aéreo internacional e a insuscetibilidade de cumprimento do programa contratual –, o qual espoletou uma situação de impossibilidade temporária da prestação – artigo 792.º do Código Civil –, que, "(...) além de excluir a mora, impede que o devedor possa responder civilmente por prejuízos que possam resultar do atraso para o credor" [*idem, ibidem*], porquanto afasta a sua culpa».

dois requisitos cumulativos estabelecidos pela jurisprudência do Tribunal de Justiça, cuja observância deve ser objeto de apreciação casuística.

Ora, o considerando (14) do Regulamento reza nos seguintes termos: "[t]al como ao abrigo da Convenção de Montreal, as obrigações a que estão sujeitas as transportadoras aéreas operadoras **deverão ser limitadas ou eliminadas** nos casos em que a ocorrência tenha sido causada por circunstâncias extraordinárias que não poderiam ter sido evitadas mesmo que tivessem sido tomadas todas as medidas razoáveis. Essas circunstâncias podem sobrevir, em especial, em caso de instabilidade política, condições meteorológicas incompatíveis com a realização do voo em causa, riscos de segurança, falhas inesperadas para a segurança do voo e greves que afectem o funcionamento da transportadora aérea"[42].

Sem prejuízo da interpretação do Tribunal de Justiça, em 18.03.2020, a Comissão Europeia emanou "Orientações para a interpretação dos regulamentos da UE em matéria de direitos dos passageiros no contexto do desenvolvimento da situação da Covid-19"[43], com o propósito de clarificar as condições de aplicação de determinadas disposições da legislação da UE em matéria de direitos dos passageiros no contexto do surto de COVID-19, nomeadamente no que diz respeito a cancelamentos e atrasos, completando as suas "Orientações para a Interpretação do Regulamento (CE) n.º 261/2004 do Parlamento Europeu e do Conselho, que estabelece regras comuns para a

[42] Acrescem, também, as restrições legais ao tráfego aéreo internacional, como as impostas pela situação pandémica internacional causada pela propagação da doença COVID-19. Nos termos do considerando (15), "[c]onsiderar-se-á que existem circunstâncias extraordinárias sempre que o impacto de uma decisão de gestão do tráfego aéreo, relativa a uma determinada aeronave num determinado dia provoque um atraso considerável, um atraso de uma noite ou o cancelamento de um ou mais voos dessa aeronave, não obstante a transportadora aérea em questão ter efectuado todos os esforços razoáveis para evitar atrasos ou cancelamentos". Como veremos *infra* através de alguns exemplos (controversos) extraídos da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, as "greves que afetem o funcionamento da transportadora aérea" nem sempre têm sido consideradas "circunstâncias extraordinárias" para efeitos do n.º 3 do artigo 5.º do Regulamento, nomeadamente quando esteja em causa uma greve do pessoal da própria transportadora aérea operadora, com – ou mesmo sem! – o competente aviso prévio.

[43] Acessíveis para consulta, em linha, no endereço https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A52020XC0318%2804%29.

indemnização e a assistência aos passageiros dos transportes aéreos em caso de recusa de embarque e de cancelamento ou atraso considerável dos voos, e do Regulamento (CE) n.º 2027/97 do Conselho relativo à responsabilidade das transportadoras aéreas em caso de acidente, com a redação que lhe foi dada pelo Regulamento (CE) n.º 889/2002 do Parlamento Europeu e do Conselho"[44].

Ora, sob ponto 3. das Orientações de 18.03.2020, sob o título "Direitos dos passageiros dos transportes aéreos (Regulamento (CE) n.º 261/2004)", *maxime* sob ponto 3.4. "Direito a indemnização", a Comissão manifestou a sua posição no sentido de considerar que "(...) ao serem tomadas medidas pelas autoridades públicas destinadas a conter a pandemia de Covid-19, tais medidas não são, pela sua natureza e origem, inerentes ao exercício normal da atividade das transportadoras, encontrando-se fora do seu controlo efetivo. O artigo 5.º, n.º 3, prescinde do direito a indemnização sempre que o cancelamento em causa «se ficou a dever» a circunstâncias extraordinárias que não poderiam ter sido evitadas mesmo que tivessem sido tomadas todas as medidas razoáveis. Tal condição deve ser considerada preenchida sempre que as autoridades públicas proíbem expressamente certos voos ou proíbem a circulação de pessoas de uma forma que exclua, de facto, a possibilidade de o voo em questão ser operado. Tal condição também pode ser preenchida sempre que o cancelamento do voo ocorre em circunstâncias em que a circulação correspondente de pessoas não é totalmente proibida, mas limitada a pessoas que beneficiam de derrogações (por exemplo, nacionais ou residentes do Estado em causa). No caso de nenhuma pessoa nestas condições preencher determinado voo, este ficaria vazio se não fosse cancelado. Em tais situações, pode ser legítimo para uma transportadora não esperar até muito tarde, mas antes cancelar o voo atempadamente (e mesmo sem ter a certeza dos direitos dos vários passageiros a viajar de todo em todo), a fim de que possam ser tomadas medidas organizacionais adequadas, incluindo em termos

[44] Acessíveis para consulta, em linha, no endereço https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A52016XC0615%2801%29.

de assistência aos passageiros devida pela transportadora. Neste tipo de casos e consoante as circunstâncias, um cancelamento pode ainda assim ser considerado como ficado «a dever» à medida adotada pelas autoridades públicas. Mais uma vez, consoante as circunstâncias, tal pode ser também o caso dos voos na direção oposta à dos voos diretamente abrangidos pela proibição de circulação de pessoas. Sempre que a companhia aérea decidir cancelar um voo e demonstrar que esta decisão se justificava por razões de proteção da saúde da tripulação, tal cancelamento também deve ser considerado como ficado «a dever» a circunstâncias extraordinárias. As considerações acima expostas não são e não podem ser exaustivas, uma vez que outras circunstâncias específicas relacionadas com o surto de Covid-19 poderão igualmente ser abrangidas pelo âmbito do artigo 5.º, n.º 3" [sublinhados nossos].

Em suma, para aplicação da norma do n.º 3 do artigo 5.º do Regulamento, tem a transportadora de alegar e demonstrar que *in casu*:

> - se encontra preenchido o **conceito normativo de** "**circunstâncias extraordinárias**"; e
>
> - se verifica a **existência** e a **ligação** entre a "circunstância extraordinária" e o cancelamento; e
>
> - se verifica o facto de o cancelamento **não poder ter sido evitado**, apesar de terem sido tomadas todas as medidas razoáveis.

Vejamos, agora, alguns exemplos extraídos da jurisprudência do Tribunal de Justiça que nos podem dilucidar acerca da interpretação que o órgão jurisdicional da União Europeia vem realizando acerca do sentido e alcance da norma do n.º 3 do artigo 5.º do Regulamento [negritos e sublinhados nossos]:

1) Acórdão do Tribunal de Justiça (Quarta Secção) de 22 de dezembro de 2008 (*Friederike Wallentin-Hermann contra Alitalia – Linee Aeree Italiane SpA*), §§15-34, em particular §§22-23[45]

Neste acórdão, o Tribunal de Justiça declarou que o artigo 5.º, n.º 3, do Regulamento "deve ser interpretado no sentido de que um problema técnico detectado numa aeronave e que implica o cancelamento de um voo não se enquadra no conceito de «circunstâncias extraordinárias», na acepção dessa disposição, salvo se esse problema decorrer de eventos que, pela sua natureza ou a sua origem, não sejam inerentes ao exercício normal da actividade da transportadora aérea em causa e escapem ao seu controlo efectivo. A Convenção para a unificação de certas regras relativas ao Transporte Aéreo Internacional, celebrada em Montreal, em 28 de maio de 1999, não é determinante para a interpretação das causas de isenção visadas no artigo 5.º, n.º 3, do Regulamento n.º 261/2004". E mais declarou que "[a] frequência dos problemas técnicos verificada numa transportadora aérea não é, *per se*, um elemento que permita concluir pela presença ou não de «circunstâncias extraordinárias»" e, bem assim, que "[o] facto de uma transportadora aérea ter cumprido as regras mínimas de manutenção de uma aeronave não basta, por si só, para provar que essa transportadora tomou «todas as medidas razoáveis», na acepção do artigo 5.º, n.º 3, do Regulamento n.º 261/2004, e, consequentemente, para exonerar a referida transportadora

[45] Acessível em https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A62007CJ0549.

da sua obrigação de indemnizar, prevista nos artigos 5.º, n.º 1, alínea c), e 7.º, n.º 1, desse regulamento".

Resultou, ainda, afirmado, sob §23, que "[e]mbora o legislador tenha feito constar da referida lista [do décimo quarto considerando do Regulamento] as «falhas inesperadas para a segurança do voo» e se possa considerar que um problema técnico detectado na aeronave constitui uma dessas falhas, a verdade é que as circunstâncias que rodeiam esse evento só podem ser qualificadas de «extraordinárias», na acepção do artigo 5.º, n.º 3, do Regulamento n.º 261/2004, se estiverem relacionadas com um evento que, à semelhança dos enumerados no décimo quarto considerando desse regulamento, não seja inerente ao exercício normal da actividade da transportadora aérea em causa e que, devido à sua natureza ou à sua origem, escape ao controlo efectivo desta última".

2) Acórdão do Tribunal de Justiça (Terceira Secção) de 31 de janeiro de 2013 (*Denise McDonagh contra Ryanair Ltd*), §§26-34[46]

Neste acórdão, o Tribunal de Justiça declarou que o artigo 5.º, n.º 3, do Regulamento "deve ser interpretado no sentido de que circunstâncias como o encerramento de uma parte do espaço aéreo europeu na sequência da erupção do vulcão Eyjafjallajökull constituem «circunstâncias extraordinárias» na aceção deste regulamento que não eximem as transportadoras aéreas do seu dever de assistência

[46] Acessível em https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A62011CJ0012.

previsto nos artigos 5.º, n.º 1, alínea b), e 9.º do Regulamento n.º 261/2004".

3) Despacho do Tribunal de Justiça (Quinta Secção) de 14 de novembro de 2014 (*Sandy Siewert e o. contra Condor Flugdienst GmbH*), §§12-23[47]

Neste despacho, o Tribunal de Justiça declarou que o artigo 5.º, n.º 3, do Regulamento "deve ser interpretado no sentido de que um acontecimento como, no caso do processo principal, o choque de uma escada móvel de embarque de um aeroporto contra um avião **não deve ser qualificado** de «circunstância extraordinária» que dispensa a transportadora aérea da obrigação de indemnização dos passageiros em caso de atraso considerável de um voo operado por esse avião".

Resultou, ainda, afirmado, sob §19, que "tratando-se de um problema técnico que tem origem no choque de uma escada móvel de embarque de um aeroporto contra um avião, há que salientar que essas escadas ou passadeiras móveis são necessariamente utilizadas no contexto de um transporte aéreo de passageiros, permitindo a estes subir para o avião e descer deste, pelo que as transportadoras aéreas se veem regularmente confrontadas com situações resultantes da utilização dessas escadas móveis. Nestas condições, o choque de um avião com uma dessas escadas móveis deve ser considerado um acontecimento inerente ao exercício normal da atividade de transportadora aérea. Além disso, nada indica que o dano do avião que devia efetuar o voo controvertido tenha sido causado por um ato exterior aos serviços normais de

[47] Acessível em https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A62014CO0394.

um aeroporto, como um ato de sabotagem ou de terrorismo, abrangido, de acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça (v. acórdão *Wallentin-Hermann*, EU:C:2008:771, §26), pelo conceito de «circunstâncias extraordinárias» (...)".

4) Acórdão do Tribunal de Justiça (Nona Secção) de 17 de setembro de 2015 (*Corina van der Lans contra Koninklijke Luchtvaart Maatschappij NV*), §§32-49[48]

Neste acórdão, o Tribunal de Justiça declarou que o artigo 5.º, n.º 3, do Regulamento "deve ser interpretado no sentido de que "um problema técnico, como o que está em causa no processo principal, que ocorreu inesperadamente, que não é imputável a uma manutenção defeituosa e que não foi detetado durante um controlo regular, **não está abrangido** pelo conceito de «circunstâncias extraordinárias», na aceção desta disposição".

Embora tenha reconhecido que "determinados problemas técnicos podem ser qualificados de circunstâncias extraordinárias (...), por exemplo, na situação em que o construtor dos aparelhos da frota da transportadora aérea em causa ou uma autoridade competente revela, quando esses aparelhos já estão ao serviço, que os mesmos têm um defeito de fabrico oculto que afeta a segurança dos voos" (§38) e, bem assim, que uma "falha prematura de algumas peças de uma aeronave, constitui, sem dúvida, um evento imprevisível" (§41), por outro lado salientou o Tribunal que "nenhuma peça de um aeronave é inalterável" (§41) e que "no âmbito da atividade de uma transportadora aérea, esse evento

[48] Acessível em https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX%3A62014CJ0257.

imprevisível é inerente ao exercício normal da atividade da transportadora aérea, sendo essa transportadora confrontada, regularmente, com esse tipo de problemas técnicos imprevistos" (§42), daí que, a final, afirmou que "a prevenção dessa avaria ou a reparação ocasionada pela mesma, incluindo a substituição de uma peça prematuramente defeituosa, não escapam ao controlo efetivo da transportadora aérea em causa, uma vez que incumbe a esta última assegurar a manutenção e o bom funcionamento das aeronaves que explora para as suas atividades económicas" (§43).

5) Acórdão do Tribunal de Justiça (Terceira Secção) de 4 de maio de 2017 (*Marcela Pešková e Jiří Peška contra Travel Service a.s.*), §§18-48[49]

Neste acórdão, o Tribunal de Justiça declarou que o artigo 5.º, n.º 3, do Regulamento "deve ser interpretado no sentido de que "a colisão entre uma aeronave e uma ave se insere no conceito de «circunstâncias extraordinárias» na aceção desta disposição", mas já assim não será quando o cancelamento "resulte do recurso, pela transportadora aérea, a um perito por si escolhido para efetuar novamente as verificações de segurança exigidas por uma colisão com uma ave, após estas já terem sido efetuadas por um perito habilitado nos termos da regulamentação aplicável". E mais declarou que "as «medidas razoáveis» que uma transportadora aérea está obrigada a adotar para reduzir e mesmo prevenir os riscos de colisão com uma ave e assim eximir-se da sua obrigação de indemnização dos passageiros nos termos do artigo 7.º do

[49] Acessível em https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A62015CJ0315.

referido regulamento incluem o recurso a medidas de controlo preventivo da existência das referidas aves, desde que, nos planos nomeadamente técnico e administrativo, essas medidas possam ser efetivamente adotadas por essa transportadora aérea, que essas medidas não lhe imponham sacrifícios insuportáveis atendendo às capacidades da sua empresa e que a referida transportadora tenha provado que as referidas medidas foram adotadas no que se refere ao voo afetado pela colisão com uma ave, sendo que incumbe ao órgão jurisdicional de reenvio certificar-se de que estes requisitos estão preenchidos".

Mais desenvolvidamente, resultou afirmado no acórdão que "uma colisão entre uma aeronave e uma ave, bem como o eventual dano provocado por essa colisão, uma vez que não estão intrinsecamente ligados ao sistema de funcionamento do aparelho, não são, pela sua natureza ou pela sua origem, inerentes ao exercício normal da atividade da transportadora aérea em causa e escapam ao seu controlo efetivo. Portanto, a referida colisão deve ser qualificada de «circunstância extraordinária» na aceção do artigo 5.º, n.º 3, do Regulamento n.º 261/2004" (§24), acrescentando-se, em seguida, que, "[a] este respeito, não é pertinente saber se essa colisão causou efetivamente danos à aeronave em causa. Com efeito, o objetivo de garantir um nível elevado de proteção dos passageiros aéreos, prosseguido pelo Regulamento n.º 261/2004, como se especifica no seu considerando 1, implica que não se incite as transportadoras aéreas a não tomarem as medidas exigidas por esse incidente, fazendo prevalecer a manutenção e a pontualidade dos seus voos sobre o objetivo da segurança destes últimos" (§25).

Por outro lado, "embora o Regulamento n.º 261/2004 não prejudique a liberdade de as transportadoras aéreas recorrerem aos peritos por si escolhidos para efetuar os controlos exigidos por uma colisão com uma ave, é certo que, quando já foi efetuado um controlo na sequência dessa colisão por um perito habilitado para esse efeito nos termos da regulamentação aplicável, o que cabe ao órgão jurisdicional de reenvio verificar, não se pode considerar que um segundo controlo que leva necessariamente a um atraso igual ou superior a três à chegada do voo em causa constitui uma medida adaptada à situação na aceção da jurisprudência referida no n.º 28 do presente acórdão" (§35).

6) Acórdão do Tribunal de Justiça (Terceira Secção) de 17 de abril de 2018 (*Helga Krüsemann e o. contra TUIfly GmbH*), §§29-49[50]

Neste acórdão, o Tribunal de Justiça declarou que o artigo 5.º, n.º 3, do Regulamento "deve ser interpretado no sentido de que a ausência espontânea de uma parte significativa do pessoal de bordo («greve sem aviso prévio»), como a que está em causa nos processos principais, que teve origem no anúncio surpresa da reestruturação da empresa, por parte da transportadora aérea operadora, em resposta a um apelo lançado, não pelos representantes dos trabalhadores da empresa mas, espontaneamente, pelos próprios trabalhadores que apresentaram baixa por doença, **não se enquadra** no conceito de «circunstâncias extraordinárias», na aceção desta disposição.

[50] Acessível em https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A62017CJ0195.

Mais desenvolvidamente, resultou afirmado no acórdão que "no exercício da sua atividade, é possível as transportadoras aéreas serem habitualmente confrontadas com divergências ou mesmo conflitos com os membros do seu pessoal ou com parte dele" (§41), donde "os riscos decorrentes das consequências sociais aliadas a essas medidas devem ser considerados inerentes ao exercício normal da atividade da transportadora aérea em causa" (§42), mesmo tratando-se de uma «greve sem aviso prévio», pois tal greve teve "origem numa decisão da referida transportadora aérea" – medidas de reestruturação anunciadas pela direção da transportadora aérea" – e "terminou na sequência de um acordo celebrado com os representantes dos trabalhadores" (§44), além de que "distinguir entre greves legais e ilegais, com base no direito nacional aplicável, para determinar se as mesmas devem ser qualificadas de «circunstâncias extraordinárias», na aceção do artigo 5.º, n.º 3, do Regulamento n.º 261/2004, teria como consequência fazer depender o direito a indemnização dos passageiros da legislação social própria de cada Estado-Membro, prejudicando, assim, os objetivos do Regulamento n.º 261/2004, visados nos seus considerandos 1 e 4, de garantir um elevado nível de proteção dos passageiros e condições equivalentes de exercício das atividades de transportadora aérea no território da União" (§47).

7) Acórdão do Tribunal de Justiça (Oitava Secção) de 12 de março de 2020 (*A e o. contra Finnair Oyj*), §§37-43[51]

Neste acórdão, o Tribunal de Justiça declarou que o artigo 5.º, n.º 3, do Regulamento "deve ser interpretado no

[51] Acessível em linha no seguinte endereço: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A62018CJ0832&qid=1676908171021.

sentido de que, para se exonerar da sua obrigação de indemnizar, uma transportadora aérea não pode invocar «circunstâncias extraordinárias», na aceção desta disposição, relativas à falha de uma peça denominada «on condition», a saber, uma peça que só é substituída em caso de falha da peça precedente, mesmo que tenha sempre uma peça de substituição em armazém, exceto no caso de, o que incumbe ao órgão jurisdicional de reenvio verificar, essa falha constituir um evento que, devido à sua natureza ou à sua origem, não é inerente ao exercício normal da atividade da transportadora aérea em causa e escapa ao controlo efetivo desta, considerando-se, todavia, que, na medida em que essa falha está, em princípio, intrinsecamente ligada ao sistema de funcionamento do aparelho, não deve ser entendida como constitutiva desse evento".

8) Acórdão do Tribunal de Justiça (Nona Secção) de 6 de outubro de 2021 (*CS contra Eurowings GmbH*), §17-34[52]

Neste acórdão, o Tribunal de Justiça declarou que o artigo 5.º, n.º 3, do Regulamento "deve ser interpretado no sentido de que um movimento grevista destinado a fazer valer reivindicações salariais e/ou sociais dos trabalhadores, iniciado a pedido de um sindicato do pessoal de uma transportadora aérea operadora por solidariedade com o movimento convocado contra a sociedade-mãe da qual essa transportadora aérea é uma das filiais, que é seguido por uma categoria do pessoal dessa filial, cuja presença é necessária para operar um voo, e que se prolonga para além do termo

[52] Acessível em https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX%3A62020CJ0613.

inicialmente anunciado pelo sindicato que convocou a greve, apesar de entretanto se ter chegado a um acordo com a sociedade-mãe, **não está abrangido** pelo conceito de «circunstâncias extraordinárias» na aceção desta disposição.

Começou o Tribunal de Justiça por enfatizar que "a greve não deixa de ser uma das expressões possíveis da negociação social e, portanto, deve ser entendida como um evento inerente ao exercício normal da atividade do empregador em causa, independentemente das especificidades do mercado de trabalho em causa ou da legislação nacional aplicável no que respeita à execução desse direito fundamental garantido no artigo 28.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia" (§20) e, bem assim, que "uma greve motivada por reivindicações salariais e/ou sociais dos trabalhadores deve ser considerada um evento que não escapa inteiramente ao controlo efetivo da transportadora aérea em causa (v., neste sentido, Acórdão de 23 de março de 2021, *Airhelp*, C-28/20, EU:C:2021:226, n.º 36), mesmo quando a greve é desencadeada por solidariedade com o pessoal grevista da sociedade-mãe da qual essa transportadora é uma das filiais" (§24) ou se caracteriza "pelo caráter eventualmente irrazoável ou desproporcionado das reivindicações formuladas pelos grevistas" (§29).

Por outro lado, com especial interesse, fez notar que "(...) como resulta do n.º 42 do Acórdão de 23 de março de 2021, *Airhelp* (C-28/20, EU:C:2021:226), ao indicar, no considerando 14 do Regulamento n.º 261/2004, que podem sobrevir circunstâncias extraordinárias, em especial, em caso de greves que afetem o funcionamento da transportadora aérea operadora, o legislador da União pretendeu fazer referência às greves externas à atividade da transportadora

aérea em causa. Daqui resulta que são designadamente suscetíveis de constituir «circunstâncias extraordinárias», na aceção do artigo 5.º, n.º 3, daquele regulamento, movimentos grevistas desencadeados e seguidos por controladores aéreos ou pelo pessoal de um aeroporto" (§30). De modo diverso, afirmou, sob §31, que "uma greve desencadeada e seguida por membros do próprio pessoal de uma transportadora aérea constitui um evento «interno» dessa empresa, mesmo quando se trata de uma greve convocada pelos sindicatos, uma vez que estes atuam no interesse dos trabalhadores da referida empresa", ressalvando-se a hipótese de a greve ter "origem em reivindicações que só os poderes públicos podem satisfazer e que, por conseguinte, escapam ao controlo efetivo da transportadora aérea em causa", caso em que é suscetível de constituir uma «circunstância extraordinária», na aceção do artigo 5.º, n.º 3, do Regulamento n.º 261/2004 (Acórdão de 23 de março de 2021, *Airhelp*, C-28/20, EU:C:2021:226, n.ºs 44 e 45)".

E sublinhou, ainda, o Tribunal, sob §32, que, "[a] este respeito, não se pode considerar determinante o facto de uma greve se prolongar para além do período eventualmente mencionado no aviso prévio de greve, apesar de, entretanto se ter chegado a um acordo com a sociedade-mãe. Com efeito, mesmo admitindo que, ao abrigo do direito nacional, a ultrapassagem da duração inicialmente anunciada pelo sindicato que convocou a greve leve a classificar essa greve de ilegal, esta consideração não pode influir na classificação dessa greve nos termos do artigo 5.º, n.º 3, do Regulamento n.º 261/2004 (v., neste sentido, Acórdão de 17 de abril de 2018, *Krüsemann e o.*, C-195/17, C-197/17 a C-203/17, C-226/17,

C-228/17, C-254/17, C-274/17, C-275/17, C-278/17 a C-286/17 e C-290/17 a C-292/17, EU:C:2018:258, n.º 46)".

9) Despacho do Tribunal de Justiça (Oitava Secção) de 30 de março de 2022 (*Orbest, S.A. contra CS, QN, OP, e o.*), §§17-27[53]

Neste acórdão, o Tribunal de Justiça declarou que o artigo 5.º, n.º 3, do Regulamento "deve ser interpretado no sentido de que "a falha técnica de uma aeronave, causada pelo embate de um veículo de *catering* pertencente a um terceiro contra essa aeronave estacionada no aeroporto, é suscetível de ser abrangida pelo conceito de «circunstâncias extraordinárias», na aceção desta disposição".

Assinalou o Tribunal de Justiça, sob §21, que "(...) quando uma falha técnica de uma aeronave estacionada no aeroporto tem origem exclusiva no embate contra um objeto estranho, essa falha não pode ser considerada intrinsecamente ligada ao sistema de funcionamento do aparelho. Por conseguinte, a falha em causa não pode ser considerada inerente, pela sua natureza ou origem, ao exercício normal da atividade da transportadora aérea em causa (v., por analogia, Acórdão de 4 de abril de 2019, *Germanwings*, C-501/17, EU:C:2019:288, n.ºs 24 e 26)".

Ademais, verificando-se que "o embate entre a aeronave em causa no processo principal e o veículo de *catering* pertencente a um terceiro foi causado pela deslocação deste último veículo", concluiu o Tribunal, sob §25, que "a falha técnica dessa aeronave foi causada por um ato de um terceiro

[53] Acessível em linha no seguinte endereço: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A62021CO0659&qid=1676908251510.

que interfere na atividade aérea ou aeroportuária e que, portanto, escapa ao controlo efetivo da transportadora aérea em causa (v., por analogia, Despacho de 14 de janeiro de 2021, *Airhelp*, C-264/20, não publicado, EU:C:2021:26, n.º 24).

Ressalvou, no entanto, sob §26, que, "(...) para se eximir da sua obrigação de indemnização, a transportadora aérea cujo voo foi cancelado em virtude de uma circunstância extraordinária, na aceção do artigo 5.°, n.º 3, do Regulamento n.º 261/2004, lido à luz dos considerandos 14 e 15 deste regulamento, é obrigada a demonstrar que essa circunstância não poderia ter sido evitada mesmo que tivessem sido tomadas todas as medidas razoáveis, e que adotou as medidas adaptadas à situação para tentar minimizar as suas consequências", pelo que "cabe ao órgão jurisdicional de reenvio apreciar, tomando em consideração todas as circunstâncias do litígio no processo principal e os elementos de prova apresentados pela transportadora aérea em causa, se esta, a menos que lhe fossem exigidos sacrifícios insuportáveis face às capacidades da sua empresa no momento relevante, adotou essas medidas, nomeadamente utilizando todos os meios à sua disposição para assegurar um reencaminhamento razoável, satisfatório e o mais célere possível para os passageiros afetados pelo cancelamento do voo, em conformidade, especialmente, com o objetivo de garantir um elevado nível de proteção dos passageiros, mencionado no considerando 1 do referido regulamento (v., neste sentido, Despacho de 14 de janeiro de 2021, *Airhelp*, C-264/20, não publicado, EU:C:2021:226, n.ºs 29 a 32)".

Muito recentemente, no âmbito dos Processos apensos C-156/22 a C-158/22 [*TAP Portugal contra flightright GmbH* (C-156/22) e *Myflyright GmbH* (C-157/22 e C-158/22)], a Advogada-Geral Laila Medina veio, nas suas Conclusões apresentadas em 09.02.2023, propor ao Tribunal de Justiça que o artigo 5.º, n.º 3, do Regulamento "deve ser interpretado no sentido de que o cancelamento do voo com partida de um aeroporto situado fora da base da transportadora aérea operadora em causa, devido à morte súbita do copiloto que passou sem restrições os exames médicos periódicos prescritos, **não está abrangido** pelo conceito de «circunstâncias extraordinárias», na aceção desta disposição"[54].

Em síntese, a advogada-geral observou que, de acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, "o planeamento da tripulação e as questões do pessoal integram a atividade quotidiana das transportadoras aéreas", sendo que, "[n]o que respeita ao planeamento da tripulação, as companhias devem respeitar a legislação aérea, as condições contratuais e as expectativas pessoais", desenvolvendo "operações complexas, como a composição da tripulação, as escalas de serviço, a vigilância e a formação, só para citar algumas, tendo em conta aspetos como a gestão do risco de fadiga", pelo que "[u]ma ausência súbita de um membro da tripulação, como um copiloto, deve, em princípio, ser prevista no planeamento da tripulação" (§35) e "constitui uma parte ordinária da atividade de uma transportadora aérea operadora", sendo inerente ao exercício normal da atividade" daquela (§37). Desta forma, considerou que o primeiro requisito cumulativo para se julgar verificada «circunstância extraordinária» não se mostrava preenchido, o que, por si só, era bastante para afastar a aplicação do n.º 3 do artigo 5.º do Regulamento.

[54] Conclusões da Advogada-Geral Laila Medina apresentadas em 9 de fevereiro de 2023 nos Processos apensos C-156/22 a C-158/22 [*TAP Portugal contra flightright GmbH* (C-156/22) e *Myflyright GmbH* (C-157/22 e C-158/22)] acessíveis em https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A62022CC0156&qid=1676907543356. Até à data da publicação deste estudo, não era conhecida decisão do Tribunal de Justiça no âmbito destes Processos.

Sem prejuízo, a fim de aquilatar se estava em causa um "acontecimento que escapa inteiramente ao controlo efetivo da transportadora aérea operadora", Laila Medina frisou que "quando a morte de um copiloto resulta da ação (ou da negligência) da transportadora aérea operadora, ou seja, quando a mesma está ligada à sua atividade laboral, trata-se de um acontecimento inteiramente interno. Não é esse o caso quando a morte de um copiloto ocorre fora do trabalho e não é por ele causada", caso em que "deve ser considerado um «facto natural» e, por conseguinte, qualificado como um acontecimento «externo»" (§44). Salientou, ademais, que "cabe ao órgão jurisdicional de reenvio verificar se a causa da morte do copiloto se deveu a um fator sob controlo da transportadora aérea operadora em questão", o que passa por apreciar se "os procedimentos e exigências de segurança relativos à saúde do copiloto em causa foram respeitados pela transportadora aérea operadora, se os exames médicos prescritos foram realizados corretamente e se, no decurso de controlos periódicos, algo demonstrava que o estado de saúde do copiloto em causa não era suficientemente bom para desempenhar as suas funções" (§49).

Admitiu, porém, que, no caso em apreço, se podia presumir que "o copiloto em questão tinha passado os exames médicos necessários e estava em bom estado de saúde", pelo que "a morte do copiloto constitui um acontecimento cuja probabilidade de ocorrência era baixa" e, como tal, "imprevisível para a transportadora aérea" (§§54-55), assim como reconheceu que, de acordo com as disposições relativas à segurança aérea [nomeadamente, o Regulamento (UE) n.º 965/2012 da Comissão de 5 de outubro de 2012], "a morte de um copiloto, independentemente das circunstâncias específicas em que ocorreu, conduziria, em qualquer caso, ao cancelamento do voo na falta de piloto de substituição" (§§62-63), impendendo sobre a transportadora aérea, com vista a eximir-se da sua obrigação de indemnização, o dever de "demonstrar que tomou todas as medidas proporcionadas e razoáveis que lhe eram exigidas" (§64).

vi. Os direitos do passageiro em caso de cancelamento são diferentes se contratar com transportadora aérea «low cost»?

A resposta é liminarmente negativa. O passageiro **goza exatamente dos mesmos direitos**, independentemente do preço, mais caro ou mais barato, do bilhete do transporte aéreo. Tanto assim que, nos termos do disposto pelo n.º 1 do artigo 15.º, "[a]s obrigações para com os passageiros nos termos do presente regulamento **não podem ser limitadas ou excluídas**, nomeadamente através de derrogação ou de cláusula limitativa do contrato de transporte".

4. Atraso do voo

E *em caso de atraso*, que direitos assistem ao passageiro? Tomemos, mais uma vez, como exemplo um *voo programado com partida de Lisboa e destino a Praga, com escala em Bordéus*. Se e em que medida é que o atraso do voo pode motivar a reivindicação de direitos pelo passageiro?

Como já vimos, com a celebração de contrato de transporte aéreo de passageiro, a operadora obriga-se a transportar o passageiro e sua bagagem, de um local para o outro, utilizando uma aeronave, mediante o pagamento de um preço, respeitando, para o efeito, o horário que consta do bilhete de viagem adquirido pelo passageiro, bem como dos painéis informativos existentes no aeroporto de embarque.

Porém, **não é todo e qualquer atraso que importa para responsabilizar a transportadora aérea.** Dada a complexidade da atividade, há um risco normal de atraso que corre por conta do passageiro. Mas quando esse atraso se mostra considerável, causando sérios transtornos e inconvenientes, nesse caso, o passageiro adquire o direito, desde logo, a **medidas de assistência**

i. Então, qual a duração do atraso que confere ao passageiro o direito a assistência? E em que se traduzem essas medidas de assistência?

Quando tiver motivos razoáveis para prever que, em relação à sua **hora programada de partida**, um voo se vai atrasar

i) **Duas horas ou mais**, no caso de quaisquer voos até 1500 quilómetros; ou

ii) **Três horas ou mais**, no caso de quaisquer voos intracomunitários com mais de 1500 quilómetros e no de quaisquer outros voos entre 1500 e 3500 quilómetros; ou

iii) **Quatro horas ou mais**, no caso de quaisquer voos não abrangidos pelas hipóteses anteriores,

a transportadora aérea operadora deve oferecer aos passageiros, **a título gratuito**:

- refeições e bebidas em proporção razoável com o tempo de espera;

- duas chamadas telefónicas, telexes, mensagens via fax ou mensagens por correio eletrónico[55].

Sem embargo, também neste caso a assistência aos passageiros que aguardam uma alternativa de um voo atrasado **poderá ser limitada ou mesmo recusada** quando a própria prestação de assistência venha a provocar um atraso maior[56].

E quando a nova hora de partida razoavelmente prevista do voo for, pelo menos, o dia após a hora de partida inicialmente anunciada, a transportadora aérea operadora deve oferecer aos passageiros, **a título gratuito**:

[55] Artigo 6.º, n.º 1, alíneas a) a c), subalínea i) e artigo 9.º, n.º 1, alínea a) e n.º 2.

[56] *Vide* considerando (18).

- oferta de alojamento em hotel, caso se torne necessária a estada por uma ou mais noites ou caso se torne necessária uma estada adicional à prevista pelo passageiro; e

- transporte entre o aeroporto e o local de alojamento[57].

A assistência deve ser prestada dentro dos períodos fixados para cada ordem de distância[58]. Se a transportadora aérea operadora não propuser esta assistência de modo espontâneo, o passageiro deve conservar todos os documentos comprovativos das despesas que tiver de realizar e assumir, por si, para, em seguida, poder reclamar o respetivo reembolso à transportadora[59].

ii. E se, por conta do atraso, a viagem perder interesse para o passageiro? Assiste-lhe direito ao reembolso do preço do bilhete?

Quando **o atraso esperado for de, pelo menos, cinco horas**, o passageiro tem direito ao reembolso, no prazo de sete dias, do preço total de compra do bilhete, para a parte ou partes da viagem não efetuadas, e para a parte ou partes da viagem já efetuadas se o voo já não se justificar em relação ao plano inicial de viagem, cumulativamente, nos casos em que se justifique, e um voo de regresso para o primeiro ponto de partida[60].

[57] Artigo 6.º, n.º 1, alíneas a) a c), subalínea ii) e artigo 9.º, n.º 1, alíneas b) e c).

[58] Artigo 6.º, n.º 2.

[59] Assinala-se que "[a] transportadora aérea operadora que (...) cancelar um voo deve distribuir a cada passageiro afetado uma comunicação escrita com as regras de indemnização e de assistência consonantes com o presente regulamento. Deve igualmente distribuir uma comunicação escrita equivalente a cada passageiro afetado por um atraso de, pelo menos, duas horas. Os elementos de contacto com o organismo nacional designado a que se refere o artigo 16.º [no caso da República Portuguesa, a Autoridade Nacional da Aviação Civil] também devem ser facultados ao passageiro por comunicação escrita" (artigo 14.º, n.º 2).

[60] Artigo 6.º, n.º 1, alíneas a) a c), subalínea iii) e artigo 8.º, n.º 1, alínea a).

iii. E o atraso considerável do voo também confere ao passageiro direito a indemnização pelos danos causados?

Apesar de o Regulamento não prever direito a indemnização para o passageiro afetado por atraso considerável, **constitui entendimento do Tribunal de Justiça da União Europeia que, para efeitos da aplicação do direito a indemnização previsto no artigo 7.º do Regulamento, deve equiparar-se ao cancelamento do voo a situação em que a chegada ao destino final teve lugar com um atraso igual ou superior a três horas em relação à hora programada[61], independentemente de ter havido ou não atraso na partida**[62]. Afinal, o passageiro de um voo cancelado, *maxime* o passageiro de voo cancelado que é reencaminhado em conformidade com o disposto no artigo 5.º, n.º 1, alínea c), subalínea iii), do Regulamento e que pode ser informado do cancelamento do voo, *in extremis*, no próprio momento em que chega ao aeroporto[63] – o qual, por uma interpretação *a contrario sensu* da norma acabada de convocar, adquire um direito a indemnização quando o tempo que perdeu seja igual ou superior a três horas relativamente à hora inicialmente prevista pela transportadora como hora de

[61] Determinada no plano de voo e indicada no bilhete de que dispõe o passageiro em causa.

[62] Neste sentido, *vide*, nomeadamente:

- o Acórdão do Tribunal de Justiça (Quarta Secção) de 19 de novembro de 2009, Processos apensos C-402/07 e C-432/07 [*Christopher Sturgeon, Gabriel Sturgeon, Alana Sturgeon contra Condor Flugdienst GmbH* (C-402/07) e *Stefan Böck, Cornelia Lepuschitz contra Air France SA* (C-432/07)], §§40-69, acessível em linha no endereço https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A62007CJ0402&qid=1677668091663;

- o Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 23 de outubro de 2012 (*Emeka Nelson e o. contra Deutsche Lufthansa AG e TUI Travel plc e o. contra Civil Aviation Authority*), §§28-40, acessível em linha no endereço https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=ecli%3AECLI%3AEU%3AC%3A2012%3A657;

- e o Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 26 de fevereiro de 2013 (*Air France contra Heinz-Gerke Folkerts e Luz-Tereza Folkerts*), §§25-47, acessível em https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A62011CJ0011&qid=1677666927321.

[63] Acórdão do Tribunal de Justiça (Quarta Secção) de 9 de julho de 2009 (*Peter Rehder c. Air Baltic Corporation*), §19, acessível em linha no endereço https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A62008CA0204&qid=1677668819271.

chegada –, e o passageiro de um voo atrasado, *maxime* o passageiro de voo que conhece um atraso igual ou superior a três horas em relação à hora programada, sofrem um **prejuízo análogo**, consistente numa perda de tempo irreversível.

Neste caso, o passageiro deve receber uma indemnização pela perda de tempo no valor de:

> a) **€ 250 (duzentos e cinquenta euros)**, para todos os voos até 1500 quilómetros;
>
> b) **€ 400 (quatrocentos euros)**, para todos os voos intracomunitários com mais de 1500 quilómetros e para todos os outros voos entre 1500 e 3500 quilómetros;
>
> c) **€ 600 (seiscentos euros)**, para todos os voos não abrangidos pelas hipóteses anteriores[64].

Quer o reembolso referido em ii), quer a indemnização devem ser pagos em numerário, através de transferência bancária eletrónica, de ordens de pagamento bancário, de cheques bancários ou, **com o acordo escrito do passageiro**, através de vales de viagem e/ou outros serviços[65].

iv. E qual é o momento relevante para se completar um atraso de, pelo menos, três horas na chegada ao destino final?

Considera-se "hora de chegada" o momento em que as portas da aeronave se abrem e aos passageiros é permitido abandonar o interior da mesma. Ou seja, atraso, para efeitos de reclamação do pagamento de indemnização ao transportador, consiste numa diferença de três horas ou mais entre a hora de chegada a que o transportador estava obrigado por força do

[64] Artigo 7.º, n.º 1.

[65] Artigo 7.º, n.º 3 [aplicável *ex vi* artigo 8.º, n.º 1, alínea a), no caso do reembolso].

contrato celebrado com o passageiro e a hora em que, de facto, é autorizada a saída dos passageiros da aeronave, com a abertura de, pelo menos, uma das portas do aparelho[66].

v. Tal como vimos a propósito do cancelamento do voo, também em caso de atraso considerável a medida da indemnização pode ir além daqueles valores estandardizados?

Pode, desde que o passageiro consiga demonstrar que o dano, patrimonial ou não patrimonial, se produziu, **em termos causais**, como resultado do atraso, e que tal **dano é individual e específico do passageiro**. Esta indemnização suplementar está limitada a 5346 direitos de saque especiais (DSE) por passageiro (unidade de conta internacional, cujo valor em euros varia em função da respetiva cotação, que pode ser verificada no sítio na *internet* do Banco de Portugal[67])[68].

Mas se o dano resultou de ato ou omissão da transportadora, seus trabalhadores ou agentes, cometido com a intenção de causar dano – **dolo** – ou de forma imprudente e com consciência de que poderia provavelmente

[66] Neste sentido, *vide*, nomeadamente:

- Acórdão do Tribunal de Justiça (Nona secção) de 4 de setembro de 2014 (*Germanwings GmbH contra Ronny Henning*), §§20-25, acessível em https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=ecli%3AECLI%3AEU%3AC%3A2014%3A2141;

- Despacho do Tribunal de Justiça (Oitava Secção) de 1 de outubro de 2020 (*FP Passenger Service contra Austrian Airlines AG*), §§19-32, acessível em https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A62019CO0654&qid=1677669944577.

[67] No seguinte endereço: https://bpstat.bportugal.pt/serie/12533639.

[68] Artigos 22.º, n.º 1, e 23.º, n.º 1 da Convenção de Montreal. Em resultado da terceira revisão dos limites de responsabilidade realizada pela ICAO de acordo com o artigo 24.º da Convenção (https://www.icao.int/secretariat/legal/Administrative%20Packages/mtl99_en.pdf), é este o limite revisto (na versão primitiva da Convenção, tomava o valor de 4150 DSE) em vigor desde 28 de dezembro de 2019. Em caso de processo judicial, a conversão dos montantes em moeda nacional efetuar-se-á de acordo com o valor dessa moeda expresso em direitos de saque especiais à data da sentença (artigo 23.º, n.º 1, segundo período da Convenção de Montreal).

ocorrer dano – **negligência consciente** –, deixa de se aplicar aquele limite quantitativo à indemnização[69]. Note-se que as cláusulas contratuais destinadas a exonerar a transportadora aérea da sua responsabilidade ou a fixar um limite inferior ao legalmente previsto são **nulas**, operando-se a redução do contrato, que, assim, no mais, permanece válido e eficaz e subsiste sujeito às disposições da Convenção de Montreal[70].

vi. E, à semelhança do que vimos para a eventualidade de cancelamento do voo, vale também aqui a fundada invocação de «circunstâncias extraordinárias» para afastamento do direito a indemnização?

Vale. Se o atraso se ficou a dever, **comprovadamente**, a **situação de força maior** e **não podia ter sido evitado**, mesmo com a adoção de todas as medidas razoavelmente exigíveis pela transportadora aérea (nos termos explanados em 3., v., para onde se remete), **não haverá direito a indemnização pelo passageiro**[71].

5. Dano, perda ou atraso na disponibilização de bagagem

Admitamos, agora, que que *o voo previsto se realiza no horário programado, mas o passageiro perde a sua bagagem de porão ou a mesma é disponibilizada com atraso ou, ainda, a bagagem aparece danificada*.

[69] Artigo 22.º, n.º 5 da Convenção de Montreal.

[70] Artigo 26.º da Convenção de Montreal. De modo diverso, as transportadoras poderão estipular que o contrato de transporte fique sujeito a limites de responsabilidade superiores aos previstos na Convenção ou que não obedeça, mesmo, a qualquer limite de responsabilidade (artigo 25.º da Convenção).

[71] Artigo 19.º da Convenção de Montreal.

i. O que deve fazer o passageiro?

Em primeiro lugar, importa ter presente que **a receção, sem reclamações, da bagagem de porão constitui, salvo prova em contrário, presunção de que a mesma foi entregue em boas condições e em conformidade com o título de transporte**[72].

Como tal, em caso de problema com a bagagem de porão (perda, atraso na disponibilização ou dano) e o mesmo se verifique a bordo da aeronave ou durante o período em que a bagagem se encontra à guarda da transportadora, o passageiro deve apresentar imediatamente reclamação no aeroporto e conservar toda a documentação que lhe for entregue e estiver relacionada com o incidente (e.g. bilhete de viagem, etiquetas de bagagem, cartão de embarque)[73].

Se o problema não ficar imediatamente resolvido, o passageiro deve apresentar reclamação junto da transportadora aérea, por escrito (preferencialmente, por meio de carta registada), **exigindo o pagamento de indemnização**, observando para o efeito os seguinte prazos:

1) caso a bagagem se mostre **danificada**, a reclamação deve ser apresentada no prazo de 7 dias a contar da sua recepção;

2) caso haja **atraso na disponibilização** da bagagem, a reclamação deve ser apresentada, o mais tardar, no prazo de 21 dias a contar da data em que a bagagem foi colocada à disposição do passageiro[74].

[72] Artigo 31.º, n.º 1 da Convenção de Montreal. Nos termos do n.º 4 do artigo 17.º, "[s]alvo disposição em contrário, para efeitos da presente Convenção, entende-se por «bagagem» quer a bagagem registada quer a bagagem não registada".

[73] Artigo 17.º, n.º 2, primeiro período, e artigo 31.º, n.º 2, ambos da Convenção de Montreal.

[74] Artigo 31.º, n.ºs 2 e 3 da Convenção de Montreal.

Decorridos 21 dias a contar da data em que a bagagem deveria ter sido disponibilizada pela transportadora aérea, esta deve tratar da reclamação como perda de bagagem[75].

ii. E a indemnização referida conhece algum limite?

No transporte de bagagens, a responsabilidade da transportadora em caso de dano, perda ou atraso na disponibilização está limitada a 1288 direitos de saque especiais por passageiro[76], **salvo** se aquela agiu com dolo ou negligência consciente ou houver lugar a declaração especial de interesse na entrega no destino feita pelo passageiro no momento da entrega da bagagem à transportadora e mediante eventual pagamento de um montante suplementar. Neste último caso, a transportadora será responsável pelo pagamento de um montante igual ou inferior ao montante declarado, **exceto** se provar que tal montante é superior ao real interesse do passageiro na entrega no destino[77].

Em alternativa, o passageiro pode celebrar um contrato de seguro através da transportadora aérea, que o reembolsará do valor indicado em caso de problema com a bagagem (descontado o valor de eventual franquia), salvo se se verificar alguma causa de exclusão de cobertura do sinistro.

[75] Artigo 17.º, n.º 3 da Convenção de Montreal.

[76] Em resultado da terceira revisão dos limites de responsabilidade realizada pela ICAO (https://www.icao.int/secretariat/legal/Administrative%20Packages/mtl99_en.pdf), é este o limite revisto (na versão primitiva da Convenção, tomava o valor de 1000 DSE) em vigor desde 28 de dezembro de 2019.

[77] Tudo cf. artigo 22.º, n.ºs 2 e 5 da Convenção de Montreal.

iii. E a transportadora é sempre responsável pelo dano, perda ou atraso na disponibilização da bagagem?

Em caso de **dano ou perda da bagagem**, a transportadora não será responsável se o prejuízo tiver resultado **exclusivamente** de defeito, da natureza ou de vício próprio da bagagem[78].

Já em caso de **atraso na disponibilização da bagagem**, a transportadora não será responsável pelo dano resultante do atraso se provar que ela ou os seus trabalhadores ou agentes adotaram todas as medidas razoavelmente exigíveis para evitar o dano ou que lhes era impossível adotar tais medidas[79].

Mas, se se provar que foi um ato (ou omissão) do passageiro, praticado com dolo ou negligência, que causou ou contribuiu para a lesão, a transportadora será **total ou parcialmente exonerada** da sua responsabilidade perante o passageiro[80].

De resto, não pode olvidar-se que o direito à indemnização extinguir-se-á se não for intentada a competente ação (judicial ou arbitral) no prazo de dois anos a contar da data da chegada ao destino[81].

CARLOS FILIPE COSTA

[78] Artigo 17.º, n.º 2, segundo período da Convenção de Montreal. No caso de bagagem não registada, incluindo objetos pessoais, a transportadora é responsável se o dano for causado com culpa da transportadora, seus trabalhadores ou agentes (artigo 17.º, n.º 2, terceiro período da Convenção de Montreal).

[79] Artigo 19.º da Convenção de Montreal.

[80] Artigo 20.º da Convenção de Montreal. Este artigo aplica-se a todas as disposições em matéria de responsabilidade da Convenção (artigo 20.º, último período da Convenção).

[81] Artigo 35.º da Convenção de Montreal.

A RESPONSABILIDADE DOS ADMINISTRADORES PERANTE OS CREDORES SOCIAIS

Vasco António Martins Carrão
Mestre em Direito dos Contratos e Empresas (U.Minho)
Advogado

SUMÁRIO

Neste trabalho pretende-se estudar o processo de insolvência, focando-se, principalmente, na insolvência culposa. Após esta definição, e porque nos iremos focar na responsabilidade dos administradores perante os credores sociais, procederemos à definição de administrador no âmbito do Código das Sociedades Comerciais (CSC), bem como no âmbito do Código de Insolvência e Recuperação de Empresas (CIRE).

Introdução:

O processo de insolvência tem como objetivo principal a satisfação dos direitos dos credores sociais perante um devedor insolvente, ou seja, um devedor impossibilitado de cumprir com as suas obrigações devido à ausência de liquidez. Este processo de insolvência, que irá ser estudado no presente trabalho, sofreu uma reforma através do Decreto-Lei n.º 53/2004, de 18/03, o qual introduziu o "incidente de qualificação" com o objetivo de uma maior e mais eficaz responsabilização dos titulares e administradores da empresa. Tal incidente pretende ainda evitar insolvências simuladas que prejudiquem os respetivos credores.

Esta reforma introduziu assim a insolvência culposa de forma a evitar tais situações, implicando sérias consequências para quem a crie ou agrave, nomeadamente, para os administradores da pessoa coletiva em questão, que, tal como confira na respetiva reforma e no C.S.C., têm deveres próprios que devem ser respeitados sob pena de responsabilização, quer para com a sociedade, quer para com os credores.

Tal trabalho pretende assim estudar o processo de insolvência, focando-se, principalmente, na insolvência culposa, a qual será o foco deste estudo. Após esta definição, e porque nos iremos focar na responsabilidade dos administradores perante os credores sociais, procederemos à definição de administrador no âmbito do Código das Sociedades Comercias (C.S.C.), bem como no âmbito do Código de Insolvência e Recuperação de Empresas C.I.R.E.).

Numa segunda parte do trabalho será abordado o dever de diligência dos administradores das sociedades, cujo comportamento pode levar à responsabilização destes, no âmbito da análise do artigo 64º do C.S.C.

Por fim, e mais importante, será abordado o regime da responsabilidade dos administradores, analisando as várias vias da responsabilização, tendo como foco os artigos 72º, 78º e 79º do C.S.C., bem como os artigos 186º e 189º do C.I.R.E., não esquecendo os regimes impostos pelo direito civil. Numa última referência, iremos terminar com o preceito inovador do artigo 59º do C.I.R.E., o qual instituiu o regime da responsabilidade do administrador da insolvência pelos danos causados ao devedor e aos credores da insolvência.

1. A insolvência - Noções Gerais:

A insolvência, no nosso ordenamento jurídico, determina a situação do devedor que se encontra impossibilitado de cumprir as suas obrigações devido *à*

ausência da necessária liquidez em momento determinado, porque o total das suas responsabilidades excede os bens de que pode dispor para as satisfazer[1].

O direito da insolvência pode ser por isso considerado como um complexo de normas jurídicas que tutelam a situação do devedor insolvente e a satisfação dos direitos dos credores. Assim entendido, o direito da insolvência pode abranger normas de diversas áreas, ou seja, de direito comercial, direito civil, direito processual civil e ainda relativo ao direito penal e processo penal. Assim sendo, o mencionado direito é necessariamente direito substantivo, de natureza privada, constituindo um ramo próprio do direito da responsabilidade patrimonial[2].

Refere o C.I.R.E., no seu artigo 1º, que o processo de insolvência é de execução universal[3], visando a satisfação dos credores pela forma prevista no plano de insolvência, sem descorar a recuperação da empresa e da massa insolvente.

Nos termos do artigo 3º n.º 1 do C.I.R.E., está em situação de insolvência *o devedor que se encontre impossibilitado de cumprir as suas obrigações vencidas*. No pensamento de Maria do Rosário Epifânio, trata-se aqui de um conceito de solvabilidade, podendo haver ocasiões em que a empresa apresenta um ativo inferior ao passivo[4] e não estar em situação de insolvência, devido à facilidade de recurso ao crédito para a satisfação das dívidas excedentárias. É também admitida a situação de insolvência de uma empresa devido à falta de liquidez do seu ativo quando este for superior ao passivo vencido[5]. Deste modo, não se pode confundir uma situação de insolvência com a relação entre o ativo e o passivo.

[1] Cf. LEITÃO, Menezes. *Direito da Insolvência*. Coimbra: Almedina. 2015. Pg. 25.

[2] Cf. CORDEIRO, M., EPIFÂNIO, M. *Manual de Direito da Insolvência*. 6ªed. Coimbra: Almedina. 2014. Pg. 101 a 105.

[3] O processo de execução universal pressupõe a declaração de insolvência do devedor, sendo que o seu património fica à disposição dos credores.

[4] O que acontece frequentemente nas empresas em fase de crescimento.

[5] EPIFÂNIO, Maria R. *Manual de Direito da Insolvência*. 5ªed. Coimbra: Almedina. 2013. Pg. 89.

1.1 Insolvência Culposa – Noções Gerais:

O legislador determinou o objetivo de obter uma responsabilização mais eficaz dos devedores e dos administrados de pessoas coletivas. Para tal, criou o incidente de qualificação da insolvência[6], sendo a sua preocupação a determinação de culpa por parte do devedor para com a situação de insolvência, ou se existem terceiros responsáveis por tal situação.

O artigo 185º n.º 1 do C.I.R.E., identifica assim duas modalidades de insolvência, a culposa e a fortuita, sendo a primeira a que nos preocupa. A qualificação da insolvência regulada nessa norma visa, portanto, a responsabilização pessoal do devedor e dos seus administradores, de facto ou de direito.

No que diz respeito ao artigo 186º n.º 1 do C.I.R.E., encontramos o conceito de insolvência culposa, a qual se define nestes termos quando esta tiver sido *criada ou agravada em consequência da atuação, dolosa ou com culpa grave, do devedor, ou dos seus administradores, de direito ou de facto, nos três anos anteriores ao início do processo de insolvência.*

Ora, esta norma visa assim responsabilizar não só o devedor, mas também os administradores[7], de direito ou de facto, correspondendo tal conceito ao âmbito subjetivo da declaração da insolvência. Relativamente aos administradores de facto, apesar de a lei não definir tal conceito, a doutrina tem vindo a preencher este conceito, considerando que *é administrador de facto quem, sem título bastante, exerce, direta ou indiretamente e de modo autónomo (não subordinadamente), funções próprias de administrador de direito da sociedade*[8]. A maioria da doutrina tem, deste modo, entendido que a ausência de título bastante não impede a

[6] Semelhante à Lei Espanhola n.º 22/2003 de 9 de julho ("Ley Concursal"), foi assim criada o Decreto-Lei n.º 200/2004 de 18 de agosto (Código de Insolvência e da Recuperação de Empresas).

[7] Cuja definição está presente no artigo 6º do CIRE.

[8] Cf. Coutinho de Abreu / Elisabete Ramos, *Responsabilidade civil dos administradores e de sócios controladores*, Miscelâneas n.º 3, Coimbra, Almedina, 2004, p. 4.

responsabilização destes administradores de facto perante a sociedade, os credores sociais e terceiros.

Em relação ao n.º 2 e 3 do artigo 186º do mesmo diploma, encontra-se o âmbito objetivo da qualificação da insolvência como culposa, baseando-se na técnica das presunções sobre os administradores do insolvente[9].

Relativamente ao n.º 2 da respetiva norma, encontramos presunções de culpa *iuris et de iure*, ou seja, presunções inilidíveis resultantes da aplicação da lei, não sendo admitida prova em contrário. Discute-se, porém, na doutrina, a necessidade de prova relativamente ao nexo de causalidade entre a conduta do devedor e o estado de insolvência, visto que, o devedor pode ter atuado dolosamente, mas em nada ter contribuído para o estado de insolvência. Neste sentido, referimos Menezes Leitão que defende a aplicação objetiva da lei, ou seja, basta demonstrar o facto enunciado no n.º 2, que não é necessária a prova do nexo causal[10] (visto que o n.º 2 considera "sempre culposa" as situações enunciadas posteriormente).

Por outro lado, Rui Estela de Oliveira defende que o julgador deve avaliar a situação casuisticamente, de modo a evitar que sejam aplicadas sanções a sujeitos cujo seu comportamento foi indiferente à situação de insolvência. Deste modo, este autor refere que, relativamente às alíneas a), b), c), d), e), f) e g), e por forma a garantir a coerência do instituto, a prova do nexo causal torna-se necessária para se poder alegar as presunções, sob pena de serem aplicadas sanções desproporcionais[11]. No que diz respeito às als. h) e i), estas não pressupõem nenhum nexo causal entre o respetivo comportamento e a criação ou agravamento da situação de insolvência, na medida em que, tais comportamentos

[9] FERNANDES, L. C., LABAREDA, J. *Coletânea de estudos sobre a insolvência.* Lisboa: Quid Juris. 2011. Pg. 215 a 217.

[10] Cf. LEITÃO, Menezes. *Direito da Insolvência.* Pg. 25."

[11] O autor enuncia tais comportamentos como causas semi-objetivas de insolvência culposa.

do administrador impedem que se determine o valor da sua contribuição e responsabilidade na produção ou agravamento da situação de insolvência[12] [13].

Em relação ao n.º 3 do 186º do C.I.R.E., ambas as presunções de culpa grave aí previstas têm um carácter *iuris tantum*, pelo que, mediante prova em contrária, podem ser ilidíveis.

2. Conceito de Administradores de Sociedade Comercial:

Nos termos do artigo 6º do C.I.R.E., em específico a sua alínea a), encontra-se uma noção de administradores que corresponde à *communis opinio*, sendo estes definidos como pessoas que têm a cargo a condução geral de um determinado património. Normalmente, o exercício da administração cabe a quem esteja, legal ou voluntariamente, investido nas correspondentes funções. São essas as pessoas prioritariamente abarcadas na definição legal. Devem também, e na mesma medida, considerar-se aqui envolvidos todos os administradores que desempenham essas funções sem o respetivo título formal, ou seja, os administradores de facto, tal como já foi anteriormente referido[14].

Assim como para a caracterização da figura do administrador é determinante o poder de condução da generalidade do património do devedor, também o é para a qualificação como responsável legal ao pagamento das dívidas

[12] OLIVEIRA, Rui Estrela. A Insolvência Transfronteiriça: a insolvência culposa. *In Insolvência e consequências da sua declaração.* Edição: Centro de Estudos Judiciários. 2013.

[13] Tendo em conta a jurisprudência: **1** - Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 10.02.2011 – "A mera alegação de alguma das situações descritas nos n.º s 2 e 3 do art.º 186.º do CIRE não é suficiente para a qualificação da insolvência como culposa, exigindo-se, ainda, a alegação e prova do nexo de causalidade entre a actuação ali presumida e a situação da insolvência nos termos previstos no n.º 1 do mesmo artigo."; **2** - : Acórdão do Tribunal da Relação do Guimarães de 29.06.2010 – "Quer se entenda que as várias alíneas do n.º 2 deste mesmo artigo constituem presunções legais jure et jure, conducentes à qualificação da insolvência como culposa, (…) a verdade é que, uma vez demonstrado o facto nelas enunciado, fica, desde logo, estabelecido o juízo normativo de culpa do administrador, sem necessidade de demonstração do nexo causal entre a omissão dos deveres constantes das diversas alíneas do n.º 2 e a situação de insolvência ou o seu agravamento".

[14] LEITÃO, Menezes. *Insolvência culposa e responsabilidade dos administradores.* Almedina. 2013. Pg 23.

do insolvente, responsável este mencionado no n.º 2 do aludido artigo. Em primeiro lugar, não obsta à dita qualidade a circunstância de alguma dívida, ou mesmo de algum tipo ou categoria de dívidas, estar subtraída à responsabilidade da pessoa que assim se considera, desde que ele exista para o conjunto das demais obrigações do insolvente. É indiferente que a responsabilidade opere simultaneamente com a do próprio devedor, podendo o credor, indistintamente, atacar um ou outro[15]. Os responsáveis legais estão assim diretamente relacionados com a responsabilidade ilimitada pelas dívidas.

O pensamento legislativo pode, porém, exprimir-se de outra forma, sendo os responsáveis legais todos, e somente aqueles, que estão sujeitos a pagar a generalidade das dívidas do insolvente por determinação da lei, que é unicamente a fonte da responsabilidade[16].

Mais, administradores são as pessoas que têm a seu cargo a condução de determinado património, sendo que, os poderes gerais relevantes para a qualificação dos mandatários como administradores são os que respeitam à administração.

Sobre os administradores e gerentes de uma sociedade comercial recaem ainda determinados deveres decorrentes das suas funções, cujo incumprimento origina responsabilidade.

Deste modo, no exercício das suas funções, os administradores e gerentes das sociedades, ao agirem contra os deveres legais que lhes são investidos através da lei ou dos estatutos que os vinculam, podem causar danos à sociedade, aos sócios, aos credores e até terceiros. Para evitares estes danos, os administradores e gerentes, devem ser diligentes na execução de todos os seus deveres e não apenas no seu cumprimento.

---

[15] *Idem.* Pg. 24.

[16] LABAREDA, L. *Código da insolvência e da recuperação das empresas anotado.* Lisboa: Quid Juris. 2008. Pg. 305.

O sistema de responsabilidade civil dos administradores e gerentes tem sido objeto de considerável atenção por parte da doutrina nacional. No direito das sociedades assenta em três aspetos:

i) a responsabilidade para com a sociedade;

ii) a responsabilidade para com os credores[17];

iii) a responsabilidade para com os sócios e terceiros.

Em qualquer destas, a responsabilidade é subjetiva assentando na culpa, a qual terá de ser provada. Porém, a culpa poderá ser presumida no caso de responsabilidade para com a sociedade[18].

3. O dever de diligência do artigo 64º do C.S.C. e a apreciação da responsabilidade civil:

Sob a epígrafe *deveres fundamentais*, o artigo 64º refere-se ao modo de concretização do *dever* típico e principal de gestão e representação a cargo dos administradores, mediante a identificação dos dois deveres básicos: o dever de diligência em sentido estrito e o dever de lealdade.

Segundo Jorge Abreu[19], esta norma, no campo da responsabilidade civil dos administradores, assume uma dupla função, na medida em que indica deveres objetivos de conduta em forma de cláusula geral, de cuja concretização resultam deveres específicos, circunscrevendo o critério da culpa, sendo por isso fundamento autónomo de responsabilidade.

As opiniões, porém, são desencontradas, Tânia Meireles da Cunha e Carneiro da Frada entendem que o artigo 64º do C.S.C. só releva principalmente

[17] Aquela que irá ser objeto de trabalho.

[18] LEITÃO, Menezes. *Insolvência culposa e responsabilidade dos administradores.* Pg. 27 a 29.

[19] ABREU, Jorge. *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades.* 2ªed. Coimbra: Almedina. 2007. Pg. 85.

em sede de ilicitude. Caetano Nunes liga o preceito também ao requisito da culpa[20].

Neste sentido, Madalena Perestrelo de Oliveira[21] refere que, genericamente, o art.º 64º engloba um dever de diligência que se traduz, na prática, num dever de os administradores gerirem racionalmente a sociedade, informando sobre a situação desta e controlando a forma como os administradores conduzem o dia-a-dia, cujo grau de esforço deverá ser maior do que a diligência de um bom pai de família (tal como refere o art.º 487 n.º 2 do C.C.).

Relativamente aos deveres dos administradores perante os credores, há que notar, em primeiro lugar, que aqueles estão obrigados a respeitar os deveres da sociedade na qualidade de seus representantes. Não havendo relação obrigacional entre administradores e credores, aparentemente restaria perguntar se existe um dever geral do tipo aquiliano. Neste sentido, o art.º 78º do C.S.C. determina a responsabilização a título delitual dos administradores quando, por comportamento culposo seu, seja violada normas de proteção de credores e a sociedade se torne consequentemente incapaz de satisfazer as suas obrigações[22].

Este artigo, no seu n.º 1, observa um elenco de manifestações do dever de cuidado, e atendendo a esta exemplificação, para gerir razoavelmente, deve o administrador possuir conhecimentos adequados e ser capaz de os aplicar oportunamente. Em princípio, um administrador competente não dissipa o património social e evita riscos desmedidos.

Assim sendo, no campo da responsabilidade, a competência técnica relevará mais para o pressuposto da culpa e não tanto para o da ilicitude. Posto isto, não é difícil concluir que a norma que retratamos revela por si só em sede de ilicitude e de culpa.

---

[20] *Idem.* Pg. 86.

[21] OLIVEIRA, M. *Limites da autonomia dos credores na recuperação da empresa insolvente.* Coimbra: Almedina. 2013. Pg 62.

[22] *Idem.* Pg. 64.

4. Responsabilidade dos administradores:

A responsabilidade civil dos administradores tem sido objeto de significativa atenção por parte da doutrina portuguesa. Contudo, ao contrário do que acontecia no CPEREF, que dispunha acerca da responsabilização dos administradores instituindo a responsabilização solidária dos administradores e a possibilidade de declaração da sua falência conjuntamente com a do devedor, o C.I.R.E. não regula esta matéria, no plano substantivo. Ao invés, introduziu o incidente de qualificação da insolvência, com o objetivo de obtenção de uma maior e mais eficaz responsabilização dos titulares de empresa e dos administradores de pessoas coletivas. Tratar-se assim de uma responsabilidade ad hoc, no âmbito do processo de insolvência, que apresenta algumas semelhanças com a responsabilidade civil extracontratual, prevista no artigo 483º do C.C.

Tal como enuncia Carneiro da Frada[23], o art.º 186º do C.I.R.E., ao prever o incidente de qualificação da insolvência como culposa e as situações que o fundamentam, impõe uma disposição de proteção de interesses alheios cuja violação é delitualmente relevante, nos termos dos arts. 78º n.º 1 do C.S.C. e do 483º do C.C.

Sendo um tema sobejamente analisado, fará todo o sentido apreciar, no contexto do processo de insolvência, as atuações dos administradores societários que poderão acarretar a sua responsabilização, a qual é regulada pelos arts. 71º a 84º do C.S.C., uma vez que a imputação dos prejuízos aos administradores passará, em última instância, por estas disposições legais.

Importa referir que os deveres dos administradores resultam imediata e especificadamente da lei, sendo exemplo disso o dever de os administradores requererem a declaração de insolvência da sociedade, estando esta plasmada nos arts. 18º e 19º do C.I.R.E. Seguindo-se um dano social à violação de um dever legal específico, a responsabilidade do administrador é civil, donde não terá dificuldade de provar a ilicitude (visto que a atuação do administrador se afastou do

[23] FRADA, M.. A responsabilidade dos administradores na insolvência. *Revista da Ordem dos Advogados*, Vol. 2. 2006. Pg. 22.

comportamento delimitado em certa norma) e o nexo de causalidade entre o facto ilícito e o dano; sendo a culpa presumida.

Esta presunção de culpa, devido ao incumprimento do dever de apresentar a empresa à insolvência, é justificada pela conjunção dos arts. 18º e 186º n.º 3 al. a) do C.I.R.E. Este último artigo e número , como já foi referido, presume a existência de culpa grave, a qual, apesar do seu caracter *iruis tantum*[24], pode resultar na responsabilização dos administradores (art.º 189º do C.I.R.E.).

Apesar de tal presunção de culpa enunciada, o administrador pode conseguir provar alguma causa de exclusão da ilicitude ou de escusa[25].

Relativamente ao art.º 73º do C.S.C., os administradores são responsáveis pelos danos causados em virtude da inobservância dos seus deveres legais, sendo esta responsabilidade solidária.

Por outro lado, agora relativo aos credores socias, os administradores são responsáveis perante estes pela violação culposa das normas destinadas à proteção dos referidos credores, atendendo ao art.º 78º do C.S.C. A lei estabelece ainda a responsabilidade civil do administrador da insolvência pelos danos causados aos credores pela inobservância culposa dos deveres que lhe incubem, sendo a culpa que, apesar de se tratar de uma violação de deveres, neste caso não se presume[26]. Tal conclusão retira-se do n.º 1 do art.º 59º do C.I.R.E., referindo ainda que a *culpa é apreciada pela diligência de um administrador da insolvência criterioso e ordenado*[27].

[24] Ambas as presunções presentes no n.º 3 do art.º 186º do CIRE, são presunções ilidíveis mediante prova em contrário, sendo o oposto do que acontece no n.º 2 da mesma norma.

[25] ABREU, Jorge. *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades.* Pg. 86.

[26] Criticando esta solução, Menezes Leitão, *Código da Insolvência.* Pg. 105. Efetivamente o legislador enquadrou esta responsabilidade nos quadros da responsabilidade aquiliana, quando, estando em causa deveres específicos entre o administrador da insolvência, os credores e o devedor, teria sido mais correto o enquadramento da responsabilidade obrigacional, presumindo-se a culpa nos termos do art.º 799º do CC..

[27] LEITÃO, Menezes. *Direito da Insolvência.* Pg. 197.

4.1 Responsabilidade para com os credores sociais:

O artigo 186º n.º 1 do C.I.R.E. define a insolvência culposa como a insolvência causada ou, ainda que não causada, agravada pela atuação, com dolo ou com culpa grave, do devedor ou dos seus administradores, de direito ou de facto.

Entre as pessoas afetadas pela qualificação da insolvência como culposa estão, como vimos, os administradores, de direito ou de facto, do devedor pessoa coletiva, designadamente, do devedor sociedade. O art.º 186º n.º 1 do C.I.R.E. afirma-o e o 189º n.º 2 confirma-o: na sentença de qualificação, ou seja, na sentença "que qualifique a insolvência como culposa", o juiz deve "identificar as pessoas […] afetadas pela qualificação", nomeadamente "os administradores, de direito ou de facto". O n.º 2, alínea e) do mesmo preceito, determina ainda que o juiz deve *condenar as pessoas afetadas a indemnizarem os credores do devedor declarado insolvente no montante dos créditos não satisfeitos,* e o n.º 4 que, *ao aplicar o disposto na alínea e) do n.º 2, o juiz deve fixar o valor das indemnizações devidas ou, caso tal não seja possível em virtude de o tribunal não dispor dos elementos necessários para calcular o montante dos prejuízos sofridos, os critérios a utilizar para a sua quantificação, a efetuar em liquidação de sentença.*

Relativamente ao art.º 78º, n.º 1 do C.S.C., este prevê, em específico, a responsabilidade dos administradores para com os credores sociais quando aqueles violam, culposamente, as disposições legais ou contratuais destinadas à proteção destes e *o património social se torne insuficiente para a satisfação dos respetivos créditos.*

No regime do art.º 78º do C.S.C. existe, portanto, responsabilidade direta dos administradores para com os credores, que podem exigir para si, ação autónoma de indeminização. Os pressupostos da responsabilidade aqui em análise são, portanto, a ilicitude, que compreende a violação dos deveres prescritos em disposições legais ou contratuais de proteção dos credores sociais, e um dano, o

qual consiste na diminuição do património social de modo que não garanta a satisfação dos seus credores[28].

Por sua vez, o n.º 2 do art.º 78º do C.S.C. consagra a denominada ação subrogatória dos credores sociais, que visa a responsabilidade dos gerentes e administradores para com os respetivos credores fundada na *inobservância culposa das disposições legais ou contratuais destinadas à proteção destes*. Deste modo, podem os credores sociais exercer o direito de indemnização, sempre que o devedor não satisfaça os seus créditos e caso seja essencial para a garantia do crédito do credor.

Coutinho de Abreu[29] não se alonga no conceito de "disposições legais ou contratuais" de proteção dos credores sociais, porém, dá alguns exemplos de normas que o C.S.C. estabelece que, embora não concedam direitos subjetivos aos credores da sociedade, têm relevância na defesa dos seus interesses, nomeadamente, as que proveem à conservação do capital social[30]; as relativas à constituição e utilização da reserva legal[31]; e a norma tuteladora dos interesses dos credores que é a que delimita a capacidade jurídica das sociedades[32]. Além destes, fora do C.S.C., enumera também o art.º 18º do C.I.R.E., que estabelece o dever de os administradores se apresentarem à insolvência, dever este já referido.

Tal como refere Menezes Cordeiro, a lei exige que se viole normas de proteção aos credores, as quais protegem o património social para que este não se torne insuficiente. Relativamente aos pressupostos, o autor refere que os interessados terão de fazer prova dos mesmos, nomeadamente da ilicitude, da culpa e do nexo causal, não se presumindo nenhum deles[33].

---

[28] ABREU, Jorge. *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades. Pg. 86.*

[29] ABREU, Jorge. *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades.* Pg. 87.

[30] V.g. arts. 31.º a 34.º, 514.º, 236.º, 346.º, n.º 1, 513.º, 220.º, n.º 2 e 317.º, n.º 4 CSC.

[31] V.g. arts. 218.º, 295.º e 296.º CSC.

[32] Art.º 6º do CSC.

[33] CORDEIRO, António Menezes. *Introdução ao Direito da Insolvência.* Coimbra: Almedina. 2005. Pg. 58.

No que respeita à culpa, e por oposição ao que sucede na responsabilidade para com a sociedade[34](culpa presumida), o legislador afastou a presunção de culpa. Deste modo, é aos credores que cabe o ónus de prova da culpa, o que resulta simultaneamente do facto de o art.º 78º n.º 5 do C.S.C. não remeter para o n.º 1 do 72º do C.S.C., e do art.º 487º do n.º 1 C.C.

Adiantando, mais que ilícito, o ato tem de ser danoso, tratando-se de um dano indireto sofrido pela afetação total ou parcial da garantia dos seus créditos, ou seja, do património social. Há que apurar, caso a caso, quais as disposições que têm em vista a proteção dos credores sociais, obedecendo para o efeito ao fim da norma[35].

Analisando o art.º 79º n.º 1, deparamos com um regime geral de responsabilidade dos administradores pelos danos causados a todos os terceiros, enquanto o art.º 78º n.º 1 apresenta um regime especial de responsabilidade dos administradores pelos danos causados aos credores sociais. Ora, devido ao facto de o art, 78º n.º 1 especificar quais os terceiros abrangidos no seu regime de responsabilidade, neste caso os credores, deve ser esta a norma a ser aplicada a estes[36].

Entre a sociedade administrada e os credores há uma relação obrigacional, sendo assim partes de uma relação jurídica. Por outro lado, entre os

[34] No que diz respeito à responsabilidade da administração para com a sociedade, o n.º 1 do art.º 72º do CSC, e tendo em conta Rui Estrela de Oliveira, traduz uma presunção inilidível de culpa por parte dos administradores. Este carácter iuris et iure da presunção apenas ocorre caso a violação operada pelos administradores ocorrer no âmbito do dever legal geral de lealdade, ou se ocorrer a violação de algum dos deveres legais específicos. Em relação ao n.º 2 do mesmo preceito, exclui a responsabilidade do administrador caso se provar que este agiu *em termos informados, livre de qualquer interesse pessoal e segundo critérios de racionalidade empresarial*, ou seja, a presunção de culpa por parte do administrador pode ser ilidida, desde que tal violação ocorra no âmbito do dever legal geral de cuidado. Tal norma foi fortemente influenciada pelo *Business Judgement Rule,* desenvolvida pela jurisprudência norte-americana, a qual determina que a aferição da responsabilidade civil dos administradores para com a sociedade, baseia-se em critérios de razoabilidade. Deste modo, o juiz deverá afastar a culpa do administrador caso este atue em termos informados, livre de qualquer interesse pessoal e segundo critérios de racionalidade empresarial. OLIVEIRA, Rui Estrela. A Insolvência Transfronteiriça: a insolvência culposa.

[35] FRADA, M.. A responsabilidade dos administradores na insolvência. Pg. 22 a 26.

[36] *Lex speciali derogat lex generali.*

administradores e os credores da sociedade administrada não há nenhuma relação obrigacional, sendo que estes são terceiros relativamente um ao outro.

Assim sendo, os credores da sociedade administrada podem prevalecer-se de um de dois artigos: em primeiro lugar, do regime geral do art.º 79 n.º 1, e, em segundo lugar, do regime especial do art.º 78º n.º 1 do Código das Sociedades Comerciais. O art.º 79º do C.S.C. faz depender a aplicação do regime geral de responsabilidade dos administradores por danos direitos causados a terceiros[37].

Outra questão relevante é a diferença entre o art.º 189 n.º 2 al. e) do C.I.R.E. e o art.º 78º do C.S.C., prendendo-se com o facto de que no primeiro se estabelece um limite de responsabilidade, ou seja, até às forças dos respetivos patrimónios. Ora, essa expressão parece induzir que todo o património dos administradores responde pelas dívidas da pessoa coletiva, o que corresponde à regra do art.º 601º do C.C. Porém, segundo Menezes Leitão, parece que o legislador terá pretendido evitar que possam ser instaurados processos de insolvência aos administradores em resultado das dívidas das pessoas coletivas. A responsabilidade perante os credores, nos termos do art.º 78º do C.S.C., é independente do processo de insolvência, mas se houver tal processo, tem de seguir e obedecer ao disposto dos arts. 82º n.º 3 a), e 82º n.º 6 do C.I.R.E[38].

4.2 Responsabilidade por danos diretos:

O art.º 79º n.º 1 do C.S.C. estabelece, tal como foi referido, que os administradores respondem pelos danos causados aos credores da sociedade (que são terceiros), desde que preenchidos os requisitos da responsabilidade extracontratual, da responsabilidade contratual, ou da *terceira via* do direito da responsabilidade civil.

[37]OLIVEIRA, M.. Responsabilidade civil dos administradores de sociedades pelo não cumprimento de um contrato-promessa? Em torno do Acórdão do STJ de 28 de janeiro de 2016. *Revista de direito comercial.* 2017. Pg. 88.

[38] LEITÃO, Menezes. *Direito da Insolvência.* Pg. 29.

Quanto à responsabilidade extracontratual, que reveste provavelmente o maior número de casos, os administradores respondem pelos danos causados aos credores da sociedade administrada, desde que haja uma violação de direitos subjetivos (cfr. art.º 483 n.º 1 C.C.), violação de disposições legais de proteção (cfr. art.º 483 n.º 1 C.C.), ou abuso de direito (cfr. art.º 334 C.C.)[39].

No que respeita à responsabilidade contratual, regra geral, não há relações obrigacionais em sentido estrito entre os credores e os administradores.

Entre estas duas está assim a violação de deveres especiais ou específicos de proteção, dentro das relações obrigacionais em sentido amplo[40].

O art.º 79º n.º 1 do C.S.C. deve ainda interpretar-se de forma a admitir a responsabilidade civil dos administradores pelos danos que causem a pessoas que não sejam parte no contrato, nomeadamente os credores da sociedade, por violação de deveres específicos de proteção. Neste sentido, também o art.º 227º n.º 1 do CC, deve ser interpretado de forma que se admita a constituição de relações obrigacionais sem deveres primários de prestação entre pessoas que não são, nem devam ser partes num contrato. A título de exemplo, o administrador que tenha criado um determinado grau de confiança com os credores, vai responder pelos danos causados pela frustração da confiança assumida[41].

Deste modo, está em causa a responsabilidade pré-contatual pela violação de deveres de esclarecimento, a responsabilidade extracontratual pela violação das disposições legais de proteção dos arts. 18º e 19º do C.I.R.E., e a responsabilidade extracontratual pelo abuso de direito[42].

A responsabilidade pela violação de deveres de esclarecimento pode remeter-se à regra específica do art.º 171º n.º 2 do C.S.C. ou ao princípio geral do art.º 227º do C.C. Em relação ao primeiro, ao art.º 171º n.º 2 do C.S.C., obriga os

[39] FRADA, M.. A responsabilidade dos administradores na insolvência. Pg. 23.

[40] Idem.

[41] EPIFÂNIO, Maria R.. *Manual de Direito da Insolvência.* 5ªed. Coimbra: Almedina. 2013. Pg. 90.

[42] Idem.

administradores a esclarecerem eventuais futuros credores caso o montante do capital próprio da sociedade for inferior a metade do capital social.

Do argumento retirado do art.º 171º n.º 2 do C.S.C., em relação com o art.º 227º n.º 1 do C.C., sugere-se uma "materialização" do dever de esclarecimento aos credores da situação económica e financeira da sociedade, inclusive sobre a ocorrência de insolvência, atual ou iminente, ou de situação económica difícil.

Não obstante, parece que este dever dos administradores de esclarecerem ou informarem os eventuais credores sobre a situação de insolvência atual da sociedade, é praticamente irrelevante. Estando a sociedade em situação de insolvência atual, os administradores estão adjudicados de dois outros deveres: o de apresentação da sociedade à insolvência, e o dever (pré-contratual) de esclarecimento. A violação do primeiro é facto constitutivo de responsabilidade extracontratual (cfr. art.º 483º n.º 1, 2ª alternativa do C.C.), e a violação do segundo é facto constitutivo de responsabilidade pré-contratual (cfr. art.º 227º n.º 1 C.C. com referência ao 79º n.º 1 do C.S.C.)[43].

Assim sendo, a responsabilidade extracontratual pela violação do dever de apresentação da sociedade à insolvência, resultante dos arts. 18º e 19º do C.I.R.E. em ligação com o art.º 483º n.º 1 do C.C., exclui a responsabilidade pré-contratual por violação de um dever de esclarecimento.

Segundo Coutinho de Abreu, sendo este dever de esclarecimento sobre a insolvência atual praticamente irrelevante, levanta-se a questão de se os administradores terão um dever pré-contratual de esclarecimento dos credores sobre a situação de insolvência iminente, ou sobre a situação económica difícil da sociedade administrada[44]. Ora, tal dever surge no contexto de ligações especiais entre o administrador e o credor da sociedade, sendo que o primeiro só estará coadunado a este dever se existirem circunstâncias particulares capazes de justificar essa relação especial, nomeadamente se assumir, chamar a si ou pretender uma relação de confiança pessoal particularmente elevada. Ainda que

[43] ABREU, Jorge. *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades.* Pg. 88.

[44] Idem.

o administrador não crie nem pretenda criar essa relação de confiança, ela irá existir quando este tenha um interesse pessoal na conclusão do contrato, principalmente perante as circunstâncias de o administrador ser um sócio da sociedade, de ter concedido crédito, ou garantias pessoais ou reais à sociedade.

4.3 Responsabilidade do administrador da insolvência:

Por último, veremos, em traços gerais, a responsabilidade do administrador da insolvência[45] para com os credores da respetiva e os próprios devedores pelos danos causados.

Atentando ao art.º 59º do C.I.R.E., começamos por enunciar a novidade deste preceito, o qual estabelece um regime específico de responsabilidade do administrador da insolvência pelos danos causados quer ao credor, quer ao próprio devedor.

O alinhamento deste artigo apresenta assim a responsabilidade do administrador da insolvência pelos danos causados ao devedor e aos credores pela inobservância culposa dos seus deveres, responsabilidade esta desdobrada em dois planos distintos. Um dos planos é o da responsabilidade por atos próprios; o outro é o da responsabilidade por atos de auxiliares. O modelo de responsabilidade que perpassa no n.º 1 corresponde, com grande proximidade, ao travejamento geral da figura da responsabilidade aquiliana baseada na culpa, como resulta do código civil[46].

Tal regime inovador assenta nos pressupostos genéricos da responsabilidade aquiliana, sendo estes: 1- Conduta voluntária imputável ao administrador judicial; 2 – Ilicitude do procedimento traduzido numa violação de deveres que lhe cabem; 3 – Culpa; 4 – Dano; 5 - Nexo de causalidade adequada entre o evento produtor e o dano produzido.

[45] Arts. 52º e ss. do CIRE.

[46] LABAREDA, L.. *Código da insolvencia e da recuperação das empresas anotado.* 2008. Pg. 306.

Quanto à culpa, a lei fornece aqui o critério particular da sua apreciação pelo julgador, por referência à diligência exigível a um gestor criterioso e ordenado[47]. A culpa abrange assim a atuação dolosa e a negligente, por ação ou omissão dos respetivos deveres.

Segundo Leitão[48], o que importa verificar é se o ato do administrador se adequa à satisfação dos interesses em causa segundo o critério médio de um administrador diligente, o que se traduzirá essencialmente em avaliar se, nas circunstâncias concretas do agente, o ato em questão era aquele que, de entre os possíveis, melhor se ajustava a assegurar a necessária tutela dos interesses dos credores. Por sua vez, isto significa ou comporta a necessidade de apreciar se o ato do administrador posto em causa se adequou à otimização das possibilidades de pagamento aos credores[49].

Diferentemente do que ocorrer com a responsabilidade para com a sociedade do art.º 72º n.º 1 do C.S.C., a lei não estatui, nesta modalidade do n.º 1 do 59º do C.I.R.E., nenhuma presunção de culpa que onere o administrador da insolvência. É, pois, ao lesado que incumbe o ónus da prova da verificação de todos os pressupostos de que depende o direito à indemnização. Uma vez demonstrados, o administrador responde ilimitadamente com todo o seu património até à concorrência do prejuízo, sendo que a indemnização abrange os danos causados ao credor da insolvência e ao devedor.

Este artigo, no seu n.º 3, prevê ainda a responsabilidade solidária do administrador com os seus auxiliares pelos danos causados, salvo se for provado que não houve culpa da sua parte ou que, mesmo com as devidas diligências, não se teriam evitado os danos (relevância negativa da causa virtual).

Neste sentido, Menezes Leitão aprecia positivamente este preceito, mas não deixa de levantar algumas questões pertinentes. Sem alongar muito e no

[47] É manifesto o paralelismo entre esta norma e a parte final do n.º 1 al. a) do art.º 64º do CSC que, por sua vez, determina a responsabilidade dos titulares dos órgãos de gestão das sociedades.

[48] LEITÃO, Menezes.*Direito da Insolvência.* Pg. 198.

[49] LEITÃO, Menezes. *Direito da Insolvência.* Pg. 198.

seguimento do autor, este art.º 59º regula a responsabilidade por inobservância de deveres, sendo que se questiona por que razão não se estabelece uma presunção de culpa (nos termos do art.º 799º do C.C.) no n.º 1, e ainda porque é que a responsabilidade por atos de auxiliares do n.º 3 se baseia numa presunção de culpa, a qual admite a demostração da relevância negativa da causa virtual[50].

Outro aspeto que o autor levanta é o curto prazo de prescrição presente no n º4 (*dois anos a contar da data em que o lesado teve conhecimento*), o qual é inferior ao do regime geral da responsabilidade por facto ilícito (art.º 498º do C.C.).

Conclusão:

Aqui chegados podemos concluir que a matéria da responsabilidade dos administradores das sociedades merece ainda uma especial atenção no âmbito da qualificação da insolvência como culposa. A efetivação da sua responsabilidade dependerá da articulação entre o regime societário da responsabilidade dos membros da administração contemplado nos arts. 71º e ss. do C.S.C., e as presunções legais consagradas no C.I.R.E., no que diz respeito à qualificação da insolvência como culposa.

Portanto, será fundamental para uma interpretação correta e justa, uma cuidada reflexão, compreendendo que não estão necessariamente em causa comportamentos imediata e presumivelmente geradores da insolvência, na medida em que, a relação entre a violação dos deveres dos administradores especificados e a verificação da situação de insolvência não é a mesma em todos os casos.

Deste modo, e depois da análise efetuada, podemos aferir que este incidente de qualificação da insolvência pretende responsabilizar os administradores, de direito ou de facto, sendo que a respetiva insolvência se determina com base nas

[50] LEITÃO, Leitão. *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas – Anotado.* Almedina. 2º Edição. 2005. Pg. 89.

técnicas das presunções presentes nos n.º 2 e 3 do art.º 186º do C.I.R.E., com as respetivas especificidades.

Relativamente à responsabilidade dos administradores perante os credores socias, os danos causados a estes resultam da violação de deveres específicos daqueles no que diz respeito às relações entre os credores e a pessoa coletiva. Assim sendo, e para uma maior eficácia na resposta a estes danos, seria mais vantajoso se a culpa dos administradores fosse presumida, tal com acontece na responsabilização para com a sociedade prevista no art.º 72º do C.S.C., remetendo ainda para a responsabilidade contratual prevista no art.º 799º do C.C.

No que diz respeito à responsabilidade pré-contratual, dever-se-ia admitir para os casos em que os administradores têm o especial dever em informar o credor da situação da empresa, para que este tenha conhecimento de todos os riscos, visto que, o administrador tem, por vezes, um interesse pessoal na conclusão do contrato. Deste modo, dever-se-ia aplicar os arts. 79º do C.I.R.E. e 227º do C.C., relativamente à responsabilidade pré-contratual.

Por último, destacamos a inovação da responsabilidade do administrador da insolvência que, embora seja um preceito positivo, não fica salvo de críticas, destacando as enunciadas por Menezes Leitão, principalmente no que toca ao porquê de não se admitir, também, uma presunção de culpa como no art.º 72º do C.S.C.

VASCO ANTÓNIO MARTINS CARRÃO

Bibliografia

ABREU, Jorge. *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades.* 2ªed. Coimbra: Almedina. 2007.

CORDEIRO, António Menezes. *Introdução ao Direito da Insolvência.* Coimbra: Almedina. 2005.

CORDEIRO, M., EPIFÂNIO, M. *Manual de Direito da Insolvência.* 6ªed. Coimbra: Almedina. 2014.

EPIFÂNIO, Maria R. *Manual de Direito da Insolvência.* 5ªed. Coimbra: Almedina. 2013.

FERNANDES, L. C., LABAREDA, J. *Coletânea de estudos sobre a insolvência.* Lisboa: Quid Juris. 2011.

FRADA, M.. A responsabilidade dos administradores na insolvência. *Revista da Ordem dos Advogados*, Vol. 2. p. 21-28. 2006

LABAREDA, L. *Código da insolvencia e da recuperação das empresas anotado.* Lisboa: Quid Juris. 2008.

LEITÃO, A. Insolvência culposa e responsabilidade dos administradores. 2013. Lei n.º 16/2012, 20 de Abril. Em *C. Serra, I Congresso do direito da insolvencia* . Almedina. p. 21-37.

LEITÃO, Leitão. *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas – Anotado.* Almedina. 2º Edição. 2005.

LEITÃO, Menezes. *Direito da Insolvência.* Coimbra: Almedina. 2015.

OLIVEIRA, M. *Limites da autonomia dos credores na recuperação da empresa insolvente.* Coimbra: Almedina. 2013.

OLIVEIRA, Rui Estrela. A Insolvência Transfronteiriça: a insolvência culposa. *In Insolvência e consequências da sua declaração.* Edição: Centro de Estudos Judiciários. 2013.

LISTA DE ABREVIATURAS

Al.	Alínea
Art.	Artigo
Arts.	Artigos
CC	Código Civil
Cfr.	Conforme
CIRE	Código da Insolvência e Recuperação de Empresas
CPEREF	Código de Processo Especial de Recuperação da Empresa e da Falência
CSC	Código das Sociedades Comerciais
DL	Decreto-lei
N.º	Número
Pg..	Página
v.g.	*Verbi gratia* (por exemplo)

ÍNDICE

Introdução 159
1. A insolvência: Noções Gerais 160
1.1 Insolvência Culposa: Noções Gerais..... 162
2. Conceito de Administradores de Sociedade Comercial 164
3. Dever de diligência do art.º 64º CSC e a apreciação da responsabilidade civil. 166
4. Responsabilidade dos administradores 168
4.1 Responsabilidade para com os credores sociais 170
4.2 Responsabilidade por danos diretos 173
4.3 Responsabilidade do administrador da insolvência 176
Conclusão 178
Bibliografia 180

AS CARACTERÍSTICAS E OS ELEMENTOS FUNDAMENTAIS DAS ENTIDADES ADMINISTRATIVAS INDEPENDENTES

E A EVOLUÇÃO HISTÓRICA E POLÍTICA DAS ENTIDADES ADMINISTRATIVAS INDEPENDENTES EM PORTUGAL

Filipe Revez Neves
Doutorando em Direito

SUMÁRIO

Enquadramento das entidades administrativas independentes; EAI criadas pela Constituição da República Portuguesa; EAI criadas pela Lei-Quadro com funções de regulação da atividade económica; o surgimento da Lei-Quadro das EAI; o surgimento das EIA (EUA, Reino Unido, França, Espanha, União Europeia); evolução histórica das EAI em Portugal; evolução do papel do Estado na criação das EAI.

1. Introdução e objeto de estudo do relatório

O presente documento debruça-se, essencialmente, sobre duas temáticas: "As características e os elementos fundamentais das entidades administrativas independentes" e "A evolução histórica e política das entidades administrativas independentes em Portugal".

O Estado Regulador Contemporâneo incorpora na sua organização administrativa, entidades administrativas independentes.

Em Portugal as entidades administrativas independentes integram a Administração Pública na categoria de administração independente do Estado.

As entidades administrativas independentes desenvolveram-se entre nós de forma desordenada, não tendo a sua criação sido precedida de uma intervenção legislativa que lhes fixasse o desenho orgânico e uma estrutura uniforme.

Na ausência de um quadro unitário de referência, as entidades administrativas independentes caracterizam-se pela diversidade orgânica, estrutural e funcional, e pela indeterminação das suas funções regulatórias.

Nessa medida, o presente relatório visa fazer uma abordagem às características e aos elementos nucleares das entidades administrativas independentes, designadamente às criadas por força da Lei Fundamental, a Constituição da República Portuguesa, e as entidades económicas criadas ao abrigo do regime jurídico consta da Lei-Quadro n.º 67/2013, de 28 de agosto.

Ao longo das últimas décadas, a regulação económica adquiriu uma consistência notável e passou a ser uma necessidade para o bom funcionamento dos mercados, com o objetivo primordial de colmatar as falhas de mercado.

Em Portugal, a situação não foi diferente da restante Europa, tendo as várias Constituições e suas revisões espelhado o trajeto da Regulação.

O interesse pela regulação tem sido largamente intensificado nas últimas décadas, seja ao nível dos tecidos empresariais, seja no Direito da Economia, bem como no Direito Administrativo, tendo o nosso país feito um esforço significativo para acompanhar as diretrizes europeias, que impõem cada vez mais um sentido regulatório, tendo Portugal, como se poderá constatar em alguns sectores, ido mais longe do que o recomendado.

Ora, é desiderato nosso incidir o estudo, também, na apresentação de breve resenha da evolução histórica das entidades administrativas independentes em Portugal, começando-se, a montante, pelo surgimento desta realidade em espaço europeu, para melhor enquadrar o aparecimento e evolução em solo português.

O aparecimento das entidades administrativas independentes está umbilicalmente relacionado com a evolução organizativa do estado, a qual vamos balizando a sua mutação ao longo do presente relatório.

2. Do enquadramento das entidades administrativas independentes

A montante de iniciarmos o nosso estudo sobre o proposto, e melhor referido na introdução e objeto de estudo, entendemos que deve ser feito o devido enquadramento das entidades administrativas independentes, ao nível conceptual.

Nessa medida, e sem prejuízo de não dedicarmos o tempo merecido a esta temática, fazemos uma breve exposição sobre a mesma, socorrendo-nos, essencialmente, das definições dadas pela Doutrina mais relevante nesta sede.

A conceptualização e definição das entidades administrativas independentes, é uma temática que ocupou os principais causídicos, e a qual foi objeto de algumas publicações e teses académicas.

Desde logo, para FREITAS DO AMARAL são *instituições que, sendo de caracter genérico, interessam por igual a todos os ramos e sectores da Administração pública.*[1]

MARCELO REBELO DE SOUSA define como *os órgãos e serviços do Estado-Administração que não se integram em nenhum ministério, acabando em rigor, por servir todo o Estado-Administração e mesmo outras entidades integradas na administração pública portuguesa.*[2]

Para LUCAS CARDOSO, a administração independente, em sentido subjectivo, *é o conjunto de órgãos do Estado e de pessoas colectivas públicas de carácter institucional que asseguram a prossecução de tarefas administrativas de incumbência do Estado sem estarem sujeitos aos poderes de hierarquia, de superintendência, nem de tutela dos órgãos de direcção política.* Em sentido objetivo, *é a actividade administrativa exercida com vista a prossecução de fins do Estado, no respeito pela ordem jurídica mas sem subordinação à política.*[3]

[1] FREITAS DO AMARAL, Curso de Direito Administrativo, Vol. I.

[2] MARCELO REBELO DE SOUSA, Direito Administrativo Geral, Tomo I.

[3] JOSÉ LUCAS CARDOSO, *Administração Independente*, *in* Dicionário Jurídico da Administração Pública, p. 17

Uma definição técnico-jurídica das entidades administrativas independentes é dada por BLANCO DE MORAIS, segundo o qual uma entidade administrativa independente é: *Toda a instância de natureza pública criada pela Constituição ou pela lei, tendo em vista o exercício predominante da função administrativa, sem que, para esse efeito, o centro de poder ou os seus membros se encontrem sujeitos a vínculos de subordinação a qualquer órgão jurídico-público, ou a interesses organizados que respeitem ao domínio sobre o qual incide a sua atividade*[4].

Podemos assim dizer que as entidades administrativas independentes são autoridades públicas criadas pela Constituição da República Portuguesa ou pela lei, às quais se perpetra o exercício da função administrativa, sem que se encontrem sujeitas a vínculos de subordinação a qualquer órgão público (ou interesse corporativo).

Nos termos do n.º 3 do art.º 267.º da Constituição da República Portuguesa estatui-se que a lei pode criar entidades administrativas independentes, que podem ser órgãos públicos ou pessoas coletivas públicas.

De grosso modo, as principais caraterísticas das entidades administrativas independentes, como administração "separada" ou quarto setor da Administração Pública:

i) Natureza pública e desenvolvimento de atividades públicas, predominantemente administrativas;

ii) ausência de sujeição a vínculos de subordinação política, de hierarquia ou de superintendência relativamente a outros órgãos públicos nacionais (podendo, ainda assim, as entidades estar sujeitas a uma tutela de legalidade);

iii) Existência de garantias de inamovibilidade e irresponsabilidade para os titulares de órgãos de direção e severo regime de incompatibilidades (admitindo-se a destituição excecional dos mesmos titulares, por faltas graves);

[4] BLANCO DE MORAIS, *"As autoridades administrativas independentes na ordem jurídica portuguesa"*, em *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 61 – Janeiro, pág. 103.

iv) Designação dos titulares, por regra, através de processos especiais, nos quais se garanta um assentimento alargado ou a intervenção de diversos órgãos;

v) Autonomia administrativa e financeira;

vi) Responsabilidade informativa ante órgãos representativos (prestação de contas junto da Assembleia da República).

VITAL MOREIRA[5] elenca e vinca a independência destas entidades administrativas, categorizando-as em três dimensões:

i. Independência orgânica: traduzida na exigência de requisitos pessoais de designação dos titulares dos órgãos dirigentes, um regime de incompatibilidades expressamente definido, mandato fixo e inamovibilidade do mandato.

ii. Independência funcional: traduzida na inexistência de ordens ou instruções, ou sequer de diretivas vinculantes do governo, ausência de controlo de mérito ou da obrigação de prestação de contas sobre a orientação de gestão.

iii. Independência face aos regulados[6]: traduzida na ausência de título representativo na designação dos titulares dos órgãos dirigentes e na escolha de personalidades independentes.

A neutralidade é, também, um critério determinante a par da independência. Contudo, estas características levantam alguma celeuma, atento a possível ingerência do poder executivo.

Neste sentido, secundamos o referido por MARIA CELESTE CARDONA, quando abordou este critério, ensinando que *a independência da ação das entidades administrativas independentes, a neutralização do poder executivo e a titularidade governamental da regra constitucional da unidade de ação determinam, assim, que as entidades administrativas independentes assumem uma posição jurídica face ao poder executivo que se pode traduzir por uma tensão constante entre*

[5] VITAL MOREIRA, *Autorregulação profissional e administração pública*, Coimbra, Almedina, 1997.

[6] Também designados por dimensão não representativa dos sectores/interesses "regulados", conforme nomenclatura dada por MARIA CELESTE CARDONA, *Contributo para o conceito e a Natureza das Entidades Administrativas Independentes – As Autoridades Reguladoras*, p. 295.

a independência e os "poderes de intervenção" que se mostrem susceptíveis de garantir a unidade de ação da administração.[7]

Todas as inclusões nos quadros dos órgãos das entidades administrativas independentes devem ser pautadas pelo critério da tecnicidade devendo essas inclusões terem como corolário a certeza de que as pessoas escolhidas detêm uma elevada preparação técnica, situação apelidada por VITAL MOREIRA e FERNANDA MAÇÃS por "Governo dos Sábios"[8].

Saliente-se que os titulares dos órgãos de direção destas entidades administrativas independentes gozam de especiais garantias em termos de irresponsabilidade, inamovibilidade e de ausência de vínculos de sujeição institucional, de forma a poderem exercer sem dependências as suas competências.

As entidades administrativas independentes podem ser criadas de duas formas:

i) pela Constituição, como é o caso do Conselho Superior da Magistratura, o Provedor de Justiça e o Conselho Económico-Social; ou

ii) por lei, com ou sem credenciação constitucional específica, como é o caso dos Conselhos Superiores dos Tribunais Administrativos e Fiscais e do Ministério Público, da Comissão de Acesso a Documentos Administrativos, da Comissão Nacional de Eleições, da Comissão Nacional de Objeção de Consciência, do Conselho de Ética para as Ciências da Vida, da Comissão para a Fiscalização do Segredo de Estado, do Conselho de Fiscalização dos Serviços de Informação e Segurança, da Comissão Nacional de Proteção de Dados, e das entidades reguladoras da Economia.

Em traços muito gerais, as entidades independentes criadas pela Constituição, bem como outras que tutelam direitos fundamentais, dispõem de maiores garantias de independência do que as entidades independentes

[7] MARIA CELESTE CARDONA, *Contributo para o conceito e a Natureza das Entidades Administrativas Independentes – As Autoridades Reguladoras*, p. 286.

[8] VITAL MOREIRA; FERNANDA MAÇÃS, *Autoridades Reguladoras Independentes, Estudo e Projecto de Lei-Quadro*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, pág.29.

reguladoras da economia as quais estão sujeitas a diversas formas de tutela e cujos membros dos órgãos de direção são nomeados pelo Governo e podem ser destituídos em caso de falta grave.

Saliente-se no que concerne às entidades reguladoras da economia - onde se contam autoridades como o Banco de Portugal[9], Instituto de Comunicações de Portugal, o Instituto de Seguros de Portugal, a Autoridade da Concorrência e a Comissão do Mercado de Valores Mobiliários, de entre outras, o seu regime jurídico consta da Lei-Quadro n.º 67/2013, de 28 de agosto, a qual será objeto de estudo mais perseverante no presente relatório.

No sentido de enquadrar devidamente esta realidade das entidades administrativas independentes, podemos socorrer-nos do referido por MARIA CELESTE CARDONA, quando escreveu que *as entidades administrativas independentes que se inserem na Administração Pública na modalidade de administração independente, são pessoas colectivas de direito público dotadas de personalidade jurídica pública, encarregadas por lei de prosseguir o interesse público concreto nela estabelecido, devem a sua institucionalização ao princípio do pluralismo da organização administrativa e exercem as suas actividades/competências ao abrigo e com observância estrita do princípio da unidade de ação da administração pública.*[10]

[9] No que tange ao Banco de Portugal, esta entidade encontra-se diretamente submetida ao Direito Comunitário, conforme vamos poder constatar ao longo do presente relatório.

[10] MARIA CELESTE CARDONA, *Contributo para o conceito e a Natureza das Entidades Administrativas Independentes – As Autoridades Reguladoras*, p. 39.

3. Das entidades administrativas independentes criadas pela Constituição da República Portuguesa

Com a quarta revisão da Constituição da República Portuguesa, em 1997, as entidades administrativas independentes passaram a beneficiar de consagração genérica na Lei Fundamental.

O artigo 267.º, n.º 3 da Constituição da República Portuguesa preceitua, sob a epígrafe "Estrutura da Administração" e sob o título IX relativo à "Administração Pública" que "a lei pode criar entidades administrativas independentes".

Conforme ensina MARIA CELESTE CARDONA, este *preceito constitucional está sistematicamente inserido no Título relativo aos princípios fundamentais da Administração Pública que determina, para além desta autorização, as formas de descentralização e desconcentração administrativas, sem prejuízo da necessária eficácia e unidade de ação da Administração.*[11]

Contudo, tal não significa que antes não existiam autoridades administrativas independentes, como é o caso do Banco de Portugal, que detinha esse estatuto constitucional nos termos do artigo 102.º da Constituição, ou da Alta Autoridade para a Comunicação Social, atualmente designada por Entidade Reguladora para a Comunicação Social, a qual detinha já esse estatuto constitucional – nos termos do artigo 39.º da Constituição[12].

Saliente-se que as entidades administrativas independentes se integram na Administração Pública, embora de modo distinto da sua forma tradicional de organização.

Com a quarta revisão da Lei Fundamental veio reconhecer-se o seu papel num Estado contemporâneo cujos apelos a uma maior eficiência, celeridade, experiência e independência são evidentes.

---

[11] MARIA CELESTE CARDONA, *Contributo para o conceito e a Natureza das Entidades Administrativas Independentes – As Autoridades Reguladoras*, p. 37.

[12] Neste sentido, vamos abordar esta temática quando debruçarmos o nosso estudo sobre a Lei n.º 67/2013, de 28 de Agosto, a Lei-Quadro das Entidades Administrativas Independentes com funções de regulação da atividade económica dos setores privado, público e cooperativo.

Contudo, a criação destas entidades é uma temática controvertida, a qual tem sido objeto de discussão ao longo dos últimos anos.

Uma vez mais, e sem prejuízo do estudo aturado que esta realidade merecia, somos a aderir aos ensinamentos transmitidos por MARIA CELESTE CARDONA quando refere que *a criação de autoridades administrativas independentes repousa num universo de poderes legislativos controvertidos. Por um lado, e ao contrário do que aprecia resultar dos trabalhos preparatórios da revisão constitucional de 1997, em que se considerava que era necessário estabelecer uma reserva de competência parlamentar relativamente aos actos criadores destas autoridades, a mesma não foi efectivamente instituída. Por outro lado, como sabemos, o nosso quadro constitucional consagra o "principio do dualismo legislativo", ou seja, atribui competências legislativas primárias, quer à Assembleia da República, quer ao Governo.*[13]

Sem prejuízo deste facto, a verdade é que a tutela constitucional veio resolver de certa forma a constante tensão e dialética entre a Administração Pública estadual com estruturação tradicional e o exercício da regulação por entes que não se integram, plenamente, na pirâmide hierarquizada que caracteriza aquela última e que é ocupada, no seu vértice superior, pelo Governo.

Podemos dizer que a norma constitucional é uma norma em branco na medida em que apenas abre espaço a que o legislador crie "entidades administrativas independentes", na expressão dada pela Constituição.

Conforme ensina GOMES CANOTILHO, *é utilizada uma norma permissiva, em resultado da utilização da expressão pode e não uma norma que represente uma imposição constitucional normas constitucionais que impõem, através de ordens, instruções e diretivas, a realização de tarefas e a prossecução de fins*[14].

Contudo, é importante compreender se o legislador pode constituir entidades administrativas independentes para a realização de qualquer tipo de

[13] MARIA CELESTE CARDONA, *Contributo para o conceito e a Natureza das Entidades Administrativas Independentes – As Autoridades Reguladoras*, p. 486.

[14] GOMES CANOTILHO, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador,* Coimbra, Coimbra Editora, 1982, pág. 289.

função, ou se se torna necessário fazer uma leitura integrada dos preceitos constitucionais que permitam indagar de um parâmetro material constitucionalmente adequado para legitimar a criação de entidades administrativas independentes pelo legislador ordinário.

A habilitação constitucional poderá entrar em colisão com a competência do Governo na direção da Administração Pública, pelo que a criação de entidades administrativas independentes acaba, inevitavelmente, por subtrair esse poder de direção ou superintendência, consoante o caso, ao Governo, provocando uma "alteração da função constitucional".

Estamos, por isso, de acordo com o pensamento de LUCAS CARDOSO que, numa busca hermenêutica de "*harmonização entre os preceitos constitucionais positivantes de ambos os pólos de interesses constitucionais em conflito*", recorre à *"unidade da Constituição, do efeito integrador e da concordância prática"*[15] para se pronunciar a favor de uma necessária razão material que permita ao legislador criar entidades administrativas independentes se isso constituir, não só um meio adequado, mas o meio mais adequado para atingir um determinado propósito, função ou fim do Estado.

Este parece ser o entendimento mais razoável que olha para além do puro plano lógico-formal que decorreria da leitura isolada do artigo 267.º, n.º 3 da Constituição.

Uma interpretação diferente da que aqui se apresenta correria o risco de admitir a emergência de entidades com funções de regulação que em nada se coadunam com a teleologia que orienta a criação das entidades administrativas independentes.

[15] LUCAS CARDOSO, José, Autoridades Administrativas Independentes e Constituição, Coimbra, Coimbra Editora, Outubro de 2002, pág. 443.

4. Das entidades administrativas independentes criadas pela Lei n.º 67/2013, de 28 de Agosto, a Lei-Quadro das Entidades Administrativas Independentes com funções de regulação da atividade económica dos setores privado, público e cooperativo

4.1. Do surgimento da Lei n.º 67/2013, de 28 de Agosto, a Lei-Quadro das Entidades Administrativas Independentes

O regime jurídico das entidades administrativas independentes surgiu em consequência da assinatura do Memorando de Entendimento sobre as Condicionalidades de Política Económica, o qual foi subscrito, em 17 de Maio de 2011, pelo Governo português, pela Comissão Europeia, pelo Fundo Monetário Internacional e pelo Banco Central Europeu.

No ponto 7.21. do Memorando foi exigido ao Governo português a garantia de que as Autoridades Reguladoras Nacionais possuíssem a independência e os recursos necessários para exercer as suas responsabilidades.

Esta Lei-quadro era necessária, desde logo por razões sistemáticas e estruturais, na medida em que existia uma pluralidade de regime difusos, quanto às próprias entidades administrativas independentes.

Contudo, no início do século XXI, tinha sido já efetuada uma tentativa de regular esta realidade com a apresentação de um anteprojeto de Lei-quadro por Vital Moreira e Fernanda Maçãs quando apresentaram em 2003 várias justificações para a implementação desta Lei.

Aliás, muito deste estudo, veio a ser aplicado na génese da nova Lei-quadro, uma vez que, muitas das soluções adotadas pelo legislador na feitura da nova Lei, vão de encontro ao sugerido por estes dois autores.

Para justificarem a necessidade de uma Lei-quadro, estes dois autores indicaram três razões[16] de fundo: i) o primeiro, existindo muitos organismos reguladores, é porém notória a falta de homogeneidade das soluções institucionais, dando lugar a soluções organizativas diferentes, ora sob a forma

[16] VITAL MOREIRA/FERNANDA MAÇÃS, *Autoridades Reguladoras Independentes, Estudo e Projecto de Lei-Quadro*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, pág.260.

de entidades independentes, perante situações idênticas, dependendo isso de fatores em grande medida conjunturais e aleatórios; ii) segundo, apesar dessa heterogeneidade institucional, observa-se uma incontestável tendência para a substituição de institutos tradicionais por entidades reguladoras independentes; e, por último, iii) o terceiro, apesar dessa tendência, está longe de haver homogeneidade nas soluções relativas às diversas autoridades reguladoras independentes, havendo consideráveis diferenças entre elas.

Todavia, só passados dez anos sobre este anteprojeto é que as razões e soluções avançadas por Vital Moreira e Fernanda Maçãs ganham vida, pois a Lei-quadro abarca alguma das soluções encontradas por estes dois autores.

Deste modo, foi apresentada a proposta de Lei n° 132/Xll do Governo que aprovou a Lei-quadro das entidades administrativas independentes com funções de regulação da atividade económica dos sectores privado, público e cooperativo, dando origem à Lei nº 67/2013 de 28 de Agosto.

Conforme ensina Maria Celeste Cardona *a Lei n.º 67/2013, de 28 de Agosto, não pode ser entendida como uma Lei Geral da Administração Independente nem, tão-pouco, como uma Lei Geral da Regulação Económica.*[17]

Esta autora sustenta tal qualificação em dois motivos principais: a) *o novo regime tem apenas por objectivo a disciplina de entidades administrativas independentes com funções de regulação; (…)* b) *a nova lei exclui expressamente algumas entidades reguladoras - como é o caso do Banco de Portugal e da Entidade Reguladora da Comunicação Social.*[18]

O novo diploma procede, assim, à definição de um quadro-geral que disciplina, *"(...) de forma integrada e sistematizada, o conjunto de regras que deve compor o enquadramento jurídico referente à criação, organização e funcionamento das entidades públicas com atribuições de regulação económica (...)"*.

[17] MARIA CELESTE CARDONA, *Contributo para o conceito e a Natureza das Entidades Administrativas Independentes – As Autoridades Reguladoras*, p. 203.

[18] MARIA CELESTE CARDONA, *Contributo para o conceito e a Natureza das Entidades Administrativas Independentes – As Autoridades Reguladoras*, p. 203.

O legislador na tentativa de criação de um quadro favorável à independência das entidades administrativas independentes, determinou:

a) a não submissão destas à tutela ou superintendência (o que, neste último caso, significa que as entidades de regulação que revestissem a forma de instituto públicos deixariam de estar integradas na Administração indirecta);

b) o financiamento através de taxas e contribuições, ao invés de transferência de recursos do Orçamento de Estado;

c) a harmonização do regime de incompatibilidades e impedimentos;

d) alterações ao modelo de governo interno;

e) os deveres de reporte;

f) a clarificação e determinação de regras sobre o mandato, incluindo a nomeação, exercício e cessação de funções.

Reforce-se que a Lei-Quadro das Entidades Reguladoras aprovada em anexo à Lei n.º 67/2013, de 28 de Agosto, não tem valor reforçado, na medida em que só constituem leis de valor reforçado, nos termos da Constituição, leis orgânicas, leis que carecem de aprovação por maioria de dois terços ou leis que *"sejam pressuposto normativo necessário de outras leis ou que outras devam ser respeitadas"* (art. 112.º, n.º 3 da CRP).

Atendendo ao facto de existir uma igualdade hierárquica entre Lei e Decreto-Lei (art. 112.º, n.º 2 da CRP), pode-se assistir à situação "bizarra" do Governo, através de Decreto-Lei de aprovação dos estatutos de uma entidade administrativa independente, poder afastar-se das soluções consagradas na Lei das entidades administrativas independentes.

Neste sentido, Maria Celeste Cardona refere que *caso o Governo pretenda legislar sobre esta matéria em "contradição" com a Lei-Quadro estará, segundo o regime jurídico aprovado, livre para o fazer, a não ser que aquele Decreto-lei invoque expressamente a LQ através de auto de vinculação material. O risco é acrescido na*

medida em que a regulamentação da Lei é densa, sendo que estamos no domínio de uma Lei da área concorrencial entre o Governo e o Parlamento.[19]

Do ponto de vista sistemático, a Lei-Quadro das Entidades Reguladoras encontra-se em Anexo ao Diploma Preambular que define os destinatários do novo regime e um conjunto de disposições relativas à adaptação ao diploma.

Conforme referido *supra*, saliente-se que este diploma não engloba todas as entidades reguladoras nacionais, na medida em que é a própria que exclui especificamente o Banco de Portugal e a Entidade Reguladora para a Comunicação Social, quando no seu anexo diz que *"a Lei-quadro em anexo à presente lei não se aplica ao Banco de Portugal e à Entidade Reguladora para a Comunicação Social que se regem por legislação própria".*

A justificação do legislador para a exclusão destas duas entidades, deve-se, no caso do Banco de Portugal, ao facto desta entidade se reger por princípios pertencentes à entidade europeia de que pertence, o Sistema Europeu de Bancos Centrais, nos termos dos artigos 13.º e 131.º do Tratado da União Europeia, bem como a eventual inconstitucionalidade das normas que colocassem em perigo a sua necessária independência. Assim, entendeu o legislador deixar de fora esta entidade.

Por outro lado, no caso da Entidade Reguladora para a Comunicação Social deveu-se ao facto de para além da mesma não ter a natureza de entidade de regulação económica e concorrencial, os seus estatutos serem aprovados por uma lei de valor reforçado (alínea a) do n.º 6 do Artigo 168.º da CRP) e a sua institucionalização, atribuições e competências decorrerem diretamente da lei fundamental, nos termos do artigo 39.º.

Em termos de estrutura interna, a nova Lei está estruturada em três títulos: o primeiro relativo ao objeto e âmbito de aplicação; o segundo incide sobre os princípios e regras gerais e o terceiro destinado à organização, serviços e gestão.

[19] MARIA CELESTE CARDONA, *Contributo para o conceito e a Natureza das Entidades Administrativas Independentes – As Autoridades Reguladoras*, p. 205.

Decorre do art. 3.º (natureza e requisitos) da Lei-Quadro das Entidades Reguladoras, as entidades administrativas independentes são pessoas coletivas de direito público, pelo que a sua criação, extinção e fusão depende de lei (arts. 7.º e 8.º), aqui entendida em sentido amplo porque a mesma não se encontra sob matéria de reserva da Assembleia da República (arts. 164.º e 165.º da CRP *a contrario*).

A norma em branco prevista no art. 267.º, n.º 3 da CRP, encontra concretização no art. 6.º da Lei-Quadro das Entidades Reguladoras, onde se determina que só podem ser criadas entidades administrativas independentes para a prossecução *de "atribuições de regulação das atividades económicas que recomendem, face à necessidade de independência no seu desenvolvimento, a não submissão à direção do Governo"* (art. 6.º, n.º 1).

O Diploma Preambular da Lei n.º 67/2013 acaba por delimitar o seu âmbito subjetivo no art. 3.º do Diploma Preambular ao enumerar, taxativamente, as entidades reguladoras atualmente existentes sujeitas à nova Lei.

Contudo, nada impede o Governo de, por Decreto-Lei, afastar estas entidades da sujeição à nova Lei-Quadro das Entidades Reguladoras ou de criar soluções semelhantes para outras entidades de regulação por esta não identificadas.

Como é próprio das pessoas coletivas, as entidades administrativas independentes estão vinculadas ao princípio da especialidade, como por exemplo pela prática de atos jurídicos, o gozo de todos os direitos e a sujeição a todas as suas obrigações está condicionada a um princípio de necessidade relativo à prossecução das suas atribuições (art. 12.º, n.º 1).

Na Lei-Quadro das entidades administrativas independentes define-se, no art. 11.º, uma orientação genérica de cooperação entre as autoridades reguladoras, tendo em vista a resolução de problemas de interesses e a atribuições comuns.

O modelo institucional não fica completo sem se referir o modelo de organização estipulado na Lei-Quadro das Entidades Reguladoras (Capítulo I).

Como órgãos obrigatórios, a Lei-Quadro das Entidades Reguladoras prevê um Conselho de Administração e uma Comissão de Fiscalização ou Fiscal Único (art. 15.º, n.º 1), existindo ainda, paralelamente, uma Comissão de Vencimentos (art. 26.º) que funciona junto da entidade administrativa independente.

Em termos facultativos, poderão existir "órgãos de natureza consultiva" (art. 15.º, n.º 2).

O Conselho de Administração é um órgão colegial, composto por um presidente e até três vogais (admitindo-se, ainda, a existência de um vice-presidente embora tenha de se assegurar, na globalidade, um número ímpar de membros - art.º 17.º, n.º 1).

Porém, a colegialidade (art. 16.º) fica em crise, na medida em que a Lei confere ao presidente do órgão de administração um poder de veto sobre deliberações do órgão que sejam "contrárias à lei, aos estatutos ou ao interesse público" (art. 23.º, n.º 4).

Em relação aos titulares dos órgãos de Administração, façam-se ainda dois pontos de ordem: o mandato tem a duração de seis anos não renováveis (art. 20.º) e a remuneração dos membros do Conselho de Administração é definida pela Comissão de Vencimentos cuja composição provém de maioria governamental, tendo-se, como referência na fixação de valores, entre outros elementos, o vencimento do Primeiro-Ministro (art. 26.º, nº 3, alínea d)).

Em relação ao regime orçamental, podem identificar-se três regimes embora apenas dois sejam suscetíveis de aplicação às entidades administrativas independentes: i) o regime de autonomia orçamental plena (art. 33.º, n.º 1), ii) o regime de autonomia orçamental semi-plena (art. 33.º, n.º 2) e iii) o regime sem autonomia orçamental (totalmente dependente de verbas públicas).

Estar-se-á perante o primeiro quando a entidade reguladora independente seja financiada, exclusivamente, por receitas próprias decorrentes da atividade reguladora, como são as que resultam de contribuições, taxas e tarifas (art. 36.º, n.º 1 e 2, com exceção, nesta última, da alínea d)).

No segundo caso, haverá uma mistura de receitas próprias – daquelas que resultem da própria atividade da entidade reguladora, sejam das que resultam de cifra alocada pelo Orçamento de Estado.

O mesmo princípio aplica-se ao património: se for público, a entidade reguladora independente terá de se subordinar ao regime do património público, ao passo que ao património próprio aplicar-se-ão as regras de Direito privado.

Além das receitas próprias das entidades reguladoras independentes previstas no art. 36.º, n.º 2, alíneas a) a d), podem constituir receitas próprias, nos termos da alínea e) ("outras receitas, definidas nos termos da lei ou dos estatutos"), por exemplo, o produto da venda de bens e prestação de serviços, o rendimento decorrente de bens próprios e doações (embora sujeitos a autorização prévia, nos termos do art. 45.º, n.º 4), ou aplicações financeiras.

O princípio e as regras da unidade de tesouraria, estão previstos no art. 38.º, n.º 3.

Podemos então dizer que ao nível do regime de autonomia financeira, a Lei-Quadro encontra-se alinhada com a maioria das práticas internacionais, estabelecendo que o orçamento é definido pela própria entidade e aprovado pelo membro do Governo da área das finanças e pela entidade ministerial (Ministério) responsável para o efeito.

No que tange aos poderes das entidades reguladoras, a Lei-quadro acaba por se limitar a unificar o que já existia nos diversos estatutos de cada entidade reguladora.

Os poderes das entidades administrativas independentes estão previstos no artº 40º ao 43º e também no artº 47º para matérias relativas à defesa de interesses do consumidor comum.

As entidades reguladoras podem elaborar e aprovar regulamentos bem como outras normas de carácter geral, tais como emitir recomendações e diretivas genéricas[20].

[20] Como alude o Artigo 40.º, n.º 2, da Lei-Quadro, as autoridades reguladoras devem elaborar e aprovar regulamentos. Como recorda FREITAS DO AMARAL, *"os regulamentos administrativos são as*

Podemos concluir esta análise deste diploma, afirmando que na nossa opinião, esta Lei-Quadro constitui uma mais-valia para a consolidação da regulação em Portugal, pois permitiu, de certo modo, uniformizar, regulamentar e consolidar esta realidade, contribuindo para fortalecer o mesmo, tornando-o justo, com regras iguais para todos e em claro benefício do povo português, como corolário de um Estado de Direito Democrático.

Aderimos ao referido por Maria Celeste Cardona, quando refere que *esta nova legislação ainda carece de ser desenvolvida e complementada, nomeadamente através da feitura, com objectivos de adequação à Lei dos estatutos e demais instrumentos reguladores da organização e funcionamento das entidades administrativas independentes.*[21]

Concordamos, em absoluto, que se trata de um *"processo ainda inacabado".*[22]

No entanto, consideramos que este "bom começo" vai permitir a que o Estado e a Administração vá evoluindo e consolidando, sendo mais eficaz e capaz para responder aos desafios contemporâneos.

Conforme refere, uma vez mais, MARIA CELESTE CARDONA *a partir da Lei e da sua melhor interpretação é possível dar início a um esboço do que deve entender-*

normas jurídicas emanadas do exercício do poder administrativo por um órgão da Administração ou por uma entidade pública ou privada para tal habilitada por lei."

[20] Podemos identificar várias espécies de regulamentos, consoante vários critérios, dos quais apenas nos importa, para este estudo, o da relação do regulamento com a lei. A este propósito, os regulamentos podem ser independentes ou de execução/complementares. Os primeiros ocupam-se da regulamentação primária de determinada matéria, seguindo a atribuição da lei de habilitação. Diferentemente, os segundos têm por missão desenvolver, completar e aprofundar determinadas leis, pormenorizando-as e tornando-as viáveis para a aplicação aos casos concretos. Ora, no âmbito do poder regulamentar das autoridades reguladoras independentes, podemos deparar-nos com a emissão de regulamentos independentes e de regulamentos de execução. É precisamente a propósito dos regulamentos independentes que surgem as grandes questões as quais não vamos abordar nesta sede, mas deixamos aqui a problemática.

[21] MARIA CELESTE CARDONA, *Contributo para o conceito e a Natureza das Entidades Administrativas Independentes – As Autoridades Reguladoras*, p. 224.

[22] Cfr. refere MARIA CELESTE CARDONA, *Contributo para o conceito e a Natureza das Entidades Administrativas Independentes – As Autoridades Reguladoras*, p. 224.

se como uma nova categoria da Administração Pública: a Administração Independente.[23]

5. O surgimento das entidades administrativas independentes

No final do século XIX assistiu-se ao nascimento de um novo modelo de Estado. As estruturas administrativas que serviam o Estado, começaram a fazer parte deste e o aparelho administrativo foi-se expandindo e sendo engrossado.

Assistimos a uma desconcentração e descentralização de uma Administração que até aí era totalmente o oposto[24].

Contudo, só quase um século depois – na década de 70 e 80, assistimos ao depauperamento do designado Estado de providência.

Dá-se, assim, o nascimento do chamado Estado Regulador, o qual ficou a dever o seu nascimento a fatores dispares de natureza internacional[25], europeus e internos – na ordem portuguesa.

Desde logo, pela crescente europeização, atento o número de Regulamentos e Diretivas que tinham como destinatários os estados-membros.

Assim, a partir de meados dos anos oitenta as privatizações do sector público e a liberalização dos monopólios, levaram à necessidade urgente de introduzir nos principais estados da Europa formas de regulação independente.

Os mercados financeiros foram os primeiros a serem liberalizados, sendo progressivamente propagado aos restantes sectores que antes eram dominados exclusivamente pela intervenção estadual.

---

[23] MARIA CELESTE CARDONA, *Contributo para o conceito e a Natureza das Entidades Administrativas Independentes – As Autoridades Reguladoras*, p. 225.

[24] Conforme ensina MARIA CELESTE CARDONA: *A Administração descentralizada e desconcentrada substituiu a Administração centralizada e concentrada. in* MARIA CELESTE CARDONA, *Contributo para o conceito e a Natureza das Entidades Administrativas Independentes – As Autoridades Reguladoras*, p. 45.

[25] Foi nos Estados Unidos da América que surgiu a primeira entidade qualificada como *Independent Regulatory Commission*.

Estes sectores encontravam-se, na sua maioria, em situação de monopólio natural, em especial os sectores relacionados como as chamadas utilidades públicas - como o sector energético, por exemplo.

5.1. Estados Unidos da América

O movimento de criação de autoridades reguladoras independentes - as *Independent Regulatory Commission*, teve o seu impulso inicial nos Estados Unidos da América.

A primeira entidade com características de independência face ao poder político vigente foi criada em 1887 – a *Interstate Commerce Comission,* foi criada com o intuito de regular os transportes ferroviários nos diferentes estados, nos Estados Unidos da América.

O movimento de criação de *Independent Regulatory Commission*, desde muito cedo, se compararmos com as congéneres europeias, começaram a regular a atividade económica em diversas áreas e sectores da vida norte-americana.

A este propósito refere MARIA CELESTE CARDONA, que *a "regulação" americana, ao contrário da europeia, começou por traduzir: (i) uma política de nacionalizações de indústrias estratégicas e dos monopólios; (ii) uma planificação económica e da política industrial; e (iii) uma política de auto-regulaçção corporativa.*[26]

Com rigor, a evolução da criação das autoridades administrativas independentes nos Estados Unidos da América, passou por diversas fases.

Atualmente, discute-se, hoje, a Reforma das Agências norte-americanas.

A crise do *subprime* (2007/2008) veio expor algumas debilidades financeiras destas agências, e os governantes sentiram necessidade de efetuar um *assessment* dos modelos que foram bem-sucedidos e dos que não foram.

[26] MARIA CELESTE CARDONA, *Contributo para o conceito e a Natureza das Entidades Administrativas Independentes – As Autoridades Reguladoras*, pgs. 390-391.

Esse momento de introspeção, o qual tem dado sinais de vitalidade após a crise económica ter sido afastada, tendo voltado a ser canalizado montantes consideráveis para as principais agências, no sentido de prosseguir o seu fim, resultou em ações concretas.

Paul Adolph Volcker, Presidente da Reserva Federal dos Estados Unidos da América durante os governos de Jimmy Carter e Ronald Reagan e conselheiro do Presidente Barack Obama, desempenhou – até ter falecido no final de 2019, um importante papel na Reforma *supra* mencionada, culminando na publicação da *Dodd–Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act* – Lei 111-201, de 21 de Junho de 2010.

Esta Lei está dividida em 16 títulos e exige que os reguladores criem 243 *rules*, realizem 67 estudos e emitam 22 relatórios periódicos. O principal propósito desta Lei é: *To promote the financial stability of the United States by improving accountability and transparency in the financial system, to end "too big to fail," to protect the American taxpayer by ending bailouts, to protect consumers from abusive financial services practices, and for other purpose.*[27]

5.2. Reino Unido

O primeiro país na Europa a aplicar este tipo de regulação administrativa independente foi o Reino Unido, país que se rege pelos princípios da chamada *Common Law* e com uma orientação de Estado bastante parecida aos Estados Unidos da América.

No Reino Unido as autoridades administrativas independentes são designadas por *Non-departamental Public Bodies* ou por *Quangos*[28].

[27] Cfr. Sumário oficial disponível em https://www.davispolk.com/files/files/Publication/7084f9fe-6580-413b-b870-b7c025ed2ecf/Presentation/PublicationAttachment/1d4495c7-0be0-4e9a-ba77-f786fb90464a/070910_Financial_Reform_Summary.pdf [Acedido em 23 de Setembro de 2020, às 22h45m].

[28] O Parlamento Britânico define esta realidade como *Quasi Autonomous Non Governmental Organisation* *in* https://www.parliament.uk/globalassets/documents/commons/lib/research/key_issues/Key-Issues-Quangos.pdf [Acedido em 22 de Setembro de 2020, às 23h47m].

Os *Non-departamental Public Bodies* na lista do *Cabinet Office* totalizam cerca de 766 em todo o Reino Unido. Isto, sem prejuízo do País de Gales e a Escócia delegaram a responsabilidade por alguns de seus próprios organismos que não estão nessa lista, e a qual se estima ultrapassarem os mil.

Foi pela mão da Primeira-Ministra Margaret Thatcher, quem, entendia, que a lógica da regulação independente deveria ser implementada através da desgovernamentalização da função reguladora em prol da imparcialidade, que esta realidade começou a proliferar.

Em meados da década de 1990 foram efetuadas diversas reformas significativas no âmbito do regime jurídico destas entidades, atento a diversidade de poder e funções que desempenhavam.

É pela mão do Partido Conservador que as reformas estão a ser feitas, as quais versam, principalmente, sobre os custos elevados destas entidades, as quais fazem valer pecuniariamente ao contribuinte britânico uma soma considerável.

A verdade é que esta realidade prolifera por todo o Reino Unido, e a descentralização para entidades que não dependem diretamente do Governo é uma realidade desde o Governo de Margaret Thatcher.

5.3. França

Em França o surgimento das autoridades administrativas independentes resultou de um circunstancialismo próprio da necessidade do poder político instalado, aos desafios que o país enfrentava ao nível financeiro, económico e social.

MICHEL GENTOT, ao referir-se à origem das autoridades administrativas independentes na França, afirmou que *la création et le développement des autorités administratives indépendentes sont souvent expliqués par un souci de pragmatisme s'apposant aux traditions de jurisdisme,d'egualitarisme et de rigueur cartésienne par lesquelles on définit souvent l'administration française, par la recherche d'une capacité d'expertise d'innovation et d'adaptabilite dont seraient dépourveus les structures classiques et par une défiance à l' egard d' un État bureucratique er*

rourinier qui tiendrait un compre insuffisant des libertés individuelles. Cette triple justification conduittout naturellemellt à recherceher un modele de référence dans la tradition anglo-saxon.[29]

Na génese destas autoridades administrativas independentes, está a criação da Comissão de Controlo dos Bancos, em meados do século passado.

São considerados três os vetores essenciais para justificar a criação destas entidades: a) a necessidade de obsequiar à opinião pública uma garantia reforçada de imparcialidade das intervenções do Estado; b) assegurar a eficácia da intervenção do Estado em termos de celeridade, adaptação à evolução das necessidades do mercado; c) permitir a participação de um maior número de pessoas de origens e competências diversas.

5.4. Espanha

No país vizinho o aparecimento das administrações independentes também é bastante recente se comparadas com outras latitudes, designadamente a norte-americana.

Em Espanha tal como em muitos países europeus pertencentes a uma Europa unida sob a bandeira da Comunidade Económica Europeia, assente num mercado único assistiu a um impulso das autoridades administrativas independentes, a partir dos anos 80 do século passado.

A criação da primeira entidade com independência administrativa, ocorreu em 1980, com a instituição do Conselho de Segurança Nuclear. Esta entidade foi classificada como entidade de direito público independente da administração centralista do Estado espanhol.

Em 1988 foi criada a Comissão Nacional de Mercados de Valores, e em 1996 foi criada a Comissão de Mercado das Telecomunicações e a Comissão Nacional de Energia.

[29] MICHEL GENTOT, *Les autorités administratives independentes,* p.19.

5.5. União Europeia

O desenvolvimento das entidades administrativas independentes na Europa, deveu-se a vários fatores, como o facto de a União Europeia ter sido desenvolvida unitariamente baseado em diversas estruturas de regulação.

O alargamento da União Europeia está de mãos dadas com a forte regulação económica, atento em que assistimos a mudanças que provocaram a transformação de um Estado positivo para um Estado regulador.

Essa dissociação é inexequível desde logo pelo facto da integração dos Estados na União Europeia ser acompanhada pela obrigação de uma intervenção na economia através de mecanismos apertados de regulação, indo de encontro à mudança de paradigma para um Estado regulador.

Outra realidade que contribuiu fortemente para a regulação no Velho Continente, foi a realidade das privatizações.

Estas, resultaram na supressão dos monopólios públicos, nomeadamente aqueles que eram revestidos de utilidade pública, que passaram pela abertura dos mercados à concorrência.

Esta alteração de paradigma do Estado intervencionista para o Estado regulador foi sustentado, fundamentalmente, nas privatizações, na medida em que as mesmas passaram pela abertura de sectores que outrora eram do domínio total do Estado.

Esta alteração não foi homogénea em toda a Europa, e estava diretamente correlacionado com o poder político vigente.

Um bom exemplo disto mesmo é o caso português, em que a regulação de sectores apareceu mais tardiamente do que nos países do norte da europa – um bom exemplo português é o caso dos transportes.

A fase de criação das designadas "agências europeias" ocorre em finais dos anos de 1970, com a criação do Centro Europeu para o Desenvolvimento e Formação Profissional e da Fundação Europeia para a Melhoria das Condições de Vida e de Trabalho.

Já nos anos 90 foram criadas a Fundação Europeia para a Formação e a Agência Europeia do Ambiente.

Já no início do século XXI, é criada a Autoridade Europeia para a Segurança dos Alimentos e a Agência Europeia para a Segurança da Aviação.

Uma outra forte componente da política europeia são as agências descentralizadas, as quais foram criadas pela União Europeia para desempenhar funções técnicas e científicas tendo em vista ajudar as instituições europeias a executar políticas e tomar decisões.

Sem entrar em pormenores sobre esta temática – atento que não é a mesma objeto do nosso estudo, as agências descentralizadas ocupam-se de questões e problemas que afetam a vida quotidiana dos europeus, tais como *i)* os medicamentos; *ii)* os produtos químicos; *iii)* a qualidade de vida no trabalho e do ambiente de trabalho; *iv)* o conhecimento; entre outros.

Em 2012, a União Europeia adotou um amplo conjunto de princípios orientadores – denominada a "abordagem comum", no sentido de reforçar a coerência, a eficácia e a responsabilização das agências.

Este novo enquadramento resultou da revisão levada a cabo pelo grupo de trabalho da União Europeia sobre governação, funcionamento e supervisão das agências, com base numa série de relatórios e estudos, entre os quais uma avaliação externa exaustiva.

Em 2014, os serviços da Comissão, com o contributo das agências, elaboraram um manual de orientações para a fase de arranque que abrange os procedimentos a seguir aquando da criação das agências.

Com base nas informações transmitidas pelas agências, a Comissão emitiu orientações para o documento de programação das agências, bem como um modelo para o relatório de atividades anual consolidado das agências, em conformidade com os requisitos estabelecidos pelo Regulamento Financeiro-Quadro.

Conforme se teve oportunidade de referir, as agências europeias desempenham um papel muito importante em sede comunitária, e o seu alcance compreende um conjunto de matérias bastante vasto.

As principais agências europeias, são:

- Autoridade Europeia do Trabalho
- Agência de Cooperação dos Reguladores da Energia (ACER)
- Agência de Apoio ao ORECE (Gabinete do ORECE)
- Instituto Comunitário das Variedades Vegetais (ICVV)
- Agência Europeia para a Segurança e a Saúde no Trabalho (EU-OSHA)
- Agência Europeia da Guarda de Fronteiras e Costeira (Frontex)
- Agência Europeia para a Gestão Operacional de Sistemas Informáticos de Grande Escala no Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça (eu-LISA)
- European Asylum Support Office (EASO)
- Agência da União Europeia para a Segurança da Aviação (AESA)
- Autoridade Bancária Europeia (EBA)
- Centro Europeu de Prevenção e Controlo das Doenças (ECDC)
- Centro Europeu para o Desenvolvimento da Formação Profissional (Cedefop)
- Agência Europeia dos Produtos Químicos (ECHA)
- Agência Europeia do Ambiente (AEA)
- Agência Europeia do Controlo das Pescas (AECP)
- Autoridade Europeia para a Segurança dos Alimentos (EFSA)
- Fundação Europeia para a Melhoria das Condições de Vida e de Trabalho (EUROFOUND)
- Agência do GNSS Europeu (GSA)
- Instituto Europeu para a Igualdade de Género (EIGE)
- Autoridade Europeia dos Seguros e Pensões Complementares de Reforma (EIOPA)
- Agência Europeia da Segurança Marítima (EMSA)
- Agência Europeia de Medicamentos (EMA)
- Observatório Europeu da Droga e da Toxicodependência (OEDT)

- Agência da União Europeia para a Cibersegurança (ENISA)
- Agência da União Europeia para a Formação Policial (CEPOL)
- Serviço Europeu de Polícia (Europol)
- Agência Ferroviária da União Europeia (ERA)
- Autoridade Europeia dos Valores Mobiliários e dos Mercados (ESMA)
- Fundação Europeia para a Formação (ETF)
- Agência dos Direitos Fundamentais da União Europeia (FRA)
- Instituto da Propriedade Intelectual da União Europeia (EUIPO)
- Conselho Único de Resolução (CUR)
- Agência da União Europeia para a Cooperação Judiciária Penal (Eurojust)
- Centro de Tradução dos Organismos da União Europeia (CdT)

6. A evolução histórica das entidades administrativas independentes em Portugal

O aparecimento, no plano jurídico nacional, de entidades separadas organicamente do Governo e com funções de regulação - sendo as precursoras das atuais entidades administrativas independentes, tem o seu início após a revolução de 25 de Abril de 1974.

O primeiro exemplo que temos em Portugal de uma administração independente é o da Comissão Nacional de Eleições (CNE), que surge após o 25 de Abril e tinha a função de assegurar a igualdade entre os candidatos nas eleições.

A doutrina é unânime em classificar este órgão como o precursor das entidades administrativas independentes em Portugal.

A CNE foi nomeada, ao abrigo do estabelecido no artigo 13.º do Decreto-Lei n.º 621-C/74, de 15 de Novembro, com o fim específico de acompanhar as eleições da Assembleia Constituinte, estando prevista a sua dissolução noventa dias depois do apuramento geral da eleição.

Uma vez eleita a Assembleia Constituinte e sendo imperioso preparar um novo recenseamento eleitoral tendo em vista à eleição do parlamento, o qual se previa resultar na aprovação da CRP, foi publicado o Decreto-lei n.º 25-A/76, de 15 de Janeiro, que atribuiu novas responsabilidades a esta entidade. É pelo Decreto-Lei n.º 93-B/76, de 29 de Janeiro, que são fixadas as competências e o funcionamento da CNE.

Desde esse momento que a CNE passou a dispor de legislação própria, sendo que a composição da mesma foi determinada pelo Decreto n.º 106-A/76, de 6 de Fevereiro.

Um excelente indicador desta realidade assentava no facto de nos seus estatutos consubstanciarem princípios como os da independência face ao Estado e de inamovibilidade de cargos.

Contudo, só com a publicação da Lei n.º 71/78 de 27 de Dezembro, a CNE é "elevada" a um órgão independente, a qual apesar da sua autonomia atuar em paralelo com a Assembleia da República, fiscaliza todos e quaisquer atos que às eleições dissessem respeito.

No entanto, a verdadeira alteração de paradigma de um Estado intervencionista para um Estado regulador em Portugal deu-se a partir do início dos anos oitenta.

Em 1982 a revisão Constitucional abriu portas à aprovação de uma lei da concorrência e eliminou formas de controlo da economia pelo Estado, garantindo o livre funcionamento do mercado.

Em 1983 foi alterada a lei de delimitação de sectores, o que provocou uma avalanche de iniciativas privadas em áreas que eram de domínio exclusivo do estado.

A entrada de Portugal na Comunidade Económica Europeia, alterou definitivamente o paradigma no que concerne a esta nova realidade.

Isto porque Portugal viu-se obrigado a alterar as suas regras económicas, desde logo pela necessidade de respeito pelas regras do mercado comum, bem como das normas de concorrência constantes no Tratado de Roma.

A revisão da Constituição de 1989 liberalizou o mercado das utilidades públicas ao mesmo tempo que se iniciam diversos processos de privatizações, as quais, não obstante terem sido levados a cabo neste lapso temporal, não resultavam de uma imposição do Tratado de Roma.

Neste contexto, Portugal embora atrasado em relação aos restantes países da Comunidade Europeia segue o mesmo trajeto europeu.

Na grande parte dos países europeus o desenvolvimento das entidades administrativas independentes deu-se sem qualquer base Constitucional.

Contudo, esta situação não ocorreu em Portugal, pois a partir da 4ª revisão Constitucional, a nossa Lei Fundamental passou a prever a criação de "entidades administrativas independentes" no seu artigo 267.º, nº 3.

Isto sem prejuízo de existirem previamente autoridades administrativas independentes, como era o caso da Alta Autoridade para a Comunicação Social e demais criadas por lei.

A partir de 1988, dá-se início aos diversos processos de liberalização, iniciado primeiro com a eletricidade e mais tarde em 1989 com a privatização de empresas públicas.

Mas, foi nos anos 90 que se assistiu a uma avalanche de privatizações, o que criou uma necessidade de regulação para colmatar as falhas de mercado.

No sector financeiro, a função reguladora foi atribuída a três entidades diferentes: a função reguladora da atividade bancária foi atribuída ao Banco de Portugal em 1991, a Bolsa de Valores foi privatizada, tendo sido aprovado o Código do Mercado de Valores Mobiliários, que instituiu a primeira entidade reguladora independente em Portugal, a Comissão do Mercado de Valores Mobiliários.

No sector energético, foi criada em 1995 a Entidade Reguladora do Sector Elétrico, que mais tarde viu a sua abrangência chegar ao sector do gás, o que provocou uma alteração de nome para Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos, já que a sua abrangência deixou de ser exclusivamente no domínio da eletricidade.

Com a quarta revisão da Constituição da República Portuguesa, em 1997, as entidades administrativas independentes passaram a beneficiar de consagração genérica na Lei Fundamental.

O artigo 267.º, n.º 3 da Constituição da República Portuguesa preceitua, sob a epígrafe "Estrutura da Administração" e sob o título IX relativo à "Administração Pública" que "a lei pode criar entidades administrativas independentes".

Saliente-se que as entidades administrativas independentes se integram na Administração Pública, embora de modo distinto da sua forma tradicional de organização.

Com a quarta revisão da Lei Fundamental veio reconhecer-se o seu papel num Estado contemporâneo cujos apelos a uma maior eficiência, celeridade, experiência e independência são evidentes.

A tutela constitucional vem resolver de certa forma a constante tensão e dialética entre a Administração Pública estadual com estruturação tradicional e o exercício da regulação por entes que não se integram, plenamente, na pirâmide hierarquizada que caracteriza aquela última e que é ocupada, no seu vértice superior, pelo Governo.

No tocante às telecomunicações, o estatuto do Instituto das Comunicações de Portugal alterou-se em 1998, dando origem à Autoridade Nacional de Comunicações, que ganhou também ela o estatuto de entidade reguladora independente.

O Instituto Nacional de Aviação Civil, sem prejuízo de não gozar de um estatuto de entidade reguladora independente, detém funções reguladoras e a partir de 1998 passou a desempenhar as funções que eram confinadas à Direcção Geral da Aviação Civil, o mesmo se passando com o Instituto da Mobilidade e Transportes Terrestres mais conhecido como IMTT.

Já no virar de século, em 2003, também a saúde havia de dar lugar à iniciativa privada, através da lei das parcerias público-privadas, sendo criada a Entidade Reguladora da Saúde, que tinha como função todo o supervisionamento

do sistema de cuidados de saúde à exceção das unidades farmacêuticas que tinham a supervisão direta do INFARMED.

Em 2005, foi criada a Entidade Reguladora para a Comunicação Social, conhecida por ERC, que visava toda a atividade que dissesse respeito a conteúdos que fossem considerados comunicação social.

Em 2009, é criada a Entidade Reguladora dos Serviços de Água e de Resíduos, que tinha como função regular todos os serviços de abastecimento público de água, saneamento e tratamento de resíduos sólidos, ganhando, também ela, o estatuto de entidade reguladora independente.

No início do século XXI, foi efetuada uma tentativa de regular esta realidade com a apresentação de um anteprojeto de Lei-quadro por Vital Moreira e Fernanda Maçãs quando apresentaram em 2003 várias justificações para a implementação desta Lei.

Aliás, muito deste estudo, veio a ser aplicado, quase uma década depois, na génese da nova Lei-quadro, uma vez que, muitas das soluções adotadas pelo legislador na feitura da nova Lei, vão de encontro ao sugerido por estes dois autores.

Para justificarem a necessidade de uma Lei-quadro, estes dois autores indicaram três razões[30] de fundo:

i) o primeiro, existindo muitos organismos reguladores, é porém notória a falta de homogeneidade das soluções institucionais, dando lugar a soluções organizativas diferentes, ora sob a forma de entidades independentes, perante situações idênticas, dependendo isso de fatores em grande medida conjunturais e aleatórios;

ii) segundo, apesar dessa heterogeneidade institucional, observa-se uma incontestável tendência para a substituição de institutos tradicionais por entidades reguladoras independentes; e, por último,

[30] VITAL MOREIRA/FERNANDA MAÇÃS, *Autoridades Reguladoras Independentes, Estudo e Projecto de Lei-Quadro*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, pág.260

iii) o terceiro, apesar dessa tendência, está longe de haver homogeneidade nas soluções relativas às diversas autoridades reguladoras independentes, havendo consideráveis diferenças entre elas.

Todavia, só passados dez anos sobre este anteprojeto é que as razões e soluções avançadas por Vital Moreira e Fernanda Maçãs ganham vida, pois a Lei-quadro abarca em grande parte as soluções encontradas por estes dois autores.

Assim, com a proposta de Lei n° 132/XII do Governo que aprovou a Lei-quadro das entidades administrativas independentes com funções de regulação da atividade económica dos sectores privado, público e cooperativo, teve origem a Lei nº 67/2013 de 28 de agosto, a qual abordaremos mais à frente.

Conforme tivemos oportunidade de referir *supra*[31], o regime jurídico das entidades administrativas independentes surgiu em consequência da assinatura do Memorando de Entendimento sobre as Condicionalidades de Política Económica, o qual foi subscrito pelo Governo português, pela Comissão Europeia, pelo Fundo Monetário Internacional e pelo Banco Central Europeu.

Esta Lei-quadro era necessária, desde logo por razões sistemáticas e estruturais, na medida em que existia uma pluralidade de regime difusos, quanto às próprias entidades administrativas independentes.

O novo diploma procedeu, assim, à definição de um quadro-geral que disciplina, *"(...) de forma integrada e sistematizada, o conjunto de regras que deve compor o enquadramento jurídico referente à criação, organização e funcionamento das entidades públicas com atribuições de regulação económica (...)"*.[32]

Em súmula, do aqui explanado, e por forma a um pensamento mais estruturado e sistematizado, podemos enumeramos as entidades públicas independentes, autoridades administrativas ou órgãos independentes criados antes da revisão da CRP de 1997, as quais, foram as seguintes:

[31] Ver capítulo "Das entidades administrativas independentes criadas pela Lei n.º 67/2013, de 28 de Agosto, a Lei-Quadro das Entidades Administrativas Independentes com funções de regulação da atividade económica dos setores privado, público e cooperativo"

[32] MARIA CELESTE CARDONA, *Contributo para o conceito e a Natureza das Entidades Administrativas Independentes – As Autoridades Reguladoras.*

i. Alta Autoridade para a Comunicação Social

ii. Comissão Nacional de Eleições

iii. Conselho Superior de Magistratura

iv. Procuradoria-Geral da República

v. Provedor de Justiça

vi. Comissão Nacional de Objecção de Consciência

vii. Conselho Nacional de Ética para as Ciência da Vida

viii. Comissão Nacional de Proteção de Dados

ix. Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos

x. Comissão para a Fiscalização do Segredo de Estado

xi. Conselho Superior da Administração e da Função Pública

xii. Comissão de Mercado de Valores Mobiliários

xiii. Entidade Reguladora do Sector Eléctrico

Conforme tivemos oportunidade de aferir, no seguimento da revisão constitucional de 1997, o legislador procedeu à transformação do regime jurídico de entidades já estabelecidas em momento anterior e, por outro lado, de criar novas autoridades independentes, o qual tivemos oportunidade de referir aquando do nosso estudo sobre a Lei n.º 67/2013, de 28 de Agosto, a Lei-Quadro das Entidades Administrativas Independentes com funções de regulação da atividade económica dos setores privado, público e cooperativo.

7. Da evolução do papel do Estado na criação das Entidades Administrativas Independentes

A conceção de entidades administrativas com independência em relação à Administração central para desempenharem funções de regulação representa um novo modelo de administração.

Sem prejuízo de bastante haver a referir sobre esta matéria, vamos de forma muito sumária, abordar a evolução do papel do Estado no último terço do século passado até os dias de hoje.

Ora, conforme se aferido acima na Europa, o processo de privatização das tarefas públicas ocorrido na década de 80 do Século XX retirou do Estado o provimento de serviços essenciais ao cidadão e entregou-lhe uma nova função: garantir a eficiência e a concorrência leal dos mercados.

De Prestador, o Estado passa a ser Regulador.

Este "Estado-Providência" foi caracterizado por MARIA CELESTE CARDONA numa *uma relação duradoura e perene entre o Estado e o cidadão na medida em que este último vê garantidos direitos, económicos e sociais.*[33]

Ocorre que, com o declínio da figura do Estado-providência e o aparecimento do Estado Regulador, surge uma outra faceta da Administração Pública, a chamada Administração Pública Independente.

Este conceito de Administração Pública Independente resume-se ao conjunto de órgãos do Estado e de pessoas coletivas públicas de carácter institucional que asseguram a prossecução de tarefas administrativas de incumbência do Estado sem estarem sujeitos aos poderes de hierarquia, de superintendência, nem de tutela dos órgãos de direção política.

Ao Estado de Regulação está associada uma estrutura administrativa com características próprias.

[33] MARIA CELESTE CARDONA, *Contributo para o conceito e a Natureza das Entidades Administrativas Independentes – As Autoridades Reguladoras*, pg. 93.

Trata-se, portanto, de uma estrutura organizativa inovadora que atua com independência em relação aos órgãos políticos do Estado para garantir o respeito ao princípio da imparcialidade pela Administração Pública no exercício de suas tarefas e que comporta uma heterogeneidade de modelos, inclusive com formatos jurídicos diferentes, no qual as entidades administrativas independentes também estão inseridas e são definidas pela Lei-quadro n.º 67/2013, como pessoas coletivas de direito público, o que detona a inserção destas entidades à estrutura organizacional do Estado.

A chamada pluralidade da Administração Pública, em que emerge a Regulação, é uma "marca de água" dos tempos contemporâneos.

Conforme ensina MARIA CELESTE CARDONA em *o Estado deixou de ser diretamente produtor e prestador de serviços aos cidadãos; mas não deixou de continuar a ter a responsabilidade de regular o funcionamento do mercado (…) Vai mais longe: O Estado tem o dever de cumprir a finalidade de corrigir o mercado.*[34]

Vai mais longe quando afirma que: *O novo Estado Regulador e de Garantia concretiza-se, nos tempos modernos, pela definição de um novo paradigma de relacionamento entre o Estado e o Mercado, que confirma a permanência e a continuidade das responsabilidades públicas fundadas no princípio da Garantia.*[35]

São diversos os fins deste Estado garante, as quais se traduzem nas ideias de desempenho de "tarefas públicas" fundadas no interesse público, independentemente da natureza jurídica da entidade que as executa.

Para MARIA CELESTE CARDONA, as finalidades do Estado de Garantia são as seguintes: *i) é ao Estado que cumpre assegurar e garantir o fornecimento dos serviços de interesse económico geral de forma eficiente e continuada; ii) é ao Estado que deve garantir a proteção dos direitos dos utilizadores, no sentido em que este deve assegurar o acesso dos cidadãos aos serviços de interesse económico geral em condições de universalidade; iii) É ao Estado que cumpre a garantia, a proteção e a*

[34] MARIA CELESTE CARDONA, *Contributo para o conceito e a Natureza das Entidades Administrativas Independentes – As Autoridades Reguladoras*, pg. 174

[35] MARIA CELESTE CARDONA, *Contributo para o conceito e a Natureza das Entidades Administrativas Independentes – As Autoridades Reguladoras*, pg. 174

promoção da concorrência, no sentido em que esta passou a ser concebida e qualificada como de interesse público; iv) É ainda ao Estado que cumpre garantir um equilíbrio eficiente e justo entre o interesse público e os interesses privados, bem como a credibilização de soluções de mercado promovidas pelo próprio Estado, como é o caso, por exemplo, do que sucede atualmente com os serviços públicos prestados pelos notários privados.[36]

O surgimento das entidades administrativas independentes em Portugal, foi um movimento natural de um estado que servia como regulador e garante.

Desde 2003 que a Reforma do Estado tem passado por intervenções legislativas e operacionais conjunturais.

Por esta altura, ocorreu uma tentativa de regular esta realidade com a apresentação de um anteprojeto de Lei-quadro por Vital Moreira e Fernanda Maçãs quando apresentaram em 2003 várias justificações para a implementação desta Lei.

No entanto, só com a celebração do Memorando de Entendimento com as autoridades internacionais que integravam à data a *Troika,* foi determinado que o Governo deveria proceder à elaboração de um estudo autónomo sobre as responsabilidades, recursos e características das entidades reguladoras portuguesas.

Foi este estudo que permitiu o desenvolvimento e a criação da Lei-quadro n.º 67/2013, a qual foi já objeto de estudo nos capítulos anteriores.

Por último, não podemos deixar de constatar que aquilo que os nossos governantes andaram a adiar, foi-nos imposto por via de obrigações internacionais, as quais resultaram no nosso entendimento num Estado e aparelho da Administração Pública, mais capaz, competente e organizado, procurando servir os interesses dos cidadãos contribuintes.

[36] MARIA CELESTE CARDONA, *Contributo para o conceito e a Natureza das Entidades Administrativas Independentes – As Autoridades Reguladoras*, pgs. 175-176.

8. Das Conclusões

No final do século XIX assistiu-se ao nascimento de um novo modelo de Estado. As estruturas administrativas que serviam o Estado, começaram a fazer parte deste e o aparelho administrativo foi-se expandindo e sendo engrossado de maneira diferenciada, até então.

Assistimos a uma desconcentração e descentralização de uma Administração que até aí era totalmente o oposto[37].

Contudo, só quase um século depois – na década de 70 e 80, assistimos ao depauperamento do designado Estado de providência.

Dá-se, assim, o nascimento do chamado Estado Regulador, o qual ficou a dever o seu nascimento, em grande medida, a fatores dispares de natureza internacional[38], europeus e internos – na ordem portuguesa.

Conforme ensina MARIA CELESTE CARDONA em *o Estado deixou de ser diretamente produtor e prestador de serviços aos cidadãos; mas não deixou de continuar a ter a responsabilidade de regular o funcionamento do mercado (…) Vai mais longe: O Estado tem o dever de cumprir a finalidade de corrigir o mercado.*[39]

A partir de meados dos anos oitenta do século passado, as privatizações do sector público e a liberalização dos monopólios, levaram à necessidade urgente de introduzir nos principais estados da Europa formas de regulação independente – surgindo uma nova figura de regulação - as entidades administrativas independentes.

[37] Conforme ensina MARIA CELESTE CARDONA: *A Administração descentralizada e desconcentrada substituiu a Administração centralizada e concentrada. in* MARIA CELESTE CARDONA, *Contributo para o conceito e a Natureza das Entidades Administrativas Independentes – As Autoridades Reguladoras*, p. 45.

[38] Foi nos Estados Unidos da América que surgiu a primeira entidade qualificada como *Independent Regulatory Commission*.

[39] MARIA CELESTE CARDONA, *Contributo para o conceito e a Natureza das Entidades Administrativas Independentes – As Autoridades Reguladoras*, pg. 174

Os mercados financeiros foram os primeiros a serem liberalizados, sendo progressivamente propagado aos restantes sectores que antes eram dominados exclusivamente pela intervenção estadual.

Estes sectores encontravam-se, na sua maioria, em situação de monopólio natural, em especial os sectores relacionados como as chamadas utilidades públicas - como o sector energético, por exemplo.

Em Portugal as entidades administrativas independentes integram a Administração Pública na categoria de administração independente do Estado.

As entidades administrativas independentes desenvolveram-se entre nós de forma desordenada, não tendo a sua criação sido precedida de uma intervenção legislativa que lhes fixasse o desenho orgânico e uma estrutura uniforme.

Com a quarta revisão da Constituição da República Portuguesa, em 1997, as entidades administrativas independentes passaram a beneficiar de consagração genérica na Lei Fundamental.

O artigo 267.º, n.º 3 da Constituição da República Portuguesa preceitua, sob a epígrafe "Estrutura da Administração" e sob o título IX relativo à "Administração Pública" que "a lei pode criar entidades administrativas independentes".

Conforme ensina MARIA CELESTE CARDONA, este *preceito constitucional está sistematicamente inserido no Título relativo aos princípios fundamentais da Administração Pública que determina, para além desta autorização, as formas de descentralização e desconcentração administrativas, sem prejuízo da necessária eficácia e unidade de ação da Administração.*[40]

O regime jurídico das entidades administrativas independentes surgiu em consequência da assinatura do Memorando de Entendimento sobre as Condicionalidades de Política Económica, o qual foi subscrito, em 17 de Maio de 2011, pelo Governo português, pela Comissão Europeia, pelo Fundo Monetário Internacional e pelo Banco Central Europeu.

[40] MARIA CELESTE CARDONA, *Contributo para o conceito e a Natureza das Entidades Administrativas Independentes – As Autoridades Reguladoras*, p. 37.

Esta Lei-quadro era necessária, desde logo por razões sistemáticas e estruturais, na medida em que existia uma pluralidade de regime difusos, quanto às próprias entidades administrativas independentes.

Conforme ensina Maria Celeste Cardona *a Lei n.º 67/2013, de 28 de Agosto, não pode ser entendida como uma Lei Geral da Administração Independente nem, tão-pouco, como uma Lei Geral da Regulação Económica.*[41]

Esta autora sustenta tal qualificação em dois motivos principais: a) *o novo regime tem apenas por objectivo a disciplina de entidades administrativas independentes com funções de regulação; (…)* b) *a nova lei exclui expressamente algumas entidades reguladoras - como é o caso do Banco de Portugal e da Entidade Reguladora da Comunicação Social.*[42]

Esta Lei-Quadro constitui uma mais-valia para a consolidação da regulação em Portugal, pois permitiu, de certo modo, uniformizar, regulamentar e consolidar esta realidade, contribuindo para fortalecer o mesmo, tornando-o justo, com regras iguais para todos e em claro benefício do povo português, como corolário de um Estado de Direito Democrático.

Aderimos ao referido por Maria Celeste Cardona, quando refere que *esta nova legislação ainda carece de ser desenvolvida e complementada, nomeadamente através da feitura, com objectivos de adequação à Lei dos estatutos e demais instrumentos reguladores da organização e funcionamento das entidades administrativas independentes.*[43]

Trata-se, assim, de um *"processo ainda inacabado".*[44]

---

[41] MARIA CELESTE CARDONA, *Contributo para o conceito e a Natureza das Entidades Administrativas Independentes – As Autoridades Reguladoras*, p. 203.

[42] MARIA CELESTE CARDONA, *Contributo para o conceito e a Natureza das Entidades Administrativas Independentes – As Autoridades Reguladoras*, p. 203.

[43] MARIA CELESTE CARDONA, *Contributo para o conceito e a Natureza das Entidades Administrativas Independentes – As Autoridades Reguladoras*, p. 224.

[44] Cfr. refere MARIA CELESTE CARDONA, *Contributo para o conceito e a Natureza das Entidades Administrativas Independentes – As Autoridades Reguladoras*, p. 224.

Contudo, observamos que o atual paradigma vai permitir a que o Estado e a Administração vá evoluindo e consolidando, sendo mais eficaz e capaz para responder aos desafios contemporâneos.

A final, e conforme refere MARIA CELESTE CARDONA *a partir da Lei e da sua melhor interpretação é possível dar início a um esboço do que deve entender-se como uma nova categoria da Administração Pública: a Administração Independente.*[45]

FILIPE REVEZ NEVES

[45] MARIA CELESTE CARDONA, *Contributo para o conceito e a Natureza das Entidades Administrativas Independentes – As Autoridades Reguladoras*, p. 225.

Bibliografia

AMARAL, DIOGO FREITAS DO, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. I., 4ª Ed., Almedina, Coimbra, 2015

CARDONA, MARIA CELESTE, *O Poder discricionário e a discricionariedade técnica da Administração Pública*, em Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal, Outubro/Dezembro, 1985

CARDONA, MARIA CELESTE, *Contributo para o conceito e a Natureza das Entidades Administrativas Independentes – As Autoridades Reguladoras,* Reimpressão, Almedina, Coimbra, 2017

CARDOSO, JOSÉ LUCAS, *As Autoridades Administrativas Independentes e a Constituição*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002

CARDOSO JOSÉ LUCAS, *Administração Independente*, *in* Dicionário Jurídico da Administração Pública, Coimbra Editora, Coimbra, 2007

Comissão das Comunidades Europeias, Livro Branco dos Serviços de Interesse Económico Geral, Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, COM 2004/374 final, Bruxelas, 2004

GENTOT, MICHEL, *Les autorités administratives independentes,* Montchrestien, Paris, 1994

MORAIS, BLANCO DE, *"As autoridades administrativas independentes na ordem jurídica portuguesa"*, em *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 61 – Janeiro.

MOREIRA, VITAL, *Autorregulação profissional e administração pública*, Almedina, Coimbra, 1997.

MOREIRA, VITAL/MAÇÃS, FERNANDA, *Autoridades Reguladoras Independentes, Estudo e Projecto de Lei-Quadro*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003

OTERO, PAULO, *A Administração Pública nacional como Administração comunitária: os efeitos internos da execução administrativa pelos Estados-membros do Direito Comunitário*, Estudos de Homenagem à Professora Doutora Isabel Magalhães Collaço, Vol. I, Almedina, Coimbra, 2002

SOUSA, MARCELO REBELO DE/MATOS, ANDRÉ SALGADO, *Direito Administrativo Geral*, Tomo I, 3ª Ed., Dom Quixote, Lisboa, 2004.

LISTA DE ABREVIATURAS

ACER Agência de Cooperação dos Reguladores da Energia

AEA Agência Europeia do Ambiente

AECP Agência Europeia do Controlo das Pescas

AESA Agência da União Europeia para a Segurança da Aviação

al./als. alínea/alíneas

cap. capítulo

CdT Centro de Tradução dos Organismos da União Europeia

Cedefop Centro Europeu para o Desenvolvimento da Formação Profissional

CEPOL Agência da União Europeia para a Formação Policial

cf. conferir

cit. citado(a)

CRP Constituição da República Portuguesa

CNE Comissão Nacional de Eleições

Coord. coordenado

CUR Conselho Único de Resolução

EASO European Asylum Support Office

EBA Autoridade Bancária Europeia

ECDC Centro Europeu de Prevenção e Controlo das Doenças

ECHA Agência Europeia dos Produtos Químicos

ed. edição

EFSA Autoridade Europeia para a Segurança dos Alimentos

EIGE Instituto Europeu para a Igualdade de Género

EIOPA Autoridade Europeia dos Seguros e Pensões Complementares de Reforma

EMSA Agência Europeia da Segurança Marítima

EMA Agência Europeia de Medicamentos

ENISA Agência da União Europeia para a Cibersegurança

EU-OSHA Agência Europeia para a Segurança e a Saúde no Trabalho

eu-LISA Agência Europeia para a Gestão Operacional de Sistemas Informáticos de Grande Escala no Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça

Eurojust Agência da União Europeia para a Cooperação Judiciária Penal

EUROFOUND Fundação Europeia para a Melhoria das Condições de Vida e de Trabalho

EUIPO Instituto da Propriedade Intelectual da União Europeia

Europol Serviço Europeu de Polícia

ESMA Autoridade Europeia dos Valores Mobiliários e dos Mercados

ERA Agência Ferroviária da União Europeia

ETF Fundação Europeia para a Formação

FRA Agência dos Direitos Fundamentais da União Europeia

Frontex Agência Europeia da Guarda de Fronteiras e Costeira

GSA Agência do GNSS Europeu

ICVV Instituto Comunitário das Variedades Vegetais

n. número

OEDT Observatório Europeu da Droga e da Toxicodependência

Org. organizado

ORECE Agência de Apoio ao ORECE

ONU Organização das Nações Unidas

reeimp. reimpressão

ss. seguintes

trad. traduzido

UE União Europeia

v. volume

ÍNDICE

1. Introdução e objeto de estudo do relatório 183

2. Do enquadramento das entidades administrativas independentes 185

3. Das entidades administrativas independentes criadas pela Constituição da República Portuguesa 190

4. Das entidades administrativas independentes criadas pela Lei n.º 67/2013, de 28 de Agosto, a Lei-Quadro das Entidades Administrativas Independentes com funções de regulação da atividade económica dos setores privado, público e cooperativo 193

4.1. Do surgimento da Lei n.º 67/2013, de 28 de Agosto, a Lei-Quadro das Entidades Administrativas Independentes 193

5. O surgimento das entidades administrativas independentes 201

5.1. Estados Unidos da América 202

5.2. Reino Unido 203

5.3. França 204

5.4. Espanha 205

5.5. União Europeia 206

6. A evolução histórica das entidades administrativas independentes em Portugal . 209

7. Da evolução do papel do Estado na criação das Entidades Administrativas Independentes 216

8. Das Conclusões 219

Bibliografia 223

A PERSPICÁCIA DO DIREITO BANCÁRIO:

ENTRE A USURA E ESPECULAÇÃO

Jéssica Correia de Almeida
Licenciada em Direito
Mestranda em Ciências Jurídico-Empresariais

SUMÁRIO

O presente trabalho tem como objetivo a análise da panorâmica do preponderante papel do direito bancário, numa sociedade de consumo, marcada por uma economia mundial impulsionada pela evolução das tecnologias da informação e, em constante troca de fluxos monetários e dos produtos financeiros, que lhe estão subjacentes.

Com o crescimento das relações contratuais, cresce também o número de interesses que se contradizem. Nestes termos, o estudo concerne numa abordagem das relações bancárias, e a problemática da sua conjuntura, débil à usura e especulação, pela própria natureza dos contratos bancários e essência das relações estabelecidas, com enfoque nos contratos de crédito ao consumo e swap de taxas de juro, e o seu equilíbrio contratual,

Neste contexto, onde atuações desmedidas causam consequências que afetam toda a sociedade, urge o direito bancário, ao qual se apela um modelo protetivo, que garanta

a concessão de crédito responsável, assim como uma resposta ao sobre-endividamento e combate de eventuais receios e cenários especulativos. É, assim, proposta uma análise da resposta normativa e institucional, às quais se veem a associar outros domínios, perspetivando-se a pluridimensionalidade do paradigma do direito bancário.

PALAVRAS-CHAVE: contratos bancários; boas práticas jurídicas; sobreendividamento; literacia financeira.

l. A perspicácia do direito bancário

i.O direito bancário e as relações contratuais: enfoque no crédito ao consumo.

Os bancos são entidades essenciais ao funcionamento da economia e o crédito é fundamental para o desenvolvimento da mesma. A atividade financeira de concessão de crédito está rodeada pelos mais diversos riscos, no entanto, a facilidade no acesso ao crédito que se deu a partir dos anos 90, "gerou a ilusão de um progresso sem limites"[1] e, a utilização de crédito bancários, pelos particulares, vulgarizou-se, com a elucidante ideia de se poder comprar qualquer coisa podendo pagar futuramente, em prestações mensais.

Num mercado que cada vez se torna mais sofisticado, um dos riscos da sociedade moderna, que densificou os seus padrões de consumo e, consequentemente, o recurso ao crédito, é o sobre-endividamento.[2] Neste sentido, mediante um relatório elaborado pelo Banco de Portugal, relativo a evolução dos novos créditos aos consumidores, entre agosto e setembro de 2022, as instituições de crédito portuguesas, cederam um montante de 327 milhões apenas a nível de crédito pessoal e cerca de 117 milhões a nível de cartões e descoberto[3]. Relativamente ao nível médio de endividamento das famílias portuguesas, o crédito por elas contraído trata-se, em grande parte, destinado ao consumo, sendo auferido um montante de 20, 7 mil milhões de euros, no final do mês de outubro[4], refletindo um crescimento de 6,0% relativamente ao ano passado, em comparação à variação anual de 3,5% referente à zona euro.

Posto isto, é de todo o interesse considerar se tal se deve a uma concessão de crédito pouco criteriosa pois, onde o acesso ao crédito é fácil, o endividamento também o será. O fornecimento desmedido de crédito pode, de facto, se tornar mais danoso ao consumidor do que a própria situação financeira atual. Nestes

[1] *Cfr.* Centro de Estudos Judiciários, *Plano de Formação Contínua 2013-2014* – Direito Bancário, E-book, 2015, p.6.

[2] FRADE, Catarina, *Sobreendividamento e soluções extrajudiciais: a mediação de dívidas*, *I Congresso de Direito da Insolvência*. Coimbra, Almedina, 2013, p.9.

[3] Disponível em https://www.bportugal.pt/page/evolucao-dos-novos-creditos-aos-consumidores-janeiro-de-2017, consultado a 26.11.2022.

[4] Disponível em https://bpstat.bportugal.pt/conteudos/noticias/1808, consultado a 26.11.2022.

termos, surgem conceitos tendenciosos e moralistas que acusam, de imediato, as instituições financeiras, de conceder crédito predatório, financiando pessoas que não tinham meios para vir a pagar ou as famílias, por adotarem um padrão de consumo acima das suas capacidades[5].

Ainda que não possam ser ignoradas as transformações sociais e o contexto macroeconómico da contraparte do consumidor e das suas necessidades, nem sempre está na posição desfavorável que se presume, por vezes, o próprio age de má-fé, nomeadamente quando obtém financiamento para se ver livre de uma situação económica grave, sabendo ser incapaz de honrar o pacto. Logo, ainda que as instituições possam, presumivelmente, ter mais poder negocial, não deve ser adotada uma visão condescendente dos devedores, como forma de atribuir às mesmas a responsabilização pelas decisões dos contraentes.

O paradigma bancário, hiper-regulado[6], pautado pela conjugação da globalização e autonomia privada, e pelos seus contratos, com relevância social e económica, tornou imperativa e, necessária, uma abordagem preventiva do sobre-endividamento, sob o garante de uma análise correta dos riscos inerentes à atividade bancária, numa perspetiva pluridimensional, enquadrando outros elementos, como políticas sociais e a formação dos consumidores.

ii. O risco da atividade bancária: breve referência a metodologias de avaliação.

Com o risco associado à atividade bancária e a necessidade de prevenção do sobre-endividamento, para além de imposições normativas, surgiram outras metodologias de avaliação e proteção do risco de crédito, pois, como "gerir um risco implica uma intervenção à priori nos factores que o alimentam". Denote-se, desde já, que ainda que os concedentes profissionais tenham uma capacidade maior de avaliar o risco[7], a, de antemão referida, abordagem preventiva envolve,

[5] *Cfr.* SANTOS, Ana Cordeiro, FRADE, Catarina e OLIVEIRA, Miguel, *Perspetivas interdisciplinares sobre o consumo e crédito*, 2013, p.4.

[6] Cfr. *Ibidem*, p.8.

[7] VASCONCELOS, Miguel Pestana de, *Os limites máximos das taxas de juro das instituições de crédito e das sociedades financeiras,* Revista de Direito Comercial, 2018, p.653.

neste âmbito, agir sobre diversas variáveis em simultâneo, atuando sobre métodos de natureza não regulatória como a promoção da literacia financeira; os ficheiros de crédito[8]; assim como o reforço dos códigos de conduta das instituições financeiras e os sistemas de *rating* e *scoring* que permitem às mesmas de usufruir de proteção.

Com enfoque nestes dois últimos, Silva entende o *rating* como um cálculo da credibilidade de um obtentor de crédito sendo que, as instituições bancárias podem recorrer a um ranking interno, reunindo informações sobre determinadas características dos seus clientes, comparam as mesmas informações com dados já obtidos, ou optam pelo meio externo, sendo o *rating* elaborado por agências de classificação. Por sua vez, Batista configura o *scoring* como um modelo de avaliação da capacidade crédito, obtido através de informações registadas e cujos dados são convertidos em números, depois combinados, de modo a originar uma pontuação, sendo possível prever a probabilidade de um requerente de crédito entrar em incumprimento e, segundo o mencionado autor, obter uma revisão fidedigna, não obstante as que necessitam de intervenção humana.[9]

No entendimento de Catarina Frade, as soluções neste âmbito não se devem cingir a procedimentos estritamente judiciais, devendo ser favorecida uma lógica de solução extrajudiciais com mediação independente[10], sendo que, "a prevenção do sobreendividamento é preferível à contenção dos seus danos" [11]. De facto, o ocasional desequilíbrio entre as partes envolvidas e a crença na força na lei como único instrumento hábil para corrigir tal deformidade, numa época capitalista, contribuiu para a criação de um regime massificado, que pretende unicamente conceber uma irrisória igualdade das partes perante a lei.

Nestes termos, de modo a melhor afigurar esta problemática do risco, os meios de reconhecimento e prevenção devem ser interpostos também na

[8] São um método de avaliação de solvabilidade do consumidor, tratando-se de " bases de dados contendo informação sobre os devedores que participam no sistema financeiro ", cujo regime consta no decreto-lei nº204/2008, de 14 de outubro, Cfr. FRADE, Catarina, *Ob.cit,* pp. 428 e ss.

[9] *Cfr.* BATISTA, António, *A Gestão do Crédito como vantagem competitiva: Manual de crédito e cobranças*, 3ºedição, Porto: Vida Económica, 2004.

[10] FRADE, Catarina, *A regulação do Sobreendividamento,* Tese de Doutoramento, Coimbra, 2007, p. 416.

[11] Cf. Reifner, *et al, 2003* apud FRADE, Catarina, *Ob.cit.,* p.422.

contraparte, exigindo a todos os intervenientes da relação bancária a possibilidade, e, o dever, de identificar e gerir o risco de incumprimento. Tal, traduz-se numa atuação sobre a complexa rede de interações pessoais e institucionais, que agregam o mercado de crédito, prevendo o risco e o sobre-endividamento também através de medidas como políticas sociais, quadros regulatórios e formação dos consumidores, nomeadamente, através do estímulo da literacia bancária[12], possibilitando o próprio consumidor de fazer uma correta autoanálise.

ll. A lide entre a usura e especulação

i. O juro e a onerosidade excessiva

A possibilidade de o dinheiro gerar dinheiro remete aos primórdios séculos da igreja romana, com as reflexões dos grandes filósofos da Antiguidade, onde as cobranças relativas ao empréstimo de dinheiro, os denominados juros, eram considerados como uma forma de aproveitamento da necessidade do ser humano, existindo uma proibição absoluta dos mesmos.

No entanto, o desenvolvimento da atividade comercial determinou a necessidade de admitir a legitimidade desta cobrança e, com a influência do espírito liberal, na primeira metade do século XlX, a maior parte das leis restritivas acabaram por ser derrogadas. Assim, se inicia uma fase de liberalização total da cobrança de juros, onde se associa à aceção do atual conceito de usura, seguindo-se uma fase de reação e limitação, no século XX, aquando se reconheceu merecer a tutela do direito público.[13]

O crédito ao consumo acelera a circulação de moeda e intensifica as trocas, através de uma antecipação à poupança, por parte do consumidor, que justifica o (proeminente) juro remuneratório pelo seu valor económico. Neste sentido,

[12] ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Direito do Consumo*, Almedina, 2005, pp. 37 e ss..

[13]FERREIRA, Hugo Rosa, *Negação e repressão da usura no crédito bancário: análise de soluções em teoria e na prática*, Revista de direito das sociedades, 2013, pp.637-642.

Friedman[14] entende que o juro deve corresponder à soma de um conjunto de realidades: à remuneração pela renúncia à preferência pela liquidez (teoria *keynesiana*) assim como ao custo do dinheiro e o risco de incumprimento pelos mutuários e eventuais imprevistos, não constituindo uma imoralidade ou aproveitamento de fragilidade económica, como visto na antiguidade.

A par do Direito, ética e moral que combatem a ganância e a usura dos juros ilícitos, o princípio da boa-fé é imprescindível, nomeadamente, quando propomos que instrumentos, com diferentes graus de coercibilidade, atuem sobre a complexa rede de interações pessoais e institucionais que agregam o mercado de crédito, isto é, recorrendo a mecanismos como o *soft law*[15] o *compliance*[16], através de políticas sociais, códigos de conduta, quadros regulatórios e formação dos consumidores, nomeadamente, através do estímulo da literacia bancária.[17]

ii. Reflexão sobre a liberdade de estipulação de taxas de juro: enfoque no contexto português.

Os juros, designadamente, remuneratórios convencionais, consistem no rendimento de uma obrigação de capital, determinando-se em função do montante de capital cedido, do tempo da cedência e de uma taxa[18]. O regime geral, desta obrigação, consta nos artigos 559º a 561º do Código Civil, sendo o mesmo complementado por de regimes específicos.

Num contexto de realidade política e social com hábitos intervencionistas na economia e, em particular, no sistema financeiro, o Banco de Portugal, em consonância com o Decreto-Lei nº644/75, de 15 de Novembro, que o instituiu, era

[14]FRIEDMAN, Milton, *Factors Affecting the Level of Intertest Rates" In Proceedings of Conference on Savings and Residential Financin,* Chicago, 1968.

[15] Referente a instrumentos normativos, sem força de lei, com o propósito de incentivar práticas e condutas.

[16]Trata-se de um instituto que, de uma forma sucinta, prevê o cumprimento das leis, normas e procedimentos internos das organizações, além de parcerias éticas, seja com o setor público ou privado e seus fornecedores.

[17] ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Ob.cit.,* pp. 37 e ss..

[18] Cfr.VASCONCELOS, Miguel Pestana de, *Ob.cit.*, 2018.

a entidade competente, nos termos do seu artigo 28 nº1, alínea b), para fixar o regime das taxas de juro.

Com a integração europeia e a criação do euro, a concessão de crédito desprendeu-se de razoabilidade e receios, deixando de estar sujeita a fixação administrativa pelo Governo e, consequentemente originando uma liberalização das taxas de juro, nomeadamente nas referentes de crédito ao consumo, sendo que não lhes era colocada qualquer limitação, como sucedia em diplomas como o Código Comercial de 1833.

O Banco de Portugal, trata-se de uma pessoa coletiva de direito público, com autonomia administrativa e financeira, cuja missão se traduz na manutenção da estabilidade dos preços e do sistema financeiro. Nestes termos, estipulou, no artigo 2º do aviso nº3/93: "São livremente estabelecidas pelas instituições de crédito e sociedades financeiras as taxas de juro das suas operações, salvo nos casos em que sejam fixadas por diploma legal", em consonância com a sua própria lei orgânica (L.O.B.P.P. 98), que, ao contrário da anteriormente mencionada, L.O.B.P. de 1975, não contém uma norma expressa[19] que habilite o Banco Central de fixar limites de taxas de juro de operações bancárias (incluindo créditos ao consumo) superiores as regras gerais do Código Civil e do Código Comercial.

Assim, desde que foi aprovada a L.O.B.P. de 1990, as taxas de juro das operações bancárias passaram a ser livremente fixadas pelos bancos, de acordo com as regras do mercado, exceto se houver lei especial que estabeleça o contrário, como vai de acordo a maioria da jurisprudência[20]. Esta libertação causa, ainda, discussão, nomeadamente no âmbito doutrinário, sendo relevante ponderar a sensatez de invalidar os limites estabelecidos, relevando aspetos como

[19] Artigo 28º, nº 1: Com vista à orientação e controle das instituições de crédito, compete ao Banco, nomeadamente: a) Estabelecer diretivas para a atuação dessas instituições. b) Fixar o regime das taxas de juro, comissões e quaisquer outras formas de remuneração para as operações efetuadas pelas instituições de crédito ou por quaisquer outras entidades que atuem nos mercados monetário e financeiro.

[20] Neste sentido, os acórdãos do Tribunal da Relação do Porto, processo nº 474/15.5T8ESP.P1, de 14/11/2017, assim como o referente ao processo n.º 67150/16.7YIPRT.P, de 11/4/2018.

o caracter regulamentário do referido aviso, a natureza das taxas de juros das operações bancárias e a sua supervisão, feita pelo Banco de Portugal.[21]

iii. O território débil dos contratos bancários

Os contratos bancários, e a concessão de crédito, são institutos onde as prestações contratuais facilmente se desequilibram, mormente devido às posições antagónicas das partes, relativamente ao poder negocial, onde, o consumidor que se encontre na débil situação de necessidade de crédito, tende a submeter-se a condições que facilmente se revelam excessivamente onerosas para o mesmo.

Esta concessão de crédito é feita comumente através de contratos de adesão, com cláusulas contratuais que estipulam as condições, previamente fixadas pela entidade financeira, às quais a contraparte, isto é, o consumidor, se sujeita com o objetivo único de obter o crédito que necessita. Nas palavras de Antunes Varela[22], o contrato de adesão "É aquele em que um dos contraentes, não tendo a menor participação na preparação das respetivas cláusulas, se limita a aceitar o texto que o outro contraente oferece, em massa, ao público interessado".

O crescimento das relações contratuais bancárias levou a uma racionalização jurídico-económica que, inevitavelmente, por conta da natureza humana, aumentou o número de interesses convergentes, geradores de conflitos, assim como os processos judiciais que visam diminuir os mesmos. Esta racionalização e a própria amplitude da sociedade moderna levaram ao crescente recurso aos contratos de adesão, sendo que nos defrontamos com um cenário fértil para práticas discordantes à boa-fé, através de modelos contratuais elaborados, com minucia, sem possibilidade de discussão ou alteração de modificações. Como compreensível, tal se traduz em desequilíbrios na força negocial, tornando viáveis situações abusivas e inconvenientes, como o juro excessivo, que origina consequências civis e criminais, nomeadamente quando trespassamos para crime de usura.

[21] Como é estabelecido no artigo 23º do seu regime.

[22] VARELA, Antunes, *Das Obrigações em Geral*, 10ª edição, Almedina, 2003 p. 262.

Assim, de modo a intentar uma compensação, surge o Decreto-Lei nº446/85[23], que estipula o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais, tutelando a autonomia privada e liberdade contratual, e, regulando, como se aufere no ponto 2 do mesmo, "certas clausulas" (que) "quando inseridas em contratos, se tornavam nocivas ou injustas". Neste, constam diversos deveres procedimentais, entre os quais, o dever de comunicação e informação (artigo 5º e 6º), assim como a boa-fé (artigo 15º).

A sociedade contemporânea exige que o direito a acompanhe, como um verdadeiro instrumento ético, impondo ao exercício dos direitos positivados, uma consciência e prática alinhada com a sua finalidade económica e social para efetivação dos direitos da cidadania. Com a prosperidade de conceitos, como a *corporative governance* e o *compliance*, podemos seguramente afirmar que o novo quadro comportamental tem como objetivo assegurar a transparência e ética empresarial das instituições de crédito.[24]

iv. A consequência da onerosidade excessiva

Um dos maiores desafios do direito bancário prende-se com a conciliação da autonomia privada num modelo protetivo, tal como sucede com a problemática apresentada dos contratos de adesão. Em pleno 2022, sendo o regime geral o da liberdade de estipulação de juro, as taxas de crédito ao consumo atingem um número elevado, ainda em relação ao EURIBOR[25] (*European Interbank Offered Rate*), taxa de referência média dos juros dos empréstimos entre bancos, na zona Euro, previsto no artigo 2º, alínea g) do Decreto-Lei nº220/94.

Se, o valor das taxas liga-se, entre outros aspetos, ao custo e ao risco de crédito, facto é que o nosso ordenamento não prevê limites legais às taxas do juro em análise, podendo tal risco ser facilmente valorizado. Neste sentido, face ao juro

[23] Disponível em https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=837&tabela=leis&so_miolo, consultado a 05.12.2022.

[24] Cfr. OLIVEIRA, Fernando de, *Um Sistema Bancário Forte, Moderno e Confiável para o Crescimento Económico*, 2013, disponível em https://www.apb.pt/content/files/2013_10_02-Conferencia_Angola.pdf.

[25] Disponível em https://www.euribor-rates.eu/pt/taxas-euribor-por-ano/2022/, verificada a 15.12.2022.

excessivo "vigoram regras gerais, que consistentemente preveem a usura, a nível civil e/ou no âmbito penal" [26], nos termos dos artigos 282º e 284º do Código Civil.

Neste paradigma, surgem vícios complexos, como a referida usura que, desde logo, recebeu condenação da Religião, com referência expressa no texto máximo do cristianismo. No entanto, se, no tempo de Aristóteles, o termo "usura" se remetia aos juros que, eram então condenados por filósofos, teólogos e políticos[27] como o lucro emergente de um contrato de mútuo, hoje ganhou uma nova abrangência. Assim, "o Código Civil de 1966 adotou um instrumento de análise do (des)equilíbrio interno do contrato"[28], projetado ainda no âmbito penal.[29]

Analisando os mencionados artigos, conclui-se usura como uma figura híbrida[30], composta com a verificação cumulativa do elemento objetivo, isto é, a existência de uma desproporção excessiva inexplicável atendendo as circunstâncias do negócio jurídico avaliado casuisticamente, com o elemento subjetivo referente a situação de inferioridade do lesado, e a exploração da mesma por parte do usurário. O artigo 282º, proíbe o negócio usurário, sujeitando os mesmos à cominação da anulabilidade que, não é de conhecimento oficioso (artigo 287º, nº1 do CC) podendo, no entanto, em alternativa, ser modificado por equidade nos termos do artigo 283º CC. Nestes termos, é gerada responsabilidade civil, podendo o lesado exigir uma responsabilidade pré-contratual, nos casos de o incumprimento dos deveres de comunicação e de informação, impostos na fase pré-negocial.[31]

Considerando o elemento sistemático do regime da usura, que se encontra no Capítulo ll do mesmo diploma, se insere nos quadros "Objeto negocial.

[26] *Cfr.* VASCONCELOS, *Ob.cit.*, 2018, pp. 629-653.

[27] C*fr.* VALLES y PUJALS J., *Del Préstamo a interés, de la usura y de la hipoteca*, Bosch, 1933, pp. 55 e ss.

[28] PASSINHAS, Sandra, *O problema das clausulas contratuais gerais é o da usura em massa? Resposta a Pedro Pais de Vasconcelos*, Revista de direito comercial, 2018, p.4.

[29] No âmbito do artigo 226º do Código Penal.

[30] Isto é, entre os vícios de formação da vontade e os vícios de conteúdo do negócio jurídico. *Cfr.* CARVALHO, Jorge Morais, *Usura nos Contratos de Crédito ao Consumo*, Sub Judice – Justiça e Sociedade, n.º 36 – Crédito ao Consumo, Julho-Setembro, 2006, Coimbra, Almedina, p. 36.

[31] Nomeadamente pelo Decreto-Lei nº446/85, de 25 de outubro, que regula as cláusulas contratuais gerais.

Negócios usurários.", o que demonstra o reconhecimento deste vício complexo na conjuntura do conteúdo do negócio, nomeadamente, como foi auferido pela "insuficiente liberdade e discernimento da vontade negocial do lesado na celebração do negócio"[32], correspondente aos contratos bancários, e das suas típicas cláusulas contratuais gerais, as quais Pedro Pais de Vasconcelos tende a associar a usura em massa.[33]

Sublinhe-se que, os contratos de concessão e negócios análogos auferem de um regime especial, que releva ser mencionado, introduzido pelo artigo 559º-A e 1146º nº1 e nº2 do Código Civil, que se reporta especificamente à regulamentação dos juros e clausulas penais usurárias. Perante tal, autores como Pires de Lima e Antunes Varela, entendem que estamos assim perante distintos tipos de usura, prevalecendo os limites objetivos desta última sobre os pressupostos previstos no artigo 282º do C.C., sendo a usura estabelecida quando os juros anuais excedam os juros legais. Esta doutrina afasta o regime geral dos negócios usurários, referente à anulabilidade e modificabilidade, invocando uma invalidade parcial e, consequentemente, à redução automática do excesso[34], isto é, reduzindo a taxa ao máximo legal, devendo ser restituído tudo aquilo que se tiver recebido para além do limite legal.[35]

v. O regime geral dos juros no paradigma bancário

Tradicionalmente, o entendimento da jurisprudência portuguesa[36] salvaguarda o regime geral da liberdade de estipulação da taxa de juro, excluindo o sistema bancário deste regime típico, estando apenas sujeito, à regulação instituída pelo Banco de Portugal, que promoveu a liberação integral das taxas de

[32] VASCONCELOS, Pedro Pais de, *Teoria Geral do Direito Civil,* 9ª. Edição, Almedina, 2022 pp. 625 e ss.

[33] *Ibidem*, p. 554.

[34] *Cfr.*LIMA, Fernando de Andrade Pires de, VARELA, João de Matos Antunes, João de, *Código Civil Anotado*, Vol. II. 4.ª ed., Coimbra Editora, 2010, p. 688.

[35] Fernando de Andrade Pires de, VARELA, João de Matos Antunes, João de, *Código Civil Anotado, Vol. I*, 4.ª Ed., Coimbra Editora, pág. 261.

[36] Neste sentido, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, processo n.º 03A1017, de 27/5/2003.

juro aplicáveis aos créditos bancários, mediante as regras estabelecidas no Decreto-Lei nº344/78 de 17 de novembro.

Este diploma foi, no entanto, plasmado num contexto de atividade bancária fortemente regulada sendo que, com a perspetiva a integração financeira no mercado único da Comunidade Europeia, ocorreu uma "progressiva liberalização da atividade financeira"[37], assim como uma "desestatização" ou "desgovernamentalização". Nesta época surge o Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras (posteriormente analisado) e, entre os demais, se destaca o Aviso 3/93, de 20 de Maio de 1993, onde se lê, no seu nº2, "são livremente estabelecidas pelas instituições de crédito e sociedades financeiras as taxas de juro das suas operações, salvo nos casos em que sejam fixadas por diploma legal".

Assim surge o Decreto-Lei nº58/2013, revogando o anterior, que se tornou inadequado e, regulando a matéria das operações de crédito, alterando a capitalização de juros, com referência ao anatocismo[38] e ao limite dos juros moratórios[39]. Por conseguinte, é elaborado também o Decreto-lei nº133/2009, também denominado de Regime de Crédito ao Consumo, onde, entre as várias medidas adotadas, se destacam a obrigatoriedade, por parte do credor, de previamente avaliar a solvabilidade do consumidor (artigo 10º) e o afastamento da liberdade de forma, que consta no artigo 219º do Código Civil, nos termos do nº2 do seu artigo 12º, assim como impôs determinados requisitos na formação dos contratos, nos termos do nº3 a 5 do referido artigo.

Este diploma reforçou, ainda, os direitos do consumidor, entre os demais, consagrando o direito da livre revogação e a constituição de um conjunto de deveres pré-contratuais, designadamente, o dever de publicidade (artigo 5º) e o dever de prestar informações pré-contratuais e assistência (artigos 6º, 7º e 8º). Incorreu ainda numa uniformização da forma de cálculo e dos elementos

[37] Preambulo do referido decreto-lei, disponível em https://www.bportugal.pt/legislacao/decreto-lei-no-582013-de-8-de-maio.

[38] Previsto no âmbito do artigo 560 do Código Civil.

[39] Estes constituem uma obrigação pecuniário face a constituição de mora, nos termos do artigo 806 nº1 do código civil.

incluídos na TAEG[40], onde o Banco de Portugal fica apenas incumbido de um mero instigante exercício de consulta ao mercado, analisando as taxas médias praticadas no mercado para cada tipo de contrato de crédito ao consumo, como estabelecido no nº3 do artigo 28 do referido Decreto-Lei.

Este regime, reforçado com o Decreto-Lei nº42-A/2013, introduziu regras específicas quanto à usura, no âmbito do crédito ao consumo, nomeadamente através do cálculo auferido, que valida os contratos a celebrar no trimestre seguinte (artigo 28 nº1), no entanto, não é oferecida nenhuma referência para o limite dos juros remuneratórios, aos quais nos designamos.

Apesar de o entendimento da jurisprudência diferenciar o limite usurário dos juros bancários do regime geral estipulado no Código Civil, como é possível auferir no Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra[41], processo n.º 3892/09.4T2AGD-A. C1, de 11/3/2014, assim como no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça[42], processo nº03ª1017, de 27/05/2003, surgem correntes doutrinárias minoritárias antagónicas.

Neste sentido, vozes como Silva Loureiro[43] e Menezes Cordeiro[44] que, face aos valores praticados, aceitam a aplicação do regime do artigo 1146º. Neste sentido, para lá do carácter regulamentar do mencionando aviso do Banco de Portugal que, não pode derrogar uma lei[45], fundamentam a sua posição com o Decreto-Lei nº32/2003, de 17 de fevereiro, que, altera o artigo 102º do Código Comercial, aplicando aos juros comerciais aos referidos limites usurários (artigo 559º-A e 1146º do Código Civil), na falta de normas diversas, sendo que, com

[40] Referente à taxa anual de encargos efetiva global, que mede o custo do empréstimo para o cliente, por ano, em percentagem do montante emprestado, calculada nos termos da Instrução 26/2009 do Banco de Portugal.

[41] Disponível em http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/bbb119b9b736b66180257cc100303fdf?OpenDocument, consultado a 28.12.2022.

[42] Disponível em http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/0/abfb3928fbb60d9b80256ea80039fad4, consultado a 28.12.2022.

[43] LOUREIRO, Carlos Gabriel da Silva, *Juros usurários no crédito ao consumo*, Revista de estudos politécnicos, 2007, pp. 265, ss..

[44] CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de Direito Civil, Vol. XII*, Almedina, 2018, pág. 246

[45] VASCONCELOS, Pedro Pais de, *Taxas de juro do crédito ao consumo: limites legais,* II Congresso de Direito Bancário, 2017, pp.336 e ss..

exceção do crédito ao consumo, que tem regras especiais sobre os limites das taxas de juros remuneratórias, nomeadamente, no artigo 28º do Decreto-Lei nº133/2009[46], o direito bancário português não aufere de legislação especifica.

A mais recente e maioritária jurisprudência[47] continua a entender, no entanto, o direito bancário como um ramo de direito especial, com autonomia e princípios próprios que regulam a banca, sendo tal "doutrinário unânime". Salvaguarda-se que, "No âmbito do direito bancário, e especificamente no quadro das operações de crédito por instituições financeiras, a regra foi sempre a de excluir os limites estabelecidos no Art. 1146.º do C.C." pois, "A lei que o Aviso 3/93 pretende salvaguardar é a que resultaria de iniciativa do legislador que regulamentasse em especial o crédito bancário, como é o caso concreto do Art. 28.º do Dec.Lei n.º 133/2009 de 2/6". Tal autonomia pode ser ainda auferida, tendo em consideração o já referido Decreto-Lei n.º 58/2013, de 8 de maio, que, no seu artigo 6.º regulou o cálculo e montante dos juros remuneratórios pressupondo a liberdade de fixação da taxa de juro.

Em suma, considera-se a existência de duas correntes. Por um lado, uma primeira que argumenta: "Desta feita e tendo em conta a hierarquia das fontes, o referido Aviso do Banco de Portugal não obsta, por si só, à aplicação às operações de crédito ativas das instituições de crédito e sociedades financeiras dos limites impostos pelos artigos 102.º do CCOM e 559.º-A e 1146.º do CCIV, assim como às consequências resultantes destas disposições" [48], isto é, "deveria ser interpretado como estabelecendo apenas a liberdade na fixação de juros remuneratórios pelos bancos dentro das balizas legais já fixadas"[49]. Por outras palavras, ainda que os bancos não se encontrem limitados pelo diploma em questão, não exclui a lei geral, que consta no artigo 1146º, por aplicação do artigo 559º-A e pelo artigo 102º do Código Comercial.

[46] Resultado de uma transposição da Diretiva nº2008/48/CE, de 23 de Abril, do Parlamento Europeu e do Conselho para a ordem jurídica interna.

[47] Neste sentido, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, processo nº20438/18.6T8LSB-A. L1-7.

[48] LOUREIRO, Carlos Gabriel da Silva, *Ob.cit.*, Revista de Estudos Politécnicos, Vol. V, n.º 8, 2007, pp. 265-280.

[49] *Ibidem.*

Em contrapartida, uma segunda corrente, constituída pela doutrina e jurisprudência dominante em matéria de juros e clausulas penais usurárias, no âmbito das operações de crédito bancário, que sustenta "no domínio das operações e contratos bancários não há um limite máximo para as taxas de juros remuneratórios, estando (apenas) as instituições de crédito obrigadas a observar o dever de informação especial quanto aos valores das taxas de juro que praticam, nos termos do disposto artigo 3º do Dec.-Lei nº220/94, de 23 de Agosto" [50], estando a usura bancária apenas sujeita aos requisitos do artigo 282º nº1 do Código Civil, independentemente de serem ou não violados os limites do artigo 1146º.

Em conclusão, denoto o apontamento de Vasconcelos, que refere a desnecessidade de existência de um duplo regime, sobretudo considerando o afastamento, da regulamentação protetora do creditado, da maioria dos casos em que é concedido o crédito.[51] Acautela-se, no entanto, perante a natureza e importância dos juros bancários, a necessidade de uma análise casuística e imparcial, da auferida usura, de onde podem ser filtradas situações alteração das circunstâncias, ou erro sobre a base do negócio, nomeadamente por parte de um cliente bancário que não age de acordo com a boa-fé.

No país vizinho, a lei espanhola estabeleceu a repressão da usura de maneira diferente, nomeadamente através da Ley de 23 de Julho de 1908, a Ley Azcárate, que estabelece três categorias de usura, assim como o limite máximo da taxa de juro aplicável, utilizada tribunais como parâmetro de apreciação da eventual qualificação[52]. Por sua vez, a solução italiana assenta na fixação, anual, por decreto do "ministro del tesoro" de limites máximas para diversos tipos de operações de concessão de crédito.[53]

[50] Como consta do sumário do Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, processo nº 10757/06.0YYLSB-A.G1.

[51] VASCONCELOS, Miguel Pestana de, *Ob.cit,* 2018, p. 652

[52] Como consta no SAP GI 1292/2022 - - ECLI:ES:APGI:2022:1292, Audiência Provincial de Girona, Ponente: Jose Isidro Rey HUIDOBRO.

[53] FERREIRA, Hugo Rosa, Negação e repressão da usura no crédito bancário: análise de soluções em teoria e na prática, Revista de direito das sociedades, 2013, p.14.

vi. O contrato de *swap* de taxa de juro: suscetível especulação.

A distribuição dos riscos da atividade entre os tomadores de crédito não é, em si, ilegal. De facto, o risco faz parte do preço do produto fornecido pelas instituições financeiras, sendo que, a sua distribuição deve ser feita por intermédio das taxas de juros, com a devida transparência quanto aos critérios de cálculo e distribuição.

No âmbito dos instrumentos financeiros derivados[54], os lucros podem ser maiores, mas também os perigos. Aqui se inserem os contratos de *swap,* que, de acordo com a jurisprudência[55], "ainda que remeta para um determinado "contrato-quadro" (...) é arquitetado individualmente (...) para poder refletir as necessidades concretas de cobertura de riscos inerentes".

Existem várias modalidades destes contratos, nomeadamente com diferentes objetos e finalidades, sendo que os contratos de *swap* de taxa de juro têm em si uma especial característica de aleatoriedade. Isto, pois, as partes, no momento da celebração do contrato, não têm conhecimento de qual delas ficará onerada com o *swap,* nem tão-pouco da medida do prejuízo. A função social e financeira dos derivados releva na análise da sua licitude pois, pode e tende a comportar especulação, podendo haver situações em que o contrato do instrumento financeiro cobre um valor além do risco efetivo.[56]

Os contratos de *swap*[57] têm em si uma natureza consensual, no entanto, numa reflexão centrada na modalidade de taxas de juro[58], as partes contratantes acordam trocar entre si quantias pecuniárias, expressas numa mesma moeda, representativas de juros vencidos, com referência a determinadas taxas fixas ou

[54] De uma forma suscinta, trata-se de acordos financeiros estabelecidos através do valor de um ativo subjacente e que depende do ativo ao qual está vinculado.

[55] Neste sentido o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, processo nº 309.11.8TVLSB.L1-7, de 13/05/2013, disponível em http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/68ff44192c1db10780257d09002bf379?OpenDocument&Highlight=0,309.11.8TVLSB.L1-7%20

[56] *Cfr.* Centro de Estudos Judiciários, *Ob,.cit,* pp. 38-43.

[57] Disponível em https://www.direitoemdia.pt/search/show/d8a684fa781bccc9f041ad58f08c134b2fc413113fcd2cec49ce591a8f964179.

[58] Prevista no artigo 2º ,nº1, e) do Código dos Valores Mobiliários.

variáveis sobre um hipotético capital. Da evolução das taxas de juro resultará assim o apuramento das prestações, resultando num saldo desfavorável a uma das partes, que pode resultar num desequilíbrio superveniente, levando a que estes contratos tenham duas faces distintas, podendo se tratar de um contrato de gestão de risco representado pelas oscilações da taxa de juro ou de um puro contrato especulativo.

Estes contratos vêm a ser considerados como contratos de adesão, subordinados ao regime das cláusulas contratuais gerais e, consequentemente submetendo as instituições financeiras, isto é, os contratantes, ao dever de comunicação e informação. Neste sentido, surge o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, processo nº 1961/13.5TVLSB.L1. S1, cuja violação destes deveres conduziu à invalidade, nos termos do artigo 9º nº2 do Decreto-Lei 446/85, de todo o negócio, devido à amplitude e extensão das clausulas contratuais gerais em causa.

Lebre de Freitas[59] entende que, ocorrendo uma alteração anormal das circunstâncias, existentes à data de celebração, a parte pode se socorrer da aplicação do artigo 437º do Código Civil, não devendo este estar excluído do âmbito dos contratos *swap,* ainda que a aleatoriedade esteja na essência dos mesmos, face a volatilidade das taxas de juros. Tal justifica-se pela possibilidade de se verificarem circunstâncias que não decorrem de um normal desenrolar da situação económica, surgindo "variações de tal modo consideráveis que excedam a margem razoável de risco próprio do contrato, em medida que as partes não representaram e ponha gravemente em causa o equilíbrio contratual". No entanto, quando estes contratos sejam meramente especulativos, "o contrato de *swap* de taxa de juro subsume-se no conceito de jogo ou aposta", sendo nulo, nos termos do artigo 1245º do Código Civil.[60]

O autor entende assim, como necessário, distinguir o risco previsto, do risco tolerável face à conjuntura económica e financeira vigente à data de celebração do contrato, verificando se o mesmo se enquadra num pressuposto

[59] *Cfr.* FREITAS, Lebre de, *Contrato de swap meramente especulativo, Regime de Validade e de alteração de circunstâncias*, Revista de Ordem dos Advogados, Vol. IV, 2012, *pp.944-970.*.

[60] Ibidem, p.969.

risco legal, equilibrado entre as partes, sob pena da invalidade do produto, sendo que, a resolução destes contratos bilaterais de execução periódica, não aufere de efeitos retroativos, à semelhança de outro tipo de obrigações.[61] Para auferir uma efetiva alteração das circunstâncias, existem diversos fatores a ponderar, podendo ser suscitadas crises financeiras, ou até mesmo a época inflacionária que atualmente vivenciamos, nomeadamente com uma taxa de inflação fixada em 7.8% em 2022, a mais elevada desde 1992, segundos o Instituto Nacional de Estatística[62] sendo necessária uma avaliação casuística e cautelosa.

Por sua vez, a corrente doutrinária maioritária entende que a volatilidade dos juros, no capitalismo, deve ser tida como normal e previsível[63], sendo que, nestes contratos de *swap* não se deve aplicar o regime da alteração das circunstâncias. Assim, se as partes aceitaram, de modo inequívoco, correr o risco de oscilação das taxas de juro, "a equivalência económica das prestações não deve constituir exigência do swap". Nestes termos, os financiados, devem se demonstrar racionais no paradigma do *bonus paterfamilia*, no momento de aquisição deste produto, que tem a si associados riscos, que podem incorrer em benefício próprio ou para o financiador. De facto, entendo que alterar a distribuição do risco contratada, ainda que por alteração das circunstâncias, seria como desnaturalizar este tipo de contrato.

A instituição bancária deve ser norteada pelos deveres de informação e deontologia e boa-fé, sob pena de tais contratos, tratados como efetivos produtos, serem oferecidos aos particulares de forma desmedida e imprudente, nomeadamente com cláusulas desvaloráveis ou sem ponderação. Em consequência, a outra parte pode se salvaguardar, auferindo a nulidade do negócio jurídico, como sucede do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, processo nº 1961/13.5TVLSB.L1.S1, podendo mesmo ser aplicado o artigo 280 nº1

[61] *PINTO,* Mota, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª edição, Coimbra Editora, 2012, pp. 627 a 629.

[62] Disponível em https://www.ine.pt/xportal/xmain?xpid=INE&xpgid=ine_destaques&DESTAQUESdest_boui=577455859&DESTAQUESmodo=2 verificado a 15.12.2022.

[63] Pp.180-203.

do Código Civil.[64] Neste sentido, temos também como exemplo o Acórdão da Relação de Lisboa nº de processo 2408/10, de 17 de Fevereiro de 2011, que entendeu que banco agiu de forma prudente, sendo que o cliente estava devidamente informado, não podendo eximir-se do risco assumido.

lll. A multidisciplinariedade do paradigma bancário

i. A boa conduta bancária

O direito bancário pode ser potencializado através de diversos patamares e tipos de solução, surgindo propostas desde a híper regulamentação até à livre estipulação que se baseia no normal funcionamento das leis do mercado, designadamente no que toca à estipulação das taxas de juro.

Atualmente, estamos perante uma época de destaque da ideologia neoliberal, vinculada a uma ideia de responsabilização individual, que auto responsabiliza o consumidor, no entanto, o primeiro passo para um correto sistema protetivo e repressor da usura, para além de entender o mercado de crédito e o seu funcionamento, como os mecanismo de formulação da taxa de juro, passa por invocar sobretudo as boas práticas bancárias.

Os bancos são entidades legalmente habilitadas a praticar profissionalmente atos bancários, de forma lucrativa e tendencialmente exclusiva, com uma orgânica própria, capaz de responder ao complexo de deveres que vinculam o setor bancário, face salvaguarda do sistema e tutela dos direitos e interesses dos clientes.

O Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeira[65], doravante, RGICSF, estabelece as condições de acesso e de exercício de atividades das instituições de crédito e sociedades financeiras, refletindo, as diretivas comunitárias. O RGICSF, auferido no Decreto-Lei nº298/92, de 31 de Dezembro, impõe a adoção de procedimentos e deveres gerais de conduta a observar pelas

[64] Cfr. CORDEIRO, António Menezes, *Direito bancário e alteração das circunstâncias,* Revista de Direito da Sociedade, 2014, pp. 388-389.

[65] Disponível em https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=948&tabela=leis.

instituições de crédito, nomeadamente no seu título Vl, entre os quais, assegurar a competência técnica, com diligência, neutralidade, lealdade e discrição e respeito consciencioso dos interesses que lhe estão confiados (artigo 73º e 74º).

Mediante a salvaguarda da parte mais débil da relação bancária e, com a preocupação de fazer assentar cada vez mais a atuação das instituições e empresas financeiras em princípios de ética profissional, o legislador elaborou regras que protejam, de forma eficaz, a posição do "consumidor". Neste sentido, a orientação que estava imputada as atividades de intermediação de valores mobiliários[66] foi expandida, para as restantes atividades desenvolvidas pelas instituições de crédito, salvaguardando, os princípios e deveres incumbidos às mesmas.

Neste decreto, encontra-se previsto um conjunto de regras de conduta que "devem guiar a atuação das instituições de créditos, seus administrados e empregados nas relações com os clientes"[67], designadamente, no seu artigo 75º, consta a imposição do dever de informação sobre a renumeração e encargos, sendo que podem estabelecidos códigos de conduta (artigo 77º) de forma a garantir um procedimento diligente e claro.

O Banco de Portugal e a Comissão de Valores Mobiliários (CMVM) são as principais instituições encarregues de inspecionar a conformidade e adequação da conduta bancária, sendo que, ao longo de 2022 foram concluídos 710 processos, onde 432 respeitam a infrações de natureza comportamental, pelo Banco de Portugal.[68] No entanto, cabe naturalmente, em primeira linha, às próprias instituições de crédito a verificação dos requisitos para o exercício das suas funções, nomeadamente através do sistema de controlo interno imposto as mesmas, de forma a mitigar a ocorrência de erros e irregularidades.[69]

Designadamente, o Banco de Portugal[70] aufere de competência para identificar, acompanhar e avaliar riscos sistémicos, bem como propor e adotar

[66] No âmbito do primeiro Código dos Valores Mobiliários, agora revogado pelo Decreto-Lei nº486/99.

[67] Como consta no preâmbulo.

[68] Disponível em https://www.bportugal.pt/comunicado/sintese-da-atividade-sancionatoria-do-banco-de-portugal-em-2022.

[69] Como conta no artigo 30º a) e b) do RGICSF.

[70] Nos termos da lei nº5/98, de 31 de janeiro.

medidas de prevenção e redução dos mesmos sendo que, neste sentido, tem vindo a emitir recomendações e avisos, transpondo diretivas da própria União Europeia, com a finalidade de aumentar a resiliência do sistema financeiro e assegurar uma proteção mais eficaz do consumidor, entre os quais, é possível destacar o Aviso nº4/2017[71], que estabelece critérios a observar na avaliação da solvabilidades dos consumidores, assim como o já referido, Decreto-Lei nº133/2009[72], de 2 Junho, relativa a contratos de créditos aos consumo e reforçando os direitos de informação pré-contratual e, como mencionado, obriga as instituições a avaliar, em momento prévio à celebração do contrato, a solvabilidade dos consumidores, ou ainda o Decreto-Lei n.º 220/94, de 23 de Agosto que estabelece o regime de informação incumbido as instituições de crédito, de forma a reforçar a transparência do mercado de crédito.

Posto isto, é claro e inequívoco que existe um esforço legislativo de forma a garantir uma usura em massa, impondo deveres de informação e incentivando as boas praticas no direito bancários, nomeadamente através de institutos como o *compliance.* Assim, o legislador tenta criar um equilíbrio harmónico entre as imposições legislativas e a autonomia da vontade, que entendo ser mais saliente no lado da instituição bancária, através da estipulação das taxas e formulação prévia das clausulas contratuais gerais sendo que, o adere "não só não tem qualquer possibilidade de contrapor um acabado projecto contratual próprio, como se vê inibido de ponderar e valorar, em todo o seu exacto alcance, o conteúdo das condições que lhe são apresentadas" .[73]

ii. A prevenção e a gestão do incumprimento

A concessão responsável de crédito deve constituir um dos princípios base de conduta das instituições de crédito numa sociedade que densificou os seus

[71]Disponível em https://www.bportugal.pt/sites/default/files/anexos/cartas-circulares/277237026_3.docx.pdf.

[72]Disponível em https://www.bportugal.pt/sites/default/files/anexos/legislacoes/447008488_1.doc.pdf.

[73] SÁ, Almeno de, *Cláusulas Contratuais Gerais e Directiva sobre Cláusulas Abusivas*, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2001, p. 54.

padrões de consumo e recurso ao crédito.[74] *Ainda que o endividamento das famílias portuguesas tenha crescido a um ritmo acelerado ao longo das duas últimas décadas, esteve sempre associado a níveis baixos de incumprimento, mesmo tomando como referência o contexto europeu.*[75]

Como resultado da degradação das condições económicas e financeiras, sentidas em 2012, entendeu-se como necessário um acompanhamento permanente e sistemático por parte das instituições, públicas e privadas. Neste sentido, foi estabelecido um conjunto de medidas promotoras da prevenção do incumprimento e da regularização das situações de incapacidade de cumprir os compromissos financeiros, viabilizando a reintegração do sobre endividada numa vida económica normal.[76]

Assim surge o Decreto-Lei nº227/2012, de 25 de Outubro, que prevê o acompanhamento e gestão das situações de risco de incumprimento e a regularização extrajudicial das referidas situações, consagrando os princípios e regras que as instituições de crédito devem cumprir para prevenção e regularização em casos de incumprimento de contratos de créditos que, por sua vez, constaram no aviso nº17/2012, revogado agora pelo aviso nº7/2021, com um reforço e aperfeiçoamento dos mesmos deveres.

Com o mencionado decreto, foram criados dois regimes de prevenção e gestão do risco de incumprimento: o Plano de Ação para o Risco do Incumprimento, doravante PARI, e o Procedimento Extrajudicial de Situações de Incumprimento, referido como PERSI, assim como a Rede de Apoio ao Consumidor Endividado (RACE).

À Associação de Defesa do Consumidor chegam casos de famílias com mais de dez créditos contraídos[77], onde se incluem, para além do crédito à habitação e

[74] FRADE, Catarina, *Ob.cit,* 2013, p. 9.

[75] LOPES, Cláudia, FRADE Catarina, *The Way into Bankruptcy: Market Anomie and Sacrifice among Portuguese Consumers, Journal of Consumer Policy,* 35, 2012, pp. 477-496.

[76] Neste sentido, desenvolveu-se mais tarde o parecer exploratório do COMITÉ ECONÓMICO E SOCIAL EUROPEU - Defesa dos consumidores e gestão adequada do sobre-endividamento para prevenir a exclusão social, 2014, p. 38.

[77] Informação fornecida https://www.cgd.pt/Site/Saldo-Positivo/casa-e-familia/Pages/como-ultrapassar-o-sobre-endividamento-familiar.aspx

do crédito automóvel, créditos pessoais para viagens e compra de eletrodomésticos, bem como vários cartões de crédito utilizados na aquisição de produtos de necessidade básica. De facto, se tivermos em consideração o atual nível de endividamento das famílias portuguesas, o crédito por elas contraído destina-se, quase na sua totalidade, a fins de consumo (aqui incluímos o crédito para aquisição de habitação, entendida esta como a satisfação de uma necessidade pessoal).

De acordo com as estatísticas do Banco de Portugal, a taxa de endividamento dos particulares atingiu, em 2022, o valor de 4.1%, percentagem não alcançada desde 2017[78]. A mesma entidade, no desenvolvido relatório de estabilidade financeira de novembro de 2022, auferiu uma percentagem de 96% de dívida de particulares relativamente ao rendimento disponível, apontando como precedente o aumento das taxas de juro bancárias e a redução do próprio rendimento disponível, em termos reais, nomeadamente devida a inflação sentida no último ano, colocando em risco, consequentemente, o incumprimento no crédito bancário.[79]

O incumprimento pode ter em si motivos variados, desde deterioração das condições laborais, perda de rendimentos, desempregos, baixa médica ou eventuais imprevistos financeiros que destabilizem o orçamento familiar. O ideal será manter uma atitude preventiva, de modo a garantir capacidade de fazer aos compromissos de crédito, sendo que, o cliente em risco de incumprimento pode ainda solicitar à Central de Responsabilidades de Crédito, no Banco de Portugal, um mapa de responsabilidades de crédito para estabelecer e avaliar as suas responsabilidades com clareza.

Quando o risco de incumprimento se verifique, o cliente pode avisar a própria instituição de crédito, tendo esta o dever de prestar apoio e de colaborar para alcançar uma solução, através do já mencionado PARI. Este consiste num plano, previsto pelo Banco de Portugal, com o objetivo de obter rápidas ações de prevenção, onde as instituições de crédito têm a imposição de procedimentos que

[78] https://bpstat.bportugal.pt/serie/12457867

[79] https://www.bportugal.pt/page/infografia-relatorio-de-estabilidade-financeira-de-novembro-de-2022

assegurem o acompanhamento e a execução dos contratos de crédito, de forma permanente e sistemática, de forma a detetar, de forma precoce, eventuais riscos de não cumprimento dos compromissos financeiros, assim como lhes acarreta a promoção célere de medidas suscetíveis de prevenir o referido incumprimento.

Por sua vez, numa situação de mora do cliente e, quando são preenchidos os pressupostos do mesmo, surge o PERSI, um procedimento extrajudicial orientado para clientes que já tenham um ou dois meses de incumprimento, incumbindo à instituição a avaliar a capacidade financeira do devedor e o motivo de incumprimento, assim como, sempre que viável, apresentar propostas adequadas à situação financeira, objetivos e necessidades do consumidor, tendo em vista a regularização dos referidos contratos.[80]

O mesmo diploma prevê, para uma efetiva implementação das medidas previstas, a criação de uma rede de apoio, isenta de encargos para os consumidores, destinada a informar, aconselhar e acompanhar os que se encontrem em mora ou em risco de incumprimento. Entre as quais, é possível designar a Rede de Apoio ao Consumidor Endividado (RACE), integrante na rede da Direção-Geral do Consumidor, e composta por entidades com a missão de informar, aconselhar e acompanhar os clientes bancários que se encontrem em risco ou já tenham estado em incumprimento. Existem ainda iniciativas à disposição dos consumidores, como o Gabinete de Apoio ao Sobre Endividado (GAS) ou, o Gabinete de Orientação ao Endividamento dos Consumidores (GOEC), que prestam apoio a centenas de famílias em situação de incumprimento.

Em suma, apesar de ser uma excelente iniciativa, entendo que estas situações de sobre-endividamento recorrentemente se agravam por vergonha ou por desconhecimento destas diversas entidades que existem para, de forma gratuita, ajudarem as famílias a cumprir os seus compromissos financeiros, podendo tal ser solucionado com a sua divulgação, através do pilar de desenvolvimento de toda a sociedade, isto é, a educação, neste caso do consumidor, através da promoção da literacia financeira.

[80] Preâmbulo do DL nº227/2012, de 25 de Outubro.

iii. A literacia financeira

Após uma análise ao equilíbrio contratual bancário onde, foi possível auferir a posição, naturalmente mais débil, do consumidor e, de uma referência a uma concessão de crédito responsável, através das boas práticas bancárias e medidas de prevenção e gestão do de incumprimento, no seguimento do trabalho proposto, de perspetivar a eficiência do sistema bancário, englobando as suas múltiplas vertentes, para lá da normativa, segue-se uma abordagem à literacia financeira

A educação financeira está, incontestavelmente, a prosperar como um meio necessário num mercado financeiro, cujos produtos se têm tornado cada vez mais complexos, para uma competente proteção do consumidor, promovendo decisões informadas e adequadas. No seguimento das recomendações da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico (OCDE), com a implementação de planos de formação financeira, esta medida tendo vindo a ser sedimentada como um verdeiro meio de prevenção de risco de incumprimento. No entanto, ao contrário dos anteriormente referidos, trata-se de um método intrínseco ao consumidor, não dependendo de terceiros para a sua efetivação.

Esta é uma medida que vem a ser debatida no âmbito das instâncias internacionais, sendo diversos programas de literacia financeira proferidos por vários países europeus, através de uma consciência promovida pela OCDE que, por sua vez, se encontra na primeira linha de reflexão da mesma como resposta ao sobre-endividamento dos consumidores, promovendo, há mais de 10 anos[81], a transparência e fornecimento de informação.

É, de facto, necessário ter em conta as assimetrias de informação entre consumidores e instituições de crédito, sendo que o próprio Banco de Portugal, considera a literacia financeira como um fator mitigante para a redução do rácio

[81] Neste sentido, OECD - Financial Literacy and Consumer protection: overlooked aspects of the crisis, disponível em https://www.oecd.org/finance/financial-education/financialliteracyandconsumerprotection-overlookedaspectsofthecrisis-oecdrecommendation.htm.

de endividamento dos particulares pelo próprio Banco de Portugal, assim como medidas de apoio governamentais.[82]

Posto tal, é necessário fazer menção ao "Plano Nacional de Formação Financeira 2021-2025"[83], promovido pela mesma instituição e pela Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões (ASF), assim como pela CMVM. O programa em questão faz menção e associa-se com a "International Network on Financial Education", concebida pela OCDE e reconhece a devida importância de um modelo de governação que promova a formação financeira, assumindo ainda as dificuldades de efetivação e execução do programa, como alcançar adequadamente os públicos-alvo.

Neste seguimento, em 2020, foi elaborado um "Relatório do 3º Inquérito à Literacia Financeira da população portuguesa"[84], onde Portugal ficou em 7º lugar no indicador global de literacia financeira, entre os 26 países participantes. Este é um resultado otimista, sendo ainda auferido que as dificuldades mencionadas têm vindo a ser superadas, nomeadamente com o maior recurso a canais digitais e redes sociais, que tem possibilitado a potencialização da consagração do programa.

IV. Breve análise de medidas perante um contexto de inflação

Considerando a panorâmica do direito e sistema bancário, à qual, este trabalho comprometeu a analisar, releva observar a mesma, num contexto atual, nomeadamente enquadrando a época inflacionária vigente, averiguando algumas das medidas implementadas, com vista a reprimir o risco de incumprimento e, consequentemente, situações de sobre-endividamento.

[82] Como referido auferido no relatório de estabilidade financeira, disponível em https://www.bportugal.pt/page/infografia-relatorio-de-estabilidade-financeira-de-novembro-de-2022.

[83] Disponível em https://www.todoscontam.pt/sites/default/files/2022-02/plano_nacional_de_formacao_financeira_2021-2025.pdf.

[84] Disponível em https://www.todoscontam.pt/sites/default/files/2021-06/relatorio3inqlf.pdf, consultado a 20.01.2023.

O atual contexto de inflação que, em 2022 atingiu o valor percentual de 8,1[85], acelerou as perspetivas de normalização da política monetária, aplicada pelo Banco Central Europeu que objetiva, entre os seus vários objetivos, impedir um afastamento discrepado entre as taxas de juros dos países na zona euro e garantir a estabilidade dos preços. A inflação é definida, pelo Banco de Portugal[86], como o aumento generalizado dos preços dos bens e serviços consumidos pelas famílias podendo ter, em si, as mais variadas causas que, por sua vez não estão na cerne deste trabalho.

Com enfoque nas suas consequências, entende-se que se trata de um problema que afeta toda a sociedade, que, de forma generalizada, partilha de uma perda de rendimento real, o que, presumivelmente, sujeita o cumprimento dos compromissos financeiros dos mais vulneráveis. Nesta conjuntura, o Governo, não obstante o regime de prevenção das instituições financeiras, adotou um conjunto de medidas extraordinárias, reforçando o apoio direito às famílias, de forma a mitigar os efeitos do aumento dos preços dos bens essenciais, nomeadamente através do Decreto-Lei nº57-C/2022, de 6 de setembro[87] e, o Decreto-Lei nº80-A/2022 de 25 de novembro.

Este diploma impõe às instituições financeiras a obrigação de avaliar o impacto do aumento da taxa de juro na taxa de esforço dos mutuários, no que respeita a contratos de crédito para aquisição ou construção de habitação própria permanente, regime que vigora até 31 de dezembro de 2023.

Ainda que a redução da inflação constitua uma das responsabilidades primordiais da referida política monetária, certo é que, a sua solução passa por envolver a coordenação dos vários agentes económicos, tendo, naturalmente, os de mais relevo, como as instituições financeiras, um papel ainda mais preponderante. De facto, mediante o exposto, torna-se evidente a influência que estas acarretam na robustez e estabilidade do sistema financeiro, daí que, ainda que aufiram de uma panóplia de deveres e exigências que lhes percutem, o

[85] Disponível em https://www.bportugal.pt/comunicado/comunicado-do-banco-de-portugal-sobre-o-boletim-economico-de-dezembro-de-2022, consultado a 20.01.2023.

[86] Disponível em https://bpstat.bportugal.pt/conteudos/paginas/1492.

[87] Disponível https://dre.pt/dre/detalhe/decreto-lei/57-c-2022-200734337.

Governo entendeu, como necessário, perante este contexto inflacionário, "robustecer os mecanismos preventivos das instituições para a situação de aumento das taxas de juro que se está a verificar".[88]

Posto tal, é ainda possível perspetivar um pertinente desenvolvimento destas medidas para outros tipos de concessão de crédito, designadamente para o consumo face ao seu relevo e, tal como exposto, se encargam de elevadas taxas de juro que, certamente sucedem como um inconveniente à questão que o mencionado decreto-lei tenciona regular, isto é, o sobre endividamento das famílias.

V. Conclusões

O sobre-endividamento e, consequentemente o risco de incumprimento dos contratos de crédito são, inegavelmente um problema atual com consequências em toda a conjuntura societária, onde o direito bancário aufere da difícil tarefa de garantir um modelo protetivo, assegurando equilíbrio contratual das partes, sem atentar a autonomia privada.

Tradicionalmente, os lucros da atividade bancária correspondem à diferença entre os juros que pagam pelos depósitos e os juros que cobram pelos empréstimos, e daí que a taxa de juros seja um dos elementos fundamentais nas negociações. Contudo, como acima se referiu, a legislação é pouco impositiva de limites máximos, sendo a onerosidade excessiva salvaguardada pelo legislador através da imposição de boas práticas jurídicas. Neste sentido, reconhece-se o seu devido esforço no estabelecimento de mecanismos de vistoria do risco, por parte das instituições financeiras as quais estabelece métodos de avaliação e impõe o cumprimento de deveres, como o da informação, assim como a estruturação de órgãos reguladores e supervisores do sistema financeiro e a possibilidade de o consumidor garantir controlo judicial quando o risco transportado para as taxas de juro se revela injustificado.

[88] Citação do preâmbulo do referido decreto-lei.

Ainda no âmbito legislativo, é imprescindível mencionar o desenvolvimento de procedimentos e medidas de acompanhamento, nomeadamente através do mencionado DL nº 227/2012, de 25 de outubro, que consagra os dois regimes preventivos auferidos.

No entanto, de forma a efetivar a intenção do legislador e garantir a sua eficácia no plano prático é necessária uma perspetiva interdisciplinar entre o consumo e crédito, que se traduz, tal como ocorre no contexto europeu, e no seguimento das recomendações da OCDE na ampliação da capacidade, de ambas as partes, de avaliação e conhecimento do risco, implementando medidas, como a literacia financeira e planos de formação, possibilitando um cenário transparente e informado, onde é possível impor ao consumidor o dever de identificar e gerir o risco desse incumprimento e tomar decisões deliberadas.

ÍNDICE

l. A perspicácia do direito bancário 228

i. O direito bancário e as relações contratuais: enfoque no crédito ao consumo. 228

ii. O risco da atividade bancária: breve referência a metodologias de avaliação. 229

ll. A lide entre a usura e especulação....231

i. O juro e a onerosidade excessiva 231

iii. O território débil dos contratos bancários....234

iv. A consequência da onerosidade excessiva 235

v. O regime geral dos juros no paradigma bancário 237

vi. O contrato de *swap* de taxa de juro: suscetível especulação. 242

lll. A multidisciplinariedade do paradigma bancário 245

i. A boa conduta bancária 245

ii. A prevenção e a gestão do incumprimento....247

iii. A literacia financeira 251

lV. Breve análise de medidas perante um contexto de inflação....252

V. Conclusões....254

O CONTRATO DE SEGURO DE VIDA INDIVIDUAL E DE GRUPO (CONTRIBUTIVO)

NO QUADRO DA PROBLEMÁTICA DA RESOLUÇÃO CONTRATUAL POR FALTA DE PAGAMENTO DE PRÉMIOS DE SEGURO

Luísa Cristina Morais Pereira Ferreira (*)
Juiz de Direito

RESUMO

O novo paradigma do DL 72/08, de 16 de Abril, na definição dos intervenientes no contrato de seguro e do seu papel no quadro da resolução contratual por falta de pagamento dos prémios, afastando a possibilidade de, no contrato de seguro individual, que não de grupo, se entender a pessoa segura, que não seja simultaneamente tomador ou beneficiário, como parte contratual, de molde a obrigar a seguradora a notificar aquela pessoa segura para, querendo, cessar a mora e, persistindo o incumprimento, convertê-lo em definitivo, legitimando a resolução, permitindo a oponibilidade desta resolução àquela pessoa segura, sem necessidade daquele procedimento, desde que o mesmo seja cumprido junto do tomador do seguro e do beneficiário irrevogável.

PALAVRAS-CHAVE: Contrato de seguro individual, falta de pagamento de prémios de seguro, resolução contratual, oponibilidade da resolução à pessoa segura.

SUMÁRIO: I. Introdução ao problema. II. Reflexão teórica sobre o atual regime do contrato de seguro com breves alusões ao regime legal anteriormente vigente. III. Discussão e resolução das hipóteses. IV. Síntese conclusiva.

(*) Juiz de Direito, à data em que se escreve, em exercício de funções no Juízo Central Cível (J3) do Tribunal de Penafiel, Comarca de Porto Este.

I. Introdução ao problema

O presente artigo não é a divulgação das conclusões de uma investigação técnico-científica, própria da academia, mas apenas a partilha de uma reflexão de alguém que, como juiz, é convocado todos os dias a aplicar o direito ao caso concreto e que, tendo de afirmar em tempo útil uma solução segura, justa e compreensível aos seus destinatários, é assoberbado de dúvidas, durante o processo decisório, que o obrigam a refletir, estudar e testar várias soluções até atingir aquela que será a decisão final.

E, como partilha de reflexão que é, não tem a pretensão de afirmar uma solução fechada, mas antes de suscitar a discussão sobre o tema, com o objetivo de contribuir, ainda que de forma modesta, para a evolução do pensamento jurídico.

É com este espírito de reflexão que nos propomos abordar a problemática da (in)oponibilidade da resolução contratual de um contrato de seguro de vida de proteção hipotecária, associado a um empréstimo para aquisição de habitação, à pessoa segura que não é beneficiária irrevogável nem tomador do seguro, tendo por base a falta de pagamento dos prémios de seguro.

A abordagem do tema passa pela análise das seguintes questões: da obrigatoriedade ou não do segurador comunicar à pessoa segura a existência de mora no pagamento dos prémios; e da obrigatoriedade ou não do segurador comunicar à pessoa segura a resolução do contrato.

A abordagem ao problema visa avançar com possíveis soluções plausíveis de direito para três hipóteses concretas, a saber:

Hipótese A):

Em 11/12/2015, a entidade bancária "D" concede um empréstimo para aquisição de habitação própria, com hipoteca, a "A" e C", casados entre si.

Mais tarde, a 13/08/2017, a pessoa "A", co mutuário, celebra um contrato de seguro de vida individual com o segurador "B".

Na altura da celebração do contrato de seguro, "A" e "C" estão separados de facto, sendo a pessoa "A" que se encontra a pagar as prestações

do empréstimo bancário a "D". Isto apesar da pessoa "C" perante a pessoa "D" continuar vinculada ao contrato de mútuo solidariamente com a pessoa "A".

No contrato de seguro, são indicadas, no lugar destinado às pessoas seguras, "A" e "C", cobrindo o risco da morte de qualquer uma destas pessoas, sendo que a pessoa "A" assina o contrato no local destinado ao tomador de seguro, tratando-se da pessoa que cuidou de toda a negociação e contratação, e "C" assina o contrato no local destinado exclusivamente à pessoa segura que não é o tomador.

É indicado, no lugar do beneficiário irrevogável, "D", entidade bancária, estipulando-se que esta entidade é beneficiária do valor do capital em dívida à data da morte de qualquer uma das pessoas seguras e até ao montante do capital seguro.

Em caso de morte, as partes não convencionaram no contrato outros beneficiários, designadamente para que fossem os beneficiários do remanescente do valor resultante da diferença entre o montante do capital seguro e o capital em dívida à data da morte de qualquer uma das pessoas seguras.

Na vigência do contrato, a pessoa "A" deixa de pagar o prémio de seguro, sendo que, até esse momento, foi sempre ela que o pagou, nunca a pessoa "C" o fez.

Aquando dessa vicissitude, a pessoa "A" e a pessoa "C" estão divorciadas, continuando ambas vinculadas no contrato de mútuo que celebraram com a pessoa "D".

O segurador notifica a pessoa "A" para cessar a mora, pagando os prémios em dívida, sob pena de resolução do contrato de seguro.

Igual interpelação efetua ao beneficiário irrevogável, ou seja, a "D".

Como nenhum deles cessa a mora, ou seja, nenhum deles paga os prémios em dívida, o segurador comunica a resolução a "A" e a "D".

O segurador não faz nenhuma interpelação idêntica à pessoa segura "C", não lhe dando oportunidade de cessar a mora do tomador do seguro e não lhe comunica a resolução.

Decorridos quatro meses, a pessoa segura "A" morre.

No contrato, está prevista uma cláusula que estipula que a resolução com base na falta de pagamento do prémio deve ser realizada no quadro do regime geral legal.

No contrato, não foi convencionada a necessidade de notificação da pessoa segura ou do segurado para fazer cessar a mora, como condição para o exercício do direito à resolução contratual, prevendo, apenas, a necessidade, para aqueles efeitos, de notificação junto do tomador do seguro e do beneficiário irrevogável.

Hipótese B):

Em 11/12/2015, a entidade bancária "D" concede um empréstimo para aquisição de habitação própria, com hipoteca, a "A" e C", casados entre si.

Mais tarde, a 13/08/2017, a pessoa "A", co mutuário, celebra, por si e em representação da pessoa "C", seu cônjuge (com poderes de representação para este acto), um contrato de seguro de vida individual com "B".

No contrato de seguro, são indicadas como pessoas seguras "A" e "C", cobrindo o risco da morte de qualquer uma destas pessoas, sendo que a pessoa "A" assina o contrato no local destinado ao tomador de seguro e "C" assina o contrato no local destinado exclusivamente à pessoa segura.

É indicado como beneficiário irrevogável "D", a entidade bancária, no valor do capital em dívida à data da morte de qualquer uma das pessoas seguras e até ao montante do capital seguro.

Em caso de morte, as partes não convencionaram no contrato outros beneficiários, designadamente para que fossem os beneficiários do remanescente do valor resultante da diferença entre o montante do capital seguro e o capital em dívida à data da morte de qualquer uma das pessoas seguras.

Na vigência do contrato, o pagamento dos prémios de seguro é feito, umas vezes, pela pessoa "A" e, outras, pela pessoa "B".

A dado momento, os prémios de seguro deixam de ser pagos.

Aquando dessa vicissitude, a pessoa "A" e a pessoa "C" continuam casados.

O segurador notifica a pessoa "A" para cessar a mora, pagando os prémios em dívida, sob pena de resolução do contrato de seguro.

Igual interpelação efetua ao beneficiário irrevogável, ou seja, a "D".

Como nenhum deles cessa a mora, ou seja, nenhum deles paga os prémios em dívida, o segurador comunica a resolução a "A" e a "D".

O segurador não faz nenhuma interpelação idêntica à pessoa "C", não lhe dando oportunidade de cessar a mora e não lhe comunica a resolução.

Decorridos quatro meses, a pessoa segura "A" morre.

No contrato, está prevista uma cláusula que estipula que a resolução com base na falta de pagamento do prémio deve ser realizada no quadro do regime geral legal.

No contrato, não foi convencionada a necessidade de notificação da pessoa segura ou do segurado para fazer cessar a mora, como condição para o exercício do direito à resolução contratual, prevendo, apenas, a necessidade, para aqueles efeitos, de notificação junto do tomador do seguro e do beneficiário irrevogável.

Hipótese C):

Em 11/12/2015, a pessoa "D", entidade bancária, celebra com "B", segurador, um contrato-quadro de seguro de vida de grupo de natureza contributiva, ou seja, foi acordado entre aquelas pessoas que o prémio de seguro seria suportado, na totalidade, pelas pessoas seguras.

Foram indicadas como pessoas seguras o conjunto dos clientes da pessoa "D" que junto de si celebrassem contratos de mútuo para aquisição de habitação e que, por vontade própria, apresentassem a "B" propostas de adesão que viessem a ser aceites.

O âmbito da cobertura foi o risco de morte daqueles.

Em 23/02/2016, a entidade bancária "D", mutuante e tomadora do seguro, concede um empréstimo para aquisição de habitação própria, com hipoteca, a "A" e C", mutuários, à data casados entre si.

Mais tarde, a 13/08/2017, as pessoas "A" e "C", já separados de facto, apresentam propostas de adesão àquele contrato-quadro de seguro de grupo, propostas estas que foram aceites por "B", passando a ser as pessoas seguras, mas não o tomador do seguro.

Na vigência do contrato, as pessoas "A" e "C" deixam de pagar o prémio de seguro, sendo que, nessa data, já estavam divorciados.

Face a essa falta de pagamento, o segurador notifica a pessoa "A" para cessar a mora, pagando os prémios em dívida, sob pena de resolução do contrato de seguro, mas não interpela a pessoa segura "C" para o mesmo efeito.

Igual interpelação efetua ao beneficiário irrevogável, ou seja, a "D".

Como nenhum deles cessou a mora, ou seja, nenhum deles paga os prémios em dívida, o segurador comunica a resolução a "A" e a "D", mas não a comunica a "C".

Passados quatro meses, a pessoa "A" morre.

No contrato-quadro, há uma cláusula geral que estipula que a resolução com base na falta de pagamento do prémio deve ser realizada no quadro do regime geral legal.

No contrato, foi convencionada a necessidade de notificação da pessoa segura ou do segurado para fazer cessar a mora, como condição para o exercício do direito à resolução contratual, e bem assim a necessidade de a mesma ser notificada da resolução, prevendo, também, a necessidade, para aqueles efeitos, de notificação junto do beneficiário irrevogável.

*

Após uma breve reflexão teórica sobre o atual regime jurídico do contrato de seguro, a abordagem e resolução das hipóteses expostas será realizada à luz do atual regime do contrato de seguro que entrou em vigor no dia 1/01/2009 – DL n.º 72/2008, de 16/04 (doravante designado por RJCS) [1] – e, de forma mais breve, à luz do regime anterior, contido nos artes. 425º e ss. do Código Comercial, em diversos aspetos regulados em diplomas avulsos atinentes à atividade seguradora e nas regras gerais vertidas no Código Civil, designadamente nos seus artes. 436º e 808º.

[1] RJCS – regime jurídico do contrato de seguro; CC – Código Civil; art.º – artigo; artes. – artigos; cf. – confrontar; pág(s). – página ou páginas: ss. – seguintes; DL – decreto-lei.

II. Reflexão teórica sobre o atual regime do contrato de seguro com breves alusões ao regime legal anteriormente vigente

O regime do contrato de seguro achava-se, até Janeiro de 2009, contido nos artigos 425º e seguintes do Código Comercial, encontrando-se diversos aspetos regulados em diplomas avulsos atinentes à atividade seguradora[2].

Em 1/01/2009 entrou em vigor um novo regime jurídico do contrato de seguro, aprovado pelo DL n.º 72/2008, de 16 de Abril (RJCS cf. seu art.º 7º).

Nos termos do art.º 3º, n.º 1, do citado diploma, "nos contratos de seguro com renovação periódica, o regime jurídico do contrato de seguro aplica-se a partir da primeira renovação posterior à data de entrada em vigor do presente decreto-lei, com exceção das regras respeitantes à formação do contrato", nomeadamente aquelas que estão expressamente referidas neste normativo.

No texto preambular do mencionado DL 72/08, pode ler-se que:

> I – (…) "A reforma do regime do contrato de seguro assenta primordialmente numa adaptação das regras em vigor, procedendo-se à atualização e concatenação de conceitos de diversos diplomas e preenchendo certas lacunas.
>
> Procede-se, deste modo, a uma consolidação do direito do contrato de seguro vigente, tornando mais acessível o conhecimento do respetivo regime jurídico, esclarecendo várias dúvidas existentes, regulando alguns casos omissos na atual legislação e, obviamente, introduzindo diversas soluções normativas inovadoras.
>
> (…)

[2] Diplomas avulsos esse que se podem enumerar da seguinte forma: Decreto-Lei n.º 142/2000, de 15 de Julho, alterado pelos Decretos-Leis n.os 248-B/2000, de 12 de Outubro, 150/2004, de 29 de Junho, 122/2005, de 29 de Julho, e 199/2005, de 10 de Novembro; Código Comercial aprovado por Carta de Lei de 28 de Junho de 1888, nos artigos 425º a 462º; Decreto de 21 de Outubro de 1907, nos artigos 11º, 30º, 33º e 53º, corpo, 1.ª parte; a base xviii, n.º 1, alíneas c) e d), e n.º 2, e base xix da Lei n.º 2/71, de 12 de Abril; os artigos 132.º a 142.º e 176.º a 193.º do Decreto-Lei n.º 94-B/98, de 17 de Abril, alterado pelos Decretos-Leis n.os 8-C/2002, de 11 de Janeiro, 169/2002, de 25 de Julho, 72-A/2003, de 14 de Abril, 90/2003, de 30 de Abril, 251/2003, de 14 de Outubro, 76-A/2006, de 29 de Março, 145/2006, de 31 de Julho, 291/2007, de 21 de Agosto, e 357-A/2007, de 31 de Outubro; e os artigos 1.º a 5.º e 8.º a 25.º do Decreto-Lei n.º 176/95, de 26 de Julho, alterado pelos Decretos-Leis n.os 60/2004, de 22 de Março, e 357A/2007, de 31 de Outubro, todos estes revogados pelo RJCS – art.º 6º do DL 72/08, de 16 de Abril; e o regime geral do Código Civil..

> IV - No que respeita à harmonização terminológica, estabeleceu-se, em primeiro lugar, que se mantêm, como regra, os termos tradicionais como «apólice», «prémio», «sinistro», «subseguro», «resseguro» ou «estorno». Por outro lado, usa-se tão-só «segurador» (em vez de «seguradora» ou «empresa de seguros»), contrapõe-se o tomador de seguro ao segurado e não se faz referência aos ramos de seguro. Pretendeu-se, nomeadamente, que os conceitos de tomador de seguro, segurado, pessoa segura e beneficiário fossem utilizados de forma uniforme e adequada aos diferentes problemas jurídicos da relação contratual de seguro.
>
> O regime do contrato de seguro cumpre, assim, uma função de estabilização terminológica e de harmonização com as restantes leis de maior importância. Lembre-se que a antiguidade do Código Comercial e a proliferação de leis avulsas, bem como de diferentes influências estrangeiras, propiciou o emprego de termos contraditórios, ambíguos e com sentidos equívocos nas leis, na doutrina, na jurisprudência e na prática dos seguros. O novo regime unifica a terminologia utilizando coerentemente os vários conceitos e optando entre as várias possibilidades. (…)".

Com estes concretos objetivos assim definidos, entre outros, o legislador consagrou no RJCS um grande espaço para a liberdade contratual, conferindo, como regra, carácter supletivo àquele regime jurídico (cf. art.º 11º do mencionado regime).

Porém, introduziu-lhe limitações ao fixar um regime de imperatividade absoluta a alguns normativos (cf. art.º 12º), ao fixar um regime de imperatividade relativa em relação a outros (cf. art.º 13º), ao prescrever seguros proibidos (cf. art.º 14º) e ao determinar a proibição de práticas discriminatórias (cf. art.º 15º).

Com a introdução deste novo regime do contrato de seguro, o ordenamento jurídico português tem no mesmo a principal fonte legal do direito contratual dos seguros.

E, em termos de organização do mencionado diploma legal, o legislador decidiu dividi-lo em três partes, a saber: regime comum (artes. 1º a 122º), seguro de danos (artes. 123º a 174º) e seguro de pessoas (cf. artes. 175º a 217º).

Apesar da especial preocupação legislativa de unificação e concatenação dos regimes do contrato de seguro, optou-se por manter outras fontes legais do direito contratual dos seguros (cf. art.º 3º do RJCS), designadamente no que respeita aos seguros marítimos, que continuam a ser regulados pelo Código Comercial de 1888 (cf. art.º 6º, n.º 2, al. a), do mencionado DL n.º 72/08, de 16 de Abril), aos seguros do ramo automóvel, que são regulados pelo DL 291/07, de 21 de Agosto, ao seguro de crédito e caução, regulado pelo DL n.º 183/88, de 24 de Maio, ao regime excecional e temporário relativo ao contrato de seguro – DL n.º 20-F/2020, de 12 de Maio, e DL n.º 10-J/2020, de 26 de

Março -, ao regime geral das cláusulas contratuais gerais, reguladas pelo DL 446/85, de 25 de Outubro[3], ao regime da defesa do consumidor, regulado pela L n.º 24/96, de 31 de Julho[4], e aos contratos celebrados à distância, regulados pelo DL 24/2014, de 14 de Fevereiro[5].

Aos contratos de seguro, a título subsidiário, são ainda aplicáveis as disposições do direito comercial e da lei civil, sem prejuízo do disposto no regime jurídico de acesso e exercício da atividade de seguradora (cf. art.º 4º RJCS).

E, ainda, na perspetiva de alguma doutrina, há a "criação de direito contratual de seguros por via não legislativa", pois que "o legislador tem uma «prerrogativa», mas não tem o monopólio da criação do direito. Também a doutrina e a jurisprudência judicial devem ser consideradas fontes de direito contratual dos seguros"[6].

[3] Com várias alterações ao longo do tempo, sendo a última introduzida pelo DL n. º109-G/2021, de 10 de Dezembro.

[4] Com várias alterações ao longo do tempo, sendo a última introduzida pelo DL n. º109-G/2021, de 10 de Dezembro.

[5] Com várias alterações ao longo do tempo, sendo a última introduzida pela Lei n.º 16/2022, de 16 de Agosto.

[6] Ramos Maria Elisabete, *O Contrato de Seguro entre a Liberdade Contratual e o Tipo*, Coimbra, Almedina, 2021, pág. 48. A corroborar esta posição e a divergir da mesma cfr. autores enumerados na nota 181 da referida pág. 48 da citada obra.

Mais, a autonomia privada, a liberdade contratual e o direito material dos seguros de natureza "institucionalmente social" (exemplo "códigos de conduta"), são também fontes de direito contratual de seguros[7].

Por fim, segundo a mesma autora, e embora com carácter marginal, podem ser considerados fontes de direito material de seguros os costumes e usos mercantis[8].

No RJCS, o legislador optou por não definir o contrato de seguro, preferindo, apenas, identificar "as obrigações principais e características que decorrem para as partes" e que lhe conferem o conteúdo típico (art.º 1º do mencionado regime)[9].

Apesar destas inovações, poder-se-á continuar a afirmar que, por via do contrato de seguro, uma pessoa transfere para outra o risco da eventual verificação de um dano (sinistro), na esfera própria ou alheia, mediante o pagamento de uma remuneração (prémio).

Deste modo, o contrato de seguro continua a ser um contrato bilateral ou sinalagmático, formal, de adesão e aleatório, na medida em que a prestação da seguradora fica dependente de um evento futuro e incerto[10].

Continua a poder defender-se que o contrato de seguro "é aquele em que uma das partes, o segurador, compensando segundo as leis da estatística um conjunto de riscos por ele assumidos, se obriga, mediante o pagamento de uma soma determinada, a, no caso de realização de um risco, indemnizar o segurado pelos prejuízos sofridos, ou, tratando-se de evento relativo à pessoa humana, entregar um capital ou renda, ao segurado ou a terceiro, dentro dos limites convencionalmente estabelecidos, ou a dispensar o pagamento dos prémios tratando-se de prestações a realizar em data indeterminada" [11].

---

[7] Ramos (nota 7), pág. 49.

[8] Ramos (nota 7), pág. 50.

[9] Martinez Romano Pedro, *Artigo 1º - Conteúdo típico, Lei do Contrato de Seguro anotada*, 4ª ed., Coimbra, Almedina, 2020, pág. 39.

[10] Ac. RL de 14/04/2005, CJ, XXX, 2º, págs. 95 e ss..

[11] Moitinho de Almeida, *Contrato de Seguro*, p. 23.

Ao tomador do seguro impõe-se-lhe a obrigação de pagamento do respetivo prémio de seguro, segundo as condições acordadas e estipuladas na apólice.

Ao segurador, impõe-se-lhe, face à prova da existência do sinistro e de que o reclamante cumpriu as obrigações que para ele emanam do contrato e da lei, a obrigação de liquidar os compromissos a que a apólice o obrigue, ou seja, a obrigação de assegurar o pagamento dos montantes devidos com a ocorrência dos factos previstos na apólice.

Assim, a "função económico-social do contrato de seguro é uma função de garantia completada com um elemento de troca (prémio), sempre que a finalidade global e típica do contrato se destine a compensar pecuniariamente a perda ou a desvalorização de um bem (coisa ou crédito) ou a frustração de uma expectativa (diminuição, não realização ou não-aumento do património ativo; aumento ou não diminuição do património passivo; afetação da capacidade de trabalho e/ou emergência de danos morais)" [12].

Tradicionalmente, distinguem-se no contrato de seguro quatro elementos fundamentais: o risco, o interesse, o sinistro e a soma assegurada[13].

O risco é a possibilidade de que aconteça o evento danoso assegurado.

É fundamental para a existência do contrato[14], tanto assim que "o seguro é nulo, se, quando se concluiu o contrato, o segurador tinha conhecimento de haver cessado o risco" (art.º 436º do Código Comercial e agora 43º e 44º da RJCS) e "o seguro fica sem efeito se a cousa segura não chegar a correr risco" (art.º 437º, n.º 1, do Código Comercial e, agora, 44º, n.º 3, da RJCS).

Se não houver risco, sendo o dado certo, a seguradora tem de indemnizar sem o benefício da lei das probabilidades, passando o seguro a ser uma espécie de jogo de azar[15].

[12] Almeida Carlos, *Texto e Enunciado na Teoria do Negócio Jurídico*, Almedina, 1992, págs. 565, 566

[13] Gastaminza Valpuesta Eduardo «Teoria General del Contrato de Seguro (Conforme a la Ley Española)», *Revista Derecho y Negocios*, n.º 1, 2007.

[14] Vasques José, Contrato de *seguro*, p. 105.

[15] Gonçalves Cunha, *Comentário ao Código Comercial Português*, II, Lisboa, 1916, p. 529.

O risco deve determinar-se e delimitar-se, pois não é concebível um seguro que faça frente a todo o tipo de riscos.

A extinção do risco implica a caducidade do contrato de seguro, nos termos do art.º 110º, n.º 1, do RJCS.

O legislador continua, assim, a estabelecer uma série de modalidades de seguro, ou de riscos asseguráveis.

Contudo, deixou de utilizar a expressão "ramos" e passou, como já vimos, a falar em seguro de danos e seguro de pessoas (neste incluindo o seguro de vida e o seguro de acidente e de saúde).

No seguro de danos, o risco recai sobre bens e, no seguro de pessoas, o risco recai sobre pessoas.

O ar. 175º, n.º 1, do RJCS, dispõe que: "o contrato de seguro de pessoas compreende a cobertura de riscos relativos à vida, à saúde e à integridade física de uma pessoa ou de um grupo de pessoas nele identificadas".

No seguro de pessoas, o segurador obriga-se ao pagamento de um capital, renda ou de outras prestações contratualizadas e, no seguro de danos, o segurador obriga-se a pagar uma indemnização.

O interesse é definido, normalmente, como a relação de carácter económico existente entre o bem ou o valor assegurado e o seu titular.

O acerto e proporcionalidade desta conceção é evidente nos seguros de danos, em que o interesse se confunde com o valor do bem assegurado.

Pelo contrário, nos seguros de pessoas, é duvidosa a exigência de interesse, na medida em que inexistindo bem exposto ao risco igualmente inexiste relação com ele.

O sinistro (ou dano) é a produção do evento assegurado e, finalmente, a soma assegurada é o valor em que se quantifica o interesse, nos seguros de danos, ou como soma a pagar, nos seguros de pessoas.

Este último elemento assume importância, designadamente para determinar o limite máximo a pagar no caso de acontecer o risco assegurado, o valor a tomar em conta para cálculo do valor indemnizatório e o montante do prémio (que, logicamente, variará na proporção da soma assegurada).

O art.º 183º do RJCS define o seguro de vida como aquele em que o segurador cobre um risco relacionado com a morte ou a sobrevivência da pessoa segura, à semelhança do que já acontecia no art.º 455º, parágrafo único, do Código Comercial.

Tratando-se de um seguro de vida individual, o tomador do seguro ou quem ele indique designa o beneficiário, nos termos do art.º 198º do RJCS.

A exceção a esta regra reporta-se ao seguro de grupo, ou seja, tratando-se de um seguro de pessoas de grupo, é a pessoa segura quem designa o beneficiário (cf. art.º 81º do RJCS).

O já referido art.º 1º do RJCS, para além de definir o conteúdo típico do contrato de seguro, refere também quem são as partes do contrato, a saber o segurador e o tomador do seguro.

O segurador é a entidade que, em troca de uma remuneração, acolhe o risco[16].

O tomador do seguro é a pessoa que celebra, com o segurador, o contrato de seguro[17].

O art.º 1º da RJCS não utiliza o termo segurado, utilizando, antes, a expressão "de outrem".

Trata-se de uma opção do legislador de forma a aí incluir os seguros de danos e de pessoas[18], mas também para se afastar da falta de rigor terminológico das disposições do Código Comercial relativas ao contrato de

[16] Cordeiro António, *Direito dos seguros*, 2ª ed. (revista e atualizada), Almedina, 2017, pág. 525.

[17] Cordeiro (nota 17), pág. 526.

[18] Ramos (nota 7), pág. 73.

seguro na utilização da palavra segurado, aplicando-a para se referir tanto ao tomador do seguro, como ao segurado como ainda ao beneficiário.

O RJCS não define segurado, sem prejuízo de fazer referência ao mesmo em várias normas (a título exemplificativo, arts. 24º, n.º 1, 25º, n.º 5, 37º, n.º 2, al. b), 43º, n.º 1, 48º, n.º 1, etc.), pelo que lhe confere relevância jurídica.

Assim, a definição e delimitação dos conceitos de segurado, de pessoa segura e de beneficiário terá de ser procurada, nas condições gerais das apólices de seguro, na doutrina e na jurisprudência.

Em resumo, "na doutrina, é controversa a caracterização de segurado, sendo que há posições que defendem que o segurado é uma pessoa válida para todos os seguros e outras posições que consideram que a noção de segurado não tem autonomia nos seguros de vida. Por outro lado, há quem defenda uma compreensão material do segurado e outras que entendem que a identificação do segurado é essencialmente formal (segurado é a pessoa que, como tal, é identificada no contrato de seguro)"[19].

Com especial relevo para as hipóteses que já foram enunciadas, pode-se dizer que "é no seguro de pessoas que a lista de sujeitos relevantes para a relação jurídica de seguro é mais complexa, compreendendo o tomador do seguro, o segurado, a pessoa segura e o beneficiário"[20].

"O contrato de seguro é celebrado entre o segurador e o tomador do seguro, relativamente a um certo risco. Esse risco pode reportar-se à esfera do próprio tomador ou à de outra pessoa. Tal eventualidade obriga a isolar outro figurante: o segurado. Aproveitando a noção implícita no art.º 1º, definimos o segurado como a pessoa em cuja esfera se situa o risco visado pelo seguro em causa." [21].

Nos seguros por conta própria, a mesma pessoa reúne as qualidades de tomador de seguro e segurado, tutelando o contrato o interesse do próprio

[19] Ramos (nota 7), pág.76 e 77, e bem assim págs. 71 e 75, onde podem ser encontradas algumas das referidas posições doutrinárias.

[20] Ramos (nota 7), pág.75.

[21] Cordeiro (nota 17), págs. 530 a 533.

tomador do seguro (art.º 47º, n.º 1, do RJCS), enquanto que nos seguros por conta de outrem, o tomador de seguro atua por conta do segurado determinado ou indeterminado (art.º 48º, n.º 1, do RJCS), podendo agir em nome próprio, havendo, então, uma clara dissociação entre tomador e segurado, ou pode agir em nome do segurado, tratando-se aqui da figura da representação, com ou sem poderes[22].

Por princípio, se o contrário não resultar do contrato ou de circunstâncias atendíveis, o seguro tem-se por contratado por conta própria, nos termos do art.º 47º, n.º 2, do RJCS, o que já resultava do art.º 428º parágrafo 2º do Código Comercial.

Estas definições estavam vertidas no art.º 1º do DL n.º 176/95, de 26 de Julho, revogado pelo RJCS.

No seguro por conta de outrem em que o tomador age em nome próprio, à semelhança do seguro por conta própria, o tomador é parte no contrato, cumprindo as obrigações dele resultantes.

No contrato do seguro por conta de outrem em que o tomador age em nome próprio, ao tomador do seguro apenas não compete cumprir as obrigações que só possam caber ao segurado, conforme dispõe o art.º 48º, n.º 2, do RJCS.

Contudo, o tomador do seguro continua a ser parte no contrato conforme decorre do disposto do n.º 4 do citado normativo.

No que respeita aos direitos decorrentes do contrato, os mesmos cabem ao segurado, não podendo o tomador, mesmo que na posse da apólice, exercê-los sem o consentimento daquele (cf. art.º 48º, n.º 3, do RJCS).

No seguro por conta de outrem, o mesmo visa um risco que se poderá produzir, primariamente, na esfera deste outrem, o segurado.

[22] Cordeiro (nota 17), pág. 532.

O segurado não pode ser confundido com a figura da pessoa segura, pois esta corresponde, nos seguros de vida ou de doença à pessoa cuja morte ou doença integra o sinistro previsto[23].

"Qualquer contrato de seguro pressupõe um segurado, seja ele o tomador ou um terceiro, sendo que o interesse geral permite determinar a pessoa do segurado" [24].

No contrato de seguro, a prestação do segurador tem um destinatário que, as mais das vezes, é o próprio tomador-segurado.

Porém, o contrato de seguro pode prever que o segurador fique obrigado, no caso de um sinistro, a uma prestação, não a favor do tomador, mas sim a favor de um terceiro.

E, havendo um segurado diferente do tomador, também aquele, por regra, será beneficiário, o que, de resto, é a regra supletiva prevista no art.º 48º, n.º 3, do RJCS.

Sem prejuízo, entendemos que partes no contrato são apenas o tomador de seguro,

"a pessoa que transfere o risco, assumindo o pagamento da remuneração" [25], e o segurador, "a que assume o risco e recebe a remuneração" [26].

Sendo o segurado, neste caso, apenas e só a pessoa cuja esfera jurídica fica protegida pelo seguro[27].

A designação do beneficiário é um direito próprio e exclusivo do tomador do seguro, que só por ele pode ser exercido, comportando apenas como exceção a situação já referida supra do seguro de grupo, de acordo com o disposto no art.º 81º do RJCS.

[23] Cordeiro (nota 17), pág. 531.

[24] Cordeiro (nota 17), pág. 546 e 567.

[25] Cordeiro (nota 17), pág. 33

[26] Cordeiro (nota 17), pág. 33.

[27] Cordeiro (nota 17), pág. 33

A lei define o beneficiário como a pessoa singular ou coletiva a favor de quem reverte a prestação da seguradora decorrente do contrato de seguro ou de uma operação de capitalização.

A figura do beneficiário surge explicitamente nos contratos em que a prestação da seguradora deva ser feita a pessoa diferente do segurado.

No entanto, ainda que em sentido algo diferente, todo o seguro tem um beneficiário.

O terceiro beneficiário do seguro pode resultar diretamente da apólice ou depender de uma determinação indireta.

Deste modo, o beneficiário é diretamente determinado, quando a prestação da seguradora deva ser feita a pessoa certa, identificada na apólice.

A determinação do beneficiário é indireta, quando assegurada a indemnização de eventual terceiro, em determinadas circunstâncias constantes da apólice[28].

Quanto à natureza jurídica do seguro que se destina a garantir um valor mutuado, tem-se afirmado ser um seguro por conta de outrem, atribuindo-se a natureza de contrato a favor de terceiro ou de um caso de substituição ou de representação imprópria[29].

Contrato a favor de terceiro é o contrato em que um dos contraentes (promitente) atribui, por conta e à ordem do outro (promissário), uma vantagem a um terceiro (beneficiário) estranho à relação contratual (cf. art.º 443º do CC).

A vantagem traduz-se em regra numa prestação assente sobre o respetivo direito de crédito, mas pode consistir na liberação de um débito, na constituição, modificação ou extinção de um direito real.

[28] Vasques (nota 15), pág. 174 e 175.

[29] Moitinho de Almeida, *O Contrato de Seguro no Direito Português e Comparado*, Lisboa, 1971, págs. 49 e ss..

Essencial ao contrato a favor de terceiro, como figura típica autónoma, é que os contraentes procedam com a intenção de atribuir, através dele, um direito (de crédito ou real) a terceiro ou que dele resulte, pelo menos, uma atribuição patrimonial imediata para o beneficiário.

Com relevância para as hipóteses enunciadas, no contrato de seguro de vida, associado ao crédito bancário para aquisição de habitação, havendo divergência entre o tomador, a pessoa segura e o segurado, como, por norma, existe, pode questionar-se, em termos contratuais, se existem consequências jurídicas diversas a extrair quando o tomador do seguro deixa de pagar o prémio, entrando numa situação de mora.

Especialmente, quando o segurador interpela o tomador para colocar fim a essa mora, sob pena de resolução contratual, e aquele não a faz cessar, colocando-se numa situação de incumprimento definitivo.

Concretamente e havendo aquela divergência, importa saber se aquela interpelação admonitória e, posterior, comunicação da resolução têm de ser realizadas, não só junto do tomador, como também em relação à pessoa segura, ao segurado e ao beneficiário.

Na prática da atividade de seguros, situações há em que existem apólices de seguro subscritas por um tomador de seguro e por uma ou várias pessoas seguras, sendo que estas aparecem a subscrevê-las, em alguns casos, apenas na qualidade de pessoa segura e, em outros casos, nessa qualidade e na qualidade de tomador (neste caso, temos o tomador-segurado, expressão utilizada pela doutrina alemã).

Na tentativa de equacionar soluções jurídicas plausíveis para estas questões, vamos abordá-las mais tarde, tentando, com humildade e sem qualquer pretensiosismo, subsumir as hipóteses já enunciadas nos normativos legais vigentes, fazendo um paralelismo breve com o regime legal anterior.

O seguro de grupo cobre riscos de um conjunto de pessoas ligadas ao tomador de seguro por um vínculo que não seja o de segurar (cf. art.º 76º do RJCS).

Definição idêntica era dada no art.º 1º, al. g), do DL n.º 176/95, entretanto revogado pelo art.º 6.º do RJCS.

Neste tipo de seguro existe uma relação entre os participantes no grupo (os segurados) e o tomador, tratando-se de uma relação de natureza jurídica discutida, mas que, segundo António Menezes Cordeiro,[30] desemboca na figura da prestação de serviço e do mandato, e uma relação de seguro entre o tomador e o segurador.

Nos seguros de grupo existe liberdade negocial, mas tipicamente a estrutura do mesmo caracteriza-se pela existência de um contrato-quadro celebrado entre o segurador e o tomador, que, posteriormente, vai enquadrar os contratos de seguro individuais entre cada segurado e o segurador.

O seguro de grupo pode ser contributivo ou não contributivo, sendo que, no primeiro, os segurados suportam, no todo ou em parte, o pagamento do prémio e, no segundo, há a assunção pelo tomador de um risco alheio (cf. art.º 77º, n.º 1 e 2, do RJCS)[31].

O seguro de grupo vê o seu regime legal prescrito pelos artes. 76º a 90º do RJCS.

À semelhança do regime geral do direito, no RJCS, a resolução contratual é uma das formas cessação do contrato nos termos do art.º 106º daquele regime, sendo um dos seus fundamentos a falta de pagamento do prémio.

À luz do regime anterior[32], no seguro de vida e em caso de falta de pagamento do prémio de seguro, o segurador não poderia avançar para a resolução automática, impondo-se a conversão da mora em incumprimento definitivo, através da respetiva interpelação admonitória prevista no art.º 808º, n.º 1, do CC, com vista a fazer cessar a mora.

[30] Cordeiro (nota 17), pág. 785.

[31] Cordeiro (nota 17), pág. 785.

[32] Regime vertido nos artes. 425º e ss. do Código Comercial, em diversos aspetos regulados em diplomas avulsos atinentes à atividade seguradora e nas regras gerais da resolução vertidas no Código Civil, designadamente nos seus arts. 436º e 808º.

No regime legal atualmente vigente[33], o disposto na alínea a) do nº 2 do art.º 57º do DL 72/2008 não se aplica aos seguros de vida, conforme decorre da leitura conjugada do disposto na al. b) do n.º 2 desse mesmo art.º 57º com o disposto no artigo 58º do mesmo diploma.

Conforme dispõe claramente o art.º 58º do referido DL 72/2008, que aqui passamos a transcrever, "o disposto nos artigos 59º a 61º não se aplica aos seguros e operações regulados no capítulo respeitante ao seguro de vida, aos seguros de colheitas e pecuário, aos seguros mútuos em que o prémio seja pago com o produto de receitas e aos seguros de cobertura de grandes riscos, salvo na medida em que essa aplicação decorra de estipulação das partes e não se oponha à natureza do vínculo".

Assim, não é aplicável a resolução legal automática prevista no art.º 61º do mesmo diploma, entre outros, ao seguro de vida.

No que respeita ao seguro de vida, os efeitos da falta de pagamento dos prémios são "os que sejam estipulados nas condições contratuais" (cf. art.º 57º, n.º 1, al. b), da LCS e também 203º, n.º 1, do mesmo diploma)[34].

Entendia-se no regime legal anterior e continuou a entender-se no atual que, no respeitante aos seguros de vida, existe um interesse público na sua manutenção, merecendo mais ampla proteção legal que a generalidade dos seguros (note-se que o DL 142/2000, de 15 de Julho, - entretanto revogado pelo nº1 do artigo 6º do DL nº72/2008- que veio estabelecer o regime jurídico do pagamento dos prémios para a generalidade de seguros, dele excetuou, entre outros, o seguro do ramo vida).

Assim, tal significa que, à luz da lei nova (RJCS), a falta de pagamento do prémio de um seguro de vida, à semelhança do regime anterior, não determina legalmente a resolução automática do contrato na data do vencimento, mas antes os efeitos que sejam estipulados nas condições contratuais, conforme

[33] DL n.º 72/2008, de 16 de Abril.

[34] Já era assim na anterior legislação, uma vez que (assim como o atual art 58.º da LCS) também o anterior art.º 1º, n.º 2, do DL 142/2000 (na redação do DL 122/2005), sobre o regime do pagamento dos prémios de seguro, dizia não ser o mesmo aplicável (entre outros) aos seguros do ramo "vida".

decorre claramente do art.º 57º, nº 2, al. b) e 202º, ambos do DL n.º 72/2008 (diferindo neste último segmento do regime anterior).

Ora, na prática, essa remissão poderá significar que, ao abrigo da liberdade contratual, essas condições contratuais poderão estabelecer um regime de resolução contratual automática.

Ou, ao invés, atento o espírito da lei, ter-se-á de entender que tais condições contratuais não poderão afastar o regime legal do incumprimento contratual e da resolução, ou seja, a regra de que a resolução do contrato pelo não cumprimento culposo das obrigações só é possível após a conversão da simples mora em incumprimento definitivo, designadamente através da interpelação admonitória (artes. 801º, 804º, 805º e 808º, n.º 1, do CC).

A significar que, na falta de pagamento do prémio na data de vencimento, o segurador só teria direito de resolver o contrato convertendo previamente a mora em incumprimento definitivo nos termos gerais (cf. art.º 203º do RJCS).

No que respeita a esta questão, encontramos jurisprudência nos dois sentidos, ou seja, a defender que é sempre necessário converter a mora em incumprimento definitivo e outra a defender que, estando no contrato convencionada uma resolução automática sem necessidade daquela conversão, a aplicação deste regime contratual, tal como o determina o art.º 57º, n.º 2, alínea b), do RJCS, torna legítima a resolução automática sem necessidade de conversão da mora em incumprimento definitivo[35].

O art.º 61º, n.º 1, do RJCS, ao estabelecer a resolução automática como regra que não admite convenção em contrário, porquanto reveste de imperatividade absoluta (cf. art.º 12º, n.º 1, do mesmo diploma, comportando esta regra apenas a exceção prevista no n.º 2 deste normativo) e os art.º 57º, n.º 1, b), e 58º, do mesmo diploma, que, sem prejuízo de afastarem a aplicação

[35] A título meramente exemplificativo, veja-se, no sentido primeiramente indicado, acórdão da Relação do Porto, de 15/12/2020, relatora Anabela Tenreiro, descritores contrato de seguro, seguro de vida, falta de pagamento do prémio, declaração receptícia, e, no sentido indicado em segundo lugar, acórdão do STJ, de 22/02/2022, descritores seguro de grupo, resolução do negócio, comunicação, ineficácia, cláusula resolutiva, contrato de mútuo, seguro de vida (www.dgsi.pt.), acesso em 16/05/2023.

daquela regra, entre outros, ao seguro de vida, prescrevem que, neste tipo de seguro, os efeitos da falta de pagamento do prémio são os previstos nas condições contratuais, abrindo assim a possibilidade de aí se estabelecer uma resolução automática, podem comportar uma aparente contradição.

Pois que, na aparência, existirá uma incompatibilidade entre esta solução legislativa e o declarado objetivo do legislador de proteger a parte mais fraca.

Porém, afigura-se-nos que, na ótica do legislador, a contradição é meramente aparente, pois que se pretendeu encontrar um equilíbrio entre a necessidade de dar particular atenção à tutela do tomador de seguro e do segurado, como parte contratual mais débil, e a necessidade de ponderar a posição das empresas de seguro[36], de molde a que aquela tutela não perturbasse o normal e adequado desenvolvimento da atividade empresarial dos seguros, o que, a acontecer, também, acabaria por ser prejudicial ao consumidor e, nessa perspetiva, importaria um prejuízo para a tutela dos interesses deste.

Neste sentido, atente-se na seguinte passagem do preâmbulo do DL n.º 72/2008, de 16/04: "(…) Não obstante se assentar na tutela da parte contratual mais débil, como resulta do que se indicou, cabe atender ao papel da indústria de seguros em Portugal. Pretende-se, por isso, evitar ónus desproporcionados e não competitivos para os seguradores, ponderando soluções à luz do direito comparado próximo, mormente de países comunitários. (…)".

Deste modo, esse equilíbrio teve que ser ponderado em relação ao bloco de normas vertidas no RJCS e não apenas com referência a cada uma das normas.

Não cabe aqui averiguar se esse objetivo de equilíbrio foi ou não bem sucedido, importando, apenas, concluir que: optando-se pela primeira das orientações jurisprudenciais expostas, os requisitos da validade da resolução em caso de falta de pagamento do prémio, no caso do seguro de vida, serão iguais aos exigidos à luz do anterior regime legal; optando-se pela segunda das orientações jurisprudenciais, tais requisitos poderão ou não diferir consoante as condições contratuais estipulem a necessidade de converter a mora em

[36] Pretensão expressamente declarada no preâmbulo do DL n.º 72/2008, de 16/04.

incumprimento definitivo ou antes prevejam a possibilidade de resolução automática.

Neste último caso, incumbirá ao julgador, dentro dos limites dos seus poderes - tendo sempre como limite a alegação de facto das partes -, verificar se o ditame das cláusulas contratuais e a sua validade devem ser ou não postos em causa por aplicação dos regimes legais destinados a proteger a parte mais fraca, designadamente o regime das cláusulas contratuais gerais, de defesa do consumidor e até as normas de defesa do consumidor nos seguros de vida associados ao crédito a habitação previstas no DL 222/09, de 11 de Setembro (cf. 3º do RJCS).

Em todo o caso, a declaração de resolução do contrato tem de ser comunicada à outra parte (cf. art.º 436.º, n.º 1 do CC) e torna-se *eficaz* logo que chegue ao seu poder ou é dele conhecida (cf. art.º 224º do CC).

Ultrapassada que está a questão da necessidade ou não de interpelação admonitória para operar a resolução contratual por falta de pagamento do prémio de seguro, importa problematizar se, à luz do anterior regime legal, o segurador tinha de fazer a interpelação admonitória junto do tomador do seguro, da pessoa segura e do beneficiário irrevogável, para que estas, querendo, colocassem fim à mora, sob pena de resolução do contrato, ou se era bastante, para o efeito, interpelar o tomador do seguro e o beneficiário irrevogável.

No regime legal anteriormente vigente, a matéria dos contratos de seguro do ramo vida era regulada pelo Decreto de 21/10/1907, cujo artigo 33.º dispunha: "O contrato de seguro de vida somente poderá considerar-se insubsistente por falta de pagamento de prémio, quando o segurado, depois de avisado por meio de carta registada, não satisfaça a quantia em dívida no prazo de oito dias ou noutro."

Assim, para a resolução do contrato de seguro ser eficaz e oponível, à luz daquele diploma e das regras do Código Civil, exigia-se: a interpelação admonitória do tomador do seguro, da pessoa segura, do segurado e do beneficiário irrevogável para o pagamento dos prémios em falta, e bem assim a

posterior comunicação da resolução aos mesmos, no caso de o não pagamento dos prémios subsistir.

Tal exigência resultava da circunstância do citado art.º 33º se referir ao segurado, atribuindo-se a esta expressão, como já vimos, um significado indiferenciado, abrangendo o tomador do seguro, a pessoa segura, segurado e até o beneficiário, sendo certo que qualquer uma destas pessoas, por regra, era também segurado no verdadeiro significado técnico-jurídico da palavra.

Até porque, por regra, quer o tomador do seguro, quer a pessoa segura quer o beneficiário irrevogável, são as pessoas em cuja esfera se situa o risco visado pelo seguro de vida individual associado ao crédito bancário.

De um lado, a entidade bancária e beneficiária irrevogável acautela, com o seguro, o risco de ver diminuída, com a morte de uma das pessoas seguras, a garantia patrimonial do mútuo que concedeu e, por outro lado, as pessoas seguras acautelam o risco da insuficiência de meios para cumprir o mútuo, em virtude da morte de uma delas.

Todavia, afigura-se-nos, sem prejuízo de melhor opinião, que só se poderá dizer que a pessoa segura acautela um interesse próprio, quando seja a própria a contratar o seguro, ou seja, a ser o seu tomador, pois que, sendo pessoa segura não tomador, o que se pode afirmar é apenas que o tomador acautelou um interesse alheio, porque nisso também tinha um interesse próprio.

Porém, no contrato de seguro de vida individual, estando prevista no contrato a necessidade de interpelação admonitória para operar a resolução contratual por falta de pagamento do prémio de seguro e se o contrário não for convencionado, a interpelação admonitória e a comunicação de resolução junto da pessoa segura que não coincida com o tomador do seguro ou com o seu beneficiário, não faz, em nosso entender, qualquer sentido em face do atual Regime Jurídico Do Contrato De Seguro instituído pelo Decreto-Lei 72/2008 de 16 de Abril, o qual revogou o Decreto de 21/10/1907.

Atualmente, o artigo 203º do RJCS dispõe que: n.º 1 "a falta de pagamento do prémio na data de vencimento confere ao segurador, consoante a situação e

o convencionado, o direito à resolução do contrato, com o consequente resgate obrigatório, o direito à redução do contrato ou o direito à transformação do seguro num contrato sem prémio"; n.º 2 "o período máximo em que o tomador do seguro pode exercer a faculdade de repor em vigor, nas condições originais e sem novo exame médico, o contrato de seguro reduzido ou resolvido deve constar das condições da apólice e ser fixado a contar da data de redução ou de resolução".

Já o art.º 204º do mesmo diploma, impõe ao segurador a obrigação de interpelação do beneficiário irrevogável para, querendo, se substituir ao tomador que não pagou o prémio de seguro na data do seu vencimento.

Dispondo o art.º 57º, n.º 1, do mesmo diploma, que a falta de pagamento do prémio constituiu o tomador do seguro em mora e apenas este.

O quadro legal atualmente em vigor, diferentemente do anterior, força a concluir que, num seguro de vida individual e salvo convenção contratual em contrário, apenas o tomador do seguro e o beneficiário irrevogável têm de ser interpelados para cessar a mora, sob pena de resolução do contrato.

Não existe, no atual regime legal e para o seguro individual, que não de grupo, nenhuma norma que imponha aquela interpelação junto da pessoa segura e do segurado que não seja o próprio tomador.

No seguro individual, que não de grupo, a intervenção da pessoa segura no contrato, que não seja o tomador, limita-se à aceitação de que a cobertura do risco possa incidir sobre a sua vida, não lhe sendo, porém, reconhecido qualquer poder de conformação daquele contrato de seguro (cf. artes. 1º, 18º, 21º, 22º, 23º, n.º 2, 32º, n.º 2, 34º, 43º, n.º 3, 57º, 183º, 186º, 197º, 198º, 203º e 204º RJCS).

Atente-se, por exemplo, que, no que respeita ao cumprimento dos deveres de informação do segurador, a lei tem apenas como destinatário o tomador de seguro, e não a pessoa segura, sendo apenas o tomador de seguro que se vincula ao contrato, designadamente que se obriga ao pagamento do prémio de seguro (cf. art.º 21º, n.º 1, e 185º da RJCS).

O art.º 34º, n.º 1, da RJCS, dispõe que a apólice deve ser entregue ao tomador do seguro aquando da celebração do contrato e só a este.

E a única referência que confere relevância à vontade da pessoa segura, que não seja o tomador do seguro, consta do art.º 43º, n.º 3, da RJCS, e diz respeito apenas, como já vimos, à exigência de consentimento para a cobertura do risco, sendo este consentimento dispensado, inclusive, nos casos em que o contrato resulta do cumprimento de uma disposição legal ou de um instrumento de regulamentação coletiva de trabalho.

De resto e como já vimos, no preâmbulo Decreto-Lei 72/2008, de 16 de Abril, refere-se que o regime do contrato de seguro pretendeu uma harmonização terminológica, tendo em vista que os conceitos de tomador de seguro, segurado, pessoa segura e beneficiário fossem utilizados de modo uniforme e adequados aos diferentes problemas jurídicos da relação contratual de seguro.

Tendo o legislador a noção da confusão terminológica existente anteriormente, pretendendo maior rigor na utilização das palavras e tendo construído um novo regime com alteração dos parâmetros axiológico normativos relativamente ao anterior, com uma nova formulação das obrigações e deveres dos sujeitos do contrato de seguro, dificilmente se poderá equacionar, como solução plausível de direito, a existência de uma lacuna naquele regime, quando não prescreve a necessidade de a pessoa segura ser interpelada nos termos supra referidos, a carecer de aplicação analógica da exigência em causa também à figura da pessoa segura, quando esta seja diferente do tomador.

Esta pessoa segura, sendo diferente do tomador do seguro, não é parte no contrato.

Em conclusão e em nossa opinião, diversamente do quadro legal existente anteriormente ao RJCS, quando o contrato preveja a interpelação admonitória para a resolução contratual, é possível resolver o contrato de seguro de vida individual, por falta de pagamento de prémio, desde que

interpelados o tomador de seguro e o beneficiário irrevogável, com a subsistência da mora, e desde que comunicada a resolução aos mesmos.

Exceto se essas exigências forem convencionadas no contrato, quer por referência à pessoa segura quer ao segurado.

Assim, nada dispondo o contrato de seguro - em especial as Condições Gerais e Especiais, aqui diretamente aplicáveis por força dos artigos 57.º, n.º 2 b) e 58.º do RJCS - quanto à obrigação de notificar a pessoa segura, que não é a tomadora do seguro, da resolução do contrato, e não se referindo a lei, neste contexto, à figura do "segurado" ou "pessoa segura", a pessoa segura, que não o tomador e o beneficiário irrevogável, não precisa de ser interpelada para cessar a mora para que a resolução operada pelo segurador seja válida e eficaz, e bem assim oponível àquela pessoa segura.

No contrato de seguro de vida de grupo, de natureza contributiva, a situação é diferente, porquanto o que apreendemos da prática judiciária é que a aquisição da qualidade de segurado e de pessoa segura resulta sempre de cada uma delas apresentar uma proposta de adesão a um contrato-quadro já celebrado entre o tomador e o segurador, que sejam aceites por este, ainda que tacitamente, em observância do disposto no art.º 88º do RJCS.

E, nessa medida, a pessoa segura/segurado é também parte do contrato de seguro, sobre quem, a maior parte das vezes e por convenção contratual, impende a obrigação de pagamento do prémio (seguro de grupo contributivo).

Em harmonia com esta realidade, o regime legal previsto no art.º 76º a 90º do RJCS confere relevância à vontade do segurado na conformação do contrato e é relativamente ao mesmo que os especiais deveres de informação têm de ser cumpridos.

Assim, no seguro de vida de grupo contributivo, no qual haja sido convencionado que a resolução contratual por falta de pagamento do prémio pressupõe a prévia interpelação admonitória, dificilmente as cláusulas do mesmo, o regime primeiramente aplicável, deixarão de prever a necessidade de notificação admonitória da pessoa segura/segurado, e bem assim do beneficiário irrevogável, e a posterior comunicação aos mesmos da resolução.

Posto que a pessoa segura/segurado é a parte aderente ao contratoquadro, apesar de não ter a qualidade de tomador, referindo-se a resolução contratual, não ao contrato-quadro de seguro, mas sim e apenas à cobertura do concreto segurado que se colocou numa situação de incumprimento definitivo.

III. Discussão e resolução das hipóteses

Vamos, agora, retomar as hipóteses já enunciadas, na tentativa de refletir sobre as mesmas e sobre as soluções juridicamente plausíveis para a sua resolução.

Hipótese A)

Em 11/12/2015, a entidade bancária "D" concede um empréstimo para aquisição de habitação própria, com hipoteca, a "A" e C", casados entre si.

Mais tarde, a 13/08/2017, a pessoa "A", co mutuário, celebra um contrato de seguro de vida individual com o segurador "B".

Na altura da celebração do contrato de seguro, "A" e "C" estão separados de facto, sendo a pessoa "A" que se encontra a pagar as prestações do empréstimo bancário a "D". Isto apesar da pessoa "C" perante a pessoa "D" continuar vinculada ao contrato de mútuo solidariamente com a pessoa "A".

No contrato de seguro, são indicadas, no lugar destinado às pessoas seguras, "A" e "C", cobrindo o risco da morte de qualquer uma destas pessoas, sendo que a pessoa "A" assina o contrato no local destinado ao tomador de seguro, tratando-se da pessoa que cuidou de toda a negociação e contratação, e "C" assina o contrato no local destinado exclusivamente à pessoa segura que não é o tomador.

É indicado, no lugar do beneficiário irrevogável, "D", entidade bancária, estipulando-se que esta entidade é beneficiária do valor do capital em dívida à data da morte de qualquer uma das pessoas seguras e até ao montante do capital seguro.

Em caso de morte, as partes não convencionaram no contrato outros beneficiários, designadamente para que fossem os beneficiários do remanescente do valor resultante da diferença entre o montante do capital

seguro e o capital em dívida à data da morte de qualquer uma das pessoas seguras.

Na vigência do contrato, a pessoa "A" deixa de pagar o pagar o prémio de seguro, sendo que, até esse momento, foi sempre ela que o pagou, nunca a pessoa "C" o fez.

Aquando dessa vicissitude, a pessoa "A" e a pessoa "C" estão divorciadas, continuando ambas vinculadas no contrato de mútuo que celebraram com a pessoa "D".

O segurador notifica a pessoa "A" para cessar a mora, pagando os prémios em dívida, sob pena de resolução do contrato de seguro.

Igual interpelação efetua ao beneficiário irrevogável, ou seja, a "D".

Como nenhum deles cessa a mora, ou seja, nenhum deles paga os prémios em dívida, o segurador comunicou a resolução a "A" e a "D".

O segurador não faz nenhuma interpelação idêntica à pessoa segura "C", não lhe dando oportunidade de cessar a mora do tomador do seguro e não lhe comunica a resolução.

Decorridos quatro meses, a pessoa segura "A" morre.

No contrato, está prevista uma cláusula que estipula que a resolução com base na falta de pagamento do prémio deve ser realizada no quadro do regime geral legal.

No contrato, não foi convencionada a necessidade de notificação da pessoa segura ou do segurado para fazer cessar a mora, como condição para o exercício do direito à resolução contratual, prevendo, apenas, a necessidade, para aqueles efeitos, de notificação junto do tomador do seguro e do beneficiário irrevogável.

A questão que se coloca é se a resolução contratual assim operada é válida, eficaz e oponível à pessoa segura "C"?

Estamos perante um contrato de seguro individual, que não de grupo, em que o tomador do seguro é apenas a pessoa "A", comportando o contrato duas pessoas seguras, a saber a pessoa "A", também tomadora, e a pessoa "C", que não é tomadora.

Este contrato está relacionado com o contrato de mútuo celebrado entre "D", entidade bancária mutuante, e "A" e "C", como mutuários, estando aqueles, à data da celebração desse contrato de mútuo, casados entre si.

Estes dois contratos não foram celebrados de forma contemporânea, tendo-se celebrado o contrato de mútuo e só mais tarde o contrato de seguro individual.

Trata-se de um seguro de vida, na medida em que o segurador cobriu o risco decorrente da morte de qualquer uma das pessoas seguras.

Das circunstâncias que rodearam o contrato, não é, em nosso entender, possível equacionar que a pessoa "A", ao celebrar o contrato tivesse agido em representação da própria comunhão conjugal, ou seja, também em representação da pessoa "C", e não apenas de si próprio.

E é assim porque, do ponto de vista literal, apenas a pessoa "A" assinou o contrato no local destinado ao tomador do seguro.

Mas também porque, à data da celebração do contrato de seguro, as pessoas "A" e "C" já estavam separadas de facto, pelo que não é possível presumir judicialmente que houvesse uma administração comum do património, sendo que, durante toda a vigência do contrato, foi sempre a pessoa "A" a pagar o prémio do seguro e nunca a pessoa "C".

Por outro lado, trata-se de um contrato que, simultaneamente, é realizado por conta do próprio tomador, a pessoa "A", e por conta de outrem, neste caso, o beneficiário irrevogável, a entidade bancária "D".

Com efeito, o contrato de seguro tutela o interesse do próprio tomador que, em troca da obrigação de pagamento de um prémio, vê acautelado o risco de ficar numa situação de incapacidade para pagar o empréstimo, em virtude da diminuição do património, quer por alguma razão relacionada consigo quer inerente à outra pessoa segura, também co mutuária, e, ao mesmo tempo, tutela o interesse da entidade bancária que vê acautelado o risco de incumprimento.

É, ainda, um contrato a favor de terceiro, pois que a prestação do segurador, no caso de se verificar o sinistro contratado, tem de ser realizada ao beneficiário irrevogável, ou seja, à entidade bancária "D".

Atenta a data da celebração do contrato de seguro, não subsistem dúvidas que o DL n.º 72/2008 é aplicável à hipótese em análise.

Assim, a falta de pagamento do prémio de seguro pelo tomador, ou seja, pela pessoa "A", determinou a mora deste e apenas deste, nos termos do art.º 57º, n.º 1, do RJCS. Não é possível afirmar que a pessoa segura "C" também entrou em mora, uma vez que apenas a pessoa "A" é parte neste contrato de

seguro, na qualidade de tomador, e como tal só ele se vinculou a pagar o prémio.

E os efeitos da falta de pagamento do prémio são os que estão estipulados nas condições contratuais, de harmonia com o disposto no art.º 57º, n.º 2, al. b), do RJCS.

Na hipótese concreta, as condições contratuais remetem para o regime geral, pelo que o segurador "B" teria de converter a mora do tomador do seguro em incumprimento definitivo para legitimar a resolução contratual, designadamente através da interpelação admonitória, condição que, em nosso entender, cumpriu (cf. art.º 203º do RJCS e artes. 801º, 804º, 805º e 808º do CC).

Teria ainda de realizar idêntica interpelação junto do beneficiário irrevogável, ou seja, junto da entidade bancária "D", nos termos do art.º 204º, n.º 1, do RJCS, o que também cumpriu.

Não tinha de fazer igual interpelação junto da pessoa segura "C", porquanto a mesma não é tomadora, não é parte no contrato, nem é beneficiária do mesmo em sentido técnico-jurídico.

Deste modo e na hipótese em apreço, conclui-se que a interpelação admonitória

do tomador do seguro (pessoa "A") e do beneficiário irrevogável (pessoa "D") para o pagamento dos prémios em falta, sob pena de resolução do contrato, e bem assim a futura comunicação da resolução aos mesmos, no caso de não pagamento dos prémios em falta no prazo concedido, é suficiente para se afirmar a validade, eficácia e oponibilidade, também, à pessoa segura ("C") da resolução contratual operada pelo segurador ("B"), não tendo a pessoa segura de ser interpelada para pagar nem tendo de lhe ser comunicada a declaração de resolução.

Reitera-se que o regime legal atualmente em vigor estabeleceu que as pessoas aptas a sanar a mora eram o próprio tomador de seguro e o beneficiário irrevogável, não estipulando a necessidade de interpelação das pessoas seguras no contrato de seguro de vida que não seja um seguro de grupo, mas antes um seguro individual.

Quando estas qualidades não coincidem na mesma pessoa, aquele que apenas tem a qualidade de pessoa segura, que não tomador de seguro nem beneficiário, e quando se trate de um seguro de vida individual, que não de

grupo, não tem, em nosso entender e salvo convenção contratual em contrário, que ser notificado para fazer cessar a mora, assim como não tem de lhe ser comunicada a resolução.

Nestas circunstâncias, a resolução operada pelo segurador é oponível, não apenas ao tomador de seguro e beneficiário irrevogável, como também à pessoa segura.

Diferente solução seria encontrada caso fosse de aplicar o regime legal anterior, porquanto à luz do disposto no art.º 33º do Decreto 21/10/1907, era necessária a interpelação admonitória e/ou a comunicação da resolução não apenas junto do tomador de seguro ("A") e do beneficiário irrevogável ("D"), como também junto da pessoa segura ("C").

Assim, não tendo sido cumprido este último requisito, a resolução operada pelo segurador (pessoa "B") não seria válida, eficaz e oponível nem à pessoa segura ("C") nem ao beneficiário irrevogável ("D").

Hipótese B):

Em 11/12/2015, a entidade bancária "D" concede um empréstimo para aquisição de habitação própria, com hipoteca, a "A" e C", casados entre si.

Mais tarde, a 13/08/2017, a pessoa "A", co mutuário, celebra, por si e em representação da pessoa "C", seu cônjuge (com poderes de representação para este acto), um contrato de seguro de vida individual com "B".

No contrato de seguro, são indicadas como pessoas seguras "A" e "C", cobrindo o risco da morte de qualquer uma destas pessoas, sendo que a pessoa "A" assina o contrato no local destinado ao tomador de seguro e "C" assina o contrato no local destinado exclusivamente à pessoa segura.

É indicado como beneficiário irrevogável "D", a entidade bancária, no valor do capital em dívida à data da morte de qualquer uma das pessoas seguras e até ao montante do capital seguro.

Em caso de morte, as partes não convencionaram no contrato outros beneficiários, designadamente para que fossem os beneficiários do remanescente do valor resultante da diferença entre o montante do capital seguro e o capital em dívida à data da morte de qualquer uma das pessoas seguras.

Na vigência do contrato, o pagamento dos prémios de seguro era feito, umas vezes, pela pessoa "A" e, outras, pela pessoa "B".

A dado momento, os prémios de seguro deixaram de ser pagos.

Aquando dessa vicissitude, a pessoa "A" e a pessoa "C" continuam casados.

O segurador notifica a pessoa "A" para cessar a mora, pagando os prémios em dívida, sob pena de resolução do contrato de seguro.

Igual interpelação efetua ao beneficiário irrevogável, ou seja, a "D".

Como nenhum deles cessa a mora, ou seja, nenhum deles paga os prémios em dívida, o segurador comunica a resolução a "A" e a "D".

O segurador não faz nenhuma interpelação idêntica à pessoa "C", não lhe dando oportunidade de cessar a mora e não lhe comunica a resolução.

Decorridos quatro meses, a pessoa segura "A" morre.

No contrato, está prevista uma cláusula que estipula que a resolução com base na falta de pagamento do prémio deve ser realizada no quadro do regime geral legal.

No contrato, não foi convencionada a necessidade de notificação da pessoa segura ou do segurado para fazer cessar a mora, como condição para o exercício do direito à resolução contratual, prevendo, apenas, a necessidade, para aqueles efeitos, de notificação junto do tomador do seguro e do beneficiário irrevogável.

Ora, nesta hipótese, afigura-se-nos que o caso teria a mesma resolução quer à luz do atual regime quer à luz do regime legal anteriormente vigente.

Com efeito, são tomadores de seguro quer a pessoa "A" quer a pessoa "C", pois que aquele, ao celebrar o contrato de seguro vida individual, atuou, por si e em representação deste, sendo ambos também as pessoas seguras.

Consequentemente, para a resolução ser válida, eficaz e oponível à pessoa "A" e à pessoa "C", sempre a interpelação admonitória teria de ser feita junto das duas, assim como a comunicação de resolução contratual.

Assim sendo, como entendemos que é, nesta hipótese, a resolução não seria oponível à pessoa "C", porquanto a mesma não foi interpelada para cessar a mora nem lhe foi comunicada a resolução, isto à luz dos dois regimes legais, o anteriormente vigente e o atual.

Hipótese C):

Em 11/12/2015, a pessoa "D", entidade bancária, celebra com "B", segurador, um contrato-quadro de seguro de vida de grupo de natureza contributiva, ou seja, foi acordado entre aquelas pessoas que o prémio de seguro seria suportado, na totalidade, pelas pessoas seguras.

Foram indicadas como pessoas seguras o conjunto dos clientes da pessoa "D" que junto de si celebrassem contratos de mútuo para aquisição de habitação e que, por vontade própria, apresentassem a "B" propostas de adesão que viessem a ser aceites.

O âmbito da cobertura foi o risco de morte daqueles.

Em 23/02/2016, a entidade bancária "D", mutuante e tomadora do seguro, concede um empréstimo para aquisição de habitação própria, com hipoteca, a "A" e C", mutuários, à data casados entre si.

Mais tarde, a 13/08/2017, as pessoas "A" e "C", já separados de facto, apresentam propostas de adesão àquele contrato-quadro de seguro de grupo, propostas estas que são aceites por "B", passando a ser as pessoas seguras, mas não o tomador do seguro.

Na vigência do contrato, as pessoas "A" e "C" deixam de pagar o prémio de seguro, sendo que, nessa data, já estão divorciados.

Face a essa falta de pagamento, o segurador notifica a pessoa "A" para cessar a mora, pagando os prémios em dívida, sob pena de resolução do contrato de seguro, mas não interpela a pessoa segura "C" para o mesmo efeito.

Igual interpelação efetua ao beneficiário irrevogável, ou seja, a "D".

Como nenhum deles cessa a mora, ou seja, nenhum deles paga os prémios em dívida, o segurador comunica a resolução a "A" e a "D", mas não a comunica a "C".

Passados quatro meses, a pessoa "A" morre.

No contrato-quadro, há uma cláusula geral que estipula que a resolução com base na falta de pagamento do prémio deve ser realizada no quadro do regime geral legal.

No contrato, foi convencionada a necessidade de notificação da pessoa segura ou do segurado para fazer cessar a mora, como condição para o exercício do direito à resolução contratual, e bem assim a necessidade de a

mesma ser notificada da resolução, prevendo, também, a necessidade, para aqueles efeitos, de notificação junto do beneficiário irrevogável.

Quer à luz do regime legal anteriormente vigente e das regras do Código Civil quer à luz do regime legal em vigor atualmente, nesta hipótese, para a resolução do contrato de seguro ser eficaz, valida e oponível, exigia-se e exige-se a interpelação admonitória das pessoas seguras (as pessoas "A" e "C") e do beneficiário irrevogável (pessoa "D"), que também é o do tomador do seguro.

Na verdade, à luz do regime jurídico anteriormente vigente, esta solução decorria diretamente do citado art.º 33º do Decreto de 21/10/1907.

E, face ao regime atualmente vigente, isso decorre do regime convencionado pelas partes, o primeiramente aplicável, mas também resulta do regime legal.

Isto porque ficou convencionado que o prémio de seguro seria pago pelas pessoas seguras "A" e "C", as aderentes do contrato-quadro celebrado entre "D", na qualidade de tomador, e "B", na qualidade de segurador.

E bem assim porque, no contrato, foi convencionada a necessidade de notificação da pessoa segura ou do segurado para fazer cessar a mora, como condição para o exercício do direito à resolução contratual, e ainda a necessidade de a mesma ser notificada da resolução, prevendo, também, a necessidade, para aqueles efeitos, de notificação junto do beneficiário irrevogável.

Sendo que tal regime convencionado corresponde ao atual regime legal, pois que, na hipótese em análise, na falta de pagamento do prémio de seguro, são as pessoas seguras que entram em mora e não o tomador, na medida em que a obrigação de pagamento do prémio recai sobre aqueles e não sobre este.

Consequentemente, é às pessoas seguras, juntamente com o beneficiário irrevogável, que a lei reconhece a possibilidade de fazer cessar a mora como forma de impedir a resolução contratual.

Assim, na hipótese em análise, para que a resolução operada pelo segurador "B" fosse válida, eficaz e oponível às pessoas seguras "A" e "C", seria necessário que aquele "B" tivesse interpelado estas para proceder ao pagamento dos prémios em falta e, subsistindo a mora, lhes tivesse comunicado a resolução contratual.

IV. Síntese conclusiva

Diversamente do anterior quadro legal, no atual regime jurídico do contrato de seguro, nada dispondo o contrato - em especial as Condições Gerais e Especiais, aqui diretamente aplicáveis por força dos artigos 57.º, n.º 2 b) e 58.º do RJCS - quanto à obrigação de notificar a pessoa segura, que não é a tomadora do seguro, da resolução do contrato, e não se referindo a lei, neste contexto, à figura do "segurado" ou "pessoa segura", a pessoa segura, que não o tomador e o beneficiário irrevogável, não precisa de ser interpelada para cessar a mora para que a resolução operada pelo segurador seja válida e eficaz, e bem assim oponível àquela pessoa segura.

No contrato de seguro de vida de grupo, de natureza contributiva, a situação é diferente.

No seguro de vida de grupo contributivo, no qual haja sido convencionado que a resolução contratual por falta de pagamento do prémio pressupõe a prévia interpelação admonitória, dificilmente as cláusulas do mesmo, o regime primeiramente aplicável, deixarão de prever a necessidade de notificação admonitória da pessoa segura/segurado, e bem assim do beneficiário irrevogável, e a posterior comunicação aos mesmos da resolução. Posto que a pessoa segura/segurado é a parte aderente ao contrato-quadro, apesar de não ter a qualidade de tomador, referindo-se a resolução contratual, não ao contrato-quadro de seguro, mas sim e apenas à cobertura do concreto segurado que se colocou numa situação de incumprimento definitivo.

LUÍSA CRISTINA MORAIS PEREIRA FERREIRA

JULGADOS DE PAZ

ENQUADRAMENTO HISTÓRICO E CARACTERIZAÇÃO

Jéssica Correia de Almeida
Licenciada em Direito
Mestranda em Ciências Jurídico-Empresariais

SUMÁRIO: O presente trabalho aborda os Julgados de Paz, evidenciando as suas principais características e demonstrando a sua remota aparência, que revelou distintos revestimentos e contributos, desta figura, ao longo da história do universo judicial. Nestes termos, através de um breve enquadramento histórico, é analisada o surgimento dos Julgados de Paz no nosso ordenamento jurídico, seguindo-se uma breve menção da tramitação do processo nos mesmos, com uma especificação e distinção dos métodos alternativos de litígios nele presentes, designadamente a mediação e a conciliação. Com a finalidade de perspetivar o ideal e mais prudente caminho do nosso sistema jurídico, são ainda realçados alguns dos aspetos enaltecedores, que enfatizam a figura dos juízes de paz, numa busca pela justiça restaurativa, numa ponderação dos benefícios e importância da permanência desta figura no nosso ordenamento.

PALAVRAS-CHAVE: Julgados de Paz; Métodos de Resolução Alternativa de Litígios; RAL.

ABSTRACT: This work addresses the Justices of the Peace, highlighting their main characteristics and demonstrating their remote appearance, which revealed different aspects and contributions of this figure throughout the history of the judicial universe. In these terms, through a brief historical framework, the emergence of Peace Courts in our legal system is analyzed, followed by a brief mention of the processing of the process in them, with a specification and distinction of the alternative methods of litigation present therein, namely mediation and conciliation. In order to put into perspective the ideal and most prudent path of our legal system, some of the uplifting aspects are also highlighted, which

emphasize the figure of justices of the peace, in a search for restorative justice, in a consideration of the benefits and importance of this figure remaining in the our order

KEYWORDS: Judges of Peace; RAL

I. Julgados de paz: os messias da crise da justiça

i.Contextualização

Com o surgimento de litigância em massa e uma consequente incapacidade dos nossos tribunais judiciais responderem de forma adequada, o nosso sistema tornou-se demasiado moroso. Assim, já em 1998, tornou-se imprescindível, nas palavras de Margarida Gonçalves Couto, "aumentar a operacionalidade, aproximação, colaboração e cooperação dos sujeitos processuais, de modo a tornar possível a obtenção de uma decisão mais célere, adequada à redução da lide, legitimada (pelo assentimento dos litigantes) e justa (conforme à situação material controvertida) possível". [1]

Numa tentativa de acabar com o afastamento entre os cidadãos e justiça e, o excesso de formalismo que lhe agrega, por burocracias e uma linguagem excessivamente técnica, a União Europeia incentivou os Estados-Membros a explorarem os meios alternativos de resolução de litígios, de forma persistente, como é possível auferir através da Recomendação nº R (81)7 do Comité de Ministros[2] ou a Resolução nº175/2001. [3]

Assim, os meios alternativos de litígios começam a surgir com o ambicioso propósito de auxiliar e complementar o sistema judicial, proporcionando aos cidadãos um sentimento de participação na administração de justiça pois prioriza a participação das partes que beneficiam, nestes termos, de uma menor

[1] COUTO, Margarida Gonçalves, *A tentativa de conciliação na fase do saneamento e condensação*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1998, pág.4.

[2] Disponível em https://rm.coe.int/ , consultado a 08.12.2022.

[3] Disponível em https://www.pgdlisboa.pt/leis/, consultado a 08.12.2022.

morosidade e custo económico, face ao tradicional sistema. Tradicionalmente, tendemo-nos a cingir a uma conceção de justiça retributiva, no entanto, facto é que, nas últimas décadas, a União Europeia tem vindo a impulsionar a ideia de autorresponsabilização pelos danos causados e, consequentemente justa reparação dos intervenientes, mediante acordo entre os mesmos, salvaguardando a sua autonomia e vontade privada, que se associa a uma ideologia restaurativa.

Em suma, "um dos objetivos da criação dos Julgados de Paz foi contribuir para a satisfação do direito fundamental de acesso à justiça e para o respeito pelo princípio do prazo razoável"[4] e, ainda que, de acordo com Chumbinho, os Julgados de Paz não serem, por si só, um meio alternativo de resolução de litígios", surgem com a finalidade de ultrapassar esta "crise da justiça", contendo "em si, dois meios alternativos de resolução de conflitos: a mediação e a conciliação". [5]

ii. A origem

Os Julgados de Paz não constituem uma figura hodierna no nosso ordenamento jurídico. Em Portugal, são uma construção com vários séculos e diferentes revestimentos. Efetivamente, a doutrina remete o seu aparecimento à Idade Média[6], com a remota Lex Romana Visigothorum (Código Visigótico que se manteve em vigor na península ibérica até aos meados do século Xll) que faz referência aos *Assertores de Pacis,* magistrados com o poder régio que visavam fazer a paz. Mais tarde, surge a figura dos *Mandaneros de Paz,* a quem competia intervir nas causas pré-determinadas pelo Rei face a receio de possíveis perturbações, quase como uma forma de procedimento cautelar.

No ano de 1519, em pleno reinado de D. Manuel I, por força da demanda do povo para a criação de órgãos específicos para implementar e incentivar a conciliação, surgem os Avindores, aos quais incumbia resolver meros desavindos

[4] BRITO, Paulo de, *Julgados de Paz: resposta da contemporaneidade à crise da justiça* in O estado da justiça (Edições Universitárias Lusófonas, 2017), p.117 apud RUSSO, Àlana Pereira, *Julgados de Paz e Juizados Especiais Cíveis: Breve Análise Comparativa*, Revista de Direito da Universidade Lusófona do Porto, 2018, p.2

[5] CHUMBINHO, João, *Julgados de Paz na prática processual civil,* Quid Iuris, 2007 p.63

[6] FERREIRA, J. O. Cardona - *Julgados de Paz: Lei 78/2001, de 13 de Julho: organização, competência e funcionamento*, 3ª edição, Coimbra Editora, 2014., pág. 23.

ou litígios laborais. No entanto, apenas na primeira metade do século XlX, quando Portugal passou a dispor de Constituição escrita, em 1822, é que se encontra uma referência expressa ao termo "Juiz de Paz", juízes eleitos pelo povo para uma tentativa de conciliação numa época em que esta se destacou, pois, nenhum processo litigioso poderia ser iniciado sem a mesma. [7]

João Sevivas refere que os Julgados de Paz "…no nosso país foram efetivamente institucionalizados pela Carta Constitucional de 1826, ainda com menor importância. Nessa altura, a sua função era julgar pequenas demandas até dezasseis mil réis, tomar medidas sociais como colocar em custódia o bêbado, fazer separar os ajuntamentos em que houvesse perigo de desordem, fazer com que não houvesse vadios ou mendigos, obrigando-os a viver de trabalho honesto, vigiar a conservação das matas e florestas públicas".[8] No entanto, com a implantação da República, o paradigma foi novamente alterado, com um menor intervencionismo e relevância diminuta destes juízes, subordinados quase na totalidade, encaminhando para a sua extinção durante o período do Estado Novo. [9]

O seu reaparecimento ocorreu em 1977, com a Lei Orgânica dos Tribunais Judiciais (LOTJ) – Lei 82/77, de 6 de Dezembro – cuja eleição seria feita pelas freguesias. Os Julgados de Paz, termo com que hoje nos familiarizamos, foram aqui reintroduzidos, no entanto, foi apenas prevista a possibilidade da sua criação, constituída no elenco do artigo 209º nº2 da Constituição da República Portuguesa como tribunais de 1ª instância com "competência para exercer a conciliação, julgar as transgressões e contravenções às posturas da freguesia, bem como preparar e julgar ações de natureza cível de valor não superior à alçada dos tribunais de comarca". [10]

[7]Disponível em https://www.arqnet.pt/portal/portugal/liberalismo/c1822t1.html, consultado em 30.11.2022.

[8] SEVIVAS, João, *Julgados de Paz e o Direito. Lisboa: Editora Rei dos Livros*, 2007, p. 19.

[9] TORGAL, Luís Reis, *Revista de História das Ideias – Estado Novo: República Corporativa*, Coimbra 2006, vol. 27, pp. 445-470;

[10] NASCIMENTO, Dulce, *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo – Portugal e os Julgados de Paz*, P.132

Por conseguinte, com a aprovação da Lei 78/2001, de 13 de julho[11], são efetivamente concebidos como "uma nova categoria de tribunais vocacionados para a resolução de causas cíveis de menor complexidade e valor, com competência exclusiva para julgar ações declarativas."[12], apresentado uma organização e competência próxima do seu funcionamento atual. Assim, os primeiros Julgados de paz entraram em funcionamento em 2002, num contexto experimental, em estreita colaboração com as autarquias numa perspetiva de proximidade entre a Justiça e os cidadãos.

iii. O papel dos Julgados de Paz

Tradicionalmente, os Julgados de Paz sempre foram instituições vocacionadas para os interessados se encontrarem e assumirem os seus diferendos, colaborando na procura de uma boa solução, que atente nos direitos do ofendido e faça cumprir os deveres do ofensor. Como exposto, surgiram com o propósito de garantir o direito à justiça, um Direito Fundamental constitucionalmente consagrado, nomeadamente no artigo 20º da Constituição da República Portuguesa, doravante CRP, integralmente efetivado pelo integralmente seu artigo 209º, nº2, que contempla a existência dos Julgados de Paz, que desempenham um importante papel para a garantia do mesmo.

A organização interna do Julgado de Paz, bem como a sua tramitação processual, obedecem a um modelo próprio, diferente do que advém nos outros tribunais. Estes regem-se pela lei 54/2013, de 31 Julho, a também denominada Lei dos Julgados de Paz e, doravante, LJP. Nesta lei orgânica constam os seus princípios condutores, nomeadamente no seu artigo 2º, entre os quais, constam a participação e justa composição (nº1), simplicidade, adequação, informalidade, oralidade e economia processual (nº2), que proporcionam cumprir o objetivo de conceber uma justiça próxima e simplificada, em comparação aos Tribunais

[11] Atualmente, alterada e aperfeiçoada pela Lei 54/2013, de 31 de Julho.

[12] COELHO, João Miguel Galhardo, *Julgados de Paz e Mediação de Conflitos*, Lisboa: Âncora Editora, 2003, p. 25

Judiciais, aos quais se distinguem em diversos aspetos, especialmente quanto à tramitação processual e ao intervencionismo do juiz no processo.

No entendimento de Gomes Canotilho e Vital Moreira é necessário clarificar o regime jurídico constitucional e legal, assim como o estatuto jurídico-funcional dos Juízes de Paz, de forma a salvaguardar a sua autonomia e estabilidade. [13] Tal, entende-se por estes serem um órgão de soberania independente, com competência para administrar a justiça e proferir decisões obrigatórias (artigo 202º e 203º, CRP), com o mesmo valor jurídico das proferidas pelo tribunal de primeira instância (artigo 61º, LJP).

Atualmente, a competência em razão da matéria dos Julgados de Paz prende-se a um grande espetro de conflitos de matéria cível, nos termos do artigo 9º LJP, excluindo matérias como direito da família, sucessões e trabalho. Nestes termos, serão julgáveis e analisadas questões relativas a obrigações e responsabilidade civil, nomeadamente de injúria e ofensas corporais simples, em que não haja sido apresentada participação criminal, ou, após desistência da mesma (nº3 do referido artigo) até ao valor máximo de 15.000€, como consta do artigo 8º do diploma mencionado, que aufere da sua competência em razão do valor.

Ressalva-se ainda que, em relação à competência em razão da matéria, em confronto com os tribunais judicias de competência "territorialmente concorrente", a jurisprudência e a doutrina não são uniformes. Durante algum tempo, subsistem duas posições antagónicas, que desacordam entre considerar esta competência como exclusiva[14] ou alternativa. Ainda que esta última perspetiva foi defendida pelo Acórdão de Uniformização de Jurisprudência

[13] CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa anotada*, Coimbra Editora, 4a. Edição, volume II, p. 555.

[14] Como pode ser exemplificado pelo Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, processo nº2663/07-2, de 19 de Abril de 2007, relator: Ezaguy Martins, disponível em: https://jurisprudencia.pt/acordao/80319/, verificado em 08.12.2022.

nº11/2007, de 24/05/2007, do Supremo Tribunal de Justiça, a jurisprudência e doutrina[15] maioritária tem considerado a mesma como exclusiva. [16]

Estes tribunais encontram-se espalhados de forma algo irregular pelo território nacional, estando a sua competência territorial fixada nos termos do artigo 10º e seguintes do LJP, determinando-se a regra geral do domicílio do demandado (artigo 13º) ou, quando se trata de uma pessoa coletiva no local da sede de administração principal (artigo 14º). Isto, quando não se trate dos casos elencados no número seguinte, designadamente quando se trate de ações referentes a direitos reais ou pessoas sobre imóveis e ações de divisão de coisa comum.

Com a lei 54/2013, os Julgados de Paz viram a sua competência alargada. A título de exemplo, no regime anterior, sempre que era suscitada uma prova pericial o processo teria de ser remetido para o tribunal judicial competente, sendo que, atualmente, após realização da mesma o processo é lhe devolvido (artigo 59º nº3 e nº4 LJP), adquirindo ainda competência para suscitar os incidentes suscitados pelas partes (artigo 41º LJP) potenciando a conciliação e mediação incumbida aos mesmos nos termos do artigo 16º da LJP.

iv. A tramitação do processo nos Julgados de Paz

O processo inicia-se pela apresentação do requerimento na secretaria do julgado de paz, verbalmente ou por escrito, podendo este ser submetido pelo próprio demandante ou por procurador (com procuração forense com poderes gerais). Segue-se assim uma citação ao demandado, assim como um convite a resolver o litígio através da mediação, sendo que se a mesma for bem-sucedida, o processo termina com a homologação do acordo pelo juiz de paz.

No entanto, caso o demandado não pretenda recorrer à mediação, ou a mesma não der resultado, o juiz de paz pode encerrar o processo por meio da

[15] FERREIRA, J. O. Cardona, *Julgados de Paz. Organização, Competência e Funcionamento, o que foram, o que são os Julgados de Paz e o que podem vir a ser*, 3ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2014.

[16]Como é possível verificar na sentença proferida no processo 196/2009-JP dos próprios Julgados de Paz, disponível em http://www.dgsi.pt/cajp.nsf/ e no Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa de 12/07/2007, disponível em http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/, verificado em 08.12.2022.

conciliação, em momento prévio ao julgamento ou, ainda, se a mesma não for bem-sucedida, por sentença, em sede de audiência de julgamento, tendo, a decisão, em ambos os casos, o valor de sentença proferida por tribunal de 1ª instância. De acordo com o relatório anual do conselho dos julgados de paz[17], em 2021 foram distribuídos 136 250 processos, dos quais 131 884 sido findaram numa duração média de 7 meses.

As sentenças podem ser impugnadas por meio de recurso, a interpor para o tribunal de comarca, em que esteja sediado o julgado de paz, nomeadamente, quando o valor da ação exceda metade do valor da alçada do tribunal de 1ª instância, isto é, 2.500 €. Relativamente aos custos do processo, a utilização dos Julgados de Paz está sujeita a uma taxa, de 50 € a dividir pelas partes quando há acordo durante a mediação ou, quando tal não ocorre, de 70€ a cargo da parte vencida, sendo que o mesmo pode entender repartir entre as partes na situação de diferimento parcial do pedido.

Nos Julgados de Paz privilegia-se a informalidade e simplicidade de procedimentos sendo possível auferir, com esta análise do procedimento, que se favorece a resolução dos conflitos por acordo das partes, nomeadamente através da mediação e conciliação. É ainda possível concluir que, para além do custo reduzido do processo, o cidadão participa ativamente no mesmo, sendo que, a representação por advogado é apenas obrigatória nos casos especialmente previstos na lei, nomeadamente quando a parte seja analfabeta ou desconhecedora da língua portuguesa, como consta no artigo 38, nº2, da lei nº54/2013 de 31 de julho.

v. Conciliação e Mediação

A conciliação e a mediação são dois meios de resolução alternativa de litígios (RAL) com vista a alcançar uma pacificação procurada pelas próprias partes, ao invés de impor, às mesmas, uma resolução judicial. Tratam-se de métodos extrajudiciais que, quando enquadradas nos Julgados de Paz, isto é,

[17]Disponível em https://www.conselhodosjulgadosdepaz.com.pt/f,p.60, verificado em 08.12.2022.

constituídos pela competência dos mesmos são considerados como verdadeiros meios judiciais.

Ainda que, até agora tenham sido designados conjuntamente, estes dois métodos distinguem-se, sendo que as partes devem optar pelo que lhes for mais conveniente e vantajoso. Por conseguinte, entende-se que a mediação como um mecanismo mais cooperativo entre as partes sendo caracterizável, nos termos da Diretiva 2008/52/CE[18] do Parlamento Europeu e do Conselho, no seu artigo 2º alínea a), como "um processo estruturado, (...) através do qual duas ou mais partes e litígio procuram voluntariamente alcançar um acordo sobre a resolução do seu litígio com a assistência de um mediador".

Essencialmente, podemos realçar na mediação a voluntariedade e confidencialidade do processo, na procura de um acordo ou solução para o litígio onde sobressai o domínio das partes, com um mero auxílio do mediador, um profissional especialmente certificado, que não decide pelas partes ao contrário do juiz ou de um árbitro, apenas ajudando-as a estabelecer a comunicação necessário para que elas possam encontrar, por si mesmas, um acordo mutuamente aceitável.

A mediação dos conflitos nos Julgados de Paz é célere e tem uma natureza voluntária, podendo ter lugar até mesmo quando se verifique que o litígio esteja excluído da competência dos mesmos, nomeadamente por razões de competência material, territorial ou de valor, sendo que nestes casos o acordo alcançado não será homologado pelo juiz de paz. Após o processo ter iniciado, nos termos do artigo 49º e ss. da lei dos Julgados de Paz, é escolhido um mediador, para uma sessão de pré-mediação, sendo que, caso não se oponham, esta é apresentada e explicitada às partes, verificando a sua predisposição para um possível acordo em fase de mediação.

Ao processo de mediação é aplicável o disposto na lei 29º/2013, de 19 de abril, com as devidas exceções e especificidades legalmente previstas. Nestes termos, o mediador é escolhido pelas partes (artigo 51 nº2 do referido diploma),

[18]Disponível em https://docentes.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/JPF_MA_29878.pdf, verificado em 08.12.2022.

entre os contantes na lista de mediadores (artigo 33º) selecionada pelo Ministério da Justiça. Num cenário ideal, a mediação termina numa sessão, dentro da sede do julgado de paz, onde parte terá oportunidade de expor o seu caso e manifestar as suas necessidades e interesses numa data e hora acordada por todos, sendo homologado o acordo pelo juiz de paz, por sentença.

Por sua vez, na conciliação denota-se uma maior intervenção do terceiro sendo que, citando Mariana França Gouveia, "A conciliação define-se, portanto, como as diligências promovias e conduzidas pelo juiz ou arbitro para tentar resolver o litígio por acordo das partes"[19], o que torna difícil identificar o concreto grau de intervenção do juiz que, mesmo essencial, não deve ser o único critério tido em causa.

A conciliação padece de vários contornos, mediante o entendimento das partes e do próprio litígio sendo que, tem na sua índole um verdadeiro empenho, por parte do conciliador, encontrar uma solução livre através de uma análise conjunta das partes, detendo ainda poder decisório na eventualidade das partes não alcançarem um acordo para proferir uma sentença.

No âmbito dos Julgados de paz, os juízes de paz, aos quais incumbe a conciliação, não estão sujeitos a nenhuma formação específica para o desempenho desta função, assim como não estão subordinados a critérios de legalidade estrita[20], ao contrário do que sucede com os tradicionais Magistrados Judiciais. Tal exige ao juiz de paz a recorrer ao seu bom senso e experiência, naturalmente salvaguardando a imparcialidade, confidencialidade e a neutralidade associadas a este processo e ao eficiente desempenho da sua função. Ao contrário do que entendia *Montesquieu*: o juiz de paz não é, nem pode ser a boca da lei, mas no exercício da sua jurisdição o juiz de paz vai mais além.

[19] GOUVEIA, Mariana França – *Curso de resolução alternativa de litígios*, 3ª edição, Almedina, 2014, pág. 106.

[20] De acordo com o artigo 26º da Lei dos Julgados de Paz.

vi. O juiz de paz: considerações.

Como exposto, o exercício da jurisdição dos Juízes de Paz, tradicionalmente "instituições vocacionadas para os interessados se encontrarem, falarem, desabafarem, entender-se, procurando "justa composição" dos seus diferentes chamados, explicitamente a colaborarem na procura da boa solução da causa"[21] é distinto dos Magistrados Judiciais.

O acesso a estas funções está primeiramente dependente da verificação dos requisitos cumulativos previstos no artigo 23º da Lei dos Julgados de Paz, onde, consta: a nacionalidade portuguesa, licenciatura em direito, idade superior a 30 anos, estar no pleno gozo dos direitos civis e políticos, não estar pronunciado ou ter sofrido nenhuma condenação ou crime doloso e exclusividade de funções, sucedendo a seleção por concurso público (salvo exceções elencadas) estipulada no âmbito do artigo seguinte.

No entanto, nas palavras de Cardona Ferreira "Acima de tudo, há algo que não está na literalidade do artigo 23º, mas é o mais importante: é preciso que se tenha um alto sentido de dedicação à justiça e aos problemas dos concidadãos, compreensão humana, bom senso, intenção pacificadora que deve nortear os Julgados de Paz."; "Ser Juiz de Paz é muito mais do que saber e transcrever Acórdãos ou frases de Doutrina ou expressões latinas. Pelo contrário. Ser juiz de paz tem de ser dar paz através da Justiça e fazê-lo com linguagem comum, simples, direta, entendível por quem não é letrado e com sensibilidade"[22].

De facto, para lá dos fatores distintivos dos Julgados de Paz, já mencionados ao longo deste trabalho, relativamente aos tribunais judiciais, como a tramitação do processo simplificada, os juízes de paz diferem-se sobretudo pela formação distinta para o exercício deste papel que exige, não estando sujeita a critérios de legalidades estrita, que este vá além, isto é, necessita de demonstrar e possuir que aufere de conhecimentos técnico-jurídicos associados a uma alta capacidade bom senso e compreensão.

[21] Conselho dos Julgados de Paz, disponível em https://www.conselhodosjulgadosdepaz.com.pt/informacao.asp consultado em 08.12.2022.

[22] FERREIRA, J.O. *Ob. Cit*, pp. 136-141.

Os juízes de paz são nomeados pelo Conselho dos Julgados de Paz por um período de 5 anos, nos termos do artigo 25º, encontrando-se sujeitos ao mesmo regime de suspeições e impedimentos dos Magistrados Judiciais, constante no Código de Processo Civil, nos termos do artigo 21, LJP. As suas funções constam no artigo 26º, cujo posterior refere que estes juízes não podem desempenhar outras funções publicas ou privadas de natureza profissional, com exceção das funções de docências ou de investigação científica, devidamente autorizadas pelo Conselho dos Julgados de Paz, desde que não envolvam prejuízo para o serviço.

II. Conclusão

Numa sociedade em permanente mudança torna-se essencial potencializar o sistema judiciário, de forma que este corresponda à realidade em que encontra inserido dando-lhe a adequada resposta, para qual a sociedade lhe concebeu. Nas palavras de Paulo Brito, "Uma comunidade democrática e plural que recuse a mudança, apresentando modelos fechados e monolíticos, compromete *ipso* facto os princípios em que se alicerça.". [23]

Auferida a autonomia dos Julgados de Paz, assim como a sua importância para configurar um sistema de judicial com foco no cidadão, em resposta à referida "crise da justiça" que desencadeou consequências sociais e económicas positivas ao versatilizar as vias pelos quais este pode aceder à justiça. Conclui-se que os Julgados de Paz são uma via para atingir resultados jurisdicionais por meio consensual (mediação e conciliação) ou litigante (julgamento) sendo clara a sua aptidão para colocar a cerne do bem-estar do cidadão, assim como para construção de um sistema eficiente em que a administração da justiça é caracterizada por maior acessibilidade, proximidade, celeridade, economia"[24], tal como o Estado idealiza.

Como tal, considero esta parceria entre o Governo e os municípios que origina os Julgados de Paz percorre um ótimo caminho para potencializar o

[23] Cfr. BRITO, Paulo, *Julgados de Paz em tempos de luta*, Conselho dos Julgados de Paz, 2002.

[24] Como é possível auferir no preâmbulo da Resolução do Conselho de Ministros nº175/2001.

sistema jurídico, através de uma complementaridade, trazendo uma proximidade para o modelo de justiça comum.

No entanto, a par da sua expansão geográfica, que urge, é necessário e, até mesmo imprescindível informar e encaminhar a sociedade para um modelo de justiça partilhado. Nas palavras de Cardona Ferreira, "Hoje, o que os cidadãos procuram, mais do que a reposição de uns tantos euros, é a restauração da qualidade de vida. Não basta viver. Viver sem qualidade é vegetar. Viver é ter paz. E ter paz não é só não ter guerra. É sentir bem-estar." E esta deve ser a motivação de um bom sistema de justiça. [25]

"Peace cannot be kept by force,
it can only be achieved by understanding"
Albert Einstein

[25] FERREIRA, J.O. Cardona, *Julgados de Paz e Conciliação*, "Acerca do seu contexto na história e nos sistemas de justiça em Portugal", p.7.

ÍNDICE

I. Julgados de paz: os messias da crise da justiça....294
i. Contextualização....294
ii. A origem....295
iii. O papel dos Julgados de Paz....297
iv. A tramitação do processo nos Julgados de Paz....299
v. Conciliação e Mediação....300
vi. O juiz de paz: considerações.....303
II. Conclusão....304

A SUBJETIVIDADE DA FIXAÇÃO DO RENDIMENTO DISPONÍVEL NA EXONERAÇÃO DO PASSIVO RESTANTE

Jéssica Correia de Almeida
Licenciada em Direito
Mestranda em Ciências Jurídico-Empresariais

SUMÁRIO: O relevo atual relevo do direito da insolvência na nossa sociedade e economia é indiscutível, contudo, no que compreende ao instituto da exoneração do passivo restante, mais concretamente, ao objeto de estudo deste trabalho, à fixação do rendimento indisponível, a sua regulamentação é inexata. Neste âmbito, o legislador não pré-determinou determinados conceitos, deixando, consequentemente, o juiz encarregue da difícil tarefa de encontrar uma solução, que concilie o objetivo primordial da insolvência, isto é, o ressarcimento dos credores e o propósito da reabilitação económica do devedor.

As pessoas coletivas facilmente nascem e se dissolvem, no entanto, pelo contrário, o mesmo não acontece com as pessoas singulares. É nesta conjuntura que se incidem as linhas orientadoras do instituto da exoneração do passivo restante, alvo de análise neste estudo, com referência à linha orientadora do fresh start e às suas particularidades, com especial enfoque na etapa da fixação do rendimento indisponível, onde o juiz tem uma especial intervenção, ao fixar o valor que irá, em princípio, assegurar dois aspetos antagónicos, isto é, a dignidade do devedor e do seu agregado familiar durante todo o período de cessão dos seus rendimentos e a satisfação dos credores, até ao despacho final de exoneração

PALAVRAS-CHAVE: insolvência; exoneração do passivo restante; fresh start; rendimento indisponível

I. O conceito de insolvência

A palavra insolvência prende a sua etimologia no termo *solvere*, que se traduz como pagar, constituindo, com o prefixo de negação "in", uma situação de não pagamento. [1] A problemática entre o crédito e falência remete à antiguidade, designadamente, na Índia quem falisse três vezes era morto, enquanto na Grécia clássica e em Roma o devedor tornava-se escravo.

No entanto, os primórdios do Direito de Insolvência circunscrevem-se somente ao século XlV, face à urge de uma necessidade de regulamentar as insolvências, consequentes da evolução do mundo comercial, surgindo esta moderna legislação na Holanda, com a falência da companhia das índias orientais, auferindo de uma filosofia anglo-saxónica que se tornou a fonte do atual Processo Especial de Revitalização (PER).

Em Portugal, o processo de insolvência encontra as suas raízes nas Ordenações Manuelinas, com o Alvará de 13 de Novembro de 1756. Até ao Código Comercial de Ferreira Borges, em 1833, apesar de uma expansão gradual da matéria, subsistiu uma conceção dominante de "falência-liquidação", que se traduzia num processo de falência com o mero propósito de processar a liquidação dos bens do falido, de forma assegurar o pagamento da dívida.

No entanto, com o Decreto-Lei nº 177/86, que cria o Processo Especial de Recuperação da empresa e da Proteção de Credores, é concebida uma nova consciência de "falência-saneamento" consequente e justificada pelos sucessivos avanços da sociedade e uma preocupação em sanar a economia que urgia e se justificava perante os sucessivos avanços da sociedade e uma preocupação de sanar a economia. [2] Por sua vez, esta conceção hiperbolizou-se, fazendo os credores financiarem programas de recuperação com a expectativa, mas sem a garantia, de reaverem os seus créditos no futuro.

[1] CORDEIRO, António Menezes, *Introdução ao direito da insolvência,* O Direito lll, Almedina, Coimbra, 2005, p.467.

[2] SERRA, Catarina, *O Regime Português da Insolvência,* 5ª ed. Almedina, Coimbra, 2012, p.19.

Tornou-se assim necessário, de modo a perspetivar um caminho sustentável e, a alcançar um equilíbrio harmonioso, entre estas conceções, estudar os interesses púbicos, coletivos e privados que influenciavam a empresa para uma seleção dos agentes económicos capazes de recuperação.

O Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas no correspondente ao Decreto-Lei nº53/ 2004, de 18 de Março e, doravante CIRE, começou a autonomizar o direito da insolvência do processo civil enquanto direito adjetivo, sendo, no entanto, a independência desta disciplina ainda discutida doutrinariamente.

Assim, é instituído um regime de insolvência que tem como modelo a *Insolvenzordnung* alemã de 1994, com entrada em vigor em 1999, cujo objetivo primordial se trata de proporcionar o equilíbrio concecional, que foi previamente mencionado. Por outras palavras, a lei alemã alinha a satisfação dos créditos ao credor, com a possibilidade de recuperação da empresa, desconsiderando um procedimento voltado à sanção dos devedores, defendido pelo tradicional entendimento latino, que associa negatividade à insolvência.[3]

Ressalva-se ainda a inegável a inegável expansão do processo de insolvência com o referido decreto, nomeadamente às pessoas singulares, com a criação de dois mecanismos distintos no tramito do processo de insolvência: a constituição de um plano de pagamentos das obrigações vencidas, de acordo com os rendimentos auferidos e possibilidades do devedor tendo em vista a dignidade do mesmo mas também a satisfação dos credores ou então, a exoneração do passivo restante, o instituto aqui em relevo, possibilitando o perdão das dividas ao devedor de boa-fé que se mantem após o referido processo e nos três anos posteriores, com algumas limitações posteriormente mencionadas.

O processo de insolvência, mesmo se tratando de uma execução universal, nos termos do artigo 1º, nº1 do CIRE, tem como fim prioritário a recuperação da figura do devedor, e como fim liquidário uma solução residual, configurada quando a precedente não se configura como possível. Assim, nas palavras de Catarina Serra, o Direito da Insolvência deve ser definido como "a disciplina

[3] VEIGA, Fábio da Silva, *Responsabilidade dos administradores de sociedades,* Aranzadi, 2021, p.190.

jurídica tendente a evitar e a resolver a insolvência, com especial consideração pelos (ou concedendo especial tutela aos) interesses do devedor e dos credores" [4]

II. A germe da exoneração do passivo restante: "fresh start"

Nas exatas palavras de Fábio Veiga: "Na cultura anglo-saxónica sobre as insolvências, o valor de um empresário é medido pela sua capacidade de superar a crise, enquanto o modo de pensar e ver latino, no que se refere à insolvência, aparece como sinónimo de fracasso." [5]

Atualmente torna-se concludente que a insolvência pode ter si uma, ou várias causas, que escapem ao controlo do singular, isto é, pode resultar de circunstâncias externas como o desemprego, inflação, doença ou até mesmo um empreendorismo malsucedido, o que torna discutível se tais devem ser imputadas ao insolvente, não apenas a nível legal pois, a insolvência embarga repercussões a nível cultural e social. De acordo com o citado autor, o tradicional modo de pensar latino associa, indisputavelmente, uma ideia de fracasso e incompetência a um empresário que se encontre na insolvência sendo que, por sua vez, a visão anglo-saxónica adequadamente prevê os riscos do mundo económico, assim como a impossibilidade de serem controladas situações externas ao insolvente, que, por sua vez, terá uma oportunidade de se reerguer e prosperar.

Com a elaboração do ulteriormente referido CIRE, o legislador português foi além desta tradicional visão latina que somos herdeiros, tendo em consideração a realidade social de famílias, especialmente numa época marcada por um crescente sobre-endividamento das mesmas, apontado por uma concessão irresponsável de crédito e, por conseguinte, uma extrema facilidade de acesso ao mesmo. Assim, se antes da entrada em vigor do referido diploma, as pessoas singulares estavam suscetíveis ao acervo da garantia das suas obrigações até ao prazo de prescrição ordinário das dividas, referente a vinte anos, pelo Código

[4] SERRA, Catarina, *Lições de Direito da Insolvência*, 2ª edição, Almedina, Coimbra, p.18.

[5] VEIGA, Fábio da Silva, *Ob.cit.,* p.210.

Civil[6], os devedores de comprovada boa-fé auferem de uma oportunidade de *fresh start*, modelo destacado como linha orientadora no ponto 45 do preâmbulo, do já referido decreto-lei 53/2004, de 18 de Março[7], sendo, no entanto, uma versão "bastante mitigada" [8] do mesmo.

No entendimento de Serra[9] existem diferentes categorias de regimes de tratamento do sobre-endividamento da pessoa singular: o modelo (puro) *do fresh start* e o modelo derivado *earned start* (reabilitação), ao qual o modelo português se aproxima. O denominado modelo puro assenta na libertação do devedor, após a liquidação patrimonial e o pagamento das dívidas no processo de insolvência, como se sucede no ordenamento jurídico norte-americano, onde concedem o perdão imediato do remanescente da dívida.

Salienta-se que, o nosso sistema é igualmente tributário da influenciado sistema jurídico norte-americano, que aufere, desde 1705, do conceito de *discharge*, englobado no *Bankruptcy Act* de 1898.[10]A lei americana encontra-se, compreensivamente mais consoante com uma realidade capitalista, onde é perspetivado um modelo de "*fresh-start*" puro, que vê a insolvência como um acontecimento típico e congênito da economia e do ciclo económico, no qual o devedor deve ter uma possibilidade para se reerguer. Nestes termos, este regime prioriza projetar nova e rapidamente o insolvente na economia, conferindo-lhe proteção e confiança, sem discursos moralistas ou tendenciosos que lhe estipulem rótulos, sendo a exoneração é decretada ao fim de curtos meses, nomeadamente

[6] LOBO, Gonçalo Gama, *Insolvência: jurisprudência A a Z (Volume Especial*), NovaCausa, Trofa, 2011, p.7

[7] Passo a citar, "45 - O Código conjuga de forma inovadora o princípio fundamental do ressarcimento dos credores com a atribuição aos devedores singulares insolventes da possibilidade de se libertarem de algumas das suas dívidas, e assim lhes permitir a sua reabilitação económica. O princípio do fresh start para as pessoas singulares de boa-fé incorridas em situação de insolvência, tão difundido nos Estados Unidos, e recentemente incorporado na legislação alemã da insolvência, é agora também acolhido entre nós, através do regime da «exoneração do passivo restante».

[8] MARQUES, Maria Manuel Leitão e FRADE, Catarina, *Regular o sobreendividamento"*, Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas - Comunicações obre o Anteprojeto de Código, Ministério da Justiça, Gabinete de Política Legislativa e Planeamento, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, p.164

[9] Cfr. SERRA, *Ob.cit.,* p.611

[10] *Ibidem*, p.15.

findo o processo de liquidação do património do devedor, obtendo este perdão do remanescente.

Por sua vez, no *earned start,* tal como sugere a sua denominação, o devedor deve mostrar ser merecedor do benefício da exoneração, durante um período de teste, pois desenvolve um raciocínio que primariza o *pacta sunt servanda* do que foi previamente acordado, sendo, por consequente mais penalizador para o insolvente. Este modelo tem aplicação na lei alemã (*Restschuldbefrejung*), que efetivamente materializou o *fresh start* americano, num duro sistema onde o devedor subjugava a sua vida até ao cumprimento da sentença, isto é, até ao pagamento da dívida. Em suma, esta materialização resultou num modelo de *earned start,* passando o património do devedor a ser liquidado para o respetivo pagamento dos credores, durante um determinado período, que, antes da diretiva de reestruturação da União Europeia, correspondia a seis anos, nos quais o devedor estava sujeito a uma avaliação do mérito para, no decorrer desta cessão, usufruir da exoneração do passivo restante. [11]

É ainda possível concluir que a maioria dos países europeus aufere de um modelo de reeducação, que confere a obrigatoriedade de cumprir parte da liquidação das obrigações económicas, não só com o património próprio, mas também com quaisquer outros rendimentos adquiridos ao longo do processo, numa lógica de apenas atribuir a exoneração a quem seja merecedor como é o caso da *exoneración del passivo insatisfecho* da lei espanhola, ou da *esdebitazione* da lei italiana. [12]

III. Exoneração do passivo restante

Numa época marcada pelo insucesso financeiro da economia, em escala mundial, surge o instituto da Exoneração do Passivo Restante, introduzido com a aprovação do supracitado Decreto-Lei 53/2004, de 18 de março, correspondente

[11] Cfr. KILBORN , J.J., The Innovative German Approach to Consumer Debt Relief: Revolutionary Changes in German Law & Business, 2004, pp. 257 a 297, disponível em https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1576&context=njilbç;

[12] SERRA, Catarina, *Ob.cit*, p. 610.

ao Código de Insolvência e Recuperação de Empresas (CIRE) com o necessário e ambicioso propósito de assegurar a regulação do sobre-endividamento das pessoas singulares e o equilíbrio da relação entre credor e devedor, no intuito de proteger os devedores de boa-fé.

Como exposto, este assenta no princípio do *fresh start*, com influência de legislação externa, designadamente do regime americano e alemão sendo que, à semelhança deste último, a exoneração do passivo restante, no nosso ordenamento jurídico, possibilita o devedor singular, "após o encerramento do processo de insolvência e depois de verificadas as condições por lei definidas e decorrido o prazo de afetação dos seus rendimentos para satisfação dos créditos remanescentes", nomeadamente, durante três anos (artigo 235º CIRE), ocorra "a extinção daqueles que não tenha sido possível cumprir".[13]

Nas palavras de Maria do Rosário[14], "trata-se de assegurar ao devedor uma exoneração dos créditos sobre a insolvência que não fiquem integralmente pagos no processo de insolvência ou nos cinco anos posteriores ao seu encerramento" (tendo em conta o antigo regime de cinco anos alterado pelo Decreto-Lei 9/2022 de 11/01). Nestes termos, o devedor beneficia de um prazo inferior ao ordinário para a prescrição de dívidas, isto é, de 20 anos, como consta nos termos do artigo 309º do Código Civil, permitindo ao mesmo não ficar vinculado a estas obrigações por um prazo tão longo, nomeadamente, quando se mostre merecedor e, assim, reestruturar a sua vida, especialmente a financeira.

Assim, a exoneração do passivo restante afirma-se como um verdadeiro mecanismo consubstanciado, pelo legislador, para uma especial proteção da pessoa singular em prol da sua recuperação moral e material. O objetivo deste regime é dar ao sujeito a "oportunidade de (re)começar do zero"[15], sendo um dos poucos efeitos da insolvência favoráveis ao devedor singular que, não vê a sua personalidade extinta, ao contrário das pessoas coletivas[16], por outras palavras, a

[13] *Ibidem,* p.610.

[14] EPIFÂNIO, Maria do Rosário, *Manual de Direito da Insolvência*, 7ª ed, Coimbra: Almedina, 2019, p. 37.

[15] MARQUES, Maria Manuel Leitão Marques e FRADE, Catarina, *Ob.cit.,* pp.89-90.

[16] De acordo com a consideração da jurisprudência: Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, processo nº 0576/18, disponível em

insolvência e, consequente liquidação do património do singular não o fazem, por simplesmente, desaparecer, tendo, o mesmo, dificuldades acrescidas pois vê-se brutamente confrontado com a necessidade de se reerguer.

Nestes termos, compreende-se assim que a exoneração, ao permitir que o insolvente não fique adstrito ao prazo de prescrição geral de dívidas, arrastando as mesmas com ele por um período consideravelmente maior e, por conseguinte, dificultando o seu reingresso na vida económica, seja comparável a uma lufada de ar fresco. No entanto, Mota Pinto sustenta que estas obrigações, após a concessão da exoneração do passivo restante, continuam a existir, nomeadamente, não como obrigações civis, mas como verdadeiras obrigações naturais, correspondentes a um dever de justiça ainda que não judicialmente exigido. [17]

Refletindo sobre as efetivas vantagens deste regime, a doutrina vem a ser pouco unanime, existindo autores com perspetivas mais otimistas do que os outrem, face ao seu complemento e necessidade no processo de insolvência. Menezes Leitão[18] entende que, com a exoneração do passivo restante, os credores passam a ter uma "dupla oportunidade de satisfação", opinião à qual Catarina Serra discorda, limitando as vantagens deste procedimento à proteção do devedor e à consagração plena dos efeitos da insolvência, que, como exposto anteriormente, tem como fim prioritário a recuperação do devedor e não uma mera liquidação do seu património. Mediante o exposto, considero que este regime aufere ainda de um conveniente benefício de celeridade processual associado às suas vantagens, isto pois, está coligado com o pressuposto e necessário processo de insolvência, evitando que, após este, se acumulem posteriores ações, no prazo de três anos correspondentes ao período de cessão de rendimento disponível, para reaver os créditos em questão.

http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/1855a2a89d0b96608025831300563b07?OpenDocument&ExpandSection=1, verificado a 15.11.2022.

[17] PINTO, Paulo Mota, *Exoneração do passivo restante: fundamento e constitucionalidade,* III Congresso de Direito da Insolvência, Coimbra, Almedina, 2015, p.195

[18] LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Ob. cit.*, p.366.

No âmbito da insolvência, a exoneração surge, efetivamente como uma faculdade natural do devedor[19], podendo este optar por se socorrer ou não, da mesma, ao contrário do que sucede no Direito Civil, que regula a exoneração, nos seus artigos 835º e seguintes, seguindo a convicção de necessidade do consentimento do credor para exoneração do devedor, estando, consequentemente, a sua libertação dependente do credor. Perante tal observação, é necessário referir a necessidade evitar o abuso deste instituto, sendo necessário que o regime da exoneração do passivo restante seja cuidadosamente regulando, evitando que desencadeie efeitos perversos, passando de uma medida de proteção para um verdadeiro refúgio contra os credores.

i. Concessão e procedimentos

O instituto de exoneração do passivo restante encontra-se regulado nos artigos 235º a 248º do CIRE, cabendo ao devedor insolvente, pessoa singular, nos termos do artigo 235º do respetivo diploma, efetuar um pedido de exoneração relativamente aos créditos que não tenham sido pagos no processo de insolvência ou nos três anos posteriores ao encerramento.

O pedido pode ser efetuado pelo devedor no próprio requerimento de apresentação à insolvência, quando se trate de uma insolvência-declaração ou, quando estivermos perante uma insolvência-pedido, isto é, requerida por terceiros com legitimidade, o devedor aufere de um prazo de dez dias, posteriores à citação do mesmo ao processo de insolvência, sendo que, em ambos os casos, cabe ao juiz decidir livremente em relação à admissão ou rejeição do pedido.[20]Assim, tal como previamente mencionado, a exoneração do passivo restante pressupõe a prévia declaração de insolvência do devedor com despacho de admissão do pedido e subsequente tramitação do processo de insolvência e o encerramento do mesmo.[21]

[19] SERRA, Catarina, *Ob.cit*, p. 613.

[20] MARTINS, Alexandre de Soveral, *Um Curso de Direito da Insolvência*, 2º ed, Almedina, Coimbra, 2020, p.587

[21] Como consta no artigo 236 nº1 CIRE.

Neste requerimento, nos termos do artigo 236º, nº3, do CIRE, consta uma declaração onde o devedor alega obedecer às condições exigidas nos artigos seguintes que, nesta breve análise irão ser hipoteticamente pressupostos sendo que, não existindo motivos para o indeferimento liminar, pelas razões enumeradas no artigo 238º, o juiz procede ao despacho inicial de exoneração, que inicia o período de cessão do rendimento disponível.[22]

Neste âmbito, releva mencionar a crítica da doutrina à estrutura redutora do artigo 238º que, que permite que o instituto da exoneração congratule quem, muitas vezes, não merece esta segunda oportunidade pois limita os motivos de indeferimento liminar por estes elencados, sendo que, quando os mesmos não se verifiquem, é proferido o despacho inicial. No entanto, no entendimento de Assunção Cristas[23], o devedor deve mostrar "uma conduta recta, cumpridora e de boa-fé, quer no período anterior à insolvência – cuja inexistência conduzirá ao indeferimento liminar do pedido por verificação de qualquer uma das situações a que alude o artigo 238º -, quer no período posterior (...) – por força das obrigações impostas pelo artigo 239º e cujo incumprimento conduzirá à recusa da exoneração, nos termos do art.º 243º."

Posto tal, entendemos que para além de tal "lapso", como se referem Carvalho Fernandes e João Labareda[24], este pode ser um verdadeiro mecanismo de filtragem, sendo, como defende Silvia Pires necessário "analisar, através da ponderação de dados objetivos, se a conduta do devedor tem a possibilidade de ser merecedora de uma nova oportunidade"[25] sendo que, no nº4 do referido artigo 239º, são elencados um conjunto de pressupostos, aos quais o devedor fica obrigado no decorrer do período de cessão, que serão objeto de averiguação e avaliação pelo tribunal.

[22] Nos termos do nº1 do artigo 239º do CIRE.

[23] ASSUNÇÃO CRISTAS, *A Exoneração do Passivo Restante,* Themis, Edição Especial – Novo Direito da Insolvência, Almedina Coimbra, 2005, p.169

[24] FERNANDES, Carvalho e LABAREDA, João, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, Quid Juris, Lisboa, 2010, em anotação ao art.º 238.º, pág. 785

[25] Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, processo nº324/11.1TBNLS-E.C1, disponível em http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/8278018a9bb5e93e80257a2f0052d2a0?OpenDocument verificado a 15.11.2022.

Reconduzindo novamente o estudo ao procedimento, assumindo que a decisão do despacho inicial de exoneração não foi recorrida, nestes três anos, é dado o período de cessão, onde a conduta do devedor é sujeita a uma avaliação anual, tendo de cumprir com uma panóplia de deveres que lhe acarreta, como foi de antemão referido onde, entre os quais, consta o dever de não ocultar ou dissimular quaisquer rendimentos auferidos, exercer profissão renumerada (mediante exceção de motivo legítimo), informar o tribunal acerca de mudanças de domicílio ou condições de empregos e ainda o dever de cessão dos rendimentos auferidos para além do valor mínimo de subsistência fixado pelo juiz.

Durante este período, surge a figura do fiduciário, artigo 240º, habitualmente assumida pelo administrador de insolvência, ficando este encarregue de enviar um relatório onde informa acerca da situação do profissional, rendimentos e cumprimento das obrigações inerentes do devedor, assim como de receber o produto da cessão de rendimentos[26] (rendimento disponível) sendo, deste modo um interveniente com grande impacto no processo.

Findo o período de cessão, se as obrigações forem cumpridas é proferido o despacho final de exoneração, que concede a libertação definitiva do devedor (artigo 244º do CIRE), caso o tribunal julgue verificados os requisitos previamente mencionados, não tendo o ex-insolvente, que pautou a sua conduta pelos princípios da boa fé, transparência e honestidade, de pagar as dívidas que lhe eram previamente incumbidas, sem exceção dos créditos que não tenham sido reclamados e verificados, o que comprova ideia de uma eficácia *erga omnes* do processo de insolvência.[27].

Ressalve-se que a exoneração não abrange, porém, os créditos por alimentos, indemnizações devidas por factos ilícitos dolosos praticados pelo mesmo, assim como multas, coimas ou outras sanções pecuniárias por crimes e contraordenações e, ainda os créditos tributários e da segurança social - artigo 245 nº1 e nº2 – ficando, no entendo, a Autoridade Tributária e a Segurança Social

[26] Artigo 241º CIRE

[27] Cfr. SERRA, Catarina, *A falência no quadro da tutela jurisdicional dos direitos de crédito* – O problema da natureza do processo de liquidação aplicável à insolvência no Direito Português, Tese de Doutoramento, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2007, pp.273 e ss.

adstritas a promover penhoras. As justificações, neste âmbito, são variadas, desde "interesses que estão na base da sua constituição", por exemplo, nas obrigações de alimentos ou, "generosidade excessiva da lei para com o Estado"[28] relativamente a créditos tributários, no entanto, certo é que tal pode prejudicar o objetivo intrínseco do *fresh start*. No entanto, pressupondo um cenário onde as obrigações não se cumprem, mediante requerimento fundamentado, do credor ou do fiduciário, pode ser a exoneração recusada durante o período dos três anos, assim como o despacho de exoneração pode ser revogado a pedido de qualquer credor até ao termo do ao subsequente ao tramito em julgado do despacho de exoneração (cfr. Art.246 nº2, 2ªparte) dando origem a reconstituição de todos os créditos extintivos (nº4 do referido artigo).

Em Portugal, ao contrário do que acontece, por exemplo, nos Estados Unidos, o período é fixo, não podendo ser reduzido por falta de condições do devedor ou mesmo pelo seu bom comportamento. É ainda estabelecido um limite temporal de dez anos para recorrer a nova exoneração do passivo restante, nos termos da alínea c) do nº1 do artigo 238º, sendo este tempo contabilizado a partir da data de início do processo de insolvência, isto é, data em que o pedido de declaração de insolvência é recebido na secretaria judicial.

ii. Rendimento disponível: algumas considerações.

Como mencionado, após o despacho inicial de exoneração, dá-se o período de cessão do rendimento disponível, na dependência de despacho judicial, nos termos do nº2 do artigo 239º, surge a responsabilidade legal, incumbida ao devedor, de ceder os créditos que englobam o rendimento disponível à entidade designada como fiduciário. Por conseguinte, o mesmo artigo, no seu nº3, refere que o rendimento disponível é composto por todos os rendimentos que advenham a qualquer título ao devedor, isto é, abrangendo todos os acréscimos patrimoniais, com as exceções consideradas na alínea a) e b) que obrigam a uma análise da situação em concreto e pretendem salvaguardar e, acertadamente, os princípios da dignidade humana.

[28] *Idem*, *Lições de Direito da Insolvência,* p. 626.

O fiduciário, no âmbito das suas funções, atribuídas pelo artigo 241º do CIRE, fica encarregue de notificar a cessão do rendimento ao devedor e àqueles de quem tenha direito a havê-los, assim como a distribuição dos montantes que o insolvente, quando por si receba os rendimentos objeto de cessão (nos termos da alínea c), nº1, do artigo 239º do CIRE) deve entregar, imediatamente, ao fiduciário. Se não o fizer, o fiduciário possuirá meios para obter esses montantes e o insolvente não será beneficiário de um despacho de exoneração do passivo restante.

Como defende Pestana de Vasconcelos[29], que passo a citar, *"É, pois, a própria lei que prevê a criação desta titularidade fiduciária visando certos fins. Há, portanto, uma verdadeira cessão de créditos, à semelhança do que sucede na lei alemã".* A expressão fiduciário, remete para uma relação de fidúcia estabelecida entre este e o devedor que, desde a sua declaração de insolvência, por regra, já se encontra impossibilitado de dispor do seu património. Nestes termos, entendemos que a partir do momento em que é decretada a cessão do rendimento disponível, este é titulado pelo fiduciário, ao contrário do entendimento de Menezes Leitão que vê o mesmo como um mero administrador do património do insolvente, sendo este último o verdadeiro titular dos rendimentos auferidos, até que o fiduciário ceda os mesmos aos credores da insolvência.[30]

Primeiramente, é necessário ressalvar que o rendimento disponível pode ser bastante variável pois o insolvente pode, desde já, não auferir de uma renumeração fixa ou, receber acréscimos patrimoniais irregularmente. À vista disso, Solveral Martins entende ainda que a expressão utilizada no nº2 do artigo 241º, que rediz: "O fiduciário mantém em separado do seu património pessoal todas as quantias provenientes de rendimentos cedidos pelo devedor", enquadra no rendimento disponível as quantias não monetárias que o fiduciário deve

[29] VASCONCELOS, PESTANA DE, *A cessão de créditos em garantia e a insolvência – em particular da posição do cessionário na insolvência do cedente*, Coimbra Editora, 2007, p. 247 *apud* MARQUES, Letícia, *O Regime Especial da insolvência de pessoas singulares,* Revista Universidade Lusófona, 2013.

[30] Cfr. LEITÃO, Luís Manuel Teles de, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, Almedina, Coimbra, 2022, p. 193.

converter em dinheiro, "dando a entender que os rendimentos cedidos podem ser convertidos em quantias".[31]

Posto tais considerações, torna-se justificável que o montante a definir seja o rendimento indisponível e evidente, o papel significativo do juiz, ao qual incumbe, por um lado, ponderar entre o respeito pela dignidade humana, assegurando as necessidades básicas do insolvente e do seu agregado familiar e, por outro lado, reconhecer que o mesmo deve fazer um esforço de contenção de despesas para a satisfação dos créditos dos credores no período transitório.

Nestes termos, cabe ao tribunal fixar um rendimento indisponível, anual ou mensal, sendo que o pensamento legislativo[32] tem como período de referência um mês, até porque, por norma, estamos no domínio de relações laborais, operando então por uma média anual, sendo que, nos meses em que esse valor não for excedido, não incorre a obrigação de cessão de rendimentos, não existindo rendimento disponível.

No entanto, a insuficiência da massa e, por sua vez, a não existência de rendimento disponível, não constituiu fundamento para o indeferimento da exoneração[33], nem para a cessação antecipada da mesma, ficando o dever igualmente sujeito à verificação do mérito para a mesma, o que Catarina Serra entende nem sempre ser "uma boa decisão" [34], tendo em conta que, nestes termos, sempre que a exoneração prossiga, os custos transferem-se integralmente para os credores. Ressalva-se, por fim, caso suceda que o dever, por determinada razão, aufira de um montante inferior ao estipula como rendimento indisponível, estabelecido como razoavelmente necessário para o sustento do agregado familiar, não nasce a favor do mesmo, o direito de compensar nos rendimentos disponíveis futuros.

---

[31] MARTINS, Alexandre de Soveral – *Um Curso de Direito da Insolvência*. 2º ed, Coimbra: Almedina, 2020, p.605.

[32] Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 22.10.2019, Proc. 2455/11.9TJCBR.C1, Relator: Emídio Santos

[33] Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, processo nº3506/08.0TBSTS-A.P1, disponível em https://www.direitoemdia.pt/search/show/fd8a20a04ca99a739aa12230e229a1d03319adb26c85417fb7b81d04dd23f089, verificado a 20.11.2022.

[34] SERRA, Catarina, *Ob.cit.,* p.612.

iii. Rendimento indisponível

Cada processo de insolvência de pessoa singular carrega uma realidade distinta sendo necessário levar o insolvente a um esforço de contenção de despesas transitório de forma a satisfazer os credores da exoneração do passivo restante, no entanto, em consonância com o essencial, e já referido, princípio da dignidade humana[35], tendo em conta não só as suas necessidades básicas, mas também as do seu agregado familiar.

O rendimento indisponível trata-se de uma ficção jurídica, referente a uma quantia fixada pelo juiz, face à variabilidade do rendimento disponível. A sua determinação deverá atender às despesas indispensáveis e básicas que permitirão uma vida condigna mediante o senso comum, como a alimentação, habitação, higiene pessoal, água e energia, podendo sempre o insolvente vir ao processo comprovar a necessidade de um valor superior, como irá ser posteriormente analisado.

A garantia da condição digna de existência do agregado familiar é prosseguida assim, através da atribuição de uma quantia monetária apta cujo apuramento do montante que deve pressupor sempre uma ponderação casuística, por parte do juiz, no entanto, vem a ser ponderados, pelo próprio, Tribunal Constitucional a atribuição do salário mínimo nacional que, em si deve garantir o princípio da dignidade humana, invocando a Lei Fundamental, nos seus artigos 1º, 59º, nº2 e 63º, nºs1 e 2.

Neste sentido, é possível citar, como referência, o seguinte sumário[36]: "Na fixação do valor do rendimento do insolvente a excluir da dação a efetuar em benefício dos credores tendo em vista a eventual exoneração do passivo restante terá de se levar em consideração as particularidades de cada caso, devendo ponderar-se por um lado que se está perante uma situação transitória, durante a qual o insolvente deverá fazer um particular esforço de contenção de despesas e

[35] Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, processo nº27138/11.6T2SNT-C.L1-2, disponível em http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/ac85d320c5298ac1802580d4005933f4?OpenDocument, verificado a 20.11.2022.

[36] Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, processo nº08/13.6TJLSB.L1-2, disponível em http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/cd975f2828464df280257d810057ba25?OpenDocument, verificado a 20.11.2022.

de perceção de receitas de molde a atenuar ao máximo as perdas que advirão aos credores da exoneração do passivo restante, e por outro lado atender ao que é indispensável para, em consonância com a consagração constitucional do respeito pela dignidade humana, assegurar as necessidades básicas do insolvente e do seu agregado familiar".

Concluindo este primeiro confronto com o conceito de rendimento disponível, é necessário referir que tal como sucede com a generalidade das famílias portuguesas, que, no seu quotidiano, têm de gerir as suas receitas de acordo com critérios de utilidade, de forma a garantir uma correta gestão dos seus rendimentos, os insolventes têm de adequar o seu estilo de vida, pois os rendimentos podem ser insuficientes para manter um nível de gastos adequados às suas expectativas. Em contraponto, não nos podemos esquecer que o objetivo final da exoneração do passivo restante é a exoneração de dívidas e a libertação o devedor para que, "aprendida a lição", este não fique inibido de começar de novo e de, eventualmente, retomar o exercício da sua atividade económica.[37]

IV. As exceções ao rendimento disponível: algumas considerações.

Nos termos do nº3 do artigo 239º são enumeradas exceções ao rendimento disponível, que constituem este rendimento indisponível, tornando-se razoável um estudo mais individualizado das mesmas, ulteriormente analisadas conjuntamente com o papel do juiz, cujo mesmo Catarina Serra entende que se limita "a intervir nas fases verdadeiramente jurisdicionais". [38] Por conseguinte, na alínea a) do referido artigo são designados os créditos a que se refere o artigo 115º cedidos a terceiro, pelo período em que a cessão se mantenha eficaz. Por outras palavras, prevalecem sobre a cessão do rendimento disponível, a cessão de créditos futuros emergentes de contratos de trabalho ou prestações de serviço, ou o direito a prestações sucedâneas futuras.

[37] Cfr. SERRA, Catarina, *O Novo Regime Português da Insolvência*, Almedina, Coimbra, 2004.

[38] *Idem*, *Lições de Direito da Insolvência*, p.74.

Posteriormente, na sua alínea b) o artigo elenca, em três subalíneas que excluem, do rendimento disponível, o que seja razoavelmente necessário para o sustento minimamente digno do devedor e do seu agregado familiar, contemplando aqui o limite máximo de três salários nacionais, assim como o que seja razoavelmente necessário para o exercício da atividade profissional do insolvente, entre outras despesas que o juiz pode ressalvar e, ainda, outras despesas ressalvadas pelo juiz.

i. Créditos a considerar

Como exposto, o artigo 239º, nº3, alínea a) exclui, desde logo, do rendimento disponível os créditos cedidos a terceiros referidos no artigo 115º, isto é, os créditos futuros emergentes de contratos de trabalho, prestações de serviço ou de contribuições sucedâneas futuras, como subsídios de desemprego ou pensão de reforma, cujo devedor tenha cedido ou dado em penhor anteriormente à declaração de insolvência prevalecem sobre a cessão do rendimento disponível, nomeadamente no período em que esta se mantenha eficaz.

Podemos entender que, ao aceitar que estas cessões englobem o montante de rendimento indisponível, a lei pretendeu tutelar os interesse de terceiros de boa-fé, que viram o crédito previamente cedido, podendo os interesses contratuais que alicerçam as mesmas ser variados e, consequente e facilmente colocar em risco o princípio de igualdade dos credores, consagrado no artigo 194º do CIRE.

Neste âmbito, debate-se na doutrina se tais créditos futuros surgem na titularidade do fiduciário ou do devedor, sendo que, Menezes Leitão entende que o cessionário tem de ser o titular, pois "para os defensores da teoria da transmissão, uma vez que o crédito chega a pertencer durante um segundo ao património do insolvente, tal é suficiente para que seja objeto de aquisição da massa insolvente, sendo o negócio de cessão ineficaz"[39]sendo tal apoiado pela disposição do artigo 115º nº1 do CIRE, que passo a citar: "sendo o devedor uma

[39] Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas anotado, *Ob. cit.,* p. 147

pessoa singular e tendo ele cedido ou dado em penhor, anteriormente à declaração de insolvência, créditos futuros emergentes de contrato de trabalho".

ii. Limite máximo e mínimo do rendimento disponível

No CIRE foi meramente estabelecido um limite máximo de três salários nacionais, designadamente, no previamente mencionado artigo 239º, no seu nº3 b), subalínea i), onde não existe qualquer referência a nenhum critério ou regras objetivas, relativamente ao limite mínimo deste rendimento, ao contrário do que sucede no âmbito do Código de Processo Civil, que estabelece o limite mínimo objetivo do salário mínimo nacional para a impenhorabilidade dos rendimentos do executado, neste sentido cabe, a título de exemplo, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, processo nº1855/14.7TCLRS-B.L1.-7, de 11 de Outubro de 2016.

Assim, cabe ao julgador fixar o rendimento indisponível, no seu prudente arbítrio, ainda que de forma minuciosa, com o critério geral e abstrato do limite mínimo razoavelmente necessário para o sustento minimamente digno do devedor e do seu agregado familiar[40]. Por conseguinte, ainda que não seja dispensada esta análise casuística, cabe considerar como vantajosa a já mencionada referência ao salário mínimo nacional, que o próprio legislador estabeleceu como o montante necessário para assegurar a subsistência, sendo que a jurisprudência se vem a mostrar em consonância com o estabelecimento deste critério, a título de exemplo, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 02.02.2016, proferido no processo nº3562/14.1T8GMR.G1.S1, cujo sumário passo a citar, "IV — Se a lei alude ao salário mínimo nacional para definir o limite máximo isento da cessão do rendimento disponível, também se deve atender a esse salário mínimo nacional, para no caso concreto, saber a partir dele, o quantum que se deve considerar compatível o sustento minimamente digno do devedor e do seu agregado familiar".

[40] Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, processo nº 1270/12.7TBFAF-B.G1, disponível em https://www.direitoemdia.pt/search/show/7bd2232178e7ea9e069adfa99ef395ae4e0afc856c017cbf31e2f5f82b7f9f73, verificado a 28.11.2022.

Por sua vez, a doutrina[41] sustenta também que nunca se deverá nunca fixar um quantitativo inferior ao salário mínimo nacional, existindo uma consonância em considerar o valor, no entanto mesmo quando tal ocorre, é necessário relembrar que este é variável, atualizado anualmente, devendo o juiz ser prudente quando opta pela fixação de um montante indisponível fixo, no despacho inicial da exoneração do passivo restante, como consta no Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 10.09.2013, processo nº 747/13.1TBACB.C1[42], onde em 2013 o juiz estabeleceu um valor de 500 euros, superior ao salário mínimo nacional correspondente ao mesmo ano, no entanto, em 2017 este valor já se encontrava abaixo.

Em complemento, é possível citar o sumário do Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 16.01.2020, proferido no processo 587/19.4T8OLH.E1[43], "1 – No incidente de exoneração do passivo restante, a ponderação do que seja, em cada caso concreto, o razoavelmente necessário para o sustento minimamente digno do devedor e do seu agregado familiar, nos termos do artigo 239.º, n.º 3, al. b), ponto i), do CIRE, não pode deixar de ter em consideração a legítima expectativa dos credores de verem os seus direitos satisfeitos, em toda a medida do possível, durante o período da cessão. 2 – O devedor não pode ter a expectativa de, durante o período da cessão, manter o padrão de vida a que ele e o seu agregado familiar estavam habituados antes da declaração de insolvência".

Neste contexto, vale a pena relembrar que podem existir particularidades, como as insolvências conjuntas, nos termos do artigo 264º CIRE, onde o legislador admite a possibilidade de os cônjugues apresentarem-se conjuntamente à insolvência, nomeadamente através de uma intervenção coligatória que origina um despacho único de exoneração do passivo restante. Com a apresentação de ambos os conjugues, as despesas do agregado familiar são conjuntamente apuradas assim como o peso do rendimento global e o rendimento disponível

[41] FERREIRA, José Gonçalves *A exoneração do passivo restante*, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, p.94.

[42]Tribunal da Relação de Coimbra, processo nº747/13.1TBACB.C1, disponível em http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/8fe0e606d8f56b22802576c0005637dc/593062c1dc11eedd80257c1b005de86c?OpenDocument, verificado a 28.11.2022.

[43] Disponível em http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/dbf2bcea99df613e802585060036584b?OpenDocument, verificado a 28.11.2022.

conjuntamente fixado.[44] Com a consideração de determinadas despesas de forma conjunta, o valor mínimo pode sofrer uma nuance, no entanto, não se pode ignorar as particularidades do caso em concreto, devendo o juiz auferir o nível e quem aufere os rendimentos, tendo em consideração o montante necessário para o sustento digno do agregado familiar.

iii. A escala de Oxford e a consideração pelo sustento digno do agregado familiar

Como anteriormente mencionado, o legislador pretendeu, indiscutivelmente, garantir o sustento minimamente digno do devedor e do seu agregado familiar, nos termos da subalínea i), da alínea b) do nº3 do artigo 239º sendo este um aspeto imprescindível, na fixação do rendimento indisponível que acarreta ao juiz, dentro do seu poder discricionário, tendo apenas o limite máximo objetivo de três salários nacionais, como é consagrado, na integra, pela jurisprudência, indo neste sentido o Acórdão da Relação de Lisboa, processo nº 21620/17.0T8SNT-A.L.1.[45]

Esta proteção foi, desde logo, salvaguardada com a exclusão dos valores referentes à obrigação de alimentos, quando o insolvente se vê obrigado a prestar este tipo valor, do instituto da exoneração do passivo restante.[46] Esta é uma obrigação que tem na índole salvaguardar a subsistência e satisfação das necessidades básicas de quem não possui condições para a elas fazer face, podendo ser imposta por lei, artigo 2009 nº1 do Código Civil, por virtude de laços familiares ou parafamiliares que as unem, ou que resulta de negócio jurídico celebrado entre ambos[47].

[44] Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, processo nº466/16.7T8OLH-E.E1, disponível em http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/25944ebc8ca6b1d38025834400526a05?OpenDocument, consultado a 30.11.2022.

[45] Disponível em https://www.pgdlisboa.pt/jurel/jur_mostra_doc.php?nid=5492&codarea=58&.

[46] Artigo 245º nº2 a) do Código de Insolvência e Recuperação de Empresas.

[47] LEAL, Ana Cristina Ferreira de Sousa, Guia Prático da Obrigação de Alimento, Editora Almedina, Coimbra, 2012, p. 9.

Por sua vez, a específica noção de alimentos é-nos dada pelo artigo 2003º do Código Civil que, por conseguinte, em anotação ao mesmo, Pires de Lima e Antunes Varela definem a obrigação como "[a] prestação destinada a satisfazer as necessidades primárias da pessoa que não tem condições para viver e que a lei impõe à pessoa que a deva realizar, por virtude dos laços familiares que as unem" .[48] Ressalva-se, no entanto, que quando o insolvente recebe uma prestação desta natureza, por parte do outro progenitor, fruto de um menor em comum, o rendimento deve ser considerado como um direito do mesmo, que vê a sua incapacidade natural e jurídica suprida pelo poder paternal do insolvente, não sendo este último titular de tal quantia.[49] Conclui-se, com tais considerações, que valores respeitantes ao abono de família não são tidos, consequentemente em conta como parte do rendimento auferido pelo insolvente.

No exercício de jurisdição, não existe um estrito critério objetivo que permita ajudar o juiz a apreciar o agregado familiar e as suas necessidades, tendo vindo a ser acolhida a técnica da antiga escala de Oxford, também denominada como a escala da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico (OCDE), que surgiu em 1982, com intuito de determinar a capitação de rendimentos dos diferentes agregados familiares.

No entanto, trata-se de um cálculo puramente matemático que atribuir um peso de 1 ao primeiro adulto, 0,7 aos restantes e 0,5 a cada criança, existindo uma soma com diferentes resultados mediante a composição do agregado familiar, sendo 1 o valor base ao qual é atribuído o salário mínimo[50]. Perante tal, surgem vozes que dizem ir contra o critério geral e abstrato inserido pelo legislador

[48] Código Civil anotado, vol. V, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, em anotação a este artigo na nota 2, página 573.

[49] Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, processo nº2. 1292/12.8TBFAF disponível em http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/7b2c1dc8feb21b7180257ba2004bb913?OpenDocument consultado a 30.12.2022.

[50]Conforme os dados fornecido pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico, disponível em https://www.oecd.org/economy/growth/OECD-Note-EquivalenceScales.pdf verificado a 24.11.2022.

quando apenas prevê "o sustento minimamente digno do devedor e do seu agregado familiar" no âmbito do artigo 239º.[51]

De facto, esta escala não tem em consideração a análise discricionária e casuística que deve ser feita pelo tribunal, não devendo assim substituir a tarefa incumbida pelo legislador ao juiz na fixação do valor que, ao contrário desta tem, ou deverá, ter uma apreciação razoável à realidade efetiva do agregado familiar do devedor.

Em suma e, por outras palavras, cada insolvência contém em si diferentes realidades, causas e especificidades, fruto, entre as demais, das próprias diferenças e necessidades do agregado familiar que exige ser apreciado para lá de meramente determinar o número ou de distinguir, de forma redutora, os seus constituintes pois, facto é que os menores não dependem de igual forma do devedor, assim como se podem verificar situações, onde os ascendentes maiores de idade dependem, desmedidamente, do mesmo, nomeadamente em termos financeiros. No entanto, não se pode desconsiderar que o esforço exigido pela insolvência singular é, forçosamente, estendido a todo o agregado familiar.

iv. Rendimento razoavelmente necessário para a atividade profissional

Como previamente mencionado, na subalínea *ii)* da alínea b) do nº3 do 239º CIRE é excluído da cessão de rendimentos (rendimento disponível) o valor sensatamente requerido para a atividade profissional, de modo a evitar que o devedor comprometesse o seu exercício profissional o que consequentemente iria prejudicar a obtenção de rendimento para regularização de créditos.

Deste modo, não será possível, por exemplo, penhorar a viatura própria de um insolvente que utiliza a mesma para exercer a sua atividade de agente comercial ou o computador de um engenheiro de robótica cabendo, no entanto, ao devedor alegar e comprovar os montantes necessário para o exercício da sua profissão assim como a imprescindibilidade e utilidade do bem, nomeadamente

[51] Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, processo nº 4073/10.0TBGMR-A. G1, disponível em http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/-/4D3835C18DBDEF30802578BE004AE3F6 verificado a 24.11.2022.

aquando do pedido da exoneração ou mediante uma alteração profissional do insolvente.

O rendimento disponível para efeitos de cessão ao fiduciário, no âmbito da exoneração do passivo restante, integra todo e qualquer rendimento auferido pelo devedor, independentemente da sua natureza, incluindo, portanto, remunerações do trabalho ou de outra natureza, subsídios e suplementos de qualquer natureza ou ajudas de custo, sendo apenas excluídos os rendimentos que se enquadrem nas alíneas e subalíneas do nº 3 do art.º 239 do CIRE.

Tal como consta no artigo 260º do Código do Trabalho, não se consideram retribuição as importâncias recebidas a título de ajudas de custo, despesas de transporte, entre outras, salvo quando estas tenham sido previstas em contrato ou se devam considerar pelos usos como elemento integrante da retribuição do trabalhador. No entanto, tal não releva no contexto da exoneração do passivo restante, sendo necessário comprovar que as mesmas se destinam a reembolsar o devedor, em despesas concretas que suportou por força do exercício da sua atividade profissional, de forma a serem enquadradas no contexto do já mencionado artigo 239º, nº3, alínea b) , subalínea ii).[52]

É, em suma, possível concluir que esta exceção pretende, sobretudo salvaguardar e assegurar a possibilidade de o devedor angariar rendimentos com o produto do seu trabalho que lhe permitam prover ao seu sustento – e do seu agregado – e satisfazer algum do seu passivo, evitando-se, desta forma, que, por não dispor do valor necessário para assegurar as despesas inerentes à sua atividade profissional, o devedor fique impossibilitado de angariar rendimentos, pondo em causa a sua subsistência e eliminando – ou reduzindo – a possibilidade de os credores obterem a satisfação (ao menos parcial) dos seus direitos

[52] Neste sentido o Acórdão do Juízo de Comércio de Coimbra, processo nº 494/18.8T8cBR-B.C1, disponível em https://trc.pt/insolvencia-exoneracao-do-passivo-restante-rendimento-disponivel-ajudas-de-custo/ consultado a 01.12.2022 e o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, processo nº 1447/11.2TBPNF.P1, disponível em http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/c08e6947d3021c22802582a90046e704?OpenDocument.

v. Outras despesas a considerar pelo juiz

O juiz pode ainda, nos termos da subalínea iii), da alínea b), do artigo 239º do CIRE, considerar excluir outras despesas no despacho inicial ou em momento posterior, a requerimento do devedor, cujo mesmo considere imprescindível para garantir o princípio da dignidade humana, consagrado no artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos e acolhido na nossa Constituição no artigo 1º.

Por outras palavras, o juiz pode, no seu prudente arbítrio, entender que para além das situações anteriormente referidas, podem existir demais necessidades que, pela sua importância ou natureza, devam ser consideradas prevalecentes ao interesse dos credores na satisfação dos seus créditos, ainda que em momento posterior ao despacho inicial. A lei permite assim que, no período de três anos correspondente à cessão de rendimento disponível, a decisão possa ser alterada, subjugando a clausula geral *rebus sic stantibus,* por exceção a imutabilidade de decisão que consta no artigo 628º do Código do Processo Civil, de modo a evitar que esta se torne completamente desadequada, face à alteração das circunstâncias em que a decisão inicial foi elaborada e baseada.

Em suma, as eventuais despesas extraordinárias, deverão ser assim atendidas pelo tribunal, mediante uma avaliação casuística, sendo que, quando se verifique a sua necessidade e conformidade, são devidamente autorizadas, e prevalecem sobre o interesse dos credores na satisfação dos seus créditos, e o seu valor acumula ao valor fixado como limite de rendimento indisponível[53].

[53] Neste sentido, Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, processo nº1931/12.OTBACB-F.C1 disponível em http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/8fe0e606d8f56b22802576c0005637dc/95c5188d7c11c3ac802587cf003dce33?OpenDocument., verificado a 20.11.2022.

V. Aspetos a considerar: breve referência.

i. A saída do insolvente para o estrangeiro

Durante o período de cessão do rendimento disponível, é possível ponderar situações que possam eventualmente ocorrer, confrontando o conjunto de obrigações ao qual o devedor fica circunscrito, entre as quais, nos termos da alínea d) do nº4 do artigo 234º, de informar o tribunal e o fiduciário de qualquer mudança de domicílio ou de condições de emprego, no prazo de 10 dias após a respetiva ocorrência.

No que diz respeito à saída do insolvente para o estrangeiro, o legislador foi, de facto cauteloso, visto que, a deslocação das pessoas para outro país, nomeadamente em busca de melhores condições de vida, é uma realidade presente sendo esse cenário ainda mais presumível quando perante uma situação de insolvência.

Assim, torna-se justificável que o tribunal, quando fixe o rendimento disponível, pondere um reajustamento do mesmo quando tal ocorra, mediante uma análise casuística por parte do juiz. No Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 22.03, processo número 24815/15.6T8LSB-2[54], onde o tribunal considerou como necessário fixar o rendimento indisponível num montante equivalente ao salário mínimo nacional alemão para assegurar a sobrevivência condigna.

ii. Subsídios de Natal e de férias

Como auferido, na fixação do rendimento indisponível, o juiz deve considerar as despesas mensais imprescindíveis para todo o agregado familiar do devedor, sendo que, sempre que existam outras despesas pontuais, o insolvente deverá requerer ao Tribunal a sua consideração, nos termos previstos.

[54] Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, processo nº24815/15.6T8LSB-2, disponível em http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/602c4878f65adf98802584cd004d0928?OpenDocument consultado a 01.12.2022.

Por sua vez, os valores objetos de análise, isto é, os subsídios de Natal e férias consubstanciam um complemento à renumeração mensal do trabalhador, não sendo englobados no mesmo, não devendo, por conseguinte, e no entender da jurisprudência maioritária, "ser considerados imprescindíveis à satisfação das necessidades básicas do insolvente" [55].

Assim, a jurisprudência tem vindo a considerar que estas prestações retributivas, auferidas pelo devedor, "integram ou não o rendimento indisponível consoante se contenham no ou excedam o valor fixado como indisponível" e devem assim ser entregues ao fiduciário[56]. Neste sentido, os montantes correspondentes ao subsídio de alimentação, ainda que englobados no conceito de retribuição, vêm a ter também o seu limite máximo fixado pelo montante de rendimento indisponível, sendo que, quando excedido englobam naturalmente o valor passível de cessão, como é possível auferir no Acórdão da Relação do Porto, processo n.º 8712/17.3T8VNG-B. P1, datado a 6 de setembro de 2021[57].

Tal cenário pode, no entanto se revelar problemático, nomeadamente, quando se tem em conta a realidade salarial, onde os subsídios mencionados são passíveis de ser auferidos em duodécimos e, o notável e, já múltiplas vezes perspetivado como critério objetivo, salário mínimo nacional ser garantido 14 vezes ao ano.

[55] Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, processo nº3550/14.8T8GMR.G1, disponível em http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/c66d275fc723771f80257f33005b1c20, consultado a 0212.2022.

[56] Neste sentido, Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, processo nº 1373/19.7T8AVR-C.P1, disponível em http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/602c4878f65adf98802584cd004d0928?OpenDocument,; Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, processo nº3728/13.1TBGDM.P1, disponível em http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/47d0dc0fe0ea59c78025828f00376ece?OpenDocument, consultados a 02.12.2022.

[57] Disponível em https://www.direitoemdia.pt/search/show/cae4fa6dbbf842fd02518f1d331fbb302fe69956351ac5c869b1bfa83df54117, consultado a 02.12.2022.

VI. Conclusões

A fixação do rendimento indisponível - tratando-se de uma ficção jurídica indeterminada e sem grandes limites objetivos - torna necessário saber aquilo que em cada caso concreto se mostra imprescindível à sobrevivência condigna do insolvente, o que dependerá sempre de uma avaliação das particularidades da situação concreta do devedor e do seu agregado, através de uma apropriada concretização jurisprudencial.

Se, por um lado, haverá que salvaguardar aquilo que garanta o sustento minimamente digno do devedor, o mesmo tem também de provar ser merecedor de tal benefício pois, o sentido das normas vertidas nas disposições que tratam a exoneração do passivo restante, no CIRE, não é, o de desresponsabilizar o devedor, consequentemente isentando-o de qualquer obrigação para com os credores.

Apesar de serem inúmeras as variantes a serem levadas em conta, deverá o despacho inicial de exoneração do passivo restante, ainda que após uma profunda apreciação da situação familiar, profissional e das necessidades que acarretam ao insolvente, ser o mais objetivo possível, não causando dúvidas aos devedores acerca das obrigações a serem cumpridas.

As disposições legais dadas pelo legislador, com vista a alcançar o perspetivado *fresh start*, devem, sobretudo, garantir que este instituto não se sujeite a um fácil contorno legal, consagrando um direito ao esquecimento, que pode ser imprudentemente utilizado. Entendo que a insolvência abriga, em si demasiadas particularidades e especificidades que, não podem ser, na íntegra, asseguradas por um método estritamente normativo, no entanto, existem conceitos e metodologias que não se encontram objetivamente determinados, tendo vindo a jurisprudência a suprir essas lacunas.

Ainda que se reconheça a importância, e adequado enquadramento, do juiz, a lei pode ser potencializada para garantir um processo justo e adequado, na atribuição desta propícia oportunidade que é a exoneração do passivo restante.

ÍNDICE

I. O conceito de insolvência 308
II. A germe da exoneração do passivo restante: "fresh start" 310
III. Exoneração do passivo restante 312
i. Concessão e procedimentos 315
ii. Rendimento disponível: algumas considerações. 318
iii. Rendimento indisponível 321
IV. As exceções ao rendimento disponível: algumas considerações. 322
i. Créditos a considerar 323
ii. Limite máximo e mínimo do rendimento disponível 324
iii. A escala de Oxford e a consideração pelo sustento digno do agregado familiar 326
iv. Rendimento razoavelmente necessário para a atividade profissional 328
v. Outras despesas a considerar pelo juiz 330
V. Aspetos a considerar: breve referência. 331
i. A saída do insolvente para o estrangeiro 331
ii. Subsídios de Natal e de férias 331
VI. Conclusões 333

O REGIME DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO INTERMEDIÁRIO FINANCEIRO

Ana Cristina Oliveira Neto
Juíza de Direito

SUMÁRIO: No presente artigo, a Autora analisa o tema do regime da responsabilidade civil do intermediário financeiro que propõe ou disponibiliza ao cliente a aquisição de um produto financeiro com a informação de capital garantido por si com reembolso ao cliente da totalidade do capital investido, sendo recusado o reembolso desse capital por parte do Banco. Analisa-se, ainda, o prazo prescricional aplicável, a contagem dos juros e a indemnização por danos patrimoniais e não patrimoniais, nos casos de recusa de reembolso por parte do Banco do capital investido

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade civil; responsabilidade civil do intermediário financeiro; intermediário financeiro; deveres de informação; proteção do cliente; prazo de prescrição; contagem de juros.

1. Considerações introdutórias

No caso de um relacionamento predominantemente de confiança existente entre o Banco e o cliente, num quadro e contexto negocial de aplicação em ativos financeiros, consubstancia-se da parte do banco o exercício de uma atividade de intermediação financeira.

O intermediário financeiro deve prestar, relativamente aos serviços que ofereça, que lhe sejam solicitados ou que efetivamente preste, todas as

informações necessárias ao cliente para uma tomada de decisão esclarecida e fundamentada, pautada pela lealdade, sustentada no rigor informativo pré-contratual e contratual por parte do intermediário financeiro, condizente a uma informação objetiva, completa, verdadeira, atual, clara, e lícita, tendo em conta, que entre clientes não qualificados, a avaliação do risco não é tão informada quanto a da contraparte.

2. A relação de clientela é uma relação contínua e duradoura de negócios

A relação de clientela é uma relação obrigacional complexa e duradoura, iniciada nas negociações de um primeiro contrato e desenvolvida continuamente por subsequentes e repetidas ou renovadas operações de negócios firmadas pelas partes, com novos contratos, em que, a par de prestações primárias (ou secundárias) surgirão obrigações acessórias de cuidado ou deveres de proteção cominados por acordo dos contraentes, pela lei ou pela boa fé, para satisfação do interesse do credor.

Deste modo, a relação de clientela não é um (único) contrato geral, mas uma relação contínua e duradoura de negócios que assentem em ligações especiais de confiança e lealdade mútua das partes, cuja violação na negociação, conclusão, execução ou pós- extinção de uma operação financeira acarreta responsabilidade contratual[1].

Impõe-se ao intermediário financeiro, para além do dever de informação, clara e relevante para a opção que se pretende tomar, o dever de avaliar a adequação das operações financeiras face aos conhecimentos, experiência, situação financeira e objetivos do investidor, cliente, sendo certo que o dever contratual de agir conforme os elevados padrões de diligência, lealdade e

[1] Silva, Calvão, in, Direito Bancário, pág. 335.

transparência, impostos ao intermediário financeiro no interesse legítimo dos seus clientes, resulta no dever de agir de boa-fé[2/3/4].

3. O dever de informação exigido ao intermediário financeiro

O dever de informação exigido ao intermediário financeiro inclui um dever de recolha de informação (sobre a experiência e o conhecimento do cliente em matéria de investimento), um dever de avaliação da adequação do investimento proposto ao cliente, com vista a prestar, relativamente aos serviços que ofereça, que lhe sejam solicitados ou que efetivamente preste, todas as informações necessárias para uma tomada de decisão esclarecida e fundamentada.

Quanto aos princípios norteadores da atividade dos intermediários financeiros estão consagrados no art. 304º do CVM, que constituem verdadeiros deveres gerais de conduta dos intermediários financeiros, neles incluindo obviamente os deveres de informação.

No seguimento do relacionamento de confiança entre o cliente e o Banco, aquele dá a sua anuência à concretização de uma aplicação em produto financeiro, porque se tratava de um produto comercializado pelo próprio Banco, com capital garantido e em que era assegurada a responsabilidade do Banco mesmo e sempre não esclarecida a natureza do produto e identificado o emitente.

Trata-se de um quadro negocial a que seguramente não é alheio todo o relacionamento contratual de confiança existente entre o cliente e o banco e que neste contexto negocial, nos termos do art. 236º nº 1 do Código Civil, não pode deixar de ser interpretado como um compromisso contratual por parte do Banco para com o cliente traduzido precisamente naquele compromisso de garantir o reembolso do capital que foi aplicado na aquisição de concretos ativos financeiros.

---

[2] Guedes, Agostinho, *in,* A Responsabilidade do banco por informações à luz do artigo 485º do Código Civil - Revista de Direito e Economia, Volume XIV, páginas 138 e 139.

[3] Santos, Gonçalo, *in*, A responsabilidade civil do intermediário financeiro perante o cliente, página 76, 96 e 141, 2008, Almedina.

[4] Por todos, na jurisprudência, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 10 de Março de 2018, in, www.dgsi.pt.

E como qualificar num quadro deste tipo a informação de capital garantido pelo próprio Banco que este para efeitos de aquisição do identificado ativo financeiro prestou ao cliente?

O problema da responsabilidade por informações como problema autónomo, coloca-se, principalmente, quando o dador aparece, perante o destinatário, portador de qualidades específicas que o habilitam a fornecer tais informações, as quais induzem o mesmo destinatário a nelas fazer fé. No caso do banco, o cliente presume uma competência e organização, uma profissionalização específica, que os bancos objetivamente possuem. Portanto, e no que concerne à responsabilidade extra-contratual por informações, não se pode dispensar a mesma tutela jurídica a um destinatário de uma informação, quando esta provenha de alguém especificamente qualificado para a fornecer (como um banco) ou quando provenha de um leigo, colocando-se a questão do nível da ilicitude e não da culpa[5].

A informação bancária distingue-se da comum por ser – tendencialmente – técnico jurídica, simples, direta e eficaz[6].

Isto para dizer que também nos arts. 73º a 76º do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras (DL 298/ 92 de 31/12) se exige às instituições de crédito, em todas as atividades que exerçam, que assegurem aos seus clientes elevados níveis de competência técnica, dotando a sua organização empresarial com os meios materiais e humanos necessários para realizar condições apropriadas de qualidade e eficiência (cfr. art. 73º do citado diploma).

Também segundo o art. 74º se exige que, nas relações com os clientes, os administradores e empregados das instituições de crédito procedam com diligência, lealdade e respeito consciencioso dos interesses que lhe são confiados. Para além de que o art. 76º impõe que os seus administradores e membros dos órgãos de administração, devem proceder com diligência de um gestor criterioso e ordenado, de acordo com princípio da repartição dos riscos e segurança das

[5] Guedes, Agostinho (nota 2), págs. 138 e 139.

[6] Cordeiro, Menezes, in, *Manual do Direito Bancário,* Almedina, 1998.

aplicações e tendo em conta os interesses dos depositantes, dos investidores e demais credores.

As instituições de crédito devem informar os clientes sobre a remuneração que oferecem pelos fundos recebidos e sobre o preço dos serviços prestados e outros encargos prestados por aqueles (cfr. art. 75 nº1).

Sempre que alguém se dirige a um banco para com ele celebrar um contrato (um depósito bancário, um empréstimo, a compra de títulos da sociedade proprietária do banco, um desconto, um empréstimo hipotecário, depósito de títulos etc.) e se inicie «uma atividade comum dos contraentes destinada à análise e elaboração do projeto de negócio» não parece restar qualquer dúvida que qualquer dos contraentes fica imediatamente vinculados aos deveres resultantes do art. 227º e consequentemente o banco pode ser obrigado a prestar informações ou conselhos ou, quando tal dever não surja por força do dever de agir com boa fé, responsabilizado, ainda assim, por informações ou conselhos inexatos, desde que, com esse comportamento, se violem outros deveres de conduta, tal como acontecia com os deveres laterais de origem contratual de que resultem danos[7].

Mesmo nos casos em que o banco presta conselhos ou recomendações sobre negócios (consultoria em relação a decisão de investimento, intermediação em operações sobre valores mobiliários, etc.), mesmo neste âmbito, sempre que a informação prestada tenha um cariz objetivo, se deve presumir a culpa do banco, nos termos do art. 799º do Código Civil, que como entidade especializada na matéria se compromete à prestação de informações exatas, cabendo a ele ilidir sempre essa presunção com a demonstração de que o cumprimento defeituoso não procede de culpa sua[8].

Caso em que o Banco presta a "informação de capital garantido" e, ainda, de garantia pelo próprio, o cliente deu o seu acordo à aquisição/subscrição de

[7] Guedes, Agostinho (nota 2), págs. 147 e 148.

[8] Leitão, Menezes, *in,* Informação Bancária e Responsabilidade, Estudos em Homenagem ao Prof. Dr. Inocêncio Galvão Telles, Volume II, Direito Bancário, Almedina, 2002, a pag.230.

obrigações, sendo certo, que, sem essa informação o cliente dificilmente daria o seu acordo na aquisição dos identificados ativos financeiros[9].

Toda esta série de normas visam proteger a confiança dos clientes dos bancos nas informações que estes lhes prestam aquando das conversações e ou contactos preliminares à celebração de um ato/contrato bancário, a ponto de se essas informações se mostrarem inexatas, incompletas ou falsas, sendo determinantes na celebração de um ato ou contrato com o banco, este poderá ser responsabilizados pelos danos que causar, quer pela via contratual quer extracontratual[10].

Traçado o quadro em que se move a responsabilidade bancária por conselhos, informações, importa fazer o confronto com a realidade negocial concreta.

Ora, se o Banco presta ao cliente informação falsa relativa à garantia de reembolso por si do capital investido, tal conduta é violadora das exigências da boa fé e da lealdade devidas ao cliente e, dado o conteúdo da informação falsa transmitida, é razoável pensar que a mesma terá tido um peso significativo na decisão do cliente de subscrever o produto financeiro cujo reembolso pensava estar garantido pelo Banco.

4. A distribuição do risco nos contratos de intermediação financeira

Acresce que, caso se verifique que à data da subscrição não foi entregue ao cliente qualquer nota informativa sobre o emitente do papel comercial e sobre a emissão deste mesmo papel comercial, tal factualidade integra a violação dos deveres consignados nos artigos 312º-C e 312º-F, ambos do Código dos Valores Mobiliários, especialmente no que tange a falta de documentação da informação a prestar a investidor não qualificado, como é o caso do cliente comum.

[9] Monteiro, Sinde, *in* Responsabilidade Por Conselhos e Recomendações ou Informações, Almedina, 1999 a pág. 49.

[10] *In:* "www.dgsi.pt", Ac. da Relação de Coimbra de 9.10.12.

Trata-se, neste caso, de um compromisso contratual em que o banco assume perante o cliente o pagamento do capital investido na aludida aquisição dos ativos financeiros e nessa medida verifica-se uma situação de responsabilidade contratual que o banco não pode deixar de assumir e com as consequências decorrentes do art. 798º do Código Civil.

Relativamente à responsabilidade pelo reembolso do capital investido na aplicação financeira em causa do banco, na qualidade de intermediário financeiro, a mesma só existe porque o Banco assumiu proceder ao pagamento do valor nominal dos títulos em causa, o que consubstancia um compromisso contratual, ao qual não pode fugir, como acima já se referiu.

A constituição da obrigação contratual de reembolso por parte do Banco traduz- se na "assunção contratual do risco" referente à devolução do capital[11].

Assim, se o Banco opera na qualidade de intermediário financeiro, não pode deixar de pautar o seu comportamento contratual em nome do relacionamento de confiança existente entre si e o cliente, pelo princípio da boa fé (cfr. art. 762 nº2 do C. Civil). A responsabilidade do banco pelo reembolso do capital investido existe, pois, porque o banco se comprometeu perante o cliente que se tratava de uma aplicação de ativos financeiros, mediante a aquisição de um produto com garantia por si do montante do capital investido, proposta que recebeu o acolhimento do cliente, por se tratar de um produto comercializado pelo Banco, pelo que não há dúvidas que nestas circunstâncias negociais o cliente pode reclamar do Banco o reembolso do capital investido.

Estamos, aqui no domínio da responsabilidade contratual feito em nome do relacionamento anterior de clientela existente entre o cliente e o banco e nessa perspetiva o banco tem que assumir contratualmente o reembolso do capital investido (cfr. art. 798 e segs. do C. Civil).

Embora a comercialização de produto financeiro com informação de ter capital garantido responsabilize em primeira linha a entidade emitente do

[11] Frada, Carneiro, *Revista da Ordem dos Advogados,* ano 69º, vol. III/IV, págs. 656 e segs., em artigo intitulado "*Crise financeira mundial e alteração das circunstâncias: contratos de depósito vs. contratos de gestão de carteiras*", pág. 665

produto, não significa que essa responsabilidade não se estenda também ao intermediário financeiro, nomeadamente se no relacionamento contratual com o investidor (cliente) assumir também o pagamento do valor nominal dos títulos financeiros adquiridos.

5. Responsabilidade civil do intermediário financeiro

No que se reporta à responsabilidade civil do intermediário financeiro, cumpre referir que para os casos de intermediação financeira ocorrida antes de 31 de outubro de 2007, foi uniformizada jurisprudência sobre a responsabilidade dos intermediários financeiros, por via do recurso admitido no âmbito do Processo n.º 1479/16.4T8LRA.C2.S1-A. que, a respeito do pressuposto da ilicitude, consignou a seguinte resposta uniformizadora: "1. No âmbito da responsabilidade civil pré-contratual ou contratual do intermediário financeiro, nos termos dos arts. 7º, nº 1, 312º, nº 1, al. a), e 314º do Código dos Valores Mobiliários, na redação anterior à introduzida pelo DL nº 357-A/07, de 31-10, e 342º, nº 1, do CC, incumbe ao investidor, mesmo quando seja não qualificado, o ónus de provar a violação pelo intermediário financeiro dos deveres de informação que a este são legalmente impostos e o nexo de causalidade entre a violação do dever de informação e o dano; 2. Se o Banco, intermediário financeiro – que sugeriu a subscrição de obrigações subordinadas pelo prazo de maturidade de 10 anos a um cliente que não tinha conhecimentos para avaliar o risco daquele produto financeiro nem pretendia aplicar o seu dinheiro em "produtos de risco" – informou apenas o cliente, relativamente ao risco do produto, que o "reembolso do capital era garantido (porquanto não era produto de risco", sem outras explicações, nomeadamente, o que era obrigações subordinadas), não cumpre o dever de informação aludido no art. 7º, nº 1, do CVM."

Há que ponderar, confrontando os seus pressupostos, se se deve efetuar o seu enquadramento no âmbito da responsabilidade delitual, por violação de direitos absolutos ou disposições legais de proteção (art. 483 e segs. Do C. Civil) ou obrigacional, pelo incumprimento das obrigações arts. 798 e sgs. do C civil ou se deve ainda inseri-la no âmbito das categorias de responsabilidade que têm contribuído para abalar a rigidez da repartição entre estas duas categorias, como

a da responsabilidade pré-contratual, a responsabilidade por informações e a responsabilidade civil do gestor de negócios, em relação às quais se tem falado na esteira de Canaris de uma terceira via de responsabilidade civil[12].

O regime da responsabilidade civil do intermediário financeiro está agora consagrado no art. 314º do CVM, que no seu nº1 estatui: "*Os intermediários financeiros são obrigados a indemnizar os danos causados a qualquer pessoa em consequência da violação de deveres respeitantes ao exercício da sua atividade, que lhes seja imposta por lei ou por regulamento emanado de autoridade pública.*" O nº2 do citado normativo estabelece uma presunção de culpa do intermediário financeiro quando aí expressamente se estabelece: *"A culpa do intermediário financeiro presume-se quando o dano seja causado no âmbito das relações contratuais ou pré- contratuais e, em qualquer caso, quando seja originado pela violação de deveres de informação*".

Acontece também que o Banco pode outrossim ser responsabilizado pela via extracontratual.

Efetivamente, esta realidade negocial configura também o exercício por banda do Banco de intermediação financeira. Só que a sua execução violou, de forma ostensiva, os mais elementares princípios orientadores dessa atividade, consagrados no citado art. 304º do CVM, como sejam: os ditames da boa fé, exigentes padrões de diligência, lealdade e transparência, os deveres de informação a que estava adstrito por força do relacionamento contratual existente e os referenciados no art. 312º nº1 do CVM e, nessa medida, incorreu também na responsabilidade a que alude o citado art. 314º nº1 do CVM.

Efetivamente, tendo o Banco avançado para a aquisição do produto financeiro sem observar os deveres de informação junto do cliente, a que estava obrigado na qualidade de intermediário financeiro em que interveio, torna-se responsável pelos prejuízos causados ao cliente, nos termos do art. 314 nº1 do CVM, sendo certo também que não se mostra ilidida a presunção a que alude o nº2 do citado art. 314 que impendia sobre o Banco.

[12] Leitão, Menezes, *in*, Direitos dos Valos Mobiliários, Vol. II, Coimbra Editora, 2000 pág. 45.

No que concerne ao nexo de causalidade entre a violação dos deveres resultantes da lei e nomeadamente os deveres de informação a que o Banco está obrigado pelo relacionamento de cliente existente e os danos que o cliente reclama, parece não haver dúvidas quanto à conexão, porquanto uma coisa parece ser certa, se o Banco não tivesse dado a garantia do retorno do capital investido por si seguramente o cliente não teria dado a sua anuência na aquisição dos identificados ativos financeiros (cfr. art. 563º do Código Civil). E também o banco em toda esta realidade negocial teve um comportamento culposo, nomeadamente quando durante toda a vigência do produto não teve uma palavra sobre as características do produto, sobre os riscos, não prestando ao cliente, investidor privado, qualquer tipo de informação, agindo sem a diligência devida para uma operação, na maioria dos casos, de grande envergadura de capital.

Sublinhe-se, neste particular que o art. 304º nº2 do CVM introduziu um novo padrão de aferição da culpa que transcende, na sua exigência, o do bom pai de família constante do art. 487º nº2 do C.Civil ex vi do art. 799º nº2 do Código Civil[13].

O citado nº2 do art 304 prescreve: "*Nas relações com todos os intervenientes no mercado, os intermediários financeiros devem observar os ditames da boa fé de acordo com elevados padrões de diligência, lealdade e transparência.*" O citado autor refere que "o art. 304 nº2 estabelece, com efeito, um padrão de *diligentíssimus pater famílias*, em que, para efeitos de definição da forma de conduta negligente, estão em causa os cuidados especiais que só as pessoas muito prudentes observam".

Também o citado art. 312 nº1 do CVM no que concerne à observação pelo intermediário financeiro dos deveres de informação é bem explícito quando estatui: "*O intermediário financeiro deve prestar, relativamente aos serviços que ofereça, que lhe sejam solicitados ou que efetivamente preste, todas as informações necessárias para uma tomada de decisão esclarecida e fundamentada, incluindo nomeadamente as respeitantes: a) Riscos especiais envolvidos pelas operações a realizar; b) Qualquer interesse que o intermediário financeiro ou as pessoas que em*

[13] Santos, Gonçalo (nota 3), pág. 208 e segs.

nome dele agem tenham no serviço prestado ou a prestar; c) Existência ou inexistência de qualquer fundo de garantia ou de proteção equivalente que abranja os serviços a prestar; d) O custo do serviço a prestar."

O que está subjacente a tão exaustivo elenco de deveres informativos é a proteção dos investidores.

Este princípio nuclear deve ser dividido em três grandes pilares que se complementam entre si: o interesse público, a segurança nos mercados e a igualdade entre os vários agentes de mercado[14].

Se o Banco não apresenta qualquer ficha técnica sobre o produto ou informação relativa à sua emitente estamos perante uma flagrante violação não só dos princípios orientadores da atividade de intermediação financeira, consagrados no art. 304º do CVM, como sejam os ditames da boa fé, elevados níveis de padrão de diligência, lealdade e transparência, como também dos mais elementares deveres de informação, referenciados dos citados art. 7º nº 1 e 312º nº1 do CVM, comportamento esse que foi decisivo e causal na produção dos danos, incorrendo, assim, o Banco também por essa via na responsabilidade, a que alude o art. 314º nº1 do CVM.

Na responsabilidade civil por facto ilícito, o nexo causal entre o facto, no caso a informação falsa prestada pelo Banco sobre o sujeito da obrigação de reembolso do produto financeiro subscrito pelo cliente e o dano, ou seja, o não reembolso do capital investido, afere-se com recurso à denominada formulação negativa da causalidade, ou seja, o facto que atuou como condição do dano só deixará de ser considerado causa adequada se, dada a sua natureza geral, se mostrar de todo em todo indiferente para a verificação do dano, tendo-o provocado só por virtude das circunstâncias excecionais, anormais, extraordinárias ou anómalas que intercederam no caso concreto. Donde se impõe concluir pelo estabelecimento de nexo de causalidade entre o facto ilícito que é imputado ao Banco e os danos sofridos pelo cliente pela prestação de informação falsa, presumindo-se a culpa do Banco, nos termos previstos no nº 2, do artigo 304º-A do Código dos Valores Mobiliários.

[14] Rodrigues, Sofia, *in, a Proteção dos investidores em Valores Mobiliários*, Almedina Coimbra 2001.

Sem que se esqueça que na apreciação da quebra de deveres legais, deve ponderar- se o circunstancialismo legal e regulamentar que existia na data em que se operou o investimento, diferente daquele que agora existe, depois das alterações legais posteriores a 2008 introduzidas no CVM (maxime através do Dec. Lei nº 211-A/08, de 3 de Novembro) ou das alterações regulamentares emanadas da CMVM e que agora estão condensadas no Regulamento nº 1/09 sobre a informação e publicidade inerente à comercialização de produtos financeiros, modificações posteriores ao desabar da crise que afetou o sistema financeiro global e nacional.

Assim, sobre o Banco impende um dever especial de diligência (veja-se o artigo 304º, nº 2, do Código dos Valores Mobiliários que impõe ao intermediário financeiro elevados padrões de diligência) e que se prende com a profissionalidade da atividade por ele exercida. Daí que a culpa leve tenha um padrão de aferição mais exigente do que aquele que incide em geral sobre o "bom pai de família" (artigo 487º, nº 2, do Código Civil), bastando por isso para que se integre a culpa grave, a inobservância do grau de diligência requerido ao profissional competente.

Quanto, pois, à qualificação da conduta do Bano do ponto de vista da violação do grau de diligência que legalmente lhe é imposto, a informação falsa prestada ao investidor ocasional de que o banco intermediário assegurava o reembolso do capital investido pressupõe uma violação das regras mais elementares da atividade do intermediário financeiro (veja-se o artigo 305º do Código dos Valores Mobiliários que minuciosamente regula a estruturação e da organização empresarial do intermediário financeiro em ordem a que sejam observados elevados padrões de qualidade, profissionalismo e eficiência) e só é compreensível num intolerável quadro de amadorismo dos agentes do Banco responsáveis pela transmissão dessa informação e de desconsideração dos interesses do cliente, pois constitui um fator indutor de uma confiança artificial no investimento proposto pelo agente do Banco e realizado pelo investidor.

6. Prazo prescricional

Infere-se, em síntese, que caso o Banco, na pessoa do seu funcionário não observe o elevado grau de diligência que legalmente lhe é imposto, é forçosa a conclusão de que a sua culpa é grave, sendo por isso inaplicável o prazo prescricional bianual previsto no nº 2, do artigo 324º do Código dos Valores Mobiliários. Não sendo aplicável o prazo prescricional especial previsto no nº 2, do artigo 324º do Código dos Valores Mobiliários e estando em causa uma responsabilidade obrigacional, o prazo de prescrição é o ordinário de vinte anos, previsto no artigo 309º do Código Civil.

7. Contagem dos juros

Mais se evidencia o dano correspondente aos juros civis, iniciando-se na data em que foram pagos pontualmente os últimos juros à taxa contratada.

Desde logo, não se antevê fundamento para a concessão de juros a outra taxa, atenta mesmo a data contratada de duração do rendimento em função do produto subscrito. Por outro lado, estando em causa, nos termos do documento de subscrição, quanto à obrigação de restituição do valor investido, uma obrigação de prazo certo, desnecessária a consideração de interpelação para pagar/restituir.

8. Danos não patrimoniais em sede de responsabilidade contratual

Finalmente, a possibilidade de compensar danos não patrimoniais em sede de responsabilidade contratual vem sendo jurisprudência pacífica do STJ e aceite na generalidade da doutrina[15].

[15] In:" http://www.dgsi.pt", Cfr. jurisprudência maioritária, aqui nos remetendo, desde logo, à argumentação constante do Ac. STJ de 9.9.14, Proc. n° 77/09.3TBSVC.LI.SI onde apenas se assumem como vozes discordantes Antunes Varela, na sua obra *Das Obrigações em geral*, vol. I, 9ª ed., pág. 627 (nota 3), e, com dúvidas, Ribeiro de Faria, nas Obrigações, vol. I, pág. 493, que na responsabilidade contratual são (também) indemnizáveis os danos não patrimoniais que mereçam a tutela do direito (art. 496.º, nº 1 do CC). - Cfr. neste sentido, entre outros, e para além do acima citado, os Acs. do STJ de 9/07/98, Proc. nº 98B139, 3/02/99, Proc. nº 98A1262, 23/01/07, Proc. nº 06A4001, 24/05/07, Proc. nº 07A1187, 9/12/08, Proc. nº 08A965, 21/05/09, Proc. nº 08B1356, 7/01/10, Proc. nº 542/09.2YFLSB, 4/05/10, Proc. nº

Os danos morais ou não patrimoniais, insuscetíveis de avaliação pecuniária, visam proporcionar ao lesado uma compensação que lhe proporcione algumas satisfações decorrentes da utilização de uma soma pecuniária. A obrigação de indemnização neste âmbito decorre do disposto no art. 496.º, nº 1 do CC que estabelece que "na fixação da indemnização deve atender-se aos danos não patrimoniais que, pela sua gravidade, mereçam a tutela do direito", e o critério da sua fixação é a equidade (nº 3 do mesmo artigo, na redação vigente à data dos factos), devendo ser "proporcionado à gravidade do dano, tomando em conta as regras de boa prudência, de bom senso prático, de justa medida das coisas, de criteriosa ponderação das realidades da vida" [16].

O montante da fixação do montante da reparação dos danos não patrimoniais deverá ser determinado mediante o cômputo equitativo de uma compensação, em que se atenderá, não só e antes de mais à própria extensão e gravidade dos prejuízos, mas também ao grau de culpabilidade do agente, à situação económica deste e do lesado e demais circunstâncias do caso[17].

O legislador confiou ao tribunal o encargo de apreciar, no quadro das várias situações concretas, socorrendo-se de fatores objetivos, se o dano não patrimonial se mostra digno de proteção jurídica, sendo irrelevantes os pequenos incómodos ou contrariedades, assim como os sofrimentos ou desgostos que resultem de uma sensibilidade anómala[18].

Estamos, sem dúvida, perante danos não patrimoniais cuja gravidade, objetivamente considerada, justifica e impõe a tutela do direito (art. 496.º, nº 1 do CC), atendendo-se ao valor em apreço, à dimensão mediática dos problemas do Banco em causa e da afetação efetivamente demonstrada.

Assim, dever-se-á ter em conta tais fatores relevantes na formulação do juízo de equidade para a fixação do quantum indemnizatório e não perdendo de vista o sentido das decisões jurisprudenciais mais recentes sobre a matéria, que

1194/07.0TBBNV.L1.S1, 13/07/10, Proc. nº 60/10.6YFLSB, e a jurisprudência nele citada, 24/01/12, Proc. nº 540/2001.P1.S1, todos disponíveis no IGFEJ.

[16] Lima, Pires e Varela, Antunes, Código Civil Anotado, 4ª ed., vol. I, pág. 501

[17] Inocêncio Galvão Telles, Inocência, *in,* Direito das Obrigações, 5ª ed., pág. 361

[18] Costa, Mário, in, Direito das Obrigações, 11ª edição, pág. 60 Almedina, págs. 719 a 860.

constituem também circunstância a ter em conta no quadro das decisões que façam apelo à equidade.

9. Conclusão

A atividade de intermediação financeira tem por escopo primordial propiciar decisões de investimento informado, de forma a evitar no mercado a lesão do interesse dos clientes, impondo-se o cumprimento rigoroso dos deveres de informação relativamente ao produto que ofereça ou que lhe seja solicitado, de forma a garantir uma decisão esclarecida do cliente/investidor não qualificado, sendo mais exaustivo e extenso o dever de informação quanto menor for o conhecimento e experiência do cliente (princípio da proporcionalidade inversa), existindo ilicitude do intermediário (se ocorrer a violação/omissão do dever de informação, por a mesma não ser completa, verdadeira, clara e objetiva), a culpa (que se presume), o dano (correspondente ao capital investido com a subscrição do produto financeiro) e o nexo de causalidade entre o facto e o dano (sendo que quem alega o direito tem que demonstrar esse nexo).

ANA CRISTINA OLIVEIRA NETO

Outubro de 2023.

Data Venia
REVISTA JURÍDICA DIGITAL
ISSN 2182-6242
Ano 11 • N.º 14 • novembro 2023