

REVISTA
DE CONCORRÊNCIA
E REGULAÇÃO

ANO VII • NÚMERO 25
JANEIRO – MARÇO 2016

REVISTA DE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO

direção

PAULO DE SOUSA MENDES • MIGUEL SOUSA FERRO

presidência do conselho científico

ANTÓNIO FERREIRA GOMES • EDUARDO PAZ FERREIRA

presidência do conselho de redação

CATARINA ANASTÁCIO

conselho consultivo

JOÃO E. GATA • JORGE SIMÕES • NUNO CUNHA RODRIGUES



INSTITUTO
DE DIREITO
ECONÓMICO
FINANCEIRO
E FISCAL FDL


ALMEDINA



AUTORIDADE DA
CONCORRÊNCIA

REVISTA DE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO

Ano VII • Número 25

janeiro – março 2016

DIRETORES

PAULO DE SOUSA MENDES • MIGUEL SOUSA FERRO

PROPRIETÁRIOS

AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA

Av. de Berna, 19

1050-037 Lisboa

NIF: 506557057

IDEFF

FACULDADE DE DIREITO

Alameda da Universidade

1649-014 LISBOA

NIF: 506764877

SEDE DA REDAÇÃO

Avenida de Berna, 19

1050-037 Lisboa

EDITOR

EDIÇÕES ALMEDINA, SA

Rua Fernandes Tomás, n.ºs 76-80

3000-167 Coimbra, Portugal

T: 239 851 904

F: 239 851 901

editora@almedina.net

www.almedina.net

EXECUÇÃO GRÁFICA

EDIÇÕES ALMEDINA, SA

Preço avulso desta Revista €25,00

Assinatura anual da Revista (4 números) €90 (desconto de 10%)

AGOSTO 2016

DEPÓSITO LEGAL

304538/10

N.º DE REGISTO NA ERC

126126

TIRAGEM

500 EXEMPLARES

ESTATUTO EDITORIAL

http://www.concorrencia.pt/vPT/Estudos_e_Publicacoes/Revista_CR/Paginas/Revista-CR.aspx

Os dados e as opiniões inseridos na presente publicação são da exclusiva responsabilidade do(s) seus(s) autor(es).

Toda a reprodução desta obra, por fotocópia ou outro qualquer processo, sem prévia autorização escrita do editor, é ilícita e passível de procedimento judicial contra o infrator.

ÍNDICE

7 EDITORIAL

13 DOUTRINA

15 Doutrina geral

17 Francisco Marcos – *Blowing hot and cold: the last word of the Supreme Court on setting fines for competition law infringements in Spain*

35 Mateusz Blachuki – *Judicial control of guidelines on antimonopoly fines in Poland*

71 Luís Miguel Romão, Miguel Alexandre Mestre – *Conteúdo e extensão do direito à confidencialidade das comunicações entre advogado e cliente à luz do direito comunitário e do direito nacional – Parte I*

103 Dossier temático

Seguros

105 Catarina Baptista Gomes – *Os danos indemnizáveis no seguro financeiro*

165 Celina Isabel Dias Videira – *O seguro de responsabilidade civil profissional dos advogados*

213 Miguel Duarte Santos – *O beneficiário nos seguros de pessoas*

261 LEGISLAÇÃO

263 Legislação nacional

263 Legislação nacional de regulação – janeiro a março de 2016

265 JURISPRUDÊNCIA

267 Jurisprudência geral

267 Jurisprudência nacional de concorrência – janeiro a março de 2016

273 Jurisprudência de concorrência da União Europeia – janeiro a março de 2016

277 BIBLIOGRAFIA

279 Novidades bibliográficas

281 EVENTOS

283 NOTAS CURRICULARES

289 Colaboração com a *Revista de Concorrência e Regulação*

291 Órgãos Sociais

EDITORIAL/EDITORIAL NOTE

Paulo de Sousa Mendes

Miguel Sousa Ferro

O número 25 da Revista de Concorrência e Regulação abre com a primeira parte de um artigo de Luís Miguel Romão e Miguel Alexandre Mestre, resultado de um estudo aprofundado ao longo de anos, que estamos certos se revelará um contributo de destaque na doutrina nacional de direito da concorrência, em torno da *vexata quaestio* do direito à confidencialidade entre advogados (*in house* ou externos) e clientes no contexto de investigações de práticas restritivas da concorrência.

De seguida, dois artigos debruçam-se sobre uma problemática que ainda se está a desenvolver em vários Estados-membros e que poderá em breve chegar a Portugal, em torno do método de cálculo de coimas por infrações concorrenciais e, em especial,

Issue 25 of the Competition & Regulation Review opens with the first part of a paper by Luís Miguel Romão and Miguel Alexandre Mestre, the result of an in-depth study throughout the years, which we are certain will prove to be a leading contribution to Portuguese doctrine of competition law, relating to the vexata quaestio of the right of confidentiality of communications between lawyers (in house or external) and clients in the context of investigations of anticompetitive practices.

Subsequently, two articles address a complex issue which is still playing out in several Member States and which may soon be discussed in Portugal, concerning the method for calculation of fines for anticompetitive infringements and,

sobre a possibilidade de adoção e limites que se impõem às orientações das ANC's sobre cálculo de coimas. Embora ainda não se tenha feito sentir o impacto destas discussões ao nível do ordenamento da UE, a verdade é que, neste momento, os tribunais de vários EM's (com destaque para a Alemanha, Espanha e Polónia) têm recusado a legitimidade de certos aspectos do método de cálculo de coimas das suas ANC's que foram copiados do método da Comissão Europeia. Embora os requisitos de legalidade nas diferentes ordens jurídicas não tenham de ser os mesmos, as motivações destas decisões judiciais nacionais baseiam-se em direitos e princípios que são, à partida, comuns à ordem jurídica europeia.

Para contribuir para este debate, Francisco Marcos descreve a evolução recente da jurisprudência espanhola sobre este tema e a profunda insegurança jurídica que daí resultou. Várias das questões discutidas pelo Supremo Tribunal espanhol terão óbvios paralelos no nosso ordenamento e merecem uma séria reflexão deste lado da fronteira.

Na Polónia, a ausência de uma base jurídica específica para a adoção de orientações sobre coimas não impediu os tribunais de permitirem a sua adoção pela ANC, mas os tribunais tiveram inicialmente uma abordagem muito restritiva e procuraram limitar este poder (uma abordagem

particularly, on the possibility of adopting and limits imposed upon NCA guidelines on calculation of fines. Although the impact of these discussions has not yet been felt at the level of the EU legal order, the truth is that, right now, the courts of several Member States (especially Germany, Spain and Poland) have refused the legitimacy of certain aspects of the method used by their NCAs to calculate fines, and those aspects were copied from the European Commission's method. Although the requisites for lawfulness in the different legal orders need not be identical, these national court rulings have been based on rights and principles which are, in principle, common to the European legal order.

To contribute to this debate, Francisco Marcos describes the recent evolution of Spanish case-law on this topic, reflecting upon the profound legal uncertainty which was thus created. Several of the legal issues discussed by the Spanish Supreme Court have obvious parallels in our legal order and deserve serious consideration on this side of the border.

In Poland, the absence of a specific legal basis for the adoption of guidelines on fines did not prevent the courts from recognizing the legitimacy of the NCA to adopt such guidelines, but the courts began by showing a very restrictive approach and trying to limit this power (an approach

para a qual contribuiu, de acordo com o autor, a experiência histórica com documentos similares durante o regime comunista). Especialmente interessante para estudos de direito comparado foram as recentes decisões de que o método de cálculo das coimas estava errado por permitir que a multa ultrapassasse o máximo, sendo depois reduzida até esse nível. Os tribunais polacos entendem que deve ser usado um método diferente, que permita diferenciar a multa a ser aplicada aos vários infratores abaixo do nível máximo permitido. Mas a ANC polaca parece ainda não ter desistido desta luta. Mateusz Błachucki vai mais longe e dá-nos uma descrição sumária da organização do sistema de controlo judicial das decisões da ANC polaca e dos poderes e obrigações dos tribunais neste domínio.

O dossier temático deste n.º 25 é dedicado ao Direito dos Seguros. Divulgam-se três trabalhos de investigação realizados por mestrandos da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, sob a orientação do Prof. Doutor Pedro Romano Martinez, cuja colaboração neste número agradecemos.

Um primeiro estudo é dedicado aos danos indemnizáveis no seguro financeiro, onde se integram o seguro de crédito e o seguro-caução. São analisadas as especificidades legais traduzidas em normas de teor restritivo que o

to which the historical experience with similar documents during the communist regime probably contributed, according to the author). Particularly interesting for comparative legal studies were the recent findings that the guidelines' method for calculating fines was wrong in that it allowed for the fine to surpass the legal maximum and then be readjusted to that level. Polish courts now argue that a different method must be used, that allows for differentiating the fine applied to the several participating undertakings, under the maximum level of the fine. But the Polish NCA has seemingly not yet given up on this issue. Mateusz Błachucki goes further and also provides us with a summarized description of the organization of judicial review of NCA decisions in Poland and the extent of courts' powers and obligations.

The special dossier of Issue 25 is dedicated to Insurance Law. We present the result of the research carried out by three Masters students of the University of Lisbon Law School, under the supervision of Professor Pedro Romano Martinez, for whose collaboration in this Issue we are thankful.

A first study is dedicated to insurable damages in financial insurance, including credit insurance and surety insurance. The paper looks at the legal specificities found in restrictive rules created by the legislator

legislador consagrou neste domínio, em especial a previsão de um descoberto obrigatório para o seguro de crédito e da não cobertura de lucros cessantes para os seguros de crédito e caução. Analisando criticamente este regime e integrando estes seguros na modalidade do seguro de danos, Catarina Baptista Gomes coloca em foco as suas dificuldades de compatibilização com o regime geral aplicável ao contrato de seguro e com os princípios gerais do sistema – tais como o da autonomia privada, da reparação integral dos danos, da boa fé e o princípio indemnizatório. Em consonância com tais princípios e entendendo já não subsistirem as razões históricas que lhes subjazem, são apresentadas linhas interpretativas alternativas à imperatividade das normas em controvérsia e tendo por base uma interpretação atualista.

Celina Isabel Dias Videira debruça-se sobre o tema do seguro de responsabilidade civil profissional dos advogados. Com exceção do seguro de grupo da Ordem dos Advogados, a autora, reconhecendo que a formulação das normas do seguro de responsabilidade civil do advogado e das sociedades de advogados apontam, aparentemente, para a obrigatoriedade, vem pronunciar-se no sentido da existência de um verdadeiro ónus de celebração. É também analisada a questão de saber quais as obrigações

in this field, particularly the imposition of a mandatory overdraft for the credit insurance and the non-covering of lost profits for credit and surety insurance. Carrying out a critical analysis of this regime and integrating these types of insurance into the category of insurance for damages, Catarina Baptista Gomes highlights the challenges of achieving compatibility with the general regime applicable to insurance contracts and with the general principles of the system – such as private autonomy, full compensation of damages, good faith and the principle of compensation. In accordance with these principles, and observing that their underlying historical reasons are no longer in place, the author suggests an alternative interpretative path for the mandatory nature of the rules in question, following an interpretation focused on the present day, rather than a historical one.

Celina Isabel Dias Videira looks at the issue of attorney professional civil liability insurance. With the exception of the Bar Association's group insurance, the author, recognising that the regime for civil liability insurance for lawyers and law firms seems to point to an obligation to contract such an insurance, argues, instead, for the existence of a legal burden to enter into it. The author also looks into the question of which attorney's professional obligations and duties, when infringed, may lead to

e deveres profissionais dos advogados cujo incumprimento é suscetível de conduzir a uma situação de responsabilidade civil, assim como a natureza da responsabilidade civil profissional dos advogados e respetivos pressupostos, sendo de destacar, neste âmbito, o problema da indemnização pela “perda de chance”.

Por último, interpretando as normas vigentes e oferecendo propostas de solução para questões prementes que não encontram solução clara perante o regime legal em vigor, Miguel Duarte Santos dedica a sua investigação ao estudo da designação beneficiária e da posição jurídica do beneficiário nos seguros de pessoas. Conclui que a posição de beneficiário no seguro de vida prevista no regime jurídico do contrato de seguro é, na realidade, uma posição de beneficiário nos seguros de pessoas, afirmando também que o específico complexo normativo existente conflui para a criação de uma posição jurídica singular nestes seguros, perfeitamente destacada da normal posição de beneficiário no contrato de seguro em geral. Após a apreciação do regime material da designação beneficiária, é analisada a posição jurídica do beneficiário, distinguindo-se consoante a designação seja revogável ou irrevogável, sendo ainda considerada a relevância contratual das relações estabelecidas entre a pessoa que tenha efetuado a designação beneficiária e o beneficiário.

a situation of civil liability, as well as into the nature of the professional civil liability of attorneys and its respective conditions, placing special emphasis, in this regard, on the problem of compensation due to a “loss of chance”.

Finally, interpreting the rules in force and proposing specific solutions for pressing issues which do not find a clear solution in the legal regime currently in force, Miguel Duarte Santos dedicates his investigation to the study of the designation of a beneficiary and to the legal position of the beneficiary in personal insurance. He concludes that, under the legal regime for insurance contracts, the position of the beneficiary of life insurance is, actually, a position of beneficiary of personal insurance. He also argues that the specific set of applicable rules leads to the creation of a singular legal position in this type of insurance, perfectly distinguished from the normal position of the beneficiary in general insurance contracts. After assessing the substantive regime for designation of the beneficiary, the author analyses the legal position of the beneficiary, to be distinguished according to whether the designation may or may not be revoked, and further taking into account the contractual significance of the relations established between the beneficiary and the person who designated the beneficiary.

C&R

DOCTRINA

Doutrina geral

DOCTRINA GERAL

BLOWING HOT AND COLD: THE LAST WORD OF THE SUPREME COURT ON SETTING FINES FOR COMPETITION LAW INFRINGEMENTS IN SPAIN

Francisco Marcos

ABSTRACT: On January 29 2015 the Spanish Supreme Court issued an opinion clarifying the limits faced by Spanish competition authorities in imposing economic penalties for infringements of competition law and the criteria that guide the calculation of the amount of fines. This judgment is of paramount importance for the effectiveness of public enforcement actions by administrative authorities in Spain and it will force them to change the methods and steps followed in figuring the amount of fines. Though Supreme Court's holdings in the case move away from EU Law, it will surely have a positive impact in deterrence by pushing the amount of fines upwards through the clarification of the relevant turnover that should be used in calculating the limit to the fine ('total turnover' instead of 'turnover in the market affected by the infringement'). Nevertheless, the Supreme Court annuls the Guidelines that Spanish competition authorities have been using in the last four years in quantifying the amount of fines, leaving little room for new Guidelines to be adopted, and making more difficult to predict their amount in the future.

INDEX: 1. Introduction. 2. Fines in Spanish Competition Law. 3. Steps and Criteria followed by Competition Authorities in calculating the amount of the fine. 4. The judicial repeal of fines imposed by competition authorities (2013-2014). 5. The judgment of Supreme Court of 29 January 2015. 5.1. Unconstitutionality of the methodology followed by the competition authorities in calculating the amount of fines. 5.2. Reference in setting fines is to the total turnover of the infringing undertaking. 5.3. Abrogation of the NCC Guidelines on the quantification of sanctions for violations of domestic and EU competition rules. 5.4. Restoration of deterrent value of fines and vanishing of their predictability. 6. Conclusion

1. INTRODUCTION

The institutional overhaul of public enforcement of competition law in Spain in 2013 through the creation of the new National Markets and Competition

Commission (NMCC)¹ came together with the successful judicial annulment of many fines imposed by its predecessor (the National Competition Commission or NCC). Since March 2013 the National Court (Audiencia Nacional) has quashed most of the fines imposed by the NCC, arguing that the method followed in their calculation was not squared with Spanish constitutional law principles and limits governing the exercise of punitive powers by administrative authorities. This has had a dramatic impact on the blast-off the new NMCC, which stunningly kept sanctioning the violations of competition law thereafter.

As this article explains, the Supreme Court Judgment of 29 January 2015 clarifies many of the existing doubts concerning the fining powers by the competition authorities and clears up the future for economic penalties imposed against infringements of competition law in Spain.

Before assessing the relevance and impact of the Supreme Court judgment, the legal rules on calculating the amount of fines for violation of competition law in Spain are described (*infra* §2) and also the criteria followed in practice by the competition authorities in Spain in applying those rules (*infra* §3).

Against that background, in the last two years the National Court have been regularly setting aside the fines imposed by the NCC, considering that their amount and the procedures and methods guiding their calculation were against constitutional limits and principles governing punitive powers by administrative authorities (*infra* §4). Finally, in this relevant judgment the Supreme Court elucidates the steps and the criteria that Spanish competition authorities should abide to for determining the amount of the fine, but more unpredictability can be expected in estimating *ex ante* the amount of potential fines (*infra* §5).

2. FINES IN SPANISH COMPETITION LAW

Anti-competitive actions forbidden by the 2007 Spanish Competition Act can be punished with fines.² Depending on their aggressiveness, the infringements can be minor, serious or very serious (article 62). Cartels are deemed very serious infringements (article 62.4.a).

1 See Gorriz, 2014; and Valiente, 2014.

2 Spain, Competition Act 15/2007.

The main legal rule concerning economic penalties fixes the amount of fines as follows (article 63.1): “a) Minor infringements with a fine of up to 1% of the total turnover of the infringing undertaking in the business year immediately before that of the imposition of the fine. b) Serious infringements with a fine of up to 5% of the total turnover of the infringing undertaking in the business year immediately before that of the imposition of the fine. c) Very serious infringements with a fine of up to 10% of the total turnover of the infringing undertaking in the business year immediately before that of the imposition of the fine.”³

This rule establishes a scale of three intervals of the infringing undertaking’s turnover (from 0,1% to 1%, from 1% to 5% and from 5% to 10%) that – varying with the seriousness of the violation – entrench the powers of the sanctioning authority. Apart from that, the Competition Act establishes in another rule a non-exhaustive list of criteria to be used for estimating the amount of the fines, including aggravating and mitigating circumstances (article 64).⁴ Discretion given to the competition authorities in calculating the amount of the fine within that scheme is large. They are expected however to motivate and justify their decision and the proportionality of the penalty imposed to the aggressiveness of the infringement in each case.

These two rules of the 2007 Competition Act constitute the only legal framework on economic penalties, guiding and constraining the powers of

3 Apart from fines to the infringing undertakings, the 2007 Spanish Competition Act enables public enforcers to impose sanctions to its legal representatives or members of their management bodies (art. 63.2) and also establishes rules concerning the amount of fine when the turnover of the infringing undertaking was impossible to calculate (article 63.3).

4 Article 64. 1. *The amount of the fines shall be set in light, among others, of the following criteria:* a) *The dimension and characteristics of the market affected by the infringement.* b) *The market share of the undertaking or undertakings responsible.* c) *The scope of the infringement.* d) *The duration of the infringement.* e) *The effect of the infringement on the rights and legitimate interests of consumers or on other economic operators.* f) *The illicit benefits obtained as a consequence of the infringement.* g) *The aggravating and mitigating circumstances that exist in relation to each of the responsible undertakings.*

2. *To set the amount of the fines, the following aggravating circumstances, among others, shall be taken into account:* a) *The repeated commission of infringements typified in this Act.* b) *The position of leader in or instigator of the infringement.* c) *The adoption of measures to impose or guarantee the enforcement of the conduct constituting the infringement.* d) *The lack of collaboration or obstruction of the inspection task, notwithstanding the possible consideration as independent infringement pursuant to Article 62.*

3. *To set the amount of the penalty, the following mitigating circumstances, among others, shall be taken into account:* a) *The performance of actions that terminate the infringement.* b) *The effective non-application of the prohibited conduct.* c) *The performance of actions intended to repair the damage caused.* d) *The active and effective collaboration with the National Competition Commission carried out outside the cases of exemption and of reduction of the amount of the fine regulated by Articles 65 and 66 of this Act.*

authorities in charge of sanctioning infringements of competition law in Spain (both the NMCC and the regional competition authorities).⁵

On the other hand, they also govern the imposition of penalties by Spanish authorities for violations of TFEU articles 101 and 102. There is not a harmonized penalty system for the infringement of EU competition prohibitions when they are imposed by National Competition Authorities (NCAs), and Member States do have different rules in accordance with their national laws (procedural autonomy).⁶ Member States do not need to follow the system of penalties observed by the European Commission (article 23 of Regulation 1/2003). It is true that the Spanish domestic competition rules partially coincide with the EU rules in this point, as they also include reference to the 1%, 5% and 10% of the total turnover of the infringing undertaking as one of the building features of the system of economic penalties in the 2007 Competition Act, but their wording is different: in EU Law these three parameters are conceived as limits for the fines to be imposed and not as part of a punitive scale like in the Spanish domestic legal rules.

Nevertheless, according to the Preamble of the 2007 Competition Act, this new regulation concerning economic penalties meant “a significant advance in legal certainty insofar as it makes a graduation of the various infringements set out in it and clarifies the maximum penalties of each type, set in terms of a percentage of the total turnover of the offenders. Similarly, the criteria that shall determine the specific fine in each case are specified, in line with current trends in the European arena”. Apparently, the new rules appeased the concerns that had been posed in the past on the constitutionality of the system of fines devised by the 1989 Competition Act,⁷ which only provided that “The Court may impose on the economic agents, undertakings, associations, unions or groups that have either deliberately or through negligence breached the terms of articles 1, 6 and 7, or failed to comply with a condition or obligation foreseen in Article 4.2, fines of up to 150.000.000 pesetas

5 Spain has a decentralized enforcement system for domestic competition rules in which regional authorities are competent “when such conduct, without affecting a sphere that is larger than that of an Autonomous Community or than that of the national market as a whole, affects or may affect free competition in the sphere of the respective Autonomous Community” (Spain, Act 1/2002, article 1.3).

6 See article 5.1 of Council Regulation (EC) no. 1/2003.

7 See Costas, 2008: 43-44; and Tramoyeres & Medrano, 2006: 66.

(€901.518,16), amount which may be increased up to 10 percent of the turnover corresponding to the financial year immediately prior to the Court resolution” (article 10.1).⁸

From 1989 to 2007 this was the only substantive rule concerning the amount fines from 1989 to 2007 (coupled, again, with a list of graduating criteria that should be considered by the Court in their calculation): a capping ceiling of either €901.518’16 or 10% of the turnover of the infringing undertaking in the year preceding the imposition of the fine. Nothing else. Being so indeterminate, it was controversial if it met the requirements of legality and normative pre-determination of infringements and sanctions set by the Spanish Constitution in article 25.1 (*nullum crimen, nulla poena, sine lege*).⁹ At that time, it could reasonably be argued that this system ran counter the basic requirements of legal description and certainty of violations and sanctions governing Spanish punitive law. Nor the infringements were adjusted based on a scale of their aggressiveness neither the level of sanctions was calibrated in intervals. They were enunciated in the most generic terms in the law, leaving the enforcing powers their determination.¹⁰ A wide margin of discretion was given to competition authorities in exercising their *ius puniendi* (though it was always subject to judicial review). Nevertheless, the Spanish Constitutional Court considered it was constitutional.¹¹

3. STEPS AND CRITERIA FOLLOWED BY COMPETITION AUTHORITIES IN CALCULATING THE AMOUNT OF THE FINE

In 2009, to enhance transparency and objectivity in the calculation of fines and to provide certainty to undertakings, the NCC adopted the “Guidelines on the quantification of sanctions for violations of domestic and EU competition rules” (hereinafter NCC Guidelines).¹² They laid a method and quantitative criteria to be followed in estimating the amount of fines. Following an economic approach, the Guidelines were strongly inspired by the 2006 European

8 Spain, Competition Act 16/1989.

9 See Tramoyeres & Medrano, 2004: 231; and Medrano, 2005: 505-506.

10 See Medrano, 2005: 509-522.

11 See third legal ground of the Judgment of the Spanish Constitutional Court of 15 October 2012.

12 See Spain, Communication on the quantification of sanctions.

Commission's "Guidelines on the method of setting of fines for violations of EU Competition law".¹³

The procedure is structured in three steps. Firstly, the Base Amount of the Fine (BAF) is determined by looking at the graduating criteria set in article 64.1 of the Competition Act.¹⁴ Therefore, the BAF is set by looking at the size and characteristics of the affected market, the market share held by the perpetrator, the scale and scope of the violation, its duration and effects. The BAF is a percentage of the sales volume affected by the violation, ranging between 10% and 30%.

Secondly, the basic amount of the fine is adjusted by looking at any aggravating or mitigating circumstances that may concur (art. 64.2 and 3). Thus, the BAF is increased or reduced in function of the aggravating or mitigating circumstances, the presence of each circumstance accounting for either a 5% increase or decrease.

Finally, the amount of the fine is finally fixed within the limits set by the legislative in article 63.1 of the Competition Law. The NCC started following its Guidelines in early 2009, and since then, they have been used to calculate the amount of the fine imposed to violators of the Spanish Competition Act and of TFEU articles 101 and 102.¹⁵ At that time, practitioners assessed positively the impact of the Guidelines in the practice of the NCC concerning sanctions, especially in comparison with the previous situation.¹⁶

4. THE JUDICIAL REPEAL OF FINES IMPOSED BY COMPETITION AUTHORITIES (2013-2014)

In the past, most of the decisions imposed by Spanish competition authorities have regularly been appealed later in court by the undertakings condemned.¹⁷ The adoption of the 2007 Competition Act did not change that practice. In

13 See EU, Guidelines on the method of setting fines. See the (authorized) acknowledgement of this inspiration source by Sánchez, 2013: 342 (stressing also the homogeneity in design and outcome with the Office of Fair Trading's "Guidance as to the appropriate amount of a penalty"), and also Sánchez & Pérez, 2009: 407-408.

14 This is a clear proof of how the NCC Guidelines were mirrored in the Guidelines of the European Commission and did not follow the systematics of the 2007 Act (critically, but "hostage" of a clear pro-EU bias, Cachafeiro, 2014: 159-160).

15 See Cuervo & Briones, 2013: 327-331.

16 See Allendesalazar & Rincón, 2013; and (only in part) Medrano, 2014: 166.

17 See Marcos, 2007: 149-165.

the initial appeals filed after the NCC started utilizing the Guidelines, the National Court did not accept the complaints against the methodology followed in the quantification of the fine according to the Guidelines. Occasionally, as it had happened in the past (with the 1989 Competition Act) the National Court reviewed the amount of the fine imposed by the NCC based on the principle of proportionality.¹⁸

When the National Court was reviewing the NCC 2010 decision on the Sherry wine cartel,¹⁹ it delivered the judgment of 6 March 2013,²⁰ questioning the methodology followed by the NCC in calculating the amount of the fine imposed on two accounts.

First, it considered that the procedure followed by the NCC breached the proportionality principle that should inspire its exercise of sanctioning powers. The National Court interpreted that article 63.1 of the Competition Act introduced three intervals for sanctions varying in accordance with the aggressiveness of the infringement. Additionally, it deemed inapplicable in Spanish law the criteria used by the European Commission in calculating the amount of fines in accordance to article 23 of Regulation 1/2003 and the case-law of the EU Court of Justice and the European General Court on that matter.²¹

Second, it deemed that the intervals used by article 63.1 in grading the amount of the fine referred to turnover (sales volume) of the infringing undertaking in the market affected by the violation throughout 2013 and 2014.²²

Since that inaugural opinion, the National Court had issued more than two dozens of judgments putting down the fines imposed by the NCC for infringements of the 2007 Competition Act and of TFEU articles 101 and 102.²³

This trend of case-law concerning the fines imposed by the NCC was a bolt from the blue, overshadowing the last days of the NCC and the launch of the NMCC.²⁴ Indeed, probably this prompted that the first sanctions imposed

18 See Sopeña & Otero, 2003: 146-148.

19 See NCC Resolution of 28 July 2010 (S/0091/08 Vinos Finos Jerez).

20 See Judgment of the National Court of 6 March 2013.

21 See Sopeña & Otero, 2003: 159-161; Lillo, 2014: §2.2 (pointing out the contradiction incurred by the National Court, which had in most previous decisions followed the criteria and principles extracted from the practice of the European Commission); and Medrano, 2014: 170-171.

22 See Cachafeiro, 2014: 163-164; Lillo, 2014: §2.1; and Medrano, 2014: 172.

23 An exhaustive list of those cases can be found in the Annex 1 of Lillo, 2014.

24 See Lillo, 2014: §4; and Ward, 2013.

by the NMCC in its beginnings it did not follow the NCC Guidelines for calculating the amount of the fines.²⁵

5. THE JUDGMENT OF SUPREME COURT OF 29 JANUARY 2015

Given the situation described, a decision of the Supreme Court on any of the appeals filed by the NCC against the National court judgments annulling its fines was eagerly awaited. There were even (unconfirmed) talks of the European Commission appearing as *amicus curiae* in some of these cases.

The judgment of the Supreme Court of 29 June 2015 could not come in better time.²⁶ It clarifies the sanctioning powers of the competition authorities and straightens out the principles and limits that they should follow in calculating the amount of the fine. The Supreme Court blows hot and cold because, on one hand, it confirms the reasoning of the National Court concerning the unconstitutionality of the methodology followed by the competition authorities in calculating the amount of the fines but, on the other hand, it emends the National Court's decisions of limiting fines to no more than 10% of turnover (sales) of the infringing undertaking in the affected market.

In assessing the relevance and the consequences of the Supreme Court decision these two issues will be examined next (*infra* §§5.1 and 5.2 respectively), as well as the de facto abrogation of the NCC Guidelines (*infra* §5.3). Finally, the holdings by the Supreme Court will necessarily entail a change in the way fines are calculated by the Spanish Competition authorities, but the limits of the fines remain the same and, therefore, in terms on deterrence, nothing changes, but the quantification exercise may be more uncertain and unpredictable (*infra* §5.4).

5.1. Unconstitutionality of the methodology followed by the competition authorities in calculating the amount of fines.

The NCC Guidelines conceive a scheme for calculating the amount of the fine which combines features of the legal regime set out in the 2007 Competition Act with several extralegal elements which, inspired in the Guidelines of the European Commission, lack any explicit support on the 2007 Competition Act (see *supra*).

25 See Medrano, 2014: 172-173. Since early 2014 it had begun using them again, but it has always done so with the dissenting opinion of two members of the Competition Chamber.

26 See Supreme Court Judgment of 29 June 2015.

According to the Supreme Court, the calculation of the Base Amount of the Fine (BAF) lacks any legal base, being not subject to any scale at all, and could reach up to 30% of the affected turnover of the infringing undertaking. The same goes with the adjustments made to the BAF given the aggravating or mitigating circumstances that could increase the BAF an additional 5-15%. After these two steps, the 10% capping ceiling set by article 63.1 of the Competition Act comes into play. The Supreme Court deems this procedure running counter to the requirements of the principle of proportionality, being biased to augment the amount of the fine.

It considers that the methodology embedded in the NCC Guidelines is incorrect because the three intervals of fines regulated in article 63.1 of the Competition Act introduce the maximum limits to be imposed for the infringements, depending on the aggressiveness of the violation. In words of the Supreme Court, “each of these three percentages, precisely because of their quality of cap or ceiling of applicable sanctioning response to the most reprehensible breach within each category, should serve as a reference for, starting from them and downwards, calculate the fine to be imposed to the rest of the offenses.”²⁷

As stated by the Supreme Court, the sliding scale established by the Competition Act should be the starting point and the framework where the process of calculating the amount of the fine takes place, and they always should be present in the quantification techniques used. It cannot be, like in the NCC Guidelines, that the legal scheme is used as an mere extrinsic limit applicable to the sanctions once the appropriate amount of the fine is estimated according to the methodology they set out. That can be a valid procedure in EU Law in accordance with article 23 of Regulation 1/2003, which only sets the final limit to the amount of the fine. However, the Spanish Supreme Court considers that cannot be the solution in Spanish Law, in which the public powers imposing sanctions have to respect the inescapable principles and limits of punitive law [“The legal predetermination of the maximum and minimum amount of fines –criminal and administrative (whether they are a fixed amount or a percentage on certain magnitudes)– in order to individualize their calculation may well be considered a common un-surmountable principle of punitive law”].²⁸

27 5th legal ground, paragraph 6 (*in fine*), of Supreme Court Judgment of 29 June 2015.

28 5th legal ground, paragraph 9, of Supreme Court Judgment of 29 June 2015. This seems to contradict prior holdings of the Supreme Court (indeed of the same magistrate) several years before in enforcing

The Supreme Court gets it right when it says that EU Law does not require Member States to harmonize the sanctioning system for violations of competition law (see *supra* §2). The Spanish legislative can follow a different punitive path from that used in Regulation 1/2003 in drafting its domestic competition legislation.²⁹ It only requires that when NCAs apply TFEU articles 101 and 102 they enforce them with the same tools used for violations of domestic law (article 5 of Regulation 1/2003).³⁰ Additionally, as long as the penalties imposed are effective, proportionate and have deterrent value, no objection can be posed against the sanctions imposed according to the domestic rules.³¹

5.2. Reference in setting fines is to the total turnover of the infringing undertaking

Despite the fact that article 63.1 of the 2007 Competition Act conspicuously refers to the “total turnover of the infringing undertaking” as the parameter that should be considered in calculating the amount of the fines, the National Court has startlingly considered in many judgments (since the above mentioned judgment of 6 March 2013) that it is rather the “turnover in the market affected by the infringement” the one that should be looked at. There was no basis at all for such interpretation (neither literal, nor historical, nor systematic, nor teleological).³²

Thankfully, the Supreme Court judgment of 29 January 2015 mends this mistake, reasoning that the will of the legislative was crystal clear in encompassing the totality of the infringing undertaking business turnover. Although the Supreme Court beats around the bush considering that the alternative

the 1989 Competition Act (see, for example, the cases cited *infra* in note 42).

29 See 6th legal ground of Supreme Court Judgment of 29 June 2015.

30 Indeed, in my opinion, it cannot be that those cases in which the NCAs simultaneously apply domestic law and EU law are different [as suggested in Cachafeiro, 2014: 172 and 175; and in Lillo, 2014: §3.2.2.a)], the principle of equivalence and effectiveness require identical treatment, and there cannot be a different sanctioning method to be used in those cases in which TFEU articles 101 and 102 are enforced.

31 It is probably too extreme to argue that maintaining different punitive system could eventually be against EU Law, as reasoned by Lillo, 2014: §3.2.2.a), and Sopeña & Otero, 2003: 161-162 and 172. More cautiously, Cachafeiro, 2014: 172-173 (who hypothesizes that would occur only if the penalty loses its deterrent value, being profitable for the infringing undertaking to commit the violation and pay the fine).

32 See Cachafeiro, 2014: 168-171; and Lillo, 2014: §3.2.1. Indeed, in several cases before the judgment of 6 March 2013, the very same National Court had instead considered “total turnover”, see Sopeña, 2003: 153.

explanation would also be constitutional if the legislative had opted for it,³³ it definitely concludes that the percentages referred in article 63.1 “are not limited to part of the turnover, but it embraces all of it”.³⁴

The importance of this holding cannot be emphasized enough because the preposterous interpretation held by the National Court have had a very negative impact in the deterrent value of competition enforcement actions it had reviewed in the last two years.

5.3. Abrogation of the NCC Guidelines on the quantification of sanctions for violations of domestic and EU competition rules

By holding that the methodology and procedure followed by the NCC for quantifying the amount of fines breaches the requirements of the constitutional principles of legal description of sanctions and of proportionality, the Supreme Court is directly nullifying the 2009 Guidelines. There is not an express dictum of the Court to that effect, but that outcome is obviously imbued in the reasoning of the court (see *supra* §5.1). Several times across the judgment the Court incidentally rejects the founding premises underlying the NCC Guidelines.³⁵

On the other hand, the Supreme Court also questions the hypothetical legal basis for the power of the Spanish Competition authorities to draft rules such as the Guidelines,³⁶ given that Spanish law does not award them rulemaking powers to design the system of sanctions for violations of competition rules.³⁷

5.4. Restoration of deterrent value of fines and vanishing of their predictability

Once the storm caused by the recent case-law of the National Court has been cleared by the Supreme Court Judgment of 29 January 2015, a more luminous future awaits the exercise of punitive powers by Spanish Competition authorities.

33 And later, when it argues, approvingly of the case-law of the National Court, that the principle of proportionality also points in the direction of looking at the turnover in the market affected by the infringement – 9th legal ground, paragraph 3, of the Supreme Court Judgment of 29 June 2015.

34 8th legal ground, paragraph 9, of the Supreme Court Judgment of 29 June 2015.

35 5th legal ground, paragraphs 4 (*in fine*), 5 and 7, of the Supreme Court Judgment of 29 June 2015.

36 7th legal ground, paragraph 3, of the Supreme Court Judgment of 29 June 2015.

37 6th legal ground, paragraph 2 (literally), of the Supreme Court Judgment of 29 June 2015.

The correction of the quaint mistake in the business turnover that should be used for calculating the amount of the fine is the main positive outcome that springs from the judgment (*supra* §5.2).

Aside from that, the decision by the Supreme Court causes mixed feelings. The Supreme Court blows hot and cold when downplaying the method and procedures used by the authorities in working out the amount of economic penalties for violations of competition law. Once the NCC Guidelines have de facto been repealed, and the competition authorities have been instructed to use a different scheme in quantifying the amount of fines, the intervals and limits at hand for that purpose are still the same. Indeed, the amount of economic penalties imposed for competition law infringement could easily attain the same levels that were reached when the NCC Guidelines were used, but now what must change is that the guidelines cannot be used anymore and the appraisal of the criteria used for calculating the fine and the order in which those criteria are assessed needs to strictly toe the legal standards (one may well recall Lampedusa's *Ill Gattopardo*: "If we want things to stay as they are, things will have to change").

The Supreme Court could not stand the NCC Guidelines. Although the challenge against them is apparently grounded on their lack of proportionality, that cannot easily be sustained because it seems to contradict prior case-law of the Supreme Court itself.³⁸

The proportionality argument is a disguise; the real claim against the Guidelines is rather about the legitimacy of NCC powers in approving them ("corresponds to the legal rules, and not to those execute or interpret them, to establish the rules on penalties and the quantitative limits, fixed or a percentage, the legislator considers necessary to fulfill the deterrent aim of penalties in this part of the legal system").³⁹ Consequently, even if the NMCC adopted a set of guidelines in accordance with the systematics of the 2007 Competition Act and with the *dicta* of the Supreme Court on this case (*rectius* ignoring absolutely the Guidelines of the European Commission) they would still be deemed inadequate.⁴⁰

38 Following another path of argumentation, and before the Supreme Court Judgment of 29 January 2015 was issued, Cachafeiro, 2014: 168, reaches a similar puzzle. He refers how it is not plausible that the Supreme Court deemed that the system of fines devised in the 1989 Competition Act respected the principle of proportionality but the one of the 2007 Competition Act and the NCC Guidelines did not.

39 9th legal ground, paragraph 8, of the Supreme Court Judgment of 29 June 2015.

40 The insufficiency of the scheme for economic penalties set by the 2007 Competition Act "cannot be substituted by a mere communication authorities lacking regulatory powers in the matter, much as it is

Although the Supreme Court underlines the crucial deterrent value of sanctions for infringements of competition law, with its decision it is clearly restricting that economic analysis could provide a new scheme for the calculation of the fines if it is not embodied in the Competition Act itself.⁴¹ Naturally, economic analysis can well illustrate the motivation of the fines and the reasoning of their proportionality in each case (which will be subject to judicial review), but the Competition authorities cannot elaborate themselves a set standards for calculating the amount of the fines if the law does not contemplate so.

And even if powers were granted to the competition authorities to adopt guidelines on the calculation of fines – which is not the case – the law itself should contain the basic principles, parameters and steps that should be followed. The architecture of the punitive system needs to be embodied in the law, and only minor adjustments within the “legal building of sanctions” can be decided and done by the enforcing authorities. They cannot decide to build additions to the legislative design.⁴²

In sum, in the view of the Spanish Supreme Court, competition authorities should be well-tied when exercising their punitive powers and there should be room for discretion but only within the framework provided by the law. Proportionality is the key concern that enforcing authorities need to have in mind in the complex task of exercising their punitive powers.⁴³ The higher the aggressiveness of the infringement, the larger the severity of the penalty, within the limits set by the legislative. The deterrent effect of economic penalties is built-in the system (by the legislature),⁴⁴ and nothing extra can be added on that

laudable their purpose of enhancing the level of predictability in the imposition of economic penalties” (9th legal ground, paragraph 4, of the Supreme Court Judgment of 29 June 2015).

41 Evidence of the (long-time) aversion of the Supreme Court to such a scheme is well illustrated in several prior judgments of the Supreme Court (penned by the same magistrate): “So it is not always possible to quantify in each case, the amount of the monetary penalty based mere mathematical calculations and it is, however, unavoidable to give the Defense Competition Tribunal certain margin of discretion in setting the amount of fines without links to arithmetic parameters of ‘sanctioning dosimetry’ strictly required” – 13th legal ground, paragraph 6, of Judgment of 8 March 2002; 10th legal ground, paragraph 7, of Supreme Court Judgment of 6 March 2003; and 9th legal ground, paragraph 7, of the Supreme Court Judgment of 23 March 2005. In the same vein, see Soriano, 2004: 551 (“Some limit must be put to the inventiveness with which economic theory, always variable, detects each violation. And I think it must be, at least, a plausible application of the principle of legality”).

42 See Medrano, 2014: 167-168 and 176-177.

43 See the interesting general reflections made recently by Raskolnikov, 2014.

44 Which is the “ultimate responsible to fix the deterrent feature of penalties” (9th legal ground, paragraph 8, of the Supreme Court Judgment of 29 June 2015).

account by the enforcing authorities. To be deterrent enough, the Court reckons fines have to reach a level of sufficiency in which their amount should exceed the unlawful gains obtained by the infringing business.⁴⁵ Moreover, penalties imposed to individual managing directors of infringing businesses and private claims for damages compensation also contribute to effective deterrence.⁴⁶

6. CONCLUSION

The Spanish Supreme Court judgment of 25 January 2015 has clarified the interpretation that should be given by competition authorities to the legal rules on quantifying the amount of fines of the 2007 Competition Act. They are built around a sliding scale with three capping ceilings referred to the total turnover of the infringing undertaking, and the method and steps followed in estimating the amount of the fine cannot be those of the NCC Guidelines, which *de facto* have been repealed.

Although the legal scheme provides enough strength for the deterrence force of penalties imposed by competition authorities, the decision of the Supreme Court will impede any prediction of the amount of fines, and make more difficult to assess and compare the sanctions imposed to undertakings for similar infringements.

The process and methods for calculating the amount of fines have to toe *closely* the principles set by the legislative, and the enforcing authorities cannot create *soft law* to provide guidance. Of course, adequate motivation of the decision and of the amount of the fine and its relationship with the requirement of proportionality is always needed.

As stated by the Supreme Court, the “cocktail” of sanctions is to be designed in the law, and the “barman” (the enforcers, the Competition authorities) have to follow the instructions set in the “legal recipe”, variations in each individual “cocktail” are possible within the leeway set in the law and variations in the amount of ingredients used are only possible in the range provided by the law and respecting the principle of proportionality.

45 Considering even the probability of detection, as it expressly says in the 9th legal ground, paragraph 8, of the Supreme Court Judgment of 29 June 2015, which remains of the costs of apprehension and conviction described by Becker, 1968: 174-175.

46 9th legal ground, paragraph 10, of the Supreme Court Judgment of 29 June 2015.

REFERENCES

LEGISLATION

EU

Council Regulation (EC) no. 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty (OJ L1 of 4 January 2004, 1-25)

Guidelines on the method of setting fines imposed pursuant to Article 23(2)(a) of Regulation No. 1/2003 (OJ C 210 of 1 September 2006, 2–5).

Spain

Communication of the National Competition Commission on the quantification of sanctions arising from violations of articles 1, 2 and 3 of the Spanish Competition Act 15/2007 of 3 July 2007 and articles 81 and 82 of the European Community Treaty (a non-official translation available at http://www.cncompetencia.es/Inicio/GestionDocumental/tabid/76/Default.aspx?EntryId=30716&Command=Core_Download&Method=attachment).

Competition Act 15/2007, of 3 July 2007 (a non-official translation in English is available at http://www.cncompetencia.es/Inicio/GestionDocumental/tabid/76/Default.aspx?EntryId=18425&Command=Core_Download&Method=attachment).

Act 1/2002, of 21 February, regarding the Coordination of the State and Autonomous Communities' Powers on Defense of Competition (a non-official English translation is available at http://www.cncompetencia.es/Inicio/GestionDocumental/tabid/76/Default.aspx?EntryId=30127&Command=Core_Download&Method=attachment).

Competition Act 16/1989 of 17 July 1989 (a non-official consolidated translation is available at http://www.cncompetencia.es/Inicio/GestionDocumental/tabid/76/Default.aspx?EntryId=30128&Command=Core_Download&Method=attachment).

UK

Office of Fair Trading's Guidance as to the appropriate amount of a penalty, Sept. 2012, OFT423, available at https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/284393/oft423.pdf.

CASE-LAW

Spanish Constitutional Court

Judgment (2nd Chamber) of 15 of October 2012, Buque Bus España, S.A. 175/2012 (available at <http://www.boe.es/boe/dias/2012/11/14/pdfs/BOE-A-2012-14050.pdf>).

Spanish Supreme Court

Judgment (Administrative Chamber, Sect. 3) of 29 June 2015, BCN Aduanas y Transportes S.A., STS 112/2015 (available at <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=7274949&links=&optimize=20150204&publicinterface=true>).

Judgment (Administrative Chamber, Sect. 3) of 23 March 2005, Telefónica v BT Communications (STS 1817/2005).

Judgment (Administrative Chamber, Sect. 3) of 6 March 2003, Telefónica v 3C Communications (STS 1519/2013).

Judgment (Administrative Chamber, Sect. 3) of 8 March 2002, Aceites (STS 1666/2002).

National Court

Judgment (Administrative Chamber, Sect. 6) of 6 March 2013, Bodegas Emilio Lustau, S.A., SAN 1217/2013.

National Competition Commission

Resolution of 28 July 2010 (S/0091/08 Vinos Finos Jerez).

BIBLIOGRAPHY

ALLENDESALAZAR, R. & RINCÓN, A.

2013 “El cálculo de las multas por la CNC”, in GUILLÉN (ed.), *Cuestiones actuales de Procedimiento Sancionador en Derecho de la Competencia*, Civitas, pp. 351-367.

BECKER, G.

1968 “Crime and Punishment: An Economic Approach”, 76 *Journal of Political Economy* 169-217.

CACHAFEIRO, F.

2014 “El volumen de negocio como criterio para graduar las sanciones en el derecho de la competencia”, 34 *Actas de derecho industrial y derecho de autor* 153-175.

CUERDO, M & BRIONES, J.

2013 “Análisis Económico de la imposición de multas en expedientes sancionadores de defensa de la competencia”, in GUILLÉN, J. (ed.), *Cuestiones actuales de Procedimiento Sancionador en Derecho de la Competencia*, Civitas, pp. 299-333.

COSTAS, J.

2008 “El procedimiento sancionador. Las multas”, 1 *Gaceta de la Competencia* 43-44.

GORRIZ, C.

2014 “The Spanish National Commission on Markets and Competition”, 37 *World Competition* 349–367.

LILLO, C.

2014 “La Audiencia Nacional ante las sanciones impuestas por la CNMC en aplicación de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia”, 15 *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*.

MARCOS, F.

2007 “The Enforcement of Spanish Antitrust Law: A Critical Assessment of the Fines Setting Policy and of the Legal Framework for Private Enforcement Actions”, in PRASAD, S. (ed.), *Antitrust Law – Emerging Trends*, Hyderabad: Icfai Univ Press, pp. 149-165.

MEDRANO, S.

2014 “La fijación de las multas por infracciones de competencia: Garantías, eficacia y crisis del sistema” in PEDRAZ & ORDOÑEZ (eds.), *El derecho europeo de la competencia y su aplicación en España: Liber amicorum Santiago Martínez*, Wolters Kluwer, pp. 161-184.

2005 “La tipicidad de la infracción y la cuantía de las multas”, in MARTÍNEZ & PETITBO (eds.), *La modernización del derecho de la competencia en España y en la Unión Europea*, M Pons, pp. 505-523.

RASKOLNIKOV, A.

2014 “Six Degrees of Graduation: Law and Economics of Variable Sanctions”, *Columbia Law and Economics Working Paper*, p. 508.

SÁNCHEZ, P. & E PÉREZ, E.

2009 “La elaboración de la comunicación de sanciones de la CNC”, 5 *Revista de Derecho de la Competencia y Distribución*, pp. 407-417.

SÁNCHEZ, P.

2013 “Las sanciones tras la comunicación de la CNC”, in GUILLÉN, J. (ed.), *Cuestiones actuales de Procedimiento Sancionador en Derecho de la Competencia*, Civitas, pp. 335-350.

SOPEÑA, V. & OTERO, H.

2003 “La reciente doctrina de la Audiencia Nacional en torno al cálculo de las multas por infracciones de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia: ¿Hacia el fin de una política de competencia eficaz?” *Anuario de Competencia*, pp. 133-172.

SORIANO, J. E.

2004 “Límites al poder sancionador de los órganos nacionales de competencia: el mercado geográfico como coordenada jurídica básica para establecer

el importe de las multas impuestas por el Tribunal de Defensa de la Competencia. ¿Es Goliat siempre culpable?” 252 *Revista de Derecho Mercantil*, pp. 533-568.

TRAMOYERES, P. & MEDRANO, S.

2004 “¿ Son inconstitucionales las normas sancionadoras de la Ley de Defensa de la Competencia? (reconsideración a la luz de la sentencia 100/2003, del Tribunal Constitucional)” 231 *Gaceta jurídica de la competència*, pp. 97-111.

2006 “El régimen sancionador en el Anteproyecto de Ley de Defensa de la Competencia: persistencia de la inconstitucionalidad por vulneración del principio de legalidad sancionadora”, 241 *Gaceta jurídica de la competència*, pp. 61-70.

VALIENTE, A.

2014 “What is it Like to Have a Single, Multi-sector Regulator – the Spanish Experience”, 5 *Journal of European Competition Law & Practice*, pp. 373-378.

WARD, A.

2013 “Spanish CNMC: The Story so far”, *Europe Column – Competition Policy International*, 17 June 2013 (available at <https://www.competitionpolicyinternational.com/assets/Uploads/EUJune14.pdf>)

JUDICIAL CONTROL OF GUIDELINES ON ANTIMONOPOLY FINES IN POLAND

*Mateusz Błachucki**

ABSTRACT: This article presents the issue of judicial control of guidelines on fines prepared and applied by the Office for Competition and Consumer Protection (Polish NCA). It is shown that guidelines historically raised many controversies in Polish law but the situation has changed after Poland joined the UE. The OCCP has published many soft law documents, including guidelines on fines, even though the statutory basis to adopt such documents has not always been clear and it still remains elementary. This article explains the role of fining guidelines in filling the legislative gap on the method of calculation of fines. Until 2015 fining guidelines were a primary source of indication of how the antimonopoly authority calculates fines since the statutory provision was of a rudimentary character. Courts have been rather hesitant to fully grasp the issue of guidelines in general and of the fining guidelines in particular. There is a relatively low number of judgments which discuss the scope or the substance of the fining guidelines. One may see initial skepticism of courts towards soft law documents which turned into acceptance of the guidelines in terms of a policy document more than a soft law act. Furthermore, the detailed analysis of the case law shows some lack of consistency and visible reluctance of courts in analyzing guidelines on fines. This article argues for better regulation of guidelines in Polish administrative law and more efficient judicial control of those instruments.

SUMÁRIO: 1. Introduction. 2. The concept of guidelines in Polish administrative law literature. 2.1. Historical background. 2.2. Contemporary views on the legal character of guidelines. 3. Regulation of guidelines in Polish competition law. 3.1. History of regulation of guidelines. 3.2. Regulation of guidelines in the present Polish competition act. 3.3. Guidelines on antimonopoly fines. 4. Regulation of fines in Polish antimonopoly law. 5. Judicial review of fining guidelines issued by the Polish antimonopoly authority. 5.1. Courts competent to supervise actions of the antimonopoly authority. 5.2. Administrative courts. 5.3. Civil courts. 5.4. Review of case-law regarding fining guidelines. 5.5. Impact of judicial review on fining guidelines and decision-making of the antimonopoly authority. 6. Conclusion.

* Assistant Professor, Polish Academy of Sciences.

1. INTRODUCTION

Regulation of the calculation of antimonopoly fines in the Polish competition law has evolved immensely since 1990. Before 2000 there were no provisions in the Polish antimonopoly act regulating any of these issues. During the last decade, the situation has improved but it is still far from being perfect. However, the lack of such clear rules regarding how to levy and calculate fines or issue guidelines is not exceptional and it is one of characteristic features of Polish administrative law¹. The absence of general rules on fines usually leaves a wide margin of discretion with public administration and may adversely affect judicial control². Similarly, there is no general regulation on issuing of guidelines by public authorities. Nevertheless, after the amendment of 2015, the antimonopoly act³ provides for relevant provisions on fines which may serve as an example to follow for the other Polish administrative law statutes. Regulation of guidelines adoption in the antimonopoly act remains limited, though. Despite the underdeveloped provisions on guidelines, the antimonopoly authority⁴ has issued several soft law documents covering almost all areas where the authority levies administrative fines⁵. What is equally important is that those guidelines are being followed in the daily practice of the antimonopoly authority. Surprisingly, the judicial review of guidelines issued by the Polish antimonopoly authority is rather limited, both in terms of quantity as well as quality of jurisprudence. It is partially the result of the absence of direct legal remedies against adopted guidelines. Soft law documents issued by the antimonopoly authority may be challenged only indirectly when the party is appealing against the decision of the authority. Even though the number

1 Wincenciak, 2008: 267. The lack of rules concerning issuance and calculation of fines in Polish administrative law was raised by the Polish Ombudsman in one of her address to the Minister of Administration on 29 January 2013 – <http://www.sprawy-generalne.brpo.gov.pl/szczegoly.php?pismo=1698149> (in Polish).

2 Such judicial control in relation to administrative decisions based on a statutory guaranteed discretion is limited. Kruk, 2013: 251, Szydło, 2003: 146.

3 Act of 16 February 2007 on amendment of the act on competition and consumer protection, Journal of Laws of 2015 item 184 with further amendments, referred also as the “antimonopoly act” or “competition act”.

4 The official name of the Polish antimonopoly authority is the President of the Office for Competition and Consumer Protection (OCCP).

5 Apart from guidelines on antimonopoly fines there are relevant guidelines on merger fines, consumer fines and pricing information fines.

of relevant judgments is not significant, most of them concern guidelines on fines issued by the OCCP. Therefore it is justified to focus on these particular guidelines and analyze how courts review those soft law instruments.

This article consists of five parts. The first one briefly introduces the concept of guidelines under Polish administrative law. It provides a historical context which is important when analyzing the reluctance of the Polish legislator as well as the courts to tackle the issue of guidelines. The second part discusses the regulation of guidelines under the Polish antimonopoly law. It shows a rather significant number of soft law documents adopted by the Polish NCA. Special attention is given to the fining guidelines. The third part briefly deals with the evolution of provisions on fines. It explains the importance of the fining guidelines for the development of statutory provisions. The fourth part begins with a general characterization of the judicial system in antimonopoly cases. It is followed by the selection of relevant case law. This presentation of court judgments is made chronologically according to general problems discussed in particular judgments. It shows the evolution of jurisprudence – from early skepticism until the recent reluctant acceptance of guidelines. The last part describes how judgments influenced administrative practice of the antimonopoly authority. It also discusses the problem whether conclusions drawn from the jurisprudence have been recognized and included in the guidelines on fines issued by the OCCP.

2. THE CONCEPT OF GUIDELINES IN POLISH ADMINISTRATIVE LAW LITERATURE

2.1. Historical background

To understand the skepticism, in Polish administrative law, surrounding administrative guidelines and other soft law documents issued by the public administration authorities, it is essential to describe how those instruments were used under the administrative law of communist Poland. During the existence of the People's Republic of Poland, public administration had an omnipotent role in public life, being responsible for all social, economic and political spheres. Public administration was a strictly hierarchical organization and there was no place for independent corporations (like local government or professional organizations). The characteristic feature of this state was parallel

existence of statutory provisions adopted by the legislator (Parliament and State Council) and internal normative acts adopted by public administration. Those internal normative acts took various forms of “guidelines”, “ordinances”, “directives” or “bylaws”⁶. Irrespective of their names, they formed a system of internal laws of public administration⁷. The specific feature of those instruments was that the particular authority did not need any statutory basis for the adoption of such acts. They were issued on the basis of general administrative jurisdiction of specific authority. Moreover, guidelines were formally binding only for subordinated authorities of lower instances. Furthermore, guidelines were distinct from administrative decisions and they were more like normative acts of general and abstract character⁸. Last but not least, guidelines were not usually published and they were known usually only by public administration. Despite the formal “internal” character of guidelines, they had actual external legal effect. It was called a “reflexive effect of guidelines”⁹. As a consequence, guidelines were often used as a basis for administrative decisions. This led to massive violations of rights of the parties to the administrative proceedings who were often deprived of basic knowledge of what were the rules that were being applied in their specific case. The situation began to change after the establishment of administrative courts in the early 80’s of the XX century. Administrative courts had limited jurisdiction under the communist regime, but even such imperfect judicial protection led to condemnation of guidelines as a basis for administrative decisions¹⁰. Not surprisingly, after 1989, in an effort to make public administration accountable, guidelines were abandoned and public authorities have been precluded from using this instrument. Furthermore, the Polish Constitution¹¹ made it clear that only statutory provisions may serve as a basis for administrative decisions.

6 Janowicz, 1978: 30.

7 Lipowicz, 1991: 108-109.

8 Hoff, 1989: 22-23.

9 Janowicz, 1978: 31.

10 See, for example, judgments of the Head Administrative Court of 25 March 1981, SA 353/81 or of 20 July 1981 r., SA 805/81.

11 Art. 7 of the Constitution of the Republic of Poland of 2 April 1997, Journal of Laws No. 78.483 with further amendments.

2.2. Contemporary views on the legal character of guidelines

During communist Poland, guidelines were often discussed by administrative law scholars¹². However, guidelines did not attract similar attention from legal scholars after 1989. The situation has changed after the accession of Poland to the European Union. Soft law documents form an important part of *acquis communautaire* and the Polish administration has begun to imitate the European administration in using them. Guidelines have become a legitimate administrative activity under the Polish administrative law once again. At present, many scholars point to the growing number of various soft law documents issued by the Polish administration¹³. Guidelines have become one of the more frequent types of those acts. However, guidelines are not treated as a source of law, but rather as acts of official interpretation of statutory provisions¹⁴ or non-statutory directives of application of binding provisions¹⁵. Therefore, guidelines are not binding on third parties or courts. They are binding on the authority which adopted them and for any authority of lower instance.

Even though guidelines are not a source of law and are not binding on third parties, they have legal effects. It is argued that by adopting guidelines the authority makes a public promise and anyone following such official interpretation should not be adversely affected by it¹⁶. It is called in Polish law a “principle of deepening of trust towards the administration”¹⁷, and it is similar to the principle of protection of legitimate expectations. In the area of competition law, this principle is limited to acts of the antimonopoly authority. Furthermore, it only prevents third parties from adverse effects of public announcements of the OCCP. However, it applies exclusively to future actions of the competition authority which made such public promise. Therefore, the antimonopoly court is not bound by such promise and may adhere to a

12 For the review of Polish literature see Hoff, 1989: 7-23.

13 Bojanowski & Kaszubowski, 2009: 155; Jabłoński, 2012: 137; Błachucki, 2014: 122-123.

14 Lang, 2012: 229.

15 Sachajko, 2002: 74.

16 Kmiecik, 2008: 123.

17 Art. 6 of the Act of 14 June 1960 – Administrative Procedural Code, Journal of Laws of 2000 No. 98.1071 with further amendments.

different interpretation of the statutory provisions, even if such interpretation is less favourable for the parties¹⁸.

As a result of the growing popularity of soft law instruments, there are areas of law where guidelines play a crucial role in regulating behaviour of third parties, such as tax law¹⁹ or management and payment of European funds²⁰. Despite the dissemination of guidelines in the daily work of the Polish administration, this phenomenon has not been adequately recognized by the statutory provisions. There are no general rules on adoption of guidelines, nor on administrative or judicial control over those soft law instruments²¹. There are a few specific administrative law acts where such rules may be found. A good example is competition law, where the regulation of guidelines has been developed since 1990, but it is still far from being perfect.

3. REGULATION OF GUIDELINES IN POLISH COMPETITION LAW

3.1. History of regulation of guidelines

The first modern antimonopoly act was adopted in Poland in 1990. It was a part of economic reforms that were intended to guide Poland through the transitional period. The antimonopoly act of 1990²² did not provide for any provisions related to adoption of guidelines nor other soft law documents. Not surprisingly, the antimonopoly authority did not issue any guidelines before 2000. In that year, the new antimonopoly act²³ was adopted, which provided for a first legal basis to issue guidelines. Art. 27 of the Act stipulated that the antimonopoly authority shall issue an official journal. The authority was compelled to publish in the journal decisions, as well as judgments of relevant courts. Furthermore, the antimonopoly authority was obliged to publish in the journal “information, communications, notices, guidelines and interpretations having significant importance for the application of the provisions encompassed

18 Under the Polish civil procedural law, the antimonopoly court may change appealed decision of OCCP even at the detriment of appellant.

19 Brolik, 2013: 273.

20 Talaga, 2012: 321.

21 Błachucki, 2012b: 247-249.

22 Act of 24 February 1990 on counteracting monopolistic practices, Journal of Laws No. 14.88.

23 Act of 15 December 2000 on competition and consumer protection, Journal of Laws No. 122.1319.

by the scope of the activities of the office”. Even though this provision was rather vague, it was repeated²⁴ in the following antimonopoly act of 2007²⁵.

The first guidelines were published in 2003²⁶. These were two guidelines concerning merger control. The first set of guidelines was devoted to the substantive criteria for notification of mergers and the second one dealt with procedural aspects of notifications. However, those guidelines hardly reflected the official standing of the Polish NCA. They were prepared, not by the authority itself but by an external law firm. Furthermore, they relied primarily on the European Commission’s merger guidelines and the actual Polish antimonopoly law interpretations were limited. Despite this first rather unfortunate experience with adopting guidelines, the antimonopoly authority prepared a new set of guidelines in 2009. Even though they followed the European Commission’s guidelines in many respects, they were prepared by the authority itself and they mostly reflected the experience gained by the OCCP. They concerned the calculation of antimonopoly fines²⁷ and leniency procedure²⁸. The adoption of guidelines in that specific area of antimonopoly law showed that the statutory regulation of fines proved to have been the most problematic during the application of the competition act by the antimonopoly authority and it was necessary to provide some additional guidance for undertakings. Those guidelines paved the way for other official interpretations by the antimonopoly authority.

3.2. Regulation of guidelines in the present Polish competition act

The situation changed with the amendment of the antimonopoly act which entered into force in January 2015²⁹. The amendment introduced important changes in the information policy of the antimonopoly authority. The publication of the official journal was ceased and the journal itself was canceled.

24 The new Art. 32.4 stated that “Information, communications, notices, explanations and guidelines of high significance to the application of provisions regarding the scope of activities of the President of the Office, shall be also published in the Official Journal of the Office of Competition and Consumer Protection”.

25 Act of 16 February 2007 on competition and consumer protection, Journal of Laws No. 20.331.

26 Office for Competition and Consumer Protection, 2003a and 2003b.

27 Office for Competition and Consumer Protection, 2009a.

28 Office for Competition and Consumer Protection, 2009b.

29 Act of 10 June 2014 on amendment of the act on competition and consumer protection and the civil Procedural Code, Journal of Laws of 2014 item 946.

All the relevant information was to be published on a dedicated website called Public Information Bulletin. Despite the name, it is purely an electronic information source. Following those changes, the amendment introduced a clear legal basis for adopting soft law documents by the antimonopoly authority. According to Art. 31a, the “President of the Office may publish and announce explanations and interpretations of significant relevance for the application of legal provisions as regards issues falling within the scope of competences of the President of the Office. Explanations and interpretations shall be published in the Public Information Bulletin of the Office”.

The analyzed provision does not use the term “guidelines”, but instead it uses terms like “explanations” and “interpretations”, which stand for the same form of document but with different headings. Furthermore, the antimonopoly authority enjoys full discretion with regard to adopting soft law documents. There are still no clear premises on when guidelines may or should be adopted. The general clause “significant relevance to enforcing statutory norms” is so vague that it leaves full discretion to the antimonopoly authority. No procedure is prescribed to adopt soft law instruments. It leaves the decision on consultation of draft guidelines with any interested third parties up to the antimonopoly authority. The past practice of the antimonopoly authority showed that the Polish NCA quite often publicly consulted on draft soft law documents. However, on several occasions, consultations were limited to a certain group of stakeholders consisting of selected associations and academics. Nonetheless, some guidelines were adopted without any public consultation. The important guarantee introduced by the recent amendment is that all guidelines adopted by the antimonopoly authority must be published and be publicly accessible on a dedicated website. Finally, even after the amendment, the antimonopoly act fails to offer any legal remedies against guidelines.

The OCCP has been rather active in the field of adopting soft law documents. At present, there are eleven general interpretations and guidelines that remain in force³⁰:

1. Guidelines on setting fines for competition-restricting practices, of 29.12.2015.

30 All soft law documents are accessible at https://uokik.gov.pl/wyjasnienia_i_wytyczne.php (access at 31.01.2016). They are only in Polish. However, guidelines on antimonopoly fines and guidelines on fines in consumer cases are also accessible in English at <https://uokik.gov.pl/home.php> (access at 31.01.2016). Please note that available English translation of guidelines on antimonopoly fines is partially outdated.

2. Explanations on settlement procedure, of 18.11.2015.
3. Explanations on commitment decisions in competition and consumer cases, of 01.09.2015.
4. Clarifications on communication of competition concerns in cases of antitrust, consumer and fines, of 01.09.2015.
5. Guidelines on criteria and procedure of merger notifications to the President of OCCP, of 23.01.2015.
6. Clarifications on the rules of communication between undertakings and the authority during administrative proceedings, of 23.01.2015.
7. Guidelines on setting fines for infringements of the act on informing about prices of goods and services, of 22.12.2014.
8. Guidelines on setting fines for practices infringing collective consumer rights, of 10.05.2013.
9. Guidelines on substantive assessment of notified mergers, of 11.06.2012.
10. Guidelines of the President of the Office of Competition and Consumer Protection on the Leniency Programme (the procedure of submitting and handling applications for immunity from or reduction of a fine – “leniency applications”), of 24.02.2009.

This list shows that the antimonopoly authority adopts various official interpretations. They differ in terms of heading, length, scope of application or the act they refer to. It proves that issuing soft law document has become a very important tool of development of information policy by the antimonopoly authority.

The guidelines on fines serve as an instrument to increase transparency and disseminate antimonopoly law. The educational role of the guidelines on fines is often underlined. It is argued that well drafted fining guidelines led to a successful dissemination and application of not only the fining guidelines but of the guidelines on leniency, as well³¹. When read in conjunction, the fining guidelines and leniency guidelines provide the undertaking with a full picture of potential exposure to antimonopoly sanctions. Undertakings engaged in cartel behaviour may relatively precisely assess potential fines. This proves that the guidelines and other soft law documents issued by the antimonopoly authority gained significance and they have started to form a system designed to shape the behaviour of undertakings.

31 Turno, 2013: 181.

3.3. Guidelines on antimonopoly fines

The first guidelines on setting antimonopoly fines were adopted in January 2009. They were a very important instrument for increasing the transparency of fine calculation, since the statutory provisions were rudimentary and offered no real guidance for undertakings. These guidelines were adopted in response to postulates formulated by undertakings and scholars³². Stakeholders were also involved in discussing a draft of the guidelines³³. The guidelines have been updated recently and the new version entered into force on 1 January 2016.

When analyzing the fining guidelines, one may easily spot that they were inspired by the European Commission's guidelines on fines. It is interesting to note that they were based on the EC fining guidelines of 1998³⁴ and not 2006³⁵. This is especially visible in the methodology for establishing the basic amount of the fine. Polish guidelines distinguish three types of antimonopoly infringements and associate each of them to a basic amount of fine. It is similar to the manner used by the EC in the guidelines of 1998. However, the Commission abandoned this typology of competition infringements in the guidelines of 2006. The Polish antimonopoly authority has decided not to change it, even during the last update of the fining guidelines in 2015. This is a subject of criticism – some commentators claim that the introduction of three types of antimonopoly infringements as a basis for establishing the basic amount of the fine violates statutory provisions, as the antimonopoly act has not recognized such distinction between three types of antimonopoly infringements³⁶. Polish guidelines on fines are less detailed and they do not cover all the issues covered by EC guidelines (like calculation of the value of sales, specific increase of fine for deterrence or ability to pay the fine). On the other hand, Polish guidelines on fines include specific issues not discussed in EC document (like fines levied upon undertakings with an insignificant turnover or fines for natural persons, i.e. managers).

The most controversial issue regarding the newly updated guidelines is that they repeat statutory provisions by duplicating the list of mitigating and

32 Sachajko, 2002: 74.

33 Stefaniuk, 2011: 330.

34 European Commission, 1998.

35 European Commission, 2006.

36 Król – Bogomilska, 2013: 172.

aggravating circumstances and offer no interpretation of terms used to describe those circumstances. What is even more surprising is that the new Art. 111 provides for a more detailed list of such circumstances than the guidelines themselves. Such a list of circumstances proved to have been a great achievement in 2009 when the statutory provisions were rudimentary and did not cover such circumstances. However, after the amendment of 2015, the antimonopoly authority should elaborate on those circumstances and provide for more explanation on how they should be understood or applied. As a result, this part of the fining guidelines may be more misleading than helpful.

The fining guidelines begin with a short preamble explaining the reasons behind the adoption of the document, scope of application and legal character. They have been adopted in response to expectations from the business community, in order to increase the transparency of the methodology used to set fines. The guidelines should allow undertakings to make a preliminary estimate of the fine which they may face in case of anticompetitive behavior. The document was adopted by the antimonopoly authority and will be applied solely by the authority. They will be applied when the Polish NCA issues antimonopoly fines on the basis of the Polish antimonopoly act, as well as Art. 101 and 102 of the TFEU. The guidelines underline their interpretative character and preclusion from interfering with statutory provisions. Therefore, they do not constitute binding rules for undertakings. However, undertakings may rely on the promise of the antimonopoly authority that it will follow them when levying antimonopoly fines.

As mentioned earlier, the guidelines distinguish between three types of antimonopoly infringements: very serious infringements, serious infringements and other infringements. This serves as a basis to establish the basic amount of the fine. In the next step, the antimonopoly authority assesses the specificity of the market and the activity of the enterprise. This part of the analysis may influence the basic amount up or down by 80%. This analysis includes the assessment of characteristics of the product and its recipients, characteristics of the market (the structure, barriers of entry and the economic potential of the enterprise which commits the infringement), negative effects for market participants arising from the infringement, irreversible effects of the infringement, actual implementation of the infringement, geographical range of the behaviour and the revenue obtained from the infringement. The following step in calculating the fine concerns the duration of the infringement. This may raise the basic amount of the fine by up to 100% (for abuse of

dominance) or 200% (for antitrust violations). The next step of the analysis includes evaluation of mitigating and aggravating circumstances. This may increase or decrease the amount of the fine by 80%. As indicated earlier, the list of mitigating and aggravating circumstances is purely descriptive and offers no guidance on the meaning of particular circumstances. In the last part of the process of calculating fines the antimonopoly authority considers exceptional situations like levying maximum or symbolic fines or fining undertakings with an insignificant turnover.

Last but not least, some commentators raised doubts on whether guidelines on fines should ever be published and remain an internal document. It is argued that the publication of guidelines decreased the efficiency of antimonopoly sanctions. At the same time, undertakings may easily learn about past decisions of the antimonopoly authority and predict possible sanctions³⁷. Those doubts seem to be unfounded. The analysis of official policy documents and decisions of the antimonopoly authority did not support an argument that guidelines on fines decreased effectiveness of cartel enforcement. Neither have they adversely affected the average amount of the fines paid by undertakings. Furthermore, any analysis of decisions made independently by undertakings will not create any legitimate expectations in relation to future behavior of the antimonopoly authority. Such independent analysis would have a purely informative value. Therefore, guidelines on fines serve as an important guarantee for undertakings by providing more legal certainty. Finally, the publication of guidelines on fines makes it possible for the courts to better understand the fining policy of the antimonopoly authority and review the interpretation of the relevant statutory provisions.

The guidelines on fines are an important tool in providing accurate and comprehensive information about the antimonopoly law to undertakings. Therefore, the antimonopoly authority should ensure the quality of those guidelines. However, the antimonopoly authority has failed to keep them updated. The last change of the guidelines of 2015 revised them only as required by the prior amendment of the antimonopoly act. Despite the passage of 6 years from the adoption of the fining guidelines, the antimonopoly authority has not decided to reflect more on those guidelines in terms of new experiences gained from the cases handled by the authority and delivered court judgments. Therefore, it is disappointing that the update of guidelines covered only legislative

37 Piszcz, 2013: 302.

changes and has not offered more reflection on the administrative and judicial case law.

4. REGULATION OF FINES IN POLISH ANTIMONOPOLY LAW

The significance of fining guidelines in the Polish antimonopoly law may be easily understood after the analysis of the relevant statutory rules on fine calculation in Polish antimonopoly acts. The first antimonopoly act of 1990 did not provide for any rules on fine calculation. Neither had such rules ever existed in Polish administrative law³⁸. It left the antimonopoly authority with almost full discretion when levying fines. Some improvement took place together with the adoption of the antimonopoly act of 2000. Art. 104 stated that “when calculating the amount of the fines referred to in Articles 101-103, the duration, gravity and circumstances of the previous infringement of the provisions of the Act should be particularly taken into account”. This regulation was a step forward in establishing limits to the discretion of the antimonopoly authority but it remained rudimentary. Introduction of some directives of fine assessment was welcomed and it was perceived as a great achievement even though the wording of the statutory provision was imprecise³⁹. The following antimonopoly act of 2007 repeated the statutory provision with only slight linguistic change⁴⁰. In the absence of a developed statutory regulation of fine calculation, such rules could have been found in the case law of the antimonopoly court. The role of the courts was especially significant since the previous statutory provisions were limited and imperfect. This situation compelled courts to carefully assess the adequacy of the amount of fines and review the proper application of fining guidelines. The antimonopoly court managed to identify, in numerous judgments, specific circumstances and directives that should be taken into account when calculating fines⁴¹. This case law served as one of the

38 The Polish code of administrative procedure has never contained any rules on fine calculation. Neither have there ever been any such general provisions of Polish administrative law. Any rules on administrative fine adjustment may be found in some administrative law acts regulating certain areas, like the antimonopoly law.

39 Król – Bogomilska, 2001: 88.

40 Art. 111 of the antimonopoly act of 2007 stated that “when calculating the amount of the fines referred to in Articles 106 to 108, the duration, gravity and circumstances of the infringement of the provisions of the Act, as well as the previous infringement, should be particularly taken into account”.

41 For the summary of those directives see Sachajko, 2006: 197.

most important sources of inspiration for the antimonopoly authority when drafting the guidelines on fines in 2006.

The substantial change took place in January 2015, when the amendment of the antimonopoly act entered into force. The relevant statutory provision has been immensely developed. A significant part of the guidelines on antimonopoly fines has been transferred to the antimonopoly act. The new Art. 111⁴² distinguishes between fines for antitrust, merger and consumer violations.

42 “Article 111. 1. When determining the amount of a fine to be imposed, the President of the Office shall take into consideration, in particular, circumstances of the infringement of the provisions of this Act, and previous infringements of provisions of this Act, and, in the case of a fine referred to in:

- 1) Article 106 paragraph 1 and in Article 108 paragraph 1 subparagraph 2 – the duration, degree and market consequences of infringement of the provisions of this Act, the degree of infringement being assessed by the President of the Office taking into consideration the nature of the infringement, the undertaking’s business activity being the subject of the infringement, as well as – in the cases referred to in Article 106 paragraph 1 subparagraphs 1 to 3, and in Article 108 paragraph 1 subparagraph 2 – the specific nature of the market on which the infringement took place;
 - 2) Article 106a – degree of influence of a managing person’s conduct on the infringement committed by the undertaking, revenue obtained by the managing person at the undertaking concerned, having regard for the period of infringement, as well as the duration and market consequences of the infringement;
 - 3) Article 106 paragraph 2 and in Article 108 paragraphs 2 and 3 – the influence of the infringement on the course of the proceedings and the conclusion date;
 - 4) Article 107 and in Article 108 paragraph 1 subparagraph 1 – market consequences of failing to comply with decisions, rulings or judgments referred to in Article 107.
2. When determining the amount of fines according to paragraph 1, the President of the Office shall take into consideration the mitigating or aggravating circumstances of the case.
3. The mitigating circumstances as referred to in paragraph 2 shall be in particular:
- 1) in the case of infringement of prohibition of competition-restricting practices:
 - a) voluntary remedy of consequences of the infringement,
 - b) discontinuing the prohibited practice prior to or immediately after institution of proceedings,
 - c) performing activities at one’s own initiative in order to cease the infringement or to remedy the consequences thereof,
 - d) cooperation with the President of the Office in the course of the proceedings, in particular contributing to the proceedings being conducted quickly and efficiently,
 - e) the undertaking’s passive role in infringing the prohibition of competition-restricting agreements, including the undertaking’s avoiding implementation of provisions of a competition-restricting agreement,
 - f) acting under duress – in the case of infringement of prohibition of competition-restricting practices;
 - 2) in the case of infringement of prohibition of practices infringing collective consumer interests – circumstances referred to in subparagraph 1 points (a) to (d);
 - 3) in the case of a managing person allowing an undertaking to infringe prohibitions referred to in Article 6 paragraph 1 subparagraphs 1 to 6 of this Act or in Article 101 paragraph 1 items (a) to (e) of the TFEU:
 - a) acting under duress;
 - b) contributing to the undertaking’s voluntary remedy of consequences of the infringement,
 - c) contributing to ceasing the prohibited practice by the undertaking at that person’s own initiative prior to or promptly after institution of the proceedings,
 - d) circumstances referred to in subparagraph 1 points (c) and (d);
 - 4) in the case of failure to submit notification of the intent to concentrate as referred to in Article 13 – informing the President of the Office that the concentration has been performed and circumstances referred to in subparagraph 1 point d.

For each type of infringement, a separate list of relevant circumstances have been included. This new provision introduced important guarantees – the list of aggravating circumstances that may adversely affect the amount of fine has been closed. At the same time the list of mitigating circumstances remained exemplary and open.

This statutory provision on calculation of fines shows a clear pattern of development. At the beginning, it was the basic task of courts, then it was followed by the fining guidelines which served as intermediary steps for future development of statutory rules. At present, such a detailed provision on fine calculation increases legal protection of undertakings and limits the discretion enjoyed by the antimonopoly authority.

5. JUDICIAL REVIEW OF FINING GUIDELINES ISSUED BY THE POLISH ANTIMONOPOLY AUTHORITY

5.1. Courts competent to supervise actions of the antimonopoly authority

There are two types of courts competent in antimonopoly cases: civil and administrative ones. The primary role is played by civil courts adjudicating on appeals from decisions of the antimonopoly authority, as well as authorizing and supervising dawn raids undertaken by the antimonopoly authority. In

4. The aggravating circumstances as referred to in paragraph 2 shall be:

- 1) in the case of infringement of the prohibition of competition-restricting practices:
 - a) role of the leader or initiator of the competition-restricting agreement or inducing other undertakings to participate in the agreement – in the case of infringement of competition-restricting agreements,
 - b) forcing, exerting pressure or application of retaliatory measures with respect to other undertakings or persons in order to implement or continue the infringement,
 - c) previous similar infringement,
 - d) intentionality of the infringement;
- 2) in the case of infringement of the prohibition of practices infringing collective consumer interests:
 - a) considerable territorial range of the infringement or the effects thereof,
 - b) considerable profits obtained by the undertaking in connection with the infringement,
 - c) circumstances referred to in subparagraph 1 points (c) and (d);
- 3) in the case of a managing person allowing an undertaking to infringe the prohibitions referred to in Article 6 paragraph 1 subparagraphs 1 to 6 of this Act or in Article 101 paragraph 1 items (a) to (e) of the TFEU:
 - a) role of the organiser or initiator of the competition-restricting agreement or inducing other undertakings or persons to participate in the agreement,
 - b) considerable profits obtained by the managing person in connection with the infringement,
 - c) circumstances referred to in subparagraph 1 points (b) and (c);
- 4) in cases of failure to notify the intent to concentrate as referred to in Article 13 – circumstances referred to in subparagraph 1 points c and d.”

addition, administrative courts provide judicial protection for individuals in antimonopoly cases with regard to specific procedural acts or failure to act of the antimonopoly authority. Detailed delimitation of jurisdiction of civil and administrative courts is sometimes confusing and leads to jurisdictional disputes⁴³. To provide a complete picture of the judicial system in competition cases both court systems will be described, with special attention given to civil courts.

5.2. Administrative courts

Administrative courts in Poland consist of two instances: Voivodeship administrative courts and the Supreme Administrative Court. Administrative courts review challenged decisions or acts through the prism of the principle of legality. They may issue only cassatory rulings, i.e. either uphold or set aside the contested act. The jurisdiction of administrative courts covers hearing complaints against administrative acts of the public administration and some other types of official actions of administrative authorities⁴⁴. However, administrative courts do not control soft law documents issued by public authorities, with only one exception. This exception concerns general and individual tax law interpretations. Any other guidelines or soft law documents may be reviewed only indirectly by administrative courts, when adjudicating on the legality of challenged administrative acts.

In principle, all administrative decisions may be challenged before administrative courts. Between 1987 and 1990, administrative court heard complaints against decisions taken by the Minister of Finance serving as the antimonopoly authority. However, in 1990, the Polish legislator decided to alter the jurisdiction of administrative courts and empowered civil courts to control certain activities of public administrative authorities. This has been the case of competition law cases⁴⁵.

As indicated earlier, in the area of competition law, administrative courts have only limited jurisdiction and they are competent to hear complaints against specific procedural acts (such as the discontinuance of proceedings in certain

43 Comprehensive discussion of those problems is presented by Błachucki, 2011b: 130-158.

44 Detailed analysis is provided by Błachucki, 2011a: 12-13.

45 Alteration of judicial jurisdiction in antimonopoly law cases raises various problems – ranging from disputes of character and competences of the civil court to denial of judicial protection. There is no convincing explanation why these matters have been allocated to civil courts. On the contrary this change was accidental and it is hardly impossible to identify reasons for the legislator's choice. Detailed discussion of those issues is provided by Gronowski, 2006: 13-16.

cases or return of merger notification form to parties) or failure to act, as well as undue prolonging of proceedings by the antimonopoly authority. They also hear complaints against failure to provide access to public information by the antimonopoly authority.

Last but not least, administrative courts are competent to hear complaints against decisions of the antimonopoly authority taken in other areas of law (like the quality of goods act⁴⁶ or price information act⁴⁷). As mentioned earlier, the antimonopoly authority issued guidelines on fines regarding the price information act. Therefore, there is the possibility that administrative courts may also indirectly review those guidelines. However, the antimonopoly authority has issued only a few decisions in that area. In none of those decisions have guidelines been directly invoked, even though several of them contain direct excerpts from those guidelines. As a result, administrative courts have not yet reviewed those guidelines.

5.3. Civil courts

Civil courts play the primary role in reviewing actions of the antimonopoly authority. The appeals against administrative decisions of the antimonopoly authority are heard by the antimonopoly court. The official name of the antimonopoly court is the Court for Competition and Consumer Protection⁴⁸. The judgment of the antimonopoly court may be appealed to the Court of Appeals. Finally, the judgments of the court of Appeals are subject to extraordinary cassatory complaints heard by the Supreme Court. The Court for Competition and Consumer Protection was established by the Ministry of Justice as a department of the Voivodeship Court in Warsaw⁴⁹. Formally, the antimonopoly court is a civil court. Nonetheless, its legal character has been unclear. It was argued that the antimonopoly court cannot be described as a civil court or as an administrative court since the proceedings that are taking

46 Act of 12 December 2003 on general product safety, Journal of Laws No. 229.2275 with further amendments.

47 Act of 9 May 2014 on informing about prices of goods and services, Journal of Laws of 2014 item 915.

48 The name was changed in 2002 by the Act of 5 July 2002 on amending the act on competition and consumers protection, the Act – Civil procedural code and the Act on unfair competition, Journal of Laws No. 129.1102.

49 Regulation of the Minister of Justice of 30 December 1998 on the establishment of the antimonopoly court, Journal of Laws No. 166.1254.

place before it consist of elements of civil and administrative procedure⁵⁰. Others described the proceedings before the antimonopoly court as an external extraordinary procedure, i.e. judicial scrutiny of legality of antimonopoly decisions done by the civil court⁵¹. Even the Antimonopoly Court used to characterize itself as, essentially, an administrative court⁵² and a court of administrative nature with strictly defined scope of cognition restricted to the hearing of appeals against decisions and concerning issues which are governed by the antimonopoly act⁵³. These ambiguous concepts were typical to early 90's when the Polish antimonopoly law started to develop. At present, the civil nature of the Court for Competition and Consumer Protection and proceedings before it are not being contested.

The Court for Competition and Consumer Protection is competent to hear appeals and complaints against all administrative acts (decisions and orders) issued by the antimonopoly authority on the basis of the antimonopoly act (it includes decisions in antitrust, mergers, as well as consumer protection cases). Furthermore, the Court for Competition and Consumer Protection may hear appeals from administrative acts issued by sector regulators (energy, telecommunications and railways). The antimonopoly court has full jurisdiction when reviewing the case. Therefore, the antimonopoly court may not limit its jurisdiction just to control the legality of the challenged decision (like an administrative court), but is under an obligation to independently review and establish all relevant facts and apply the law. The antimonopoly court may not rely solely on the evidence gathered by the antimonopoly authority but should produce evidence on its own⁵⁴. As a result, the court may uphold the challenged decision, change it or, in exceptional circumstances, set aside the decision and send the case back to the antimonopoly authority.

Analysis of the jurisdiction of the Court for Competition and Consumer Protection proves that this court is a specialized civil court competent in all competition related matters, i.e. general and regulatory. Similarly to administrative courts, the antimonopoly court has no direct jurisdiction over guidelines

50 Ereciński, 1991: 33.

51 Woś, 1995: 104.

52 The judgment of the Antimonopoly Court of 16 July 1991, XVII Amr 8/91.

53 The judgment of the Antimonopoly Court of 19 September 1991, XVII Amr 9/91.

54 Gronowski, 2010: 449.

issued by the antimonopoly authority. Undertakings or any other entities may not directly challenge soft law documents adopted by the Polish NCA before the antimonopoly court. Nonetheless, the parties may raise arguments relating to the application of guidelines as one of the grounds of the appeal. Finally, the antimonopoly court is obliged to *ex officio* review if during the antimonopoly proceedings before the authority there hasn't been any manifest procedural error which may influence the outcome of proceedings. On rare occasions, i.e. total absence of application of fining guidelines or some extreme form of misapplication of guidelines on fines, the court may also treat this as an excessive procedural infringement. However, there has not been any such case, yet.

5.4. Review of case-law regarding fining guidelines

When analyzing the case law concerning guidelines on fines, it is visible that there have been several issues that courts specifically addressed in judgments. Those issues present a variety of problems ranging from procedural to substantive ones. Issues and judgments are presented in a chronological order to show the development of jurisprudence and the shift towards more substantive analysis. It should be noted that in all of the cases discussed below, the judicial analysis of guidelines was treated as a side consideration⁵⁵.

a) When should the guidelines be adopted?

Even though the antimonopoly court has been established in 1990, its early case law hardly ever discussed the problem of guidelines. The situation changed to some extent after the accession of Poland to the European Union in 2004. In one of the first judgments relevant to this issue, the Court for Competition and Consumer Protection ruled that the **adoption of guidelines by the antimonopoly authority may be justified only in exceptional situations**, where the interpretation of the antimonopoly act raised serious doubts. The aim of the guidelines would be to clarify identified doubts. Therefore, the adoption of guidelines is a legitimate and legal form of activity of the antimonopoly authority. This was the first situation where the antimonopoly court directly dealt with the problem of guidelines. The court formulated four conditions

55 Apart from judgments related directly to guidelines on antimonopoly fines a few judgments related to guidelines on consumer fines have been included, as well. Both guidelines have been prepared and applied by the antimonopoly authority, as well as the same antimonopoly court controls them. The additional judgments represent a small sample and they are presented in order to give a comprehensive picture of all issues related to fining guidelines.

which the antimonopoly authority should follow when issuing guidelines. First, guidelines should be limited to interpreting those provisions which proved to have raised conflicting readings. Second, adoption of guidelines should be reserved to exceptional situations. Third, adopted guidelines should be published. Fourth, **the guidelines may be deemed correct only if they were verified and confirmed by the following judicial case law**⁵⁶. This first judicial attempt to set conditions to adopt guidelines by the antimonopoly authority remained theoretical. The attempt of the court was overambitious and the conditions to adopt guidelines were impractical. If followed, these conditions would lead to harsh restrictions in adopting guidelines and, in some areas, guidelines would never be adopted due to the lack of judicial case law (like mergers). Furthermore, proposed conditions to adopt guidelines had no ground in statutory provisions. The antimonopoly act left a wide margin of discretion for the antimonopoly authority to adopt guidelines and the antimonopoly court failed to acknowledge this fact. For those reasons, the administrative practice of the antimonopoly authority disregarded analyzed conditions. The antimonopoly authority began to adopt guidelines on a regular basis. Contrary to limits set by the court, those were often complex guidelines covering all provisions from the given area (especially merger and fining guidelines). Despite the mentioned criticism, the significance of the analyzed judgments should be measured by the fact they were the first to officially recognize guidelines as a form of legal activity of the antimonopoly authority.

b) What is the legal character and effect of guidelines on fines?

The most important judgment of the Supreme Court in the analyzed area represents a very skeptical approach towards guidelines on fines. The court ruled that the **guidelines are binding only for the antimonopoly authority and courts are under no obligation to follow them**. Furthermore, courts enjoy full discretion (within statutory limits) when assessing and calculating the amount of fine. Therefore, appealing **undertakings may not effectively demand from the court to apply administrative guidelines and change the decision**. Last but not least, the Supreme Court questioned the legality of issuing guidelines by the antimonopoly authority, pointing that there is no

⁵⁶ Two judgments of the Court for Competition and Consumer Protection of 7 November 2007, cases XVII XVII AmA 26/07 and XVII AmA 27/07.

legal basis to adopt such document by the authority⁵⁷. This judgment shows that the Supreme Court was initially very skeptical on the adoption and against any legal effect of guidelines. The ruling of the Supreme Court plays a very important role in the legal treatment of guidelines. It is especially important for the courts of lower instances that should be very cautious when dealing with guidelines.

The critical opinion of the Supreme Court on fining guidelines was welcomed by some scholars who pointed out that if the rules on fine calculation were substantially underdeveloped, it should be a sign for the legislator to intervene and the antimonopoly authority should not replace the legislator. Moreover, the judgment shows the strong devotion of the Supreme Court to the principle of legality and judicial independence⁵⁸. Others argued that even if the legal basis to adopt guidelines is not clear, it is outweighed by the overall positive effects of issuing guidelines measured by the increase in level of transparency and ensuring fairness and equality in levying fines⁵⁹. Furthermore, it was stressed that guidelines are useful instruments both for the antimonopoly authority and undertakings, increasing transparency and solving many problems with the interpretation of the antimonopoly act and such a strict approach of the Supreme Court is unjustified⁶⁰.

This strict line of interpretation taken by the Supreme Court received support in some judgments of lower courts. For example, the antimonopoly court underlined the fact that the antimonopoly authority issues decisions on the basis of the statutory provisions and not guidelines. Therefore **it is legally correct when the guidelines are not invoked in the decisions**⁶¹. In another similar judgment, the Court for Competition and Consumer Protection has declared that it is bound solely by the statutory provisions on fine calculation. Therefore, rules on fine calculation set in the guidelines prepared by the authority indicating the percentage by how much the fine may be reduced or increased are not legally binding. At the same time, the court stated that **”despite the fact that the antimonopoly authority applied its guidelines,**

57 Judgment of the Supreme Court of 19 August 2009, III SK 5/09.

58 Król – Bogomilska, 2010: 11.

59 Turno, 2013: 182-183.

60 Błachucki, 2012: 70-72.

61 Judgment of the Court for Competition and Consumer Protection of 16 October 2014, XVII Ama 54/13.

the fine was calculated properly⁶². These judgments show a deep disbelief by some judges in the positive effects of guidelines, leading to a denial of the value of guidelines.

When assessing the correctness of fines, the role of the court is twofold. First, the court is obliged to assess if the antimonopoly authority properly applied the statutory provisions on fines, especially provisions regarding fine calculation. Second, the court is under the duty to verify whether the antimonopoly followed its guidelines on fines. However, this verification differs significantly from the first step. In the first step the court undertakes substantial assessment of the accuracy of fine. In the second step, the court must verify the procedural issue of whether the guidelines were properly applied by the authority in order to rule if the legal principle of protection of legitimate expectations was observed by the authority when calculating the fine⁶³. This explains the nature of judicial control of antimonopoly guidelines and it emphasizes, at the same time, that the fining guidelines are not a source of law and their legal effect is indirect.

However, many judgments tended to relax such a strict judicial approach towards guidelines. In one of such judgments, the Court for Competition and Consumer Protection pointed that **guidelines on fines are not legally binding but they are an official indicator for enterprises of how the antimonopoly authority calculates fines**. The Court stressed that “the guidelines may not go beyond the statutory provisions nor be contrary to statutory norms. The guidelines indicate solely how fines are calculated within the statutory limits. The aim of the guidelines is the increase of transparency of the antimonopoly authority in relation to the methodology of fine adjustment. The guidelines allow undertakings to initially assess the amount of fine which may be potentially levied for their anticompetitive behavior”⁶⁴. Similarly, on several occasions, courts described guidelines on fines as a policy document presenting the current administrative practice on fine calculation⁶⁵.

62 Judgment of the Court for Competition and Consumer Protection of 13 March 2012, XVII Ama 34/10.

63 Judgment of the Court of Appeals of 5 February 2013, VI ACa 1021/12.

64 Judgment of the Court for Competition and Consumer Protection of 16 October 2014, XVII Ama 54/13.

65 For example judgment of the Court for Competition and Consumer Protection of 13 March 2012, XVII Ama 34/10, judgment of the Court of Appeals of 22 November 2012, VI ACa 1170/11, judgment of the Court of Appeals of 10 May 2013, VI ACa 1362/12 or judgment of the Court of Appeals of 5 December 2012, VI ACa 764/12.

It is very important to notice that some judges expressly acknowledge the possibility of supplementing existing rudimentary rules on fine calculation. Court of Appeals ruled several times that “the list of circumstances taken into account when calculating antimonopoly fines is not exhaustive. The **list is supplemented by the case law of the antimonopoly authority, as well as by soft law documents which describe the current fining policy of the competition authority**”. The court indicated that the administrative discretion of the OCCP is limited by the proportionality principle (Art. 31.3 of the Polish Constitution) which precludes any administrative authority from imposing fines which are more severe than it is necessary to achieve the aim of the sanction⁶⁶.

c) Is it admissible for the antimonopoly authority (and courts) to apply EC guidelines on fines?

One of the issues which was invoked in several court cases was the problem whether the European Commission’s guidelines on fines are applicable in Poland and if the authority or courts should follow them. The Supreme Court rejected such possibility stating that “contrary to provisions of the act on the protection of collective consumer interests – provisions of the antimonopoly act on the prohibition of anticompetitive practices do not implement EU directives. Therefore, when interpreting provisions of the antimonopoly act on the prohibition of anticompetitive practices, the antimonopoly authority is not limited by the obligation of “pro-European” interpretation of domestic provisions. Consequently **soft law documents issued by the European Commission in the field of competition law as well as the case law of the European courts have only subsidiary relevance and may be used to conduct comparative law analysis**”⁶⁷. Furthermore, the Supreme Court underlined that Regulation 1/2003 does not create a legal basis for the applicability of European Commission guidelines in Polish law. When assessing Commissions guidelines on fines, the Supreme Court pointed that this soft law document applies only when Regulation 1/2003 is being enforced. By their legal nature, guidelines issued by the European Commission are binding exclusively on the authority which prepared them⁶⁸.

66 Judgment of the Court of Appeals of 22 November 2012, VI ACa 1170/11 or judgment of the Court of Appeals of 10 May 2013, VI ACa 1362/12.

67 Judgment of the Supreme Court of 3 September 2009, III SK 9/09.

68 Judgment of the Supreme Court of 15 May 2014, III SK 54/13.

Similarly, the Court for Competition and Consumer Protection pointed that the **guidelines on fines prepared by the European Commission are not a source of law but they describe the administrative practice of the European Commission**. The EC guidelines on fines may serve as an ancillary aid when levying fines for violations of collective consumer interests (since those provisions implement European law). However, antimonopoly fines have distinctive character which precludes application of EC guidelines in those matters⁶⁹. Therefore, European Commission guidelines may be used for comparative analysis of similar provisions of competition laws⁷⁰. Therefore, the **parties may not successfully argue against the decision of the antimonopoly authority which is contrary to EC guidelines**⁷¹.

However, some inconsistencies may be spotted in this area. Despite the fact that majority of court judgments underline the non-binding nature of the European Commission's guidelines on fines, in a recent judgment the Court for Competition and Consumer Protection directly applied the said guidelines. When assessing the amount of the fine, the court pointed to two additional mitigating circumstances which were listed in the EC guidelines on fines which were ignored by the authority. The court ruled that those circumstances should be taken into account in the given case and it ultimately reduced the fine⁷². This judgment is very surprising since the court did not explain why it referred to the EC guidelines and what the status of those guidelines was in the given case. What is even more peculiar is that the case was decided upon national provisions and there was no Community element.

Last but not least, despite this cautious attitude towards EC guidelines on fines, it is quite frequent for courts in Poland to invoke substantive guidelines prepared by the European Commission – especially vertical guidelines⁷³. However, they are treated as one of the sources for inspiration for courts, not as a legal basis for adjudication.

69 Judgment of the Court for Competition and Consumer Protection of 11 May 2011, XVII Ama 37/10.

70 Judgment of the Supreme Court of 9 August 2006, III SK 6/06 and Judgment of the Supreme Court of 19 August 2009, III SK 5/09.

71 Judgment of the Supreme Court of 19 August 2009, III SK 5/09.

72 Judgment of the Court for Competition and Consumer Protection of 2 March 2015, XVII Ama 69/12.

73 For example: judgment of the Supreme Court of 23 November 2011, III SK 21/11, judgment of the Court for Competition and Consumer Protection of 5 September 2013, XVII Ama 129/10 or judgment of the Court for Competition and Consumer Protection of 29 January 2014, XVII Ama 121/10.

d) How should courts respond to misapplication of guidelines on fines by the antimonopoly authority?

It is not unusual for undertakings appealing decisions of the antimonopoly authority to raise arguments related to the misapplication of the guidelines by the authority or the illegality of the applied guidelines on fines⁷⁴. In one of such cases, the Court for Competition and Consumer Protection upheld the decision of the antimonopoly authority stating that the decision provided a comprehensive justification of the levied fine. The court underlined that the antimonopoly authority followed statutory provisions on fine calculation and it consistently applied all the rules set in the guidelines on fines. For these reasons the fine was found to have been correct⁷⁵. The case shows that the antimonopoly court adjudicates on the argument of misapplication of fining guidelines and reviews the challenged decision through the prism of the guidelines on fines.

In another interesting case, the party complained that the “automatic” application of guidelines in each and every case leads to a significant procedural error. Instead of comprehensive review of the particular case, the antimonopoly authority concentrates on general criteria from guidelines. After analyzing the case, the Court of Appeals ruled that such “automatic” application of guidelines on fines in each and every case by the competition authority does not violate the principles of equity and proportionality. Such automatism serves as a guarantee for undertakings that the guidelines will be followed. The Court indicated that the guidelines provide for a comprehensive assessment of aggravating and mitigating circumstances, which prevents the authority from blind automatism in calculating fines⁷⁶.

e) Is it admissible for the courts to apply the guidelines on fines directly?

On some occasions, courts have applied the guidelines on fines directly. In one of the judgments, the Court for Competition and Consumer Protection ruled that the antimonopoly authority failed to apply one of the rules set in the fining guidelines and did not reduce the amount of the fine by 80%. Therefore, the court changed the decision of the authority in accordance with

74 For example: judgment of the Court for Competition and Consumer Protection of 16 October 2014, XVII Ama 54/13 or judgment of the Court of Appeals of 5 February 2013, VI ACa 1021/12.

75 Judgment of the Court for Competition and Consumer Protection of 21 September 2012, XVII Ama 81/11.

76 Judgment of the Court of Appeals of 16 June 2015, VI ACa 1048/14.

the guidelines and decreased the total fine by 80%. It should be noted that the court underlined that it was not bound by the guidelines. However, it did not preclude it from following the rules set in guidelines when changing the decision of the authority⁷⁷.

In another case, when evaluating the amount of the fine levied by the anti-monopoly authority the Court of Appeals pointed that putting an end to the anticompetitive behavior may result in a 30% decrease of the amount of the fine. Such an opportunity is foreseen in the administrative guidelines and, therefore, it is not possible to reduce the fine more due to this circumstance. Any more significant reduction could violate the principle of equal treatment of all subjects of the antimonopoly law. Furthermore, the court did not accept another mitigating circumstance because it was not listed in the guidelines⁷⁸. This judgment is quite surprising, showing an inability of the court to independently assess all circumstances of the case and strict reliance on administrative guidelines. The Court of Appeals misinterpreted the principle of equal treatment by treating antimonopoly guidelines equally to statutory provisions.

The analyzed judgments show that courts occasionally take an opportunist approach when adjudicating the case. Instead of independently assessing the facts and applying the antimonopoly act, they choose to follow the guidelines. It is interesting to note that neither of those judgments offers any justification for the courts' application of the administrative guidelines on fines.

f) Is it possible for the court to take a different view from the one presented in the guidelines on fines?

Guidelines on fines present the official interpretation of statutory provisions made by the antimonopoly authority. The non-binding nature of guidelines and the obligation of courts to independently interpret the antimonopoly act has led courts, on some occasions, to adhere to criteria which were different from the authority's interpretation of the relevant provisions. It is not a very common situation, but there are at least two judgments showing this possibility. What is also important is that in neither case did the courts refer directly to the guidelines on fines. However, the antimonopoly authority strictly followed the guidelines and the interpretation provided by the authority was rejected by the court. In both these judgments, the main problem was the same.

77 Judgment of the Court for Competition and Consumer Protection of 29 May 2014, XVII Ama 13/13.

78 Judgment of the Court of Appeals of 5 December 2012, VI ACa 764/12.

In two subsequent decisions⁷⁹, after the calculation of the fine, the result of the equation exceeded the maximum amount of the fine foreseen by the antimonopoly act. In accordance with the guidelines on fines, the antimonopoly authority decreased the amount of fine and levied maximum fines as proscribed by the antimonopoly act. It resulted in a situation where the cartel members received formally the same maximum fine irrespective of some differences in their behavior. Such application of statutory rules was rejected by the antimonopoly court⁸⁰. The antimonopoly court presented the opinion that the lack of differentiation of fines between the cartel members and levying fines in the same maximum amount upon all of them was contrary to the principle of equality. The court pointed that the authority miscalculated all the aggravating circumstances. In the opinion of the Court, such calculation may never exceed the maximum foreseen by the statutory provisions. Therefore the methodology used by the antimonopoly authority was wrong. The antimonopoly court indicated that all the aggravating circumstances should have equal value when calculating the amount of the fine. This value is the result of dividing the maximum statutory amount of fine by the number of identified aggravating circumstances. Such equation will prevent the antimonopoly authority from exceeding the statutory maximum for fines. The reasoning of the court was repeated in another case⁸¹.

The analyzed judgments show that the courts are sometimes willing to present their own interpretation of statutory provisions on fines and enforce it. Even though not directly, the interpretation put forward in the guidelines on fines has been rejected by the court for the first time. This proves that the judicial review of guidelines may take place, even if only indirectly. This positive sign should not overshadow the fact that the analyzed cases showed that both the court and the antimonopoly authority made mistakes. First, the authority should avoid situations where the calculation of fines may exceed the maximum set by the antimonopoly act. Second, the reasoning of the court is very simplistic and formalistic. There is no justification for treating all aggravating circumstances equally. This is why discretion is allowed, so as to individually

79 Decisions of the President of the Office for Competition and Consumer Protection of 31 December 2010 No. DOK 11/2010 and No. DOK 12/2010.

80 Judgment of the Court for Competition and Consumer Protection of 13 December 2013, XVII AmA 173/10.

81 Judgment of the Court for Competition and Consumer Protection of 30 March 2015 r., XVII AmA 69/12.

asses all the circumstances. Given the context of the case, some circumstances may play a more significant role in calculating the amount of the fine than others. Unfortunately, the antimonopoly court missed it.

5.5. Impact of judicial review on fining guidelines and decision-making of the antimonopoly authority

Analysis of decisions of the antimonopoly authority shows that the authority closely follows the guidelines on fines when levying financial penalties. All decisions of the antimonopoly authority provide for detailed calculation of fines, so it is easy to verify if the authority follows the guidelines or not⁸². However, it is very rare to find a direct reference to the guidelines in any of those decisions⁸³. Such references may only be found in older decisions of the antimonopoly authority⁸⁴. What is equally interesting is that one may find the exact excerpts from those guidelines in the wording of fining decisions. This shift may be seen as a response of the antimonopoly authority to the criticism towards legal effectiveness of guidelines raised by courts and as an attempt of the antimonopoly authority to clear any doubts that the guidelines are treated as a legal basis for issuing administrative decision⁸⁵.

The abovementioned situation describes the judicial skepticism against guidelines and the formal reaction of the antimonopoly authority. It seems both the court and the authority lost a balanced approach. The Supreme Court, as well as the lower courts, are right when pointing out the non-binding nature of the guidelines. Therefore, the antimonopoly may never treat guidelines as the source of law nor invoke guidelines in the operative part of the decision where the ruling is presented. However, the absence of reference to guidelines in the narrative part of the decision creates an impression of lack of transparency of the antimonopoly authority in presenting the inspiration for the given

82 In the past the antimonopoly authority did not always include such considerations in the decisions but moved detailed calculations to a restricted appendix to decision – see for example decision of the President of the Office for Competition and Consumer Protection of 17 December 2010 No. RKT 42/2010. Such practice was legally doubtful and it was abandoned by the authority.

83 For example see some recent decisions of the President of the Office for Competition and Consumer Protection No. RGD 1/2015, RBG 47/2014, DOK 9/2014, RLU 29/2014 or RKT 42/2014.

84 For example see some recent decisions of the President of the Office for Competition and Consumer Protection No. DOK 11/2010, DOK 12/2010 DOK 13/2011.

85 Błachucki, 2015: 57.

reasoning⁸⁶. This impression is deepened by the fact that one may find excerpts from the guidelines in the decision. For these reasons, the approach taken by the antimonopoly authority should be criticized. Reference to guidelines on fines in the decision will surely increase transparency and help the undertaking to better understand the reasoning of the authority. It will also create an opportunity for the court to assess the guidelines on fines more directly.

Even though the antimonopoly authority is willing to make some formal changes and exclude any references to guidelines from decisions, it is evident that the authority is not willing to change substantive parts of the guidelines in response to judicial criticism. The last amendment of the guidelines of 2015 made it perfectly clear that the antimonopoly authority has not been willing to engage in discussions about possible changes in relation to identified flaws in interpretation of statutory provisions, for example if maximum amount of fines is levied on cartel members irrespective of differences in their behavior. This is a part of a wider problem, that there is no transparent procedure on how to adopt, change and abrogate guidelines. Without proper public consultations and proper analysis of case law, the antimonopoly authority may tend to draft guidelines in a way which may not necessarily reflect all the relevant issues and the interpretation may not be as comprehensive as needed.

6. CONCLUSIONS

This article described the judicial control over guidelines on fines adopted and applied by the Polish antimonopoly authority. Due to the lack of legal remedies against guidelines and some reluctance of courts, the analyzed case law has been rather limited. Even though the number of relevant judgments concerning guidelines in general is not significant, most of them concern guidelines on fines issued by the antimonopoly authority. The explanation of this phenomenon is rather straightforward. Guidelines on fines are often questioned during the appeal procedure by the undertakings who disagree with the levied fine. Despite the fact that the sample was not extensive, some general conclusions may be drawn from this short review.

The basic obstacle in performing full judicial control over the fining guidelines is that there are no direct legal remedies against them. However, under the

86 At the same time, the antimonopoly authority eagerly presents other sources of inspiration by including in decisions references to national and foreign decisions and judgments or to the relevant literature.

Polish law such remedies are not available so it is a clear legislator's choice to eliminate any possibilities to question general soft law acts adopted by public authorities. Therefore, the control of the antimonopoly court over the fining guidelines is indirect and may take place if the party appeals the decision of the antimonopoly authority and only if the party raised the argument in the appeal. Furthermore, limited regulation of guidelines precludes the court from exercising full control. Because of the absence of procedural rules on adoption, change and abrogation of guidelines, the party may effectively question the misapplication of guidelines but not the guidelines themselves. Therefore, legislative change in the given area is desirable. The antimonopoly act ought to be changed in order to provide more effective ways of judicial control over the soft law documents issued by the antimonopoly authority, by developing provisions on guidelines.

The analysis of the judgments shows a paradox. On several occasions, courts have stressed that guidelines are not a source of law and the authority should avoid invoking them in the decision. However, the same courts acknowledged the fact that the guidelines exist and that they may fill legislative gaps, being the source of reasoning for the antimonopoly authority. At the same time, the absence of any reference to guidelines on fines prevent courts from directly evaluating them. As a result, such strict approach presented by courts may result in limiting their effective control over important acts adopted by the antimonopoly authority, which may adversely affect appealing undertakings. Therefore, a change in decision drafting should be envisaged and the antimonopoly authority should return to the previous practice of directly invoking the guidelines on fines in its decisions.

Our analysis described some inconsistencies in the case law. In some recent judgments, courts showed an opportunistic attitude towards the guidelines. Instead of carrying out independent interpretation of the guidelines on fines, courts applied the guidelines directly, not only those prepared by the Polish NCA, but by the European Commission as well. Examples of such judgments should be alarming and this approach should be rejected. Fortunately, there are also promising examples when courts actually engage in discussion with the interpretation presented in the guidelines on fines (even if guidelines have not been directly mentioned). This seems to be the right direction on how courts should control the application of guidelines on fines. By abandoning their strong initial skepticism and accepting guidelines as a legitimate legal instrument, courts may focus on essentially reviewing the interpretation provided

by the antimonopoly authority. In addition to this change, the antimonopoly authority should be more responsive to case law and include it in guidelines.

Last but not least, the antimonopoly authority should be more active in evaluating and updating guidelines. Some issues are problematic enough to be cleared in the guidelines on fines, such as calculation of the value of sales when levying fines, explaining when a specific increase of the fine may be made in order to achieve a deterrence effect, or the problem of (in)ability to pay the fine. These are specific issues which should be covered by the guidelines and later verified by the antimonopoly court.

BIBLIOGRAPHY

Books:

BŁACHUCKI, Mateusz

2011a *Sądownictwo antymonopolowe w Polsce – historia i ustrój* [The antimonopoly courts in Poland – history and regime], Warsaw: Office for Competition and Consumer Protection Press.

2012a *System postępowania antymonopolowego w sprawach kontroli koncentracji przedsiębiorców* [The system of antimonopoly merger proceedings], Warsaw: Office for Competition and Consumer Protection Press.

2013 *Polish Competition Law – Commentary, Case law and Texts*, Warsaw: Office for Competition and Consumer Protection Press.

BROLIK, Jacek

2013 *Ogólne oraz indywidualne interpretacje przepisów prawa podatkowego* [General and individual interpretations of tax law provisions], Warsaw: LexisNexis.

HOFF, Waldemar

1989 *Wytyczne w prawie administracyjnym* [Guidelines in administrative law], Warsaw: Wydawnictwo Naukowe PWN.

JANOWICZ, Zbigniew

1978 *Zagadnienia legislacji administracyjnej* [Selected issues of administrative legislation], Poznań: Wydawnictwo UAM.

KRÓL – BOGOMILSKA, Małgorzata

2013 *Zwalczanie karteli w prawie antymonopolowym i karnym* [Combating cartels in the perspective of antimonopoly and criminal law], Warsaw: Wydawnictwo Naukowe Scholar.

2001 *Kary pieniężne w prawie antymonopolowym* [Financial fines in the antimonopoly law], Warsaw: KiK.

KRUK, Emil

2013 *Sankcja administracyjna* [Administrative law sanction], Lublin: Wydawnictwo UMCS.

LIPOWICZ, Irena

1991 *Pojęcie sfery wewnętrznej administracji państwowej* [The concept of internal sphere of public administration], Katowice: Wydawnictwo Uniwersytetu Śląskiego.

PISZCZ, Anna

2013 *Sankcje w polskim prawie antymonopolowym* [Sanctions in Polish antimonopoly law], Białystok: Wydawnictwo Temida 2.

TURNO, Bartosz

2013 *Leniency. Program łagodzenia kar pieniężnych w polskim prawie ochrony konkurencji* [Leniency. Programme of fine mitigation in the Polish competition law], Warsaw: Wolters Kluwer.

WINCENIAK, Mirosław

2008 *Sankcje w prawie administracyjnym i procedura ich wymierzania* [Sanctions in administrative law and the procedure of their application], Warsaw: Wolters Kluwer.

Articles in journals:

ERECIŃSKI, Tadeusz

1991 "Postępowanie w sprawach o przeciwdziałanie praktykom monopolistycznym" [Proceedings in the antimonopoly cases], *Państwo i Prawo* 1991, No. 1, pp. 33-43.

KRÓL – BOGOMILSKA, Małgorzata

2010 "Kary pieniężne – główne kierunki ewolucji w okresie 20 lat rozwoju polskiego prawa antymonopolowego" [Regulation of antimonopoly fines – main trends in 20-year evolution of Polish antimonopoly law], *Europejski Przegląd Sądowy*, No 5, pp. 5-14.

SACHAJKO, Marek

2002 "Istota i charakterystyka prawna antymonopolowych kar pieniężnych" [The concept and legal characteristics of antimonopoly financial fines], *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny* 2002, No. 1, pp. 57-78.

SZYDŁO, Marek

2003 "Charakter i struktura prawna administracyjnych kar pieniężnych" [The legal character nad structure of administrative financial fines], *Studia Prawnicze* No. 4, pp. 123-150.

Woś, Tadeusz

1995 "Glosa do wyroku SN z dnia 26 listopada 1993 r., III CZP 63/93", [Comment on the judgment of the Supreme Court of 26 Nov. 1993], *Państwo i Prawo* 1995, No 5, pp. 103-108.

Articles in collective works:

BŁACHUCKI, Mateusz

2011b "Właściwość sądów administracyjnych i sądów powszechnych w sprawach antymonopolowych" [Jurisdiction of civil and administrative courts in antimonopoly cases], in Mateusz Błachucki & Teresa Górzyńska (eds.), *Aktualne*

- problemy rozgraniczenia właściwości sądów administracyjnych i powszechnych* [Current issues in delimitating of jurisdiction of civil and administrative courts], Warsaw: Head Administrative Court Press, pp. 130-158.
- 2012b “Stanowienie aktów tzw. prawa miękkiego przez organy administracji publicznej na przykładzie prawa antymonopolowego” [Adoption of soft law documents by public administration – the example of antimonopoly law], M. Stahl & Z. Duniewska (eds.) *Legislacja administracyjna. Teoria, orzecznictwo, praktyka* [Legislation of public administration. Theory, case law, practice], Warsaw: Wolters Kluwer, pp. 234-252.
- 2014 “Urzędowe wyjaśnienia przepisów prawa wydawane przez organy administracji” publicznej [Official interpretations of statutory norms issued by public administration authorities], in Mateusz Błachucki & Teresa Górzyńska (eds.), *Źródła prawa administracyjnego a ochrona praw i wolności obywatelskich* [Sources of administrative law and the protection of human rights and liberties], Warsaw: Head Administrative Court Press, pp. 121-152.
- 2015 “Wytyczne w sprawie nakładania administracyjnych kar pieniężnych (na przykładzie wytycznych wydawanych przez Prezesa UOKiK)” [Guidelines on issuing administrative fines (example of guidelines issued by the President of the OCCP)], in Mateusz Błachucki (ed.), *Administracyjne kary pieniężne w demokratycznym państwie prawa* [Administrative fines in democratic state of law], Warsaw: Ombudsman Press, pp. 42-62.
- BOJANOWSKI, Eugeniusz & KASZUBOWSKI, Krzysztof
- 2009 “Urzędowe akty wykładni w sferze prawa powszechnego a formy działania administracji publicznej (Wybrane problemy)” [Official acts of interpretations of statutory provisions and the forms of legal action of public administration (Selected problems)], in J. Boć & A. Chajbowicz (eds.) *Nowe problem badawcze w teorii prawa administracyjnego* [New research problems in the administrative law science], Wrocław: Kolonia Limited, pp. 155-161.
- GRONOWSKI, Stanisław
- 2010 “Competition Judiciary in Poland”, in M. Krasnodębska-Tomkiel (ed.) *Changes in Competition Policy Over the Last Two Decades*, Warsaw: Office for Competition and Consumer Protection Press, pp. 443-454.
- 2006 “Sądownictwo z zakresu ochrony konkurencji w Polsce” [Courts responsible for competition protection in Poland], in C. Banasiński (ed.) *Prawo konkurencji – stan obecny oraz przewidywane kierunki zmian* [Competition law – current state and foreseeable patterns of change], Warsaw: Office for Competition and Consumer Protection Press, pp. 11-24.

JABŁOŃSKI, Michał

- 2012 "Rola aktów prawnych administracji publicznej w działaniu w sferze uznania administracyjnego" [The role of legal acts of public administration in the sphere of administrative discretion], in M. Stahl & Z. Duniewska (eds.) *Legislacja administracyjna. Teoria, orzecznictwo, praktyka* [Legislation of public administration. Theory, case law, practice], Warsaw: Wolters Kluwer, pp. 127-151.

KMIECIAK, Zbigniew

- 2008 "Urzędowe interpretacje prawa podatkowego (nowe wyzwania)" [Official interpretations of tax law (New challenges)], in: T. Bąkowski, J. Warylewski & K. Grajewski (eds.) *Orzecznictwo w systemie prawa* [Case law in the system of law], Warsaw: Wolters Kluwer, pp. 121-133.

LANG, JACEK

- 2012 "Uwagi na temat prawnej struktury urzędowej interpretacji prawa" [Some remarks on the legal structure of the official interpretation of statutory provisions], in D. Kijowski, A. Miruć, A. Suławko – Karetko *Jakość prawa administracyjnego* [Quality of administrative law], Warsaw: Wolters Kluwer, pp. 229-237.

SACHAJKO, Marek

- 2006 "Administracyjna kara pieniężna jako element systemu sankcjonowania naruszeń wspólnotowych oraz polskich zakazów ograniczających konkurencję" [Administrative financial fine as an element of the system of sanctioning infringements of Community and Polish prohibitions of anticompetitive behaviors] in C. Banasiński, M. Kępiński, B. Popowska & T. Rabska (eds.) *Aktualne problemy polskiego i europejskiego prawa ochrony konkurencji* [Current issues of Polish and European competition law], Warsaw: Office for Competition and Consumer Protection Press, pp. 190-201.

STEFANIUK, Marek

- 2011 "Zasady wymierzania kar pieniężnych w polskim prawie antymonopolowym" [Rules on setting fines in Polish antimonopoly law], in M. Stahl, R. Lewicka & M. Lewicki (eds.) *Sankcje administracyjne* [Administrative law sanctions], Warsaw: Wolters Kluwer, pp. 327-338.

TALAGA, Robert

- 2012 "Wytyczne Ministra Rozwoju Regionalnego w zakresie prowadzenia polityki rozwoju" [Guidelines of the Minister of Rural Development regarding the development policy], in M. Stahl & Z. Duniewska (eds.)

Legislacja administracyjna. Teoria, orzecznictwo, praktyka [Legislation of public administration. Theory, case law, practice], Warsaw: Wolters Kluwer, pp. 320-333.

Official documents:

EUROPEAN COMMISSION

- 2006 *Guidelines on the method of setting fines imposed pursuant to Article 23(2)(a) of Regulation No 1/2003*, OJ 2006/C 210/02, of 01.09.2006.
- 1998 *Guidelines on the method of setting fines imposed pursuant to Article 15(2) of Regulation No 17 and Article 65(5) of the ECSC Treaty*, OJ C 9, of 14.1.1998.

OFFICE FOR COMPETITION AND CONSUMER PROTECTION (POLISH NCA)

- 2015a *Guidelines on setting fines for competition-restricting practices*, of 29.12.2015.
- 2015b *Guidelines on settlement procedure*, of 18.11.2015.
- 2015c *Guidelines on criteria and procedure of merger notifications to the President of OCCP*, of 23.01.2015.
- 2014 *Guidelines on setting fines for infringements of the act on informing about prices of goods and services*, of 22.12.2014.
- 2013 *Guidelines on setting fines for practices infringing collective consumer rights*, of 10.05.2013.
- 2009a *Guidelines on setting fines for competition-restricting practices*, of 01.01.2009.
- 2009b *Guidelines of the President of the Office of Competition and Consumer Protection on the Leniency Programme (the procedure of submitting and handling applications for immunity from or reduction of a fine – “leniency applications”)*, of 24.02.2009.
- 2003a *Guidelines of the President for Competition and Consumer Protection Office on criteria of merger notifications*, Warsaw: Office for Competition and Consumer Protection Press.
- 2003b *Guidelines of the President for Competition and Consumer Protection Office on procedure of merger notifications*, Warsaw: Office for Competition and Consumer Protection Press.

CONTEÚDO E EXTENSÃO DO DIREITO À CONFIDENCIALIDADE DAS COMUNICAÇÕES ENTRE ADVOGADO E CLIENTE À LUZ DO DIREITO COMUNITÁRIO E DO DIREITO NACIONAL (PARTE I)

Luís Miguel Romão / Alexandre Miguel Mestre

ABSTRACT: The confidentiality of lawyers' communications and advice has been at the very heart of a profound discussion, in particular as regards its application in competition law cases. The fact that not all EU Member States seem to have similar rules on the rights, duties and privileges given to lawyers has generated much debate as to what should be protected and who should be the professionals that are to benefit from such protection under EU law. This paper aims to discuss, in two parts, the content and reach of the right to confidentiality of the communications between lawyers and their clients within the existing legal framework of EU and Portuguese Law, in particular as regards its foundations and the treatment that it has deserved from the EU and Portuguese courts.

SUMÁRIO: 1. O respeito das relações confidenciais entre advogados e clientes e o seu conteúdo e alcance em direito comunitário. 1.1. Os direitos de defesa como princípios gerais de direito comunitário; o *legal privilege* como corolário dos direitos de defesa; os princípios definidos no acórdão *AM&S*. 1.2. A confidencialidade das comunicações entre cliente e advogado e os seus fundamentos nos princípios aceites pela generalidade das ordens jurídicas dos Estados-membros. 1.3. O princípio da proteção da confidencialidade como exigência das profissões jurídicas e o seu carácter dinâmico. 1.4. O aprofundamento e alargamento do âmbito de proteção da confidencialidade em matéria de concorrência. 1.5. As condições requeridas pelo TJUE para o reconhecimento da confidencialidade. 1.6. Os poderes de investigação da Comissão e os seus limites. 1.7. As evoluções mais recentes do âmbito de proteção da confidencialidade na jurisprudência comunitária.

“The foundation of this rule [legal privilege] is not difficult to discover. It is not (as has sometimes been said) on account of any particular importance which the law attributes to the business of legal professors, or any particular disposition to afford them protection ... It is out of regard to the interests of justice which cannot be upholden, and to the administration of justice which cannot go on without the aid of men skilled in jurisprudence, in the practice of the courts and in those matters affecting rights and obligations which form the subject of all judicial proceedings ... Deprived of all professional assistance, a man would not venture to consult any skilful person or would only dare to tell his counsellor half his case.”

Lord Chancellor Brougham in *Greenough v. Gaskell*, 1833, 1 My & K. 98.

1. O RESPEITO DAS RELAÇÕES CONFIDENCIAIS ENTRE ADVOGADOS E CLIENTES E O SEU CONTEÚDO E ALCANCE EM DIREITO COMUNITÁRIO

1.1. Os direitos de defesa como princípios gerais de direito comunitário; o *legal privilege* como corolário dos direitos de defesa; os princípios definidos no acórdão *AM&S*

Os princípios aplicáveis em direito comunitário da concorrência em matéria de *legal privilege* foram definidos pelo Acórdão *AM&S*¹, do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), e desenvolvidos no Despacho *Hilti*², do Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias (TPI, atual Tribunal Geral).

A importância fundamental do Acórdão *AM&S* é, antes de mais, a de ter colocado a confidencialidade das comunicações entre advogado e cliente ao nível dos princípios gerais de direito comunitário.

Concretamente, o TJUE considerou que aquela confidencialidade responde: “à exigência, cuja importância é reconhecida pelo conjunto dos Estados-membros, de que todo e qualquer cidadão deve ter a possibilidade de se dirigir em toda a liberdade ao seu advogado, cuja profissão comporta a obrigação de prestar, de forma independente, assistência jurídica a todos os que dela necessitem”³.

1 Acórdão 155/79.

2 Despacho T-30/89.

3 Acórdão 155/79, n.º 18.

Mais: o direito à confidencialidade das comunicações entre uma empresa e os seus advogados foi expressamente ligado pelo Tribunal à necessidade de “*salvaguardar o pleno exercício dos direitos de defesa, dos quais a proteção da confidencialidade da correspondência escrita entre advogados e clientes é um corolário essencial*”⁴.

Resta dizer, para completar este quadro geral, que o respeito dos direitos de defesa foi expressamente considerado pelo TJUE como “*um princípio fundamental da ordem jurídica comunitária*”⁵, que “*deve ser assegurado mesmo na ausência de toda e qualquer regulamentação relativa ao procedimento em causa*”⁶.

Desde 1974, aliás, que o TJUE proclamou, em termos gerais, que “*os direitos fundamentais fazem parte integrante dos princípios gerais de direito cujo respeito lhe compete assegurar*”⁷.

1.2. A confidencialidade das comunicações entre cliente e advogado e os seus fundamentos nos princípios aceites pela generalidade das ordens jurídicas dos Estados-membros

Para chegar à formulação de tais princípios, o TJUE baseou-se, antes de mais, como é próprio do seu método de interpretação do direito comunitário – um direito “*saído de uma interpenetração não apenas económica, mas também jurídica dos Estados-membros*” – nos “*princípios e conceções comuns aos direitos destes Estados*”⁸.

Ora, a análise das distintas ordens jurídicas dos Estados-membros revela, justamente, que a proteção das comunicações entre cliente e advogado é um princípio aceite pela generalidade dessas ordens jurídicas⁹.

É certo que, como reconhece o TJUE, existem diferenças entre os Estados-membros na forma como é assegurada essa proteção¹⁰. Mas essas diferenças traduzem, mais do que uma diversidade ao nível do resultado pretendido e,

4 Acórdão 155/79, n.º 23.

5 Acórdão 322/82, n.º 7.

6 Acórdão 234/84, p. 2289; Acórdão 40/85, p. 2348.

7 Acórdão 4/73, n.º 13. Cfr. também Acórdão 44/79, n.º 15. Mais recentemente, veja-se também, a título de exemplo, a afirmação reforçada deste princípio no Acórdão C-415/93, n.º 79.

8 Acórdão 155/79, n.º 18.

9 Cfr. Acórdão 155/79, n.º 19. Sobre estas e a génese do princípio em direito comunitário, são importantes as Conclusões Slynn no processo AM&S, pp. 1648 e ss.

10 Sobre algumas dessas diferenças e seu significado, podem ler-se as Conclusões Warner, pp. 1632-1633 (baseadas nas conclusões do Relatório Edward, de que se falará mais adiante), bem como as Conclusões Slynn, já citadas.

portanto, do grau de proteção alcançado, uma diversidade nos métodos aplicados para alcançar essa proteção¹¹.

A razão das diferenças resulta essencialmente da coexistência, na Comunidade, de diferentes sistemas jurídicos e da diversidade de pontos de partida adotados por cada um relativamente a este problema. Assim, se em alguns Estados-membros, a proteção da confidencialidade se baseia principalmente na própria natureza da profissão de advogado, enquanto alguém que colabora na salvaguarda da legalidade¹², noutros encontra a sua justificação na exigência mais específica (também reconhecida nos primeiros Estados) do respeito dos direitos de defesa¹³.

Mas, como sublinhou o Advogado-Geral Sir Gordon Slynn, nas suas Conclusões no processo *AM&S*¹⁴, as divergências inevitáveis entre os sistemas jurídicos nacionais (ligados seja à ideia de “legal professional privilege”, seja à noção de “segredo profissional”, à proteção da “confidentiality” ou ainda ao respeito dos “direitos de defesa”) não poderiam, em qualquer caso, constituir obstáculo ao reconhecimento de um princípio geral de direito comunitário, uma vez que este decorra de uma aceitação generalizada, independentemente das particularidades nacionais. Ao TJUE competiria esclarecer, em última instância e em cada caso, qual a melhor e a mais apropriada concretização do princípio.

Foi certamente isso que levou o TJUE a adotar uma perspetiva eclética que combina as diversas perspetivas. Com efeito, depois de considerar a confidencialidade da correspondência advogado-cliente como um complemento necessário dos direitos de defesa, salvaguardados pelo próprio Regulamento 17/62¹⁵, o TJUE chamou igualmente a atenção para a conceção do papel do advogado

11 Nesse mesmo sentido, cfr. Pliakos, 1987, e Pais Antunes, 1995: 139-140.

12 E aí, como nos sistemas anglo-saxónicos, pode mesmo ir além dos quadros do direito de defesa. Cfr. as conclusões do Advogado-Geral Warner, no proc. *AM&S*, Rec. p. 1633: em direito inglês, a noção de *legal professional privilege* (designação considerada infeliz, porque sugere um “privilégio” concedido aos advogados) protege duas categorias de documentos: a primeira compreende as comunicações entre uma pessoa e o seu advogado com o objetivo de obter ou de dar um parecer jurídico, em ligação ou não com uma ação pendente ou encarada; a segunda engloba as comunicações entre uma pessoa ou o seu advogado e terceiros, redigidas com o objetivo de preparar uma ação pendente ou prevista.

13 Cfr. Acórdão 155/79, n.º 20.

14 Conclusões citadas, p. 1650.

15 Cfr. considerando 11.º do Preâmbulo e artigo 19.º do Regulamento; Acórdão 155/79, n.º 23.

como colaborador da justiça, chamado a fornecer, em plena independência e no interesse superior desta, a assistência jurídica necessária ao seu cliente¹⁶.

Como sublinhou o TJUE, esta proteção tem como contrapartida a disciplina profissional, imposta e controlada, no interesse geral, pelas instituições competentes, o que constitui garantia da seriedade e do respeito dos princípios e valores que a confidencialidade visa proteger.

1.3. O princípio da proteção da confidencialidade como exigência das profissões jurídicas e o seu carácter dinâmico

Nas suas Conclusões no processo *AM&S*¹⁷, o Advogado-Geral Jean-Pierre Warner baseou-se largamente num documento preparado em 1976 sob a égide do CCBE¹⁸, no qual se procedia a uma detalhada análise comparada do problema da confidencialidade e do *legal privilege* nos então nove Estados-membros da então Comunidade Europeia.

Intitulado “The Professional Secret, Confidentiality and Legal Professional Privilege in the Nine Member States of the European Community”, o relatório foi redigido sob a responsabilidade de D. A. O. Edward, mais tarde Presidente do CCBE, ficando conhecido como “Relatório Edward”. O referido Relatório serviu de base à intervenção do CCBE no processo *AM&S*, cuja representação foi aliás assegurada pelo próprio David Edward, mais tarde Juiz no TPI e, subsequentemente, no TJUE.

A autoridade e seriedade do CCBE, bem como a sua posição e conhecimento ímpares dos sistemas jurídicos dos diferentes Estados-membros justifica que registemos aqui algumas das suas mais relevantes conclusões gerais quanto ao tema de que nos ocupamos:

“In all the member states of the European Community, the law protects from disclosure information communicated in confidence to a lawyer by his client”. “The rights, duties and privileges given to lawyers are therefore an essential element in the protection of individual liberty in a free society. They exist for the public interest; they have not

16 Cfr. Acórdão 155/79, n.º 24. Como referiu o Tribunal, uma tal conceção corresponde também às tradições jurídicas comuns aos Estados-membros e encontra-se na própria ordem jurídica comunitária, nomeadamente nos Estatutos do Tribunal de Justiça.

17 Rec. 1982, pp. 1620 e ss.

18 Na altura, ainda, a CCBE – *Commission consultative des barreaux de la Communauté européenne*, hoje em dia o CCBE – *Conselho das Ordens de Advogados da União Europeia*.

*been created by lawyers for their private benefit*¹⁹. “In all the member states it is also recognized that written correspondence and oral communications between lawyers acting for different parties must in certain circumstances be protected from disclosure. The purpose of this protection is [...] the same in all the member states – namely, to ensure that lawyers, as part of their professional duty, can achieve the settlement of disputes without resort to litigation”²⁰. “This aspect of the law is, in most member states, only a part of a more general legal and constitutional framework by which the state guarantees to its citizens such fundamental rights as the right to a fair trial, the inviolability of the home, of letters and of telecommunications, and the right to individual privacy”²¹.

Entre as constatações específicas do “Relatório Edward” figuram as de que, em todos os sistemas (de direito continental) dos Seis países fundadores da Comunidade: (a) a confidencialidade das comunicações entre um arguido e o seu advogado (em ambos os sentidos) é considerada um princípio fundamental de direito e de processo penal, intimamente ligada aos direitos de defesa e a um processo equitativo; (b) os documentos em posse de um advogado estão protegidos contra buscas e apreensões das autoridades administrativas; (c) o segredo profissional é reconhecido como um específico conceito jurídico merecedor de proteção.

Por sua vez²², os sistemas de *common law* (Inglaterra, Irlanda e Escócia), construídos à volta do conceito de *legal professional privilege*, são os mais aperfeiçoados na proteção da confidencialidade.

Mas, como reconhece o Relatório, as diferenças entre os Seis e o Reino Unido são mais de abordagem ou de método (tornadas necessárias pelas diferenças fundamentais nos seus sistemas jurídicos) que de resultado. Daí, por exemplo, que a lei alemã estivesse mais próxima do direito anglo-saxónico que do direito francês²³.

19 Na síntese de Helmut Kreis, “[t]he history of the ‘privilege’ clearly demonstrates that it has developed from a personal right of the lawyer related to his professional ethics to a matter of the interests and subsequently to a right of his client” (Kreis, 1983: 166).

20 Relatório cit., p. 4.

21 Relatório cit., p. 5.

22 Como melhor se verá *infra*.

23 Relatório cit., p. 17.

A análise do “Relatório Edward” demonstra que o próprio TJUE nele se inspirou para formular as conclusões a que chegou no seu acórdão²⁴.

Desde logo, no que toca ao reconhecimento da existência, para além das diferenças de critério ou de método, de um princípio de proteção da confidencialidade comum aos ordenamentos jurídicos dos vários Estados-membros, que se impõe como limite aos poderes de investigação da autoridade de controlo (então, os poderes previstos no artigo 14.º do Regulamento 17/62; hoje, os poderes equivalentes consagrados no artigo 20.º do Regulamento n.º 1/2003²⁵).

Aquela mesma disparidade e a busca de um denominador comum explicam, no entanto, que o Tribunal de Justiça tenha, aparentemente, ficado, no seu pronunciamento, aquém do grau de proteção requerido em certos ordenamentos (como o inglês).

A doutrina tem-se porém encarregado de sublinhar que o alcance do princípio tem um conteúdo dinâmico, devendo necessariamente adaptar-se às novas realidades processuais e socioeconómicas e à evolução dos condicionalismos ligados ao exercício da profissão de advogado²⁶.

Neste contexto, é de referir que, na sua reunião de 22 de fevereiro de 2001, o CCBE adotou uma “Declaração de Princípios sobre o segredo Profissional dos Advogados” particularmente vigorosa, na qual considerou que, mesmo em matérias penais das mais graves e delicadas (branqueamento de dinheiro, violências sobre menores) “[é] um direito fundamental do cidadão o de ser protegido contra toda e qualquer divulgação do que ele confiou ao seu advogado”.

24 No ano seguinte ao da elaboração do “Relatório Edward”, uma Comunicação ao VIII Congresso FIDE, Copenhaga, 1978, vol. 3, da autoria do antigo Diretor Geral da D.G. Concorrência da Comissão Europeia, C.-D. Ehlermann, e de um outro funcionário da mesma Direção-Geral, D. Oldekop, tomando como referência a análise de direito comparado feita naquele Relatório, chegava essencialmente às mesmas conclusões, no sentido da existência de um princípio geral de respeito pelas comunicações entre advogado e cliente aplicável igualmente em direito comunitário. Bem antes, pois, do acórdão AM&S, eminentes juristas comunitários, ligados aliás à Comissão Europeia, avançavam resolutamente, no silêncio do Regulamento 17 (o Conselho não aceitara as propostas então formuladas pelo Parlamento Europeu, no Relatório Deringer), no sentido do reconhecimento daquele princípio geral. É de assinalar que o Relatório Ehlermann/Oldekop ligava o respeito da confidencialidade ao segredo profissional e já propunha o seu alargamento aos advogados ligados às empresas por um contrato de trabalho.

25 Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, de 16 de Dezembro de 2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81.º e 82.º do Tratado, JO n.º L 1, de 4.1.2003, p. 1, com a última alteração que foi introduzida pelo Regulamento (CE) n.º 487/2009 do Conselho, de 25 de Maio de 2009, relativo à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado a certas categorias de acordos e de práticas concertadas no sector dos transportes aéreos (Versão codificada), JO n.º L 148, de 11.6.2009, p. 1.

26 Ver, por exemplo, Pliakos, 1987: 35 e 272/273. No mesmo sentido, cfr. as alegações do CCBE no caso AM&S, a que alude o n.º 8 do acórdão.

E foi igualmente tendo presente o conteúdo dinâmico do princípio e a sua adaptação à evolução dos condicionalismos ligados ao exercício da profissão de advogado que esteve na base do desenvolvimento da mais recente jurisprudência do TPI que adiante se dará conta.

1.4. O aprofundamento e alargamento do âmbito de proteção da confidencialidade em matéria de concorrência

Os princípios consagrados pelo Tribunal de Justiça em *AM&S* foram posteriormente desenvolvidos e aprofundados pelo TPI no Despacho *Hilti*.

Desde logo, reparar-se-á que o acórdão *AM&S* apenas se referia, textualmente, à proteção da confidencialidade da “correspondência” trocada entre o cliente e o seu advogado no interesse e para os fins do direito de defesa do primeiro²⁷.

Mas, logo no mesmo acórdão, reconheceu-se que a proteção da confidencialidade, para ser eficaz, não se estende apenas à correspondência trocada após a abertura do procedimento, antes cobrindo igualmente a correspondência anterior que mantenha um laço de conexão com o objeto desse procedimento²⁸.

Com particular interesse são de notar, a este propósito, dois aspetos importantes: (a) Os documentos cuja confidencialidade era invocada e foi reconhecida pelo TJUE no processo *AM&S* foram elaborados ou referiam-se a pareceres jurídicos dados em fins de 1972 e no decurso do primeiro semestre de 1973, isto é, na época que precedeu e se seguiu imediatamente à adesão do Reino Unido às Comunidades Europeias (portanto 6 ou 7 anos antes da investigação da Comissão); (b) Os referidos documentos diziam respeito, no essencial, à questão de saber em que medida poderia ser evitado um eventual conflito entre a empresa investigada e as autoridades comunitárias quanto à situação da primeira, nomeadamente à luz das regras comunitárias de concorrência²⁹.

Por isso, o TJUE não hesitou em considerar que, apesar do período que decorreu entre a sua elaboração e a realização de uma investigação pela Comissão, esta “correspondência” deveria beneficiar da confidencialidade, uma vez que se situava no quadro dos direitos de defesa e da missão específica do advogado a este respeito³⁰.

27 No entanto, nas suas conclusões, o Advogado-Geral Sir Gordon Slynn havia já considerado que a proteção se estendia a qualquer tipo de comunicação, oral ou escrita, entre o advogado e o seu cliente.

28 Acórdão 155/79, n.º 23.

29 Ver Acórdão 155/79, n.ºs 33 e 34.

30 Acórdão 155/79, n.º 34.

Também no acórdão Hoechst³¹, o TJUE tornou claro que: “[...] *se é verdade que, [no acórdão Michelin, supra citado], o Tribunal de Justiça sublinhou que os direitos de defesa devem ser respeitados no decurso dos processos administrativos suscetíveis de conduzir à aplicação de sanções, importa evitar que estes direitos possam ser irremediavelmente comprometidos no âmbito de processos de inquérito prévio, entre os quais as inspeções, que podem assumir um carácter determinante para a prova da ilegalidade de comportamentos das empresas suscetíveis de implicar a sua responsabilidade*”.

Por conseguinte, continuou o TJUE³², “[...] *se certos direitos de defesa dizem apenas respeito a processos contraditórios abertos por uma comunicação de acusações, outros direitos, por exemplo o de receber assistência jurídica e o de preservar a confidencialidade da correspondência entre advogado e cliente (reconhecida por este Tribunal no acórdão [...] AM&S [...]), devem ser respeitados desde a fase do inquérito preliminar*”.

Transpondo este raciocínio para o quadro da aplicação do direito comunitário da concorrência, podemos afirmar, como princípio geral, que as comunicações entre advogados e clientes são automaticamente objeto de *legal privilege* a partir do momento no qual a Comissão inicia os procedimentos administrativos.

Contudo, o privilégio deve igualmente cobrir as anteriores comunicações que tenham uma relação direta com a matéria objeto do procedimento, ou seja, que consubstanciem uma antecipação a tal procedimento, pelo que importa retroagir a um momento prévio ao início da investigação. Fundamentalmente o que aqui está em causa são os “factos ou documentos relacionados com o objeto e a finalidade da inspeção” ou os “factos que se prendam com o objeto e a finalidade de uma inspeção”, a que se referem, respetivamente, a alínea *e*) do n.º 2 do artigo 22.º e a alínea *d*) do n.º 1 do artigo 23.º, ambos do Regulamento n.º 1/2003.

Foi, porém, no Despacho Hilti, que, relativamente à confidencialidade da correspondência advogado-cliente, se tornou definitivamente claro que a noção de correspondência deve ser interpretada de modo amplo e numa perspetiva teleológica.

Com efeito, ali se considerou que uma nota interna da empresa que reproduz, para permitir a reflexão dos quadros responsáveis, o texto ou o conteúdo

31 Acórdão 46/87, n.º 15.

32 Acórdão 46/87, n.º 16.

de pareceres recebidos de consultores jurídicos independentes, logo externos à empresa³³, está igualmente abrangida pelo *legal privilege*.

Nos termos do despacho, *“ainda que esses pareceres jurídicos não tenham sido recebidos por correspondência, deve considerar-se que o princípio da proteção conferida às comunicações entre o advogado e o seu cliente não pode ser posto em causa pelo simples facto de o conteúdo dessas comunicações e desses pareceres jurídicos ter sido reproduzido em documentos internos da empresa. Assim, tendo em conta a sua finalidade, o princípio da proteção conferida às comunicações entre o advogado e o seu cliente deve ser entendido como abrangendo também as notas internas que se limitam a reproduzir o texto ou o conteúdo dessas comunicações”*³⁴.

Corresponde pois, indiscutivelmente, à orientação da jurisprudência comunitária o entendimento de que não é a forma de que se reveste tal “correspondência” (e, em relação com ela, a identidade do seu emissor ou destinatário imediato), mas o seu conteúdo e finalidade que contam para delimitar o âmbito de proteção da confidencialidade das comunicações entre cliente e advogado³⁵.

Ponto é que a documentação em causa se insira no quadro dos contactos entre a empresa e os advogados que a assistem, necessários para garantir, por parte destes, o apoio jurídico indispensável ao exercício dos direitos de defesa daquela.

1.5. As condições requeridas pelo TJUE para o reconhecimento da confidencialidade

Como se sabe, o acórdão AM&S subordinou a proteção da confidencialidade das comunicações entre advogado e cliente a duas condições:

- (i) Que tais comunicações tenham lugar no âmbito e para os efeitos da defesa do cliente;
- (ii) Que as referidas comunicações sejam estabelecidas com advogados independentes, ou seja que não estejam ligados ao cliente por uma relação laboral (adiante designados “advogados internos”).

33 Despacho T-30/89, n.ºs 16, 17 e 18.

34 Despacho T-30/89, n.º 18.

35 A adoção, pelo Tribunal de Justiça, de uma *conceção finalista* dos direitos de defesa e, nesse âmbito, da confidencialidade das comunicações advogado-cliente, é sublinhada por Pliakos, 1987: 272 e 277.

As referidas condições foram estabelecidas pelo Tribunal, conforme supra se referiu, tendo em conta, por um lado, o disposto no Regulamento n.º 17/62 e, por outro lado, os princípios jurídicos comuns existentes nos Estados-membros.

Tendo em conta, no que se refere ao primeiro aspeto, que o Regulamento n.º 17/62 foi revogado pelo Regulamento n.º 1/2003, importa referir que este último estabelece, à semelhança do que o fazia aquele, que a Comissão deve dar às empresas ou associações de empresas interessadas a oportunidade de se pronunciarem sobre as acusações por ela formuladas³⁶.

O Regulamento n.º 1/2003 acrescenta também, na esteira da jurisprudência dos tribunais comunitários, que a Comissão deve basear as suas decisões apenas em acusações sobre as quais as partes tenham tido oportunidade de apresentar as suas observações, devendo os direitos de defesa das partes interessadas ser plenamente acautelados no desenrolar de um processo³⁷.

Para além disso, o Regulamento (CE) n.º 773/2004 da Comissão, de 7 de abril de 2004, relativo à instrução de processos pela Comissão para efeitos dos artigos 81.º e 82.º do Tratado CE³⁸, veio desenvolver e codificar certos poderes da Comissão decorrentes do Regulamento n.º 1/2003, em particular no que respeita aos poderes para registar declarações e inquirir representantes ou membros do pessoal de empresas a inspecionar, ao tratamento de denúncias, ao acesso aos processos e ao tratamento de informações confidenciais e ao exercício do direito de audição por parte das empresas envolvidas.

Assim sendo, não se nos afigura que os referidos Regulamentos hajam trazido alterações relativamente às condições de proteção da confidencialidade das comunicações entre advogado e cliente previamente estabelecidas pelo Tribunal de Justiça, tendo antes procurado aprofundar regras procedimentais e coligir princípios decorrentes da jurisprudência comunitária nesta matéria. Adiante voltaremos a abordar esta matéria.

No que se refere ainda à categoria de documentos protegidos pela confidencialidade, importa também referir que o “Relatório Edward”, preparado

36 Cfr. n.º 1 do artigo 27.º do Regulamento n.º 1/2003.

37 Cfr. n.ºs 1 e 2 do artigo 27.º do Regulamento n.º 1/2003. O referido n.º 2 do artigo 27.º confere ainda o direito das partes consultarem o processo em poder da Comissão, sob reserva de informações que constituam segredos comerciais, informações confidenciais e documentos internos da Comissão e das autoridades de concorrência dos Estados-membros.

38 JO n.º L 123, de 27.4.2004, p. 18, com a mais recente alteração que lhe foi introduzida pelo Regulamento (UE) n.º 2015/1348 da Comissão, de 3 de agosto de 2015, que altera o Regulamento (CE) n.º 773/2004 relativo à instrução de processos pela Comissão para efeitos dos artigos 81.º e 82.º do Tratado CE, JO n.º L 208, de 5.8.2015, p. 3.

no âmbito do CCBE, e ao qual atrás nos referimos, refere, muito impressionantemente, que:

“Privilege’ attaches to communications, rather than to the information communicated, the person to or by whom it was communicated, or the method (oral or documentary) of communication. In a disputed case, therefore, the law will look at the relationship which existed between the parties concerned at the time when the communication was made. [...] The question in each case is whether the communication was made to or by a lawyer in his professional capacity as a legal adviser or advocate”³⁹. “For the same reason, it is not necessary that a formal legal relationship should have been created between lawyer and client in order that a communication should become privileged. [...] Similarly, where a lawyer is preparing a client’s case, and communicates with third parties for that purpose, the communications between the lawyer and those parties are privileged. Again, the court will look at the de facto relationship which existed when the communication was made”⁴⁰. “The document is equally protected whether it is in the hands of the lawyer, or in those of the client, or in those of a third party”⁴¹.

Este é, diga-se, um dos casos típicos em que a evolução das circunstâncias em que é exercida a missão dos advogados, num contexto de globalização crescente e em que é requerida a sua assistência, no quadro de operações cada vez mais complexas, a grupos empresariais presentes praticamente na totalidade dos Estados-membros (e para além deles), exige uma interpretação particularmente firme e cuidadosa das exigências de confidencialidade das comunicações com os seus clientes.

Neste contexto, o fenómeno da *joint defence* conhece, por força dessa evolução (bem como da correspondente globalização no exercício da advocacia e do aumento da dimensão das firmas de advogados), uma generalização crescente e ficariam em grave risco os direitos fundamentais associados ao *legal privilege*, designadamente os direitos de defesa, se este não fosse reconhecido nesse quadro⁴².

39 Relatório Edwards, p. 18, § 32.

40 Relatório cit., pp. 18/19, § 33.

41 Relatório, cit., p. 19, § 34. No mesmo sentido, ver as Conclusões Slynn, no processo AM&S, p. 1654-1655, e a lapidar argumentação ali desenvolvida.

42 Cfr., a este respeito, a *Resolución* (Expte. R 508/02 v, Pepsi-Cola/Coca-Cola) do Plenário do *Tribunal de Defensa de la Competencia Espanhol*, de 22 de julho de 2002.

Dir-se-ia aliás que o próprio TJUE o intuiu e teve em consideração ao deixar claro, no acórdão AM&S, que: *“tendo em conta os princípios do Tratado relativos à liberdade de estabelecimento e à livre prestação de serviços, a proteção assim concedida pelo direito comunitário, em particular no quadro do Regulamento n.º 17/62, à correspondência entre os advogados e os seus clientes deve aplicar-se indistintamente a todos os advogados inscritos na Ordem de um dos Estados-membros, qualquer que seja o Estado-membro em que reside o cliente”*⁴³.

Em todo o caso, e em nosso entender, o TJUE deu já um princípio de resposta – esclarecida e lapidarmente positiva – a esta questão, na sua decisão no processo AM&S.

Com efeito, nas suas Conclusões, o Advogado-Geral Sir Gordon Slynn havia abordado a questão da confidencialidade devida a certos documentos elaborados por ou com a colaboração de advogados no quadro da assistência conjunta às empresas de um mesmo grupo (no caso o Grupo Rio Tinto Zinc).

O Advogado-Geral, depois de reconhecer que um parecer de advogado que se encontrava na posse de uma das empresas do grupo, pode, de facto, ter sido pedido em nome de todos os membros do grupo⁴⁴, concluiu: *“Tel est certainement le cas lorsque, comme en l’espèce, un membre du groupe a pour fonction de fournir des avis juridiques au groupe entier. Dans cette situation, il semble juste de considérer que l’intérêt commun de tous les membres du groupe justifie de considérer comme confidentiels les documents qui ont été rédigés par ou pour un membre du groupe et qui sont trouvés en possession d’un autre”*⁴⁵.

O TJUE confirmou integralmente este entendimento ao reconhecer a confidencialidade do documento n.º 7 constante da lista apresentada ao Tribunal, justamente aquele que, como resulta das Conclusões, se encontrava na situação descrita.

1.6. Os poderes de investigação da Comissão e os seus limites

Deve sublinhar-se que o respeito devido à confidencialidade das comunicações entre clientes e advogados, se constitui um critério de interpretação e um limite ao exercício dos poderes de instrução e de investigação da Comissão Europeia, atualmente previstos no artigo 20.º do Regulamento n.º 1/2003

43 Acórdão 155/79, n.º 25.

44 Na versão francesa das Conclusões, que citamos por ser a única de momento disponível: *“peut en fait avoir été demandé au nom de tous les membres du groupe”*.

45 Versão francesa, pela razão indicada na nota precedente.

(e anteriormente constantes do artigo 14.º do Regulamento n.º 17/62), de forma alguma põe em causa o cumprimento dos deveres da Comissão e a realização dos objetivos do Regulamento.

Com efeito, não só todos os poderes a que se refere o artigo 20.º são deixados intactos em tudo o que não colida com o *legal privilege*, como além disso, sobre as matérias a que se referem os documentos protegidos, a Comissão (ou, sendo caso disso, qualquer autoridade nacional de concorrência) pode obter os necessários elementos de informação factual através dos outros mecanismos legais ao seu dispor, designadamente os previstos nos artigos 17.º e 18.º do Regulamento n.º 1/2003.

O TJUE deu aliás, em dois bem conhecidos acórdãos⁴⁶, uma versão extremamente ampla e operacional dos poderes conferidos à Comissão pelo anterior artigo 14.º do Regulamento n.º 17/62 para cumprimento da sua missão de velar pelo respeito das regras de concorrência no mercado comum.

São esses poderes (ou poderes equivalentes) que têm permitido à Comissão Europeia (e às autoridades nacionais de concorrência) proceder à investigação eficaz das práticas anticoncorrenciais no mercado comum, em particular as mais graves, com vista ao seu efetivo sancionamento⁴⁷.

Nem no plano comunitário, nem em qualquer Estado-membro, a invocação do segredo profissional ou da confidencialidade das comunicações entre advogado e cliente (aliás raramente sujeita a controvérsia) constituiu obstáculo ao eficaz exercício dessas competências e ao cumprimento das missões confiadas às autoridades de concorrência.

Mas, em todo o caso, o TJCE deixou bem claro que o artigo 14.º do Regulamento n.º 17/62 “*não pode ser objeto de uma interpretação que conduza a resultados incompatíveis com os princípios gerais do direito comunitário, e nomeadamente com os direitos fundamentais*”⁴⁸.

Mais precisamente, declarou⁴⁹ que: “*Para interpretar o artigo 14.º do Regulamento 17, há que ter em conta, nomeadamente, as exigências que decorrem do respeito dos direitos de defesa, princípio cujo carácter fundamental foi sublinhado em muitas ocasiões pela jurisprudência do Tribunal de Justiça*”.

46 Acórdão 136/79, n.º 20; Acórdão 46/87, n.ºs 25-27.

47 A própria Comissão sublinha o êxito dessa tarefa no seu Livro Branco sobre a Modernização da aplicação das regras de concorrência e nas notas explicativas do projeto de novo regulamento.

48 Acórdão 46/87, n.º 12.

49 *Idem*, n.º 14.

E reforçando, mais adiante⁵⁰, a ideia: “*Se o artigo 14.º do Regulamento 17 confere [...] à Comissão amplos poderes de investigação, o exercício desses poderes está submetido a condições suscetíveis de garantir o respeito dos direitos das empresas envolvidas*”.

Ora, dado que o fundamental do que, a este respeito, importa ter em conta da redação do artigo 14.º do Regulamento n.º 17/62 se manteve na redação do artigo 20.º do Regulamento n.º 1/2003, não se antevê que a respeito deste último Regulamento se possa ou deva entender de forma diferente.

Importa ainda frisar que o facto de a Comissão até hoje não ter encontrado obstáculos para a sua missão também se deve à possibilidade fáctica de se tornar certas legislações mais restritivas ao nível do *legal privilege*. Vejamos um exemplo prático.

As empresas A e B são suspeitas de, concertadamente, fixarem preços, prática proibida á luz do direito da concorrência. A empresa A tem sede no Reino Unido, e uma empresa subsidiária em Itália.

Quer a UK *Competition & Markets Authority* (CMA) quer a *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* (AGCM) desenvolvem *daawn raids*.

A CMA, de acordo com as regras procedimentais do Reino Unido, não pode fornecer comunicações entre os advogados internos da empresa A e os respetivos dirigentes, enquanto em Itália tal limitação não existe.

Assim, na empresa subsidiária podem tirar-se cópias da informação e circulá-las por outros membros da Rede de Autoridades Nacionais de Concorrência, incluindo a CMA, assim se torneando as regras do *legal privilege* do Reino Unido.

Eis, pois, uma situação prática paradigmática do quão possível é assegurar o cumprimento da missão de investigação da Comissão, em prejuízo de um efetivo cumprimento da legislação mais restritiva ao nível do *legal privilege*.

Este tipo de situações continuará, invariavelmente, a ocorrer enquanto não se optar por um rumo harmonizador na UE no respeitante às regras reguladoras do *legal privilege*, algo que, a suceder, necessariamente colidirá com a autonomia procedimental de cada um dos Estados-membros, um dos princípios basilares do Direito Comunitário.

Esclareça-se, além disso, que o respeito da confidencialidade das comunicações com os advogados, que se impõe *vis-à-vis* da própria Comissão ou de outra autoridade de controlo, não se confunde com o respeito devido aos segredos profissionais das empresas.

50 *Idem*, n.º 28.

Regulado anteriormente no artigo 20.º do Regulamento n.º 17/62 e atualmente no artigo 28.º do Regulamento n.º 1/2003, o sigilo profissional a que as empresas e outras entidades têm direito nesta matéria significa apenas: (a) que as informações obtidas nos termos dos artigos 17.º a 22.º do Regulamento n.º 1/2003 (anteriormente nos artigos 11.º, 12.º, 13.º e 14.º do Regulamento n.º 17/62) só podem ser utilizadas para os fins para que tenham sido obtidas; e (b) que, em princípio, a Comissão e as autoridades competentes dos Estados-membros, bem como os seus funcionários e agentes, são obrigados a não divulgar as informações obtidas e que, pela sua natureza, estejam abrangidas pelo segredo profissional.

A existência de eventuais segredos profissionais das empresas não pode, pois, ser invocada por estas como causa justificativa da não comunicação à Comissão de certos documentos ou informações. O sigilo profissional (e, no seu âmbito, o segredo comercial das empresas) não se impõe assim face à autoridade de controlo, mas apenas face a terceiros.

Torna-se portanto claro, à luz de tudo o que atrás se escreveu, que o conteúdo e o âmbito de aplicação do segredo profissional, por um lado, e do *legal privilege*, por outro, tal como consagrados em direito comunitário, são distintos, e que os mecanismos previstos com vista à proteção do primeiro são inteiramente inadequados para assegurar a proteção do segundo.

Tenha-se em conta, por outro lado, que, de acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça⁵¹, o Regulamento n.º 17/62 não reconhecia às empresas que fossem objeto de medidas de investigação o direito de se furtar à execução dessas medidas, com o fundamento de que daí poderia resultar a prova da sua participação numa infração às regras de concorrência, impondo assim uma obrigação de colaboração ativa, que implicava que as empresas pusessem à disposição da Comissão todos os elementos de informação relativos ao objeto da investigação. Não se vislumbra, a este respeito, que qualquer modificação tenha sido introduzida pelo Regulamento n.º 1/2003 que possa ter alterado esta posição, pelo que a mesma deverá manter-se igualmente válida aquando da aplicação deste Regulamento.

As limitações à referida obrigação, reconhecidas pelo Tribunal de Justiça nos citados acórdãos *Orkem e Solvay*⁵², decorrem exatamente da necessidade de assegurar o respeito dos direitos de defesa, o que levou o Tribunal a deixar claro

51 Acórdão 374/87 e Acórdão 27/88, em particular, n.ºs 24 e 27, respetivamente.

52 Cfr., respetivamente, os n.ºs 29 a 38 e 32 a 42 dos acórdãos.

que “a Comissão [...] não pode, através de uma decisão de pedido de informações, prejudicar os direitos de defesa reconhecidos à empresa”⁵³.

“Corolário essencial” do pleno exercício dos direitos de defesa, na eloquente expressão do acórdão *AM&S*⁵⁴, a confidencialidade das comunicações entre advogado e cliente deve, pois, ser salvaguardada, em todas as circunstâncias e na medida mais lata possível, nos procedimentos de aplicação das regras comunitárias de concorrência.

Por último, chama-se ainda a atenção para dois novos aspetos que a entrada em vigor do Regulamento n.º 1/2003 veio trazer.

Por um lado, o artigo 21.º do referido Regulamento prevê que a Comissão possa agora ordenar uma inspeção a outras instalações, terrenos ou meios de transporte que não os das próprias empresas e associações de empresa, nestes se incluindo o domicílio dos dirigentes, dos administradores e de outros colaboradores das empresas ou associações de empresas em causa. Para tal, basta que exista uma “suspeita razoável de que os livros ou outros registos relativos à empresa relacionados com o objeto da inspeção, os quais podem ser pertinentes para provar uma violação grave dos artigos 81.º ou 82.º do Tratado”, se encontrem nas referidas instalações, terrenos ou meios de transporte⁵⁵.

A isto acresce a consagração expressa dos poderes dos funcionários da Comissão e seus acompanhantes mandatados poderem apor selos em quaisquer instalações, livros ou registos relativos às empresas, por períodos e na medida necessária às inspeções, bem como a menção expressa do poder que lhe é conferido de solicitar a qualquer representante ou membro do pessoal da empresa explicações sobre factos ou documentos relacionados com o objeto e a finalidade da inspeção e de registar as respetivas respostas⁵⁶.

A este respeito, importará igualmente mencionar que as autoridades nacionais de concorrência podem proceder, nos respetivos territórios, a quaisquer inspeções ou outras medidas de inquérito, em aplicação da respetiva legislação

53 Acórdãos citados, respetivamente n.ºs 31 e 34.

54 Supra citado, n.º 23.

55 As razões que levem a Comissão a concluir que existe tal suspeita devem ser expressamente indicadas na decisão daquela a ordenar a inspeção, devendo ainda a ou as autoridades nacionais de concorrência em cujo território tenha lugar a inspeção ser previamente consultadas antes da adoção de uma tal decisão e estando a respetiva execução dependente de autorização prévia das competentes autoridades judiciais nacionais quanto à autenticidade da decisão e quanto ao carácter não arbitrário e não excessivo das medidas coercivas (cfr. n.ºs 2 e 3 do artigo 21.º do Regulamento n.º 1/2003).

56 Cfr. as alíneas d) e e) do n.º 2 do artigo 20.º do Regulamento n.º 1/2003. Vide ainda os poderes genéricos para registar declarações constantes do artigo 19.º do mesmo Regulamento.

nacional, em nome e por conta das autoridades de outros Estados-membros, a fim de determinar a existência de uma infração aos artigos 101.º ou 102.º do TFUE. De igual forma, as autoridades nacionais podem, a pedido da Comissão, proceder às inspeções que esta considere necessárias ou que tenha ordenado mediante decisão⁵⁷.

Por outro lado, nos termos do artigo 12.º do Regulamento n.º 1/2003, as autoridades nacionais de concorrência e a Comissão podem proceder à troca de informações entre si e utilizar como meio de prova qualquer elemento de facto ou de direito, incluindo informações confidenciais, para efeitos de aplicação quer dos artigos 101.º ou 102.º, quer, em paralelo, da respetiva legislação nacional em matéria de concorrência⁵⁸.

Ainda no âmbito do artigo 12.º, concretamente nos termos do segundo travessão do n.º 3, as informações em causa só podem ser utilizadas como meios de prova para impor sanções a pessoas singulares se tiverem sido *“recolhidas de uma forma que respeite um nível de proteção dos direitos de defesa das pessoas singulares idêntico ao previsto nas regras nacionais da autoridade recetora”*.

Importa também, e por fim, dar ênfase ao teor da segunda parte do n.º 2 do artigo 22.º do Regulamento n.º 1/2003, segundo o qual: *“Os funcionários das autoridades dos Estados membros responsáveis em matéria de concorrência incumbidos de proceder às inspeções e os agentes por elas mandatados exercem os seus poderes nos termos da respetiva legislação nacional”*.

Quer isto significar, em termos práticos, que, por exemplo, se a Autoridade da Concorrência portuguesa levar a cabo uma inspeção em Portugal a pedido da Comissão, vigorarão as regras de procedimento portuguesas, não podendo assim, como melhor adiante se verá, ser remetidos documentos que estejam sob a proteção do *legal privilege* ao abrigo do direito português, mesmo que o Direito Comunitário os qualifique como não devendo ser objeto de tal privilégio.

1.7. As evoluções mais recentes do âmbito de proteção da confidencialidade na jurisprudência comunitária

A mais recente jurisprudência dos Tribunais Comunitários a respeito da proteção da confidencialidade nas relações entre advogados e clientes resulta,

57 Cfr. os n.ºs 1 e 2 do artigo 22.º do Regulamento n.º 1/2003.

58 Embora as informações trocadas só possam ser utilizadas como meios de prova em relação à questão para as quais foram recolhidas pela autoridade transmissora (cfr. 1.ª parte do n.º 2 do artigo 12.º do Regulamento 1/2003).

em primeiro lugar, do despacho e subsequentes acórdãos no caso *Akzo Nobel Chemicals Ltd e Akros Chemicals Ltd*⁵⁹.

Mas antes mesmo de nos debruçarmos sobre estes processos importa não olvidar um outro Despacho do TPI o qual também assume alguma premência, ajudando a clarificar a jurisprudência da matéria em apreço.

Referimo-nos, em concreto, ao Despacho do presidente do TPI, de 3 de março de 1998, que considerou como válida a decisão de indeferimento, pelo Conselho, de um pedido de acesso, por um particular, a certos documentos, nomeadamente a opiniões provenientes dos Serviços Jurídicos do Conselho e da Comissão relativas a um determinado projeto legislativo.

O presidente do TPI concordou, de facto, com a fundamentação do indeferimento do Conselho, entendendo que os documentos em causa se tratavam de simples instrumentos de trabalho cuja divulgação teria por efeito tornar público o debate e as trocas de pontos de vista internos às instituições sobre a legalidade e o alcance do ato jurídico a aprovar, o que poderia criar uma incerteza quanto à legalidade dos atos comunitários e ter consequências negativas tanto no que toca à estabilidade da ordem comunitária como ao bom funcionamento das instituições, interesses públicos cujo respeito deve ser assegurado.

Para além da exigência de assegurar “a proteção da segurança jurídica e da estabilidade do direito comunitário”, foi ainda sublinhada, pelo TPI, a necessidade de salvaguardar “a faculdade, para o Conselho, de colher pareceres jurídicos independentes”.

É certo que as diferenças entre este caso e o acórdão *AM&S* são evidentes: não há como comparar a posição de uma empresa suspeita de infringir as normas da concorrência com a posição de autoridades públicas cuja missão passa precisamente pela garantia da aplicação daquelas mesmas regras.

No entanto, este Despacho do TPI é-nos útil quanto mais não seja para percebermos a conceção de tal tribunal quanto à natureza do aconselhamento jurídico prestado pelos advogados das instituições comunitárias: ainda que subordinados juridicamente a tais instituições, o TPI não só não os considera como verdadeiros “advogados internos” das instituições, como antes enfatiza a “independência” do seu aconselhamento jurídico.

Feita esta referência, detenhamo-nos, então, nos referidos processos *Akzo Nobel Chemicals Ltd e Akros Chemicals Ltd* c. Comissão Europeia.

59 Despacho T-125/03 R; Acórdão T-125/03; Acórdão C 550/07 P.

Tais processos tiveram origem na investigação que a Comissão empreendeu nas instalações das referidas empresas e em alguns dos diversos documentos que aquela apreendeu, o que motivou as empresas a solicitarem ao TPI pedidos de providências cautelares que constituíram os citados processos apensos.

Com efeito, a Comissão apreendeu essencialmente dois conjuntos de documentos que os recorrentes entendiam estarem sujeitos a confidencialidade.

Tratava-se, por um lado, de um memorando dactilografado do Diretor-Geral da *Akcros* para um dos seus superiores, o qual, segundo os recorrentes, conteria informações compiladas pelo referido Diretor no decurso de discussões internas com os seus funcionários, com o propósito de obter aconselhamento jurídico externo no quadro de um programa de cumprimento do direito da concorrência (“*competition law compliance programme*”), preparado por advogados externos e já posto em curso pela *Akzo*. A Comissão apreendeu também uma cópia deste mesmo documento o qual continha notas manuscritas referenciando contactos e o nome de um dos advogados representantes dos recorrentes.

A Comissão, depois de discutir o assunto com os recorrentes e não ter chegado a uma conclusão na altura sobre se os referidos documentos estariam ou não sujeitos a confidencialidade, acabou por copiá-los e colocá-los num envelope selado, que levou consigo após o termo da investigação.

Por outro lado, a Comissão apreendeu ainda um documento com uma série de notas manuscritas do referido Diretor-Geral, as quais, segundo as recorrentes, teriam sido utilizadas durante as referidas discussões com empregados, com o intuito de preparar o memorando dactilografado *supra* referido.

Por último, foram apreendidos *e-mails* trocados entre o Diretor-Geral da *Akcros Chemicals* e o coordenador de direito da concorrência da *Akzo Nobel*, o qual, sendo um advogado inscrito na Ordem dos Advogados Holandesa, era também membro do Departamento Jurídico da *Akzo Nobel* e, conseqüentemente, empregado por esta numa base permanente.

Após ter revisto este último conjunto de documentos (notas manuscritas e *e-mails*) e ter ouvido as explicações das recorrentes, a chefe da equipa de investigação da Comissão entendeu que os mesmos não estariam sujeitos a confidencialidade. Assim, fotocopiou os documentos em questão e colocou-os juntamente com os demais documentos apreendidos, não os tendo colocado, por conseguinte, num envelope selado, conforme tinha procedido relativamente aos documentos anteriormente descritos.

As empresas comunicaram posteriormente à Comissão as razões pelas quais consideravam que todos os *supra* referidos documentos estariam a coberto

da confidencialidade, tendo a Comissão respondido não estar convencida da argumentação daquelas.

Posteriormente, a Comissão acabou por adotar uma Decisão formal, ao abrigo do n.º 3 do artigo 14.º do Regulamento n.º 17/62, em que rejeitava o pedido das empresas de devolução de todos os documentos *supra* referidos e a confirmação da destruição de todas as cópias na sua posse e, bem assim, que pretendia proceder à abertura do envelope selado que continha o primeiro conjunto de documentos acima mencionados.

No que respeita ao memorando dactilografado, depois de recordar a jurisprudência anterior, nomeadamente nos casos AM&S, Hilti, Hoechst e Orkem, o Presidente do TPI sublinhou que, a fim de permitir a um advogado exercer, de uma forma efetiva e útil, o seu papel de colaborador da justiça, tendo em vista o exercício dos direitos de defesa, pode ser necessário, em certas circunstâncias, que um cliente prepare documentos ou sumários de trabalho, nomeadamente com o propósito de recolher informações que o advogado possa considerar como úteis (ou mesmo indispensáveis) para compreender o contexto, a natureza e o alcance dos factos relativamente aos quais a sua colaboração é solicitada. A preparação de tais documentos pode revelar-se particularmente necessária, considerou o Presidente, em assuntos que envolvam informações consideráveis e complexas, conforme é o caso, em particular, de processos abertos com vista à aplicação de sanções por violações dos atuais artigos 101.º e 102.º do TFUE.

Assim sendo, o Presidente do TPI entendeu que, caso a Comissão pudesse fotocopiar tais documentos, as consequências dessa ação poderiam, à primeira vista, comprometer irremediavelmente os direitos de defesa da empresa em causa. Com efeito, a Comissão poderia, assim, dispor de provas que lhe forneceriam, de imediato, informações sobre as opções de defesa à disposição da empresa, tendo o Presidente concluído, em conformidade, que tal tipo de documentos deveriam ser sujeitos a confidencialidade.

Debruçando-se depois sobre o caso em concreto, o Presidente considerou, no entanto, que, conforme defendido pela Comissão, a mera existência de um programa de cumprimento do direito da concorrência como o referido, elaborado por advogados externos, não era, *prima facie*, suficiente para considerar que um documento preparado no contexto de um tal programa deveria ser considerado como confidencial. Com efeito, devido à sua amplitude, este tipo de programas incluem tarefas que, com frequência, excedem amplamente o exercício de direitos de defesa.

Não obstante, no caso em apreço, o Presidente acabou por deliberar provisoriamente que o memorando dactilografado em questão se encontrava sujeito a confidencialidade, posto que o mesmo teria sido aparentemente redigido com o propósito exclusivo de obter aconselhamento jurídico do respetivo advogado no contexto do exercício dos direitos de defesa.

Tal decisão foi tomada, tendo por base (i) o conteúdo dos documentos em causa; (ii) as próprias minutas da conferência telefónica redigidas pelo advogado; (iii) o facto de uma das cópias do memorando ter uma nota manuscrita com o nome do referido advogado e isso (iv) independentemente da inexistência de uma referência expressa no memorando à intenção de buscar aconselhamento.

Porém, o Presidente considerou que, apesar de o exercício dos direitos de defesa ser justificado no caso de uma consulta relacionada com uma investigação em curso, importaria, nas ações principais, apreciar as condições precisas em que, do ponto de vista material e temporal, tais documentos poderiam efetivamente constituir um exercício dos direitos de defesa.

Relativamente às notas manuscritas, o Presidente considerou, após ter comparado a sua estrutura e a sua substância com os memorandos em que alegadamente se teriam baseado, que de facto aquelas eram idênticas à do memorando, tendo concluído que as notas manuscritas nunca teriam sido elaboradas, tal como o memorando, se o respetivo autor não tivesse pretendido consultar um advogado acerca do seu conteúdo.

No que respeita mais concretamente à questão das *comunicações de advogados internos*, o Presidente do TPI examinou a questão relativamente ao referido conjunto de e-mails trocados entre o Diretor Geral da *Akros Chemicals* e o coordenador de direito da concorrência da *Akzo Nobel*.

O Presidente do Tribunal começou, a este respeito, por lembrar que, de acordo com os princípios resultantes da jurisprudência *AM&S*, a proteção conferida pelo direito comunitário (na altura no contexto do Regulamento n.º 17/62) a comunicações escritas entre os advogados e seus clientes é aplicável apenas na medida em que tais advogados sejam independentes, ou seja, que não estejam ligados ao cliente por uma relação laboral. Assim sendo, as comunicações em questão não estariam, em princípio, abrangidas pela proteção de confidencialidade concedida à correspondência entre advogados e os seus clientes.

A Comissão, por sua vez, argumentava ainda e essencialmente que os Estados-membros não reconhecem, de forma unânime, o princípio segundo o qual a

correspondência trocada com advogados internos deve ser considerada como confidencial.

Para além disso, a Comissão realçou o facto de ser necessário evitar que uma extensão do segredo profissional pudesse facilitar abusos que permitissem encobrir provas de uma infração às regras da concorrência do Tratado e, consequentemente, impedi-la de cumprir a missão que lhe incumbe de velar pelo cumprimento das referidas normas.

Todavia, o Presidente do TPI considerou que os argumentos aduzidos, a este respeito, pelas partes e pelos intervenientes *Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten* (Conselho Geral da Ordem de Advogados Holandesa), *European Company Lawyers Association* (ECLA)⁶⁰ e o *Council of the Bars and Law Societies of the European Union* (CCBE) levantavam uma questão de princípio, a qual deveria ser objeto de uma atenção muito especial e que não poderia ser resolvida no quadro de uma providência cautelar.

Não obstante, o Presidente lembrou que a doutrina resultante do acórdão *AM&S* era baseada, *inter alia*, na interpretação de princípios comuns aos Estados-membros existentes em 1982.

A este respeito, é de notar que, ao contrário do que o Tribunal de Justiça acabou por decidir, quer o Advogado-Geral Sir Gordon Slynn quer o próprio

60 A criação da ECLA foi precisamente precipitada pelo Acórdão 155/79 (*AM&S*), sendo que, desde então, a principal missão desta associação tem sido, de facto, defender a extensão do *legal privilege* na UE aos “advogados internos”. Sistematizamos, de seguida, alguns dos argumentos que têm vindo a ser veiculados pela ECLA: (i) não existe uma sólida base para diferenciar os “advogados internos” dos “advogados independentes”; (ii) tem havido uma grande evolução do conceito de “advogado interno” desde o acórdão *AM&S*; (iii) os advogados internos têm as mesmas qualificações académicas no plano jurídico que os advogados independentes, não raras vezes estando sujeitos a regras de ética profissional (como o próprio Presidente do TPI o reconheceu); (iv) ainda que os advogados independentes não se relacionem com os respectivos clientes por via de um contrato de trabalho, a remuneração que recebem dos clientes equivale a serem advogados assalariados; (v) uma relação de emprego não retira necessariamente a independência intelectual a um advogado interno; (vi) a aplicação do Acórdão *AM&S* conduz a que os advogados internos não possam conceder apoio jurídico escrito em matéria de direito comunitário da concorrência, o que é frustrante e reduz eficiência; (vii) não obstante disporem de advogados internos, para assegurar a proteção do *legal privilege*, as empresas vêm-se forçadas a recorrer igualmente a “advogados independentes”, com inerentes custos financeiros e de morosidade, o que é preocupante sobretudo ao nível das PME. Refira-se ainda que, previamente à adoção do Regulamento 1/2003, os membros da ECLA aprovaram um *position paper* no qual propuseram que no Regulamento viesse a constar o seguinte texto: “*Communications between a client and outside or in-house counsel containing or seeking legal advice shall be privileged, provided that the legal counsel is properly qualified and complies with adequate rules of professional ethics and discipline which are laid down and enforced in the general interest by the professional associations to which the legal counsel belongs*”. Todavia, este texto não veio a ser integrado no referido regulamento, o que facilmente se percebe, na medida em que seria consagrar num regulamento da Comissão uma solução divergente da jurisprudência do TJUE, nomeadamente o acórdão *AM&S*. Refira-se que o próprio eurodeputado Evans havia proposto o mesmo texto no Relatório que apresentou em sessão do PE de 21 de junho de 2001 (PE 296.005), o qual foi rejeitado em Plenário de 6 de setembro de 2001 por 404 votos contra e 69 a favor.

representante da Comissão no processo *AM&S* se pronunciaram pela inexistência de diferença de tratamento entre advogados independentes e advogados internos, desde que estes últimos estivessem igualmente submetidos a regras de disciplina e deontologia profissional.

Contudo, é provável que a decisão do Tribunal de excluir a confidencialidade tenha sido influenciada pelo facto de o Advogado-Geral referir que, naquela altura, pelo menos em 4 países (Bélgica, França, Itália e Luxemburgo) um “emprego a tempo inteiro” ser incompatível com a integralidade do estatuto profissional de advogado.

Assim, foi entendimento do Presidente do TPI que seria necessário determinar, no caso em questão, se as Partes e os intervenientes teriam carreado provas sérias de que, tendo em conta a evolução do Direito comunitário e dos ordenamentos jurídicos dos Estados-membros desde o referido acórdão *AM&S*, não podia excluir-se que a proteção da confidencialidade devesse ser agora extensiva à correspondência entre advogados empregados de forma permanente por uma empresa.

O Presidente do TPI considerou existirem alguns argumentos neste sentido que não se lhe afiguravam destituídos de pertinência.

Com efeito, os referidos intervenientes teriam produzido provas que indicavam que, desde 1982, vários Estados-membros haviam adotado normas que visavam conceder confidencialidade a comunicações escritas com advogados empregados de forma permanente por uma empresa, sempre que estes estivessem sujeitos a determinadas regras deontológicas. Tal teria sucedido, em particular, na Bélgica e na Holanda, sendo que a ECLA teria ainda argumentado que tais regras já existiriam na maioria dos Estados-membros, no que foi contraditada pela Comissão, que defendia a sua existência apenas numa minoria de Estados-membros.

E embora não lhe fosse possível, no quadro de um procedimento cautelar, proceder a uma análise profunda e detalhada dos argumentos e provas aduzidas, o Presidente do Tribunal considerou que os mesmos pareciam ser capazes *prima facie* de demonstrar que o papel dos advogados independentes de colaboração na administração da justiça pelos tribunais – o qual provou ser decisivo para o reconhecimento da proteção de comunicações escritas nas quais sejam partes⁶¹ –, podia atualmente ser partilhado, até a um certo grau,

61 Cfr. Acórdão 155/79, n.º 24.

por advogados empregados em empresas numa base permanente, nos casos em que estes estejam sujeitos a estritas regras de conduta profissional.

Isto até porque os argumentos e provas aduzidos tendiam a demonstrar não poder presumir-se, nas ordens jurídicas dos Estados-membros e, em consequência, na ordem jurídica comunitária, que a relação laboral entre um advogado e uma empresa afectará sempre e por princípio a independência necessária para o eficaz exercício da função de colaborador com a administração da justiça, desde que, adicionalmente, tal advogado se encontre sujeito a rigorosas regras deontológicas, as quais, se necessário, lhe impõem o respeito de obrigações especiais que possam decorrer do seu estatuto.

O Presidente considerou, por isso mesmo, que os argumentos aduzidos pelos recorrentes e intervenientes justificavam a reanálise da complexa questão inerente às circunstâncias em que as comunicações escritas com advogados empregados por uma empresa, numa base permanente, poderão encontrar-se abrangidas pela proteção da confidencialidade, desde que os advogados em questão se encontrem sujeitos a regras de conduta profissional equivalentes às que são impostas aos advogados independentes.

No caso em questão, ficou demonstrado, à primeira vista, que o advogado empregado pelas recorrentes numa base permanente estava, de facto, sujeito a regras deontológicas equivalentes às que se encontravam sujeitos os advogados independentes inscritos na Ordem Holandesa.

No entender do Presidente do TPI, a necessidade de cuidadosa consideração da questão de princípio suscitada não era prejudicada pela alegação da Comissão segundo a qual o reconhecimento da confidencialidade, no respeitante à correspondência trocada com advogados empregados de forma permanente, poderia dar lugar à criação de diferentes regimes no seio da União Europeia, consoante os advogados internos fossem ou não autorizados pelos Estados-membros a inscrever-se como membros de uma Ordem de Advogados.

O Presidente deixou, no entanto, para análise detalhada no quadro do processo principal *(i)* o preciso conteúdo e alcance do direito de confidencialidade a ser reconhecido, *(ii)* as regras comunitárias e nacionais aplicáveis aos advogados independentes e aos advogados internos; e, finalmente, *(iii)* as alternativas legais e práticas à disposição das empresas estabelecidas em Estados-membros que não permitem que advogados internos sejam membros de uma Ordem de Advogados.

O Presidente decidiu, a final, suspender a parte da Decisão da Comissão em que esta afirmava ir proceder à abertura do envelope selado que continha o

memorando dactilografado do Diretor-Geral da *Akcros*, a sua cópia com notas manuscritas e o documento com as notas manuscritas do referido Diretor-Geral e, concomitantemente, ordenar que tal envelope permanecesse na Secretaria do Tribunal até à decisão deste, no quadro do processo principal.

Decorria, assim, do referido Despacho que os tribunais comunitários pareciam então dispostos a revisitar a questão da proteção da confidencialidade das comunicações das empresas com advogados internos, tendo designadamente em conta as evoluções pertinentes no direito dos Estados-membros e o seu impacto sobre o direito comunitário.

E se é verdade que o Despacho em causa teria apenas, a este respeito, um efeito limitado, devendo então aguardar-se pela decisão final do TPI nos processos principais, também é verdade que ele tinha o mérito de haver antecipado que a argumentação aduzida a respeito da confidencialidade da correspondência dos advogados internos era pertinente, devendo a questão ser rediscutida a fundo e decidida no quadro dos processos principais.

Permitimo-nos concordar com o Presidente do TPI no que tange à pertinência da discussão em torno do *legal privilege* no contexto dos advogados que praticam atos próprios em regime de subordinação jurídica, ou seja, sujeitos a um vínculo patronal.

É, de facto, essencial aferir de eventuais justificações perante advogados que, em teoria, têm idêntica competência para conceder aconselhamento jurídico face aos ditos “advogados independentes”.

Importa, em primeiro lugar, analisar as diferenças existentes. E estas existem, de facto. Se não vejamos.

Os advogados internos têm, em regra, uma natureza consultiva. Em termos quantitativos, o tempo empregue por estes advogados na preparação de defesa do cliente é muito diminuto, e quando o fazem, não tiveram previamente a liberdade de escolha ou recusa do cliente e do caso.

Efetivamente, os “advogados internos” desenvolvem normalmente uma multiplicidade de papéis ou atividades na empresa, que não se confinam ao aconselhamento jurídico. Em bastantes casos exercem funções outras na empresa, quais sejam a de secretários-gerais, membros do Conselho da Administração, entre outras, assim se envolvendo por vias diferentes na atividade comercial das empresas. Consequentemente, torna-se, por vezes, extremamente difícil distinguir entre o que é aconselhamento jurídico e o que é aconselhamento comercial, criando-se inevitáveis “zonas cinzentas”, muitas vezes só sanadas por via de um cuidadoso exame dos seus documentos. Este

sistema é, naturalmente, o contrário do que sucede com os “advogados independentes”.

Por outro lado, os “advogados internos” dependem da entidade empregadora para subsistirem financeiramente, para serem promovidos, ou para manterem uma certa segurança no emprego o que, em teoria, mais facilmente pode conduzi-los a cederem a pressões para violarem as suas responsabilidades no plano ético.

Acresce, ainda no plano ético, que, na maioria dos países, não existem mecanismos legais ou regulamentares que forcem, designadamente, as empresas a despedir um “advogado interno” que não tenha um comportamento ético. Em contraponto, os “advogados independentes” estão sujeitos a regras deontológicas e disciplinares, umas mais rígidas que outras, as quais podem mesmo conduzir à suspensão ou expulsão, com todas as óbvias consequências de reputação e de ordem profissional e financeira que tal implica, pelo que as probabilidades de comportamentos menos éticos são muito menores face aos “advogados internos”.

Pode mesmo dizer-se que os advogados internos se confundem com a respetiva entidade empregadora, ou seja, não são terceiros em relação a esta. Em contraponto, o advogado independente é “outro” em relação ao cliente, em nada se confundindo ou “incorporando” neste.

No fundo, a lógica a aplicar aos “advogados internos” é análoga à que, noutro título, presidiu o TJUE, designadamente no Acórdão *Becit*⁶², no qual qualificou como trabalhadores aqueles que se encontram em relação às empresas para as quais efetuam trabalhos, “*numa relação de trabalho que é caracterizada pela circunstância de que efetuam os trabalhos em causa a favor e sob a direção destas*” (sublinhado nosso).

Daí que, para efeitos de definição de empresa a nível de direito da concorrência, esses trabalhadores sejam incorporados nas empresas respetivas, formando uma unidade económica.

O TJUE não se deteve no género de considerações que vimos de apresentar. Tão-só excluiu a “independência” do universo dos advogados internos.

No acórdão *AM&S* não definiu o conceito de independência no sentido positivo, ou seja, não afirmou que apenas é independente o advogado inscrito na respetiva ordem profissional, talvez por entender que tal circunstância não é garantia bastante de independência. O TJUE, isso sim, definiu o conceito de independência pela negativa, ao postergar que o advogado que tenha uma

62 Acórdão C-22/98.

relação de emprego não é, por essa razão, independente, pelo que comunicações com advogados internos, independentemente de estarem ou não inscritos na respetiva ordem profissional, estão fora do escopo do *legal privilege*.

Futura jurisprudência neste domínio demonstrará até que ponto esta visão do TJUE é, ou não, para durar.

Uma última nota ainda neste assunto para referir que em certos Estados-membros, como a Espanha e o Reino Unido, é possível ser-se simultaneamente advogado interno e membro da Ordem; na Alemanha e na Holanda, existe também essa possibilidade, mas já sujeita a certas limitações; em muitos países, é incompatível ser-se advogado interno e estar-se inscrito na respetiva Ordem, designadamente em Itália, França, Lituânia, Letónia, República Checa, Hungria, Polónia Suécia ou Áustria.

E nem o facto de dois dos pontos das conclusões do Despacho do Presidente do TPI terem sido posteriormente anulados, em sede de recurso interposto pela Comissão para o efeito, por Despacho do Presidente do TJUE⁶³, parece poder invalidar as observações expendidas pelo primeiro.

Com efeito, os dois pontos das referidas conclusões do Despacho do Presidente do TPI anulados pelo Despacho do Presidente do TJUE apenas respeitam à parte em que o primeiro ordenou a suspensão (provisória, até que o TPI decida do recurso no processo principal) da Decisão da Comissão de rejeição do pedido das empresas de devolução de todos os documentos *supra* referidos, da intenção desta de proceder à abertura do envelope selado que continha o primeiro conjunto de documentos acima mencionados e da ordem de manutenção, na Secretaria do Tribunal, do referido envelope selado.

Todavia, a argumentação do Presidente do TJUE que motivou a referida anulação prendeu-se apenas com a não verificação do requisito de urgência para a concessão de medidas cautelares, não se pronunciando sobre a concessão de segredo profissional veiculada no despacho impugnado. Assim, será na apreciação pelo TPI, na causa principal, que será analisada a questão de saber em que condições a correspondência trocada com um advogado empregado de forma permanente pode, ou não, estar protegida pelo *legal privilege*.

Com efeito, o Presidente começou por recordar a jurisprudência anterior do Tribunal, por um lado, a respeito da avaliação do conceito de urgência, em sede

63 Cfr. Despacho C-7/04 P(R). De assinalar que *Akzo Nobel* e a *Akros Chemical* deduziram reconvenção no sentido de, também elas, solicitarem a anulação de dois diferentes pontos das referidas conclusões, o que foi negado por Despacho do Presidente do TJUE

de medidas cautelares, que deve ser realizada à luz da necessidade das mesmas por forma a evitar danos sérios e irreparáveis para os requerentes; e, por outro lado, relativamente ao facto de a Comissão estar impedida de utilizar todos os documentos e meios de prova que tenha reunido no âmbito de diligências de instrução, caso a decisão que tivesse ordenado a investigação fosse anulada, já que se exporia ao risco de ver anulada a decisão declarativa da existência de uma infração, se se baseasse em tais meios de prova.

O Presidente considerou, pois, aplicável, nos casos em que esteja em causa uma Decisão da Comissão que não considere como confidenciais um ou mais documentos e que tal decisão seja anulada pelos tribunais comunitários, os princípios decorrentes da referida jurisprudência.

O Presidente relembrou, além disso, o facto de a Comissão aceitar que, caso a sua Decisão seja subsequentemente anulada, procederá à remoção dos seus ficheiros dos documentos controvertidos, vendo-se, portanto, impedida de os utilizar como provas.

Assim sendo, o Presidente considerou que a possibilidade de uma utilização ilícita, por parte da Comissão, do primeiro conjunto de documentos controvertido em procedimentos por violação das regras comunitárias da concorrência seria puramente teórica e, em qualquer caso, improvável.

De todo o modo, o Presidente do Tribunal acrescentou que, ainda que a mera leitura, por parte da Comissão, da informação contida no primeiro conjunto de documentos, sem que tal informação seja usada em procedimentos por infração das regras comunitárias da concorrência, possa possivelmente ser capaz de afetar a confidencialidade/segredo profissional, tal circunstância não seria, em si, suficiente para demonstrar que a condição de urgência se encontraria satisfeita no caso *sub iudice*, uma vez que a Comissão se comprometeu a não dar acesso a terceiros ao primeiro conjunto de documentos até que seja julgado o processo principal. Assim, o Presidente acabou por considerar que os danos que possivelmente poderiam resultar de uma mais detalhada análise dos documentos em causa seriam insuficientes para considerar verificada a existência de danos sérios e irreparáveis, uma vez que a Comissão estaria impedida de utilizar informações obtidas dessa forma. Pelo que, em conformidade, acabou por efetivamente anular os dois pontos controvertidos das conclusões do Despacho do Presidente do TPI.

Todavia, o entusiasmo suscitado à volta da reanálise desta importante questão, a nível do direito da União, acabou por esmorecer com o proferimento dos acórdãos do TPI e do TJUE.

BIBLIOGRAFIA JURISPRUDÊNCIA

TJUE

- Acórdão 4/73 Acórdão de 14.5.1974, Nold, 4/73, Rec. p. 491.
- Acórdão 44/79 Acórdão de 13.12.1979, Hauer, 44/79, Rec. p. 3727.
- Acórdão 136/79 Acórdão de 26.6.1980, National Panasonic, 136/79, Rec. p. 2033.
- Acórdão 155/79 Acórdão de 18.5.1982, AM&S Europe/Comissão, 155/79, Rec. p. 1575.
- Acórdão 322/82 Acórdão de 9.11.1983, Michelin, 322/82, Rec. p. 3461.
- Acórdão 234/84 Acórdão de 10.7.1986, Bélgica/Comissão, 234/84, Rec. p. 2263.
- Acórdão 40/85 Acórdão de 10.7.1986, Bélgica/Comissão, 40/85, Rec. p. 2321.
- Acórdão 46/87 Acórdão de 21.9.1989, Hoechst, 46/87 e 227/88, Rec. p. 2859.
- Acórdão 374/87 Acórdão de 18.10.1989, Orkem/Comissão, 374/87, Rec. p. 3283.
- Acórdão 27/88 Acórdão de 18.10.1989, Solvay/Comissão, 27/88, Rec. p. 3355.
- Acórdão C-415/93 Acórdão de 15.12.1995, Bosman, C-415/93, I-4921.
- Acórdão C-22/98 Acórdão de 16.09.1999; Jean Claude Becu, C-22/98, Rec. p. I-5665.
- Acórdão C-550/07 P Acórdão do TJUE de 14.9.2010, Akzo Nobel Chemicals Ltd e Akros Chemicals Ltd c. Comissão Europeia, C-550/07 P.
- Despacho C-7/04 P(R) Despacho de 27.09.2004, Comissão/Akzo Nobel, C-7/04 P(R).

TPI

- Acórdão T-125/03 Acórdão do TPI de 17.9.2007, Akzo Nobel Chemicals Ltd e Akros Chemicals Ltd c. Comissão Europeia, T-125/03 e T-253/03.
- Despacho T-30/89 Despacho de 4.4.1990, Hilti Aktiengesellschaft/Comissão, T-30/89, Colect. II-165.
- Despacho T-125/03 R Despacho do TPI de 30.10.2003, Akzo Nobel Chemicals Ltd e Akros Chemicals Ltd c. Comissão Europeia, T-125/03 R e T-253/03 R.

DOCTRINA

KREIS, H.

1983 *Commission Procedures in Competition Proceedings – Recent reforms in practice and law*, Fordham.

PAIS ANTUNES, L. M.

1995 *Direito da Concorrência – Os poderes de investigação da Comissão Europeia e a proteção dos direitos fundamentais*, Coimbra: Almedina.

PLIAKOS, A.

1987 *Les droits de la défense et le droit communautaire de la concurrence*, Bruxelas: Bruylant.

DOSSIER TEMÁTICO

Seguros

OS DANOS INDEMNIZÁVEIS NO SEGURO FINANCEIRO

*Catarina Baptista Gomes**

Abstract: This paper will focus on damage coverage in credit and suretyship insurances, that have some special rules for this types. On the one hand, there is a special law that provides, for credit insurance, a legal provision of an uninsured percentage. On the other hand, the same law provides a rule of non-coverage of lost profit on both insurances. We will try to find reasonable solutions through an adequate interpretation of the current system, especially considering general principles applicable to insurance.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Considerações gerais acerca do seguro financeiro. 2.1. Nota evolutiva. 2.2. Noção e aspetos de regime. 2.3. Natureza jurídica. 3. O seguro financeiro como seguro de danos. 3.1. Função indemnizatória. 3.2. Princípio indemnizatório. 3.3. Divisão dos riscos. 4. Os limites de cobertura no seguro financeiro. 4.1. O descoberto obrigatório no seguro de crédito. 4.2. Exclusão legal da cobertura de danos não patrimoniais e lucros cessantes. 5. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

As especificidades do seguro financeiro – isto é, do seguro de crédito e do seguro-caução –, levaram o legislador a criar um regime especial para este tipo de seguros – que, atualmente, é o Decreto-Lei (DL) n.º 183/88, de 24 de maio¹. Por outro lado, o DL n.º 72/2008, de 16 de abril, que veio aprovar o regime

* Este estudo corresponde, com algumas adaptações, ao Relatório de Mestrado Científico de Direito Comercial apresentado no âmbito da disciplina de Direito dos Seguros, sob a Regência do Professor Doutor Pedro Romano Martinez, no ano letivo 2014/2015, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

1 Alterado pelo DL n.º 127/91, de 22 de março; pelo DL n.º 214/99, de 15 de junho – que transpôs para a legislação nacional a Diretiva n.º 98/29/CE, de 7 de maio, relativa à harmonização das principais disposições aplicáveis ao seguro de créditos à exportação para operações de cobertura a médio e longo prazo –; pelo DL n.º 51/2006, de 14 de março e pelo DL n.º 31/2007, de 14 de fevereiro.

jurídico do contrato de seguro (doravante, RJCS), contém também normas especiais aplicáveis ao seguro financeiro, nos artigos 161.º a 166.º.

Ao mesmo tempo, não se descarta a aplicação dos princípios e regras gerais vigentes em matéria de direito dos seguros, na medida em que tal não desvirtue a sua natureza, tal como decorre dos artigos 1.º do DL n.º 183/88 e 166.º do RJCS, ao preverem que os seguros de crédito e caução são regulados por lei especial e pelas disposições constantes da parte geral que não sejam incompatíveis com a sua natureza². Não tendo estas normas procedido à revogação ou substituição do regime especial, visando antes integrar este tipo de seguros no RJCS, tornou-se inequívoca a aplicação das normas da parte geral³.

A aplicação do RJCS tem, assim, que ser devidamente equacionada e ponderada numa dupla perspetiva, por forma a estabelecer a sua devida articulação com o regime especial, i.e., é necessário, por um lado, atender às regras especiais aí constantes e, por outro lado, às regras gerais compatíveis com a natureza do seguro financeiro⁴. Temos, portanto, um complexo normativo que inclui um regime especial constante em diploma especial, as normas especiais do RJCS aplicáveis ao seguro financeiro, e, ainda, as normas gerais do RJCS que não sejam incompatíveis com a sua natureza^{5/6}. Evidentemente, não devem também descurar-se as normas gerais de direito das obrigações.

Embora o DL n.º 183/88 tenha sofrido alterações, a última delas em 2007 pelo DL n.º 31/2007, de 14 de fevereiro, que procedeu à sua republicação –, e atendendo ao facto de em 2008 ter sido instituído um regime jurídico do

2 Tal como refere Torres (2011: 512 e 513), com a previsão do seguro de crédito e do seguro-caução no RJCS, pretendeu-se estender ao seguro financeiro a aplicabilidade deste regime, tornando-lhe aplicável o conjunto de normas da parte geral, e não – ao contrário da generalidade dos regimes idênticos de outros Estados europeus – revogar a legislação especial.

3 Torres, 2011: 512; Pestana de Vasconcelos, 2009: 361 e 362.

4 Antes da aprovação do RJCS, a matéria de direito dos seguros estava regulada nos artigos 425.º a 462.º do Código Comercial, que foram revogados pelo artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 72/2008. O RJCS veio, pois, numa intenção codificadora, estabelecer um regime geral aplicável ao contrato de seguro, prevendo também regras especiais aplicáveis a cada uma das suas modalidades, tal como sucede com o seguro financeiro.

5 Claro que deve também atender-se a outras regras gerais do ordenamento para além destas, desde logo o Código Civil em matéria de direito das obrigações – assumindo uma relevância especial as normas sobre responsabilidade civil e obrigação de indemnização –, ou a Lei das Cláusulas Contratuais Gerais (LCCG) na medida em que estejam verificados os pressupostos da sua aplicação, como sucede aliás com todas as modalidades de contrato de seguro.

6 Para uma visão articulada destas regras na relação contratual *vide* Pestana de Vasconcelos, 2009: 363 e ss.. O autor faz uma análise da aplicação das regras do regime geral, do regime especial e da LCCG a respeito da relação pré-contratual, do contrato e da apólice, fazendo depois uma abordagem separada do seguro de crédito e do seguro-caução.

contrato de seguro pelo DL n.º 72/2008, verifica-se ainda a manutenção de soluções no âmbito do seguro financeiro que parecem desatender à lógica geral e atual do sistema. Referimo-nos, em especial, às normas de teor restritivo relativas aos danos indemnizáveis – quer quanto ao seu *quantum* quer no que respeita à sua natureza –, a saber, a previsão de um descoberto obrigatório para o seguro de crédito e a exclusão legal da cobertura de lucros cessantes para o seguro financeiro em geral (artigos 5.º e 12.º do DL n.º 183/88, respetivamente).

Atentas as particularidades que (pelo menos aparentemente) o legislador consagrou para os danos indemnizáveis no seguro financeiro, pretende-se, com este estudo, tentar perceber o real alcance destas normas tendo fundamentalmente presente os cânones atuais do sistema.

2. CONSIDERAÇÕES GERAIS ACERCA DO SEGURO FINANCEIRO

2.1. Nota evolutiva

a) *Quadro legislativo*

O seguro de crédito e caução aparecem hoje inseridos na modalidade mais ampla a que o legislador de 2007 veio designar por seguro financeiro⁷. A legislação especial fala, por sua vez, em seguro de riscos de crédito, onde se incluem os seguros de crédito e os seguros-caução⁸. Embora com terminologias diversas, seguro financeiro ou seguro de riscos de crédito correspondem à mesma realidade, subdividindo-se em seguro de crédito e seguro-caução⁹.

Mas estes dois subtipos nem sempre andaram de “mãos dadas”. Só a partir de 1976 com o DL n.º 318/76, de 20 de abril, se consagrou pela primeira vez um regime legal aplicável a ambos. Antes da aprovação deste regime existia apenas um conjunto de normas aplicáveis aos seguros de crédito à exportação

7 Cf. artigos 161.º-166.º do RJCS.

8 Castro Mendes (1972: 9) vai ao encontro desta distinção adotada em legislação especial, considerando que o seguro de crédito (*lato sensu*) pode ser definido como o *seguro do risco de não pagamento de um crédito*, qualquer que seja a origem ou do crédito ou do não pagamento (mora com ou sem contestação do crédito, insolvência, etc.). Sobre a aceção ampla e restrita do seguro de crédito *vide* Tirado Suárez, 2005: 1184 e Sotomayor, 1969: 140 e ss..

9 Daqui por diante, iremos adotar o conceito de *seguro financeiro* em vez de seguro de crédito *lato sensu* ou *seguro de riscos de crédito*, porque o RJCS, mais atual, assim o designa. Quanto nos referirmos ao seguro de crédito, estamos portanto a falar apenas do seguro de crédito propriamente dito e não no seu conceito mais lato.

contidas nos mesmos diplomas que regulavam o financiamento das exportações, verificando-se uma ausência de sistematização das matérias dos seguros de crédito à exportação e do seguro de crédito, “*numa promiscuidade entre a regulamentação da banca e do seguro [...] Agora, o seguro libertava-se irreversivelmente do espartilho da afinidade com a banca. O seu carácter particular era reconhecido e impunha a necessidade de regulamentação adequada e específica*”¹⁰.

Até à data, a admissibilidade dos seguros-caução era bastante controversa, existindo um vazio legal a ele atinente, aparecendo apenas referências esporádicas “aqui e ali” proibindo-se ou admitindo-se, em certos casos, a sua admissibilidade¹¹. O DL n.º 318/76 trouxe-lhe um regime legal, pondo fim às controvérsias que então germinavam sobre a sua admissibilidade no ordenamento jurídico português. Seguro de crédito e seguro-caução passam, então, a ser tratados pelo legislador num mesmo diploma, criando-se as bases para os mesmos passarem a ser reconhecidos no seio de uma mesma categoria ou modalidade de seguros, já que em comum têm o facto de visarem a cobertura de riscos obrigacionais.

Seguiu-se o DL n.º 169/81, de 20 de junho, que reformulou o diploma de 1976, de modo a dotar o regime de uma maior flexibilidade e operacionalidade – o objetivo primordial era simplificar a prática do seguro de crédito, eliminando os obstáculos legislativos que tornavam o regime anterior complexo¹². Sentiu-se a preocupação de legislar sobre as “bases gerais” deste ramo de seguros, em termos paralelos aos (então) previstos no Código Comercial (CCom.), sem privilegiar qualquer das suas modalidades e sem prejuízo de,

10 Silva Santos, 2004: 87. Conforme se afirma no preâmbulo do DL n.º 318/76, esta situação enfermava “... desde logo, de um equívoco de base, que resultou, para além de uma defeituosa sistematização, da confusão do objecto próprio e específico deste tipo de seguros com o dos créditos à exportação [...] Daí que, antes de mais, e de um ponto de vista formal, se tenha intencionalmente feito publicar dois diplomas legais, cada qual com o seu objecto próprio, o financiamento das exportações, um, e, agora, o seguro de créditos, o outro”.

11 Assim, no DL n.º 29 868, de 1 setembro de 1939, aparece já uma referência ao seguro-caução no sentido de o legislador proibir o seguro contra a responsabilidade criminal ou disciplinar e suas consequências – limitação esta que vem também consagrada na Lei n.º 2/71, de 12 de abril, que declara nulos os contratos de seguro que tenham por objeto ou fim a cobertura da responsabilidade criminal ou disciplinar ou os seus efeitos e os seguros de estupefacientes e outras drogas perigosas para a saúde pública. No Despacho de 23 de setembro de 1964, admitiu-se a possibilidade de cobertura do risco de perda dos adiantamentos feitos por uma empresa ao seu pessoal para adquirir ou construir habitação própria. Pelo contrário, a cobertura do risco de não-pagamento das prestações devidas pela aquisição própria deveria realizar-se por apólice de seguro de créditos (Circular n.º 704 de 7 de outubro de 1964) – cf. Bastin (1983: 629-631) que refere, a este respeito, que, com este diploma, foi dado um passo decisivo na clarificação sobre as coberturas no seguro-caução.

12 Cf. preâmbulo do DL n.º 168/81.

naturalmente, se ter sempre presente o facto de o seguro de crédito constituir um dos principais incentivos à exportação nacional¹³.

Com a entrada de Portugal nas Comunidades Europeias foi necessário reformular o quadro normativo então vigente, o que foi feito pelo DL n.º 183/88, que revogou o regime anterior elaborando um novo quadro legal para estes seguros, diploma que ainda se mantém em vigor¹⁴.

b) Quadro institucional

A par da evolução legislativa, importa ter presente o quadro evolutivo também do ponto de vista institucional, para se perceber a *ratio* do regime substantivo que se previu para estes seguros.

A criação de um suporte institucional para a exploração deste tipo de seguros foi, desde logo, objeto de previsão no DL n.º 47908¹⁵, prevendo que, para a exploração dos seguros de crédito, seria constituído um segurador, a designar de “Instituto de Seguros de Créditos”, este por sua vez garantido pelo Estado mediante a existência de um “Fundo de Fomento à Exportação”¹⁶.

Todavia, este “Instituto” nunca chegou a ser criado e só com o DL n.º 48950 se criou o suporte institucional até aí inexistente, atribuindo-se à “Companhia de Seguros de Créditos” (COSEC), sociedade anónima de economia mista, a exploração dos seguros de crédito à exportação nacional e seguros de outros créditos externos ou internos¹⁷. Este diploma criou o seu quadro normativo procedendo à aprovação dos seus primeiros estatutos e conferindo ao Estado uma participação maioritária de 60% no capital, sendo o restante destinado à subscrição pelas seguradoras e banca nacionais¹⁸.

13 Cf. preâmbulo do DL n.º 168/81.

14 Com as alterações do DL n.º 127/91, de 22 de março, DL n.º 214/99, de 15 de junho, DL n.º 51/2006, de 14 de março, e DL n.º 31/2007, de 14 de fevereiro.

15 Que veio complementar o DL n.º 46303 – que, como vimos, instituiu o regime do seguro de crédito à exportação.

16 Para tanto, era criada a “Comissão de Créditos e seguro de crédito à exportação” e o “Departamento de Créditos à Exportação Nacional”, competindo à primeira a concessão da garantia estatal à operação, e à segunda o apoio enquanto órgão de estudos, consulta e executivo – cf. Silva Santos, 2004: 81.

17 Cf. artigo 14.º do DL n.º 48950. Note-se que, nos termos do artigo 23.º, n.º 2 do mesmo DL, a “Companhia” devia fornecer ao “Serviço de Centralização de Riscos de Crédito” as informações relativas a todas as garantias por si prestadas. *Vide*, sobre esta matéria, Silva Santos, 2004: 81.

18 Silva Santos, 2004: 95.

Entretanto, com o DL n.º 135-A/75, de 15 de março, o Conselho da Revolução procedeu à nacionalização de todas as Companhias de Seguros sedeadas no continente e ilhas¹⁹, com fundamento, por um lado, na detenção indevida de grandes capitais pelas sociedades seguradoras – capital esse que sendo privado não funcionaria em benefício das classes mais desfavorecidas – e, por outro lado, na defesa do próprio consumidor do seguro que estaria mais protegido se fosse o próprio Estado a garantir a solvabilidade das empresas, pela via da propriedade²⁰.

Nesse processo de nacionalização esteve envolvida a COSEC, à qual foi dada uma atenção especial, tendo sido nacionalizada por um diploma à parte – o DL n.º 135-A/75, de 15 de março –, o que teve consequências ao nível da alteração da sua natureza, dado que deixa de ser uma entidade de natureza mista, maioritariamente estatal, para passar a ser uma entidade detida exclusivamente por capitais públicos²¹. Não obstante, a natureza jurídica das entidades nacionalizadas não era clara, pois não o tinha definido concretamente o legislador, que só com o DL n.º 72/76, de 27 de janeiro passou a prever a natureza destas entidades, na sequência do qual se tornou, então, inequívoco que a COSEC era uma empresa pública, com plena autonomia administrativa e financeira, dotada de património próprio²². Só em 1989 se inicia o processo de privatização, com a transformação da COSEC em sociedade anónima de capitais maioritariamente públicos, tendo o processo de privatização sido efetivado em duas fases: a primeira fase em 1990 (51%), tendo-se concluído o processo de privatização, numa segunda fase, em 1992 (100%)²³.

Apenas com o DL n.º 183/88, de 24 de maio se liberaliza o mercado, permitindo-se a livre exploração por parte das seguradoras deste tipo de seguros, mas os seguros com vista à cobertura de riscos extraordinários e por conta do Estado mantinham-se na esfera de exploração exclusiva da COSEC²⁴. Veio, desta forma, responder-se às exigências impostas pela entrada nas Comunidades Europeias, que não se compadeciam com a proibição da exploração cumulativa

19 Excecionando-se aquelas cuja participação de capital estrangeiro era elevado, as agências de companhias seguradoras estrangeiras autorizadas para o exercício no território nacional e as mútuas de seguros.

20 Silva Santos, 2004: 84.

21 Silva Santos, 2004: 84 e 85.

22 Silva Santos, 2004: 84 e 85.

23 Informação disponível em www.cosec.pt. A COSEC é, atualmente, uma empresa de capitais privados divididos equitativamente pelo Banco BPI e pela Euler Hermes, líder mundial em seguro de crédito.

24 Silva Santos, 2004: 96.

do seguro de crédito com outros ramos, salvo no caso de seguro de crédito à exportação por conta ou com apoio do Estado²⁵.

Entretanto, com vista a uma maior abertura do mercado, o DL n.º 31/2007 – que procedeu à última alteração ao DL n.º 183/88 – deu mais um passo no sentido da liberdade de iniciativa económica das seguradoras nesta matéria, dispondo-se atualmente no artigo 20.º que os seguros de crédito e caução podem ser explorados pelas seguradoras que, nos termos legais e regulamentares em vigor, se encontrem para tanto autorizadas. Elimina-se, portanto, a ressalva que antes existia de os seguros com vista à cobertura de riscos extraordinários e por conta do Estado se manterem na esfera de exploração exclusiva da COSEC.

2.2. Noção e aspetos de regime

a) Seguro de crédito

O seguro de crédito vem definido no artigo 161.º da LCS como aquele em que o segurador se obriga a indemnizar o segurado, nas condições e com os limites constantes da lei e do contrato de seguro, por perdas causadas nomeadamente por (i) falta ou atraso no pagamento de obrigações pecuniárias; (ii) riscos políticos, naturais ou contratuais que obstem ao cumprimento das obrigações; (iii) não amortização de despesas suportadas com vista à constituição desses créditos; (iv) variações de taxa de câmbio de moedas de referência de pagamento; (v) alteração anormal e imprevisível dos custos de produção; e, (vi) suspensão ou revogação da encomenda ou resolução arbitrária do contrato pelo devedor na fase anterior à constituição do crédito. Esta norma corresponde, fundamentalmente, embora com algumas nuances, ao que se dispõe na legislação especial aplicável, nos artigos 3.º e 4.º do DL n.º 183/88^{26/27}.

25 Silva Santos, 2004: 92. Vide a Diretiva 73/240/CEE do Conselho, de 24 de julho de 1973 relativa à supressão das restrições à liberdade de estabelecimento, em matéria de seguro direto não vida.

26 Aí se dispõe que podem ser cobertos riscos (i) de não amortização das despesas suportadas com operações de prospeção de mercados, participação em feiras no estrangeiro e constituição de existências em países estrangeiros; (ii) de suspensão ou revogação da encomenda ou resolução arbitrária do contrato pelo devedor na fase anterior à constituição do crédito; (iii) de falta ou atraso no pagamento dos montantes devidos ao credor; (iv) de variações cambiais relativamente a contratos cujo pagamento seja estipulado em moeda estrangeira; e, (v) de elevação anormal e imprevisível dos custos de produção resultante da alteração das condições económicas que afetem o fabrico dos bens, a execução dos trabalhos ou a prestação de serviços.

27 Menezes Cordeiro, 2014: 840; Menezes Cordeiro (2013: 780), refere, a este respeito, que o artigo 161.º, n.º 1, do RJCS veio apresentar o seguro de crédito em termos mais extensos do que o DL 183/88 e que o n.º 2 do artigo 161.º faculta o alargamento, internacional e vertical, do âmbito de cobertura.

Note-se que a lei, no RJCS, utiliza o vocábulo “*nomeadamente*”, pelo que a enumeração aí contida é exemplificativa. A formulação da lei especial aponta também para a não taxatividade do elenco aí contido, uma vez que no n.º 1 do artigo 3.º utiliza a expressão “*podem ser cobertos os riscos seguintes*”, embora admitamos que o n.º 2 do artigo 3.º do DL n.º 183/88 possa colocar dúvidas, na medida em que nele se prevê a faculdade de, mediante portaria conjunta do Ministério das Finanças e da Economia, se definirem outros riscos suscetíveis de cobertura no âmbito do seguro de créditos. Parece, então, pelo menos aparentemente, que não existiriam outros riscos seguráveis para além dos previstos na norma especial ou daqueles que viessem a ser criados por via da aludida portaria.

Urge, todavia, fazer uma interpretação finalisticamente orientada para o quadro normativo atual. O facto de termos um regime geral aplicável ao contrato de seguro onde se faz alusão ao seguro de crédito e onde a norma de delimitação dos riscos a ele associados apresenta uma estrutura aberta tem de ser tido em conta na interpretação da norma contida no diploma especial. Com efeito, o RJCS é posterior ao DL n.º 183/88, estabelecendo um regime geral sem deixar de ter em conta uma parte especial para as específicas modalidades de seguro, razão que nos leva a concluir que a norma que deve valer quanto à delimitação dos riscos seguráveis é, pois, a constante no RJCS, que veio revogar tacitamente a norma do anterior DL n.º 183/88. De outra forma, i.e., se não se entender ter ocorrido a referida revogação, terá de se interpretar esta à luz daquela, mediante uma interpretação atualista para daí se concluir que o elenco aí contido exemplificativo.

Alguma doutrina tem, todavia, seguido uma interpretação limitadora da natureza das obrigações aqui contempladas, no sentido de apenas se incluírem as situações de não pagamento – por outras palavras, pelo seguro de crédito apenas se poderiam segurar riscos associados ao incumprimento de obrigações de natureza pecuniária²⁸.

De facto, o seguro de crédito, da forma como está configurado, parece aparentemente estar moldado para cobrir apenas o risco de não cumprimento

28 *Vide* Bastin (1983: 51, 52 e 609), referindo que é indispensável que exista um montante que o devedor deva realmente e a cujo pagamento não possa furtar-se, seja por razões de força maior – v.g., risco político – seja porque é contestável, caso em que haverá falta de pagamento, considerando que a enumeração dos riscos é, no caso português e pela via legislativa, apresentada de forma limitativa (embora por referência ao DL n.º 189/81 antes vigente), mas chamando também a atenção para o facto de ser a apólice que ditará, em primeira linha, os riscos cobertos e que, assim, a lei não impõe de forma imperativa a cobertura de todos os riscos nela enunciados.

de obrigações de natureza pecuniária, diferentemente do que sucede com o seguro-caução. Assim, quando o artigo 161.º, al. a), do RJCS alude a “*falta ou atraso no pagamento de obrigações pecuniárias*” parece querer excluir a falta ou atraso no cumprimento de obrigações de *dare* de natureza não pecuniária ou de *facere*. De forma semelhante, o artigo 3.º, al. c), do DL n.º 183/88 refere-se a “*falta ou atraso no pagamento dos montantes devidos ao credor*” e não a falta ou atraso no cumprimento em geral. No entanto, como já tivemos ocasião de dizer, não há razões para considerar o elenco taxativo, atendendo aos princípios gerais norteadores do sistema, sendo de admitir que, por via do seguro de crédito, se cubram riscos relacionados com o incumprimento de obrigações de *dare* de natureza não pecuniária ou de *facere*.

Por outro lado, vigora em sede de direito dos seguros um princípio geral do interesse ao qual está associada a possibilidade de cobertura de um determinado risco desde que haja um interesse digno de proteção legal, vindo depois especificar-se que, no que concerne ao seguro de danos, o interesse respeita à conservação ou à integridade da coisa, direito ou património seguros²⁹.

Ora, no seguro de crédito, visando-se a cobertura de riscos associados ao não cumprimento de obrigações, o interesse respeita precisamente a direitos de crédito – esses direitos de crédito podem, ou não, ter natureza pecuniária, i.e., podem consistir em direitos a prestações de *dare* (quer sejam de natureza pecuniária ou não pecuniária) e, até, de *facere*. A liberdade das partes é, aqui, preponderante, não havendo razões de ordem pública que legitimem a sua limitação. Numa palavra, nada impede que, ao abrigo da autonomia privada, se cubram, por via de seguros de crédito, riscos de incumprimento de obrigações de natureza não pecuniária, mesmo que não estejam especificamente previstos na lei geral ou na lei especial. Entendemos, por isso, que o seguro de crédito é uma modalidade de seguro financeiro com vocação geral para a cobertura de riscos obrigacionais, ou seja, riscos associados ao não cumprimento de obrigações³⁰.

Nada impede também que, em matéria de delimitação dos riscos seguráveis, as partes delimitem ou excluam certo tipo de riscos – tais cláusulas são, em princípio, válidas³¹. Assim, no seguro de crédito, embora haja um elenco vasto

29 Cf. artigo 43.º do RJCS.

30 Parece ir no mesmo sentido Silva Santos (2004: 22), quando define o seguro de crédito como um contrato concluído com um segurador para dar cobertura ao risco de dano patrimonial do credor (segurado), causado pelo não cumprimento, total ou parcial, por um devedor (terceiro) de uma prestação obrigacional, sem restringir consoante a natureza das prestações.

31 Romano Martinez, 2000: 158.

de riscos seguráveis previstos, nem por isso as partes estão necessariamente obrigadas a incluí-los no seu contrato, que pode apenas cobrir um ou alguns – ou, inclusivamente, indo além deles, como vimos.

Com base nos critérios legais, é possível distinguir várias modalidades de seguros de crédito. Por um lado, a lei distingue entre o seguro de crédito à exportação de bens e serviços – que “*visa as operações de exportação na fase anterior à encomenda firme, na fase de fabrico e na fase de crédito*” (artigo 1.º, n.º 2, do DL n.º 183/88)^{32/33} e o seguro de crédito no mercado interno – que “*abrange tanto a fase de fabrico como a fase de crédito*” (artigo 1.º, n.º 3, do DL n.º 183/88)³⁴. No primeiro caso, o seguro emerge de um crédito interno – e, portanto, o risco deriva do comércio interno; no segundo, o seguro emerge duma relação jurídica em que o crédito é concedido, por parte de um exportador a um devedor num território diferente – e, portanto, o risco deriva do comércio externo³⁵.

Por outro, alude-se também à existência de seguros de crédito financeiros – onde se incluem os “*créditos concedidos por instituições financeiras ou equiparadas, por sociedades de locação financeira e por sociedades de factoring*” (artigo 1.º, n.º 4, do DL n.º 183/88) –, o que pressupõe, *a contrario*, a existência de seguros de crédito não financeiros, i.e., seguros onde não se incluem tais créditos³⁶.

É precisamente no domínio dos créditos à exportação que o seguro de crédito assume especial interesse, atenta a enorme relevância prática neste setor, assumindo na vida económica uma importante função, uma vez que os créditos dos prestadores de serviços e vendedores nacionais são, na maior parte das vezes, assegurados por seguros de crédito, permitindo ao segurado obter crédito

32 Um exemplo de seguro de crédito à exportação é-nos dado num parecer de Antunes Varela (1990: 49 e ss.), em que os “*Estaleiros...*” celebraram, em abril de 1977, com a COSEC, os créditos nascidos da venda de dois navios. Ao abrigo dos contratos realizados, a COSEC cobriu os créditos dos *Estaleiros* na fase de construção dos navios e na fase de créditos contra os riscos de falência, concordata judicial, mora, rescisão injustificada do contrato e alguns riscos de natureza política.

33 Como nota Sotomayor (1969: 144 e 147), o seguro de crédito à exportação é uma espécie de seguro de crédito e, como tal, com a mesma natureza que as restantes espécies. Além disso, prossegue, não deve confundir-se o seguro de crédito à exportação com outros tipos que prosseguem a mesma finalidade e que o autor designa por seguros para “*fomento à exportação*” – que podem ou não ser seguros de crédito.

34 Numa formulação idêntica, o artigo 161.º, n.º 2, do RJCS refere que o seguro de crédito pode cobrir riscos de crédito inerentes a contratos destinados a produzir os seus efeitos em Portugal ou no estrangeiro, podendo abranger a fase de fabrico e a fase de crédito e, nos termos indicados na lei ou no contrato, a fase anterior a tomada firme.

35 Silva Santos, 2004: 23.

36 Pestana de Vasconcelos, 2009: 376.

com maior facilidade³⁷. Destacam-se também os seguros relativos a crédito de financiamento com vista à exportação, sendo por vezes exigidos como “garantia” por parte de bancos financiadores³⁸. Assim, uma das vantagens deste seguro reside precisamente na redução de risco de concessão de crédito³⁹, mormente por parte de instituições financeiras.

No que respeita aos riscos seguráveis, tem-se também distinguido os seguros de crédito que cobrem riscos comerciais dos que cobrem riscos políticos ou de carácter extraordinário – os primeiros ligados ao próprio devedor, os segundos associados a riscos políticos e catastróficos⁴⁰.

Há também uma classificação, que não decorre do DL n.º 183/88 mas decorre da prática seguradora e do Direito da União Europeia a respeito dos seguros de crédito à exportação, que divide entre seguros de crédito a curto prazo e a médio e longo prazos, considerando-se de curto prazo as transações efetuadas com condições de crédito até dois anos e de médio e longo prazo as relativas, respetivamente, a operações entre dois a cinco anos e superiores a cinco anos⁴¹.

O artigo 4.º do DL n.º 183/88 enumera um elenco vastíssimo de factos geradores do sinistro relativamente ao seguro de crédito, dos quais destacamos

37 Pestana de Vasconcelos (2009: 372) afirma, neste contexto, que sem a celebração do contrato de seguro, essas empresas ou não exportam, ou se o fizerem terão que correr o risco na totalidade. É certo que, como refere o autor, existem outros mecanismos que permitem assegurar a posição do exportador, como a cessão financeira ou o crédito documentário, mas a prática comercial instalada aponta para o recurso ao seguro de crédito como opção preferencial.

38 Jean Bastin, 1983: 617. Afirma o autor que, com este seguro, visava-se tanto a cobertura do crédito outorgado pelos bancos (créditos bancários) como do crédito comercial interno e à exportação e que os riscos próprios do crédito à exportação constituíram mesmo um poderoso incentivo à criação do seguro de crédito. Em Portugal, especificamente, o autor dá nota de que já na década de sessenta, a primeira legislação relativa ao seguro de crédito englobava num mesmo diploma o crédito à exportação e o respetivo seguro, afirmando por isso que o “*seguro de créditos à exportação constituía então o paradigma legal para as outras modalidades do seguro de créditos*” – situação que, depois, veio ser alterada pelo DL n.º 318/76, de 30 de abril, onde passa a definir-se um regime comum onde se incluía tanto o seguro de crédito à exportação, como o seguro de crédito interno e seguro-caução, solução que foi mantida com o DL n.º 169/81 e com o atual DL n.º 183/88, embora sem nunca se perder de vista a função incentivadora das exportações (*ibidem*, pp. 617 e 618). *Vide*, também, Sotomayor (1969: 144), que refere o facto de o seguro de crédito à exportação ter surgido para satisfazer uma necessidade colateral da expansão das exportações nos países industrializados.

39 Barea, 1962: 25.

40 *Vide*, v.g., Pestana de Vasconcelos, 2009: 377; Tony Dowding & COSEC – Companhia de Seguro de Créditos, 2001: 8; COSEC, 2013: 6, disponível em <http://www.portugalglobal.pt/pt/biblioteca/livrariadigital/segurocreditoexportacao.pdf>.

41 COSEC, 2001: 8; COSEC, 2013: 6. *Vide* também a Diretiva 98/29/CE do Conselho, de 7 de maio de 1998, relativa à harmonização das primeiras disposições aplicáveis ao seguro de crédito à exportação para operações com cobertura a médio e a longo prazo.

a insolvência, o incumprimento, a rescisão do contrato pelo devedor, bem como factos associados à verificação de riscos políticos ou extraordinários, como acontecimentos políticos, económicos, guerras, revoluções e eventos catastróficos que obstem ao cumprimento da prestação do devedor. Também aqui esta nomenclatura legal assume natureza supletiva e não limitativa. O ideal será as partes preverem, de antemão, quais os factos constitutivos do sinistro. Neste cenário, desde que a sua previsão aponte naturalmente para a definição de factos constitutivos que tenham uma relação com o risco de incumprimento – sob pena de desvirtuamento do seguro de crédito enquanto tal –, não se colocam dificuldades e deve preponderar o critério por elas fixado. Na hipótese contrária, a utilidade do elenco contido na lei revelar-se-á ao nível da supletividade.

b) Seguro-caução

O seguro-caução, por sua vez, é legalmente definido no artigo 162.º da LCS como o contrato nos termos do qual o segurador se obriga a indemnizar o segurado pelos danos patrimoniais sofridos, em caso de falta de cumprimento ou de mora do tomador do seguro, em obrigações cujo cumprimento possa ser assegurado por garantia pessoal. Por sua vez, o artigo 6.º do DL n.º 183/88, de forma idêntica, refere-se a seguro-caução como aquele que cobre, direta ou indiretamente, o risco de incumprimento ou atraso no cumprimento das obrigações que, por lei ou convenção, sejam suscetíveis de caução, fiança ou aval⁴².

O conceito de seguro-caução compreende, assim, o seguro-caução direta e indireta⁴³ – no primeiro caso o segurador presta a caução diretamente ao beneficiário/credor, a favor de quem reverte a prestação, decorrente da eventual verificação o sinistro; no segundo caso, o segurador apenas se compromete a indemnizar, no todo ou em parte, a entidade que presta a caução⁴⁴.

Integram-se os riscos de incumprimento quer temporário quer definitivo, e tenha a obrigação natureza pecuniária ou não pecuniária⁴⁵. Verifica-se, assim,

42 Esta noção é idêntica à noção de seguro-caução do artigo 68.º da lei espanhola, a Ley 50/1980, de 8 de Outubro.

43 Cf. artigo 1.º, n.º 5, do DL n.º 183/88.

44 Menezes Leitão, 2008: 178 e 179.

45 Bastin (1983: 623) identifica como traços característicos do seguro-caução o facto de o risco seguro assentar primariamente no incumprimento obrigacional e não na insolvibilidade do devedor como sucede no seguro de crédito e que, deste modo e uma vez que o risco se centra mais no devedor e na sua capacidade de cumprir do que na situação de insolvibilidade, o seguro é formalizado através de apólices individuais mais adequadas à heterogeneidade das obrigações e do risco.

que no seguro-caução os riscos seguráveis são o risco de incumprimento temporário ou definitivo de obrigações – tenham ou não natureza pecuniária – por parte do tomador de seguro, desde que as mesmas sejam suscetíveis de garantia pessoal. Por isso se diz que o seguro-caução é uma modalidade de seguro financeiro com um âmbito análogo ao da garantia bancária, ou da garantia pessoal, a fiança ou aval⁴⁶.

De forma idêntica ao que defendemos para o seguro de crédito, também no seguro-caução as partes têm liberdade de delimitação dos riscos seguráveis, podendo excluir ou limitar a cobertura a determinados riscos na apólice – v.g., acordando-se que a cobertura ficará limitada aos riscos de incumprimento definitivo, não se abrangendo a mora.

A lei não especifica os factos constitutivos do sinistro no seguro-caução. Deverá entender-se que, no silêncio das partes, quer o mero atraso quer o incumprimento definitivo da prestação são riscos seguráveis. Claro está que, também aqui, cremos que as partes podem acordar noutros factos geradores do sinistro desde que associados ao risco de incumprimento⁴⁷.

c) *Critérios de distinção*

Apresentadas as noções de seguro de crédito e de seguro-caução, verifica-se que ambos têm em comum o facto de se destinarem à cobertura de riscos obrigacionais. São vários os critérios que têm sido apontados para distinguir estas figuras, desde o critério dos riscos seguráveis, passando pelo critério dos sujeitos, até ao critério da natureza das obrigações, que passamos a expor.

Segundo o critério dos riscos seguráveis, enquanto o seguro de crédito cobre perdas associadas à verificação de riscos políticos, naturais/catastróficos ou contratuais que obstem ao cumprimento das obrigações⁴⁸, conforme se depreende no n.º 1 do artigo 161.º do RJCS bem como dos artigos 3.º e 4.º do DL n.º 183/88, no seguro-caução, diferentemente, apenas se seguram riscos associados ao

46 Cf. a anotação de Torres, 2011: 513.

47 Uma hipótese que se pode colocar é a de existência de declaração de não cumprimento por parte do devedor – *maxime*, saber se a mesma poderá ou não constituir, supletivamente, facto gerador do sinistro. Tudo dependerá da posição que se adote a respeito da natureza desta declaração, mormente saber se a mesma provoca ou não o vencimento antecipado das obrigações. Em sentido afirmativo, *vide* Menezes Leitão, 2010: 240; Menezes Cordeiro, 2010: 151-154; Galvão Telles, 1997: 255 e 258. Contra, Pessoa Jorge, 1975-1976: 278 e ss..

48 Cf. a anotação de Torres, 2011: 512.

não cumprimento (temporário ou definitivo) de obrigações, portanto, riscos comerciais contratuais (artigo 6.º do DL n.º 183/88 e 162.º da LCS).

Há também quem afirme, a este respeito, que o seguro de crédito apenas cobre os riscos de incumprimento definitivo de obrigações, diferentemente do seguro-caução, que cobre também o risco de mora⁴⁹. Não podemos concordar com esta posição. Desde logo porque, face ao direito português, o artigo 3.º, n.º 1, al. c) do DL n.º 183/88 refere-se expressamente a “*falta ou atraso no pagamento dos montantes devidos ao credor*” com um dos riscos passíveis de cobertura pelo seguro de crédito, assim como ao artigo 161.º, n.º 1, al. a), do RJCS inclui no seu âmbito a “*falta ou atraso no pagamento de obrigações pecuniárias*”⁵⁰.

Há ainda quem refira que no seguro de crédito as obrigações têm necessariamente natureza pecuniária, diferentemente do seguro-caução, em que as mesmas podem ter ou não natureza pecuniária. Por outras palavras, no seguro de crédito, ao contrário do seguro-caução, estaria sempre em causa a cobertura do risco de não pagamento⁵¹. Como já tivemos ocasião de sustentar, não existem razões para sustentar esta limitação, nada impedindo que, ao abrigo da autonomia privada, se cubram, por via de seguros de crédito, riscos de incumprimento de obrigações de natureza não pecuniária.

O critério dos sujeitos atende à qualidade do tomador do seguro. Assim, enquanto no seguro de crédito é o credor da obrigação segura que figura como tomador, no seguro-caução é o devedor da obrigação principal ou o seu contragarante que assume essa posição, verificando-se uma relação triangular entre a seguradora, o tomador do seguro/contragarante (devedor) e o segurado (que

49 Sotomayor, 1969: 141. Contra, Bastin (1983: 616), ao afirmar que no seguro de crédito existe um verdadeiro interesse de seguro na cobertura do risco de não pagamento à data do vencimento (risco de mora): “*Com tal falta de pagamento o crédito pode continuar a existir juridicamente mantendo-se a respectiva relação de titularidade e interesse perante o crédito; todavia, economicamente o credor foi seriamente afectado. É toda uma cadeia de expectativas que se frustra no património do credor e mesmo quando o crédito é nominalmente recuperado frequentemente o seu valor económico está deteriorado*”.

50 Discordamos, assim, de Vasques (1999: 71) e do Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 11 de setembro de 2012, processo 756/10.2TBFLG.G1, quando consideram que no contrato de seguro de crédito o sinistro consiste no reconhecimento, em definitivo, do não pagamento da quantia em dívida. Admitindo a cobertura do risco de mora *vide* o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 19 de março de 2009, processo n.º 09A0334.

51 Romano Martinez & Fuzeta da Ponte, 2006: 114; Bastin, 1983: 52; Sotomayor, 1969: 141. Em sentido semelhante, Polybio Garcia (1935:10) refere-se ao risco de insolvabilidade dos devedores. *Vide*, ainda, os Acórdãos do Tribunal da Relação de Guimarães e do Supremo Tribunal de Justiça aludidos na nota *supra*, referindo que por contrato de seguro de crédito deve entender-se aquele que cobre o risco do não pagamento das vendas a crédito de bens e serviços, efetuadas em Portugal ou no estrangeiro.

pode ser ou não o credor). A lei consagra de forma expressa este critério no artigo 9.º do DL n.º183/88, que refere que o seguro de créditos é celebrado com o credor da obrigação segura e que o seguro-caução, ao invés, é celebrado com o devedor da obrigação a garantir ou com o contragarante a favor do respetivo credor⁵². De forma semelhante, no artigo 162.º da LCS, determina-se que por efeito do seguro-caução, o segurador obriga-se a indemnizar o segurado pelos danos patrimoniais sofridos, em caso de falta de cumprimento ou de mora do tomador do seguro, em obrigações cujo cumprimento possa ser assegurado por garantia pessoal – faz-se uma alusão expressa à falta de cumprimento ou mora do tomador do seguro. Não podem, por isso, suscitar-se dúvidas, pois o legislador é inequívoco na adoção deste critério, daí que seja este o critério que a doutrina utiliza como determinante para a distinção de ambos os seguros⁵³, bem como a jurisprudência⁵⁴.

2.3. Natureza jurídica

Com o seguro financeiro surge o conceito de risco de crédito ou de uma *alea* obrigacional coberta por um negócio jurídico, i.e., a cobertura do risco de não cumprimento de obrigações⁵⁵. Daí a similitude e as dificuldades que se colocam na delimitação destes seguros perante as garantias pessoais das obrigações – *maxime*, a fiança e a garantia autónoma.

Na verdade, a doutrina tem manifestado uma inclinação para a integração do seguro financeiro – de crédito e caução – nas garantias pessoais das obrigações⁵⁶,

52 Não concordamos por isso com a afirmação de Romano Martinez & Fuzeta da Ponte (2006: 114), quando afirmam que, “*por via de regra*”, o seguro de crédito é celebrado com o credor da obrigação segura. Para nós, a qualidade de credor do tomador do seguro é, pois, condição da qualificação do contrato como seguro de crédito, e não apenas um reflexo daquilo que normalmente sucede (por outras palavras, que “*por via de regra*” sucede).

53 *Vide*, v.g., Menezes Leitão, 2008: 176 e 177. Sotomayor (1969: 141), ainda que não o diga de forma expressa, acaba por adotar este critério quando afirma que enquanto o seguro-caução é um contrato a favor de terceiro, o seguro de crédito é um seguro a favor próprio, sendo o devedor estranho ao contrato. Independentemente de concordarmos ou não tecnicamente com a qualificação do seguro-caução como contrato a favor de terceiro, esta afirmação tem implícita a ideia de que o seguro de crédito é celebrado pelo credor ao contrário do seguro-caução, que é celebrado pelo devedor. *Vide*, também, Bastin, 1983: 51 e 70.

54 *Vide*, v.g., o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 19 de março de 2009, processo 09A0334, e o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 23 de abril de 2002, processo 01A4366, em que se afirma que o seguro-caução é celebrado, não com o credor, mas com o devedor da obrigação a garantir ou com o contragarante e a favor do respetivo credor.

55 Castro Mendes, 1972: 10.

56 Cf., v.g., Romano Martinez & Fuzeta da Ponte, 2006: 75 e ss.; Menezes Leitão, 2008: 169 e 170 e 175 e ss.; Pestana de Vasconcelos, 2009: 386 e ss.; Pestana de Vasconcelos, 2013: 175 e ss.. Na expressão

com a particularidade de serem prestadas por uma seguradora, por se entender que a sua função é equiparável à fiança ou à garantia autónoma, consoante haja acessoriedade ou autonomia.

Por garantia pessoal entende-se a vinculação de um sujeito com o seu património para garantir a satisfação de um crédito⁵⁷. Como paradigma, que deve servir de base às demais garantias pessoais, temos a fiança, cuja caracterização se pode reconduzir *grasso modo* a três pilares: (i) a acessoriedade⁵⁸ – ser acessória significa que a dívida do fiador surge moldada *per relationem* pela dívida do devedor principal⁵⁹; (ii) o fim de garantia⁶⁰; e (iii) a sua caracterização enquanto negócio de risco ou perigo⁶¹. Este último ponto constitui uma das características comuns à fiança e ao seguro em geral – ambos são negócios de risco, e, tal como no seguro, também naquela é evidente a presença de uma *alea*⁶², na medida em que o fiador pode ter de suportar, por vezes em definitivo, o risco da satisfação do crédito do credor⁶³.

A este respeito, cumpre referir que os seguros de crédito e caução têm uma função indemnizatória⁶⁴, pois visam indemnizar o credor ou devedor da

de Bastin (1983: 631), o seguro-caução é “funcionalmente equivalente a uma garantia especial das obrigações”.

57 Sobre a garantia como mecanismo dirigido à satisfação do credor, *vide* Costa Gomes, 2000: 5 e ss..

58 Cf. artigo 627.º, n.º 2, do Código Civil.

59 Costa Gomes, 2000: 106 e ss.; Menezes Cordeiro, 2015: 440. Parece-nos de extrema utilidade a tripartição conceptual adotada por Calvão da Silva (1996: 334), a respeito da acessoriedade na fiança: (i) dependência genética – a fiança não é válida se o não for o contrato base que constitui a obrigação principal – artigo 632.º, n.º 1, do CC); (ii) dependência funcional – o fiador pode opor ao credor os meios de defesa que competem ao devedor – artigo 637.º, n.º 1 CC; e, (iii) dependência extintiva – a extinção da obrigação principal importa a extinção da fiança – artigo 651.º do CC.

60 O artigo 627.º, n.º 1, do CC é expresso nesse sentido ao referir que o fiador “*garante*” a satisfação do direito de crédito.

61 Costa Gomes, 2004: 18 e ss..

62 *Vide*, neste sentido, Costa Gomes (2000: 119 – 121), aludindo especificamente à fiança como um dos tipos contratuais que recebem o seu específico sentido e fim do elemento risco. Sobre a fiança como negócio de risco *vide*, ainda, Brito Bastos (2013: 243-248) e Lima Rego, (2010: 392 e ss.). Afirma Menezes Cordeiro (2015: 35), fazendo uma abordagem funcional das garantias, que o risco nas obrigações pode ser controlado, minimizado ou, no limite, suprimido através de garantias e que, numa aceção funcional, estas podem ser definidas, em geral, como todos os esquemas destinados a lidar com o risco, assegurando o cumprimento das obrigações – tendo portanto em comum o escopo de reforçar a expectativa do credor à obtenção do bem representado por uma obrigação.

63 Costa Gomes, 2000: 118 e ss.; 2004: 24 e 25; 2012: 381 e 382.

64 Este assunto será objeto de mais desenvolvimentos *infra*.

obrigação segura, respetivamente, pelos danos decorrentes da verificação do sinistro – que poderá ser ou não o incumprimento da obrigação segura. Por isso, afirma-se que, diferentemente da fiança (acessória) e da garantia autónoma, em que se procura assegurar o cumprimento da obrigação do devedor, aqui assegura-se que serão eliminadas as consequências do incumprimento, através da indemnização dos danos que este desencadeia⁶⁵. É, por isso, verdade que o segurador não surge como devedor de uma obrigação idêntica que constitui o objeto da prestação do devedor acordada contratualmente. A sua função, que é ressarcitória ou indemnizatória, é antes a de compensar o credor pelos danos sofridos.

Mas nem por isso deve negar-se a natureza de garantia ao seguro financeiro, seja de crédito⁶⁶ ou caução. Embora os mesmos não garantam o cumprimento da prestação a que o devedor se obrigou contratualmente, a sua função de garantia surge no cumprimento da obrigação de indemnização a que haja eventualmente lugar em caso de verificação do sinistro. Não nos podemos esquecer que a obrigação de indemnização é, também, uma verdadeira e própria obrigação e, nesse sentido, o seu cumprimento também pode ser garantido ou assegurado.

É certo que a sua constituição estará sujeita a condição suspensiva – que será, neste caso, o incumprimento – mas nada impede as partes de, à luz do princípio da liberdade contratual, garantirem o cumprimento de uma obrigação que eventualmente possa vir a existir. Numa palavra: a função indemnizatória não prejudica a função de garantia do seguro financeiro, pois também aqui temos a vinculação de um sujeito – o segurador – com o seu património para garantir a satisfação de um crédito – neste caso, o crédito resultante da obrigação de indemnização do devedor, cuja existência está sujeita à condição suspensiva do incumprimento. Cremos, portanto, que em comum têm também o facto de,

65 *Vide*, neste sentido, Pestana de Vasconcelos, 2009: 379 e Sotomayor, 1969:138 e 139. Em sentido semelhante se pronuncia Bastin (1983: 632-634) no que respeita especificamente ao seguro-caução.

66 No que respeita ao seguro de crédito em especial há quem distinga a sua natureza consoante o tipo de riscos seguráveis, no sentido de só quando tais riscos correspondam a riscos de incumprimento (temporário ou definitivo) se poder, então, qualificar o seguro como uma garantia pessoal das obrigações. Neste sentido, *vide* Pestana de Vasconcelos (2009: 373 e 380), que alude, a este respeito, a uma “*clara semelhança de função*” do seguro de crédito e da fiança, o que, no seu entender, permite integrar aquele no seio das garantias pessoais das obrigações. Esta ressalva tem razão de ser, pois na verdade os riscos – bem como os factos geradores do sinistro – não consistem sempre no não cumprimento, podendo traduzir-se em factos extraordinários (políticos ou catastróficos) que possam influir na relação obrigacional e, portanto, comprometer a realização da prestação devida.

do ponto de vista do fim jurídico pretendido, quer na fiança quer no seguro financeiro se pretender assegurar pessoalmente o credor, garantindo-o contra o incumprimento de uma determinada obrigação do devedor da relação subjacente⁶⁷.

Outra questão tem a ver com a existência de acessoriedade ou autonomia no seguro financeiro. A lei é omissa. Por isso, a vontade das partes é soberana nesta matéria, devendo, em primeiro lugar, atender-se ao estipulado no contrato para saber se daí resulta alguma determinação quanto à existência de acessoriedade ou autonomia⁶⁸. Mas, na ausência de estipulação contratual, deverá considerar-se a obrigação acessória ou autónoma? Como traço característico das garantias pessoais – especificamente previsto a respeito da fiança, mas que deve ser estendido às demais garantias pessoais de forma supletiva – temos a acessoriedade. Neste sentido, a não estipulação das partes sobre a acessoriedade ou a autonomia deverá redundar na acessoriedade, não por ser de equiparar à fiança, mas por ser o traço característico regra nas garantias pessoais^{69/70}.

67 Cf. Sotomayor (1969: 139), que alude, neste último caso, a indemnização do dano eventual. Mas essa função de garantia expressa-se de forma distinta em ambas as figuras contratuais – enquanto na fiança se garante o cumprimento da obrigação, no seguro de crédito e caução, diferentemente, garante-se a minimização ou eliminação dos danos resultantes do incumprimento – que o mesmo é dizer, garante-se o cumprimento da obrigação de indemnização – cf. Sotomayor (1969: 139), que alude, neste último caso, a indemnização do dano eventual.

68 Há, então, que fazer uma correta interpretação das cláusulas contratuais, cujo conteúdo se deduzirá através da apólice pois esta inclui, nos termos do artigo 37.º, n.º 1, do RJCS, todo o conteúdo do acordado pelas partes. Para a interpretação das suas cláusulas vale o regime geral dos artigos 236.º e ss. do CC, importando depois atender a algumas particularidades típicas dos seguros, desde logo as atinentes à LCCG. Em especial, diga-se que *“no contrato de seguro, em caso de dúvida sobre o sentido da declaração, não se aplica o disposto no artigo 237.º do CC, que aponta para o equilíbrio das prestações, pois o artigo 11.º, n.º2, da LCCG determina que, na dúvida, prevalece o sentido mais favorável ao aderente”*. Assim, *“caso subsistam dúvidas sobre o teor de qualquer cláusula ou quanto ao modo de proceder à conjugação de diferentes cláusulas do contrato atender-se-á ao sentido mais favorável ao tomador do seguro”* – cf. Romano Martínez, 2001: 64 e ss..

69 Pestana de Vasconcelos, 2009: 381. Contra, Bastin (1983: 615). Vide, também, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 23 de abril de 2002 (processo 01A4366), que defende a autonomia.

70 Note-se que o artigo 11.º do DL n.º 183/88, embora aludindo à possibilidade de as partes estipularem uma cláusula de inoponibilidade a respeito do seguro-caução, não resolve a questão, pois a mesma refere-se apenas à existência ou não da possibilidade de a seguradora poder opor exceções derivadas do contrato de seguro ao segurado beneficiário. Ainda assim, poderá ser um argumento no sentido de o ordenamento jurídico ter uma preferência pela oponibilidade no silêncio das partes, só valendo a inoponibilidade se esta for convencionada. Assim sucede, também, no contrato a favor de terceiro previsto, como decorre do artigo 449.º do CC.

Sendo embora garantias pessoais, cremos não deverem as mesmas integrar-se, no conceito “puro” de fiança^{71/72} ou de garantia autónoma. Existem diferenças específicas da particularidade do ramo dos seguros que, não obstante não impedirem que os mesmos desempenhem verdadeiras funções de garantia, não deve levar a reconduzi-los pura e simplesmente à fiança ou à garantia autónoma, embora materialmente possam desempenhar a mesma função⁷³.

Assim: (i) a fiança pode ser prestada – como o é, normalmente – a título gratuito, diferentemente do seguro, em que existe sempre uma contrapartida pecuniária devida em contrapartida do risco assumido pela seguradora – o prémio de seguro⁷⁴; (ii) o seguro pressupõe sempre que uma das partes seja uma seguradora; (iii) o que significa que – disso não se pode duvidar – o seguro de crédito e caução são verdadeiros contratos de seguro como tal sujeitos a regras próprias quer de direito material quer institucional deste ramo. Pese embora estas diferenças, a sua função é semelhante à da fiança ou da garantia autónoma, consoante o caso⁷⁵.

71 *Vide*, neste sentido, Pestana de Vasconcelos (2009: 388 e 389), que rejeita a qualificação do seguro-caução como fiança, chamando a atenção para o facto de, mesmo que se pudesse afirmar que este consiste numa fiança prestada por um segurador, sempre seria um contrato misto. *Vide*, em sentido contrário, Menezes Leitão (2008: 180-182), que afirma ser o seguro-caução uma forma especial de fiança prestada por uma seguradora, que apenas se diferencia da sua forma ordinária pelo facto de o contrato ser estipulado e gerido segundo as regras técnicas e económicas da atividade seguradora, justificando-se, por isso, a existência de uma disciplina específica. Numa posição isolada, Castro Mendes (1972:12 e 15-17) considera que o seguro-caução, entendido como seguro do não cumprimento feito pelo devedor, apenas é um verdadeiro seguro na medida em que cubra o risco de não cumprimento involuntário, designadamente por falência ou insolvência e que, fora deste caso, na medida em que antecipa a eventualidade do não cumprimento voluntário, não pode tomar-se como seguro, mas só como fiança.

72 As dificuldades de delimitação da fiança face ao seguro de crédito colocam-se particularmente naquilo que a doutrina tem chamado por *fideiussio indemnitis* ou *fiança de indemnidade*, segundo a qual o fiador garante o pagamento de uma soma correspondente à que o credor não obteve executando o devedor, respondendo o fiador unicamente pela parte do crédito do credor que fique a descoberto. Sobre esta discussão, *vide* Costa Gomes, 2000: 149 e ss.

73 Assim, sobre a natureza jurídica do seguro-caução, refere Costa Gomes (2000: 76 e 77), que “*ele tem (passe a verdade laplisseana) a natureza que tiver*” e que “*a sua firme especificidade está no sujeito prestador da garantia, que é uma companhia de seguros, bem como no facto de (por essa circunstância) a comissão ganhar a designação de prémio*”, concluindo, desta forma, que, substancialmente, o seguro-caução é uma garantia pessoal que tem a natureza que resultar da interpretação do contrato: poderá ser uma fiança ou uma garantia autónoma ou mesmo automática (*upon first demand*) ou uma garantia *sui generis* situada algures entre a acessoriedade e a autonomia. Em sentido semelhante, afirma Pestana de Vasconcelos (2009: 387) que “*É sempre perante cada modalidade de seguro-caução e perante o convencionado pelas partes que deveremos determinar então, mas só então, a sua natureza jurídica.*”

74 Sotomayor, 1969: 138.

75 Defendendo também a natureza de garantia do seguro-caução *vide* Menezes Cordeiro (2014: 836 e 841) e Menezes Cordeiro (2013: 780).

Há também quem refira, no que concerne ao seguro-caução, que este é um contrato a favor de terceiro⁷⁶. Quando a nós, entendemos que poderá ou não sê-lo, tudo dependendo do que tenha sido acordado, i.e., se o credor da obrigação consta ou não como beneficiário da obrigação segura. Há, portanto, que equacionar a aplicação do Código Civil (CC) nesta matéria, mormente das normas que dispõem sobre a oponibilidade das exceções ou meios de defesa da relação subjacente no que respeita a este tipo de contratos⁷⁷.

3. O SEGURO FINANCEIRO COMO SEGURO DE DANOS

Antes de entrarmos diretamente nas especificidades do seguro financeiro enquanto seguro de danos e na delimitação da obrigação de indemnização cumpre tecer, a título prévio, algumas considerações gerais sobre esta matéria.

O artigo 11.º do RJCS estabelece como princípio geral para o contrato de seguro o princípio da liberdade contratual⁷⁸, tendo caráter supletivo as regras constantes do RJCS, com os limites decorrentes do mesmo. O artigo 1.º do RJCS prevê que por efeito do contrato de seguro, o segurador cobre um risco determinado do tomador do seguro ou de outrem, obrigando-se a realizar a prestação convencionada em caso de ocorrência do evento aleatório previsto no contrato, e o tomador do seguro obriga-se a pagar o prémio correspondente.

A determinação do risco assumido pode ser delineada pelas partes, ao abrigo da autonomia privada, em termos qualitativos ou em termos quantitativos, estabelecendo-se um *quantum* que a seguradora terá de indemnizar em caso de sinistro (v.g., um percentual em relação ao valor total dos danos)⁷⁹.

A tónica na autonomia da vontade quanto à realização da prestação por parte da seguradora permite afirmar que será, *prima facie*, a vontade das partes que decidirá quais são os critérios delimitadores da indemnização^{80/81}. Neste

76 *Vide*, neste sentido, Pestana de Vasconcelos, 2009: 385-387; Jardim (2002: 238). Na jurisprudência, *vide* o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 20 de janeiro de 1998 (processo 97A296). Sobre o contrato a favor de terceiro, *vide* Diogo Leite de Campos, 2009.

77 Cf. artigo 449.º do CC.

78 Embora tal já decorresse do princípio geral constante do artigo 405.º do Código Civil.

79 Referindo-se à “delimitação do risco” como a operação mediante a qual no exercício da autonomia privada as partes selecionam os interesses e o risco que pretendem tutelar, *vide* Ana Serra Calmeiro, 2014: 19.

80 *Vide*, neste sentido, Girgado Perandones, 2005: 219.

81 O artigo 1.º da Lei do Contrato de Seguro espanhola estabelece a obrigação do segurador indemnizar os danos sofridos pelo segurado dentro dos limites estipulados pelas partes. Dessa forma, a determinação

domínio, deve, com os limites decorrentes de regras e princípios imperativos, preponderar a autonomia privada, podendo as partes determinar o âmbito do risco assumido e o valor a indemnizar^{82/83}.

Esta possibilidade de delimitação da obrigação de indemnização não é específica dos seguros. Também no direito das obrigações em geral ela é reconhecidamente aceite quer do ponto de vista qualitativo – mediante a estipulação de cláusulas limitativas e de exclusão da responsabilidade civil⁸⁴ –, quer do ponto de vista quantitativo – mediante o estabelecimento de cláusulas penais⁸⁵.

Como fatores a ter em conta na determinação do âmbito do dever de indemnizar, Romano Martinez identifica os seguintes: (i) o tipo de seguro – devendo aqui distinguir-se entre seguro de pessoas e seguro de danos, sendo que, neste, o normal é as partes estipularem uma quantia máxima, acordando-se no pagamento dos danos até esse valor – o montante indemnizatório que a seguradora tem de pagar depende, então, da verificação do sinistro e da determinação dos danos sofridos, estando ainda limitado ao montante máximo que eventualmente tenha sido ajustado; (ii) o conteúdo do contrato de seguro, em que interessa, sobretudo, ter em conta o acordado pelas partes – aqui se incluindo o risco que se assume, o montante segurado, a franquia, as cláusulas de determinação da prestação e o destinatário da prestação; (iii) a determinação do dano; e, ainda, (iv) as regras gerais do cumprimento e do não cumprimento das obrigações⁸⁶.

A lei dá-nos também um critério sobre a possibilidade de limitação de montantes indemnizatórios no que respeita aos seguros em geral, ao permitir que as partes possam fixar franquias, escalões de indemnização e outras previsões contratuais que condicionem o valor da prestação a realizar pelo segurador (artigo 49.º do RJCS). O termo “pode” é, com toda a clareza, enunciador da

do dano indemnizável corresponde, fundamentalmente, ao previsto pelas partes no contrato, cujo único limite consiste na proibição de enriquecimento injustificado.

82 Romano Martinez, 2006: 92.

83 Claro que a liberdade contratual nunca funcionará aqui em termos plenos, pois, como sabe, os contratos de seguro são normalmente celebrados com recurso a cláusulas contratuais gerais e, por isso, do lado do aderente/tomador, a liberdade contratual apresenta-se coartada na sua vertente da liberdade de estipulação. Sobre as cláusulas contratuais gerais e a liberdade contratual *vide* Sousa Ribeiro, 1999.

84 Sobre esta matéria *vide*, em especial, Pinto Monteiro, 2003, e Prata, 2005.

85 Sobre esta matéria *vide* Pinto Monteiro, 1999.

86 Romano Martinez, 2000: 155 e ss..

liberdade contratual que assiste às partes nesta matéria⁸⁷ – podendo embora socorrerem-se dos mecanismos aí previstos, não existe uma obrigatoriedade nesse sentido.

A análise que se seguirá terá por base estas premissas, as quais constituem o pano de fundo que não deve, nunca, perder-se de vista.

3.1. Função indemnizatória

O seguro financeiro integra-se na modalidade de seguro de danos⁸⁸. Vários argumentos apontam nesse sentido, desde logo a sua integração no RJCS como uma sua específica modalidade, mas também as normas atinentes ao interesse seguro.

Para que um contrato de seguro seja válido é necessário que exista um interesse digno de proteção legal relativamente ao risco coberto, como decorre dos artigos 43.º, n.º 1 e 44.º do RJCS –, apesar de serem conceitos distintos, ambos estão indissociavelmente ligados⁸⁹. A admissibilidade da cobertura de determinado risco dependerá do interesse que se vise proteger e o risco seguro, por sua vez, representa a delimitação e concretização *in casu* do interesse inicialmente concebido em termos abstratos⁹⁰ – este pode ser afetado por mais de um risco e só pode ser seguro quando seja ameaçado por um determinado risco⁹¹.

A noção de interesse deve ser encarada numa dupla dimensão: sendo embora o aspeto qualitativo que determine ou não a sua “dignidade” do ponto de vista da proteção legal – em que está em causa a ligação de um sujeito ao objeto do interesse –, o mesmo terá também sempre expressão num determinado valor pecuniário⁹². Neste sentido, o interesse, dizendo respeito à “qualidade”

87 Cf. José Pereira Morgado (2011: 259), referindo que este preceito explicita a plena liberdade das partes para estabelecer franquias, descobertos obrigatórios ou outros mecanismos de comparticipação nos custos decorrentes dos sinistros.

88 Como afirma Moitinho de Almeida (1971: 269), distingue-se dos seguros de responsabilidade civil por, nestes, o titular do direito à indemnização ser um terceiro, diferentemente dos restantes seguros de danos em que geralmente se configura uma relação jurídica só entre o segurado e o segurador. É esta a orientação claramente expressa na lei, quando o legislador, no artigo 137.º do RJCS, afirma que no seguro de responsabilidade civil, o segurador cobre o risco de constituição, no património do segurado, de uma obrigação de indemnizar terceiros, pelo que a determinação dos prejuízos a ressarcir corresponderá ao montante dos danos causados a terceiros de que o segurado é responsável.

89 Vasques, 2011: 246.

90 Veiga Copo, 2011: 371 e 372.

91 Vasques, 2011: 246.

92 Vasques, 2011: 242.

dos bens seguros, tem um valor em si mesmo e, nessa medida, apresenta-se como limite e medida do ressarcimento⁹³. O conceito de interesse não pode, pois, desprender-se o conceito de valor – o qual representa, precisamente, a sua medida⁹⁴. A este respeito, o valor segurável representa a medida quantitativa do interesse e nem sempre este coincide com o valor seguro⁹⁵. Enquanto o valor segurável ou do interesse seguro representa o valor que, em abstrato, é passível de ser seguro, o valor seguro corresponde, pois, àquilo que foi fixado pelas partes – este último constituirá o limite máximo a que, *in casu*, deverá atender-se para efeitos de fixação da indemnização⁹⁶. Em suma: enquanto o valor do interesse seguro constitui o limite legal para a prestação da seguradora, o valor seguro é o limite convencional para essa indemnização⁹⁷. A existência de dano em caso de verificação de sinistro significará, nesta senda, a lesão (total ou parcial) do interesse⁹⁸.

Nos termos do artigo 43.º, n.º 2, do RJCS, determina-se que, no seguro de danos, o interesse respeita à conservação ou integridade de coisa, direito ou património seguros. Por outro lado, o artigo 123.º do RJCS prevê que o seguro de danos pode respeitar a coisas, bens imateriais, créditos e quaisquer outros direitos patrimoniais. Ora, nos seguros financeiros, o interesse protegido diz precisamente respeito a direitos de crédito associados ao risco obrigacional.

Todos estes elementos apontam para a integração dos seguros financeiros na categoria dos seguros de danos e, como tal, devem ser-lhes aplicáveis, com as necessárias adaptações, as normas e princípios a eles atinentes.

Sendo o seguro financeiro um seguro de danos, este assume uma função indemnizatória⁹⁹. Neste sentido, em caso de verificação do sinistro, a seguradora

93 Veiga Copo, 2011: 372 e 374.

94 Veiga Copo, 2011: 392.

95 Veiga Copo, 2011: 375-376 e 392.

96 Sánchez Calero, 2005: 495. Rodrigues Rocha (2015: 94) distingue entre soma segura e valor do interesse, no sentido de aquela representar a medida em que está coberto o interesse segurável, soma estabelecida na apólice (ou determinável, supletivamente, *ex lege*) como limite máximo da prestação do segurador, enquanto este reporta-se ao valor do interesse que se cobre.

97 Sánchez Calero, 2005: 498.

98 Veiga Copo, 2011: 368.

99 *Vide*, neste sentido, Sotomayor, 1969: 142 e 143; Bastin, 1983: 615. No mesmo sentido, *vide* o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 27 de janeiro de 2010, processo 203/09.2YFLSB, considerando que seja qualquer for a sua natureza jurídica, a função do seguro-caução é a de indemnizar o beneficiário e não a

terá de indemnizar o tomador (ou um terceiro beneficiário)¹⁰⁰, mas o montante indemnizatório dependerá da determinação dos danos sofridos e terá como limite o montante máximo que eventualmente tenha sido acordado¹⁰¹.

Afirma-se, a este respeito, que esta função não é compaginável com o carácter especulativo da indemnização, pois apenas se visa ressarcir o lesado pelos danos sofridos, e não o seu enriquecimento – pode, assim, falar-se de um princípio do carácter não lucrativo da indemnização que resulta, desde logo, da regra geral do artigo 562.º do CC, mas também, no que respeita ao direito dos seguros, das normas atinentes ao princípio indemnizatório, como a proibição de sobresseguro ou da sobreposição de seguros¹⁰².

As disposições do CC sobre a obrigação de indemnização e do dano enquanto pressuposto da responsabilidade civil têm de ser, aqui, tomadas em devida linha de conta, já que aquilo que visa prosseguir-se, nestes seguros, é a sua compensação ou minimização mediante a transferência do risco, para uma seguradora, da verificação dos mesmos.

Por dano, numa aceção jurídica, entende-se a “*supressão de uma vantagem, mediante a perda de um direito subjectivo ou a não aquisição de um direito*”¹⁰³ ou a “*supressão ou diminuição de uma situação favorável, reconhecida ou protegida pelo direito*”, podendo advir ou de um direito subjectivo ou de uma vantagem protegida pelo direito que, não sendo um direito subjectivo, é simplesmente um interesse protegido – i.e., o dano jurídico refere-se à lesão de interesses

de exonerar o tomador de seguro das responsabilidades obrigacionais por si contraídas, não importando a transferência para a seguradora dessas obrigações. *Vide*, ainda, na jurisprudência, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 27 de janeiro de 2010, processo 203/09.2YFLSB, onde se considerou que seja qual for a natureza jurídica do seguro-caução, a sua função é a indemnizar o beneficiário e não a de exonerar o tomador do seguro das responsabilidades obrigacionais por si assumidas. Contra, Margarida Lima Rego (2010: 253), que considera que o seguro-caução, sendo embora um seguro de danos, não tem função ressarcitória ou indemnizatória, mas antes uma finalidade de garantir preventivamente o cumprimento das obrigações do devedor.

100 Romano Martinez, 2006: 55.

101 Romano Martinez, 2006: 105. O autor refere ainda que em determinado tipo de seguros, a liquidação não tem uma função indemnizatória, pois a seguradora será devedora de uma quantia previamente fixada que não tem em vista ressarcir danos, como por exemplo no seguro de vida.

102 Romano Martinez, 2000: 155. Pinheiro Torres (1939: 125 e 126) referia-se, na mesma ordem de ideias, ao “*carácter indemnizador do seguro de coisas*”, como traduzindo a sua função indemnizatória ou ressarcitória, diversa da simples aposta – aludindo a um princípio de ordem pública imposto pelo receio sério de sinistros voluntários. Refere o autor que a nossa legislação – à data, os artigos 433.º a 435.º do CCom. – igualmente em vários dos seus preceitos consagrava o princípio do carácter indemnizador do seguro de coisas.

103 Romano Martinez, 2010/2011: 110.

juridicamente tutelados pelo direito¹⁰⁴. O conceito de dano trás consigo a necessidade de ter em atenção normas jurídicas atinentes quer à sua identificação quer à sua delimitação¹⁰⁵.

Para efeitos do presente estudo, importa sobretudo distinguir entre danos patrimoniais e danos não patrimoniais e entre danos emergentes e lucros cessantes. A natureza dos danos patrimoniais é económica, consistindo numa diminuição ou prejuízo económico no património do lesado, ao contrário dos não patrimoniais, destituídos desta¹⁰⁶ – o que significa que, o direito “*não admite que possam ser trocadas por dinheiro, embora sejam compensáveis, naturalmente, em sede de responsabilidade civil*”¹⁰⁷. Aludindo a uma aceção finalística do dano patrimonial, refere Gomes da Silva que este consiste na frustração de um ou mais fins “*resultante de se haver colocado o bem, por meio do qual era possível atingi-los, em situação de não poder ser utilizado para êsse efeito*”¹⁰⁸.

Deve também distinguir-se entre danos emergentes e lucros cessantes, sendo os primeiros os que resultam da frustração de vantagens já existentes, e os segundos advêm da não concretização de vantagens que, de outra forma, operariam¹⁰⁹. Decorre do artigo 564.º, n.º 1, do CC que o dever de indemnizar compreende não só o prejuízo causado, como os benefícios que o lesado deixou de obter em consequência da lesão – o que significa que a obrigação de indemnização diz respeito não só aos danos emergentes mas também aos lucros cessantes¹¹⁰.

104 Menezes Cordeiro, 2014: 511.

105 Menezes Cordeiro, 2014: 512.

106 Cf., por todos, Menezes Cordeiro, 2014: 513; Gomes da Silva, 1944: 78-80; e Romano Martinez, 2010/2011: 111.

107 Menezes Cordeiro, 2014: 513.

108 Gomes da Silva, 1944: 80.

109 Menezes Cordeiro, 2014: 525; Romano Martinez, 2010/2011: 115. Gomes da Silva (1944: 75) refere-se ao conceito de lucros cessantes como aqueles que consistem em não entrarem no património do ofendido valores que nele deveriam ingressar se não se tivesse dado a lesão. É a conceção finalística de dano que, segundo o autor, permite explicar os lucros cessantes como danos ressarcíveis, que se estriba principalmente na função que o mesmo bem devia desempenhar no conjunto do património do prejudicado (1944: 78 e 79).

110 Neste contexto, Mota Pinto (2008: 1090) faz apelo a um critério jurídico segundo o qual a distinção entre danos emergentes e lucros cessantes depende da separação entre posições afetadas que já pertenciam ao lesado e aquilo que ele contava vir a ganhar – embora reconheça que, no caso concreto, poderá não ser fácil esta delimitação. Refere, concretamente, o seguinte: “*afigura-se que a distinção, segundo um critério jurídico, deverá depender de saber em que momento o lesado se tornou titular do direito a esses ganhos, parecendo claro que estando ainda em causa negociações com um terceiro, deverá sempre falar-se de lucros cessantes*”.

3.2. Princípio indenizatório

a) Princípio indenizatório no RJCS

Do princípio indenizatório resulta que a prestação devida pelo segurador está limitada ao dano decorrente do sinistro até ao montante do capital seguro (artigo 128.º, n.º 1, do RJCS).

Permite-se que, por via convencional, as partes acordem no valor do interesse seguro atendível para o cálculo da indemnização, não devendo esse valor ser manifestamente infundado (artigo 131.º do RJCS)¹¹¹.

Como corolários deste princípio, os artigos 132.º e 133.º consagram normas atinentes à proibição de sobresseguro e à pluralidade de seguros, respetivamente¹¹². Com efeito, para lhe dar efetividade, proíbe-se o sobresseguro, i.e., quando o valor do interesse seguro e o valor ou soma (efetivamente) segura não são coincidentes, por esta exceder aquele¹¹³. Assim, se o capital seguro exceder o valor do interesse seguro, podem as partes pedir a redução do contrato (artigos 128.º e 132.º do RJCS). Esta regra é qualificada pela lei, no n.º 1 do artigo 13.º do RJCS, como uma norma relativamente imperativa nos seguros de massas – i.e., imperativa a favor do segurado, podendo ser afastada em seu benefício. Afinal, podem as partes acordar no sentido de o capital seguro exceder o valor do interesse seguro (tal beneficiará o tomador ou segurado).

A autonomia privada prepondera, portanto, numa dupla vertente (i) na fixação do valor do interesse seguro; desde que não manifestamente infundado e, (ii) na possibilidade de o capital seguro. Significa isto que as partes têm inteira liberdade na fixação do valor capital seguro desde que em benefício do tomador? Face aos elementos sistemáticos de que dispomos, deverá entender-se que, não obstante a imperatividade relativa, a fixação do capital seguro tem como (único) limite absolutamente imperativo a proibição de fixação de um valor consideravelmente superior ao valor do interesse.

Como argumentos podem invocar-se o artigo 131.º do RJCS – que, como vimos, permite às partes a fixação do valor do interesse seguro atendível para o cálculo da indemnização, mas não permite que esse valor seja manifestamente infundado – e o artigo 43.º, n.º 1, do RJCS, referente ao interesse, que é qualificado pela lei como absolutamente imperativo (artigo 12.º, n.º 1, do RJCS)

111 Esta regra tem paralelismo com o artigo 28.º da Lei do Contrato de Seguro espanhola.

112 Rodrigues Rocha, 2015: 92 e 93.

113 Rodrigues Rocha, 2015: 94.

– por isso, em caso de sobresseguo convencional, este não deve ultrapassar uma variação considerável desse valor¹¹⁴. Note-se que, perante situações de sobresseguo, a lei tutela o tomador segurado de boa fé, obrigando o segurador a proceder à restituição dos sobreprémios que tenham sido pagos nos dois anos anteriores ao pedido de redução do contrato, deduzidos os custos de aquisição calculados proporcionalmente (artigo 132.º, n.º 2, do RJCS)¹¹⁵.

No que respeita à pluralidade de seguros, decorre do artigo 133.º do RJCS que quando um mesmo risco relativo ao mesmo interesse e por idêntico período esteja seguro por vários seguradores, o tomador do seguro ou o segurado deve informar dessa circunstância todos os seguradores, logo que tome conhecimento da sua verificação, bem como aquando da participação do sinistro. Nesta eventualidade e em caso de verificação do sinistro, cabe então ao segurado optar por um dos seguradores para a cobertura dos seus danos (artigo 133.º, n.º 3, do RJCS). Esta regra, à semelhança da proibição de sobresseguo, visa evitar o enriquecimento do segurado e é relativamente imperativa para os seguros de massas (artigo 13.º do RJCS).

O princípio indemnizatório, da forma como está concebido, apresenta uma formulação em termos negativos, na medida em que proíbe que a prestação do segurador seja superior aos danos sofridos mas não impõe a sua reparação integral¹¹⁶.

Face às considerações que precedem, a aplicabilidade do princípio indemnizatório tem de ser também equacionada a respeito do seguro financeiro, que vem integrado na categoria mais ampla do seguro de danos¹¹⁷. Aliás, a respeito do seguro de crédito à exportação para operações a médio e longo prazo a Diretiva 98/29CE do Conselho, de 7 de maio de 1998, relativa à harmonização das principais disposições aplicáveis ao seguro de crédito à exportação para operações com cobertura a médio e a longo prazo¹¹⁸, determina que o segurador

114 Rodrigues Rocha, 2015: 96.

115 Nos anteriores artigos 1680.º do CCom. de Ferreira Borges e 435.º do CCom. de Veiga Beirão previa-se apenas que excedendo o seguro o valor do objeto seguro, o mesmo só seria válido até à concorrência desse valor, sem contudo se distinguir consoante houvesse boa ou má fé do tomador.

116 Rodrigues Rocha, 2015: 93.

117 Afirma Bastin (1983: 597) que não sendo este princípio específico do seguro de crédito, e apesar de um certo desprezo inicial, veio a impor-se como um elemento essencial na sua definição. No sentido da aplicabilidade do princípio indemnizatório aos seguros de crédito, *vide*, ainda, Sotomayor, 1969: 143; Brigs & Edwards, 1988: 94 e 95.

118 Alterada pelo Regulamento (CE) n.º 806/2003 do Conselho, de 14 de Abril de 2003.

deverá, ao calcular o pagamento de uma indemnização, não pagar ao titular da apólice um montante superior ao montante efetivo da perda total deste último, nem superior ao montante que o titular da apólice teria efetivamente direito de receber do mutuário, nos termos do contrato de empréstimo ou do comprador nos termos do contrato comercial, respetivamente¹¹⁹. Não há dúvida que este preceito constitui uma manifestação do princípio indemnizatório no que aos seguros de crédito à exportação concerne.

b) Ratio do princípio indemnizatório

É classicamente apontado pela doutrina que, na génese do princípio indemnizatório, está ínsita uma proibição de enriquecimento do segurado¹²⁰ bem como a necessidade de acautelar a provocação voluntária de sinistros ou evitar a proliferação de fraudes nos seguros com vista à obtenção de lucro ou que o segurado se sirva deste meio para fins especulativos¹²¹. Subjacente está a ideia de que o seguro não é um contrato especulativo ou fonte de lucros ou enriquecimento mas antes uma forma de reparar os prejuízos efetivamente sofridos¹²².

O princípio do interesse tem também sido apontado como fundamento do princípio indemnizatório. Em termos históricos, o surgimento de um está ligado ao aparecimento do outro¹²³. Afirma-se, neste contexto, que o interesse serve para aclarar o princípio indemnizatório, na medida em que não há direito de indemnização que supere o interesse seguro¹²⁴.

Já antes se aludia aos chamados “contratos de indemnização” para designar precisamente aqueles contratos de seguro em que o segurado não poderia reclamar mais do que a importância exata correspondente aos prejuízos efetivamente sofridos¹²⁵, fazendo-se a divisão entre seguros de capitais e seguros de indemnização – nos primeiros sendo possível garantir o capital que se quisesse;

119 Cf. ponto 27 do anexo da Diretiva.

120 O artigo 26.º da Lei do Contrato de Seguro espanhola (Lei n.º 50/1980, de 8 de outubro), que consagra o princípio indemnizatório, refere expressamente que o seguro não pode ser objeto de “*enriquecimento injusto*” para o segurado.

121 Cf., v.g., Rodrigues Rocha, 2015: 45 e 46; Sánchez Calero, 2005: 484 e 485; Veiga Copo, 2011: 393 e 394.

122 Bastin, 1983: 597; Girgado Perandones, 2005:160.

123 Sobre o nascimento do princípio do interesse associado ao nascimento do princípio indemnizatório, vide Rodrigues Rocha, 2015: 45.

124 Sánchez Calero, 2005: 485.

125 A expressão é de Martínez (1961: 30).

nos segundos, ao invés, o segurado, em caso de sinistro, somente teria direito a receber o equivalente aos prejuízos efetivamente sofridos sem que pudesse tirar lucros daí advenientes¹²⁶.

Argumenta-se que, como a função dos seguros de danos é a de compensar danos e não a de obter lucro – tendo, portanto, uma verdadeira e própria função indenizatória ou causa ressarcitória¹²⁷ –, este princípio torna-se essencial na prossecução desse objetivo, já que na hipótese de a seguradora se obrigar a uma prestação indenizatória superior ao valor do dano causado, o perigo de o segurado provocar voluntariamente o sinistro acentua-se fortemente¹²⁸. Temos, assim, que servindo-se o segurado do contrato de seguro para enriquecer, tal comprometeria a sua finalidade ressarcitória, dando-lhe, ao invés, uma função especulativa.

Estes fundamentos têm sido postos em causa por alguma doutrina precisamente com base em argumentos retirados do quadro legal vigente. Desde logo, o argumento da provocação voluntária de sinistros deixa de fazer sentido quando existe uma norma especificamente com vista a fazer-lhe face – o artigo 46.º, n.ºs 1 e 2 do RJCS, que não permite, em princípio, a cobertura de atos dolosos¹²⁹. Poderia eventualmente dizer-se que as dificuldades de prova dos atos dolosos legitimariam o princípio indenizatório que, valeria então, como uma presunção de dolo do segurado, mas tal não é admissível à luz do sistema, contrário à defesa da teoria do dolo presumido¹³⁰.

Ora, se assim é, tem de concordar-se com Francisco Rodrigues Rocha no sentido de a ausência de dolo surgir como pressuposto de aplicação do princípio indenizatório¹³¹. Isto para além da regra da não cobertura de atos dolosos não ser, hoje, absoluta¹³², pois a própria lei admite que haja lugar à cobertura de atos dolosos desde que tal possibilidade resulte de lei ou regulamento ou,

126 Martínez, 1961: 63.

127 Veiga Copo, 2011: 395.

128 Rodrigues Rocha, 2015: 53. Moitinho de Almeida (1971: 177 e 178) vê neste princípio, mais concretamente na sua dimensão de proibição de sobresseguero, uma necessidade associada à proteção da moral e dos bons costumes quando se impede, por esta via, o recurso aos seguros para obter lucro.

129 Cf., neste sentido, Rodrigues Rocha (2015: 77) e Girgado Perandones (2005: 213), que se pronuncia a respeito do artigo 19.º da Lei do Contrato de Seguro espanhola, idêntica ao nosso artigo 46.º do RJCS.

130 Rodrigues Rocha, 2015: 77.

131 Rodrigues Rocha, 2015: p. 77. *Vide*, no mesmo sentido, Girgado Perandones, 2005: 213 e 214.

132 Rodrigues Rocha, 2015: 77 e 78.

por via convencional, se a natureza da cobertura o permitir e dela não resultar ofensa à ordem pública. Conclui, assim, o autor que o perigo de provocação voluntária do sinistro – que apelida de risco subjetivo – não explica o princípio indenizatório, desde logo “*porque semelhante receio não existe em certo tipo de seguros, aos quais não deixa de aplicar-se o referido princípio, designadamente nos seguros reais contra fenómenos naturais*”, podendo, além disso, existir risco subjetivo sem que haja perigo de enriquecimento do segurado, nomeadamente quando prefira o valor da coisa em dinheiro, e ainda existir violação do princípio indenizatório sem provocação dolosa do sinistro¹³³.

Além disso, prossegue, existem outros mecanismos tendentes a “combater” o risco subjetivo, como o dever de declaração inicial de risco previsto no artigo 24.º do RJCS, o dever de informar modificações do risco a que alude o artigo 91.º do RJCS, a estipulação de franquias, máximos de cobertura¹³⁴, descobertos obrigatórios, cláusulas de valor em novo ou, ainda, a não cobertura de lucros cessantes e do dano de privação de uso (artigo 130.º, n.ºs 2 e 3 do RJCS)¹³⁵.

Por outro lado, situações há em que se admite o enriquecimento do segurado, pois o legislador permite a fixação pelas partes do valor do interesse atendível para o cálculo da indemnização desde que não seja manifestamente infundado, admitindo também situações de sobresseguero e pluralidade de seguros, como tivemos ocasião de ver. Nestes casos, não há enriquecimento sem causa (ou injustificado)¹³⁶. Temos, pois, a autonomia da vontade como sua fonte legitimadora.

Neste sentido, Francisco Rodrigues Rocha entende que, vigorando embora o princípio indenizatório nos termos do qual a prestação devida pelo segurador está limitada ao dano decorrente do sinistro até ao montante do capital seguro, existem, afinal, amplas exceções e, por isso, tal princípio deve ser relativizado, mormente por via da admissibilidade de derrogações por vontade das partes¹³⁷.

Nesta ordem de ideias, deixa também de fazer sentido defender-se que na base do princípio indenizatório está o princípio do interesse se daqui pretender retirar-se que não pode haver direito de indemnização que supere o

133 Rodrigues Rocha, 2015: 78. Neste sentido, *vide* também Girgado Perandones, 2005: 213.

134 Cf. artigo 49.º, n.º 3, do RJCS para os seguros de responsabilidade.

135 Rodrigues Rocha, 2015: 78 e 79.

136 Rodrigues Rocha, 2015: 79 e 80. Sobre o enriquecimento sem causa no direito civil, *vide* Menezes Leitão, 2005.

137 Rodrigues Rocha, 2015: 92 e 93.

interesse seguro. Deverá, antes, entender-se que o interesse constitui um limite ao princípio indemnizatório apenas na medida em que impede a fixação de um valor manifestamente infundado, sem qualquer relação com a coisa – o interesse é um conceito relacional que traduz uma certa relação de um sujeito a um bem, sendo a sua vertente qualitativa que constitui limite do princípio indemnizatório – com efeito, a existência de um valor manifestamente infundado leva a que, em termos qualitativos, deixe de haver qualquer relação deste com o bem¹³⁸.

Parece-nos ser possível ir ainda mais além no sentido de a prevalência da autonomia privada nestas situações não constituírem verdadeiras exceções em sentido técnico-jurídico ao princípio indemnizatório. Por outras palavras, entendemos ser possível interpretar o princípio indemnizatório à luz da autonomia privada.

A necessidade de repensar interpretações rígidas do princípio indemnizatório fez-se notar por alguma doutrina que tem defendido a configuração deste princípio à luz de um critério flexível e finalisticamente orientado para o princípio da autonomia privada. Neste sentido, defende-se a sua relativização por forma a que as partes o adequem às suas necessidades e interesses quando recorrem à celebração de um contrato de seguro, sob pena de a sua própria finalidade sair comprometida e carecer de justificação¹³⁹.

A limitação da autonomia privada só está legitimada quando haja razões que o justifiquem, nomeadamente por motivos de interesse geral ou ordem pública em que perante a sua confrontação com outros princípios deva entender-se, numa correta ponderação, que estes devem prevalecer sobre aquele.

Assim, (ii) a admissibilidade de fixação do valor do interesse desde que não manifestamente infundado; (ii) a admissibilidade de situações de sobre-seguro, bem como (iii) o facto de o princípio indemnizatório se fundamentar precisamente na necessidade de proibir um enriquecimento “injustificado”, leva-nos a defender o papel conformador da autonomia privada no princípio indemnizatório¹⁴⁰.

Seguindo esta posição, deve então considerar-se não se estar perante verdadeiras exceções quando as partes decidem, por comum acordo, incluir nos seguros de danos critérios de indemnização que, à partida, pareceriam atentar

138 Rodrigues Rocha, 2015: 91 e 92.

139 Girgado Perandones, 2005: 204 e ss.; Sánchez Calero, 2005: 481 e 482.

140 Girgado Perandones, 2005: 235 e ss.

contra o mesmo. Se, na tese por nós defendida, o denominado princípio exige o respeito pela liberdade contratual, então tal acordo não será mais do que uma específica apologia do princípio indemnizatório. Princípio indemnizatório e autonomia privada não são, aqui, conflitantes, antes se complementando, tendo este último um papel de conformação do conteúdo do primeiro¹⁴¹. O caráter finalista ou programático do princípio indemnizatório revela-se, por esta forma “aclarado” ou “explicado” pelas partes em virtude do acordo alcançado¹⁴². O princípio indemnizatório deve, então, ser entendido em termos elásticos e não dando-lhe uma interpretação rígida e absoluta¹⁴³.

c) A obrigação de indemnização segura e o direito das obrigações

A temática do princípio indemnizatório não pode desprender-se da análise do seu relacionamento com o direito das obrigações, mormente em matéria de responsabilidade civil e muito em especial no que se refere ao pressuposto do dano¹⁴⁴.

Este princípio, sendo embora um princípio vigente em direito dos seguros, com as particularidades e com as manifestações que se preveem nas diversas legislações nacionais, não o é específico deste ramo, dizendo antes respeito a todo o direito das obrigações, que não o descarta nas regras atinentes à obrigação de indemnização¹⁴⁵. Também aqui o ressarcimento dos danos deve ser feito atendendo aos danos efetivamente sofridos e não visar o enriquecimento do lesado colocando-o numa situação melhor à que existia num momento anterior à conduta ilícita do lesado¹⁴⁶. Mas há diferenças que importa ter presente.

O primeiro traço distintivo assenta no fundamento da obrigação de indemnização, na medida em que no direito dos seguros a fonte da obrigação de

141 Girgado Perandones, 2005: 235 e ss.

142 Girgado Perandones, 2005: 235 e ss..

143 Rodrigues Rocha, 2015: 77 e ss.; Pablo Girgado Perandones, 2005: 209 e ss..

144 Girgado Perandones, 2005: 198 e 199.

145 Sánchez Calero, 2005: 483 e 484.

146 Romano Martinez, 2000: 155; Gomes da Silva, 1944: 77. Como refere este autor, “reconhece-se, em geral que a reparação justa não deve colocar o lesado em situação mais favorável do que a que teria se não se tivesse dado a lesão. A justiça manda que, na medida do possível, se restabeleça a pessoa ofendida no estado anterior à lesão, mas não permite que ela obtenha vantagens superiores às que lhe adviriam do gozo pacífico dos seus direitos. Daí resulta que, nascendo do mesmo facto vantagens e desvantagens para o prejudicado, umas se compensem com as outras, de modo a que a indemnização não dê lugar a qualquer enriquecimento injusto do ofendido à custa do ofensor”.

indenização é a vontade das partes – o contrato prevê-a como seu objeto, enquanto prestação da seguradora em caso de sinistro, e no direito das obrigações em geral, pelo contrário, aquando da verificação dos atos ilícitos que geram responsabilidade civil – seja delitual seja obrigacional –, a norma não protege a vontade das partes, dispondo antes sobre as consequências em caso de verificação de atos ilícitos – o seu fundamento é, portanto, legal, não constituindo (em princípio) o objeto típico de qualquer prestação principal contratualmente acordada¹⁴⁷.

Por isso, a indenização no seguro de danos é moldada pela autonomia privada, pois são as partes que determinam o alcance da indenização por acordo – que estão naturalmente sujeitas às disposições legais imperativas¹⁴⁸. Pode portanto afirmar-se que a indenização no direito das obrigações tem uma natureza distinta da indenização segura, que se encontra determinada pelo contrato de seguro – enquanto no seguro a indenização é objeto essencial do contrato, no direito das obrigações a mesma é consequência da violação de um dever, seja legal ou contratual, mas que, por regra, não constitui a sua prestação principal¹⁴⁹.

Além disso, enquanto no direito das obrigações o ressarcimento é da responsabilidade do agente causador do dano, no direito dos seguros a indenização cabe ao segurador em caso de verificação do sinistro – que não é o agente causador do dano¹⁵⁰.

Esta peculiaridade da natureza da indenização no contrato de seguro não deve levar a que se descure a sua importância. Pelo contrário, esta função indenizatória – e, logo, ressarcitória –, pretende que se opere, de forma rápida, eficaz e segura, a reparação dos danos sofridos¹⁵¹.

Estas diferenças esbatem-se se tivermos presente que, no direito das obrigações, como vimos *supra*, também se admite a estipulação de cláusulas com vista a delimitar o âmbito da obrigação de indemnizar, como sejam as cláusulas de limitação e exclusão da responsabilidade e as cláusulas penais, com vista à liquidação antecipada do dano.

147 Girgado Perandones, 2005: 200 e 201.

148 Girgado Perandones, 2005: 202 e 203.

149 Girgado Perandones, 2005: 203.

150 Girgado Perandones, 2005: 200.

151 Girgado Perandones, 2005: 204.

3.3. Divisão dos riscos

Normalmente, as seguradoras não cobrem os riscos na sua totalidade, especialmente quando estejam em causa quantias muito avultadas, daí que seja necessário recorrer a mecanismos de divisão de riscos para que haja uma “pulverização”¹⁵² dos mesmos.

Como mecanismos de divisão dos riscos temos, desde logo, o resseguro¹⁵³, que é o contrato mediante o qual uma das partes, o ressegurador, cobre riscos de um segurador ou de outro ressegurador (artigo 72.º do RJCS)¹⁵⁴.

Temos também as situações de co-seguro em que se verifica a cobertura conjunta de um risco por vários seguradores, denominados co-seguradores, de entre os quais um é o líder, sem solidariedade entre eles, através de um contrato de seguro único, com as mesmas garantias e idêntico período de duração e com um prémio global (artigo 62.º do RJCS). Mantém-se, aqui, a unidade do contrato de seguro, não obstante a existência de vários seguradores.

Como refere Eduarda Ribeiro, o co-seguro, conjuntamente com o resseguro, são meios pelos quais as seguradoras podem fracionar, dispersar e diversificar os riscos cobertos e que, assim, se um determinado risco assume o montante máximo de cobertura que o segurador pode assumir face a cada risco singular, resta-lhe participar na subscrição do contrato na modalidade de co-seguro ou, em alternativa, ressegurar o excedente de risco¹⁵⁵.

No que respeita ao seguro de crédito em particular, Polybio Garcia afirma que “*para que os seguradores não vejam perigar a sua solvabilidade mercê dum sinistro superior às suas possibilidades, carecem de dividir o mais possível os riscos, o que conseguem limitando os seus plenos*”, podendo, para tal, recorrer, nos termos gerais do seguro, ao resseguro e co-seguro mas, além disso, prevendo ainda em especial um máximo de garantia¹⁵⁶. Por máximo de garantia o autor entende que trata de uma “*estipulação pela qual o segurador se compromete a responder pelas perdas do exercício até um montante convencional*”, distinguindo-a do descoberto por neste último o segurado tomar a seu cargo uma percentagem

152 A expressão é de Martínez (1961: 428).

153 Martínez, 1961: 428.

154 Assim, se uma empresa seguradora assume, v.g., 60% dos danos, a mesma, recorrendo ao resseguro, poderá ressegurar os restantes 40% numa outra companhia.

155 Ribeiro, 2011: 285.

156 Garcia, 1935: 21.

da quantia que pretende segurar, com a obrigação, sob pena de nulidade, de a não confiar a outro segurador¹⁵⁷.

4. OS LIMITES DE COBERTURA NO SEGURO FINANCEIRO

4.1. O descoberto obrigatório no seguro de crédito

a) Noção e distinção de figuras afins

O descoberto obrigatório consiste em determinada soma ou percentagem da quantia segura não coberta. Pode ter natureza legal – quando o mesmo vem especificamente previsto na lei, ou convencional – quando apenas decorre de previsão contratual. Consiste, portanto, na previsão (legal ou contratual) de limites de cobertura no direito dos seguros¹⁵⁸.

Discute-se se no conceito de descoberto obrigatório se integra, ou não, o facto de a quantia não segura poder ser objeto doutro seguro. Para uns, por definição, o descoberto obrigatório não é segurável¹⁵⁹ – não permitindo a existência de cobertura do valor a descoberto por outras vias, tanto mais que, normalmente, “a cláusula do contrato de seguro que contempla o descoberto obrigatório é redigida de forma a não deixar ao credor segurado qualquer hipótese de obter cobertura para a percentagem não garantida”¹⁶⁰. Para outros, será de admitir cobertura com a celebração de seguros com outras companhias¹⁶¹.

Tem vindo a ser afirmado que é precisamente este elemento que permite distingui-lo de figuras próximas, definindo-se descoberto obrigatório como determinada soma ou percentagem da quantia segura não coberta, que não pode ser objeto doutro seguro¹⁶².

157 Garcia, 1935: 23 e 24.

158 A previsão de limites de cobertura não é recente em direito dos seguros. Pelo contrário, a mesma vem associada a soluções e práticas antigas. Sobre as origens do descoberto obrigatório, *vide* Rodrigues Rocha (2015: 46 e ss.).

159 Moitinho de Almeida, 1971: 66-167; Vasques, 1999: 309.

160 Bracinha Vieira, 1971: 76. No mesmo sentido, *vide*, ainda, Vasques (1999: 309).

161 Pestana de Vasconcelos, 2009: 374.

162 *Vide*, neste sentido, Rodrigues Rocha (2015: 79), que dá como exemplo precisamente o caso do artigo 5.º do DL n.º 183/88, relativo ao seguro de crédito. A seu tempo, daremos devida atenção a este tema, que merece mais desenvolvimentos.

Dada a propensão à confusão com o conceito de franquia, em especial quanto estejamos perante descoberto convencional, importa precisar e delimitar ambas as figuras. Na franquia, tal como no descoberto, parte do prejuízo decorrente do sinistro fica a cargo do segurado. Aquela consiste normalmente na fixação de um valor e/ou de uma percentagem dos danos abaixo do qual o segurador não intervém ficando a cargo do segurado esse valor, descontando-se, a final, o valor da franquia ao montante total apurado¹⁶³, sendo também utilizada para evitar o pagamento de indemnizações de pequeno valor, prevendo-se que se os danos excederem determinada quantia, a seguradora paga a indemnização na totalidade¹⁶⁴.

Há também quem, recorrendo a um critério funcional, encontre diferenças, atendendo ao destino a dar ao risco não coberto – enquanto o descoberto assumiria uma função de interessar o segurado na não realização do sinistro, colocando a seu cargo uma parte ou percentagem do risco sem que tal pudesse ser segurável noutra contrato, a franquia resultaria do acordo entre a empresa de seguros e o tomador, que poderia fazê-la segurar por outra empresa de seguros¹⁶⁵. Este mesmo critério tem sido utilizado para a delimitação do descoberto obrigatório face ao máximo de garantia ou de cobertura¹⁶⁶.

Não nos parece que o critério funcional possa ser aqui invocado. Todos estes mecanismos contratuais visam fazer o segurado interessar-se pelo destino do crédito ou evitar e prevenir comportamentos negligentes¹⁶⁷. No caso da franquia, parece-nos que a diferença residirá antes no facto de, nesta, o segurador não assumir os riscos até um determinado limite – ou, por outras palavras, só assumir os riscos a partir de determinado limite –, enquanto no descoberto o segurador assume os riscos até determinado limite¹⁶⁸.

Quanto ao máximo de cobertura, tudo depende de saber se o descoberto obrigatório proíbe cobrir por outras vias o valor não coberto. Excluindo-se este

163 Cf., v.g., Romano Martinez (2006: 111) e Vasques (1999: 309).

164 Romano Martinez, 2006: 111 e 112; Romano Martinez, 2000: 160; Martínez, 1961: 32 e 33.

165 Vasques, 1999: 309.

166 Garcia, 1935: 23 e 24.

167 No que respeita à franquia, Romano Martinez (2006: 111 e 112) afirma especificamente que a mesma desempenha uma função essencialmente de combate ao risco moral, para que o segurado não seja negligente e descuidado na sua atuação, permitindo-se desta forma que o segurado mantenha o interesse em evitar a verificação do sinistro.

168 Assim, Garcia, 1935: 23 e 24.

último elemento, não encontramos diferenças, já que no máximo de cobertura a seguradora também só cobre os danos até determinado limite. Cremos que se deve manter a autonomia conceptual de ambos, dado que as partes podem estipular cláusulas contratuais em que acordem que o segurado se obriga a não recorrer a seguros complementares para cobrir a quantia não segura. A distinção de ambas as figuras assume, aqui, utilidade.

Acresce que do direito da União Europeia parece também decorrer que o descoberto obrigatório deve ser entendido desta forma. Com efeito, na Diretiva 98/29/CE do Conselho, de 7 de maio de 1998, relativa à harmonização das principais disposições aplicáveis ao seguro de crédito à exportação para operações com cobertura a médio e a longo prazo, vem, num preceito sob a epígrafe “Descoberto obrigatório”¹⁶⁹, determinar em termos expressos que, sem prejuízo da possibilidade de cobertura de mais de 95% (em determinadas condições aí previstas), o titular da apólice reterá por sua conta e risco a percentagem não coberta, sendo que o segurador pode decidir autorizar o titular da apólice a transferir o risco, no todo ou em parte, relativo a esta percentagem não coberta. Parece, então, que no descoberto obrigatório pretende-se que seja, efetivamente, o segurado a correr o risco por sua conta, não devendo transferir para mais ninguém o risco.

b) Descoberto obrigatório e subseguro

Segundo o disposto no artigo 134.º do RJCS¹⁷⁰, salvo convenção em contrário, se o capital seguro for inferior ao valor do objeto seguro, o segurador só responde pelo dano na respetiva proporção. Daqui retiramos a noção de subseguro – constitui esta a situação em que o capital seguro é inferior ao valor do objeto seguro; bem como as consequências que daí podem advir, consagrando-se a denominada regra proporcional, mas em termos supletivos¹⁷¹.

O descoberto obrigatório, a par da franquia e do máximo de cobertura, constituem precisamente situações de subseguro voluntário e originário – a montante da verificação dos danos –, já que, nestes, necessariamente, o capital seguro é inferior ao valor do bem seguro (se se segura apenas uma percentagem

169 Cf. ponto 9, al. b) do anexo relativo aos princípios comuns aplicáveis ao seguro de crédito à exportação.

170 Norma idêntica ao anterior artigo 433.º do CCom..

171 Costa Oliveira (2011: 461) refere-se a esta norma como traduzindo uma solução pacífica no direito comparado próximo, com vista a garantir a equivalência das prestações entre as partes do contrato de seguro de danos, e não propriamente como corolário do princípio indemnizatório.

do crédito – que representa o capital seguro –, o valor do crédito seguro será necessariamente superior)¹⁷².

Cabe então indagar em que termos terá aplicação a regra proporcional, devendo o segurador informar o tomador das possibilidades de aplicação desta regra sob pena de responsabilidade civil (artigo 23.º do RJCS)¹⁷³. Para a aplicação da regra proporcional não é bastante, naturalmente, que exista uma situação de subseguro, sendo também pressuposto que exista uma situação de dano parcial¹⁷⁴.

c) *Regime*

No DL n.º 318/76, de 30 de abril, o primeiro diploma que veio estabelecer um regime geral para o seguro de crédito e caução, já se previa a existência de limites de cobertura para o seguro de crédito, em termos algo complexos comparativamente ao que hoje sucede, com um regime variável em função do tipo de seguro ser externo ou interno e, dentro destes, em função da natureza das operações e dos riscos assumidos, estabelecendo-se percentagens concretas que representavam os limites quantitativos¹⁷⁵. Para o seguro-caução, por sua vez, referia-se expressamente que as garantias da Companhia poderiam abranger a totalidade da quantia a caucionar¹⁷⁶.

172 Como refere Rodrigues Rocha (2015: 135), o subseguro pode ser originário ou superveniente, voluntário ou involuntário e as situações de subseguro voluntário podem resultar de cláusulas de franquia, de descoberto ou de máximos de cobertura.

173 Rodrigues Rocha, 2015: 135.

174 Rodrigues Rocha, 2015: 135 e 136.

175 No que concerne ao seguro externo, o cenário era o seguinte: (i) para o seguro de prospecção de mercados, de participação em feiras no estrangeiro e de constituição das existências no estrangeiro, as percentagens de garantia da “Companhia” não poderiam ultrapassar 50% das despesas constantes dos orçamentos aprovados pela Companhia e teriam de incidir sobre as despesas efetivamente suportadas pelo segurado (artigo 17.º, n.º 1); (ii) para os seguros de riscos de fabrico posteriores à encomenda e à entrega, as garantias da Companhia não poderiam exceder, em caso algum, 80% dos prejuízos efetivamente sofridos pelo segurado (artigo 17.º, n.º 2); (iii) para os seguros de riscos de crédito *stricto sensu* que tivessem a natureza de riscos extraordinários, as garantias da Companhia não excederiam, em princípio, 90% do crédito em risco – sendo que, em casos especiais, justificados pela natureza dos bens ou serviços exportados e pelo reconhecido interesse nacional da exportação era possível, mediante autorização, por despacho, dos Ministros das Finanças e do Comércio Externo, sob proposta da Companhia, e com parecer favorável da Comissão de Créditos e Garantias de Créditos, ser excedido esse limite (artigo 17.º, n.º 5, do DL n.º 318/76, de 30 de abril); (iii) no caso de riscos comerciais, não poderiam exceder, em caso algum, 85% do crédito em risco (artigo 17.º, n.º 3). Quanto ao seguro de créditos interno, previa-se que as garantias concedidas pela Companhia não poderiam ultrapassar a percentagem de 80% ou 90% do crédito segurado, consoante a natureza dos riscos segurados (artigo 25.º).

176 Cf. artigo 29.º, n.º 3.

Posteriormente, o DL n.º 169/81, de 20 de junho, veio dispor, no artigo 5.º, n.º 1, que a cobertura, nos seguros de crédito, seria limitada a uma percentagem do crédito seguro, a estabelecer pelo segurador ou pelo Estado. Este limite poderia, porém, ser dispensado por razões de interesse público, nos termos previstos no n.º 4¹⁷⁷. Deixaram de se prever limites quantitativos concretos, ao contrário do que sucedia no regime anterior. O n.º 2, por sua vez, estabelecia a possibilidade de o segurador fixar, na apólice, limites para os montantes indemnizáveis. Quanto ao seguro-caução, o artigo 10.º vinha dizer que a obrigação de indemnização tinha como limite a quantia segura, sem qualquer imposição legal de limite máximo de cobertura tendo por base essa quantia segura. Para ambos os seguros previa-se, no artigo 16.º do mesmo diploma, a não cobertura de lucros cessantes e danos não patrimoniais.

O atual artigo 5.º, n.º 1, do DL n.º 183/88 veio dispor que, no seguro de crédito, a cobertura é limitada a uma percentagem do crédito seguro, a estabelecer pela seguradora, salvo no caso de seguros celebrados com a garantia do Estado, em que caberá a este aprovar tal percentagem ou dela prescindir. Acrescenta-se, em relação à legislação anterior, a possibilidade de nos seguros com garantia do Estado não haver este limite de cobertura. A lei não oferece quaisquer critérios quantitativos para a determinação do *quantum* não coberto.

No tocante aos seguros de crédito à exportação, importa ter em conta a já aludida Diretiva 98/29/CE, ao estabelecer que a percentagem de cobertura e a base para determinar o montante máximo da indemnização pela qual o segurador pode ser responsável serão expressamente fixados na apólice de seguro de crédito por ele emitida¹⁷⁸ e que, caso um segurador ofereça uma percentagem de cobertura mais elevada do que 95%, deve respeitar determinados princípios e procedimentos aí definidos¹⁷⁹, a saber: (i) o prémio deve corresponder ao risco coberto, refletir adequadamente o âmbito e a qualidade da cobertura concedida e não deve ser insuficiente para cobrir as perdas e os custos de exploração a longo prazo¹⁸⁰; (ii) na determinação da qualidade de cobertura o segurador deve tomar devidamente em conta a percentagem da

177 I.e., mediante despacho conjunto dos, à data, Ministros das Finanças e do Plano e do Comércio e Turismo.

178 Cf. ponto 8, al. a) do anexo relativo aos princípios comuns aplicáveis ao seguro de crédito à exportação.

179 Cf. ponto 8, al. b) do anexo relativo aos princípios comuns aplicáveis ao seguro de crédito à exportação.

180 Cf. ponto 32 do anexo relativo aos princípios comuns aplicáveis ao seguro de crédito à exportação.

cobertura, a sua condicionalidade e outras condições que afetem a qualidade da cobertura¹⁸¹; e, (iii) a necessidade de comunicar essa intenção aos outros seguradores e à Comissão indicando as razões subjacentes e a taxa de prémio que tenciona aplicar¹⁸².

Como já tivemos ocasião de ver, a Diretiva vem, depois, determinar em termos expressos que, sem prejuízo da possibilidade de cobertura de mais de 95% nos termos anteriormente referidos, o titular da apólice reterá por sua conta e risco a percentagem não coberta, sendo que o segurador pode decidir autorizar o titular da apólice a transferir o risco, no todo ou em parte, relativo a esta percentagem não coberta¹⁸³. Permite-se, portanto, à luz destes princípios reconhecidos pelo legislador europeu para os seguros de crédito à exportação, que não haja qualquer descoberto obrigatório, desde que cumpridas determinadas regras que refletem a preocupação de o prémio dever ser proporcional ou convergente em relação ao risco coberto.

A consagração, no artigo 5.º do DL n.º 183/88, deste limite de cobertura, leva, inclusivamente, a que a doutrina aluda a um princípio do descoberto obrigatório¹⁸⁴ enquanto um dos princípios específicos e basilares aplicáveis ao seguro de crédito, permitindo-se por esta via uma partilha dos riscos entre a companhia de seguros e o tomador, já que lhe é imputável uma parcela do prejuízo derivada da ocorrência do sinistro.

Na sua génese está a necessidade de manutenção e promoção do interesse do segurado na defesa dos bens seguros, realizando-se desta forma o interesse do segurador de que os créditos sejam objeto de atenção e cuidado¹⁸⁵. Pretende-se evitar que os segurados concedam crédito de forma excessiva, temerária e, até, inconsciente aos seus clientes sem se importarem com as condições económico-financeiras dos mesmos, incentivando-se desta forma uma atitude prudente e interessada na recuperação dos seus créditos, mesmo após a ocorrência do

181 Cf. ponto 33 do anexo relativo aos princípios comuns aplicáveis ao seguro de crédito à exportação.

182 Cf. ponto 47, al. a), do anexo relativo aos princípios comuns aplicáveis ao seguro de crédito à exportação.

183 Cf. ponto 9 do anexo relativo aos princípios comuns aplicáveis ao seguro de crédito à exportação.

184 Vide, v.g., Bastin, 1983: 598; Silva Santos, 2004: 99 e ss. (a autora alude também a “*princípio do bloqueio indemnizatório*” como seu sinónimo); Bracinha Vieira (1970: 176 e ss.) Brigs &Edwars (1988: 102) aludem também a este princípio sob a terminologia “*the uninsured percentage*”.

185 Moitinho de Almeida, 1971: 166 e 167.

sinistro que dará lugar à indemnização devida pela seguradora^{186/187}. Numa palavra: o objetivo é fazer o tomador do seguro interessar-se pelo destino do crédito pois ele sabe de antemão que a verificação do sinistro acarretará, necessariamente, prejuízos próprios.

Mas será o artigo 5.º expressão de um verdadeiro descoberto obrigatório? A sua formulação não apontará antes para a imposição legal de um máximo de cobertura? Da formulação literal parece antes decorrer a natureza de máximo de cobertura legal. Mas se atentarmos, fundamentalmente, no elemento sistemático de interpretação, em especial o artigo 7.º do mesmo DL que, no atinente ao seguro-caução, determina que estes são, salvo casos excecionais, celebrados sem a estipulação de uma percentagem de descoberto obrigatório a deduzir à quantia segura, parece que, *a contrario sensu*, o legislador teve a intenção de o consagrar para o seguro de crédito, embora sem fazer referência ao seu *nomen iuris*.

Por outro lado, o direito da União Europeia também o consagra expressamente enquanto princípio comum aplicável ao seguro de crédito à exportação, tal como vimos *supra* nos pontos 8 e 9 do anexo da Diretiva 98/29/CE, dos quais destacamos a parte onde se refere que “*o titular da apólice reterá por sua conta e risco a percentagem não coberta. O segurador pode decidir autorizar o titular da apólice a transferir o risco, no todo ou em parte, relativo a esta percentagem não coberta*”.

186 *Vide*, v.g., Bastin, 1983: 598; Bareau, 1962: 23; Bracinha Vieira, 1970: 176 e 177; Pestana de Vasconcelos, 2009: 374; Garcia, 1935: 20 e 21. Este último afirma que o seguro de crédito não é compatível com a designação pelo segurado dos créditos a segurar, salvo casos excecionais, pois tal seleção levaria a que os comerciantes deixassem de se preocupar com as condições financeiras dos seus clientes.

187 Esta preocupação com a defesa dos interesses das seguradoras está também patente em outras normas no DL n.º 183/88. Assim, permite-se às seguradoras, por via do artigo 21.º do DL n.º 183/88, obter de quaisquer serviços públicos as informações e elementos necessários à celebração de seguros financeiros e à gestão dos riscos e sinistros dos mesmos decorrentes, ter acesso ao serviço de centralização dos riscos de crédito do Banco de Portugal, nos termos por este definidos e fornecendo as informações igualmente por este solicitadas desde que se prendam com os riscos seguráveis no âmbito destes seguros, e ainda estabelecer com as instituições de crédito acordos de permuta de informações abrangidas pelo regime legal do segredo bancário. Por outro lado, para a análise e agravamento dos riscos, determina-se que o tomador do seguro e o segurado, no caso de as duas figuras não coincidirem na mesma pessoa, estão obrigados a fornecer à seguradora todos os elementos de informação relativos à operação a segurar e autorizarem o acesso desta à escrituração e demais elementos contabilísticos conexos com a referida operação (artigo 10.º do DL n.º 183/88). Subjacente a estas exigências está a existência de um princípio da colaboração que, neste tipo de seguros, aparece de forma reforçada – cf. Silva Santos, 2004: 124 e 125. Note-se que esta particularidade não descarta a aplicação do artigo 24.º do RJCS ao seguro financeiro a respeito da declaração inicial de risco. Sobre os requisitos do dever de informação na declaração inicial de risco *vide* Poças, 2013: 331 e ss.

O elemento histórico também nos dá apoio a esta interpretação, já que esta norma tem origem no artigo 17.º do DL n.º 318/76, com a epígrafe “Descoberto obrigatório” e, à data, a COSEC era a única seguradora a operar neste ramo em Portugal, pelo que a intenção do legislador era mesmo a de fazer correr o risco a descoberto pelo segurado. Poderia eventualmente dizer-se que este elemento pode levar a interpretações contrárias, dizendo-se que se o legislador optou por retirá-lo da sua epígrafe é, porque, afinal, não o quis qualificar como tal na formulação atual. Mas o artigo 5.º é um preceito mais abrangente com normas que extravasam este particular, daí a epígrafe “limites de cobertura”, ao invés de “Descoberto obrigatório”.

Em suma, o legislador teve em vista, com esta norma, consagrar um descoberto obrigatório legal e não um máximo de cobertura legal. Se concordamos ou não com este regime e se o mesmo é ou não admissível à luz do nosso ordenamento jurídico é outra questão. Certo é que foi isso que o legislador teve em vista e quis consagrar.

d) Superação da imperatividade do descoberto obrigatório

A lei prevê a existência de descoberto obrigatório. Resta saber se esta solução é admissível à luz das regras e princípios que temos vindo a enunciar em sede de enquadramento.

Há autores que parecem admitir, ainda que implicitamente, a existência de seguros de crédito sem descoberto obrigatório, ao afirmarem que “Normalmente o segurador de crédito não costuma cobrir o pagamento integral do crédito, uma vez que o negócio baseia-se na partilha do risco com o credor”¹⁸⁸, que “O risco coberto diz normalmente respeito a uma percentagem do valor das mercadorias entregues ou do financiamento concedido”¹⁸⁹, ou ainda que “é frequente” o segurador exigir um descoberto obrigatório e que “ *julgamos de prever expressamente a faculdade de estabelecimento de um descoberto obrigatório, com desvinculação do segurador sempre que o segurado, com conhecimento da cláusula, falta à sua observância*” (nossos sublinhados)¹⁹⁰.

A utilização dos vocábulos “normalmente”, “não costuma”, “é frequente” e “*faculdade*” parece indicar, que, embora tal não seja frequente, as seguradoras possam cobrir a integralidade do crédito – i.e., a existência de uma percentagem

188 Menezes Leitão, 2008: 173.

189 Martinez & Fuzeta da Ponte, 2006: 115.

190 Moitinho de Almeida, 1971: 166 e 167.

a descoberto não seria, afinal, obrigatória para as partes, sendo antes um reflexo da prática seguida.

Duas das questões passíveis de crítica e que saltam, desde logo, à vista, prendem-se com a opção do legislador em não prever também um descoberto obrigatório para o seguro-caução¹⁹¹, por um lado, e em dele se poder prescindir, nos seguros de créditos celebrados com a garantia do Estado, por outro.

Outra das questões por resolver está no vazio legal quanto aos critérios quantitativos que devem nortear a fixação do descoberto pelas partes. Se, v.g., o legislador tivesse optado por fixar um limite máximo, uma solução possível seria a via da redução (artigo 292.º do CC)¹⁹². Não o tendo feito, e na hipótese de ausência de estipulação contratual de descoberto, deve considerar-se o contrato inválido e implicar outras consequências para as partes, por (suposta) violação da lei? Não nos parece. Primeiro, porque a lei não comina qualquer sanção para estas situações; segundo, precisamente pela ausência de quaisquer critérios legais quantitativos para a fixação do descoberto. Esta hipótese não se integra, tão-pouco, nas causas de invalidade previstas no RJCS.

Poderá, por outro lado, este facto constituir motivo de resolução do contrato à luz do artigo 116.º do RJCS? Ao abrigo desta norma, o contrato de seguro pode ser resolvido por qualquer das partes a todo o tempo, havendo justa causa, nos termos gerais. No seguro de crédito, estando em causa um descoberto obrigatório legal e não convencional, não vemos como possa operar essa possibilidade, sob pena de conduta abusiva à luz do artigo 334.º do CC, por *tu quoque*¹⁹³ – se qualquer das partes invocar a ausência de estipulação de descoberto obrigatório, estará a alegar o que, voluntariamente, por elas foi provocado, ao terem assinado o contrato nesses termos.

Mas, para além da situação de as partes nada preverem quanto ao limite de cobertura não constituir fundamento de resolução do contrato, entendemos que também não o constitui a situação em que, prevendo embora as partes um limite mas sem qualquer cláusula expressa no sentido de proibir o recurso a seguros complementares, venha a ser, depois, celebrado um outro seguro.

191 Cf. artigo 7.º do DL n.º 183/88.

192 Em termos semelhantes ao que se prevê em situações de sobresseguo, em que as partes têm possibilidade de pedir a redução do contrato quando o capital seguro exceda o valor o interesse seguro (cf. artigo 132.º, n.º 1, do RJCS).

193 O *tu quoque* exprime a regra geral pela qual a pessoa que viole uma norma jurídica não pode depois, sem abuso, ou prevalecer-se da situação daí decorrente, ou exercer a posição violada pelo próprio, ou exigir a outrem o acatamento da situação já violada – cf. Menezes Cordeiro, 2011: 837 e ss..

A única hipótese em que haverá tal possibilidade de resolução será o caso de ter sido acordado numa específica cláusula a proibição de celebração de seguros complementares – traduzido, portanto, na celebração de outros contratos de seguro com vista a segurar o risco não abrangido – integrando-se esta situação no conceito de “justa causa”¹⁹⁴.

Numa palavra, não há critérios que, na prática, permitam colmatar as situações de ausência de descoberto. O legislador podia ter optado por fixar um máximo quantitativo, como o fez ao longo da história. Perante o vazio, e em nome do princípio da autonomia privada, a ausência, por determinação das partes, de uma quantia a descoberto, nem por isso comprometerá a validade do contrato, e muito menos constituirá justa causa de resolução.

A defesa da imperatividade da norma fica, portanto, comprometida num cenário de vazio legal em que não se estabelecem critérios que possam impor-se às partes e por a invocação de qualquer vício pelas partes com base nesse fundamento se traduzir em comportamento abusivo.

Acresce que, mesmo que se entenda que o descoberto obrigatório legal do artigo 5.º é uma norma imperativa, a ausência legislativa do *quantum* relativo à percentagem a descoberto sempre seria propícia à criação de comportamentos abusivos traduzidos em situações de “cobertura quase total, com descobertos ínfimos”¹⁹⁵, comprometendo-se a primazia da materialidade subjacente, pois o direito, visando a obtenção de soluções efetivas, não se compadece com situações que só formalmente correspondam aos parâmetros normativos¹⁹⁶.

Resulta do princípio da primazia da materialidade subjacente, enquanto subprincípio concretizador da boa fé na sua dimensão da proibição do abuso de direito, que devem os sujeitos agir em termos que correspondam, substantivamente, às finalidades que o ordenamento jurídico teve em vista com determinado parâmetro normativo. Dele decorre o comando de adoção de condutas que materialmente (e não apenas formalmente) correspondem aos objetivos jurídicos pretendidos, exigindo “*que os exercícios jurídicos sejam avaliados em termos materiais de acordo com as efetivas consequências que acarretem*”¹⁹⁷.

194 Neste sentido, Rodrigues Rocha (2015: 79), refere, em termos gerais, que se incumprida a obrigação de descoberto obrigatório, segurando-se o risco não abrangido, o segurador pode resolver o contrato com justa causa.

195 A expressão é de Rodrigues Rocha (2015: 207).

196 Menezes Cordeiro, 2007: 415 e 416.

197 Menezes Cordeiro, 2007: 415 e 416.

Ora, uma cláusula nestes termos não cumpre a função que tradicionalmente é atribuída ao descoberto obrigatório, i.e., fazer o segurado interessar-se pelo destino do crédito ou pela não verificação do sinistro.

Uma interpretação conforme ao sistema terá, efetivamente, de traduzir-se na defesa da supletividade da norma, sob pena de violação de normas e princípios quer do direito das obrigações em geral, quer do seguro de danos. A função indemnizatória destes seguros não pode, aqui, ser descurada¹⁹⁸. Na determinação da obrigação de indemnização do segurador, há lugar à aplicação dos artigos 562.º e ss. do CC¹⁹⁹. Vigorando o princípio geral da reparação integral dos danos em sede de obrigação de indemnização, e atenta a função indemnizatória do seguro financeiro, também aqui deve valer o princípio geral de acordo com o qual o seguro cobre todos os danos inerentes ao valor do crédito seguro, a não ser que as partes limitem a cobertura por sua vontade.

Vimos que, também no direito das obrigações em geral as partes podem, por via convencional, estabelecer o *quantum* indemnizatório, através do recurso à denominada cláusula penal (artigo 810.º do CC). Com efeito, a espécie de cláusula penal prevista nos artigos 810.º a 812.º do CC é a de cláusula penal enquanto fixação antecipada da indemnização, com o fim de calcular antecipadamente o montante do dano, no pressuposto de que este se produza²⁰⁰. Com a fixação de cláusula penal não se torna necessária a prova dos danos²⁰¹, pois o que é exigível é o montante indemnizatório prefixado independentemente da existência de um prejuízo efetivo²⁰² – “*Sujeitam-se as partes, desta forma, ao risco de a soma divergir do prejuízo real*”²⁰³.

Apenas faltando o pressuposto do dano deixa de poder exigir-se a quantia acordada, pois aí deixa de existir um pressuposto essencial da responsabilidade civil. Neste sentido, a *alea* a que as partes se sujeitam, inerente a uma liquidação prévia de indemnização, reporta-se apenas ao valor da mesma, e não à existência ou não de dano, que é essencial ao acionamento da responsabilidade

198 Sobre o carácter indemnizatório da prestação da seguradora neste tipo de seguros *vide* Fontaine, 1966: 34 e 35.

199 *Vide*, v.g., Romano Martinez, 2006: 106.

200 Pinto Monteiro, 1999: 577 e ss..

201 Pinto Monteiro, 1999: 582.

202 Pinto Monteiro, 1999: 583.

203 Pinto Monteiro, 1999: 583.

civil²⁰⁴. Ora, a *alea* existente na fixação da cláusula penal corre tanto do lado do credor como do devedor, pois os prejuízos efetivos poderão ser superiores ou inferiores ao montante acordado.

Portanto, também no direito das obrigações em geral se admite, por via convencional, a estipulação do valor a indemnizar, que pode corresponder a um valor inferior ou superior ao valor dos danos efetivos (desde que haja dano). Também aqui o legislador dá preponderância à autonomia privada em matéria de obrigação de indemnização, o que joga de harmonia com a natureza dos direitos de crédito, que são direitos disponíveis.

Diga-se ainda que, ainda no seio das obrigações, as cláusulas limitativas e de exclusão da responsabilidade são também aceites doutrinariamente para os casos em que a responsabilidade civil decorra de negligência ou mera culpa – mas já não quando a responsabilidade decorra de dolo. Mais uma vez, prepondera a autonomia privada quando não haja valores de interesse superior a proteger, só sendo admissível a sua limitação quando razões de ordem pública, boa fé, ou outros princípios injuntivos do ordenamento o imponham²⁰⁵. Parece então que, em matéria de indemnização deve, pois, dar-se primazia à autonomia privada, naquilo que não colida com estes valores, seja mediante a fixação de uma cláusula penal, seja mediante a possibilidade de limitação ou exclusão da responsabilidade civil nos casos de mera culpa ou negligência.

Não é também despicienda, para o assunto aqui em discussão, a consagração da possibilidade da derrogação da regra que determina a proibição de sobre-seguro, por acordo, desde que em sentido mais favorável ao tomador do seguro, optando o legislador por um sistema de imperatividade mínima a favor deste último²⁰⁶. Se o capital seguro pode exceder o valor do interesse seguro, sendo esta uma norma relativamente imperativa, não se compreende porque deverá a cobertura, nos seguros de crédito, ser limitada obrigatoriamente a uma per-

204 Pinto Monteiro, 1999: 584.

205 Pinto Monteiro (2003: 245) afirma, sobre esta matéria, o seguinte: “*cremos que a necessidade de salvaguardar a exigibilidade do direito de crédito e o sentido jurídico da obrigação civil, bem como a necessidade de ter em conta o princípio da boa fé e o carácter preventivo e ético-sancionatório do instituto da responsabilidade civil e, em geral, o respeito por valores de ordem pública, são razões que justificam amplamente a nulidade de cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade por danos resultantes de violações contratuais dolosas ou gravemente culposas. Atitude diferente deverá merecer, parece-nos, uma exclusão ou limitação da responsabilidade respeitante a danos causados por culpa leve, excepto se a sua invalidade se justificar, no caso concreto, em atenção a princípios gerais de controlo da liberdade contratual: boa fé, ordem pública, bons costumes, proibição de negócios usurários, etc...*”

206 Cf. artigos 13.º e 132.º do RJCS. Sobre as normas absolutamente imperativas e relativamente imperativas no RJCS vide Ribeiro Alves, 2013: 38-40.

centagem do crédito seguro. As opções do legislador no RJCS vão, antes, no sentido de uma maior tutela ao tomador do seguro.

Outro argumento a favor desta interpretação é a admissibilidade da pluralidade de seguros no artigo 133.º do RJCS – i.e., quando o mesmo risco relativo ao mesmo interesse e por idêntico período esteja seguro por vários seguradores. Apenas se exige do tomador do seguro ou do segurado que informe os seguradores com os quais contrataram dessa circunstância, bem como da participação do sinistro (n.º 1), sendo o sinistro indenizado pelo segurador que o segurado decidir escolher (n.º 3).

Por estes motivos, não podemos concordar com Bastin quando afirma que, para além de previsto na lei geral²⁰⁷, no seguro de crédito o princípio indemnizatório manifesta-se ainda na peculiaridade de o legislador ter decidido definir um limite máximo indemnizatório por cada cobertura e estabelecer mecanismos tendentes a evitar que os lucros contratuais sejam objeto de indemnização²⁰⁸. Com efeito, o princípio indemnizatório, entendido com a flexibilidade que defendemos em que surge a autonomia privada como seu critério conformador, impõe, ao invés, a superação dessas interpretações.

Não existem razões de ordem ou interesse público que justifiquem a manutenção de um princípio do descoberto obrigatório para os seguros de crédito²⁰⁹, verificando-se uma restrição legal inadmissível ao princípio da autonomia privada. Valendo como regra, para o contrato de seguro – como, de resto, para a contratação em geral – o princípio da autonomia privada ou da liberdade contratual (artigos 405.º do CC e artigo 11.º do RJCS), nenhuma razão há para a contorcer no tocante neste domínio.

207 À data, os artigos 433.º e 435.º do CCom..

208 Bastin, 1983: 597-598 e 615. Para o autor, a existência destes limites indemnizatórios são, pois, verdadeiras decorrências do princípio indemnizatório, *“essencial na configuração de qualquer tipo de contrato de seguro real e tido como princípio de ordem pública. A sua inobservância não só incentivaria os sinistros voluntários (pois o segurado poderia esperar receber mais do que os prejuízos sofridos) como permitiria que o seguro degenerasse em aposta ou jogo legalmente interdito. É ainda em obediência a este princípio geral que, por imperativo legal, não são indemnizáveis no seguro de créditos prejuízos que consistam em lucros cessantes e danos não patrimoniais [...] sendo o valor da indemnização calculado pela aplicação aos prejuízos apurados da percentagem de cobertura estabelecida na apólice”*.

209 Como exemplos de situações que podem justificar a exclusão de certos riscos com fundamento na ordem pública Serra Calmeiro (2014: 21 e 22) identifica aquelas que visem garantir a segurança rodoviária, evitar o fomento de fraude ou o incentivo de atos reprovados socialmente, nomeadamente em caso de atuação dolosa por parte do tomador do seguro ou segurado, de suicídio do segurado, condução sem carta habilitante ou com taxa de alcoolémia superior à legalmente permitida.

Se razões de interesse público houvessem, não seria, certamente, no seguro de crédito sem intervenção do Estado, em que está em causa meramente o património de privados. Mais razões de interesse público haveria, na verdade, nos seguros de crédito garantidos pelo Estado, por este surgir como garante e por ser o erário público que poderia, em última análise, ser afetado com a verificação do sinistro que desembocasse o acionamento do seguro. Ironicamente, porém, poderá nestes últimos prescindir-se do descoberto²¹⁰ – afinal, estando aqui o credor/segurado duplamente garantido, não existirá ainda mais o risco de ele se despreocupar com o destino do crédito ou com a situação financeira dos seus devedores? Parece, então, que a finalidade tradicionalmente atribuída ao descoberto obrigatório no sentido de fazer o credor interessar-se pelo destino do crédito sai, com este quadro normativo, frustrada.

A imperatividade do regime percebe-se à luz da história, mas os fundamentos que lhe subjazem já não se mantêm face à realidade atual. Não há hoje razões que justifiquem o coartar da autonomia privada em nome de uma maior tutela das companhias de seguros deste ramo. Essa tutela justificava-se quando, antes da liberalização do mercado, apenas existia uma companhia (nacionalizada) a operar neste ramo – a COSEC, pelo que não havia, à data, possibilidade de recorrer a outros mecanismos de divisão dos riscos neste ramo. O descoberto obrigatório mostrava-se, então, a única via de pulverização dos mesmos.

Hoje, como vimos, aplicando-se o RJCS também aos seguros de crédito e caução naquilo que não colida com a sua natureza, são diversos os mecanismos de divisão dos riscos de que pode a seguradora socorrer-se, como a previsão de co-seguro (artigo 62.º) resseguro (artigo 72.º) ou da pluralidade de seguros, prevendo-se, além disso, como regra geral, a não cobertura de atos dolosos (artigo 46.º) – visando dissuadir comportamentos dos segurados no sentido de provocação intencional de sinistros.

Apenas quanto aos seguros de crédito à exportação abrangidos pela Diretiva 98/29CE relativa à harmonização das principais disposições aplicáveis ao seguro de crédito à exportação para operações com cobertura a médio e a longo prazo, deverá entender-se que quando as partes estabeleçam um limite de cobertura, a percentagem não coberta terá, em princípio, de ficar a descoberto – mas, mesmo aqui, existirá sempre a possibilidade do segurador autorizar a celebração de seguros complementares. Além disso, mesmo nestes seguros não se impõe um descoberto obrigatório. Se as partes o convencionarem, é certo, vale o que

210 Criticando esta solução, *vide* Rodrigues Rocha, 2015: 207.

acabámos de dizer. Mas, como vimos *supra*, pode um segurador oferecer uma percentagem de cobertura mais elevada do que 95%, desde que respeitados determinados princípios e procedimentos²¹¹. A Diretiva não proíbe, pois, a celebração de seguros sem descoberto obrigatório, o que é mais um elemento a favor da preponderância da autonomia privada nesta sede.

Nos restantes seguros, e na hipótese de as partes estipularem um limite de cobertura, valerá como regra a admissibilidade de recurso a seguros complementares, em consonância com o regime geral quando admite a pluralidade de seguros.

Em conclusão, da superação do descoberto obrigatório que defendemos decorre o seguinte: (i) se as partes não preverem qualquer limite de cobertura, o contrato é válido e tal nem sequer constitui justa causa de resolução, pelo que, em caso de verificação do sinistro, o segurador cobrirá a totalidade dos prejuízos sofridos atendendo ao valor do interesse seguro; (ii) as partes podem estabelecer um limite máximo de cobertura e prever que o segurado poderá recorrer a seguros complementares; (iii) se as partes estabelecerem um limite máximo de cobertura e nada ficar acordado quanto à possibilidade de segurar o valor não coberto, o segurado poderá assegurar esse risco com recurso a seguros complementares – e, bem assim, também outras garantias complementares; (iv) nos seguros de crédito à exportação abrangidos pela Diretiva 98/29 CE – desde que cumpridas determinadas condições aí previstas –, não existe um descoberto obrigatório que se imponha à vontade das partes podendo, no limite, segurar-se a totalidade do valor do crédito seguro; (v) nos seguros de crédito à exportação abrangidos por esta Diretiva, se as partes convencionarem limites de cobertura, deverá entender-se que a percentagem não segura terá, em princípio, de ficar a descoberto – mas a seguradora pode decidir autorizar a celebração de recursos complementares.

4.2. Exclusão legal da cobertura de danos não patrimoniais e lucros cessantes

No artigo 5.º, n.º 1, do DL n.º 318/76, de 20 de abril, já se previa que os lucros cessantes e os danos não patrimoniais não poderiam ser considerados no cálculo dos valores a garantir, solução que se mantém no atual artigo 12.º do DL n.º 183/88, comum ao seguro de crédito e ao seguro-caução.

211 Cf. ponto 8, al. b) do anexo relativo aos princípios comuns aplicáveis ao seguro de crédito à exportação.

Compreende-se que não estejam cobertos os danos não patrimoniais dada a natureza destes contratos. Com efeito, estamos perante seguros de danos em que o interesse, diferentemente dos seguros de pessoas²¹², respeita a direitos patrimoniais²¹³ – mais concretamente a direitos de crédito – e, portanto, a direitos disponíveis. Decorre, por isso, da natureza destes seguros a exclusão da cobertura de danos não patrimoniais, visto que não é em relação a estes que o segurador assume o risco²¹⁴.

Quanto à proibição de cobertura dos lucros cessantes, a questão já é mais delicada. Hoje, é universalmente aceite a admissibilidade da cobertura de lucros cessantes no seguro de danos, mas a questão foi, em tempos, controvertida²¹⁵. A polémica não dizia propriamente respeito ao campo específico dos seguros mas antes ao conceito de dano, considerando-se que a sua cobertura levaria ao locupletamento do lesado²¹⁶.

No ordenamento jurídico português, o legislador reconheceu a admissibilidade da sua cobertura em sede de seguros no artigo 432.º do CCom²¹⁷. Atualmente, vigora para o seguro de coisas a regra da não cobertura de lucros cessantes a título supletivo, podendo as partes acordar na sua cobertura (artigo 130.º, n.º 2, do RJCS). O artigo 12.º do DL n.º 183/88 para os seguros financeiros foi ainda mais longe, ao estabelecer uma proibição de cobertura. A norma está redigida como uma verdadeira regra proibitiva, com o uso da expressão “*não são indemnizáveis*”. O elemento literal parece, assim, apontar para a imperatividade, mas há que repensar esta solução.

Como vimos, o seguro financeiro é um seguro de danos, tem uma função indemnizatória, e a obrigação de indemnização do segurador está sujeita ao

212 Nestes, o contrato compreende a cobertura de riscos relativos à vida, à saúde ou à integridade física (cf. artigo 175.º, n.º 1, do RJCS).

213 Cf. artigo 43.º, n.º 2, e 123.º do RJCS, em que se refere que o seguro de danos pode respeitar a coisas, bens imateriais, créditos e quaisquer outros direitos patrimoniais.

214 O artigo 68.º da Lei do Contrato de Seguro espanhola integra precisamente na noção de seguro-caução o facto de a indemnização do segurador dizer respeito aos “danos patrimoniais sofridos” em virtude do incumprimento da obrigação do devedor.

215 Rodrigues Rocha, 2015: 203.

216 Rodrigues Rocha, 2015: 203 e 204.

217 À data proibia-se a sua cobertura, v.g., em França, no artigo 347.º do *Code de Commerce*, só vindo a ser admitido mais tarde pela lei de 10 de agosto de 1885, no que respeita aos seguros marítimos, e pela lei de 1930 no que respeita aos seguros terrestres – cf. Moitinho de Almeida (1971: 157 e 158), afirmando que a sua proibição tinha fundamento precisamente no receio de os segurados provocarem voluntariamente os sinistros, na mira de um enriquecimento fácil.

regime geral do CC. O princípio, no direito das obrigações, é o do ressarcimento integral dos danos.

Não colocamos em causa a possibilidade de as partes expressamente delimitarem o risco seguro na apólice excluindo certo tipo de danos, aqui se podendo incluir precisamente a exclusão da cobertura de lucros cessantes²¹⁸. Do que temos dúvidas é que a imposição legal de não cobertura seja admissível à luz do nosso ordenamento.

A não cobertura de lucros cessantes compreende-se numa lógica de “o segurador não ficar sujeito à cobertura de todo e qualquer dano que se verifique na coisa segura, até porque, nesse caso, dificilmente conseguiria ponderar o risco a considerar em sede de cálculo de prémios. A norma, que assenta em motivos de política legislativa, funciona em benefício do segurador, limitando o dano ressarcível”²¹⁹. Ora, fará sentido que, por motivos de política legislativa, a autonomia privada fique, aqui, comprometida? Não parece que deva ser assim.

Desde logo porque, no que diz respeito à fiança, não existem dúvidas que, face ao CC atual, a previsão do artigo 634.º do CC abarca também os lucros cessantes, por força da articulação entre este e o artigo 564.º do CC, que é unanimemente interpretado no sentido de que o dever de indemnizar abranger não só os danos emergentes como também os lucros cessantes²²⁰. Não se compreenderá porque é que para os seguros financeiros se deverá impor a não cobertura de lucros cessantes, dado que os mesmos constituem verdadeiras garantias pessoais das obrigações e, materialmente, poderão assumir uma função idêntica à da fiança²²¹.

Ora, também nos seguros, aquando da verificação do sinistro, os prejuízos deles advenientes podem traduzir-se em danos emergentes e em lucros

218 Integrando esta circunscrição do risco seguro a certos tipos de danos na delimitação causal convencional do risco seguro, *vide* Serra Calmeiro (2014: 25), dando como exemplo um Acórdão do Tribunal da Relação do Porto que considerou válida a cláusula do contrato de seguro que exclui a indemnização por danos morais.

219 Rodrigues Rocha, 2015: 205.

220 Costa Gomes, 2000: 618.

221 Costa Gomes (2000: 618) afirma expressamente, em tom crítico, que, quanto ao seguro-caução, a expressa exclusão dos lucros cessantes verifica-se ainda que substancialmente o seguro-caução em causa seja uma fiança. Em termos semelhantes, Rodrigues Rocha (2015: 207) afirma que a comparação com a fiança, *fideiussio indemnitatis*, aval e garantia autónoma deveria ter apontado no sentido da cobertura dos lucros cessantes, pelo que, *de iure condendo*, o autor conclui que não há qualquer razão atendível para que a cobertura no seguro-caução não abarque os lucros cessantes.

cessantes²²². E, como tal, e segundo o princípio do ressarcimento integral, a exclusão da sua cobertura não pode ser imposta por via legal.

Note-se que a possibilidade da cobertura de lucros cessantes não constitui uma exceção ao princípio indemnizatório. A sua admissibilidade não oferece quaisquer dificuldades desse ponto de vista²²³. Por um lado, porque a autonomia privada assume neste um papel conformador – pode inclusivamente celebrar-se um seguro autónomo com vista à cobertura exclusiva destes danos²²⁴. Por outro lado porque, atualmente, é pacificamente reconhecido que os lucros cessantes integram o conceito de dano²²⁵ e, como tal, traduzem-se em prejuízos efetivos na esfera jurídica do devedor. Não pode, por conseguinte, mesmo para quem defenda interpretações rígidas do princípio indemnizatório, entender-se tratar-se de uma exceção²²⁶.

Da nossa parte, ter-se-á de fazer-se uma interpretação da lei à luz do sistema globalmente considerado sem descuar, por um lado, o conceito de dano e, por outro, permitindo-se uma solução, se não em total harmonia, pelo menos mais harmonia com o previsto para a fiança (que é a figura “mãe” das garantias pessoais). O elemento sistemático é, aqui, essencial.

Defendemos, nesta senda, a natureza supletiva da norma, à semelhança do que vem previsto para o seguro de coisas. Deve dar-se prevalência à autonomia privada quando expressamente as partes refirmam que estão cobertos os lucros cessantes²²⁷ – os mesmos argumentos enunciados para a superação do descoberto obrigatório a respeito da tutela das seguradoras por via dos mecanismos da divisão dos riscos valem, também aqui, para considerar que o valor da liberdade contratual não deve ceder.

222 Veiga Copo, 2011: 378.

223 Girgado Perandones, 2005: 205 e 206.

224 Rodrigues Rocha, 2015: 205; Girgado Perandones, 2005: 205.

225 Como afirma Mota Pinto (2008: 1088) o prejuízo decorrente, mesmo em sede de interesse negativo pode incluir, além do dano emergente, o lucro cessante, o que corresponde à regra geral sobre obrigação de indemnização – cf. artigo 564.º, n.º 1, do CC.

226 *Vide*, neste sentido, Rodrigues Rocha (2015: 204 e 205) e Sánchez Calero (2005: 486), embora reconheça as dificuldades que não raras vezes surgem aquando da determinação ou quantificação deste tipo de danos.

227 Os mesmos argumentos enunciados para a superação do descoberto obrigatório a respeito da tutela das seguradoras por via dos mecanismos da divisão dos riscos valem, também aqui, para considerar que o valor da liberdade contratual não deve ceder.

De iure condendo, acharíamos preferível que, na ausência de estipulação contratual, a lei determinasse a cobertura destes danos, de harmonia com o regime da fiança. Mas esta interpretação não poderá, *de iure constituto*, ser sufragada, sob pena de interpretação que não tenha na letra da lei o mínimo de correspondência verbal e, portanto, contrária aos critérios enunciados no artigo 9.º do CC.

Também aqui se coloca a questão da cobertura dos lucros cessantes com recurso a seguros (ou garantias) complementares. Face às considerações que precedem, parece não haver dúvidas no sentido da sua admissibilidade²²⁸, a não ser que, por via convencional, as partes proibam essa expressa possibilidade.

5. CONCLUSÃO

Os seguros de crédito e caução constituem uma modalidade de seguro de danos, e, como tal, desempenham uma função indemnizatória e são-lhes aplicáveis as regras do princípio indemnizatório. Este princípio não deve ser entendido em termos rígidos no sentido de proibir quaisquer situações de “enriquecimento” nos seguros de danos, mas apenas aquelas que não tenham um fundamento legítimo – que possam, portanto, colidir com princípios e valores imperativos e de ordem pública. Neste sentido, deve ser interpretado sem comprometer a autonomia privada, que assume um papel conformador na delimitação do seu conteúdo.

O descoberto obrigatório para os seguros de crédito carece, hoje, de sentido. A imperatividade do regime percebe-se à luz da história, mas os fundamentos que lhe subjazem já não se mantêm face à realidade atual, não persistindo as razões que justificam a limitação da autonomia privada em nome de uma maior tutela das companhias de seguros deste ramo. Essa tutela justificava-se antes da liberalização do mercado, em que apenas existia uma única companhia (nacionalizada) a operar nestes seguros – não havia, à data, possibilidade de recorrer a outros mecanismos de divisão dos riscos neste ramo. O descoberto obrigatório mostrava-se, então, a única via de pulverização dos mesmos.

É, pois, tempo de repensar soluções que não colidam com princípios como o da autonomia privada e o da reparação integral dos danos e até mesmo o

228 Garcia, 1935: 59; Menezes Cordeiro, 2013: 779; Pestana Vasconcelos: 2010: 156. Contra, *vide* Rodrigues Rocha (2015: 206 e 207) que, quanto ao seguro de crédito, entende que a previsão de um descoberto obrigatório legal impede também as partes de contratar a cobertura de lucros cessantes, devendo esta solução valer também para o seguro-caução já que o artigo 12.º do DL n.º 183/88 lhe é também aplicável, embora criticando a solução *de iure condendo*.

da boa-fé, do qual decorre a proibição de abuso de direito. Uma correta ponderação dos interesses e valores em presença não justifica a preterição destes princípios quando os interesses das seguradoras já estão tutelados por outros mecanismos, com destaque para os mecanismos de divisão dos riscos e para a proibição de cobertura de atos dolosos.

A celebração de contratos de seguro de crédito sem descoberto obrigatório não compromete, pois, a sua validade nem sequer a sua vigência em termos que permitam à seguradora pôr-lhe termo, por tal facto não se dever enquadrar no conceito de justa causa de resolução a que alude o artigo 116.º do RJCS e por tal possibilidade se consubstanciar num comportamento abusivo, por *tu quoque*, pelo que, em caso de verificação do sinistro, o segurador cobrirá a totalidade dos prejuízos sofridos atendendo ao valor do interesse seguro.

As partes podem, assim, num contrato de seguro de crédito, estabelecer um limite de cobertura e prever que o segurado poderá recorrer a seguros complementares. Se nada disserem quanto à existência de um limite máximo de cobertura e nada ficar acordado quanto à possibilidade de segurar o valor não coberto, o segurado poderá, também, assegurar esse risco com recurso a seguros ou outras garantias complementares.

Apenas há que atentar nalgumas especificidades nos seguros de crédito à exportação abrangidos pela Diretiva 98/29 CE – aqui, desde que cumpridas determinadas condições aí previstas –, não existe um descoberto obrigatório que se imponha à vontade das partes podendo, no limite, segurar-se a totalidade do valor do crédito seguro. Nos seguros de crédito à exportação abrangidos por esta Diretiva, se as partes convencionarem limites de cobertura, deverá entender-se que a percentagem não segura terá, em princípio, de ficar a descoberto – mas a seguradora pode decidir autorizar a celebração de seguros complementares.

Desta posição decorre que o descoberto obrigatório se encontra, hoje, superado face aos cânones atuais do sistema, não se impondo imperativamente às partes.

A não cobertura de danos patrimoniais para os seguros financeiros em geral compreende-se dada a natureza destes contratos, em que o interesse, diferentemente dos seguros de pessoas, respeita a direitos patrimoniais – mais concretamente a direitos de crédito – e, portanto, a direitos disponíveis.

Pelo contrário, a proibição de cobertura dos lucros cessantes tem de ser repensada, dado que o seguro financeiro, sendo um seguro de danos, tem uma função indemnizatória, podendo os prejuízos advenientes do sinistro traduzir-se quer em danos emergentes quer em lucros cessantes. Como tal, e segundo

o princípio do ressarcimento integral, a exclusão da sua cobertura não pode ser imposta por via legal, pelo que a norma legal sobre não cobertura de lucros cessantes no seguro financeiro tem natureza supletiva, à semelhança do que vem previsto para o seguro de coisas.

De iure condendo, seria preferível que, na ausência de estipulação contratual, a lei determinasse a cobertura destes danos, de harmonia com o regime da fiança. Mas esta interpretação não poderá, *de iure constituto*, ser sufragada, sob pena de interpretação que não tenha na letra da lei o mínimo de correspondência verbal e, portanto, contrária aos critérios enunciados no artigo 9.º do CC.

Mesmo quando as partes acordem não haver cobertura de lucros cessantes, é admissível o recurso a seguros ou garantias complementares, a não ser que, por via convencional, as partes proibam essa expressa possibilidade.

BIBLIOGRAFIA

ANTUNES VARELA, João de Matos

1990 “Seguro de créditos”, in *Revista da Banca*, n.º 14, pp. 49-89.

BAREAU, Paul

1962 *Credit insurance*, 2.ª ed., The International Credit Insurance Association.

BASTIN, Jean

1983 *O seguro de créditos no mundo contemporâneo*, Edição da COSEC.

BRACINHA VIEIRA, José Manuel

1970 “Financiamento da Exportação e Seguro de Crédito”, in *Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal*, n.º 93.

BRIGGS, Dick & EDWARDS, Burt

1988 *Credit insurance – How to reduce the risks of trade credit*, Woodhead – Faulkner.

BRITO BASTOS, Miguel

2013 “Deveres acessórios de informação – em especial, os deveres de informação do credor perante o fiador”, in *Revista de Direito das Sociedades*, Ano V, Números I/2, pp. 181-281.

CALVÃO DA SILVA, João

1996 *Estudos de Direito Comercial*, Coimbra: Almedina.

CASTRO MENDES, João de

1972 “Acerca do Seguro de Crédito”, in *Separata da Revista Bancária*, N.º 27.

COSEC – Companhia de Seguro de Créditos S.A.

2013 *Seguro de créditos à exportação – COSEC*, edição online da aicep Portugal Global, disponível em <http://www.portugalglobal.pt/pt/biblioteca/livrariadigital/segurocreditoexportacao.pdf>.

COSTA GOMES, Manuel Januário da

2012 *Contratos Comerciais*, Coimbra: Almedina.

2004 “A fiança no quadro das garantias pessoais. Aspectos de regime”, in *Estudos de direito das garantias*, vol. I, Coimbra: Almedina.

2000 *Assunção fidejussória de dívida – sobre o sentido e o âmbito da vinculação como fiador*, Coimbra: Almedina.

COSTA OLIVEIRA, Arnaldo

2011 in Pedro Romano Martinez, José Miguel de Faria Alves de Brito, Arnaldo Filipe da Costa Oliveira, Leonor Cunha Torres, Maria Eduarda Ribeiro, José Pereira Morgado & José Vasques, *Lei do Contrato de Seguro Anotada*, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, pp. 460-464.

DOWDING, Tony & COSEC – Companhia de Seguro de Créditos

2001 *O seguro de créditos – riscos comerciais e riscos políticos. Evolução e perspectivas*.

- FONTAINE, Marcel
1966 *Essai sur la nature juridique de l'assurance-crédit*, Bruxelles: C.I.D.C.
- GALVÃO TELLES, Inocêncio
1997 *Direito das Obrigações*, 7.^a ed., Coimbra: Coimbra Editora.
- GARCIA, Polybio
1935 *O Seguro de crédito e a sua adaptação em Portugal*, Vila Nova de Famalicão: Tip. Minerva.
- GIRGADO PERANDONES, Pablo
2005 *El principio indemnizatório en los seguros de daños – una aproximación a su significado*, Granada: Editorial Comares.
- GOMES DA SILVA, Manuel
1944 *O dever de prestar e o dever de indemnizar*, Vol. I, Lisboa.
- JARDIM, Mónica
2002 *A garantia autónoma*, Coimbra: Almedina.
- LEITE DE CAMPOS, Diogo
2009 *Contrato a favor de terceiro*, Coimbra: Almedina.
- LIMA REGO, Margarida
2010 *Contrato de seguro e terceiros*, Coimbra: Coimbra Editora.
- MARTÍNEZ, Pedro
1961 *Teoria e prática dos seguros*, 2.^a ed., Lisboa.
- MENEZES CORDEIRO, António
2015 *Tratado de Direito Civil, X, Direito das Obrigações*, Coimbra: Almedina.
2014 *Tratado de Direito Civil, VIII*, Coimbra: Almedina.
2010 *Tratado de Direito Civil Português, II, Direito das Obrigações, Tomo IV*, Coimbra: Almedina.
2007 *Tratado de Direito Civil, II*, 3.^a ed., Coimbra: Almedina.
2007 *Tratado de Direito Civil Português, I, Parte Geral, Tomo IV*, Coimbra: Almedina.
2014 *Direito bancário*, 5.^a ed., Coimbra: Almedina.
2013 *Direito dos seguros*, Coimbra: Almedina.
2011 *Da boa fé no direito civil*, Coimbra: Almedina.
- MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de
2008 *As Garantias das obrigações*, 2.^a ed., Coimbra: Almedina.
2010 *Direito das obrigações*, vol. II, 7.^a ed., Coimbra: Almedina.
2005 *O enriquecimento sem causa no direito civil*, Coimbra: Almedina.
- MOITINHO DE ALMEIDA, José Carlos
1971 *O Contrato de Seguro no Direito Português e Comparado*, Lisboa: Livraria Sá da Costa Editora.

MOTA PINTO, Paulo

2008 *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, vol. II, Coimbra: Coimbra Editora.

PEREIRA MORGADO, José

2011 *in* Pedro Romano Martinez, José Miguel de Faria Alves de Brito, Arnaldo Filipe da Costa Oliveira, Leonor Cunha Torres, Maria Eduarda Ribeiro, José Pereira Morgado & José Vasques, *Lei do Contrato de Seguro Anotada*, 2.^a ed., Coimbra: Almedina, pp. 257-260.

PESSOA JORGE, Fernando

1975-1976 *Direito das Obrigações*, vol. 1, Lisboa: AAFDL.

PESTANA DE VASCONCELOS, Luís Manuel

2013 *Direito das Garantias*, 2.^a ed., Coimbra: Almedina, 2013.

2009 “O Seguro Financeiro na Reforma do Direito dos Seguros”, *in Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Vol. 6, pp. 361-389.

PINHEIRO TORRES, Arnaldo

1939 *Ensaio sôbre o contrato de seguro*, Porto: Tip. Sequeira.

PINTO MONTEIRO, António

2003 *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, Coimbra: Almedina.

1999 *Cláusula penal e indemnização*, Coimbra: Almedina.

POÇAS, Luís

2013 *O dever de declaração inicial do risco no contrato de seguro*, Coimbra: Almedina.

PRATA, Ana

2005 *Cláusulas de exclusão e limitação da Responsabilidade Contratual*, Coimbra: Almedina.

RIBEIRO, Eduarda

2011 *in* Pedro Romano Martinez, José Miguel de Faria Alves de Brito, Arnaldo Filipe da Costa Oliveira, Leonor Cunha Torres, Maria Eduarda Ribeiro, José Pereira Morgado & José Vasques, *Lei do Contrato de Seguro Anotada*, 2.^a ed., Coimbra: Almedina, pp. 282-291.

RIBEIRO ALVES, Francisco Luís F.

2013 *Direito dos Seguros*, Coimbra: Almedina.

RODRIGUES ROCHA, Francisco

2015 *Do princípio indemnizatório no seguro de danos*, Coimbra: Almedina.

ROMANO MARTINEZ, Pedro

2010/2011 *Direito das Obrigações – Apontamentos*, 3.^a ed., Lisboa: AAFDL.

2006 *Direito dos Seguros – Apontamentos*, Cascais: Principia.

- 2001 “Conteúdo do contrato de seguro e interpretação das respectivas cláusulas”, in *II Congresso Nacional de Direito dos Seguros*, Coimbra: Almedina.
- 2000 “Contrato de seguro e âmbito do dever de indemnizar”, in *I Congresso Nacional de Direito dos Seguros*, Coimbra: Almedina.
- ROMANO MARTINEZ, Pedro & FUZETA DA PONTE, Pedro
- 2006 *Garantias de Cumprimento*, 5.^a ed., Coimbra: Almedina.
- SÁNCHEZ CALERO, Fernando (dir.)
- 2005 *Ley de contrato de seguro: comentarios a la ley 50/1980 de 8 de Octubre, y a sus modificaciones*, 3.^a ed., Madrid: Arandazi.
- SERRA CALMEIRO, Ana
- 2014 *Das cláusulas abusivas no contrato de seguro*, Coimbra: Almedina.
- SILVA SANTOS, Margarida
- 2004 *Seguro de Crédito*, Lisboa: Prime Books.
- SOTOMAYOR, José María de
- 1969 “Notas sobre la Naturaleza Jurídica del Seguro de Crédito a la Exportación”, in *Estudios sobre el seguro de credito a la exportacion*, números 6/8, pp. 135-147.
- SOUSA RIBEIRO, Joaquim de
- 1999 *O problema do contrato*, Coimbra: Almedina.
- TORRES, Leonor Cunha
- 2011 in Pedro Romano Martinez, José Miguel de Faria Alves de Brito, Arnaldo Filipe da Costa Oliveira, Leonor Cunha Torres, Maria Eduarda Ribeiro, José Pereira Morgado & José Vasques, *Lei do Contrato de Seguro Anotada*, 2.^a ed., Coimbra: Almedina, pp. 511-516.
- VASQUES, José
- 1999 *Contrato de Seguro – Notas Para Uma Teoria Geral*, Coimbra: Coimbra Editora.
- 2011 in Pedro Romano Martinez, José Miguel de Faria Alves de Brito, Arnaldo Filipe da Costa Oliveira, Leonor Cunha Torres, Maria Eduarda Ribeiro, José Pereira Morgado & José Vasques, *Lei do Contrato de Seguro Anotada*, 2.^a ed., Coimbra: Almedina, pp. 241-252.
- VEIGA COPO, Abel Benito
- 2011 *Los principios de derecho europeo del contrato de seguro*, Colección prospectivas del derecho, N.º 2, Bogotá: Grupo Editorial Ibañez.

O SEGURO DE RESPONSABILIDADE CIVIL PROFISSIONAL DOS ADVOGADOS

*Celina Videira**

ABSTRACT: This paper focuses on the issues that emerge from the legal provision in the Portuguese Statute of the Bar Association of an indemnity insurance regarding the lawyer's professional activity. Namely, such issues are the existence of different professional indemnity insurance contracts, depending on the policy holder (the lawyers, the law firms or the Bar Association); the (apparent) legal obligation of concluding the professional indemnity insurance contract; the professional activity that can lead to the lawyer liability and the conditions depending on such liability.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A previsão legal do contrato de seguro de responsabilidade civil profissional dos advogados. 2.1. Evolução legislativa. 2.2. As modalidades de contratos de seguro de responsabilidade civil dos advogados. 3. A violação dos deveres profissionais dos advogados. 3.1. Ponto de ordem. 3.2. Obrigações específicas e deveres deontológicos dos advogados. 3.3. Natureza dos deveres profissionais dos advogados. 4. A responsabilidade civil profissional dos advogados. 4.1. Natureza contratual ou extracontratual da responsabilidade civil profissional dos advogados. 4.2. O acionamento da responsabilidade civil. 4.3. Os pressupostos da responsabilidade civil do advogado. 4.4. O problema da indemnização pela “perda de chance”. 5. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

A relevância decorrente da intensificação da conflitualidade entre os interesses em presença tem atribuído ao tema dos seguros uma maior atenção por parte do legislador, dos tribunais e da doutrina. No caso do seguro de responsabilidade

* O presente estudo consiste numa adaptação do relatório de mestrado apresentado pela autora na disciplina de Direito dos Seguros, sob a Regência do Professor Doutor Pedro Romano Martinez, no ano letivo 2014/2015. Além do trabalho de atualização dos diplomas, doutrina e jurisprudência citados, foram suprimidos no presente estudo os aspetos gerais sobre o contrato de seguro, sendo apenas abordados os aspetos específicos do contrato de seguro de responsabilidade civil profissional dos advogados.

civil dos advogados, essa relevância resulta do aumento do número de advogados, de áreas de especialidade e de valores envolvidos, que exige, da parte destes profissionais, maiores conhecimentos e responsabilidade e reclama, para os particulares, uma maior tutela.

No entanto, nos dias que correm, verifica-se, mesmo por parte daqueles que exercem a advocacia há largos anos, um desconhecimento do seguro que tutela a sua atividade profissional. Efetivamente, muitos são os profissionais de advocacia que ignoram a existência de uma regra legal que prevê a celebração de um contrato de seguro que visa dirimir os riscos decorrentes da sua atividade profissional e que ignoram, igualmente, a existência de um contrato, celebrado pela Ordem dos Advogados, que tutela essa sua atividade profissional.

Por outro lado, é também generalizado o desconhecimento daqueles seguros ou da obrigatoriedade legal da sua celebração por parte dos particulares que adquirem serviços de advocacia. Por conseguinte, nos casos em que são causados danos, por ocasião do exercício da advocacia, verifica-se que esse desconhecimento determina a desresponsabilização dos advogados e das empresas seguradoras, seja por desconhecimento da existência da responsabilidade civil dos advogados, seja pela errada interposição de ações em Tribunal contra os advogados, deixando afastados de tal responsabilização as seguradoras. E às causas apontadas para a relevância daquele seguro, acresce a que resulta dos interesses das partes. A imposição da celebração do contrato de seguro de responsabilidade civil do advogado encerra uma dupla tutela: *i)* do *particular*, que fica com a garantia de que sobre o montante de eventuais indemnizações decorrentes dos serviços jurídicos que adquiriu, não responde apenas o património do advogado e *(ii)* do *advogado* segurado, que é protegido em caso de eventuais obrigações de indemnizar decorrentes do exercício da sua atividade. Assim, assistimos a uma transferência ou atenuação do risco, quer do advogado quer do particular, pela entrada de uma terceira entidade, a *seguradora*, no âmbito da relação contratual à que é originariamente alheia. Por se tratar de um seguro de responsabilidade civil, é ao segurador que compete cobrir o risco de o segurado ter de vir a indemnizar terceiros por danos que lhes cause. Esta é, pois, a função social desempenhada por este contrato.

Porém, não é menos verdade que, em virtude do reconhecimento deste tipo contratual, as seguradoras adquirem um novo campo de atividade económica que, em virtude da obrigatoriedade de celebração do contrato, adquire uma maior dimensão.

É, pois, em torno destes problemas que se move o presente estudo. Nele se abordará, num primeiro momento, os aspetos que decorrem da previsão legal da (pelo menos, aparente) obrigatoriedade de celebração deste contrato de seguro e, num segundo momento, os aspetos atinentes ao acionamento deste seguro: a responsabilidade civil por violação dos deveres profissionais dos advogados.

2. A PREVISÃO LEGAL DO CONTRATO DE SEGURO DE RESPONSABILIDADE CIVIL PROFISSIONAL DOS ADVOGADOS

2.1. Evolução legislativa

O primeiro Estatuto da Ordem dos Advogados (doravante, ‘Estatuto’), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 84/84, de 16 de março, assim como os anteriores diplomas que regiam a atividade profissional do advogado¹, não continham quaisquer normas que dispusessem sobre o regime da responsabilidade civil do advogado, muito menos sobre um contrato de seguro que salvaguardasse os efeitos de eventuais danos gerados pela atuação dos advogados. No entanto, resultava já do Decreto-Lei n.º 84/84, de 16 de março, uma menção à responsabilidade civil do advogado². Essa referência, aliada à inexistência de uma norma excecional que afastasse a aplicação do regime da responsabilidade civil à atividade do advogado, significava que no ordenamento jurídico português não vigorava a regra britânica da irresponsabilidade do advogado perante o seu cliente, que só é afastada em caso de comportamento doloso^{3/4/5}. A aludida ausência de normas específicas, determinava a aplicação *in totum* do regime geral da responsabilidade civil, presente no Código Civil, às situações de responsabilidade civil dos advogados.

1 O Decreto-Lei n.º 84/84, de 16 de março, revogou os artigos 538.º a 672.º do título V do Estatuto Judiciário, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 44278, de 14 de Abril de 1962, que regulava o “mandato judiciário”.

2 O artigo 96.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 84/84, de 16 de março, fazia apenas uma mera menção à responsabilidade civil do advogado: “[a] *responsabilidade* disciplinar é independente da responsabilidade criminal ou civil”.

3 A desresponsabilização do advogado no ordenamento jurídico britânico resulta da norma que prevê a *advocates immunity*, instituída através do caso *Rondel c. Worsley*, de 1969.

4 Cfr. Melo, 2003: 26.

5 Como refere Guedes da Costa: 335, é hoje indefensável – e ninguém o sustenta – que o advogado não deva ser responsabilizado por atos praticados no exercício da sua atividade profissional.

Com a alteração do Estatuto, imposta pela Lei n.º 15/2005, de 26 de janeiro, foram criadas normas específicas sobre a responsabilidade civil dos advogados⁶. Tais normas constavam do artigo 99.º do Estatuto e do artigo 37.º do Regime Jurídico das Sociedades de Advogados, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 229/2004, de 10 de dezembro. Com a recente aprovação do novo Estatuto, pela Lei n.º 145/2015, de 9 de setembro, foi revogado o Regime Jurídico das Sociedades de Advogados, tendo as normas relativas ao seguro de responsabilidade civil profissional dos advogados passando a constar dos artigos 104.º e 213.º, n.º 14. Estas normas consagram três modalidades de contrato de seguro de responsabilidade civil profissional dos advogados e a possibilidade de limitação da responsabilidade civil do advogado em casos de mera culpa. Essa limitação de responsabilidade decorre do artigo 104.º, n.º 2, do Estatuto. Todavia, essa limitação depende sempre da celebração, por parte do advogado, de um seguro de responsabilidade civil profissional. No ponto seguinte serão abordados os problemas que se colocam em cada uma das modalidades de contrato de seguro, elencadas naquelas disposições.

2.2. As modalidades de contratos de seguro de responsabilidade civil dos advogados

a) O contrato de seguro celebrado por advogados

A primeira modalidade do contrato de seguro de responsabilidade civil profissional do advogado é a relativa àquele contrato que é celebrado pelo próprio advogado com a seguradora, nos termos do n.º 1 do artigo 104.º do Estatuto. Conforme resulta desta disposição legal, “[o] advogado com inscrição em vigor

6 Também em França e Espanha foram criadas regras específicas sobre a responsabilidade civil dos advogados. No ordenamento jurídico espanhol, o *Estatuto General da la Abogacía Española*, aprovado pelo Real Decreto n.º 658/2001, de 22 de junho, dispõe, no artigo 78.º, n.º 2, que “[l]os Abogados en su ejercicio profesional, están sujetos a responsabilidad civil cuando por dolo o negligencia dañen los intereses cuya defensa les hubiere sido confiada, responsabilidad que será exigible conforme a la legislación ordinaria ante los Tribunales de Justicia, pudiendo establecerse legalmente su aseguramiento obligatorio”.

Em França, o ponto 18.6 do *Règlement Intérieur National de la profession d’avocat* prescreve que: “L’avocat doit veiller à ce que les prestations effectuées par lui au titre de la mission commune soient effectivement couvertes par son contrat d’assurance de responsabilité civile professionnelle. Il ne peut participer à un contrat de mission commune comportant une clause de responsabilité solidaire des intervenants, chaque professionnel participant à une mission commune devant être personnellement seul responsable de ses interventions et diligences. Il doit préalablement à l’acceptation de la mission commune se faire communiquer par chacun des autres professionnels le montant de sa garantie d’assurance responsabilité professionnelle ainsi que les coordonnées de sa compagnie d’assurance”.

deve celebrar e manter um seguro de responsabilidade civil profissional tendo em conta a natureza e âmbito dos riscos inerentes à sua atividade, por um capital de montante não inferior ao que seja fixado pelo conselho geral e que tem como limite mínimo (euro) 250 000, sem prejuízo do regime especialmente aplicável às sociedades de advogados e do disposto no artigo 38.º da Lei n.º 2/2013, de 10 de janeiro”.

Deste preceito extraem-se os seguintes elementos desta modalidade contratual:

- i) Um elemento subjetivo: os advogados que tenham inscrição em vigor. O campo subjetivo da previsão desta norma abrange os advogados que tenham inscrição em vigor na Ordem dos Advogados⁷. Ao exigir-se a inscrição em vigor, são excluídos naturalmente do campo de aplicação da norma os advogados que se encontrem suspensos. É a própria *ratio* da obrigação legal que o determina, uma vez que o advogado com inscrição suspensa não pode exercer a sua atividade, razão pela qual não tem sentido celebrar um contrato de seguro.
- ii) Um elemento objetivo: o advogado deve celebrar e manter um *seguro de responsabilidade civil profissional, por um capital de montante não inferior ao que seja fixado pelo Conselho Geral e que tem como limite mínimo 250.000 euros*⁸.

Como se verá, a consequência legal da não celebração de um contrato de responsabilidade civil por parte de um advogado é o da não aplicação da limitação do valor da indemnização ao valor do capital de seguro nos termos do artigo 104.º, n.º 2, do Estatuto. Em todo o caso, os advogados que não celebrem este contrato estarão sempre salvaguardados até ao valor do seguro de grupo subscrito pela Ordem dos Advogados, nos termos do artigo 104.º, n.º 3, do Estatuto, que nunca pode ser inferior a €50.000,00 (cinquenta mil euros).

A celebração do contrato de seguro de responsabilidade civil profissional pelo advogado tem consideráveis vantagens. Por um lado, em virtude da limitação do valor da indemnização, previsto no artigo 104.º, n.º 2, do Estatuto, qualquer dano por si causado no exercício da sua atividade profissional, a

7 Como se verá no ponto seguinte, o artigo 104.º, n.º 1, do Estatuto, tem também como destinatários as sociedades de advogados.

8 Atualmente, o Conselho Geral da Ordem dos Advogados não tem fixado um montante mínimo do capital de seguro, razão pela qual deve entender-se que esse valor é o fixado na lei €250.000 (duzentos e cinquenta mil euros).

título de negligência, estará coberto pelo valor do capital de seguro, desde que respeitados dois requisitos:

- a) O valor do capital de seguro acordado tem que ter em conta a natureza e âmbito dos riscos inerentes à atividade do advogado segurado e;
- b) O capital de seguro não pode ser de valor inferior ao que seja fixado pelo Conselho Geral, que não pode nunca ser inferior a €250.000,00 (duzentos e cinquenta mil euros).

Não sendo observados tais requisitos – porque não foi celebrado um contrato de seguro cujo capital abranja os riscos da atividade profissional do advogado ou porque o capital é inferior ao fixado pelo Conselho Geral – deve considerar-se que o advogado não observou o ónus a que estava adstrito aquando da celebração do contrato de seguro previsto no artigo 104.º, n.º 1 do Estatuto. Em todo o caso, o contrato de seguro celebrado produzirá os seus efeitos, designadamente o de cobertura dos riscos da atividade do advogado, não gozando, porém, o advogado da limitação prevista no artigo 104.º, n.º 2, do Estatuto.

Uma questão que se coloca ainda é a de saber se o seguro de responsabilidade civil profissional do advogado abrange condutas dolosas. Esta questão aparece intrinsecamente relacionada com o problema da obrigatoriedade ou não de celebração do contrato de seguro profissional por parte dos advogados. Cremos que a intenção do legislador foi a de estabelecer uma obrigatoriedade (ou falta dela) da celebração do seguro de responsabilidade civil profissional, razão pela qual a Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões coloca este seguro entre os seguros de responsabilidade civil obrigatórios. No entanto, como se verá, o quadro legislativo aponta no sentido da não obrigatoriedade do seguro de responsabilidade civil profissional do advogado. Não tendo este seguro natureza obrigatória, parece-nos que não será aplicável a regra supletiva prevista no artigo 148.º, n.º 2, da Lei do Regime Jurídico do Contrato de Seguro (doravante, ‘RJCS’), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 72/2008, de 16 de abril. Por tal facto, salvo disposição contratual em contrário, o contrato de seguro de responsabilidade civil profissional do advogado não cobre os riscos provenientes de condutas dolosas do advogado⁹.

9 Em princípio, a cobertura de riscos de certas atividades não abrange condutas dolosas. Com efeito, os riscos cobertos pelo seguro são os decorrentes da atividade profissional exercida de forma negligente. Assim se justifica a regra da exclusão da responsabilidade do segurador por condutas dolosas prevista nos artigos 46.º, n.º 1, e 141.º do RJCS e o reconhecimento do direito de regresso do segurador contra o

No que respeita aos danos que devem estar cobertos pelo contrato de seguro, observa-se que o artigo 104.º, n.º 1, do Estatuto não estabelece quaisquer limitações. Daí que seja nossa convicção que o contrato de seguro deve cobrir quaisquer danos causados pela conduta profissional do advogado. Assim, o contrato de seguro deve cobrir quaisquer riscos decorrentes da ocorrência de danos, causados a clientes e/ou a terceiros, sejam eles decorrentes da violação de normas deontológicas ou de obrigações contratuais puras.

Alguns autores há que entendem que o seguro em causa só se aplica a danos causados ao cliente, sustentando de igual passo que só ocorre a limitação prevista no artigo 104.º, n.º 2, do Estatuto quando os danos sejam provocados ao cliente e já não quando os danos são produzidos nos bens e/ou nas pessoas de terceiros¹⁰. Parece-nos, contudo, que tal entendimento não tem qualquer abrigo na letra da lei e não pode ser justificada pela mera circunstância de o artigo 104.º do Estatuto se inserir no Capítulo II do Título III (Deontologia Profissional) que diz respeito à relação com os clientes¹¹. Por um lado, o capítulo relativo às “relações com os clientes” estabelece outros deveres que não se reportam à relação advogado-cliente – v.g. a proibição de repartição de honorários, prevista no artigo 107.º do Estatuto – e deveres que nem sequer se dirigem ao advogado, designadamente – o dever dirigido à Ordem dos Advogados de celebração de um contrato de seguro de grupo, previsto no artigo 104.º, n.º 3, do Estatuto. Por outro lado, a organização sistemática daquele Estatuto não pode ser considerada estanque, uma vez que são inúmeros os deveres que constam de outros capítulos do Estatuto, que são diretamente aplicáveis às “relações com os clientes”, designadamente o segredo profissional (artigo 92.º do Estatuto) e o dever de correção (artigo 110.º do Estatuto). Além disso, verifica-se que as

tomador ou o segurado, nos casos em que o contrato cobre danos decorrentes de condutas dolosas ou se tenha vindo a verificar que a conduta foi praticada com dolo (cfr. artigos 148.º, n.º 1 e 144.º do RJCS). Segundo Menezes Cordeiro, 2013: 678, a previsão de situações em que as condutas dolosas estão cobertas pelo contrato de seguro, ainda que exista posteriormente direito de regresso por parte do segurador que satisfaz a respetiva indemnização, como sucede nos seguros de responsabilidade civil obrigatória, justifica-se pela necessidade de tutela de terceiros.

10 Neste sentido, Mateus, 2007: 6 e 7, e Sousa, 2014: 27.

11 Sousa, 2015: 27. A posição assumida por este autor, relativa à limitação do objeto do seguro aos danos causados ao abrigo da relação advogado-cliente, revela-se contraditória com o entendimento do mesmo autor sobre o seguro de grupo celebrado pela Ordem dos Advogados. Com efeito, a propósito do seguro de grupo, o autor defende que “[...] o referido seguro de grupo cobre de igual forma os danos não patrimoniais causados a terceiros no desempenho da sua atividade profissional. A hipótese inversa atentaria gravemente de forma injustificada contra a tutela erigida pelo seguro de grupo”.

normas especificamente dirigidas à relação advogado-cliente fazem menção expressa desse seu escopo¹².

Em nosso entender, a posição defendida por estes autores não encontra suporte sólido na letra da lei e não pode justificar-se com uma interpretação sistemática. A norma em causa não faz qualquer limitação quanto à pessoa do lesado e aos bens abrangidos pelo seguro, razão pela qual uma interpretação que limite a natureza das pessoas e bens, abrangidas pelo seguro, contraria o disposto no artigo 9.º, n.º 2, do Código Civil, em virtude de tal interpretação não ter na letra da lei um mínimo de correspondência verbal. Acresce que tal posição, mais do que consubstanciar uma mera redução teleológica, em nossa opinião *contra legem*, traduz-se numa interpretação corretiva, uma vez que o objeto do artigo 104.º, n.º 1, do Estatuto tem como objetivo que o seguro abranja os riscos inerentes à atividade profissional do advogado que, como é evidente, não decorrem apenas da relação advogado-cliente.

Com efeito, a eventual celebração de contratos de seguro de responsabilidade civil, limitados a danos causados ao cliente por força da relação contratual estabelecida, implicaria o incumprimento do disposto no artigo 104.º, n.º 1, do Estatuto e a consequente não aplicação da limitação do valor indemnizatório prevista no n.º 2 do mesmo artigo.

b) O contrato de seguro celebrado por sociedades de advogados

A parte final do n.º 1 do artigo 104.º do Estatuto, que consagra a obrigação de cada advogado celebrar e manter um seguro de responsabilidade civil, não prejudica o regime aplicável às sociedades de advogados.

Até à aprovação do novo Estatuto, operado pela Lei n.º 145/2015, de 9 de setembro, o seguro de responsabilidade civil profissional das sociedades de advogados estava previsto expressamente no artigo 37.º do Regime Jurídico das Sociedades de Advogados (“*seguro obrigatório de responsabilidade civil*”) que estipulava que, “[a]s sociedades de advogados que optem pelo regime de responsabilidade limitada devem obrigatoriamente contratar um seguro de responsabilidade civil para cobrir os riscos inerentes ao exercício da atividade profissional dos seus sócios, associados, advogados estagiários, agentes ou mandatários.” Por sua vez, o artigo 33.º, n.º 1, do Regime Jurídico das Sociedades de Advogados, impunha às sociedades de advogados que optassem pelo regime da responsabilidade

¹² Exemplos: artigos 89.º, 90.º, 92.º, 93.º, 94.º, 97.º, 98.º, 99.º, 100.º, 101.º, 102.º, 103.º, 105.º, 106.º, 110.º e 111.º do Estatuto.

limitada, a celebração de um contrato de seguro de responsabilidade civil profissional. Todavia, esta imposição era, em bom rigor, uma questão de opção, uma vez que a não celebração daquele contrato impunha a responsabilidade ilimitada dos sócios perante as dívidas sociais¹³. Deste modo, sempre que a sociedade não celebrasse o contrato de seguro, a lei impunha à sociedade relapsa o regime da responsabilidade ilimitada pelas dívidas sociais¹⁴. Em todo o caso, não deixava de ser uma opção legalmente conferida à sociedade, não lhe sendo exigível a sua celebração, ainda que, originariamente, tenha optado pelo regime da responsabilidade limitada.

Sucedo que o Regime Jurídico das Sociedades de Advogados foi inteiramente revogado pela Lei n.º 145/2015, de 9 de setembro, como decorre expressamente do seu artigo 4.º, alínea *a*). Presentemente, é o Estatuto que contém o regime aplicável às sociedades de advogados (artigos 213.º a 222.º). No que respeita ao seguro de responsabilidade civil profissional, a celebrar por sociedades de advogados, este apenas é mencionado no artigo 213.º, n.º 14, do Estatuto, que prescreve o seguinte: “*Nas sociedades de responsabilidade limitada, apenas a sociedade responde pelas dívidas sociais, até ao limite do seguro de responsabilidade civil obrigatório*”. Não obstante o suprimento da menção à celebração de um contrato de seguro por parte das sociedades de advogados, esta norma do Estatuto tem na sua base a mesma lógica prevista no Regime Jurídico das Sociedades de Advogados: no caso das sociedades que, nos termos do atual artigo 213.º, n.º 10, do Estatuto, optarem pelo regime de responsabilidade limitada, a celebração de um contrato de seguro de responsabilidade civil profissional determina que apenas a sociedade, e não os seus advogados, respondem por dívidas até ao montante do seguro de responsabilidade civil obrigatório. Quando faz menção ao seguro de responsabilidade civil obrigatório, o artigo 213.º, n.º 14, do Estatuto, refere-se ao seguro previsto no artigo 104.º, n.º 1, com a diferença de que este é celebrado por uma sociedade de advogados e não por cada advogado.

Sendo, os sujeitos da previsão legal as sociedades de advogados, a estatuição legal, propriamente dita, corresponde a uma imposição de celebrar um contrato de seguro que cubra os riscos inerentes ao exercício da atividade profissional por parte das pessoas que integram a sociedade. Somos da opinião que a não

13 Neste sentido, Romano Martinez, 2012: 613.

14 Neste sentido, cfr. Magalhães, 2014: 273 e Parecer do Conselho Geral da Ordem dos Advogados n.º 6/PP/2008-G, de 20 de fevereiro de 2008.

celebração do contrato de seguro por parte de uma sociedade de advogados tem por consequência a responsabilidade ilimitada dos respetivos sócios. Esta conclusão resulta da interpretação conjugada do disposto nos n.ºs 11 e 14 do artigo 213.º do Estatuto¹⁵. Efetivamente, não seria coerente que, nos casos em que a sociedade não celebra um contrato de seguro de responsabilidade civil profissional, serem os advogados que a constituem responsabilizados. Estas normas têm a sua *ratio* no facto de a celebração de um contrato de seguro poder ser controlada pelos sócios das sociedades e não, em princípio, pelos seus restantes membros. Com efeito, perfilhamos o entendimento que o contrato a que alude o artigo 104.º, n.º 1, do Estatuto, não tem como exclusivos destinatários os advogados em prática individual. Aliás, esta é a única interpretação compaginável com o disposto no artigo 104.º, n.º 1 *in fine* do Estatuto (“[...] *sem prejuízo do regime especialmente aplicável às sociedades de advogados*”)¹⁶.

No caso do advogado que seja simultaneamente sócio de uma sociedade de advogados, o contrato de seguro celebrado ao abrigo do artigo 104.º, n.º 1, do Estatuto, apenas terá como consequência a limitação do valor da indemnização em situações em que a responsabilidade civil não é imputada à sociedade de advogados mas sim ao advogado individualmente¹⁷. É que não se pode esquecer que os advogados, e até mesmo os advogados sócios de uma sociedade de advogados, podem exercer a sua atividade fora do âmbito da sociedade.

Pela mesma ordem de razões, não será aplicável às dívidas sociais dos sócios, decorrentes da aplicação do artigo 213.º, n.º 14, o seguro de grupo celebrado pela Ordem dos Advogados, uma vez que este seguro destina-se a cobrir os riscos de advogados que não tenham celebrado contratos de seguro e não os riscos de sociedades de advogados¹⁸. Esta nossa interpretação decorre da

15 Nos termos do artigo 213.º, n.º 11, “[a] responsabilidade por dívidas sociais inclui as geradas por ações ou omissões imputadas a sócios, associados e estagiários, no exercício da profissão”.

16 Parece-nos até evidente que a expressão “[...] *sem prejuízo do regime especialmente aplicável às sociedades de advogados*” tem um efeito mais amplo: a eventual celebração de um contrato de seguro nos termos do artigo 104.º, n.º 1, do Estatuto, por parte dos membros de uma sociedade de advogados, não exonera esta de celebrar um outro contrato de seguro, nos termos do artigo 213.º, n.º 14.

17 Magalhães, 2014: 273, entende que a celebração do contrato de seguro por parte das sociedades de advogados não exonera os advogados de celebrarem, individualmente, contratos de seguro de responsabilidade civil. Esta posição só pode ser sustentada por quem entenda que o contrato de seguro previsto no artigo 104.º, n.º 1, do Estatuto tem natureza obrigatória.

18 No entanto, refira-se ainda que – nos termos do ponto 12.1.1 das condições particulares da apólice de seguro de grupo da Ordem dos Advogados para 2016 –, nos casos em que a atividade profissional dos segurados seja desenvolvida ao abrigo de uma Sociedade de Advogados, a cobertura providenciada pela *supra* citada apólice, sem prejuízo dos respetivos limites de indemnização, funcionará apenas na falta ou

circunstância de o seguro de grupo da Ordem dos Advogados ter por objeto a cobertura dos riscos da responsabilidade civil dos advogados, ao passo que as dívidas pelas quais os sócios de sociedades de advogados possam ser responsabilizados – por força do artigo 213.º, n.º 14 do Estatuto – correspondem a uma consequência da não celebração do contrato de seguro e não a uma situação de responsabilidade civil daqueles advogados.

c) O seguro de responsabilidade civil de grupo celebrado pela Ordem dos Advogados

A terceira e última modalidade de seguro de responsabilidade civil profissional do advogado diz respeito ao contrato de grupo que é celebrado pela Ordem dos Advogados. Nos termos do artigo 104.º, n.º 3, do Estatuto, “[...] o advogado não cumpra o estabelecido no n.º 1 ou declare não pretender qualquer limite para a sua responsabilidade civil profissional, [...] beneficia sempre do seguro de responsabilidade profissional mínima de grupo de (euro) 50 000, de que são titulares todos os advogados não suspensos”.

Prima facie, esta norma determina apenas que os advogados que não observem o disposto no n.º 1 do mesmo artigo – isto é, aqueles cujo contrato de seguro celebrado não cubra os riscos inerentes à sua atividade em concreto, designadamente no que respeite ao tipo de danos e ao capital segurados – ou, simplesmente, não celebrem qualquer contrato de seguro, beneficiam sempre de um seguro de responsabilidade profissional, com um capital de seguro mínimo de 50.000,00 euros¹⁹. Todavia, esta norma tem também na sua previsão uma imposição dirigida à Ordem dos Advogados de celebração de um contrato de seguro. Como se explicitará de seguida, esta norma estabelece uma obrigatoriedade de celebração deste contrato de seguro, razão pela qual tal celebração pode ser exigida por quem demonstre interesse na existência de tal seguro²⁰.

A omissão de celebração de um contrato de seguro por parte da Ordem dos Advogados implicará a eventual responsabilidade civil desta associação

insuficiência de apólice de responsabilidade civil profissional que garanta a Sociedade de Advogados, entendendo-se esta última como celebrada em primeiro. A apólice de seguro de grupo da Ordem dos Advogados encontra-se disponível em <http://www.oa.pt>.

19 O seguro de grupo celebrado pela Ordem dos Advogados, para o ano de 2016, tem um capital de seguro de €150.000,00 (cento e cinquenta mil euros).

20 Através de um procedimento administrativo ou uma ação administrativa para a prática de condutas legalmente exigidas (cfr. artigo 37.º, n.ºs 1, alínea i), do Código de Processo nos Tribunais Administrativos).

profissional, à luz do regime da responsabilidade civil extracontratual do estado e demais entidades públicas, constante da Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro.

O artigo 104.º, n.º 3, do Estatuto, estabelece uma obrigação de celebração de um seguro de grupo e consagra, um direito a favor dos advogados que não celebraram o contrato de seguro, nos termos do n.º 1 do mesmo artigo, de beneficiarem de um seguro de grupo de responsabilidade civil profissional no valor mínimo de €50.000,00 (cinquenta mil euros). A produção dos efeitos de tal contrato de seguro não depende de qualquer adesão ao contrato, resultando *ope legis* do disposto no artigo 104.º, n.º 3, do Estatuto.

Por outro lado, o seguro de grupo da Ordem dos Advogados terá por objeto a cobertura dos mesmos riscos que o contrato celebrado pelos advogados e pelas sociedades, nos termos dos n.ºs 1 e 2 do Estatuto. O que muda são os seus sujeitos, uma vez que o tomador de seguro é a Ordem dos Advogados, sendo os advogados meramente seus segurados.

O contrato de seguro de grupo da Ordem dos Advogados aproveitará a todos os advogados que tenham inscrição em vigor na Ordem dos Advogados, ou seja àqueles que não se encontrem com a sua inscrição suspensa.

Na linha do que se referiu anteriormente, este seguro não aproveitará às sociedades de advogados que não tenham subscrito um seguro de responsabilidade civil nos termos do artigo 213.º, n.º 14, do Estatuto.

Uma questão que se suscita a propósito do artigo 104.º, n.º 3, do Estatuto é a interpretação de um segmento normativo muito específico (“*declare não pretender qualquer limite para a sua responsabilidade civil profissional*”). De acordo com aquela disposição, o seguro de grupo aproveita a qualquer advogado que “*declare não pretender qualquer limite para a sua responsabilidade civil profissional*”. O alcance desta expressão suscita algumas dúvidas. No entanto, cremos que esta expressão visa unicamente conferir à norma do n.º 2 do mesmo artigo uma natureza meramente supletiva, podendo, assim, o advogado indicar que não pretende limitar a sua responsabilidade perante certos clientes. Efetivamente, a existência daquela norma permite, *ad nutum*, que advogado e cliente afastem a limitação da responsabilidade prevista no n.º 2, o que pode revelar-se de enorme utilidade em situações em que, pelos valores envolvidos, aquela limitação possa ser um obstáculo à celebração do contrato de mandato com um determinado cliente.

Sucedendo que a inserção sistemática da possibilidade de afastar a responsabilidade ilimitada do advogado, no contrato de seguro de grupo da Ordem dos Advogados, não se afigura de nenhuma outra utilidade. Daquela disposição

parece resultar a seguinte ideia: o advogado que *declare não pretender qualquer limite para a sua responsabilidade civil profissional, beneficia sempre do seguro de responsabilidade profissional mínima de grupo de 50.000,00 euros*. Parece-nos, contudo, que esta ideia não fará qualquer sentido. O advogado que *i)* celebra um contrato de seguro nos termos do artigo 104.º, n.º 1, do Estatuto e *ii)* declara não querer limitar a sua responsabilidade civil profissional, não carece do seguro de responsabilidade civil de grupo celebrado pela Ordem dos Advogados, uma vez que beneficia já do seguro por si celebrado, nos termos daquele n.º 1. Só não será assim se o seguro de grupo tiver um capital de seguro superior ao seguro individual do advogado, hipótese cuja ocorrência, dado o quadro legislativo em questão, se afigura bastante improvável.

O seguro de responsabilidade civil dos advogados celebrado pela Ordem dos Advogados é legalmente qualificado com um seguro de grupo. Trata-se de uma realidade que tem vindo a impor-se no mercado dos seguros, tendo-se verificado um relevante aumento quantitativo da sua consagração em diversas áreas²¹. Na verdade, este modo de contratar revela-se da maior eficácia para responder aos diversos interesses em presença: do tomador do seguro, das pessoas seguradas e do segurador.

O seguro de grupo distingue-se dos seguros individuais como são os previstos nos n.ºs 1 e 2 do artigo 104.º do Estatuto. O seguro individual assenta num contrato celebrado entre duas partes: a seguradora e o tomador de seguro, e – embora possam existir mais pessoas – o seu universo é sempre mais reduzido. Já o seguro de grupo assenta numa relação tripartida (segurador, tomador de seguro e asegurado/aderente) que pressupõe a existência de um conjunto de pessoas, que se relacionam entre si e com o tomador de seguro. Em regra, os asegurados adquirem esse estatuto através de um ato de adesão. Todavia, no caso do seguro de grupo da Ordem dos Advogados, a “adesão” ao seguro, por parte de todos os advogados, dá-se *ex lege*.

O seguro de grupo encontra-se regulado e tipificado no artigo 76.º do RJCS. Nos termos de tal normativo legal, “[o] contrato de seguro de grupo cobre riscos de um conjunto de pessoas ligadas ao tomador de seguro por um vínculo que não seja o de segurar”. Assim, o seguro de grupo comporta tantas relações quantas as adesões e delas resulta um complexo de direitos e obrigações recíprocos. Estamos perante um seguro de grupo que incide sobre três sujeitos: o segurador, os asegurados (os advogados) e o tomador de seguro (a Ordem dos Advogados).

21 *Vide* sobre a importância crescente dos seguros de grupo, Romano Martinez, 2006: 67 e ss.

Na celebração do contrato, bem como na sua execução, as partes devem adotar um comportamento conforme as exigências decorrentes do princípio da boa fé. Razão pela qual, no âmbito dos seguros de grupo, o dever de informar é reequacionado no artigo 78.º do RJCS; cabe ao tomador do seguro informar os segurados sobre as coberturas contratadas, as exclusões e os direitos e obrigações em caso de sinistro, bem como sobre todas as alterações²² (artigo 78.º, n.º 1, do RJCS). O incumprimento do dever de informação para com a pessoa segurada faz recair sobre o titular deste dever (o tomador) o ónus da prova sobre as informações fornecidas²³, sob pena de incorrer em responsabilidade civil²⁴.

No que respeita à extensão do seguro de responsabilidade civil celebrado pela Ordem dos Advogados e à natureza dos bens cobertos pelo seguro de responsabilidade civil das sociedades de advogados, são aplicáveis as considerações anteriormente feitas relativamente ao contrato de seguro celebrado pelos advogados.

Sobre a questão de saber se o contrato de seguro de grupo abrange as condutas dolosas dos advogados, temos como razoável que a imposição legal dirigida à Ordem dos Advogados – de celebração de um contrato de seguro obrigatório – determina que o contrato abranja os atos dolosos, tendo em conta o disposto no artigo 148.º do RJCS. Nos termos deste artigo, não existindo lei ou regulamento que determine o contrário, estão cobertos pelo seguro de responsabilidade civil obrigatório “*os atos ou omissões dolosos do segurado*”. Satisfeita pelo segurador a indemnização decorrente de atos ou omissões dolosos do segurado, aquele goza de direito de regresso sobre este, nos termos do artigo 144.º, n.º 1, do RJCS.

d) A regra da limitação do quantum da indemnização

A contratação do seguro de responsabilidade civil profissional do advogado está, em princípio, vinculada a todas as regras de celebração dos demais seguros obrigatórios, se como tal houver de ser considerado. Todavia, encontra uma importante especificidade. É que tal contrato de seguro, que o advogado deve celebrar e manter, deve ter em conta a natureza e âmbito dos riscos inerentes à sua atividade.

22 Cfr. artigo 78.º, n.º 1, do RJCS.

23 Cfr. artigo 38.º, n.º 3, do RJCS.

24 Cfr. artigo 79.º do RJCS.

Assim, deve entender-se que a determinação do valor do seguro para o advogado não é absolutamente livre. Imagine-se o caso de um advogado que no seu dia-a-dia tem em mãos negócios na ordem dos milhões de euros e o seguro apenas tem o capital mínimo de €250.000,00 (duzentos e cinquenta mil euros). O que sucede neste caso? Se o advogado age com mera culpa, a sua responsabilidade será limitada àquele valor. É o que determina o n.º 2. Todavia, o n.º 3 do mesmo artigo refere que o n.º 2 (a limitação da responsabilidade) não se aplica, se não for cumprido o disposto no n.º 1. Por outras palavras, se o advogado não celebrar um contrato de seguro de responsabilidade civil que tenha em conta a natureza e âmbito dos riscos inerentes à sua específica atividade de nada serviria a regra prevista no n.º 1, quando faz menção à obrigatoriedade de celebração de um seguro que tenha em conta a “*natureza e âmbito dos riscos inerentes à sua atividade*”.

Por outro lado, apesar de o regime-regra ser o da responsabilidade pessoal e ilimitada, caso o advogado pretenda limitar a sua responsabilidade nos casos em que esta se funde em mera culpa – sabido como é que nas hipóteses de atuação dolosa não poderá ocorrer a limitação da sua responsabilidade – além do ónus de celebrar e manter um seguro de responsabilidade civil profissional por um capital com o limite mínimo de €250.000 (duzentos e cinquenta mil euros), terá de inscrever no seu papel timbrado a expressão “responsabilidade limitada”. Essa menção deve ainda constar de qualquer documento onde se preste informação e *publicidade* da atividade profissional, aí se incluindo o suporte escrito no exercício da ação do advogado, designadamente papel de carta, carimbos, cartões de visita, *emails*, cabeçalho de peças judiciais e também nos documentos extrajudiciais usados por repartições públicas²⁵.

Como já se referiu, a norma que determina a limitação da responsabilidade do advogado em caso de mera culpa tem natureza supletiva, conhecida que é a possibilidade de o advogado segurado poder declarar que não pretende beneficiar da limitação de responsabilidade.

e) Obrigatoriedade de celebração?

Tratadas que estão as diferentes modalidades de seguro de responsabilidade civil profissional dos advogados, cabe agora tomar posição quanto ao problema de saber se a celebração destes contratos de seguro é obrigatória ou facultativa.

25 Cfr. Magalhães, 2014: 159.

Esta questão assume uma especial relevância no presente estudo, uma vez que a qualificação como seguro de responsabilidade civil obrigatório determina a aplicação de regras específicas deste tipo de seguro, a saber:

- O lesado tem o direito de exigir o pagamento da indemnização diretamente ao segurado²⁶. Trata-se da designada ação direta, uma vez que a regra nos seguros obrigatórios é a de acautelar a posição dos lesados o que pressupõe a possibilidade de estes agirem por si²⁷;
- A indemnização é paga com exclusão dos demais credores do segurado²⁸;
- O dano a considerar é o disposto na lei geral. Trata-se de uma regra supletiva²⁹ que, nesta sede, se torna injuntiva, salvo havendo lei ou regulamento em sentido contrário³⁰;
- O segurador apenas pode opor ao lesado os meios de defesa consagrados no contrato de seguro ou os que advierem de factos do tomador do seguro ou do segurado ocorridos anteriormente ao sinistro;
- A cobertura de atos ou omissões dolosos depende do regime estabelecido em lei ou regulamento³¹ e, caso a lei e o regulamento sejam omissos na definição do regime aplicável, há cobertura de atos ou omissões dolosos do segurado³².

A dúvida sobre a natureza obrigatória ou facultativa da celebração do contrato de seguro de responsabilidade civil dos advogados coloca-se relativamente a cada uma das modalidades de seguro anteriormente analisadas.

No que concerne ao contrato de seguro de responsabilidade civil do advogado, verifica-se que o artigo 104.º do Estatuto determina que o advogado deve celebrar e manter um seguro de responsabilidade civil profissional, o que aponta, claramente, no sentido da existência de uma obrigação legal. No entanto, no n.º 3 do mesmo artigo, estabelece-se que o advogado que não observa o disposto

26 Cfr. artigo 146.º, n.º 1, do RJCS.

27 Cfr. Menezes Cordeiro, 2013: 765.

28 Cfr. artigo 146.º, n.º 2, do RJCS.

29 Cfr. artigo 138.º, n.º 2, do RJCS.

30 Cfr. artigo 146.º, n.º 3, do RJCS.

31 Cfr. artigo 148.º, n.º 1, do RJCS.

32 Cfr. artigo 148.º, n.º 2, do RJCS.

n.º 1, ou seja, não celebre o contrato de seguro nos termos daquela disposição legal, responderá ilimitadamente, mas beneficiará do seguro de responsabilidade civil de grupo da Ordem dos Advogados. Nestes termos, é a própria lei que prevê a opção de o advogado não celebrar qualquer contrato, tratando-se aqui de um mero ónus³³, isto é, de um “*comportamento necessário para o exercício de um direito ou realização de um interesse próprio*”³⁴. Assim sendo, estamos no domínio da autonomia privada, razão pela qual não podemos qualificar este seguro como obrigatório, mas sim como facultativo.

Suscita, porém, maiores dúvidas o caso do seguro de responsabilidade civil profissional das sociedades de advogados. Essa dificuldade decorre da circunstância de o artigo 213.º, n.º 14, do Estatuto, fazer menção a um “seguro de responsabilidade civil obrigatório”. Sucede que o teor, esse sim vinculante, do referido artigo não aponta no sentido da sua obrigatoriedade. Na verdade, às sociedades de advogados é atribuída a opção de escolher o regime de responsabilidade limitada³⁵, caso em que “*apenas a sociedade responde pelas dívidas sociais, até ao limite do seguro de responsabilidade civil obrigatório*”. Na linha do que defendemos anteriormente, caso a sociedade de advogados não pretenda celebrar o referido contrato de seguro, haverá responsabilidade ilimitada dos sócios pelas dívidas sociais. Com efeito, parece, mais uma vez, que se trata de um mero ónus. A lei configura um dever de celebração do contrato de seguro para as sociedades de advogados, mas, ato contínuo, determina que o incumprimento desse dever pode acarretar uma mera desvantagem para os sócios dessa sociedade – a sua responsabilidade ilimitada – e não uma sanção legal pelo incumprimento ou a exigibilidade do cumprimento. Esta solução traduz-se, uma vez mais, numa opção atribuída aos sócios das sociedades de advogados, de cuja escolha resulta a sua responsabilidade limitada ou ilimitada.

Face à análise supra referida não me parece ser possível enquadrar este contrato de seguro no ramo dos seguros obrigatórios.

Por fim, quanto ao seguro de grupo da Ordem dos Advogados, julgamos que o mesmo é de celebração obrigatória, resultando essa obrigatoriedade diretamente da norma do artigo 104.º, n.º 3, do Estatuto. Esta conclusão resulta da circunstância de a lei não consagrar qualquer discricionariedade quanto

33 Cfr. Romano Martinez, 2012: 613.

34 Cfr. Prata, 2008: 997.

35 Cfr. artigo 213.º, n.º 10, do Estatuto.

à decisão de celebração do contrato de seguro de grupo³⁶. Por outro lado, é a tutela de terceiros que impõe esta opção legal: enquanto nos contratos de seguro individual do advogado e das sociedades de advogados, qualquer que fosse a opção, estaria salvaguardada a posição de terceiros, o eventual incumprimento do dever de celebração do contrato de seguro de grupo por parte da Ordem dos Advogados tem como consequência a frustração dos interesses dos terceiros, além dos interesses dos próprios advogados.

No entanto, o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 28 de abril de 2015 (processo n.º 1219/10.1TBCBR.C1), considerou, sem fundamentação digna desse nome, que “o contrato de seguro disponibilizado pela Ordem dos Advogados aos Advogados, que tenham inscrição em vigor na mesma, é um contrato de seguro facultativo (seguro de grupo)”³⁷. Como não se colocavam no caso decidido questões que envolvessem uma correta qualificação da natureza do contrato de seguro, a menor felicidade da decisão proferida não teve quaisquer consequências.

3. A VIOLAÇÃO DOS DEVERES PROFISSIONAIS DOS ADVOGADOS

3.1. Ponto de ordem

Neste ponto tratamos especificamente a questão de saber quais as obrigações e deveres profissionais dos advogados cujo incumprimento é suscetível de conduzir a uma situação de responsabilidade civil. A análise destes pontos afigura-se da maior importância para o presente estudo, uma vez que são esses deveres e obrigações que são tidos em consideração aquando da determinação do risco para o contrato de seguro a celebrar. Com efeito, quer o prémio quer o capital de seguro terão que ser ajustados aos riscos típicos da profissão, designadamente ao cumprimento dos deveres deontológicos. Mas a modelação daqueles

36 Cfr. Sérvulo Correia, 1987: 106 e ss. As normas legais impostas à administração, em face da configuração do princípio da legalidade, não podem considerar-se ou presumir-se como atributivas de um poder discricionário às entidades públicas para aplicarem ou não os respetivos comandos legais.

37 De forma insólita, o acórdão em referência considerou que – em resultado da natureza facultativa do contrato de seguro – “[...] é perfeitamente lícito e juridicamente de tutelar, a apólice do contrato de seguro em referência ter estabelecido que “perdiam” a qualidade de “segurados” os membros da Ordem de Advogados que tivessem a sua “Carteira Profissional” suspensa por determinação disciplinar dessa mesma Ordem “com efeito automático à data da respetiva suspensão”. Como é evidente, a não aplicação do contrato de seguro de grupo aos advogados com a inscrição suspensa não resulta da natureza obrigatória ou facultativa do contrato de seguro, mas sim, expressamente, do artigo 104.º, n.º 3, do Estatuto.

valores depende, sobretudo, das obrigações assumidas pelo advogado perante os seus clientes. Assim, quanto mais forem os clientes e as obrigações assumidas, maior será o risco de o advogado incorrer numa situação de responsabilidade civil profissional. A compreensão destas obrigações e deveres será essencial para a delimitação da natureza da responsabilidade civil dos advogados e dos pressupostos de tal responsabilidade.

3.2. Obrigações específicas e deveres deontológicos dos advogados

É hoje pacífico que a violação de deveres deontológicos constitui causa de responsabilidade civil do advogado³⁸. O estabelecimento de deveres deontológicos decorre do interesse público na regulação da atividade profissional do advogado³⁹, mas é, de igual passo, uma forma de tutelar os sujeitos que estão em contacto profissional com o advogado e que, como tal, são suscetíveis de ser lesados pela sua conduta. Como tal, mesmo que os deveres deontológicos tenham fonte legal e não contratual, a sua violação é suscetível de lesar terceiros. Quando assim seja, e verificados os restantes pressupostos, o advogado incorre numa situação de responsabilidade civil⁴⁰.

Os deveres deontológicos dos advogados podem ser subdivididos em três grandes grupos: *i)* os deveres para com a Ordem dos Advogados; *ii)* os deveres para com a comunidade; e *iii)* os deveres para com o cliente. Em princípio, a responsabilidade civil decorre apenas da violação de deveres para com o cliente. No entanto, também os restantes deveres podem gerar situações de responsabilidade civil.

De entre os deveres do advogado perante o seu cliente, merecem especial destaque aqueles que resultam do contrato de mandato forense celebrado, que se distinguem dos deveres deontológicos, por terem fonte contratual e não legal. Efetivamente, além dos deveres deontológicos que advêm para os advogados do Estatuto que rege a sua profissão, os advogados encontram-se adstritos ao cumprimento das tarefas que lhe são especificamente confiadas pelos seus clientes. Referimo-nos, aqui, por exemplo, à representação em juízo, à elaboração de pareceres, de contratos, condução de negociações e assim por diante.

38 Cfr. Gonçalves, 1938: 762 e Moitinho de Almeida, 1985: 8.

39 Cfr. Arnaut, 2014: 170.

40 Ainda que a conduta violadora de deveres deontológicos não lese terceiros, o advogado poderá sempre incorrer em responsabilidade disciplinar perante a Ordem dos Advogados, nos termos dos artigos 114.º e seguintes do Estatuto.

3.3. Natureza dos deveres profissionais dos advogados

A jurisprudência e a doutrina maioritárias têm considerado que os deveres dos advogados são de qualificar como obrigações de meios e não de resultado⁴¹. Trata-se de uma distinção que releva, sobretudo, no que respeita ao cumprimento das obrigações⁴².

Em nossa opinião, nem todos os deveres profissionais dos advogados consubstanciam obrigações de meios. A qualificação dos diversos deveres dos advogados carece de uma prévia distinção dos deveres profissionais: *i*) os deveres profissionais que resultam diretamente de normas deontológicas e *ii*) os deveres que resultam diretamente da relação contratual com o cliente. As normas deontológicas são normas de conduta⁴³ e, com efeito, não podemos afirmar que o seu cumprimento consiste numa obrigação de meios. O cumprimento de normas de conduta não se oferece àquela bipartição entre obrigações de meios e obrigações de resultado, uma vez que o seu cumprimento é imposto, em todo o caso, na íntegra. Já não será assim com as obrigações a que o advogado se vincule para com o seu cliente. Por exemplo, se um advogado se vincula a representar um cliente numa determinada demanda, com o objetivo de obter um benefício ou evitar um prejuízo, esta obrigação será de meios. Mas já não será assim noutras situações. A obrigação de elaborar uma peça processual, um contrato, de participar numa reunião, de emitir um parecer, configuram obrigações de resultado. Daí que não se possa afirmar que as obrigações profissionais do advogado sejam, por via de regra, de meios e não de resultado⁴⁴.

Como parâmetro de distinção entre as de obrigações de meios e as de resultados dos advogados podemos avançar o seguinte critério: as obrigações serão de meios nos casos em que o resultado não dependa exclusivamente da vontade do advogado, mas sim de terceiros, que podem ser o juiz, a parte contrária e até o próprio cliente⁴⁵. As obrigações serão de resultado nos restantes casos.

41 Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 15 de maio de 2008 (processo n.º 3578/2008-6).

42 Foi Demogue, 1925: 113 e ss. que, em primeiro lugar, estabeleceu uma distinção entre obrigações de meios e obrigações de resultado, distinção que releva sobretudo no tema relativo ao cumprimento das obrigações.

43 As normas deontológicas, enquanto normas jurídicas que são, constituem normas de conduta.

44 Entre outros, o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 9 de dezembro de 2014 (processo n.º 1378/11.6TVLSB.L1.S1).

45 Por exemplo, obter ganho de causa num litígio em Tribunal, fechar com proveito uma determinada negociação ou chegar a um acordo judicial ou extrajudicial (transação).

Assim, nos casos em que a pretensão final do titular do interesse não pode ser alcançada somente com o trabalho do advogado – a despeito do seu profissionalismo, empenho e competência – a obrigação será de meios, já que não depende somente do profissional. Mas já será de resultado a obrigação de redigir um contrato, sendo de meios a obrigação de o celebrar com terceiro salvo se o contrato – a que o terceiro tinha dado o seu assentimento e a sua disponibilidade – apenas não chegou a ser celebrado por incúria ou negligência do advogado. No primeiro caso, está ao alcance do advogado atingir em pleno o objetivo estipulado pelo seu cliente. No segundo caso, ainda que o advogado tenha muitos conhecimentos e reconhecida capacidade, a possibilidade de fracassar não pode ser completamente desconsiderada, já que o resultado depende de um entendimento com outra pessoa ou de um evento externo (*v.g.* circunstâncias de que as partes fizeram depender a vontade de celebrar ou não celebrar determinado contrato).

Todavia, a distinção entre obrigações de meios e de resultado acaba por se relativizar, já que, mesmo nas obrigações de meios, o advogado terá que cumprir certos deveres que se podem qualificar como de resultado. Por exemplo, numa ação judicial em que o advogado tem uma obrigação de meios de representar o seu cliente, sem qualquer meta necessária para o cumprimento da obrigação, há deveres de resultado como é o caso da apresentação, em tempo, das devidas peças processuais pertinentes, a comparência às audiências preliminares e às sessões de julgamento, entre outras, cumprindo em cada caso todos os deveres legais e contratuais estipulados.

Quando a obrigação seja de meios, o advogado está vinculado ao dever de executar uma determinada atividade de forma competente e diligente e a obrigação considerar-se-á esgotada, ainda que nenhum resultado proveitoso advenha para o cliente ou mesmo que seja alcançado um resultado distinto do inicialmente pretendido. Já na obrigação de resultado, o advogado só cumprirá a prestação se alcançar o objetivo acordado. Assim, as obrigações de meios implicam a própria atividade desempenhada pelo advogado, ao passo que nas obrigações de resultado a atividade é apenas um elemento para chegar a um objetivo final, que é o êxito previsto e exigido pelo cliente. Um eventual fracasso na demanda não pode gerar contra o advogado qualquer tipo de presunção de culpa derivada da sua atuação, pois é o incumprimento dos deveres relativos à obrigação de meios concretamente assumida – e não o resultado final da demanda – que caracteriza o erro da atuação e possibilita a existência de responsabilidade civil profissional.

Aqui chegados, coloca-se a seguinte questão: nas obrigações de meios do advogado, qual o critério de que depende o seu cumprimento? A nosso ver, nas obrigações de meios, o advogado assume o dever jurídico de lançar mão de todo o esforço possível e de toda a técnica recomendada para o êxito da sua tarefa, com base nas suas *leges artis*. Estas normas constituem uma bússola para a atuação do advogado, já que estabelecem balizas ou regras ao contrato celebrado com o cliente e afirmam o dever do profissional cumprir o contrato com o máximo zelo e diligência⁴⁶. Por este motivo, deverá o advogado observar as exigências técnicas, éticas e deontológicas aplicáveis a cada caso e realizar de forma diligente as atividades que lhe são impostas pela natureza do assunto ou tarefa submetido à sua apreciação. Sabendo-se, todavia, que, no cumprimento de quaisquer obrigações, o advogado dispõe de uma significativa margem de liberdade técnica, que tem de ser respeitada. Essa liberdade, contudo, tem âmbitos diferenciados, consoante as situações, e deve ser exercida de acordo com o fim do contrato⁴⁷.

Como em qualquer outra profissão, também na advocacia existem melhores e piores profissionais. Pelo que será questionável se o maior ou menor conhecimento do advogado deve servir para aferir do grau de diligência exigido para o cumprimento das obrigações de meios. A nosso ver a resposta deve ser positiva e perspetivada nos seguintes termos: se o advogado simplesmente não tem os conhecimentos necessários para representar um cliente em determinada demanda, o incumprimento da obrigação será evidente. Aliás, o advogado não deveria sequer ter aceite representar o cliente⁴⁸, pelo que este poderá até invocar um erro-vício sobre a pessoa (*error in persona*)⁴⁹ como causa de anulação do contrato⁵⁰ e intentar uma ação de responsabilidade civil pré-contratual ou contratual, consoante os casos, se verificados os respetivos pressupostos.

46 Assume especial relevância para a determinação do grau de diligência exigido ao advogado, o disposto no artigo 100.º, n.º 1, alínea b), do Estatuto, segundo o qual constitui dever do advogado “[e]studar com cuidado e tratar com zelo a questão de que seja incumbido, utilizando para o efeito todos os recursos da sua experiência, saber e atividade”.

47 Neste sentido, cfr. acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 30 de abril de 2015 (processo n.º 338/11.1TBCVL.C1.S1), acessível através de www.dgsi.pt.

48 Nos termos do artigo 97.º, n.º 2, do Estatuto, “[o] advogado não deve aceitar o patrocínio de uma questão se souber, ou dever saber, que não tem competência ou disponibilidade para dela se ocupar prontamente, a menos que atue conjuntamente com outro advogado com competência e disponibilidade para o efeito”.

49 Sobre o problema do erro na pessoa, como vício de uma declaração negocial, vide Galvão Telles, 2002: 91.

50 Cfr. artigo 251.º do Código Civil.

A questão será mais complexa quando o advogado tenha os referidos conhecimentos, mas não os utilize de forma diligente. Nessas hipóteses, o critério do cumprimento deverá aí ser o da diligência do advogado médio, conhecedor da matéria em causa, colocado naquela situação concreta⁵¹.

4. A RESPONSABILIDADE CIVIL PROFISSIONAL DOS ADVOGADOS

4.1. Natureza contratual ou extracontratual da responsabilidade civil profissional dos advogados

Uma das questões que assume maior relevância no âmbito do presente estudo é a da natureza da responsabilidade civil do advogado, em especial na relação advogado-cliente. Está em causa saber se a responsabilidade civil do advogado tem natureza contratual, extracontratual ou mista. A resposta a esta questão não se afigura despicienda, pese embora a atual tendência para a uniformização de ambas as formas de responsabilidade, pelo menos quanto a alguns aspetos dos seus regimes jurídicos, desde a obrigação de indemnizar, hoje com um regime comum, passando pelos pressupostos da responsabilidade, que são comuns a ambas⁵². Mas são muitas as diferenças entre as duas espécies de responsabilidade. Por exemplo, quanto ao ónus da prova da culpa, que, na responsabilidade extracontratual, incumbe ao lesado e, na contratual, ao devedor, ainda que nem sempre exista tal diferença; quanto à solidariedade, que é regra na responsabilidade extracontratual e exceção na contratual; quanto à responsabilidade por facto de outrem, que, na contratual, pode ser convencionalmente excluída ou limitada, mediante acordo prévio dos interessados, desde que a exclusão ou limitação não compreenda atos que representem a violação de deveres impostos por normas de ordem pública; quanto à extensão do dano a indemnizar, que, na extracontratual, pode ser inferior ao dano causado; quanto à prescrição, cujo

51 Perfila-se, assim, a posição assumida no Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 22 de maio de 2012, relatado por Luís Lameiras, no qual se refere que “ao advogado vincula o cumprimento pontual e escrupuloso dos deveres consignados no respetivo estatuto, bem como todos aqueles que a lei, usos, costumes e tradições lhe imponham, designadamente, para com os clientes [artigo 76.º, n.º 3, do EOA]. Em particular, na relação com o seu cliente, onera-o o vínculo do estudo cuidado e do tratamento com zelo da questão de que seja incumbido, utilizando para o efeito todos os recursos da sua experiência, saber e atividade (artigo 83.º, n.º 1, alínea d), do EOA). Impõe-se-lhe assim que exerça o mandato com a diligência de um bom pai de família, na consideração da diligência do homem médio, mas também do tipo de mandato e das circunstâncias em que é executado”.

52 Cfr. Costa, 2003: 399 e ss.

prazo ordinário, na contratual, é de vinte anos, e, na extracontratual, é de três; quanto à competência do tribunal, que, na contratual, é o lugar onde por lei ou convenção escrita, a obrigação devia ser cumprida e, na extracontratual, é o lugar onde o facto ocorreu, o que se aplica também em direito internacional privado⁵³.

Contudo, a resposta à questão da natureza jurídica da responsabilidade civil profissional do advogado não é pacífica⁵⁴. A jurisprudência tem entendido maioritariamente que a responsabilidade civil do advogado será contratual quando esteja em causa a relação advogado-cliente, e extracontratual quando a conduta do advogado provoque danos a terceiros⁵⁵. A doutrina, por sua vez, é unânime em considerar que a responsabilidade decorrente de danos provocados a terceiros assume natureza extracontratual, mas divide-se quando a responsabilidade resulta de danos causados no âmbito da relação advogado-cliente, existindo quem defenda que a mesma é contratual⁵⁶, extracontratual⁵⁷ e mista⁵⁸.

Os autores que entendem que a responsabilidade civil do advogado assume natureza contratual fundamentam tal opção em função da base contratual em que assenta a prestação da atividade profissional do advogado, sem distinguir se estamos perante a violação de normas deontológicas ou obrigações decorrentes do contrato. Esta posição ancora-se na ideia de que os deveres deontológicos, pela sua natureza, se integram no contrato de mandato forense⁵⁹. Da nossa

53 Cfr. O Costa, 2003: 336.

54 Cfr. Arnaut, 2014: 169.

55 Cfr. entre outras decisões, a do Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 15 de maio de 2008 (processo n.º 3578/2008-6): “[...] *inexiste relação negocial entre o juiz e o causídico ou entre este e qualquer outro sujeito processual que não seja o seu cliente. Assim, são aplicáveis a tais hipóteses as regras pertinentes à responsabilidade extra – contratual, que decorre da violação de dever jurídico previsto em lei. No que se refere aos danos causados ao cliente, a responsabilidade do advogado é contratual, na medida em que decorre de violação de dever jurídico referente ao contrato de mandato celebrado entre as partes*”.

56 Cfr. Guedes de Carvalho, 2013: 336.

57 Sustenta esta posição, Arnaut, 2014: 169 e ss.

58 Neste sentido, Moitinho de Almeida, 1985: 8 e ss.

59 Indo mais longe na defesa desta posição, pode ver-se Sousa, 2015: 44. Este autor procura fundamentar a natureza obrigacional da responsabilidade civil obrigacional, mesmo quando ela decorra da violação de deveres deontológicos, com base na ideia de que os deveres deontológicos integram o contrato como uma espécie de deveres acessórios. Todavia, o autor não invoca a razão pela qual os deveres deontológicos devem considerar-se deveres acessórios do contrato de mandato forense. Em nossa opinião, esta posição encontra um forte obstáculo, uma vez que dificilmente são descortináveis deveres deontológicos que se possam considerar “acessórios”, pois estes deveres consistem, em regra, num mero meio de cumprimento

parte, entendemos que esta tese procura forçar a aplicação do regime da responsabilidade civil contratual, mesmo nos casos em que se verificou uma mera violação de deveres deontológicos dos advogados, sem atender à natureza destes deveres, que constituem, em regra, expressão do interesse público da advocacia, enquanto elemento essencial para a prossecução da justiça⁶⁰. Ademais, esta tese deixa por explicar qual a razão para que as normas deontológicas integrem o contrato, como uma subespécie de obrigações contratuais. Em nossa opinião, as normas deontológicas impõem-se *ex lege*, independentemente da existência de qualquer contrato. Aliás, por isso mesmo é que as partes nem sequer podem afastar aquelas normas, uma vez que as mesmas têm natureza imperativa. Rejeita-se, assim, em absoluto, uma posição que procura, em qualquer caso, enquadrar a responsabilidade civil do advogado por violação de normas deontológicas no regime da responsabilidade contratual.

Entre nós, apenas António Arnaut defende a natureza extracontratual da responsabilidade civil dos advogados quando resultante da relação advogado-cliente. O autor baseia-se em três ordens de razões: a *primeira*, a de o artigo 1161.º do Código Civil, que estabelece as obrigações do mandatário, não se aplicar, manifestamente, ao mandatário forense; a *segunda*, a de a fonte das obrigações contraídas pelo advogado perante o cliente não ser o instrumento de representação, mas a violação dos deveres deontológicos previstos no Estatuto; e a *terceira*, a de ser a advocacia uma atividade de eminente interesse público, pelo que a responsabilidade civil decorrente do seu exercício só pode resultar da infração de deveres deontológicos estabelecidos em nome de tal interesse⁶¹.

Efetivamente, a inaplicabilidade do artigo 1161.º do Código Civil ao mandatário forense resulta da regra de que não pode ser imposto ao advogado a prática de atos que, em sua consciência, entenda dever recusar. Esta posição é corroborada pelo Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 2 de novembro de 1992. A nosso ver, a inaplicabilidade do artigo 1161.º do Código Civil ao advogado parece impor-se, legalmente, em virtude do reconhecimento da

ou complemento das obrigações principais. É precisamente por essa razão que a violação de um dever acessório implica sempre a violação das obrigações contratuais. Assim, quando o Estatuto da Ordem dos Advogados impõe ao advogado, por exemplo, um dever de zelo e diligência ou de guardar segredo perante os assuntos do cliente (respetivamente, artigos 100.º e 92.º do Estatuto), não está a impor ao advogado um dever acessório, mas sim um verdadeiro dever legal, autónomo e principal.

60 Cfr. Arnaut, 2014: 169.

61 Cfr. Arnaut, 2014: 170.

independência do advogado⁶². Contudo, essa inaplicabilidade não significa, *de per se*, que a responsabilidade civil do advogado não possa revestir natureza contratual. É preciso não esquecer que a relação advogado-cliente se constitui mediante contrato e que as obrigações assumidas pelo advogado dependem desse contrato e não da imposição de normas deontológicas.

Outros autores propendem para a teoria da concorrência de responsabilidades⁶³. Argumentam estes autores que o mesmo ato ou omissão do advogado pode ser causa de responsabilidade contratual ou extracontratual, havendo que fixar, casuisticamente, qual o regime jurídico a adotar⁶⁴. Defende Moitinho De Almeida que a responsabilidade mista, decorrente da violação de normas deontológicas por parte do advogado, tem como consequência que o lesado (o cliente) possa optar pelo regime de responsabilidade que mais lhe convém⁶⁵. Sustenta o referido autor que a responsabilidade civil do advogado nunca será contratual ou extracontratual, uma vez que tem elementos de ambas (da contratual; dada a existência de uma relação contratual, e da extracontratual, em virtude de a violação do contrato implicar, em princípio, a violação de normas deontológicas) e, assim sendo, por uma questão de segurança jurídica, não pode ser imposto ao lesado um dever de destrição entre ambas.

Em nossa opinião, é necessário realizar algumas distinções:

- i) Quando a responsabilidade civil do advogado provém de danos causados a terceiros, concorda-se com a doutrina e jurisprudência referidas; a responsabilidade civil terá natureza extracontratual, uma vez que não se verificam obrigações resultantes de uma qualquer relação jurídica;
- ii) Quando esteja em causa a relação advogado-cliente, a natureza da responsabilidade varia consoante a norma ou obrigação violadas. A responsabilidade decorrente da violação de normas deontológicas que fixam parâmetros de cumprimento de obrigações, como é o caso do dever de agir com zelo e diligência, sendo um mero parâmetro

62 Nos termos do artigo 84.º do Estatuto da Ordem dos Advogados, o advogado não está vinculado às orientações do seu cliente, podendo optar pelo meio mais adequado, segundo o seu juízo técnico, para a realização da prestação.

63 Cfr. Moitinho de Almeida, 1937: 762.

64 Neste sentido, Moitinho De Almeida, 1985: 13.

65 Cfr. Moitinho de Almeida, 1985: 18.

de conduta do advogado perante o cliente, terá natureza contratual. A violação de normas deontológicas que imponham deveres autônomos da obrigação contratualmente assumida⁶⁶, uma vez que nada têm que ver com o programa contratual acordado, conduzirá a uma situação de responsabilidade civil extracontratual, salvo quando essa violação implicar de igual modo o incumprimento de obrigações contratuais;

iii) Finalmente, a violação de obrigações assumidas no contrato, quer implique ou não a violação de normas deontológicas, implica uma situação de responsabilidade civil contratual, uma vez que o cumprimento das obrigações em causa era imposto pela relação obrigacional havida entre advogado e cliente⁶⁷.

4.2. O acionamento da responsabilidade civil

O seguro obrigatório de responsabilidade civil profissional do advogado, como seguro de responsabilidade que é, cobre uma obrigação de indemnizar que se constitui na esfera patrimonial do advogado segurado em consequência do sinistro. A medida dessa obrigação indemnizatória corresponde ao montante dos danos causados pelo advogado ao lesado, que se encontrem cobertos pelo seguro, desde que não extravasem do montante do capital de seguro⁶⁸. A essa obrigação de indemnizar corresponde um direito do lesado a ser indemnizado, que, por isso mesmo, o deve exercer como um verdadeiro credor.

O exercício do direito indemnizatório iniciar-se-á normalmente (mas não necessariamente) por via extrajudicial, com vista à obtenção de uma composição amigável entre as partes. Se, porém, da via extrajudicial não resultar consenso entre as partes, terá então o lesado de intentar a ação judicial adequada.

Pela via extrajudicial, esse direito pode ser exercido, demandando diretamente o segurador, isoladamente ou em conjunto com o segurado, desde que o contrato de seguro assim o preveja⁶⁹ ou quando o segurado tenha informado

66 Por exemplo, os deveres de guardar segredo profissional (artigo do 92.º Estatuto), e de não advogar contra o direito ou de não usar meios ou expedientes ilegais (artigos 90.º do Estatuto), contanto que a violação destes deveres não afete o cumprimento das obrigações contratualmente assumidas.

67 Esta posição permite, desde logo, qualificar a responsabilidade civil decorrente da violação de obrigações de meios como sendo sempre de natureza contratual.

68 Cfr. artigos 137.º e 138.º, n.º 1, do RJCS.

69 Cfr. artigo 140.º, n.º 2, do RJCS.

o lesado da existência de seguro^{70/71}. Tratando-se do acionamento do seguro de responsabilidade civil de grupo da sociedade de advogados, sendo um seguro de responsabilidade civil obrigatório, existe ação direta, a exercer nos termos do artigo 146.º do RJCS. Em qualquer dos casos, quando os danos provocados pelo advogado sejam de montante superior ao capital do seguro, deve o lesado propor a ação conjuntamente contra o advogado responsável, sob pena de o montante indemnizatório nunca poder ser superior ao do referido capital de seguro.

Ainda que a ação de responsabilidade civil seja intentada pelo lesado exclusivamente contra o advogado, o segurador pode intervir no processo judicial em que se discuta a obrigação de indemnizar⁷². Uma vez que o segurador é devedor da obrigação de indemnizar, a sua intervenção será a título principal, devendo requerer, por isso, a sua intervenção espontânea ao abrigo do artigo 311.º e seguintes do Código de Processo Civil.

No âmbito da ação de responsabilidade civil do advogado, o dever de indemnizar pode advir de uma atuação dolosa ou de uma atuação negligente. Se a atuação for dolosa, o lesado poderá, ainda assim, intentar ação contra o segurador. Nessa circunstância, o segurador terá direito de regresso contra o advogado, nos termos do artigo 144.º do RJCS. A indemnização em caso de dolo não tem qualquer limitação, pelo que serão indemnizáveis todos os danos praticados pelo advogado. Claro está que o segurador apenas será responsável pelo pagamento de indemnização que não exceda o capital contratualizado.

Nos casos em que a responsabilidade se funda na mera culpa, o artigo 104.º, n.º 2, do Estatuto determina que o montante máximo a indemnizar é o do capital do seguro, que nunca pode ser inferior a 250.000,00 euros. Nestes casos, como parece razoável, a ação é intentada exclusivamente contra a seguradora. No entanto, por cautela, o lesado deve intentar a ação também contra o advogado, sob pena de ver o montante da indemnização limitado caso o Tribunal considere que a atuação do advogado não foi apenas negligente, mas sim dolosa.

4.3. Os pressupostos da responsabilidade civil do advogado

Para que haja lugar a responsabilidade civil do advogado terão que se verificar os pressupostos da responsabilidade civil: a existência de um facto, a ilicitude,

70 Cfr. artigo 140.º, n.º 3, do RJCS.

71 A informação sobre a existência do seguro pode resultar da menção “responsabilidade limitada” inscrita nos documentos do advogado, nos termos do artigo 104.º, n.º 2, do Estatuto.

72 Cfr. artigo 140.º, n.º 1, do RJCS.

a culpa do agente, o dano e o nexo de causalidade entre o facto e o dano, tal como resulta dos artigos 483.º e seguintes do Código Civil⁷³.

O facto pode ser positivo ou negativo, isto é, pode traduzir-se numa ação ou omissão. Assim, a responsabilidade do advogado tanto pode resultar de uma ação, como a interposição de uma ação em Tribunal absolutamente incompetente, ou de uma omissão, como a não interposição da ação em tempo. Por outro lado, o facto tem que ser voluntário. Não serão voluntários os atos que estão fora do controlo da vontade do advogado⁷⁴.

O facto gerador da responsabilidade tem que resultar de uma conduta ilícita do advogado. Como se aludiu no ponto relativo aos deveres e obrigações dos advogados, a ilicitude da conduta do advogado tanto pode resultar da violação de normas deontológicas como de obrigações concretamente assumidas perante o seu cliente através do contrato de mandato forense. Não serão ilícitas condutas em que se verifique alguma causa de exclusão da ilicitude como o exercício de um direito, o cumprimento de um dever, a legítima defesa, a ação direta, o estado de necessidade ou o consentimento do lesado⁷⁵.

O facto tem de ser culposo, isto é, praticado com dolo ou negligência. O advogado age dolosamente quando pratica o facto ilícito com intenção de o praticar e age negligentemente quando omite a diligência a que estava legalmente obrigado⁷⁶.

No caso da responsabilidade civil do advogado, não é despicienda a questão da distinção entre dolo e negligência já que as situações de negligência poderão implicar a limitação da responsabilidade, nos termos do artigo 104.º, n.º 2 do Estatuto. Para o estabelecimento de uma fronteira entre o dolo e a negligência é usual utilizar diferentes qualificações de dolo e negligência. Temos assim, que a negligência pode ser consciente e inconsciente e o dolo pode ser direto, necessário e eventual⁷⁷.

73 Ainda que se entenda que a responsabilidade civil do advogado é sempre de natureza contratual, os pressupostos da responsabilidade civil são os que resultam dos artigos 483.º e seguintes do Código Civil, à exceção dos aspetos presentes nos artigos 798.º e seguintes do Código Civil. Neste sentido, cfr. Menezes Leitão, 2010: 255 e ss.

74 Cfr. Menezes Leitão, 2010: 257.

75 Cfr. Menezes Leitão, 2010 : 273.

76 Cfr. Menezes Leitão, 2010: 280.

77 Sobre estas classificações, Menezes Leitão, 2010: 282.

Tratando-se de responsabilidade extracontratual, é ao lesado que incumbe provar a culpa do advogado, conforme o disposto no artigo 487.º, n.º 1, do Código Civil, uma vez que não existe qualquer presunção legal de culpa. No caso da responsabilidade contratual, verificando-se uma situação de incumprimento e sendo o advogado demandado pelo mandante com vista ao ressarcimento dos danos causados, sobre o advogado recai o ónus de demonstrar que agiu com a perícia e diligência que lhe eram exigíveis para obter o resultado esperado pelo cliente, como condição para se eximir à responsabilidade pela reparação do dano causado.

Independente da modalidade de responsabilidade em causa, o critério da determinação da culpa é aquele a que alude o artigo 487.º, n.º 2, do Código Civil: “[a] culpa é apreciada, na falta de outro critério legal, pela diligência de um bom pai de família, em face das circunstâncias de cada caso”. Como facilmente se percebe, este critério do “*bonus pater familiae*” ou, se se quiser, o “*do homem médio*”⁷⁸, tem que ser analisado em face das circunstâncias do caso, ou seja, do condicionalismo da situação e do tipo de atividade em causa⁷⁹. Por isso, o grau de diligência exigido ao advogado é o do advogado médio, colocado nas concretas circunstâncias em que o advogado foi chamado a intervir, atendendo aos conhecimentos de que dispõe para a matéria em causa⁸⁰.

Porém, não basta o mero facto da não realização da prestação para que o devedor se torne responsável. É também necessário estabelecer a relação de causalidade (adequada) entre a conduta omissiva do advogado e os danos relevantes alegadamente sofridos pelo cliente, ou seja, os que se encontram numa relação de causalidade adequada com o evento.

Finalmente, a conduta ilícito-culposa do advogado tem que provocar danos. Não existindo dano não há fundamento para a obrigação de indemnizar e, consequentemente, não tem cabimento falar-se de responsabilidade civil, quaisquer que tenham sido a natureza e os efeitos da conduta do agente. Verificados os pressupostos referidos, é necessária a determinação do valor dos danos para

78 Cfr. Prata, 2008: 215.

79 Cfr. Menezes Leitão, 2010: 286.

80 A eventual falta de conhecimentos, porém, não desresponsabiliza o advogado. Se o advogado se obrigou a representar certo cliente numa matéria sobre a qual não tinha conhecimentos, o incumprimento da obrigação assumida será inevitável. Com efeito, verificar-se-á, em todo o caso, uma situação de responsabilidade civil no caso de um advogado que, por falta de conhecimentos, incumpriu determinados deveres.

a fixação do valor da indemnização a conceder ao lesado⁸¹. A indemnização a conceder ao lesado corresponderá a um montante pecuniário, tendo em consideração o disposto no artigo 566.º, n.º 1, do Código Civil. A dificuldade de fixar o valor da indemnização não é específica deste seguro. Em todo o caso, parece-nos que serão indemnizáveis todos os tipos de danos causados pela conduta ilícito-culposa do advogado, designadamente, danos emergentes, lucros cessantes, danos presentes e futuros e danos patrimoniais e não patrimoniais. Mais discutível é a questão de saber se existe um dano a indemnizar quando existe uma perda de oportunidade. Por exemplo, o advogado não intenta a ação em tempo, perdendo-se assim a oportunidade de obter um valor em juízo. Pelas especificidades que este tema apresenta, a “*perda de chance*” será tratada autonomamente no ponto seguinte.

Uma dúvida que se coloca é a de saber se, perante a limitação do valor da indemnização do artigo 104.º, n.º 2, do Estatuto, ainda será aplicável a limitação prevista no artigo 494.º do Código Civil, que prevê que, “[*q*]uando a responsabilidade se fundar na mera culpa, poderá a indemnização ser fixada, equitativamente, em montante inferior ao que corresponderia aos danos causados, desde que o grau de culpabilidade do agente, a situação económica deste e do lesado e as demais circunstâncias do caso o justifiquem”. Em nosso entender, a resposta afigura-se positiva. Desde logo porque a norma do artigo 494.º do Código Civil não faz qualquer limitação à sua aplicabilidade em casos em que a responsabilidade é previamente limitada. Por outro lado, são distintas as razões em que se funda a limitação da responsabilidade. A limitação do artigo 104.º, n.º 2, do Estatuto baseia-se na circunstância de existir um seguro de responsabilidade civil, que, já por si, salvaguardará, em princípio⁸², o pagamento aos lesados de quaisquer danos provocados pelos advogados. Já a limitação de responsabilidade (ou do valor da indemnização) prevista no artigo 494.º do Código Civil tem por fundamento razões de equidade, que devem ter lugar em qualquer caso, sempre que se verifiquem os pressupostos daquela norma. Esta posição parece ser a que mais se adequa aos interesses em presença, uma vez que a tese contrária – que não admitisse a aplicação do artigo 494.º do Código Civil quando existisse norma especial de limitação de responsabilidade – teria por efeito premiar o advogado que não celebrasse contrato de seguro, pois, nestes

81 Nos termos do artigo 562.º do Código Civil, a reparação dos danos deverá reconstituir a situação que existiria, se não se tivesse verificado o evento que obriga à reparação.

82 Essa salvaguarda será a correspondente ao capital de seguro.

casos, não funcionaria a limitação do artigo 104, n.º 2, do Estatuto, sendo, ao que nos parece, insustentável defender a inaplicabilidade da limitação do artigo 494.º do Código Civil.

4.4. O problema da indemnização pela “*perda de chance*”

a) *Enquadramento jurídico da “perda de chance”*

Os problemas decorrentes da indemnizabilidade da denominada “*perda de chance*”, que nos propomos agora analisar, mereceu já um alargado tratamento por parte da doutrina e da jurisprudência. Aqui e agora, pretendemos apenas, de forma breve, realçar a sua pertinência no âmbito da responsabilidade civil profissional do advogado.

No âmbito da responsabilidade civil dos advogados, surgem frequentemente situações que se prendem com a ressarcibilidade da chamada “*perda de chance*”. Como já se referiu anteriormente, atendemos aqui aos casos em que, em função da conduta do advogado, a possibilidade de sucesso numa dada causa ficou irremediavelmente perdida. Por exemplo, as hipóteses em que o advogado não propõe uma ação dentro do prazo de prescrição ou de caducidade, em que não apresenta contestação ou, sempre a título exemplificativo, não apresenta requerimento e alegações de recurso. Em princípio, nestes casos, ainda que não tivesse ocorrido qualquer omissão por parte do advogado, não é certo que a pretensão do cliente fosse julgada procedente, pois a decisão final decorreria sempre de um juízo do Tribunal que dependeria, designadamente, da prova produzida, das orientações doutrinárias e jurisprudenciais vigentes no momento da decisão ou do particularíssimo entendimento do juiz. No entanto, não parece que as pessoas que – em virtude da conduta negligente do advogado –, perderam a hipótese de fazer valer em juízo certa pretensão, fiquem privadas de qualquer tutela jurídica. É com este fundamento que se vem admitindo hoje a indemnização pela “*perda de chance*”.

A chamada “*perda de chance*” surgiu em França, por força do acórdão da *Cour de Cassation* de 17 de julho de 1889, no qual foi concedido provimento a um pedido de indemnização pela perda da possibilidade de prossecução de um processo judicial e, por conseguinte, de obtenção de ganho de causa⁸³. Trata-se, fundamentalmente, da ideia segundo a qual a falta cometida pelo

83 Cf. Viney & Jourdain, 1983: 33.

advogado, que resulte na perda da hipótese ou possibilidade de conservação ou satisfação dos direitos do respetivo cliente, constitui um dano indemnizável. O reconhecimento da figura no direito francês conduziu à consagração expressa da “*perda de chance*” como um dano indemnizável, no artigo 1383.º do Código Civil francês.

Contudo, até mesmo em França, a indemnização pela “*perda de chance*” constitui motivo de controvérsia. A jurisprudência dominante exige a demonstração de uma probabilidade de sucesso razoável na ação perdida ou não proposta, o que pressupõe uma profunda indagação quanto ao fundo da causa *sub judice*, sob pena de não se considerar verificada a certeza do dano⁸⁴. Todavia, uma parte da jurisprudência tem concedido a indemnização ao lesado independentemente desse circunstancialismo. Para o efeito, invoca-se que nenhuma ação judicial se encontra perdida de antemão e que a mera pendência processual constitui um fator de pressão sobre a contraparte.

Também em Itália, onde foi recebida por via jurisprudencial através de dois arestos da secção laboral da *Corte di Cassazione*, a teoria da “*perda de chance*” alargou, entretanto, a sua aplicação ao domínio da responsabilidade civil profissional dos advogados⁸⁵. No entanto, são objeto de larga controvérsia os moldes em que a “*perda de chance*” pode constituir fundamento de indemnização⁸⁶.

As experiências francesa e italiana influenciaram países da América do Sul, designadamente o Brasil e a Argentina, verificando-se já diversas decisões que admitiram a indemnização pela “*perda de chance*”. Esta influência verifica-se também pelo acréscimo de produção doutrinária sobre a teoria da “*perda de chance*”⁸⁷.

Em Portugal, a teoria da “*perda de chance*” andou afastada da prática dos tribunais até 2006, verificando-se, até essa data, apenas algumas decisões esporádicas sobre o tema. A falta de discussão e de reconhecimento da “*perda de chance*” era, no entanto, incompreensível, uma vez que no direito comparado se vinha há muito reconhecendo o ressarcimento da “*perda de chance*”^{88/89}.

84 Cf. Viney & Jourdain, 1983: 99 e 100.

85 Cf. Acórdãos de 19 de novembro de 1983, n.º 6906, e de 19 de dezembro de 1985, n.º 6506.

86 Cfr. Ferreira, 2013: 1305.

87 Cfr. Medina Alcoz, 2009: 39 e 40.

88 Cfr. Rocha, 2014: 27 e 96.

89 Cfr. artigo 7*4*3 dos Princípios sobre os Contratos Comerciais internacionais em 1994 pela UNIDROIT. Por outro lado, existem instrumentos desenvolvidos de forma menos oficial e institucional que também,

No direito português, os critérios apresentados pela doutrina e pela jurisprudência para determinar em que condições deve o dano da “*perda de chance*” ser ressarcível relacionam-se sempre com uma de duas coisas: *i)* com o grau de certeza ou de incerteza (com o grau de probabilidade) de que uma ação ou uma omissão ilícita causasse o dano e *ii)* com o fim de proteção do dever jurídico infringido ou violado⁹⁰. O primeiro critério (do grau de probabilidade) tende a concretizar-se através de um conceito mais exigente – uma probabilidade preponderante, ou seja, uma probabilidade que ultrapasse 50% – ou através do conceito menos exigente – uma probabilidade real e séria⁹¹.

O segundo critério (do fim da proteção) indica-nos que o dano da perda de uma *chance* ou de uma oportunidade é um dano indemnizável desde que a chance ou oportunidade seja o bem jurídico protegido pelo dever infringido.

Classicamente, os autores consideravam indemnizável a “*perda de chance*” naqueles casos em que não se consegue demonstrar, com segurança, que a perda de uma determinada vantagem é consequência do facto praticado, mas em que, de qualquer modo, se verificam probabilidades sérias e reais de o lesado poder alcançar tal vantagem. Por conseguinte, ficam de fora do campo de aplicação da “*perda de chance*” as situações em que se formou uma mera convicção razoável de que o lesante provocou o dano bem como, por maioria de razão, os casos em que se formou a convicção oposta.

Assim, o campo de aplicação da “*perda de chance*” situar-se-ia entre dois limites: *i)* a probabilidade nula ou desprezível em como o facto causou o dano (onde não há lugar a qualquer indemnização) e *ii)* a alta probabilidade que se converte em razoável certeza (dando lugar à reparação integral do dano final, se ficar provado onexo causal entre o facto e o dano)⁹².

Por outro lado, ficariam também de fora da noção de “*perda de chance*” as situações em que nem se verifica uma chance, isto é, em que a utilidade é meramente potencial – expectativas gerais não tuteladas; só se enquadram na

direta ou indiretamente, acabam por consagrar a figura, como é o caso do artigo 163.º da parte geral do projeto preliminar do Código Europeu dos Contratos e do artigo 3:106 dos Princípios de Direito Europeu da Responsabilidade Civil elaborados pelo *European Group on TortLaw*. A nível europeu, veja-se a diretiva 92/13/CEE do Conselho, de 25 de fevereiro de 1992.

90 Cfr. Rocha, 2014: 63 a 65.

91 Cfr. Rocha, 2014: 58 a 63.

92 Raposo, 2014: 27 a 29.

noção de *chance* as possibilidades relevantes para obter um resultado útil, e de que gozava concretamente o lesado.

Tanto na jurisprudência como na doutrina, as questões debatidas sobre o tema da “*perda de chance*” são, essencialmente, duas: a questão da sua admissibilidade enquanto fonte de responsabilidade civil e a sua qualificação enquanto forma de dano ou critério de causalidade. Nos pontos seguintes procuramos, estribados na jurisprudência e na doutrina nacionais, dar resposta e expressar a nossa posição sobre estas questões.

b) Da admissibilidade de indemnização pela “perda de chance” na jurisprudência portuguesa

Como se referiu, desde 2006 que o tema da “*perda de chance*” tem merecido um maior tratamento, sem que todavia possa poder falar-se numa convergência de entendimentos.

A favor da indemnizabilidade da “*perda de chance*” temos, por exemplo, as seguintes decisões:

- O acórdão de 28 de setembro de 2010 (proc. n.º 171/2002.S1) do Supremo Tribunal de Justiça reconheceu ao cliente lesado o direito a ser indemnizado em resultado da não apresentação tempestiva de uma contestação: Conforme se decidiu no dito acórdão, “*verificou-se que ocorreu a violação de um dever profissional exigível à 1ª R, enquanto advogada da A, que tal violação se refere a um bem juridicamente tutelado, quer pela lei processual quer pelo contrato de mandato forense. Tal violação implica a verificação de um dano autónomo, independente do resultado da acção (perda de chance ou da oportunidade de oferecer a sua defesa). Essa violação é indemnizável.*”.
- Por Acórdão de 10 de março de 2011 (proc. n.º 9195/03.0TvLSb.L1.S1), o Supremo Tribunal de Justiça concluiu que “*a chance, quando credível, é portadora de um valor de per si, sendo a respetiva perda passível de indemnização, nomeadamente quanto à frustração das expectativas que fundadamente nela se filiaram.*”.
- No Acórdão de 5 de fevereiro de 2013 (proc. n.º 488/09.4TbESP.P1.S1), o Supremo Tribunal de Justiça entendeu que “[...] *o dano que se indemniza não é o dano final, mas o dano «avançado», constituído pela perda de chance, que é, ainda, um dano certo, embora distinto daquele, pois que a chance foi, irremediavelmente, afastada por causa do ato do lesante [...]*”.

- O Acórdão de 14 de março de 2013 (proc. n.º 78/09.1TvLSb.L1.S1) do Supremo Tribunal de Justiça, embora não se comprometendo decisivamente quanto ao respetivo enquadramento dogmático, erigiu a *perda de chance* num dano patrimonial autonomamente indemnizável, afirmando que “[...] é difícil sustentar a existência do nexo de causalidade adequada entre a omissão de apresentar prova e o dano final da perda da ação e da reconvenção; mas parece possível encontrar esse nexo quanto ao dano da perda de oportunidade de vencer, tendo em conta as regras sobre a oportunidade e a preclusão de requerer prova e sobre o ónus da prova [...]”.
- Também o Acórdão de 5 de maio de 2015 (proc. n.º 614/06.5TVLSB.L1.S1) do Supremo Tribunal de Justiça, na mesma linha, defendeu que “a perda de chance deve ser considerada como um dano atual, autónomo, consubstanciado numa frustração irremediável [dano], por ato ou omissão de terceiro, de verificação de obtenção de uma vantagem que probabilisticamente era altamente razoável supor que fosse atingida, ou na verificação de uma desvantagem que razoavelmente seria de supor não ocorrer, não fosse essa omissão (nexo causal). Para haver indemnização, o dano da perda de oportunidade de ganhar uma ação não pode ser desligado de uma consistente e séria probabilidade de a vencer: não basta invocar a omissão da obrigação de instaurar ação de despejo, com base em fundamento conhecido há mais de um ano, que teve como consequência impedir a sua procedência, por caducidade; impõe-se, ainda, alegar e provar que, sem essa omissão, os factos fundamento resultariam provados, tendo ser muito elevada a probabilidade de vencer a ação omitida.”

Porém, tal orientação está longe de se encontrar absolutamente sedimentada, sendo muitas as decisões que se pronunciaram contra o reconhecimento da “*perda de chance*” como um dano indemnizável ou como uma forma de estabelecimento de um nexo de causalidade entre o facto e o dano. Assim, por exemplo:

- O acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 29 de abril de 2010 (processo n.º 2622/07.0TbPNF.P1.S1) rejeitou a ocorrência do denominado dano de “*perda de chance*” ou de oportunidade afirmando que “se um recurso não foi alegado, e em consequência ficou deserto, não pode afirmar-se ter havido dano de “*perda de oportunidade*, pois não é demonstrada a causalidade já que o resultado do recurso é sempre aleatório por depender das opções jurídicas, doutrinárias e jurisprudenciais dos julgadores chamados a reapreciar a causa. [...] a mera perda de chance irreleva para efeitos indemnizatórios por, só por

si, não se enquadrar no princípio da causalidade adequada, e a indemnização não ter, como regra, função punitiva". No caso foi recusada a responsabilidade de um advogado que, sem informar o seu cliente, interpôs um recurso sem alegações – recurso que foi considerado deserto – impedindo o representado de vir a recorrer de uma decisão que o fez perder o sinal num contrato-promessa, decisão transitada em julgado em consequência da deserção do recurso;

- No Acórdão de 26 de outubro de 2010 (proc. n.º 1410/04), o Supremo veio reafirmar, em conformidade com a doutrina dominante e a jurisprudência anterior, o caráter excecional da indemnização pela *"perda de chance"* e recusou a indemnização que, com esse fundamento, era pretendida noutro caso de responsabilidade civil profissional no exercício do mandato forense;
- No acórdão de 29 de maio de 2012 (proc. n.º 8972/06.5TbbRG.G1.S1), o Supremo tomou posição no sentido de que *"a doutrina da perda de chance não tem, em geral, apoio na nossa lei civil que exige a certeza dos danos indemnizáveis e a existência de nexo de causalidade entre eles e a conduta do lesante"*, recusando a indemnização peticionada com esse fundamento.
- Por acórdão de 18 de outubro de 2012 (proc. n.º 5817/09.8TvLSb.L1.S1), o Supremo concluiu que *"a doutrina da perda de chance não tem apoio expresso na nossa lei civil, não tendo, em geral, virtualidade para fundamentar uma pretensão indemnizatória"*;
- Também por acórdão de 30 de maio de 2013 (proc. n.º 2531/05.7TbbRG.G1.S1), numa aparente inflexão, o Supremo voltou a pronunciar-se no sentido de *"[...] não relevar a teoria em apreço, a da perda de chance, por esta, desde logo, não estar, in casu, suficientemente densificada, contrariando em absoluto, a ser agora seguida, as regras da causalidade adequada atrás enunciadas e a devida certeza dos danos. Caindo-se, se acolhida fosse, nas presentes circunstâncias, no puro arbítrio do Tribunal, desconhecendo-se de todo em todo se a aparentemente censurável conduta do réu, descuidando, em abstrato os interesses do ora autor, foi condição adequada ou até bem provável do dano arrogado"*.

Em síntese, apesar de uma cada vez maior aceitação, verifica-se ainda hoje um número significativo – em rigor, maioritário – de decisões que rejeitam a ressarcibilidade da *"perda de chance"*.

c) *Da admissibilidade da indemnização pela “perda de chance” na doutrina nacional*

A doutrina adotou, tradicionalmente, uma posição de princípio desfavorável ao ressarcimento da “perda de chance”, em termos algo contrastantes com algumas das decisões do STJ acima referidas. Para se pronunciar contra a indemnizabilidade da “perda de chance”, invoca a sua natureza extremamente fluida, no que respeita à respetiva demonstração, fluidez incompatível com o carácter de certeza exigível ao dano⁹³.

Paulo Mota Pinto defendeu a inexistência de base “*jurídico-positiva para apoiar a indemnização da “perda de chances”*”, afirmando que o problema fundamental não é o enquadramento da *perda de chance* nos pressupostos da responsabilidade. No entender daquele jurista, “[...] *a decisão substancial a tomar é sobre se o âmbito de proteção garantida pela norma violada ou pelo bem afetado inclui igualmente a mera elevação do risco de lesão – que é outra forma de perguntar se inclui a diminuição de chances de evitar o prejuízo – bastando essa mera elevação do risco (no interesse negativo, de perda de oportunidades alternativas) para que se imponha ao agente o dever de indemnizar (como garante de não verificação do risco na percentagem aumentada)*”⁹⁴.

Também Júlio Gomes começou por sustentar não ser “[...] *claro se o dano de perda de chance deve ser concebido como uma modalidade de dano emergente ou de lucro cessante*”⁹⁵ e que, “[...] *mesmo para quem o considera autónomo na sua existência, o prejuízo da perda de chance não é completamente autónomo na sua avaliação*”, concluindo que “[...] *a mera perda de uma chance não terá, em geral, entre nós, virtualidades*”⁹⁶ para fundamentar uma pretensão indemnizatória⁹⁷.

Em data mais recente, Menezes Cordeiro veio sustentar que “*não é possível condenar alguém a pagar – o que tem, sempre, um sentido expropriativo ou confiscatório – se não se estabelecer um nexo de causalidade entre o facto e o dano*” e que

93 Mota Pinto, 2009: 1103 e ss.

94 Mota Pinto, 2009: 1106.

95 Cfr. Gomes, 2008: 318 a 322.

96 Cfr. Gomes, 2008: 323 – 324.

97 Posteriormente, porém, o mesmo Autor veio aceitar que “[...] *quando a chance ou oportunidade se tenha ‘densificado’ e fosse mais provável a sua realização do que a sua não verificação, se considere existir já um lucro cessante suficientemente «certo» para que a fixação do seu montante possa ser feita pelo tribunal recorrendo à equidade [...]*.” Cfr. JGomes, 2012: 17 a 29.

“[...] ao mandar indemnizar pela perda de chance, dispensando, com isso, a prova da causalidade, está-se a proceder a uma (re)distribuição do risco não prevista pela lei”⁹⁸.

De forma a superar os argumentos aduzidos pela doutrina tradicional, alguns autores, que hoje vão engrossando um caudal crescente, consideram que a *perda de chance* se traduz num dano em si mesmo⁹⁹ ou numa nova forma de causalidade¹⁰⁰. No essencial, tais autores defendem que essa indemnização será resultado da determinação das probabilidades que a oportunidade tinha de se verificar.

Álvaro Dias sustenta que “a *perda de chance* é um dano tão digno de indemnização como qualquer outro”, desde que “[...] se consiga fazer prova de todos os requisitos ou pressupostos da obrigação de indemnizar, com destaque especial para a certeza do dano que se invoca e o nexo de causalidade adequada entre o facto e o dano”¹⁰¹. Para este autor, a “*perda de chance*” corresponde a um dano certo e autónomo não confundível com o dano futuro (o resultado final), “uma vez que corresponde a uma lesão do direito à integridade ou incolumidade do património do respetivo titular”¹⁰².

Também Sínde Monteiro admite a ressarcibilidade do dano “*perda de chance*”. Segundo o autor, “entre nós nada parece opor-se à ressarcibilidade [da “*perda de chance*”], respeitadas que sejam os *garde-fous* colocados [pela] doutrina e jurisprudência”¹⁰³.

Por motivos análogos, a admissibilidade da ressarcibilidade da “*perda de chance*” tem vindo a ser admitida por outros autores, uma espécie de “*escuteiros da perda de chance*”, com destaque para o próprio Júlio Gomes¹⁰⁴, Vera Lúcia Raposo¹⁰⁵, Rute Teixeira Pedro¹⁰⁶, Rui Cardona Ferreira¹⁰⁷ e Nuno Santos

98 Cfr. Menezes Cordeiro, 2014: 288.

99 Cfr. Gouveia, 1989: 297 e ss.

100 Cfr. Gomes, 2008: 38.

101 Cfr. Dias, 2001: 252.

102 Cfr. Dias, 2004: 252 e 253.

103 Cfr. JSínde Monteiro, 1989: 297.

104 Gomes, 2008.

105 Raposo, 2014: 9 e ss.

106 Pedro, 2008.

107 Ferreira, 2013.

Rocha¹⁰⁸. Autores, por assim dizer, vanguardistas em relação a um problema já de si vetusto – Jaime de Gouveia¹⁰⁹.

d) Da qualificação da “perda de chance”

Como referimos anteriormente, a jurisprudência e a doutrina que admitem a indemnizabilidade pela “perda de chance” discutem se a mesma é um dano em si e por si mesmo considerado ou se o problema deve reconduzir-se, e aí resolvido, no âmbito donexo de causalidade. A jurisprudência é unânime em considerar que se trata de um tipo de dano autónomo. Já a doutrina está longe de ter encontrado o seu ponto de estabilidade ou equilíbrio.

Foi a jurisprudência francesa, primeiro, e a doutrina italiana, posteriormente, que consideraram que a teoria da “perda de chance” não corresponde a nenhum dano autónomo, mas sim a uma construção utilizada para superar o problema da aparente falta de nexode causalidade adequada, contribuindo para que pudesse ser indemnizado, de forma parcial, o prejuízo existente (a não ocorrência do resultado pretendido)¹¹⁰. De acordo com os defensores da “causalidade parcial”, o dano final – o valor do resultado não alcançado em virtude da conduta – só seria indemnizável quando se afirmasse um nexode causalidade que corresponderia a uma carga de certeza sobre a verificação do resultado¹¹¹. Tributários deste entendimento são Júlio Gomes¹¹² e Rui Cardona Ferreira¹¹³.

Paralelamente, desenvolveu-se em França a noção de que a “perda de chance” constitui, ou pode constituir, um dano autónomo¹¹⁴. O dano “perda de chance” seria distinto do dano final¹¹⁵, consubstanciando a frustração irremediável, por ato ou omissão de terceiro, da verificação de obtenção de uma vantagem que probabilisticamente era altamente razoável supor que fosse atingida ou na ocorrência de uma desvantagem que razoavelmente seria de supor não

108 Rocha, 2015.

109 Gouveia, 1933: 95.

110 Cfr. Boré, 1974: 2620.

111 Cfr. Raposo, 2014: 12.

112 Cfr. Gomes, 2012: 38.

113 Cfr. Ferreira, 2013: 8 e ss.

114 Cfr. Muller, 2002 :51.

115 Cfr. Sinde Monteiro, 1989: 297.

se ter verificado, não fosse essa omissão¹¹⁶. Assim, recorrer-se-ia a este dano, em rigor um novo tipo de dano, de modo a ultrapassar a impossibilidade de indemnizar o dano final pela inexistência de nexos causal entre tal dano e a conduta do agente.

e) Posição assumida

Feito o apanhado do entendimento da doutrina e da jurisprudência sobre os problemas levantados pelo instituto da “*perda de chance*”, cumpre dar conta das nossas convicções.

Em regra, a jurisprudência nacional que rejeita a indemnização pela “*perda de chance*” procura o fundamento dessa rejeição na falta de consagração legal no ordenamento jurídico português¹¹⁷, ao contrário daquilo que sucede no direito francês onde esta figura encontra consagração legal expressa¹¹⁸. Mas assumirá, relevância decisiva esta falta de consagração do instituto da “*perda de chance*” no nosso Código Civil? Julgamos que não. O Código Civil não especifica os danos indemnizáveis, uma vez que existe uma norma, a do artigo 483.º do Código Civil, que estipula que a pessoa é responsável pelos danos que cause a outrem¹¹⁹. Acresce que o artigo 496.º, n.º 1, do Código Civil estabelece, sem reservas, que são indemnizáveis os danos patrimoniais e os danos não patrimoniais que pela sua gravidade mereçam tutela do direito. Por outro lado, também não se opõe à indemnização pela “*perda de chance*” o artigo 563.º do Código Civil, que estabelece que “[a] obrigação de indemnização só existe em relação aos danos que o lesado provavelmente não teria sofrido se não fosse a lesão”. Esta norma limita-se a estabelecer um critério entre a conduta do autor e o dano, sem nos dar qualquer indicação sobre quais os danos indemnizáveis.

A nosso ver, a “*perda de chance*” é um dano tão digno de indemnização como qualquer outro, desde que, como refere ÁLVARO DIAS, seja feita “[...] *prova de todos os pressupostos da obrigação de indemnizar, com destaque especial para a certeza do dano que se invoca e o nexo de causalidade adequada entre o facto e o dano*”¹²⁰. Ou seja, o comportamento do advogado tem que ser causa adequada de perda da

116 Cfr. Gomes, 2012: 302.

117 Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 1 de julho de 2014 (processo n.º 824/06.5TVLSB.L2.S1).

118 Cfr. artigo 1383.º do Código Civil francês: (“*Chacun est responsable du dommage qu’il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence*”).

119 Rocha, 2015: 62 e 63.

120 Dias, 2004: 252.

oportunidade de obtenção de um benefício. É o exemplo clássico do advogado que, por incúria, perde um prazo judicial. Além desse nexos, deve exigir-se que as probabilidades de obtenção de uma vantagem, ou de obviar um prejuízo, sejam sérias, reais e consideráveis, pois, se assim não for, deve considerar-se não existir dano, não havendo, por conseguinte, responsabilidade civil¹²¹.

No que respeita à questão de saber se se trata de um dano autónomo ou de uma questão de nexos de causalidade, admitimos que há uma inegável relação entre a “*perda de chance*” e a maior ou menor dificuldade na aferição da causalidade. Todavia, a “*perda de chance*” deve ser qualificada como um dano autónomo, distinto do dano final, uma vez que a chance é, em si, portadora de um valor patrimonial, sendo um bem jurídico pertencente ao património do lesado, que existia antes da ocorrência do dano final. Por outras palavras, quando um facto produza uma séria e real diminuição das *chances* de obter um determinado resultado ou de evitar um prejuízo, estará a colidir (ferindo-o) com o património do lesado, havendo, por isso, direito a indemnização por essa específica lesão¹²².

Entendemos, todavia, que para que a “*perda de chance*” possa fundamentar uma pretensão indemnizatória é ainda necessária a demonstração de uma elevada probabilidade de vir a ser procedente ou bem sucedida a atuação que o advogado estava obrigado a levar a cabo (*vg.* a ação primitiva)¹²³. Tal conclusão implica, em nossa opinião, que quando a possibilidade de procedência da ação em que foi provocado o dano, exigir o recurso a inúmeros meios de prova¹²⁴ – ou existam meios de prova idóneos que sustentam a tese contrária –, não se pode afirmar que exista uma elevada probabilidade de vir a ser procedente a ação, sob pena de se estar a exigir do Tribunal (que julga a ação de responsabilidade civil) que assuma a posição do Tribunal competente para julgar a ação que ao advogado foi dado patrocinar. Aceitar-se a tese segundo a qual o Tribunal que julga a ação de responsabilidade civil tem o dever de aferir de todos os meios de prova, independentemente da idoneidade para demonstrar as altas probabilidades de procedência da ação primitiva, poderia conduzir a

121 Raposo, 2014: 24 e 25.

122 Neste sentido Dias, 2004: 254.

123 Neste sentido, cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 30 de abril de 2015 (processo n.º 338/11.ITBCVL.C1.S1).

124 Referimo-nos aqui à necessidade de inúmeros meios de prova sujeitos à livre apreciação do julgador e não àqueles casos em que a existência de inúmeros meios de prova apenas reforça a forte probabilidade de procedência da ação primitiva.

resultados descabidos. Por exemplo, o desenrolar do processo primitivo e o entendimento do juiz sobre a prova testemunhal produzida poderia apontar no sentido de que a ação primitiva não iria ser considerada procedente, mas a eventual produção deste meio de prova na ação de responsabilidade civil poderia conduzir a uma qualquer convicção que sedimentasse a probabilidade de procedência da ação para o lesado. Este entendimento baseia-se na ideia de que a ação de responsabilidade civil pelo dano “*perda de chance*” não pode servir para lograr um objetivo que não se conseguiria obter na ação primitiva, mas sim para compensar o lesado pela conduta negligente do advogado.

Deste modo, importa também referir que, para o cálculo da indemnização, terá que ser relacionada essa probabilidade com o valor do dano que não se produziria se não fosse a conduta do advogado. Esse cálculo deve ter por base, em nossa opinião, uma salutar ideia de proporcionalidade¹²⁵ e, por conseguinte, o valor da indemnização nunca poderá exceder o valor do dano final *descontado* da margem de probabilidade de não proceder a ação respetiva.

5. CONCLUSÃO

Feito um trajeto discursivo, travados os diálogos que estiveram ao nosso alcance, escolhidos os caminhos que conseguimos vislumbrar e nos pareceram mais seguros, é chegada a hora de concluir.

Sendo o exercício da chamada “advocacia” uma atividade potencialmente geradora de muitos e vultuosos danos, facilmente se configura como desejável a existência de mecanismos de subrogação ou socialização da responsabilidade dos profissionais que fazem do tal exercício uma forma, plena ou fragmentária, de vida;

Daí a necessidade, diríamos a imprescindibilidade, da celebração de contratos de seguro (sejam eles celebrados por advogados singularmente considerados, por sociedades de advogados, ou até pelo próprio organismo de representação profissional da classe) que acautelem as situações de “sinistro”, isto é os casos em que a atuação ou omissão de profissional (advogado) sejam causa ilícita e culposa de danos causados aos clientes ou a terceiros;

É essa, consabidamente, a função dos seguros de responsabilidade civil em geral e dos seguros de responsabilidade civil profissional em particular.

As especificidades, verdadeiras diferenças de regime, que ainda hoje subsistem – quanto à obrigatoriedade ou falta dela em matéria de celebração do

125 Raposo, 2014: 35 a 39.

contrato de seguro de responsabilidade civil dos advogados – são muito mais a expressão duma abordagem fragmentária, sistemicamente enviesada por parte do legislador, do que o resultado de qualquer opção razoavelmente esclarecida de um qualquer “arquiteto” do sistema;

O que é tanto mais problemático quanto é certo que tal abordagem fragmentária – cheia de “ses” e “mas” – pode ter, em casos concretos, indesejáveis e infaustos resultados quer para advogados ou sociedades de advogados (que julgavam, injustificadamente, estar suficientemente protegidos por um qualquer contrato de seguro) quer para os clientes ou mesmo para terceiros;

Para uns e outros, a ausência do seguro ou insuficiência dos montantes cobertos pelo contrato de seguro celebrado pode revelar-se profundamente nociva e até mesmo demolidora do prestígio e estabilidade profissional (por um lado) ou da preservação de situações e direitos patrimoniais (por outro);

Em matéria tão delicada, a escrupulosa observância de princípios fundamentais – em matéria dos seguros de responsabilidade civil profissional – afigura-se decisiva. Sirvam de exemplo o princípio da boa fé, o princípio do interesse e o princípio indemnizatório;

O que é verdade que no momento da celebração do contrato de seguro mas assume especial relevância por ocasião das suas múltiplas vicissitudes (v.g. alteração do risco, transmissão do seguro ou em caso de insolvência do tomador seguro ou segurado);

Tudo a sublinhar a atualidade da responsabilidade civil profissional do advogado, a necessidade da sua correta qualificação – porque daí emergem consequências jurídicas relevantes – e, sobretudo, a especial atenção que devem merecer as novas realidades danosas (isto é, novos tipos de danos) que as atuações ou omissões dos profissionais do aconselhamento ou do patrocínio jurídico podem desencadear (v.g. perdas de chance) e que são inquestionavelmente dignas de uma proteção ou reparação jurídica tradicionalmente arredada deste específico campo de responsabilidade civil profissional.

Não que esses danos não existissem no passado, mas apenas porque a exigência dos “consumidores” de serviços jurídicos e a sindicância que fazem recair sobre o empenho e as competências daqueles que escolhem, para os aconselhar e/ou patrocinar, são hoje progressivamente crescentes e, sobremaneira, qualificadas.

BIBLIOGRAFIA

ALVES, Paula Cristina Ribeiro Costa Ramalho

2006 *Seguro de Grupo*, Relatório de Direito dos Seguros – Contrato de seguro.

ARNAUT, António,

2012 *Estatuto da Ordem dos Advogados – Anotado*, 14.^a edição, Coimbra: Coimbra Editora.

2014 *Iniciação à Advocacia*, Coimbra: Coimbra Editora.

CARLA SOFIA DIAS

2012 *Da Ilegitimidade passiva do lesante no âmbito do seguro de responsabilidade civil automóvel e do litisconsórcio voluntário passivo no âmbito dos restantes seguros de responsabilidade civil obrigatórios, designadamente, do de responsabilidade emergente de acidentes de trabalho*, dissertação de mestrado, Universidade Católica do Porto.

CAVALCANTI, Bruno Novaes

2000 *O Princípio da boa-fé e os contratos de seguro*, Recife: Nossa Livraria.

CHARTIER, Yves

1983 *La Réparation du Préjudice dans la Responsabilité Civile*, Paris: Dalloz.

CHICHORRO, Maria Sousa

2010 *O Contrato de Seguro Obrigatório de Responsabilidade Civil Automóvel*, Coimbra: Coimbra Editora.

COSTA, Patrícia Leal Cordeiro da

2012 *Dano de perda de chance e a sua perspetiva no Direito Português*, dissertação de mestrado.

COSTA GOMES, Januário

2007 *Contrato de Mandato*, Lisboa: Porto Editora.

DEMOGUE, René

1925 *Traité des Obligations en Général*, V, Paris : Arthur Rousseau.

DIAS, João Álvaro

2004 *Dano Corporal, Quadro Epistemológico e aspetos ressarcitórios*, Coimbra: Almedina.

FERREIRA, Rui Cardona

2013 *A perda de Chance revisitada (a propósito da responsabilidade do mandatário forense)*, Sep. Revista da Ordem dos Advogados, n.º 73, IV, Out-Dez.

FRADA, Carneiro da

2011 *Direito Civil – Responsabilidade Civil – Método do caso*, Coimbra: Almedina.

JORGE, Pessoa

1961 *O Mandato Sem Representação*, Lisboa: **Ática**.

- 1999 *Ensaio Sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil*, Coimbra: Almedina.
- GALVÃO TELLES, Inocêncio
- 2002 *Manual dos Contratos em Geral*, 4.^a edição, Coimbra: Coimbra Editora.
- GHESTIN, J., VINEY G. & JORDAIN, P.
- 2006 *Traité de Droit Civil – Les Conditions de la Responsabilité*, 3.^a edição, L.G.D.J.:Paris.
- GOMES, Júlio
- 2001 *O dever de informação do Tomador do Seguro na Fase Pré-contratual*, in II Congresso Nacional de Direito dos Seguros, Coimbra: Almedina.
- 2008 *Em Torno do Dano da Perda de Chance: Algumas Reflexões*, em *Stvdia Jurídica* 91, Boletim da Faculdade de Direito, BFDC, *Ars Iudicandi*, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves, Volume II: Direito Privado, Coimbra.
- 2012 *Ainda sobre a figura do dano de perda de oportunidade ou perda de chance*, II Seminário dos Cadernos de Direito Privado, n.º especial, 2, dezembro 2012.
- GOMES DA SILVA, Manuel
- 1944 *O Dever de Prestar e o Dever de Indemnizar*, vol. I, Lisboa, s. Editor.
- GONÇALVES, Luís da Cunha
- 1938 *Tratado de Direito Civil: em comentário ao Código Civil Português*, Volume XII, Coimbra: Coimbra Editora.
- GOUVEIA, Jaime
- 1933 *Da responsabilidade contratual*, Lisboa: Livraria Petrony, 1933.
- GUEDES DA COSTA, Orlando
- 2003 *Direito Profissional do Advogado – Noções Elementares*, Coimbra: Almedina.
- 2010 *Direito Profissional do Advogado – Noções Elementares – Inclui a Previdência dos Advogados*, Coimbra: Almedina.
- LAPA, Albino
- 1939 *Seguros em Portugal*, Lisboa: Tipografia Silvas, Lda.
- MAGALHÃES, Fernando Sousa
- 2014 *Estatuto da Ordem dos Advogados – Anotado e Comentado*, 9.^a edição, Coimbra: Almedina.
- MARTINS, Andreia Marques
- 2010 *Do seguro de Grupo à luz do novo regime jurídico do contrato de seguro*, Relatório de mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.
- MATEUS, Carlos
- 2007 *Limitação da responsabilidade civil profissional do Advogado em prática isolada*, Verbo Jurídico, abril de 2007.

MEDINA ALCOZ, Luís

- 2009 “Hacia una Nueva Teoría General de la Causalidad en la Responsabilidad Civil Contractual (y Extracontractual): La Doutrina de la Perdida de Oportunidades”, in *Revista de Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, n.º 30, Segundo Trimestre.

MELO, Afonso de

- 2003 *Responsabilidade Civil de Mandatário Judicial*, in Boletim da Ordem dos Advogados, n.º 26, maio-junho, Ordem dos Advogados.

MENEZES CORDEIRO, António

- 2000 *Tratado de Direito Civil Português, I, Parte Geral*, Tomo I, 2.ª edição, Coimbra: Almedina.
- 2009 *Tratado de Direito Civil Português – I Parte Geral*, Tomo I, 3.ª edição, Coimbra: Almedina.
- 2013 *Direito dos Seguros*, Coimbra: Almedina.

MENEZES LEITÃO, Luís

- 2010 *Direito das Obrigações – Transmissão e extinção das obrigações. Não cumprimento e garantias do crédito*, Volume II, 7.ª edição, Coimbra: Almedina.
- 2014 *Direito das Obrigações – Introdução. Da Constituição das Obrigações*, Volume I, 11.ª edição, Coimbra: Almedina.

MOITINHO DE ALMEIDA, J.C.

- 1985 *Responsabilidade Civil dos Advogados*, Coimbra: Coimbra Editora.
- 2009 *Contrato de Seguro – Estudos*, Coimbra: Coimbra Editora.

MOTA PINTO, Paulo

- 2009 *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*, Volume II, Coimbra: Coimbra Editora.

MÜLLER, Christoph

- 2002 *Le perte d'une chance, Étude comparative en vue de son indemnisation en droit suisse, notamment dans la responsabilité médicale*, Berna: Staempfli Editions AS.

OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto

- 2014 *Responsabilidade pela perda de uma chance de revitalização?* in II Congresso de Direito da Insolvência, coordenação: Catarina Serra, Coimbra: Almedina.

PEDRO, Rute Teixeira

- 2008 *A Responsabilidade Civil do Médico – Reflexões sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado*, Coimbra: Coimbra Editora.

PRATA, Ana

- 2008 *Dicionário Jurídico*, Tomo I, 5.ª edição, Coimbra: Almedina.

RAPOSO, Vera Lúcia

- 2014 “Em Busca da Chance Perdida, o Dano da Perda de Chance, em especial na responsabilidade médica”, em Revista do Ministério Público, I 38, Estudos e Reflexões, SMMP.
- REIS, Nuno Tiago Trigo dos
- 2007 *Os Deveres de Informação no Contrato de Seguro de Grupo*, Relatório de Contrato de Seguro (Mestrado em Ciências Jurídicas) da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.
- RIBEIRO, Ricardo Lucas
- 2010 *Obrigações de Meios e Obrigações de Resultado*, Coimbra: Coimbra Editora.
- ROCHA, Nuno Santos
- 2015 *A Perda de Chance como uma Nova Espécie de Dano*, 1.^a reimpressão, Coimbra: Almedina.
- ROMANO MARTINEZ, Pedro
- 2000 *Contrato de seguro, âmbito do dever de indemnizar*, I Congresso Nacional de Direito dos Seguros, memórias, coordenação de António Moreira e M. Costa Martins, Coimbra: Almedina.
- 2001 *Conteúdo do Contrato de Seguro e Interpretação das Respetivas Cláusulas*, in II Congresso Nacional de Direito dos Seguros, Coimbra: Coimbra Editora.
- 2006 *Direito dos Seguros – Apontamentos*, 1.^a edição, Cascais: Principia.
- 2008 *Colectânea de Seguros – O Novo e o Antigo Regime*, Lisboa: Livraria Petrony.
- 2011 *Lei do Contrato de Seguro – Anotada*, 2.^a edição, Coimbra: Almedina.
- 2012 *Seguro de Responsabilidade Civil dos Advogados – Algumas Considerações*, em Estudos em homenagem a Miguel Galvão Teles, Volume II, Coimbra: Almedina.
- SÉRVULO CORREIA, José Manuel
- 1987 *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*, Coimbra: Almedina.
- SILVA, Rafael Peteffi
- 2009 *Responsabilidade Civil pela perda de uma chance*, 2.^a edição, São Paulo: Atlas.
- SINDE MONTEIRO, Jorge
- 1989 *Responsabilidade por conselhos, recomendações e informações*, Coimbra: Almedina.
- VASCONCELOS, Pedro Pais de
- 2012 *Teoria Geral do Direito Civil*, 7.^a edição, Coimbra: Almedina.
- VASQUES, José
- 1999 *Contrato de Seguro – Notas para uma teoria geral*, Coimbra: Coimbra Editora.
- 2005 *Direito dos Seguros*, Coimbra: Coimbra Editora.
- VÍTOR, Sousa
- 2015 *A responsabilidade civil dos advogados pela violação de normas deontológicas*, dissertação de mestrado, Faculdade de Direito da Universidade do Porto.

O BENEFICIÁRIO NOS SEGUROS DE PESSOAS

*Miguel Alexandre Duarte Santos**

ABSTRACT: The present paper aims to offer an overall perspective on the beneficiary appointment and the personal insurance beneficiary legal status, building on the analysis of the Portuguese Insurance Contract Legal Framework, approved by Decree-Law 72/2008 of 16 April, addressing old issues and putting forward answers for questions that so many times beset practitioners, even in a field with a tradition as consolidated as the insurance industry.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O beneficiário nos seguros de pessoas. 3. A designação beneficiária nos seguros de pessoas perante o ordenamento jurídico português. 3.1. Condições de validade da designação beneficiária. 3.2. Titular do direito de efectuar a designação beneficiária. 3.3. Momento em que é efectuada a designação beneficiária. 3.4. Modo de efectuar a designação beneficiária. 3.5. A interpretação da designação beneficiária. 3.6. Designação beneficiária revogável e irrevogável. 3.7. Alteração da prestação atribuída ao beneficiário. 4. A posição jurídica do beneficiário nos seguros de pessoas perante o ordenamento jurídico português. 4.1. Conteúdo comum da posição jurídica do beneficiário. 4.2. Especificidades da posição do beneficiário em caso de designação revogável. 4.3. Especificidades da posição do beneficiário em caso de designação irrevogável. 4.4. A relevância contratual das relações entre a pessoa que tenha efectuado a designação beneficiária e o beneficiário. 5. Conclusões.

1. INTRODUÇÃO

Com a publicação do “Regime Jurídico do Contrato de Seguro” (RJCS), aprovado através do Decreto-Lei n.º 72/2008, de 16 de Abril¹, o legislador veio

* Por decisão pessoal do Autor, o presente texto foi escrito segundo as regras do Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa de 1945, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 35 228, de 8 de Dezembro, com as alterações que lhe foram introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 32/73, de 6 de Fevereiro.

1 O RJCS foi aprovado e publicado em anexo ao Decreto-Lei n.º 72/2008, de 16 de Abril, publicado no *Diário da República* (DR), 1.ª série, n.º 75, de 16 de Abril de 2008, tendo sido rectificado pela Declaração de Rectificação n.º 32-A/2008, publicada no DR, 1.ª Série, n.º 113, de 13 de Junho de 2008, por sua vez rectificada pela Declaração de Rectificação n.º 39/ 2008, publicada no DR n.º 141, de 23 de Julho de 2008,

introduzir no ordenamento jurídico português um regime comum do contrato de seguro, tendo por fins, entre outros, a actualização e a concatenação das regras em vigor, o esclarecimento de dúvidas existentes e o preenchimento de lacunas de regulação². O presente estudo visa oferecer um despretencioso contributo para uma perspectiva de conjunto acerca da designação beneficiária e da posição jurídica³ do beneficiário no contrato de seguro de pessoas, interpretando as normas vigentes e oferecendo propostas de solução para questões prementes que não encontram solução clara perante o regime legal em vigor.

O estudo será disposto em quatro partes. No ponto 2., serão dadas algumas indicações genéricas quanto ao que se deva ter por beneficiário do contrato de seguro de pessoas e às fontes jurídicas aplicáveis. Na segunda parte do estudo, correspondente ao ponto 3., proceder-se-á à apreciação do regime material da designação beneficiária perante o ordenamento jurídico português, passando pelas condições de validade e titularidade do direito de efectuar a designação beneficiária, pelo momento em que o mesmo poderá ser exercido, pelo modo pelo qual será efectuada, pela interpretação, pela modalidade de designação revogável ou irrevogável e pela alteração e revogação da designação. No ponto 4., será exposta aquela que consideramos ser a posição jurídica do beneficiário, sendo propostos um conteúdo essencial e dois conteúdos eventuais da posição, conforme se trate de uma designação revogável ou irrevogável, sendo ainda considerada a relevância contratual das relações estabelecidas entre a pessoa que tenha efectuado a designação beneficiária e o beneficiário. Por último, avançaremos as conclusões do presente estudo.

2. O BENEFICIÁRIO NOS SEGUROS DE PESSOAS

Embora exista beneficiário em qualquer seguro, existe uma verdadeira e própria posição de beneficiário nos seguros de pessoas, cujas principais normas constam no Capítulo II do Título III do RJCS, correspondente aos artigos 183.º e seguintes do RJCS, no qual se estabelece o regime aplicável aos seguros de vida. Com efeito, a lei estabelece normas especificamente aplicáveis ao beneficiário dos seguros de pessoas nos artigos 81.º e 91.º, n.º 2 do RJCS,

e recentemente alterado pela Lei n.º 147/2015, de 9 de Setembro, publicada no DR, 1.ª série, n.º 176, de 9 de setembro de 2015.

2 Acerca dos fins do RJCS e do seu impacto na estruturação da posição jurídica do beneficiário, Duarte Santos, 2015a: 2-12.

3 Posição jurídica como situação jurídica, relacional ou não, em que se encontra colocado alguém, no Direito – cfr. Pais de Vasconcelos, 2005: 633 e 634.

compreendidos na parte geral do diploma, e no art. 181.º do RJCS, integrante das disposições comuns dos seguros de pessoas. Porém, o grosso do complexo normativo respeitante ao beneficiário encontra-se insito no Capítulo II do Título III, nomeadamente nos artigos 187.º, n.º 1, 193.º, 194.º, n.º 5, 196.º, 198.º, 199.º, 201.º, 204.º, 205.º, n.º 1 e 3 e 212.º do RJCS.

A atenção conferida na lei à posição de beneficiário do contrato de seguro de vida prende-se com a evolução histórica do contrato de seguro de vida em caso de morte com beneficiário designado e com a necessidade de protecção do direito do beneficiário sobre a prestação⁴, que levou a que a posição do beneficiário nestes contratos fosse construída com base no regime do contrato a favor de terceiro, afastando-se a atribuição decorrente do contrato de seguro de vida em caso de morte da esfera jurídica da pessoa segura e, como tal, do regime sucessório⁵. A lei portuguesa, no entanto, vai mais longe, concebendo estruturalmente os contratos de seguro de vida em caso de morte como contratos a favor de terceiro mesmo quando não haja sido designado um beneficiário no contrato de seguro, consoante resulta do art. 198.º do RJCS⁶.

Embora o regime em causa tenha sido moldado tendo em vista o contrato de seguro de vida em caso de morte⁷, será aplicável quer aos seguros de vida em caso de morte quer aos seguros de sobrevivência, consoante resulta da interpretação conjugada dos artigos 183.º e 198.º do RJCS. Por outro lado, nos termos do art. 184.º do RJCS, as normas respeitantes ao seguro de vida, e, assim, as normas relativas à designação beneficiária e ao beneficiário, são estendidas aos seguros complementares dos seguros de vida relativos a danos corporais, incluindo a incapacidade para o trabalho e a morte por acidente ou invalidez em consequência de acidente ou doença, aos seguros de renda,

4 Martins, 2010: 70 e ss..

5 Assim, na doutrina, Moitinho de Almeida, 1971: 347 e ss.; Martins, 2010: 70 e ss.. Sobre o ponto, dando breve nota acerca da evolução histórica no direito comparado: Tirado Suárez, 2001: 1677 e ss.. Na doutrina italiana, Elgueta, 2005: 413 e ss.. Na jurisprudência, vide o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12.11.2013, processo n.º 530/10.6TJPR.T.P1.S1, consultável in “www.dgsi.pt”, bem como o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17.06.2014, processo n.º 930/11.4T2AVR.C1.S1, consultável in “www.dgsi.pt”, e o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 19.12.2012, proferido no processo n.º 1890/10.4T2AVR.C1, consultável in “www.dgsi.pt”.

6 Tendo seguido caminho alternativo ao preconizado por Moitinho de Almeida, 1971: 348 e ss..

7 Já que grande parte das normas em causa integram referências à morte da pessoa segura. Assim: art. 198.º, n.º 1 (designação feita em testamento); art. 198.º, n.º 2 (destino da prestação em caso de morte da pessoa segura); art. 200.º (na parte em que estipula a não afectação da designação pelos institutos da colação, imputação e redução de liberalidades); e art. 201.º (interpretação da cláusula beneficiária, sempre tomando em consideração a morte e a situação sucessória).

aos seguros de nupcialidade, aos seguros de natalidade e aos seguros ligados a fundos de investimento.

As disposições relativas ao beneficiário do seguro de vida são ainda subsidiariamente aplicáveis no âmbito das operações de capitalização, desde que compatíveis com a sua natureza, nos termos do art. 207.º do RJCS⁸ e no âmbito dos seguros de acidentes pessoais, *ex vi* do art. 211.º do RJCS.

Atento quanto fica exposto, parece-nos resultar claro do RJCS que a posição de beneficiário do contrato de seguro de vida é, na realidade, uma posição de beneficiário nos seguros de pessoas.

A posição de beneficiário no contrato de seguro de pessoas não se esgota, contudo, nas situações jurídicas decorrentes normas previstas no RJCS, resultando ainda de diversas normas dispersas por diversas fontes. Destas, temos a reter:

- O art. 12.º, alínea *d*), do Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de Março (práticas comerciais desleais);
- O Decreto-Lei n.º 171/2008, de 26 de Agosto (protecção do mutuário em créditos à habitação);
- O Decreto-Lei n.º 222/2009, de 11 de Setembro (protecção do consumidor na celebração de contratos de seguro de vida associados ao crédito à habitação);
- O Decreto-Lei n.º 384/2007, de 19 de Novembro (dever de informação ao beneficiário);
- A Norma Regulamentar do ISP n.º 14/2010-R, de 14 de Outubro (regulamenta o registo de central de contratos de seguro de vida, de acidentes pessoais e de operações de capitalização);
- A Circular do ISP n.º 10/2009 de 20 de Agosto (quanto a condições de pagamento do valor de resgate e do valor de reembolso no vencimento de contratos de seguro de capitalização e operações de capitalização);

8 Neste sentido, mais uma vez se remete para o citado Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12.11.2013, processo n.º 530/10.6TJPR.T.P1.S1, consultável *in* “www.dgsi.pt” e o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 19.12.2012, proferido no processo n.º 1890/10.4T2AVR.C1, consultável *in* “www.dgsi.pt”. Contra, considerando que as disposições relativas à designação beneficiária se afiguram incompatíveis com a natureza das operações de capitalização, vide Ribeiro, na anotação que a Autora faz ao artigo 207.º do RJCS (Ribeiro, 2011: 603). Conforme melhor explicaremos ao abordar a matéria das operações de capitalização, entendemos que esta visão não se afigura correcta, muito embora seja verdade que nas operações de capitalização não existirá grande espaço para a aplicação dos artigos 198.º e 200.º do RJCS, não se afigurando existirem, contudo, razões para o afastamento *in totum* quer destas normas quer das normas constantes dos artigos 194.º, n.º 5, 199.º, 201.º e 204.º.

- A Circular do ISP n.º 2/2012, de 1 de Março (Deveres legais de diligência dos seguradores relativamente aos “seguros de protecção ao crédito”).

Todas estas normas confluem para a criação de uma posição jurídica singular, perfeitamente destacada da normal posição de beneficiário de contrato de seguro, cujos concretos contornos nos propomos apreender e expôr ao longo do presente estudo.

3. A DESIGNAÇÃO BENEFICIÁRIA NOS SEGUROS DE PESSOAS PERANTE O ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS

3.1. Condições de validade da designação beneficiária

A designação beneficiária será normalmente efectuada através de uma declaração negocial dirigida ao segurador⁹, que se torna eficaz nos termos do art. 224.º do Código Civil) C.C.¹⁰, vinculando o segurador no que toca ao titular do direito de receber a prestação que venha a ser devida nos termos do contrato e, do mesmo passo, gerando efeitos na esfera jurídica do beneficiário, terceiro ou não ao contrato de seguro. Nesta medida, a designação beneficiária está sujeita aos requisitos do negócio jurídico fixados no artigo 280.º do C.C.¹¹.

Dentro dos limites fixados pelo art. 280.º do C.C., a designação beneficiária não poderá ser contrária à lei ou à ordem pública nem ofensiva dos bons costumes. Na contrariedade à lei, o art. 280.º distingue a impossibilidade legal, relativa à impossibilidade do objecto jurídico pressuposto no contrato, e a contrariedade legal em sentido estrito, reportada à violação de normas legais imperativas¹². A designação beneficiária poderá ser legalmente impossível, nomeadamente quando o beneficiário designado não tenha uma esfera jurídica e, como tal,

9 Dizemos “normalmente” porque existem situações em que a própria lei designa o beneficiário. Quanto à designação beneficiária como declaração negocial vide a anotação de Vasques ao artigo 198.º do RJCS (Vasques, 2011: 568 e 569).

10 Quanto à eficácia das declarações recipiendas, vide Menezes Cordeiro, 2000: 344 e ss..

11 Referindo-se o art. 280.º do C.C. ao conteúdo do negócio, cfr. Pais de Vasconcelos, 2005: 261 e ss. e 417 e ss.. Sobre os requisitos do negócio jurídico, Menezes Cordeiro, 2000: 483 e ss.; Pais de Vasconcelos, 2005: 261 e ss. e 417 e ss..

12 Cfr. Menezes Cordeiro, 2000: 485, nota 1083, e 489 e ss..

não possa ser titular da situação jurídica que se visa atribuir¹³, ou poderá ser ilícita, nomeadamente quando configurar, na relação subjacente, uma doação efetuada em violação dos artigos 2192.º a 2198.º, *ex vi* do art. 953.º do C.C..

A designação, ainda que indeterminada, tem de ser determinável¹⁴, nos termos do art. 280.º, n.º 1 do C.C.. Mais concretamente, a pessoa do beneficiário deverá ser determinável no momento da ocorrência do sinistro¹⁵. Atenta a frequência de designações indeterminadas, ou genéricas, como também são designadas pela doutrina, e as dúvidas suscitadas na interpretação de cláusulas de designação indeterminadas¹⁶ foram previstas no art. 201.º do RJCS diversas normas interpretativas de tais cláusulas¹⁷. Sendo a designação realmente indeterminável a designação será inválida e, como tal, haverá lugar à aplicação do art. 198.º, n.º 2 do RJCS.

Por outro lado, a designação não poderá ser contrária aos bons costumes, isto é, ofensiva de regras de conduta sexual e familiar ou de regras deontológicas¹⁸. Nesta medida, quando a atribuição efectuada através de designação beneficiária onerosa¹⁹ vise remunerar a prestação de favores sexuais a designação será nula²⁰. Finalmente, a ofensa à ordem pública também gerará a nulidade da designação²¹.

13 Nesta medida, será nula a designação do animal de estimação da família, sem prejuízo de eventual conversão do negócio (cuja admissibilidade teria de ser sindicada face ao caso concreto) em designação do proprietário do animal, sob o regime da doação modal.

14 Como apontava Vaz Serra, 1955, 97 e ss.; Vasques, 1999: 178; Também Lambert-Faivre, 1995: 798 e 799; Chabannes & Gauclin-Eymard, 1996: 105.

15 Tal encontra-se expressamente previsto no art. 169.º, § 2 da “Loi relative aux assurances” belga.

16 De que dá conta Moitinho de Almeida, 1971: 352 e ss..

17 Anotação de Vasques ao artigo 198.º do RJCS (Vasques, 2011: 573).

18 Menezes Cordeiro, 2000: 497 e ss.. Uma aplicação jurisprudencial dogmaticamente fundamentada do conceito de bons costumes pode ser encontrada no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 21.03.2013, proferido no processo n.º 637/1999.LI.S1, consultável *in* www.dgsi.pt, muito embora fiquem dúvidas quanto à necessidade de recurso a tal fundamento de invalidade no caso concreto.

19 Moitinho de Almeida, 1971: 366.

20 Outro caso de possível nulidade por contrariedade aos bons costumes é dado por Lambert-Faivre, que invoca como inválida por “*immorale*” a designação da amante ou da amante-adúltera, com o que se concorda, por procedentes perante o ordenamento jurídico português os argumentos aduzidos pela Autora – Lambert-Faivre, 1995: 805 e 806.

21 Quanto à ordem pública vide Mota Pinto, 1992: 551 e 552, com exemplos colhidos nas jurisprudências portuguesa e francesa. Vide também Pais de Vasconcelos, 2005: 429 e ss.. Quanto à nulidade da designação beneficiária por contrariedade à ordem pública na ordem jurídica francesa, Rochex & Courtieu, 1998: 417.

Não é, no entanto, requisito de validade da designação beneficiária nos seguros de pessoas o consentimento da pessoa segura, já que o art. 199.º, n.º 4 apenas exige o acordo da pessoa segura para a alteração do beneficiário quando a pessoa segura tenha assinado, juntamente com o tomador do seguro, a proposta de seguro de que conste a designação beneficiária ou quando tenha sido a própria pessoa segura a designar o beneficiário, iniciando desde logo, *a contrario*, que nas situações não mencionadas a regra será a da desnecessidade do acordo, o que é confirmado pelo art. 199.º, n.º 5, que estabelece o dever de comunicação da alteração do beneficiário à pessoa segura quando esta tenha sido efectuada por outra pessoa ou sem o seu acordo.

3.2. Titular do direito de efectuar a designação beneficiária

A designação beneficiária será, como referimos, uma declaração negocial, razão pela qual só poderá ser efectuada por pessoa com capacidade para o efeito, e pela forma legalmente prevista²².

Tendo em atenção o facto de a parte no contrato de seguro ser o tomador do seguro, nos seguros de pessoas a lei atribui a este o direito de designar o beneficiário, consoante resulta do art. 198.º do RJCS²³, admitindo-se, porém que o tomador do seguro atribua a outrem o direito de designar o beneficiário²⁴. A situação mencionada encontra uma excepção no art. 81.º do RJCS, que estabelece que nos seguros de grupo é a pessoa segura quem designa o beneficiário, admitindo-se, contudo, estipulação em contrário²⁵.

A cessão da posição contratual importará a transmissão do direito de designar, bem como de alterar e revogar a designação²⁶. Nos termos do artigo 197.º do RJCS, a cessão da posição contratual dependerá do consentimento do segurador (requisito de validade); devendo ser comunicada à pessoa segura

22 Pensamos aqui quer nas incapacidades (vide Pais de Vasconcelos, 2005: 109 e ss.; Menezes Cordeiro, 2007a: 431 e ss.) quer em situações de exercício societário (Menezes Cordeiro, 2007a: 649 e ss.).

23 Também assim na lei espanhola, conforme Tirado Suárez, 2001: 1680 e 1681.

24 A designação do beneficiário constituirá, no entanto, um direito que apenas poderá ser exercido pelo seu titular, não podendo ser exercido por parte do cônjuge, dos herdeiros ou dos credores do titular. Esta é, de resto, a opção expressa na lei belga, segundo o art.º 169. § 1.º da Loi relative aux assurances, de 4 de Abril de 2014.

25 O regime vigente não estrutura a designação beneficiária como um direito próprio e exclusivo do tomador do seguro, tal como era sustentado em momento anterior à entrada em vigor do RJCS por Vasques, 1999: 175.

26 Quanto à cessão da posição contratual, Mota Pinto, 2003.

(sob pena de responsabilidade civil); (e) constar de acta adicional à apólice (formalidade *ad probationem*)²⁷.

Tal como referido não entendemos existir uma ligação da posição decorrente da designação beneficiária ao beneficiário, em virtude da natureza da prestação decorrente, que impeça a transmissão do poder de efectuar a designação²⁸. Tal não obsta ao possível carácter *intuitu personae* da posição do designante, o qual só poderá ser verificado no caso concreto, consoante a vontade das partes expressa no contrato.

3.3. Momento em que é efectuada a designação beneficiária

a) Regime geral

Segundo o art. 198.º, n.º 1 do RJCS, a designação poderá ser efectuada no momento da celebração do contrato mas também em momento posterior, quer através de declaração escrita posterior recebida pelo segurador quer em caso de designação efectuada em testamento, até ao momento da morte da pessoa segura²⁹. Nesta medida, a lei admite a designação de beneficiários em diferentes momentos, e ainda que não haja sido designado beneficiário no momento da celebração do contrato ou que o beneficiário fosse o próprio tomador do seguro³⁰.

A designação apenas poderá ser efectuada até ao momento do sinistro, uma vez que a lei determina que em caso de ocorrência do sinistro sem ter sido efectuada a designação o direito nascerá na esfera jurídica da pessoa segura (nos casos previstos no art. 198.º, n.º 3 e no art. 212.º, n.º 1 do RJCS) ou dos herdeiros da pessoa segura (no caso previsto no art. 198.º, n.º 2, alínea a) do RJCS).

O titular do direito de efectuar a designação poderá, em regra, designar tantos beneficiários quanto lhe aprouver, ainda que o faça em momentos temporais e por formas distintas, tratando-se de designações beneficiárias revogáveis,

27 Vasques, em anotação ao artigo 198.º do RJCS (Vasques, 2011: 567 e 568).

28 Que configuraria um limite à transmissão do crédito – Menezes Leitão, 2005: 311 e 312.

29 Lambert-Faivre, 1995: 797 e 798; Zumaglia, 1992: 17 e ss.. Já sustentava a admissibilidade da designação através dos três modos hoje consagrados na lei Vaz Serra, 1995: 74 e 75.

30 Em momento (bastante...) anterior à entrada em vigor do RJCS já era sustentada a livre designação de beneficiário em momento posterior à celebração do contrato, conquanto que a opção fosse sustentada *de jure constituendo* – assim, Moitinho de Almeida, 1971: 348. A modificabilidade também é admitida no ordenamento jurídico francês – cfr. Rochex & Courtieu, 1998: 413 e 414.

já que os beneficiários já designados não têm qualquer posição jurídica que se oponha a tais designações³¹. A situação merecerá um tratamento distinto quanto seja efectuada uma designação beneficiária revogável, como explicaremos no ponto seguinte.

b) Sendo efectuada uma designação beneficiária irrevogável

A designação beneficiária irrevogável poderá constituir um obstáculo, verificados determinados pressupostos, à designação de outros beneficiários por parte do titular do direito de designar.

A designação de um ou mais beneficiários em momento posterior não implica necessariamente a revogação da designação que haja sido efectuada anteriormente, podendo implicar apenas a distribuição da prestação que venha a ser devida nos termos do contrato por mais titulares, a efectuar nos termos do art. 201.º, n.º 3 do RJCS³². Esta é uma questão de interpretação da declaração onde seja efectuada a designação. Apurando-se existir uma verdadeira intenção de revogação da designação irrevogável efectuada a designação será nula, por contrariedade à lei, nos termos do art. 280.º do C.C.. Porém, a irrevogabilidade da designação implica não só que o benefício não poderá ser revogado como que a prestação não poderá ser quantitativamente diminuída pelo tomador do seguro, salvo convenção em contrário, conforme resulta do artigo 199.º, n.º 2 do RJCS³³. Na medida em que a designação de mais beneficiários afecta a quantia a prestar a cada um, nos termos do artigo 201.º, n.º 3, entendemos que, sendo a designação irrevogável e não tendo o tomador do seguro os direitos de resgate, adiantamento e redução³⁴, também não poderá efectuar designações beneficiárias posteriores concorrentes³⁵, já que perflhar

31 Quanto fica referido apenas tem em conta as posições jurídicas advenientes do contrato de seguro, já que nada impede a possível existência de vínculos de natureza jurídica entre o titular do direito de efectuar a designação e o beneficiário, advenientes de distintas relações jurídicas, que impliquem a responsabilização do designante pela designação de outros beneficiários.

32 Quanto ao funcionamento do art. 201.º, n.º 3, do RJCS, vide Vasques, 2011: 573).

33 Vasques, 2011: 571. Disposição semelhante encontra-se prevista no ordenamento espanhol, onde se estabelece, no artigo 87.º da Ley 50/1980, de 8 de Outubro, que "El tomador perderá los derechos de rescate, anticipo, reducción y pignoración de la póliza si renuncia a la facultad de revocación." Sobre o mencionado artigo vide Tirado Suárez, 2001: 1727 e ss..

34 Vistas, inclusive, como formas tácitas de revogação da designação beneficiária, cfr. Tirado Suárez, 2001: 1737 e ss..

35 Como já o defendia Moitinho de Almeida, 1971: 360 e 361.

entendimento contrário traduzir-se-ia em viabilizar a afectação quantitativa da prestação eventualmente devida ao beneficiário.

O raciocínio não se aplica, obviamente, quando a prestação atribuída ao novo beneficiário seja distinta da prestação atribuída ao beneficiário designado irrevogavelmente (i.e., por exemplo, quando se preveja o pagamento do capital em dívida ao banco e do remanescente aos herdeiros da pessoa segura), e apenas quanto a tal prestação, já que no caso não se verifica qualquer afectação quantitativa da prestação devida ao beneficiário designado irrevogavelmente.

3.4. Modo de efectuar a designação beneficiária

a) Designação efectuada na apólice

O RJCS dispõe acerca do modo de efectuar a designação beneficiária no artigo 198.º, n.º 1, estipulando que “[s]alvo o disposto no artigo 81.º, o tomador do seguro, ou quem este indique, designa o beneficiário, podendo a designação ser feita na apólice, em declaração escrita posterior recebida pelo segurador ou em testamento.” São assim previstos três modos de efectuar a designação beneficiária por forma convencional, das quais a primeira consiste na “designação feita na apólice”³⁶.

Embora a lei não o refira expressamente, excepto no que se refere à “declaração escrita posterior *recebida* pelo segurador”, a designação beneficiária é sempre uma declaração negocial com um destinatário a quem tem de chegar para que produza efeitos³⁷, já que o segurador precisa de ter conhecimento quanto à designação para que possa saber a quem se encontra vinculado a efectuar a prestação. É sempre, como tal, uma declaração recipiênda^{38/39}.

36 Também é assim no direito italiano – cfr. Zumaglia, 1992: 17 e ss.; e Bazzano, 1998: 185.

37 Cfr. Bazzano, 1998: 186. Zumaglia, 1997: 334 a 341-338.

38 Galvão Telles, 2002: 132 e 132.

39 Contra, sustentando a natureza não-recipiênda da designação beneficiária, Moitinho de Almeida, 1971: 349 e ss.. Entendemos que tal defesa se deve apenas a um diferente entendimento quanto ao que seja uma declaração recipiênda. Referindo que a designação efectuada no testamento partilha de natureza não-recipiênda do testamento, Vasques, 2011: 569. Pelo contrário, entendemos que a designação não comunga da natureza não-recipiênda do instituto, exactamente porque, ao contrário da designação sucessória contratual, se destina a ser conhecida pelo segurador que, sem o respectivo conhecimento, não poderá dar execução à designação. I.e., o testamento será não-recipiêndo, enquanto que a designação beneficiária deste constante terá de ser dada a conhecer ao segurador para que produza efeitos.

A designação beneficiária poderá não ser efectuada por escrito, atenta a liberdade de forma do contrato estabelecida no art. 32.º do RJCS. Assim, nos termos do art. 35.º do RJCS, o tomador do seguro terá 30 dias, após a entrega da apólice, para invocar qualquer conformidade entre o acordado e o conteúdo da apólice, após o qual só serão invocáveis divergências que resultem de documento escrito ou de outro suporte duradouro. Nesta medida, por razões de certeza e de prova quanto ao beneficiário designado, este terá de constar da apólice, nos termos do art. 37.º, n.º 1 e 2, alínea *b)* e 187.º, n.º 1. Porém, a designação, em si, será efectuada no contrato de seguro, não estando sujeita a qualquer requisito de forma, podendo, inclusivamente, ser transmitida verbalmente, nos termos do art. 32.º do RJCS e dos termos gerais do art. 219.º do C.C..

Indo mais longe, diremos que a lei se quer referir à designação efectuada no contrato de seguro e ainda, por interpretação extensiva, no momento da adesão ao contrato de seguro de grupo⁴⁰, onde não se estipula igualmente qualquer exigência de forma *ad substantiam*. A designação em causa constará, assim, da proposta de seguro emitida por parte do tomador do seguro ou na proposta de adesão emitida pela pessoa segura, nos seguros de grupo⁴¹.

Para além da proposta de seguro e da declaração de adesão pode haver lugar a outras declarações de onde poderá constar a designação beneficiária, e que não serão emitidas por parte do tomador ou do aderente. Nestes casos, a salvaguarda da exigência da formalização do contrato não funciona, na medida em que a apólice não terá de ser comunicada a estas pessoas. Assim, face à exigência de certeza quanto ao titular do direito decorrente do contrato e à exigência de ponderação na designação, no que respeita ao designante⁴², tomando em consideração a relevância da determinação do titular do direito em caso de sinistro, entendemos que a designação terá de ser efectuada por escrito, ainda que não seja emitida “...em declaração escrita posterior...”.

40 Quanto ao seguro de grupo vide o excelente Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 09.07.2014, processo n.º 841/10.0TVPR.T.L1.S1, consultável in “www.dgsi.pt”, que teve por Relator o Juiz Conselheiro Moreira Alves.

41 As quais se tratarão de documentos pré-elaborados por parte do segurador ao qual o tomador ou aderente se limitará a aderir, preenchendo os campos necessários, recaindo tais documentos no âmbito de aplicação da LCCG. Quanto à aplicação da LCCG à proposta de seguro e à proposta de adesão na jurisprudência vide o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 07.10.2010, processo n.º 1583/06.7TBPRD.L1.S1, consultável in “www.dgsi.pt”.

42 Sobre as razões tidas em conta para o estabelecimento de exigências de forma para as declarações negociais, nas quais se contam a certeza quanto ao conteúdo do negócio e a ponderação na declaração, Mota Pinto, 1992: 430 e 431.

b) Designação efectuada em declaração escrita posterior recebida pelo segurador

A designação efectuada após a emissão da apólice está sujeita a um requisito formal, nos termos do art. 198.º, n.º 1⁴³, que estabelece a forma escrita para a declaração. Assim, a designação posterior à apólice que não seja efectuada através de documento escrito será nula, nos termos do artigo 220.º do C.C.⁴⁴.

c) Designação efectuada em testamento

A designação poderá ainda ser efectuada em testamento. O facto de a designação ser efectuada em testamento não transforma a natureza da prestação em *mortis causa*⁴⁵, continuando o beneficiário a ser designado por acto *inter vivos*⁴⁶.

Coloca-se a questão de saber se a invalidade do contrato acarretará a invalidade também da designação beneficiária⁴⁷. Pela nossa parte, e uma vez que entendemos que a designação inserta em testamento continuará a constituir uma declaração recipianda, muito embora já não seja dada a conhecer ao segurador pelo próprio declarante, entendemos que se a mesma preencher os requisitos da simples declaração escrita será válida como tal, segundo o princípio do *favor negoti*⁴⁸.

d) Designação supletiva legal

Nos números 2 e 3 do artigo 198.º do RJCS vêm previstas regras supletivas para a determinação do beneficiário⁴⁹, aplicáveis em caso de não-designação de beneficiário ou de invalidade, caducidade ou revogação da designação, bem como de pré-morte do beneficiário⁵⁰.

43 Vide a anotação de Vasques ao art. 198.º do RJCS (Vasques,2011: 168 e ss..)

44 Defende o mesmo quanto ao disposto no artigo 1920.º do Codice Civile italiano italiano, Santi, 1965: 555. Quanto à nulidade da não observância do requisito de forma *ad substantiam* no ordenamento jurídico português, Mota Pinto, 1992: 435 e ss..

45 Moitinho de Almeida, 1971: 349 e ss..

46 Santi, 1965: 556. Na jurisprudência: Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17.06.2014, processo n.º 930/11.4T2AVR.C1.S1, consultável in “www.dgsi.pt”.

47 Tirado Sanchez, , 2001: 1693 e ss. É a posição sustentada por Lobo Xavier, 2013: 11. É também esta a posição seguida pela doutrina italiana. Assim, Zumaglia, 1992: 18.

48 Tirado Sanchez 2001: 1693.

49 Diferente a solução na lei espanhola, que estabelece que em caso de morte sem haver sido efectuada designação beneficiária nem estabelecidas regras para a determinação do beneficiário, o capital “...formará parte del patrimonio del tomador.” – Tirado Sanchez, 2001: 1677 e 1696 e ss.. Também é esta a solução no ordenamento jurídico francês, consoante explica Lambert-Faivre, 1995: 805; Rochex & Courtieu, 1998: 424.

50 Vasques, 1999: 181 e 182.

i. O artigo 198.º, n.º 2 do RJCS

No artigo 198.º, n.º 2 do RJCS são estabelecidas regras supletivas para a determinação do beneficiário do seguro quando o sinistro seja a morte da pessoa segura. Assim, nos termos da alínea *a)*, na falta de designação de beneficiário, os beneficiários serão os herdeiros da pessoa segura; segundo a alínea *b)*, em caso de premoriência do beneficiário quanto à pessoa segura, serão igualmente beneficiários os herdeiros da pessoa segura; na alínea *c)* estabelece-se que em caso de premoriência, e sendo a designação irrevogável, serão beneficiários os herdeiros do beneficiário falecido; solução igualmente estabelecida na alínea *d)*, para o caso de comoriência, sendo a designação irrevogável⁵¹.

Poderia colocar-se aqui a questão de saber se as normas em causa têm natureza sucessória, i.e., se estamos perante normas que dispõem acerca da atribuição do direito *iure haereditario*. Entendemos, pelo contrário, que estamos perante verdadeiras e próprias normas que operam uma designação supletiva legal, com fundamento em diversos argumentos de natureza literal⁵², histórica⁵³, sistemática⁵⁴. Entendemos, assim, consistirem as normas previstas no artigo 198.º, n.º 2 do RJCS em normas de designação supletiva legal, atributivas do direito à prestação do segurador em resultado do contrato, e não por via sucessória⁵⁵.

Não obstante quanto fica referido, as alíneas *a)* a *d)* do n.º 2 do art. 198.º do RJCS designam como beneficiários os herdeiros da pessoa segura [alíneas *a)* e *b)*] ou do beneficiário falecido [alíneas *c)* e *d)*]. O apuramento de quem seja

51 No ordenamento jurídico belga, pelo contrário, a lei não atribui qualquer direito aos herdeiros do beneficiário, consoante resulta do artigo 175.º da *Loi relative aux assurances*.

52 Decorrente da escolha da expressão "...o capital seguro é prestado...".

53 Resultante do facto de os ordenamentos onde se previa, à data da elaboração do RJCS, que na falta de designação de beneficiário a prestação fazia parte do património do tomador e se transmitia por via sucessória, a lei se contentar em afirmar isso mesmo e reenviar a matéria para a lei reguladora das sucessões. Neste sentido, quanto ao ordenamento jurídico francês, Rochex & Courtieu, 1998: 424; Quanto ao ordenamento jurídico espanhol, vide Tirado Sanchez, 2001: 1696 e ss..

54 Já que a matéria das sucessões se encontra condensada no Livro V do Código Civil, afigurando-se estranha a previsão de normas sucessórias em diploma especial, para mais não determinantes de alterações às normas sucessórias gerais. Em sentido contrário à posição por nós defendida vide Lima Rego, 2010: 611 e 612. Na doutrina italiana, e mesmo sem existir norma legal expressa na lei neste sentido, já defendia esta solução Zumaglia, 1992: 26.

55 Para maiores explicações vide Duarte Santos, 2015a: 23-24. É assim, de resto, que a doutrina que se tem pronunciado acerca do tema tem entendido o artigo. Neste sentido, vide as anotações de Vasques e de Romano Martinez ao art. 198.º do RJCS (Vasques, 2011: 168 ss. e Romano Martinez, 2011: 168 e ss.). Também, Ferreira de Almeida, 2013: 263, e Lobo Xavier, 2013: 12.

beneficiário implica assim a remissão para o regime do direito das sucessões em matéria de sucessão legítima, estabelecidas nos artigos 2131.º a 2155.º do C.C.⁵⁶ e, em especial, para o art. 2133.º, nos termos do qual se identificarão os concretos beneficiários do contrato de seguro, bem como os artigos 2134.º e 2135.º, que estabelecem a preferência de classes e de proximidade de graus de parentesco⁵⁷. Assim, para efeitos da designação supletiva legal operada nos termos do art. 198.º, n.º 2 do RJCS, serão beneficiários as pessoas que se insiram nas seguintes classes, por ordem de preferência: o cônjuge e os descendentes; o cônjuge e os ascendentes; os irmãos e seus descendentes; outros colaterais até ao quarto grau; e, finalmente, na sua falta, o Estado.

Uma vez que estamos perante normas atributivas do direito à prestação do segurador em resultado do contrato, e não por via sucessória, será totalmente irrelevante quer a aceitação⁵⁸ quer o repúdio da herança⁵⁹. Com efeito, a remissão para o regime sucessório começa e acaba no apuramento de quem seja herdeiro à data da abertura da sucessão^{60/61}.

Estando perante normas de designação, ainda que de natureza supletiva legal, aplicam-se as regras previstas no artigo 201.º, n.º 3 e 4, quanto à

56 Quanto à sucessão legítima vide Galvão Telles, 2004b: 15 e ss..

57 Galvão Telles, 2004b: 19 e 20.

58 Galvão Telles, 2004a: 53 e ss.

59 Quanto ao repúdio da herança, Galvão Telles, 2004a: 69 e ss..

60 Quanto ao chamamento e aos seus efeitos, Galvão Telles, 2004a: 69 e 70. No sentido proferido no texto, muito embora quando esteja em causa designação efectuada por parte do designante e não uma designação supletiva legal, vide o aresto comentado e o comentário de Zumaglia, 1997: 334 a 340.

61 De facto, tanto a aceitação quanto o repúdio são actos de vontade dirigidos a uma situação puramente sucessória, não fazendo qualquer sentido que o putativo beneficiário adquira ou perda um direito que lhe caberia em resultado do contrato de seguro por força de um acto negocial não dirigido a tal relação jurídica. Sendo certo que nada impede que o beneficiário pretenda usufruir da posição de beneficiário e não da vocação sucessória, nomeadamente tendo em atenção a eventual inexistência de património na herança e a carga burocrática que a aceitação da herança poderá implicar. Finalmente, encontrando-se disposto no artigo 201.º, n.º 2 que em caso de dúvida resultante da interpretação de designação genérica a favor de “herdeiros” se devem considerar como beneficiários os herdeiros legais que o sejam à data do falecimento, irrelevarão quaisquer alterações posteriores à data da abertura da sucessão, a partir da qual se poderá efectuar a aceitação ou o repúdio, o que constitui um elemento sistemático não despidendo para efeitos de interpretação do art. 198.º, n.º 2 do RJCS. Entendemos, assim, serem totalmente irrelevantes quer a aceitação quer o repúdio da herança para efeitos de aplicação do art. 198.º, n.º 2 do RJCS. Assim, Duarte Santos, 2015a: 25-26. Na lei alemã existe disposição expressa no sentido da irrelevância do repúdio no que respeita à posição de beneficiário do contrato de seguro de vida, constante do § 160, n.º 2, segunda parte do *Versicherungsvertragsgesetz*, de 23 de Novembro de 2007.

distribuição da prestação⁶², e não as regras previstas nos artigos 2139.º e seguintes do C.C.⁶³

ii. O artigo 198.º, n.º 3 do RJCS

Finalmente, o artigo 198.º, n.º 3 estabelece regras para a determinação do beneficiário do seguro no seguro de sobrevivência, estabelecendo a regra supletiva de que tanto no caso de falta de beneficiário como de premoriência do beneficiário designado, o beneficiário será a própria pessoa segura, o que nos parece decorrer do facto de a lei ter entendido por acertado conceder à pessoa que corre o risco primário a prestação decorrente do contrato, em obediência àquela que seria a normal vontade do titular do direito de designar.

iii. O artigo 212.º do RJCS

Embora não se trate de uma verdadeira e própria designação supletiva de fonte legal, cabe ainda fazer referência ao artigo 212.º do RJCS, que estabelece a presunção de que, nos seguros de acidentes pessoais que respeitem a terceiro, e não ao tomador, o beneficiário será a própria pessoa segura. Esta presunção é ilidível, conforme se retira do número 2 do preceito, que admite a designação de outrem⁶⁴.

O campo de aplicação da norma parece-nos manifestamente reduzido⁶⁵, na medida em que serão raros os casos em que uma designação, vertida na apólice ou, em todo o caso, efectuada por escrito, suscite dúvidas quanto ao beneficiário designado ser ou não a pessoa segura. Coloca-se a hipótese, porém, de não existir dúvida quanto ao beneficiário, mas sim uma verdadeira e própria falta de designação. Nestas situações entendemos dever ser considerado beneficiário a pessoa segura, por aplicação do artigo 198.º, n.º 3, *ex vi* do art.

62 Apontando o facto, embora apenas refira a aplicação do artigo 201.º, n.º 3, alínea a) para o caso do artigo 198.º, n.º 2, alínea a), Vasques, 2011: 570.

63 Já que nada comanda uma solução diferente, antes sendo esta a única posição coerente do ponto de vista sistemático.

64 Acerca do funcionamento do artigo 212.º do RJCS, Brito, 2011: 613 e 614).

65 Segundo Brito (2011: 613 e 614), norma similar encontrar-se-ia prevista no § 179, n.º 1 do *Versicherungsvertragsgesetz* alemão, de 23 de Novembro de 2007. No entanto, a norma mencionada pelo Autor não estipula que em caso de dúvida a pessoa segura será beneficiária, mas sim que em caso de dúvida o contrato se terá por estabelecido por conta da pessoa segura, o que em todo o caso tornará a pessoa segura a titular dos direitos decorrentes do contrato de seguro, nos termos do § 44.º, n.º 1. Por outro lado, também é certo que em tal diploma inexistente qualquer norma como a do art. 198.º do RJCS, o que poderá facilitar a compreensão da norma no contexto do *Versicherungsvertragsgesetz*.

211.º, n.º 1 do RJCS, que opera a designação supletiva legal da pessoa segura nos seguros de sobrevivência.

iv. Decorrências suplementares da opção de previsão de designação beneficiária supletiva legal

O regime do 198.º, n.º 2 e n.º 3 do RJCS vem clarificar o regime aplicável à designação beneficiária, demonstrando a sua clara distinção quanto ao regime sucessório, apenas chamado para efeitos de determinação dos beneficiários quando esteja em causa o art. 198.º n.º 2, não sendo relevante para lá de tal fim.

As regras do art. 198.º serão extensíveis aos seguros de pessoas não directamente abrangidos pelas normas dos números 2 e 3, quer por via dos artigos 184.º, 207.º e 211.º do RJCS⁶⁶, quer, por via analógica, a todos os seguros em que se afigurem procedentes as mesmas razões determinantes das soluções legais estabelecidas neste artigo.

3.5. A interpretação da designação beneficiária

a) Designação directa e indirecta

A declaração de designação beneficiária carece, como qualquer declaração negocial, de ser interpretada⁶⁷. Esta interpretação da declaração pode ser mais ou menos complexa, tendo sido levantadas especiais dúvidas no que respeita a certas designações indirectas. De facto, a designação pode ser directa ou indirecta (também referida como genérica): será directa quando o beneficiário é identificado de forma individualizada e completa na designação e indirecta quando a designação apenas fornece elementos para identificar o beneficiário no momento do sinistro, caso em que o beneficiário não se encontra determinado, devendo ser, contudo, determinável⁶⁸, sendo exigida uma ulterior

66 No caso do seguro de saúde não se encontra expressamente prevista a aplicação do regime da designação beneficiária face ao tipo de risco objecto do contrato, que sempre implicará a prestação de cuidados de saúde às pessoas determinadas no contrato de seguro ou a realização de algum tipo de prestação que a beneficie directamente (quanto à admissibilidade de diferentes modalidades de prestações como objecto do contrato de seguro de doença – Ferreira de Almeida, 2013: 259 e 260). Nesta medida, no seguro de saúde beneficiário será a pessoa segura, a quem serão prestados os cuidados de saúde, tal como no seguro de sobrevivência será beneficiário a pessoa segura.

67 Menezes Cordeiro, 2000: 535.

68 Quanto à verificação do requisito de determinabilidade da designação indirecta vide Rochex & Courtieu, 1998: 415 e 416.

operação de determinação do beneficiário concreto⁶⁹. Algumas designações foram objecto de maior atenção por parte da doutrina e da jurisprudência atento o facto de assumirem contornos de tipicidade social, como sejam designações como “para os meus herdeiros”, “para os meus filhos” ou “a favor da minha mulher”⁷⁰.

b) Regras gerais

Enquanto declaração negocial que é a designação beneficiária deverá ser interpretada com atinência às directrizes estabelecidas nos artigos 236.º e ss. do C.C.⁷¹. De destacar que a “designação feita na apólice” não obedece a qualquer forma legalmente estabelecida, devendo, assim, a interpretação da cláusula ser efectuada nos termos dos artigos 236.º e 237.º. A declaração deverá ser assim interpretada segundo a impressão do destinatário⁷², em termos objectivos, devendo a bitola de diligência exigida ao declaratário ser substancialmente elevada, uma vez que se trata do segurador, i.e., de um profissional habilitado, com a ressalva de que a declaração não poderá valer com sentido com o qual o declarante não possa razoavelmente contar, a menos que o segurador conheça a vontade real do declarante. Já no que respeita à declaração escrita posterior, na qual se deverá integrar qualquer designação não efectuada por tomador ou aderente ao contrato de seguro, conforme vimos anteriormente, há que atender igualmente ao artigo 238.º, n.º 1 do C.C..

Cabe ainda referir o artigo 237.º do C.C.. Embora o contrato de seguro seja sempre um negócio jurídico oneroso a designação beneficiária, como veremos, poderá constituir uma atribuição gratuita ou onerosa, no que se refere ao beneficiário. Atento o exposto, e considerando as preocupações que enformam as soluções ínsitas no artigo 237.º do C.C.⁷³, aplicar-se-á a primeira parte do preceito caso a atribuição a efectuar ao beneficiário seja gratuita e a segunda parte caso a atribuição a efectuar seja onerosa.

69 Zumaglia, 1997: 337.

70 Moitinho de Almeida, 1971: 352 e 353; José Vasques, 1999: 359 e ss.; Tirado Suárez, 2001: 1701 e ss..

71 Quanto à interpretação das cláusulas contratuais no âmbito do contrato de seguro, Romano Martinez, 2006: 83 e ss.. Quanto à interpretação das declarações negociais em geral, Menezes Cordeiro, 2000: 551 e ss.; Pais de Vasconcelos, 2005: 388 e ss.; Alberto Vieira, 2006: 42 e ss..

72 Sobre as teorias da interpretação das declarações negociais, vide Ferrer Correia, 2001: 155 e ss.; em especial quanto à teoria da impressão do destinatário, 188 e ss..

73 Menezes Cordeiro, 2000: 556 e ss..

c) A designação através de cláusulas contratuais gerais

Muitas vezes a designação é efectuada pela mera aceitação, por parte do tomador ou aderente, de uma designação supletiva, pré-elaborada pelo segurador sem prévia negociação individual, constante da proposta de seguro ou de adesão⁷⁴.

Nesta situação o designante não será o enunciante da designação, pelo que se deve considerar como declarante o segurador e declaratário o designante⁷⁵, para efeitos de aplicação das regras previstas nos artigos 236.º e ss. do C.C.. Por outro lado, a designação será abrangida pelo regime estabelecido na Lei das Cláusulas Contratuais Gerais (LCCG), previsto no Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, aplicando-se, nomeadamente, o artigo 11.º⁷⁶.

d) A designação efectuada através de testamento

No caso da designação efectuada em testamento coloca-se a questão de saber se se deverá aplicar o art. 2187.º do C.C.. Porém, mesmo quando a designação seja efectuada em testamento esta não será uma disposição testamentária, destinando-se a ser conhecida pelo segurador. Neste termos, a interpretação deverá ser efectuada segundo as regras gerais de interpretação das declarações negociais, tendo em conta os artigos 236.º e seguintes do C.C., e não segundo o artigo 2187.º do C.C.⁷⁷, sendo aplicável ao caso o artigo 238.º do C.C., já que a declaração está sujeita a forma escrita, nos termos do artigo 198.º, n.º 2 do RJCS⁷⁸.

74 É comum a inserção de normas relativas à determinação do beneficiário nas cláusulas gerais dos contratos de seguro.

75 Alertando para esta situação quanto às cláusulas contratuais gerais previstas em contrato de seguro, Romano Martinez, 2006: 87 e 88.

76 Vasques, 1999: 352 e ss.; Romano Martinez, 2006: 88 e 89.

77 A orientação subjectivista subjacente ao artigo 2187.º do C.C. explica-se pela específica natureza do acto de última vontade e pela desnecessidade de protecção do declaratário contraposta à manifesta necessidade de garantir o respeito pelos desejos do *de cujus*, posição esta que já seria sustentável perante o Código Civil de 1867, cfr. Ferrer Correia, 2001: 224 e ss..

78 Em sentido contrário, afirmando, embora não fundamentando, a aplicação dos artigos 2179.º e seguintes do C.C., Vasques, 1999: 363.

e) *As normas interpretativas constantes do RJCS*

i. O artigo 201.º do RJCS

i.i. Designação de filhos de determinada pessoa

O artigo 201.º, n.º 1 resolve as dúvidas interpretativas que podem nascer da designação genérica de “filhos” de determinada pessoa enquanto beneficiários do seguro, estabelecendo que se entenderá a designação por efectuada a favor de todos os filhos que sobreviverem à pessoa em causa e aos descendentes dos que faleceram em sua representação^{79/80}.

i.ii. Designação de herdeiros ou de cônjuge

O artigo 201.º, n.º 2 trata da designação genérica de “herdeiros” ou do “cônjuge”, estipulando que, em caso de dúvida, serão beneficiários os herdeiros legais ou o cônjuge que o sejam à data do falecimento⁸¹.

A lei remete a determinação de quem seja beneficiário para as regras aplicáveis ao apuramento dos herdeiros legais previstas no artigo 2133.º do C.C., pelo que serão beneficiários os herdeiros legais integrantes da primeira classe de sucessores preenchida e de acordo com a proximidade do grau de parentesco⁸².

79 Segue-se aqui de forma próxima a solução prevista no artigo 172.º da Loi relative aux assurances de 4 de Abril de 2014. Similar é a solução prevista no 85.º da Ley de Contrato de Seguro espanhola, com a diferença de que nesta se prevê que em caso de falecimento de filho a prestação reverterá para os seus descendentes. Quanto à solução prevista na lei espanhola vide Tirado Sanchez, 2001: 1701 e ss.. Também na doutrina italiana se defende a bondade da solução – cfr. Zumaglia, 1992: 21.

80 Era a posição sustentada por Moitinho de Almeida, 1971: 355. O Autor, seguindo Donati (1956: 605), apontava que se devem considerar incluídos os filhos adoptivos, posição naturalmente ligada à época em que o texto foi escrito, já que hoje seria absolutamente insustentável outra posição face à equiparação entre filhos naturais e filhos adoptados plenamente. Pelos mesmos motivos se afigura hoje insustentável a posição de que tratando-se de filhos de terceiro que não o designante e sendo a designação *donandi causa*, os filhos adoptados após a designação não seriam abrangidos. O artigo 201.º, n.º 1 não distingue e o art. 1986.º do C.C. afasta a admissibilidade de tal diferenciação.

81 Segue-se também neste aspecto o disposto no artigo 85.º da Ley del Contrato de Seguro espanhola – Tirado Sanchez, 2001: 1701 e 1706 e ss.. Já defendia a presunção de que a designação genérica a favor dos herdeiros tinha em vista os herdeiros à data da morte Vaz Serra, 1955: 72. Dando conta de diferentes posições quanto à interpretação a dar à estipulação beneficiária, Moitinho de Almeida, 1971: 354 e 355. Sustentando a posição segundo a qual se deveria ter por beneficiário o cônjuge à data da designação, Donati, 1956: 605 e 606; e também Zumaglia, 1992: 21. Na lei francesa encontra-se expressamente estabelecido que em caso de designação a favor do cônjuge a prestação reverterá para o cônjuge que o for à data da “exigibilidade”. Rochex & Courtieu, 1998: 413 e 417.

82 Remete-se aqui para quanto ficou *supra* referido acerca da determinação do beneficiário nos termos do art. 198.º, n.º 2, no ponto 3.4.d).i.. Esta é a solução defendida na jurisprudência e doutrina italianas – cfr. Zumaglia, 1997: 339.

Por outro lado, apenas interessa conhecer os herdeiros legais “...que o sejam à data do falecimento”, como critério para a determinação do beneficiário. Nesta medida, irreleva a hipotética situação sucessória à data em que a designação seja efectuada, tal como irrelevantes quaisquer alterações ocorridas entre a morte e a data da interpelação a pagamento ou da aceitação do sinistro participado⁸³. Nomeadamente, a aceitação e o repúdio da herança serão indiferentes para efeitos de determinação do beneficiário⁸⁴.

i.iii. Quanto à distribuição da prestação havendo múltiplos beneficiários

No artigo 201.º, n.º 3 encontram-se previstas algumas regras quanto à distribuição da prestação havendo múltiplos beneficiários, as quais são supletivas, nos termos do n.º 4 do preceito.

Por regra, a prestação é efectuada em partes iguais a todos os beneficiários, sendo no entanto estabelecidas algumas excepções, previstas nas alíneas a) e b).

Nos termos da alínea a), sendo beneficiários os herdeiros da pessoa segura a prestação será distribuída de acordo com os princípios prescritos para a sucessão legítima, previstos nos artigos 2131.º e seguintes do C.C.⁸⁵.

Segundo a alínea b), no caso de premoriência de um dos beneficiários quanto aos outros, a parte que caberia ao beneficiário falecido será distribuída pelos seus herdeiros⁸⁶. Esta norma deve ser interpretada conjugadamente com o

83 Assim, vide o acórdão da Corte Suprema di Cassazione, Sez. I – 14 maggio 1996, bem como o comentário ao referido aresto *in* Zumaglia, 1997: 334 a 340.

84 Posição semelhante é sustentada perante a lei francesa por Rochex & Courtieu, 1998: 415 e 416 (“... le vocation héréditaire n’intervenant que pour le calcul de la part de chacun.”). Para mais argumentos remetemos, novamente, para quanto ficou referido no ponto 3.4.d.i. do presente estudo.

85 Solução expressamente estabelecida, igualmente, na lei francesa – *cfr.* Rochex & Courtieu, 1998 413 e ss.; na lei espanhola – Tirado Sanchez, 2001: 1718 e ss.; e no § 160, n.º 2, primeira parte do *Versicherungsvertragsgesetz* alemão, de 23 de Novembro de 2007. A solução não parece colher o apoio da doutrina e jurisprudência italianas – *assim*, Zumaglia, 1997: 33.

86 No ordenamento jurídico espanhol está prevista solução diversa, prevendo-se que a parte não adquirida por um beneficiário acrescerá às dos restantes, no que constitui uma previsão expressa de direito de crescer em negócios *inter vivos* – *cfr.* Tirado Suárez, 2001: 1722 e ss.. No Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 21.03.2013, processo n.º 338/11.ITVLSB.L1.S1, consultável *in* “www.dgsi.pt”, é expressamente afastada a hipótese de aplicação do direito de crescer fora do âmbito sucessório e, logo, à distribuição da prestação devida aos beneficiários de um contrato de seguro. O Acórdão em causa padece, no entanto, de um vício de raciocínio anterior. De facto, no caso em apreço foi celebrado um contrato de seguro de vida tendo por beneficiários os herdeiros legais da pessoa segura, que veio a ser assassinada pela sua cónjuge, declarada indigna. Assim, decidiu-se no aresto não atribuir a prestação que seria devida à cónjuge indigna, correspondente a 50% do capital devido, atribuindo ao outro herdeiro a percentagem que sempre lhe caberia caso a indigna recebesse o montante devido nos termos do contrato. Na realidade, estando o

artigo 198.º do RJCS, que especifica, pretendendo significar que os herdeiros do beneficiário falecido não terão direito a partes iguais às que caberão aos beneficiários sobreviventes, mas apenas à distribuição entre si da parte que caberia ao beneficiário falecido caso este estivesse vivo⁸⁷.

A norma faz uma referência pouco compreensível aos descendentes da pessoa segura que não deverá, contudo, ser empolada⁸⁸. É no artigo 198.º que se estabelecem regras para a determinação supletiva legal dos beneficiários de contrato de seguro de pessoas, enquanto que no artigo 201.º, n.º 3 se pretende apenas estabelecer regras supletivas quanto à distribuição da prestação do segurador entre múltiplos beneficiários. Nesta medida, a referência a “descendentes” deverá ser interpretada como uma referência a “herdeiros”, em concordância com o artigo 198.º do RJCS⁸⁹.

ii. O artigo 212.º, n.º 1 do RJCS

Sendo a pessoa segura de um contrato de seguro de acidentes pessoais distinta do tomador do seguro, em caso de dúvida, será a pessoa segura o beneficiário⁹⁰. Atende-se assim àquela que será a normal vontade das partes no contrato considerando a pessoa que suporte o risco primário em causa⁹¹.

3.6. Designação beneficiária revogável e irrevogável

Por regra, a pessoa que designou o beneficiário tem o direito de revogar ou alterar a designação a qualquer momento, consoante resulta do artigo 199.º, n.º 1 do RJCS⁹², uma vez que a designação radica na vontade do designante

segurador obrigado à entrega do capital seguro a quem seja beneficiário e não havendo outros beneficiários, ou caducando ou sendo revogada a designação quanto a estes, o capital seguro deve ser integralmente atribuído ao beneficiário único, não por via do direito de acrescer, correctamente julgado inaplicável na situação em apreço, mas por via do regime contratual colocado em vigor através do contrato de seguro.

87 Não concordamos assim com Vasques, que considera existir uma aparente contradição entre os artigos 201.º, n.º 3, alínea b) e 198.º, n.º 2, alínea b) – cfr. Vasques, 2011: 573. Vide também Lobo Xavier, 2013: 15-18.

88 “Descendentes” serão os filhos, netos, bisnetos... *do de cujus*.

89 Em sentido contrário, Lobo Xavier, 2013: 14-18.

90 Quanto ao art. 212.º, n.º 1 do RJCS, Brito, 2011: 613.

91 Conforme quanto ficou mencionado no ponto 3.4.d).iii.. *supra*.

92 A lei refere que “[a] pessoa que designa o beneficiário pode a qualquer momento revogar ou alterar a designação...”, no que não deve ser entendido como fortuito. A doutrina maioritária inclina-se para considerar o direito de revogação da designação como estritamente pessoal. Neste sentido vide Moitinho

e tal vontade pode mudar com o decurso do tempo⁹³, sendo este um direito estritamente pessoal do titular, não podendo ser exercido por parte dos seus herdeiros⁹⁴, credores⁹⁵ ou por parte do administrador da insolvência⁹⁶. Poderá, no entanto, ser exercida por parte do tutor do titular incapaz⁹⁷. As excepções a tal regra reconduzem-se às situações em que tenha havido renúncia expressa à faculdade de revogação do contrato⁹⁸ e, nos seguros de sobrevivência, ao caso de adesão por parte do beneficiário⁹⁹, a qual terá de ser efectuada por declaração remetida ao segurador e ao tomador do seguro, nos termos do artigo 447.º, n.º 3 do C.C.. Em todo o caso, o direito de revogar ou alterar a designação

de Almeida, 1971: 359; Santi, 1965: 562; Zumaglia, 1992: 21; Bazzano, 1998: 187; Chabannes & Gauclin-Eymard, 1996: 108; Lambert-Faivre, 1995: 800.

93 Zumaglia, 1992: 22.

94 O direito deve ter-se por estritamente pessoal e, logo, intransmissível aos herdeiros do designante, no que se deve ter por acertado face aos valores em presença, nomeadamente a protecção da vontade do designante perante o natural interesse económico dos seus herdeiros à eventual titularidade da prestação do segurador. No sentido da intransmissibilidade do direito de revogação do benefício em caso de morte do designante vide Bazzano, 1998: 187; Chabannes & Gauclin-Eymard, 1996: 108. Admitindo a transmissão em termos restritivos Lambert-Faivre, 1995: 800.

95 Neste sentido, Santi, 1965: 562; Moitinho de Almeida, 1971: 359; Chabannes & Gauclin-Eymard, 1996: 108; e Lambert-Faivre, 1995: 800. Na jurisprudência, vide o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 05.11.2011, processo n.º 7470/05.9TBVFR-A.P1, consultável in “www.dgsi.pt”.

96 Sustentando a insuceptibilidade de revogação por parte do administrador da insolvência do designante, Zumaglia, 1992: 21.

97 Seguimos assim o entendimento de Tirado Sanchez, 2001: 1730; Rochex & Courtieu, 1998: 421. Não foi esta a solução acolhida na lei belga, que nega tal possibilidade, conforme se retira do artigo 176.º da *Loi relative aux assurances*.

98 Segundo o artigo 199.º, n.º 1, a renúncia deve ser expressa. A renúncia, tal como a designação, será efectuada por escrito, atenta a exigência de forma prevista para a declaração de designação efectuada após a celebração do contrato, tratando-se de uma declaração recipianda. De facto, tal como a designação posterior deve ser efectuada por escrito e deve ser comunicada ao segurador para que produza efeitos, também a sua revogação ou alteração deve seguir a mesma forma e estar sujeita à mesma exigência de conhecimento. No direito italiano é expressamente previsto no artigo 1921.º do *Codice Civile* que a renúncia deverá ser efectuada por escrito e comunicada ao segurador, conforme Santi, 1965: 562 e 563. Sustentando a exigência de forma escrita, Vasques, 1999: 178.

99 Assim, nos seguros de sobrevivência o exercício do direito potestativo de adesão por parte do beneficiário consolida a situação jurídica atribuída através da designação beneficiária na respectiva esfera jurídica, numa clara aproximação ao regime do contrato a favor de terceiro – sobre o exercício do poder potestativo de adesão nos contratos a favor de terceiro vide Vaz Serra, 1955: 130 e ss.; Leite de Campos, 1980: 119 e ss.. A lei mantém assim a distinção entre os efeitos da adesão no seguro de vida em caso de morte e no seguro de sobrevivência que resultaria da aplicação do artigo 448.º do C.C., de que dava nota, em termos críticos, Moitinho de Almeida, 1971: 356 e ss.. Quanto ao paralelismo imperfeito com o regime do C.C., face ao facto de que a vida que referencia o momento do cumprimento da promessa não ser necessariamente a do promissário – Martins, 2010: 70 a 73. No ordenamento jurídico francês a aceitação torna a designação irrevogável também no caso dos seguros de vida em caso de morte, cfr. Lambert-Faivre, 1995: 801.

cessam no momento em que o beneficiário adquire o direito ao pagamento das importâncias seguras, nos termos do artigo 199.º, n.º 3¹⁰⁰.

Tornando-se a designação irrevogável nos termos do n.º 1, estabelece o artigo 199.º, n.º 2 que salvo convenção em contrário, o tomador do seguro perde os direitos de resgate, de adiantamento e de redução¹⁰¹. Por outro lado, em caso de não pagamento do prémio na data do vencimento o segurador tem o ónus de interpelar o beneficiário, no prazo de trinta dias, para, querendo, substituir-se ao tomador no pagamento, sob pena de serem inoponíveis ao beneficiário as consequências convencionadas para a falta de pagamento do prémio, consoante dispõe o artigo 204.º, n.º 1 e 2 do RJCS¹⁰².

Embora a lei não o refira expressamente, a revogação poderá ser efectuada através de declaração escrita¹⁰³, em testamento¹⁰⁴ ou até de forma tácita¹⁰⁵, sendo sempre exigida a comunicação ao segurador ou o seu conhecimento como requisito de eficácia da revogação¹⁰⁶.

No n.º 4 do artigo 199.º estabelece-se que tendo a pessoa segura designado o beneficiário ou assinado conjuntamente com o tomador do seguro a proposta

100 A norma pareceria desnecessária por redundante, já que se o beneficiário adquiriu o direito (e não uma expectativa, um precário ou qualquer outra situação jurídica distinta...) a sua esfera não poderia, naturalmente, ser unilateralmente afectada por parte do designante. Também neste sentido, Tirado Sanchez, 2001: 1734. No entanto, clarifica-se que o direito de revogação amplamente admitido no n.º 1 tem como limite temporal o momento em que o beneficiário adquire o direito, não ficando a situação jurídica do beneficiário sujeita a alterações unilateralmente provocadas pelo designante. Também nos PEICL se opta por clarificar tal situação, no artigo 11:101, 2, b) – ctd. Heiss & Cerini, 2008: 95 e 96.

101 Conforme se encontra igualmente previsto no artigo 87.º da Ley de Contrato de Seguro espanhola. Explica Francisco Javier Tirado Sanchez que com a irrevogabilidade perde o tomador os direitos patrimoniais decorrentes do contrato de seguro, assim se evitando a revogação tácita da designação beneficiária – assim, Tirado Sanchez, 2001: 1740 e ss..

102 Quanto ao artigo 204.º do RJCS, vide Ribeiro, 2011: 581 e 582.

103 Defendendo a forma escrita da designação e da revogação da designação beneficiária com fundamento na extensão a estas da razão de ser da forma legal do contrato de seguro, Moitinho de Almeida, 1971: 358.

104 Bazzano, 1998: 186; Zumaglia, 1992: 23.

105 Entre as formas de revogação tácita encontram-se o resgate, a antecipação, o penhor e a redução do capital seguro, cfr. Tirado Sanchez, 2001: 1735 e ss.; Também Vasques, 1999: 175 e ss., em especial a 179. Admitia a revogação tácita perante o ordenamento jurídico italiano Santi, 1965: 562. Perante o ordenamento jurídico francês, Rochex & Courtieu, 1998: 421 e 422.

106 A regra está expressamente consagrada no que respeita à revogação decorrente da alteração do beneficiário, e que se encontra prevista no Decreto-Lei n.º 384/2007, de 19 de Novembro. O diploma, aplicável aos contratos de seguro de vida e de acidentes pessoais e às operações de capitalização com beneficiário em caso de morte do segurado ou do subscritor (nos termos do art. 1.º n.º 1 do diploma, com as excepções previstas no n.º 2 do artigo) estipula, no seu artigo 3.º, n.º 2, que o titular do direito tem de comunicar por escrito ao segurador a intenção de alteração do beneficiário na vigência do contrato.

de seguro de que conste a designação beneficiária, a alteração da designação por parte do tomador do seguro carece do acordo da pessoa segura, sem o qual o acto não será válido. A norma visa a protecção da pessoa segura quanto à identidade do beneficiário face ao facto de a titularidade do direito de designar beneficiário caber, por regra, ao tomador do seguro, nos termos do artigo 198.º, n.º 1 do RJCS. Nesta medida se compreende a ressalva constante da última parte do artigo 199.º, n.º 4 – “...sem prejuízo do disposto no seguro de grupo.” – já que na situação aí referida a titularidade do direito de designar cabe à própria pessoa segura.

Fora dos casos previstos no n.º 4, dispõe o n.º 5 do artigo 199.º do RJCS que a alteração da designação beneficiária feita por pessoa diversa da pessoa segura ou sem o seu acordo lhe deve ser comunicada por parte do segurador. Nestes termos, aqui, ao contrário do que sucede nos casos previstos no n.º 4, não é exigido o acordo da pessoa segura para a alteração, sendo apenas exigida a comunicação da alteração. A norma visa a protecção da pessoa segura, podendo a sua violação gerar responsabilidade civil do segurador perante esta.

3.7. Alteração da prestação atribuída ao beneficiário

A alteração da prestação atribuída ao beneficiário poderá ser efectuada nos mesmos termos em que pode ser efectuada a revogação do benefício, já abordados no ponto anterior. Nestes termos, a irrevogabilidade da designação implica a inalterabilidade do objecto imediato e do objecto mediato da obrigação¹⁰⁷. Já não sendo a designação irrevogável o designante poderá alterar o objecto da obrigação, até ao momento em que o beneficiário adquira o direito ao pagamento das importâncias seguras (consoante estabelece o artigo 199.º, n.º 3 do RCJS), e cumprido que seja o artigo 199.º, n.º 4. A situação conhece no entanto cambiantes que importa ter em atenção, e de que daremos conta em seguida.

Deve-se ter em atenção que, por regra, a irrevogabilidade da designação implica não só que o benefício não poderá ser revogado como que a prestação não poderá ser quantitativamente diminuída por parte do tomador do seguro, conforme resulta do artigo 199.º, n.º 2 do RJCS¹⁰⁸. O artigo 199.º, n.º 2 admite, porém, convenção em contrário, admitindo que o tomador do seguro mantenha

107 Sobre o objecto da obrigação, Antunes Varela, 2015a: 78 e ss..

108 Que estabelece a perda dos direitos de resgate, adiantamento e redução por parte do tomador do seguro. Remetemos novamente para a explicação avançada por Tirado Sanchez, 2001: 1740 e ss..

direitos de resgate, adiantamento ou redução sobre a provisão matemática. Vejamos em que se traduzem tais direitos e de que forma afectam a posição jurídica do beneficiário.

A redução consiste na diminuição da prestação devida por parte do segurador em caso de falta de pagamento dos prémios devidos nos termos do contrato de seguro¹⁰⁹. Tal pode-se tratar de um eventual direito do tomador ou do segurador, conforme resulta dos artigos 194.º e 203.º do RJCS¹¹⁰. Em todo o caso, traduzir-se-á sempre numa afectação da prestação do segurador prevista no contrato. Assim, o exercício do direito de redução previsto no contrato implica a variabilidade da prestação eventualmente atribuída ao beneficiário no termo do contrato.

Idêntica variabilidade existirá sempre que se encontre previsto o direito ao adiantamento. O adiantamento traduz-se na concessão de crédito por parte do segurador ao tomador do seguro, consistente no adiantamento sobre o capital seguro nos termos do contrato, tendo por base o valor da provisão matemática, consoante decorre do artigo 105.º do RJCS¹¹¹. O RJCS admite no seu art. 199.º, n.º 2 a atribuição do direito de adiantamento ao tomador do seguro, mesmo que não se trate do beneficiário do contrato, o que afasta a operação do simples e próprio adiantamento e o aproxima da concessão de crédito¹¹².

Havendo lugar à restituição da quantia objecto do adiantamento antes do momento em que se verifica o sinistro, bem como ao pagamento dos juros correspondentes ao tempo decorrido, o segurador procederá ao pagamento da prestação devida nos termos do contrato ao beneficiário. Não existirá aqui

109 Sobre a redução, na doutrina portuguesa, Vasques, 2011: 560 e 561; Moitinho de Almeida, 1971: 328 e ss.. Na doutrina francesa, Lambert-Faivre, 1995: 775 e ss.; Rochex & Courtieu, 1998: 453 e 454; Chabannes & Gauclin-Eymard, 1996: 192 e ss.; Couilbault, Eliashberg & Latrasse, 2002: 330.

110 Neste sentido, vide as anotações de Vasques (2011: 560 e 561) e de Ribeiro (2011: 575 ss.), respectivamente, aos artigos 194.º e 203.º do RJCS...

111 Sobre o adiantamento no direito português vigente, Vasques, 2011: 564 e ss.. Na doutrina francesa, Lambert-Faivre, 1995: 779; Rochex & Courtieu, 1998: 458 e ss.; Chabannes & Gauclin-Eymard, 1996: 190 e ss.; Couilbault, Eliashberg & Latrasse, 2002: 332.

112 Moitinho de Almeida rejeitava a aproximação do adiantamento ao “empréstimo” com fundamento na existência de um direito de crédito do sujeito a quem é concedido o adiantamento sobre a provisão matemática. Esta tese perde força com a atribuição do direito ao adiantamento a alguém que não é o titular previsto, designado irrevogavelmente, da prestação eventualmente devida nos termos do contrato de seguro, já que neste caso existirão dois titulares de direitos de crédito concorrentes sobre a provisão matemática, sendo que o tomador do seguro que não seja beneficiário não é o previsto titular segundo o normal funcionamento típico do contrato. Nesta medida nenhum adiantamento lhe é concedido, sendo antes concedido um crédito por parte do segurador. De resto, a recondução do adiantamento à concessão de crédito é comum na doutrina francesa, cfr. Lambert-Faivre, 1995: 779.

qualquer variação quantitativa da prestação devida ao beneficiário. No caso alternativo, existirá uma variação quantitativa da prestação, devendo o segurador proceder à atribuição da prestação reduzida do montante adiantado e respectivos juros que não hajam sido restituídos por parte do sujeito a quem tenha sido concedido o adiantamento¹¹³.

Finalmente, o art. 199.º, n.º 2 do RJCS permite que o tomador do seguro ou o segurado, nos termos do art. 194.º, n.º 2¹¹⁴, mantenha o direito de resgate, consistente no pagamento antecipado total ou parcial da prestação devida nos termos do contrato de seguro com a consequente extinção total ou parcial da obrigação devida por parte do segurador¹¹⁵, o que resulta na eventual variabilidade quantitativa da prestação (no caso de resgate parcial) ou, até, na cessação do contrato sem qualquer pagamento ao beneficiário designado irrevogavelmente (no caso de resgate total)¹¹⁶.

Atenta a opção expressa na lei de admitir que outro sujeito que não o beneficiário irrevogável tenha os direitos de redução, adiantamento ou resgate, encontra-se estabelecida a admissibilidade de variação quantitativa parcial ou até total da prestação devida ao beneficiário, mesmo perante uma designação irrevogável, que poderá determinar até o completo esvaziamento do conteúdo económico da prestação. Entendemos, porém, que tal variabilidade quantitativa se afigura excepcional, não devendo ocorrer quando tais direitos não se encontrem previstos e apenas podendo ser exercida na estrita medida em que se encontrem previstos.

Quanto antecede permite formular uma conclusão quanto à possibilidade de designação de mais beneficiários no decurso do contrato. Sendo a designação revogável o designante mantém total liberdade para alteração do titular da prestação e, como tal, também para a variação quantitativa da prestação. Já sendo a designação irrevogável, e uma vez que a designação de mais beneficiários afectará a quantia a prestar a cada um, nos termos do artigo 201.º,

113 Chabannes & Gauclin-Eymard, 1996: 190 e ss..

114 O art. 199.º, n.º 2 não faz referência ao segurado. Porém, interpretado sistematicamente o preceito, deverá retirar-se que também o segurado poderá manter o direito de resgate quando seja o titular do direito nos termos convencionados no contrato de seguro, consoante é admitido no art. 194.º, n.º 2 do RJCS.

115 Explicando o funcionamento do resgate, Vasques, 2011: 562 e ss.. Na doutrina francesa, Lambert-Faivre, 1995: 776 e ss.; Rochex & Courtieu, 1998: 456 e ss..

116 Perante o ordenamento jurídico francês, e atenta a falta de uma disposição semelhante à do art. 199.º, n.º 2 do RJCS, considera depender o exercício do direito de resgate do consentimento do beneficiário designado irrevogavelmente Lambert-Faivre, 1995: 778.

n.º 3 do RJCS, entendemos não poderem ser efectuadas designações beneficiárias concorrentes com o beneficiário previamente designado¹¹⁷.

4. A POSIÇÃO JURÍDICA DO BENEFICIÁRIO NOS SEGUROS DE PESSOAS PERANTE O ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS

4.1. Conteúdo comum da posição jurídica do beneficiário

a) A prestação devida

O beneficiário será a pessoa a quem será efectuada a prestação devida por parte do segurador¹¹⁸. Tal prestação poderá ter os mais diversos objectos¹¹⁹. Desde logo, nos termos do artigo 175.º, n.º 2 do RJCS, poderá estar em causa uma prestação de valor pré-determinado, dependente ou não da evolução de um ou mais produtos financeiros¹²⁰, ou uma prestação indemnizatória¹²¹. Por outro lado, a prestação poderá ser de realização certa ou incerta¹²². O beneficiário poderá ainda ter direito a auferir parte dos resultados técnicos, financeiros ou ambos gerados pelo contrato de seguro ou pelo conjunto de contratos em que aquele se insere, conforme se encontra estipulado no art. 205.º do RJCS¹²³.

117 Mas apenas as designações concorrentes, já que, encontrando-se previstas diferentes prestações a cargo do segurador ou sendo atribuído ao beneficiário apenas uma parte da prestação, não haverá qualquer óbice à atribuição de outra prestação ou parte da prestação a outro beneficiário.

118 Chabannes & Gauclin-Eymard, 1996: 102

119 Ferreira de Almeida, 2013: 236; Lambert-Faivre, 1995: 817 e ss. .

120 Como é o caso dos seguros “Unit Linked”. Quanto a estes, na doutrina, Romano Martinez, 2015: 703-724; na jurisprudência, vide o citado Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12.11.2013, processo n.º 530/10.6TJPR.T.P1.S1, consultável *in* “www.dgsi.pt”; assim como o igualmente citado Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 19.12.2012, proferido no processo n.º 1890/10.4T2AVR.C1.

121 Apontando os contratos de seguro de vida associados a créditos à habitação como exemplos de seguros com prestações indemnizatórias, Martins, 2010: 328 e 329, em especial a nota 621. Discordamos, no entanto, de tal posição, uma vez que em tais casos o beneficiário será a instituição de crédito, a qual, em rigor, não sofre qualquer dano com o sinistro. O dano, se quisermos, radicaria no aumento de risco de incumprimento, o qual é paralisado pela mera existência do próprio contrato de seguro, que cobre o capital em dívida ao beneficiário. Na realidade, o seguro assume aqui uma especial função de garantia quer da situação do beneficiário quer da situação dos herdeiros da pessoa segura, que vêm o crédito pago pelo segurador em caso de falecimento de um dos principais responsáveis pelo pagamento do crédito ou, até, do único devedor no âmbito de tal contrato.

122 Ferreira de Almeida, 2013: 264.

123 Ribeiro, 2011: 582 e ss..

O beneficiário adquire o direito à prestação por efeito do próprio contrato¹²⁴. Mesmo quando o beneficiário não coincida com o tomador do seguro este não terá sequer de aceitar a prestação para a adquirir o direito, segundo o estabelecido no art. 441.º do C.C. para o contrato a favor de terceiro¹²⁵.

O beneficiário pode ceder ou onerar qualquer direito que tenha por força do contrato, nos termos gerais, nos termos do art. 196.º, devendo tal facto ser comunicado ao segurador, não apresentando o carácter *intuitu personae* da prestação qualquer obstáculo à realização de tais operações¹²⁶.

Por outro lado, e de forma a garantir o conhecimento da posição de beneficiário por parte do respectivo titular no caso específico dos seguros de vida, o segurador tem o dever de informar o beneficiário, por escrito, quanto à existência do contrato, da sua qualidade de beneficiário e do direito às importâncias devidas, segundo o art. 5.º do Decreto-Lei n.º 384/2007, de 19 de Novembro. Nos termos dos artigos 6.º e seguintes do aludido Decreto-Lei foi ainda criado um registo central de contratos de seguro de vida, acidentes pessoais e operações de capitalização com beneficiários em caso de morte, de consulta pública, cujo acesso é garantido a qualquer interessado¹²⁷.

b) A afectação da posição do beneficiário pelos regimes da colação, da imputação, da redução de liberalidades e da impugnação pauliana

A prestação decorrente do contrato é atribuída ao beneficiário por efeito do próprio contrato de seguro e não através do património do tomador, do segurado ou da pessoa segura, conforme tem sido entendido na doutrina¹²⁸ e jurisprudência nacionais¹²⁹. Seguindo o esquema típico do contrato de seguro

124 Zumaglia, 1992: 19. Na jurisprudência, vide o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12.11.2013, processo n.º 530/10.6TJ/PRT.P1.S1, consultável in “www.dgsi.pt”.

125 Romano Martinez, 2006: 68 e 69. Quanto à aquisição do direito por parte do terceiro nos contratos a favor de terceiro e os efeitos da aceitação, Vaz Serra, 1955: 106 e ss..

126 Já o apontava Romano Martinez, 2006: 114 e 115. O regime da transmissão do crédito por parte do beneficiário no ordenamento jurídico francês é substancialmente mais exigente, já que apenas é cedível havendo disposição expressa no contrato ou mediante o consentimento do tomador – cfr. Rochex & Courtieu, 1998: 433.

127 Regulamentado pela Norma Regulamentar do ISP n.º 14/2010-R, de 14 de Outubro, e pela Circular do ISP n.º 5/2008, de 5 de Junho. Na doutrina, vide os apontamentos tecidos por Lobo Xavier, 2013: 20-21.

128 Rochex & Courtieu, 1998: 425; Couilbault, Eliashberg & Latrasse, 2002: 333. Já defendia a bondade da solução Vaz Serra, 1955: 69 e ss.

129 Neste sentido, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12.11.2013, processo n.º 530/10.6TJ/PRT.P1.S1, consultável in “www.dgsi.pt”; e o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 19.12.2012, proferido no processo n.º 1890/10.4T2AVR.C1, consultável in “www.dgsi.pt”.

de vida em caso de morte, construído na base do contrato a favor de terceiro¹³⁰, estabelece o art. 200.º do RJCS que “as relações do tomador do seguro com pessoas estranhas ao benefício não afectam a designação beneficiária, sendo aplicáveis as disposições relativas à colação, à imputação e à redução de liberalidades, assim como à impugnação pauliana, só no que corresponde às quantias pagas pelo tomador do seguro ao segurador.”¹³¹. De notar que o artigo se refere “...às quantias prestadas pelo tomador do seguro ao segurador.” e não aos prémios¹³². Cabem aqui todas as prestações efectuadas pelo tomador ao segurador, entre as quais as quantias destinadas a formar o capital no âmbito das operações de capitalização¹³³, mas também qualquer encargo satisfeito com vista à conclusão, manutenção ou extinção do contrato¹³⁴. Por outro lado, e muito embora a lei se refira às relações do tomador do seguro, entendemos que o preceito à aplicável, por interpretação extensiva, às quantias prestadas por qualquer sujeito ao segurador com vista à celebração ou manutenção do contrato¹³⁵, já que em qualquer destas situações existe uma quantia prestada por alguém ao segurador que não ao beneficiário do seguro, sendo a atribuição patrimonial efectuada susceptível de aplicação, no plano teórico, dos regimes da colação,

130 Cfr. Vaz Serra, 1955: 67 e ss. e 171 e ss..

131 Mantendo-se o regime decorrente do art. 460.º do C. Com. e do art. 450.º do C.C., previsto quanto ao contrato a favor de terceiro. Quanto ao art. 460.º do C.Com., Vaz Serra, 1955: 171 e ss..

132 Quanto à aplicação do art. 450.º, n.º 1 do C.C. ao contrato de seguro em momento anterior a entrada em vigor do RJCS, do qual já resultaria um regime substancialmente idêntico, Moitinho de Almeida, 1971: 361; Vasques, 1999: 183. Quanto ao diferente regime no ordenamento jurídico francês, Lambert-Faivre, 1995: 808, 811 e 812; Rochex & Courtieu, 1998: 426 e ss.; Chabannes & Gaucelin-Eymard, 1996: 113 e 116 e ss..

133 Vasques, 2011: 572). Em sentido contrário, invocando ser inaplicável o regime dos contratos de seguro de vida a favor de terceiro, Martins, 2010: 56 a 58; considerando inaplicável a norma correspondente no direito italiano, Elgueta, 2005: 430 e ss.. Não podemos concordar com tais posições já que mesmo em tais contratos existirá um montante destacado das quantias atribuídas por parte do subscritor ao segurador, resultante do normal desenvolvimento económico do produto, o que é tanto mais verdade quando a operação se apresentar mista com um verdadeiro e próprio contrato de seguro. Parece-nos, ao invés, que a admissão da realização de operações de capitalização por parte de seguradores e a aplicação supletiva do regime do contrato de seguro e do regime especial do regime de vida, estabelecidos no art. 207.º do RJCS, possibilitam a aplicação do art. 200.º do RJCS às operações de capitalização. Ponto assente é o de que a extensão das quantias excluídas do âmbito de aplicação do art. 200.º (“...às quantias pagas pelo tomador do seguro ao segurador.”) não deixará grande espaço ao funcionamento ao preceito nas operações de capitalização. Neste sentido, vide o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12.11.2013, processo n.º 530/10.6TJ/PRT.P1.S1, consultável in “www.dgsi.pt”.

134 Correspondendo aos montantes determinantes do empobrecimento do tomador ou do aderente ao contrato de seguro, cuja afectação se compreende no espírito dos institutos da colação, da imputação, da redução de liberalidades e da impugnação pauliana, cfr. Vaz Serra, 1955: 174.

135 I.e., por exemplo, o caso do seguro de grupo contributivo, em que o segurado suporta parte do prémio devido ao segurador, nos termos do art. 77.º, n.º 2 e 3 do RJCS.

da imputação, da redução de liberalidades e da impugnação pauliana¹³⁶. Não faria qualquer sentido não admitir a afectação da designação beneficiária no que respeita a quantias prestadas por outros sujeitos, nem tal se afiguraria de alguma forma justificado perante a opção expressa nos artigos 200.º do RJCS e 450.º do C.C..

c) O regime da participação e da liquidação do sinistro

Ocorrido o sinistro¹³⁷ tem o beneficiário, a par do tomador do seguro e do beneficiário, o ónus de participação do sinistro, nos termos do art. 100.º do RJCS, ficando sujeito às consequências previstas no artigo 101.º do RJCS em caso de não apresentação da participação¹³⁸. O beneficiário terá ainda o ónus de provar a ocorrência do sinistro, nos termos gerais¹³⁹.

Contrabalançando o ónus que onera a posição do beneficiário, a lei prevê diversas restrições e estabelece, ainda, algumas obrigações a cargo do segurador de forma a moralizar as práticas comerciais e garantir que a posição do beneficiário não deixa de ser exercida por qualquer dificuldade que se lhe apresente na reclamação das quantias que lhe sejam devidas. Assim, é considerada prática comercial desleal obrigar o beneficiário consumidor a apresentar documentos que não possam razoavelmente ser considerados relevantes para estabelecer a validade do pedido¹⁴⁰, ou deixar sistematicamente sem resposta a correspondência pertinente, com o objectivo de dissuadir o consumidor do

136 Teórico porque tais regimes apenas são aplicáveis quando se encontrem verificados os respectivos pressupostos. Assim, não existindo herdeiros legítimos serão inaplicáveis os regimes da colação, da imputação e da redução de liberalidades, consoante se decidiu no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12.11.2013, processo n.º 530/10.6TJPR.T.P1.S1, consultável in "www.dgsi.pt".

137 Quanto ao que se deva entender por sinistro, vide Menezes Cordeiro, 2013b: 523 e 524 e ss..

138 Menezes Cordeiro, 2013b: 698.º e ss.. Quanto a este e a outros ónus, Ferreira de Almeida, 2013: 235 e 236.

139 Nos termos gerais do art. 342.º do C.C., já que o ónus da prova corre por aquele a quem o direito aproveite. Defendendo que o ónus de prova da ocorrência do sinistro corre por conta do tomador ou do beneficiário, na doutrina, Romano Martinez, 2006: 101. No mesmo sentido, na jurisprudência, vide o já citado Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 09.07.2014, processo n.º 841/10.0TVPR.T.L1.S1, bem como o igualmente citado Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 03.05.2011, proferido no processo n.º 1922/07.3TBPMS.C1.

140 Oferece alguma dúvida a exigência de dados de saúde da pessoa segura para efeitos de participação de sinistro e liquidação das quantias seguras. Sustentando a admissibilidade da exigência de atestado médico onde se declarem as circunstâncias, causa e início e evolução da doença ou lesão que provocaram a morte da pessoa segura, não sendo a cláusula geral do contrato de seguro que exija a apresentação de tais documentos nula, vide o citado Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 09.07.2014, processo n.º 841/10.0TVPR.T.L1.S1.

exercício dos seus direitos contratuais, nos termos dos artigos 12.º, 14.º e 15.º do Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de Março¹⁴¹. O segurador tem ainda o dever de informar o beneficiário de que tenha conhecimento acerca das diligências e documentos necessários para o recebimento das quantias contratualmente devidas, de acordo com o n.º 4 da Circular do ISP n.º 10/2009, de 20 de Agosto.

Participado o sinistro e apresentados os documentos a que ficou contratualmente sujeita a liquidação do sinistro¹⁴², deverá o segurador proceder à respectiva liquidação¹⁴³, efectuando o pagamento da prestação devida¹⁴⁴ nos prazos previstos na Circular do ISP n.º 10/2009, de 20 de Agosto, sob pena de incorrer em mora, nos termos gerais¹⁴⁵.

d) A perda do direito à prestação

O RJCS estabelece um princípio geral de perda do direito à prestação por parte do beneficiário que tenha provocado dolosamente o sinistro¹⁴⁶, devendo entender-se tal princípio como de ordem pública. Tal princípio decorre desde logo do art. 46.º, n.º 2, “*in fine*”, sendo confirmado nos artigos 192.º e 193.º do RJCS.

4.2. Especificidades da posição do beneficiário em caso de designação revogável

Tal como se referiu anteriormente, sendo a designação revogável pode o designante alterar ou revogar a designação a qualquer momento, nos termos do art. 199.º, n.º 1 e 3 do RJCS, apenas cessando tal direito no momento em que o

141 O que é ainda reforçado pelo n.º 5 da Circular do ISP n.º 10/2009, de 20 de Agosto.

142 Já que o segurador tem o direito de recusar proceder à liquidação do sinistro enquanto não tenha sido apresentada ou o segurador tenha obtido a documentação exigida no contrato de seguro (cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 09.07.2014, processo n.º 841/10.0TVPR.T.L.1.S1), desde que a apresentação de tal documentação se afigure razoável.

143 Quanto à liquidação do sinistro, apontando as diferenças consoante a prestação garantida tenha ou não função indemnizatória, vide Romano Martinez, 2006: 101 e ss.. Acerca das prestações pré-determinadas nos contratos de seguro de vida, Martins, 2010: 326 e ss.

144 Romano Martinez, 2006: 117 e ss.; Menezes Cordeiro, 2013b: 700 e ss..

145 Romano Martinez, 2006: 119.

146 Tal caducidade do direito do beneficiário decorre automaticamente do facto à qual se encontra ligada (o acto ou omissão causal quanto ao sinistro), não exigindo qualquer acto de vontade por parte do tomador, conforme já era defendido por Moitinho de Almeida, 1971: 371 e 372. Quanto à perda do direito em caso de sinistro provocado dolosamente por parte do beneficiário vide, na doutrina italiana, Zumaglia, 1992: 23 e ss..

beneficiário tenha adquirido o direito ao pagamento do capital seguro¹⁴⁷ ou, no caso dos seguros de sobrevivência, no momento em que o beneficiário declare a sua adesão¹⁴⁸. Tal liberdade de alteração e revogação também faculta ainda ao designante a livre afectação quantitativa da prestação eventual a efectuar nos termos do contrato de seguro, nomeadamente através da designação de outros beneficiários quanto à mesma prestação¹⁴⁹.

O direito ao pagamento do capital seguro é adquirido no momento do sinistro – nesse momento nasce o direito à prestação da seguradora directamente no património do beneficiário, aí se radicando¹⁵⁰, não sendo necessária adesão, como resultaria da aplicação supletiva do art. 448.º do CC..

Atentas as conclusões quanto ao conteúdo comum da posição de beneficiário e do conteúdo específico da posição do beneficiário em caso de designação revogável, a lei não dispensa qualquer protecção à posição do beneficiário até ao momento em que este adquira o direito à prestação decorrente do contrato de seguro. Nesta medida, o beneficiário designado revogavelmente terá uma mera esperança, ou expectativa de facto, até ao momento em que adquira direito ao pagamento do capital seguro¹⁵¹, tornando-se a partir de então credor do segurador¹⁵².

4.3. Especificidades da posição do beneficiário em caso de designação irrevogável

Sendo efectuada uma designação irrevogável o titular do direito de designar o beneficiário não pode revogar ou alterar a designação, nos termos do art. 199.º, n.º 1 do RJCS¹⁵³.

Por outro lado, da irrevogabilidade da designação decorre a inalterabilidade do objecto imediato e do objecto mediato da obrigação a cargo do segurador, pelo que não poderão ser efectuadas designações concorrentes e, salvo convenção em contrário, o contrato em causa não poderá ser objecto de resgate,

147 I.e., com a ocorrência do sinistro previsto.

148 Assim, vide o ponto 2.6..

149 Vide o ponto 3.7. *supra*.

150 Lima Rego, 2010: 608 e ss..

151 Moitinho de Almeida, 1971: 369.

152 Moitinho de Almeida, 1971: 367 a 371.

153 Ponto 3.6. do presente estudo.

adiantamento ou redução, segundo o art. 199.º, n.º 2 do RJCS, direitos que apenas poderão ser exercidos nos termos excepcionais em que estejam previstos no contrato¹⁵⁴.

Por outro lado, segundo o art. 204.º, n.º 1 e 2 do RJCS, em caso de não pagamento do prémio¹⁵⁵ na data do vencimento o segurador tem o ónus de interpelar o beneficiário, no prazo de trinta dias, para, querendo, substituir-se ao tomador no pagamento, sob pena de serem inoponíveis ao beneficiário as consequências convencionadas para a falta de pagamento do prémio.

Julgamos que a discussão em torno da natureza jurídica do beneficiário não tem traduzido, em termos gerais, aquela que é uma diferença estrutural da maior relevância, que é a de saber se existe ou não certeza quanto ao facto futuro que determinará a entrega da prestação ao beneficiário.

Quando esteja em causa um contrato que confira uma prestação de forma certa, como sejam as operações de capitalização ou os seguros de vida que confirmam ao beneficiário o direito de resgate, o beneficiário tem um direito de crédito sobre o segurador desde o momento em que a designação se torne irrevogável¹⁵⁶. Não sendo a prestação certa o beneficiário não terá um direito senão eventual¹⁵⁷, juridicamente tutelado na medida em que é irrevogável e, por regra, inalterável¹⁵⁸. Assim, afigura-se-nos correcto o entendimento de que estaremos aqui perante uma expectativa jurídica¹⁵⁹

154 Remetendo-se para quanto ficou oportunamente referido no ponto 3.7..

155 Quanto à matéria do prémio, em geral, Menezes Cordeiro, 2013b: 684 e ss.. O prémio apresenta especificidades no âmbito dos contratos de seguro de vida, onde a própria configuração do prémio como prestação devida no âmbito do contrato e, com esta, a própria onerosidade do contrato, é colocada em causa – cfr. Rochex & Courtieu, 1998: 450; Dando nota da discussão em torno destas matérias, tomando posição no sentido de que o dever de pagamento do prémio continua a ser relevante enquanto índice do tipo, Martins, 2010: 321 e ss..

156 Assim, invocando o exemplo dos seguros de vida que concedem direito de resgate, Moitinho de Almeida, 1971: 369. Em sentido de alguma forma diverso, sustentava Vasques que o beneficiário tinha um direito de crédito eventual, na medida em que o designante mantinha a possibilidade de revogar a designação – Vasques, 1999: 175 e ss., em especial a 176.

157 Caso da maioria dos seguros de vida em caso de morte, já que na prática os seguradores não celebram contratos onde o risco coberto seja simplesmente a morte da pessoa segura. Assim, o limite de idade para a cobertura, as exclusões contratuais previstas e, de alguma forma, o próprio regime das declarações pré-contratuais de risco obstam a que se possa falar de um risco de verificação certa.

158 Embora se admita a excepção do art. 199.º, n.º 2 do RJCS.

159 Moitinho de Almeida, 1971: 369.

4.3. A relevância contratual das relações entre a pessoa que tenha efectuado a designação beneficiária e o beneficiário

a) *A designação beneficiária enquanto liberalidade*

A atribuição patrimonial decorrente do contrato de seguro a favor do beneficiário poderá ter um fim de liberalidade¹⁶⁰. O direito do beneficiário nascerá directamente na respectiva esfera jurídica no momento do sinistro e por força da designação beneficiária. Assim, mesmo no caso do seguro de vida em caso de morte, a designação beneficiária não tem natureza sucessória, não constituindo uma liberalidade *mortis causa* mas sim *inter vivos*¹⁶¹.

i. Situações de incapacidade relativa do beneficiário

Tratando-se de uma liberalidade aplicam-se as regras estabelecidas quanto à doação¹⁶², entre as quais se destaca a aplicação do artigo 953.º do C.C. e, por expressa remissão deste, os artigos 2192.º a 2198.º do C.C., que estabelecem situações de indisponibilidade relativa¹⁶³.

Assim, serão nulas as disposições feitas por interditos ou inabilitados a favor do seu tutor, curador ou administrador legal de bens, bem como ao protutor, se na data em que a designação foi efectuada substituía qualquer dos referidos sujeitos, a menos que se trate de descendente, ascendente, colateral até ao terceiro grau ou cônjuge do designante¹⁶⁴.

Será ainda nula a disposição a favor do médico ou enfermeiro que tratar do designante ou do sacerdote que lhe prestar assistência espiritual, se a designação foi efectuada durante a doença que tiver causado o sinistro, exceptuando-se, mais uma vez, a designação efectuada a favor de descendente, ascendente, colateral até ao terceiro grau ou cônjuge do designante¹⁶⁵.

160 Moitinho de Almeida, 1971: 362; Vasques, 1999: 175.

161 Moitinho de Almeida, 1971: 362; Lambert-Faivre, 1995: 807; Zumaglia, 1997: 336 a 341; Elgueta, 2005: 419 e ss.. Na jurisprudência, fazendo o levantamento de diversas posições no sentido aduzido no texto, vide o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17.06.2014, processo n.º 930/11.4T2AVR.C1.S1, consultável in “www.dgsi.pt”.

162 Alude a esta questão Lobo Xavier, 2013: 18-22.

163 Moitinho de Almeida, 1971: 363. Vaz Serra, 1955: 181 e ss.. A doutrina francesa admite a aplicação das causas de revogação da doação à revogação da designação beneficiária, Lambert-Faivre, 1995: 801; Chabannes & Gauclin-Eymard, 1996: 101. Rochex & Courtieu, 1998: 422 e 423.

164 Nos termos do art. 2192.º do C.C..

165 Artigos 2194.º e 2195.º do C.C..

Seguindo regra presente em ordenamentos jurídicos estrangeiros, será nula a disposição a favor de pessoa com quem o designante casado cometeu adultério¹⁶⁶, excepto quando o casamento se encontrava dissolvido, quando os cônjuges estivessem separados judicialmente de pessoas e bens ou separados de facto há mais de seis anos à data do sinistro ou, finalmente, no caso em que a designação se limite a assegurar alimentos ao beneficiário¹⁶⁷.

Por último, quando a designação foi efectuada em testamento será nula a disposição a favor do sujeito que escreveu ou lavrou o testamento ou das testemunhas, abonadores ou intérpretes que intervieram no testamento ou na sua aprovação¹⁶⁸.

Será nula a disposição efectuada por meio de interposta pessoa a favor de quem seja considerada incapaz, nos termos do art. 2198.º do C.C.. Nos termos conjugados dos artigos 2198.º, n.º 2 e 579.º, n.º 2 do C.C., considera-se disposição efectuada por meio de interposta pessoa a que seja efectuada ao cônjuge do inibido ou pessoa de quem este seja herdeiro presumido¹⁶⁹, bem como a disposição a favor de terceiro que tenha acordado transmitir a atribuição patrimonial ao terceiro¹⁷⁰.

166 Acerca da nulidade da designação a favor de amante, dando nota acerca da discussão nos ordenamentos italiano e francês, apontando que a nulidade deverá afectar toda a prestação devida nos termos do contrato, e não apenas as quantias entregues por parte do tomador ao segurador, Moitinho de Almeida, 1971: 364 e 365. Já não nos parece de acolher a posição sustentada por parte do Autor no sentido de que a incapacidade superveniente deve afectar apenas a diferença entre o valor do resgate ao momento em que ocorreu o facto que determinou a indisponibilidade relativa e o montante de prestação devida ao momento do sinistro. Pelo contrário, entendemos que a indisponibilidade verificar-se-á sempre por referência a determinado momento e determinará a indisponibilidade quanto a toda a prestação devida. Assim, no exemplo avançado pelo Autor, se à data em que a designação foi efectuada a beneficiária tinha uma relação amorosa com o designante mas não era amante do mesmo, por este não ter qualquer relação com outra pessoa, o facto de se vir a tornar amante por o designante vir a casar com outrem apesar de manter a relação com a beneficiária de forma ininterrupta não deverá afectar a designação, já que ao momento em que a designação foi efectuada não era nula. Quanto ao regime aplicável no ordenamento jurídico francês, Lambert-Faivre, 1995: 805 e 806.

167 Art. 2196.º do C.C..

168 Art. 2197.º do C.C..

169 É irrelevante, aqui, a existência de um acordo no sentido de transmitir a atribuição patrimonial decorrente do contrato a pessoa incapaz para efeitos de designação beneficiária, presumindo-se *iuris et de iure* que a prestação efectuada ao cônjuge e a pessoa de quem o inibido seja herdeiro presumível beneficiará o inibido e, como tal, será nula.

170 Trata-se de um exemplo de proibição de negócio fiduciário em função da frustração que este permitira aos fins dos artigos 2192.º a 2198.º do C.C., se bem que esta proibição sempre decorreria do âmbito das proibições estabelecidas nestes artigos.

ii. A revogabilidade da designação beneficiária

São aplicáveis às designações beneficiárias com fim de liberalidade os artigos 970.º e 974.º, ainda que a designação seja irrevogável¹⁷¹, já que o artigo 977.º proíbe a renúncia antecipada ao direito de revogar a doação em caso de ingratidão do beneficiário¹⁷².

Nos termos expostos, o designante poderá revogar a designação quando o beneficiário tenha sido condenado como autor ou cúmplice de homicídio doloso, ou por denúncia caluniosa ou falso testemunho relativamente a crime punível com pena de prisão superior a dois anos, praticado contra a pessoa segura, o seu cônjuge, descendente, ascendente, adoptante ou adoptado¹⁷³.

Poderá ainda ser revogada a designação a favor de beneficiário que tenha induzido o designante, através de dolo ou coacção, a efectuar a designação a seu favor ou o impediu de alterar a designação¹⁷⁴.

A revogação poderá ainda ser efectuada quando o beneficiário tenha subtraído, inutilizado, falsificado ou suprimido o documento onde conste a declaração beneficiária ou se tenha aproveitado de tais factos¹⁷⁵.

Outra possibilidade de revogação radica no incumprimento de encargos lícitamente estabelecidos na designação beneficiária, nos termos dos artigos 963.º e 966.º do C.C.¹⁷⁶

Finalmente poderá ser revogada a designação nos casos em que é permitida a deserção do herdeiro legítimo¹⁷⁷. De facto, não se compreenderia como a lei admitiria a perda do direito concedido por via sucessória ao herdeiro legítimo e concederia maior protecção ao mero beneficiário.

171 Tem sido o entendimento da doutrina italiana quanto aos artigos correspondentes no ordenamento jurídico italiano, cfr. Bazzano, 1998: 188 e 189.

172 Assim, Vasques, 1999: 179 e 180.

173 Art. 2034.º, alíneas *a*) e *b*) do C.C..

174 Art. 2034.º, alínea *c*) do C.C..

175 Art. 2034.º, alínea *d*) do C.C..

176 Assim, Vasques, 1999: 180.

177 Nos termos conjugados dos artigos 974.º e 2166.º do C.C..

b) *A designação beneficiária enquanto acto oneroso*

i. A função onerosa da atribuição patrimonial derivada do contrato de seguro

Embora o contrato de seguro seja oneroso e tenha uma função económico-social de garantia¹⁷⁸, a eventual atribuição patrimonial¹⁷⁹ efectuada através da designação beneficiária no âmbito de um contrato de seguro poderá ou não ter causa final onerosa^{180/181}. Nesta medida, pode ser efectuada com o fim de servir de meio de pagamento, quer enquanto dação em cumprimento¹⁸² quer enquanto dação *pro solvendo*¹⁸³, ou como forma de garantia de dívidas¹⁸⁴.

178 Ferreira de Almeida, 2013: 155 e ss. – dando nota acerca da posição de Lima Rego quanto à função económico-social do contrato de seguro – e 231 e ss..

179 Eventual porque só existirá uma atribuição patrimonial quando a posição de tomador ou de aderente ao seguro de grupo contributivo não constar da mesma esfera jurídica que a posição de beneficiário.

180 Acerca da causa e da discussão havida em torno da causa, Brito Coelho, 2014: 58 e ss.; Ferreira de Almeida, 2007: 57 a 80; Pais de Vasconcelos, 2005: 613 e ss..

181 A causa é um conceito polissémico. Conforme explicamos noutra local (Duarte Santos, 2015: 18 e ss.), pode ser entendida objectiva ou subjectivamente, pode ser classificativa ou de juridicidade e pode referir-se à atribuição patrimonial, à obrigação ou ao negócio jurídico (cfr. Pais de Vasconcelos, 2005: 620 e ss.), sendo ainda possível distinguir a causa eficiente, que consiste na fonte dos efeitos jurídicos, da causa final, que se refere à finalidade prosseguida pelas partes com o acto (cfr. Ferreira de Almeida, 2007: 60 e ss.), sendo certo que a causa final poderá ser entendida subjectivamente, como os motivos das partes, ou objectivamente, como a função económico-social do acto ou do tipo [Assim, Pais de Vasconcelos, 2005: 620 e 621; e Brito Coelho, 2014: 59 e ss., em especial à nota 121. Explicando fundamentadamente em que consiste a *função económico-social* vide Ferreira de Almeida, 2007: 60 e ss.]. A causa pode ainda ser vista como causa classificativa, enquanto índice do tipo a ter em conta no sistema móvel de qualificação de determinado negócio jurídico (Quanto à causa enquanto critério de classificação vide Pais de Vasconcelos, 2009: 121 e ss.), ou como causa de juridicidade, enquanto elemento a sindicar através da sua relação com o sistema jurídico [Assim, Pais de Vasconcelos, 2005: 621 e 622; Ferreira de Almeida, 2007: 63. Brito Coelho, que alerta para o que considera ser o “escasso ou nulo” interesse prático das situações de *falta, viciação ou ilicitude* da causa (2007: 59 e ss.). Finalmente, destacamos que a causa se pode referir à atribuição patrimonial ou à obrigação, onde se sindicarão quer a causa eficiente quer a causa final, com vista ao apuramento do fundamento da atribuição ou da obrigação, resultando o juízo valorativo negativo na aplicação do instituto do enriquecimento sem causa, no primeiro caso, ou ao negócio jurídico, onde se sindicará a causa final, quer enquanto fundamento de juridicidade (Pais de Vasconcelos, 2005: 621 a 624), quer enquanto elemento do tipo a ter em conta na qualificação (Pais de Vasconcelos, 2009: 121 e ss.). Quando nos referimos à causa onerosa da atribuição patrimonial referimo-nos, assim, à causa final da atribuição patrimonial decorrente do contrato a favor do beneficiário.

182 Quanto à dação em cumprimento, Vaz Serra, 1954: 3 e ss., em especial 12 e ss.; Antunes Varela, 2015b: 170 e ss..

183 Quanto à dação *pro solvendo*, Vaz Serra, 1954: 3 e ss.; Antunes Varela, 2015b: 173 e ss.

184 Moitinho de Almeida, 1971: 366; Lima Rego, 2010: 617 e ss.. A jurisprudência tem-se orientado no sentido de considerar que o seguro de vida associado ao crédito à habitação tem uma função de garantia. Assim: Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 05.03.2015, processo n.º 834/13.6TVPRT. P1, consultável in “www.dgsi.pt”

A função da atribuição patrimonial será encontrada na relação subjacente e, normalmente, apenas no âmbito desta interessará.

ii. A ligação do contrato de seguro a outros negócios jurídicos

A função onerosa da atribuição patrimonial decorrente do contrato de seguro traduz-se em situações em que o seguro se encontra ligado a outro contrato¹⁸⁵, em função do risco objecto do contrato de seguro. Tal poderá acontecer tanto em seguros de danos quanto em seguros de pessoas¹⁸⁶, sendo o caso mais evidente aquele em que a prestação devida no contrato de seguro se traduza no cumprimento de uma prestação devida no âmbito de outro contrato. Embora existam múltiplas situações em que o pressuposto lato que referimos se poderá verificar, alguns contratos são estrutural e funcionalmente construídos em obediência a tal ligação, como sejam os contratos de seguro financeiros, nos quais se incluem os seguros de crédito e os seguros-caução¹⁸⁷. Noutros casos, assistimos à utilização de contratos com tal função económico-social concreta, como seja no caso dos contratos de seguro de pessoas associados a contratos de crédito¹⁸⁸, tal como tem vindo a ser entendido pela nossa jurisprudência¹⁸⁹.

185 Romano Martinez, 2006: 69.

186 Quanto aos diferentes tipos de contrato de seguro inseridos nas classes dos seguros de danos e de pessoas e sede dos respectivos regimes jurídico no RJCS, Vasques, 2011: 423 a 425.

187 Cujo regime se encontra previsto no Decreto-Lei n.º 183/88, de 24 de Maio e nos artigos 161.º a 172.º do RJCS. Sobre os contratos de seguro financeiros vide as anotações de Torres aos artigos 161.º a 172.º do RJCS (Torres, 2011: 511 e ss.); Pestana de Vasconcelos, 2013: 159 e ss.. Quanto ao seguro-caução, Brito 2007: 387 a 490; e, na jurisprudência, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 23.09.2008, proferido no processo n.º 3033/2008-1.

188 Os contratos de seguro de vida associados a contratos de crédito constituem um expediente de utilização tão comum que justificou a criação de diversas normas especialmente aplicáveis. Neste aspecto cumpre referir o Decreto-Lei n.º 171/2008, de 26 de Agosto (que aprova medidas de protecção ao mutuário no crédito à habitação no âmbito do reforço da renegociação das condições dos empréstimos e da respectiva mobilidade), Decreto-Lei n.º 222/2009, de 11 de Setembro (o qual estabelece medidas de protecção do consumidor na celebração de contratos de seguro de vida associados ao crédito à habitação), a Norma Regulamentar do ISP n.º 6/2008-R, de 24 de Abril (que estabelece regras aplicáveis aos seguros de vida com coberturas de morte, invalidez ou desemprego associados a contratos de mútuo), a Circular do ISP n.º 2/2010, de 25 de Fevereiro (recomendação relativa a seguros de vida associados a contratos de crédito à habitação) e a Circular do ISP n.º 2/2012, de 1 de Março (quanto aos deveres legais de diligência dos seguradores relativamente aos “seguros de protecção ao crédito”). Para uma análise na doutrina portuguesa, incidindo na cobertura de invalidez – Costa Oliveira, 2015: em especial 228 e ss..

189 Os arestos acerca de seguros de pessoas associados a contratos de crédito multiplicam-se, inclinando-se a jurisprudência maioritária para reconhecer a união de contratos em causa – neste sentido vide, por todos, o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 05.03.2015, processo n.º 834/13.6TVPRT.P1, consultável in “www.dgsi.pt”.

Deixando de parte uma abordagem aprofundada da temática da união de contratos e do contrato misto, que não será possível abarcar na sua plenitude no presente trabalho¹⁹⁰, deve-se referir que a existência de nexos de ligação de natureza material intranegocial entre o contrato de seguro e outro contrato significará a ocorrência de efeitos jurídicos num ou noutro contrato em resultado do funcionamento do contrato a que se encontra ligado, na estrita medida em que tal resulte do nexo em causa¹⁹¹. Por regra estaremos perante uma situação em que o cumprimento de uma prestação devida no âmbito de um contrato será assegurada por parte do segurador em caso de ocorrência de sinistro coberto. Poderá existir, porém, um nexo superior, que determine não só o cumprimento da prestação mas também a própria alteração da prestação devida. Tal será o caso socialmente típico no âmbito dos seguros de protecção ao crédito¹⁹², em que sobrevivendo a morte ou a invalidez da pessoa segura o segurador ficará obrigado a proceder ao pagamento do capital em dívida, à data do sinistro, à instituição de crédito mutuante, ficando solvida a dívida dos mutuantes à instituição de crédito com o pagamento de tal montante por parte do segurador¹⁹³.

Sem prejuízo da diferente configuração dos contratos em causa e dos seus efeitos, a extinção do contrato de onde emerge a prestação a cumprir determinará a extinção total do contrato de seguro em causa sempre que se extinguir

190 Quanto à união de contratos e ao contrato misto, bem como quanto à distinção entre as figuras, a obra clássica de referência continua a ser o estudo, inspirado em Ennecerus-Lehman, de Vaz Serra (1960). Outros Autores pronunciaram-se acerca da matéria, apresentando diferentes conclusões e distinções, mas mantendo os pressupostos básicos de distinção entre as figuras próximos dos que já vinham de Vaz Serra, na esteira dos aludidos Autores alemães, nomeadamente Galvão Telles, 2001: 469 e ss. e Antunes Varela, 2015b: 279 e ss.. Criticando a concepção conceptual e classificatória subsuntiva por detrás das classificações clássicas de contratos mistos e da união de contratos, apontando a falta de um critério que aponte com clareza onde comece e acabe a unidade e a pluralidade de contratos, sustentando a aplicação de uma perspectiva tipológica, Pais de Vasconcelos, 2009: em especial a 218 e ss.; Vide também Brito Coelho, 2014: em especial 79-154, 155-161 e 179 e ss..

191 Quanto aos diferentes nexos intranegociais, Brito Coelho, 2014: 138 e ss..

192 Quanto ao que se deva entender por contrato de seguro de protecção ao crédito cumpre fazer referência ao preâmbulo da Circular do ISP n.º 2/2012, de 1 de Março, para o qual remetemos. Que este será o caso socialmente típico nos seguros de protecção ao crédito encontra-se na Circular do ISP n.º 2/2010, de 25 de Fevereiro, que refere que os seguros de vida associados a créditos à habitação incluem, em regra, uma de três modalidades de cobertura tendo sempre por base o capital em dívida no contrato de crédito.

193 Este é um ponto que não é demais focar. Nos termos do contrato de seguro e do contrato de crédito, a superveniência da morte ou da invalidez, caracterizada nos termos do contrato de seguro, determinará, em bom rigor, a alteração da prestação devida no contrato de crédito.

o interesse do único beneficiário¹⁹⁴, a extinção parcial quando o contrato de seguro se puder manter em vigor sem a parte relacionada com o contrato extinto – nomeadamente, quando o contrato previr diferentes prestações – e a alteração do contrato de seguro em causa quando este previr a manutenção do contrato, alterando-se a prestação devida.

5. CONCLUSÕES

Cumprindo os desígnios que presidiram à sua elaboração, o “Regime Jurídico do Contrato de Seguro” veio actualizar e clarificar o regime da designação beneficiária, resolvendo dúvidas antigas que vinham animando a doutrina e a jurisprudência. Por outro lado, veio ainda demarcar a posição jurídica de beneficiário do contrato de seguro das restantes posições no âmbito do contrato de seguro, estabelecendo um regime mais completo a ajustado aos valores em jogo.

Destaque merece a posição de beneficiário nos contratos de seguros de pessoas, cujas normas essenciais constam do Capítulo II do Título III do RJCS, muito embora se encontrem previstas diversas regras em legislação avulsa, e à qual é conferida especial atenção na lei em virtude da evolução histórica do contrato de seguro de vida em caso de morte com beneficiário designado, que influenciou decisivamente a construção da posição e a demarcou do regime sucessório, protegendo o direito do beneficiário à prestação¹⁹⁵.

A designação beneficiária merece hoje um regime mais completo a actualizado, contendo inclusive disposições inovadoras, como seja a previsão de normas de designação supletiva legal¹⁹⁶ e de normas interpretativas das designações beneficiárias genéricas mais comuns e que mais atenção mereceram por parte da doutrina e jurisprudência¹⁹⁷. Também relevante é o facto de o RJCS admitir que o direito de designar beneficiário possa caber a pessoa indicada pelo tomador do seguro ou pela pessoa segura¹⁹⁸.

Sem prejuízo do exposto, consideramos existirem ainda hoje algumas situações em que o legislador poderia ter ido mais longe na clarificação do regime da designação beneficiária. Nomeadamente, suscitam-se dúvidas quanto à

194 Por extinção do interesse do credor. Acerca da relevância do interesse do credor vide Antunes Varela, 2015a: 157 e ss..

195 Ponto 2.

196 Ponto 3.4.d).

197 Ponto 3.5.e).

198 Ponto 3.2.

congruência da exigência do consentimento da pessoa segura para a celebração do contrato de seguro mas não para a designação, já que o fim de protecção da respectiva situação demandaria, em especial até, o consentimento à designação. Por outro lado, não resultará suficientemente expresso na lei o facto de a designação beneficiária ser sempre efectuada através de declaração receptícia, como consideramos ser o caso¹⁹⁹ e que determinará diversas consequências no que respeita à designação efectuada em testamento, nomeadamente no plano da validade de tal designação²⁰⁰ e da respectiva interpretação²⁰¹.

Marcante continua a ser a diferença entre a designação beneficiária revogável e irrevogável, designadamente no que respeita à admissibilidade de designações em diferentes momentos temporais, atendendo à insusceptibilidade de revogação da designação e de alteração da prestação no que se refere à designação irrevogável²⁰².

Existe um regime comum da posição jurídica do beneficiário²⁰³, no qual avulta a opção de limitar a aplicação dos regimes da colação, imputação, redução de liberalidades e da impugnação pauliana apenas às quantias pagas ao segurador²⁰⁴ e a perda do direito à prestação por parte do beneficiário que tenha causado dolosamente o sinistro²⁰⁵. Porém, as posições jurídicas do beneficiário designado revogável e irrevogavelmente são bastante distintas: no primeiro caso, o beneficiário terá uma mera esperança ou expectativa de facto, já que a lei não tutela a sua posição²⁰⁶. Já no segundo, pelo contrário, a lei tutela a posição do beneficiário, podendo o beneficiário ser credor do segurador ou detentor de uma expectativa jurídica, consoante exista ou não certeza quanto à obrigação a cargo do segurador²⁰⁷.

De acentuar será igualmente a relevância contratual das relações entre a pessoa que tenha efectuado a designação e o beneficiário. Nomeadamente,

199 Ponto 3.4.

200 Ponto 3.4.c).

201 Ponto 3.5.d).

202 Pontos 3.3., 3.6. e 3.7.

203 Ponto 4.1.

204 Ponto 4.1.b).

205 Ponto 4.1.d).

206 Ponto 4.2.

207 Ponto 4.3.

quando a atribuição patrimonial decorrente do contrato de seguro a favor do beneficiário tenha um fim de liberalidade aplicar-se-ão as regras estabelecidas quanto à doação, nomeadamente no que se refere aos artigos 953.º, 2192.º a 2198.º, 970.º e 974.º do C.C.²⁰⁸. Já quando a atribuição patrimonial tiver um fim oneroso, a relação jurídica a que o contrato de seguro se encontre ligado terá efeitos quer na prestação devida quer no plano extintivo²⁰⁹.

No decurso do estudo efectuado foi possível constatar a preocupação de organização sistemática e de ajustamento do regime da designação beneficiária e da posição jurídica de beneficiário, mormente nos seguros de pessoas. No entanto, consideramos encontrar-se ainda em aberto a discussão relativa a diversos pontos de regime, carecidos de análise mais aprofundada por parte da doutrina e jurisprudência nacionais. Esperamos, no entanto, ter apresentado um modesto contributo para a correcta interpretação das normas em vigor e para o enquadramento do regime da designação beneficiária e da posição jurídica de beneficiário.

208 Ponto 4.4.a).

209 Ponto 4.4.b).

BIBLIOGRAFIA:

ALBERTO VIEIRA, José

2006 *Negócio Jurídico – Anotação ao regime do Código Civil (artigos 217.º a 295.º)*, Coimbra: Coimbra Editora.

ALBUQUERQUE, J. B. Torres

2002 *Seguros no Direito Brasileiro – Teoria, Jurisprudência, Legislação*, t. I, 1.ª ed., Campinas, Bookseller.

ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de

2006 *Direito das Obrigações*, 10ª ed. reelaborada, Coimbra: Almedina.

ANTUNES VARELA, João de Matos

2015a *Das Obrigações em Geral*, vol. I, 10.ª ed., revista e actualizada, 12.ª reimp. da 10.ª edição de 2000, Coimbra: Almedina.

2015b *Das Obrigações em Geral*, vol. II, 10.ª ed., revista e actualizada, 12.ª reimp. da 10.ª edição de 2000, Coimbra: Almedina.

BAZZANO, Claudio

1998 *L'Assicurazione sulla Vita*, Milano: EGEA.

BRITO, José Miguel Faria Alves de

2007 *SEGURO-CAUÇÃO – Primeiras considerações sobre o seu regime e natureza jurídica*, in AA. vários, sob a coordenação de Ruy de Albuquerque & António Menezes Cordeiro, *Estudos em Memória do Professor Doutor José Dias Marques*, Coimbra: Almedina, pp. 387-490.

2011 *in* Pedro Romano Martinez, Leonor Cunha Torres, Arnaldo Costa Oliveira, Maria Eduarda Ribeiro, José Pereira Morgado, José Vasques & José Alves de Brito, *Lei do Contrato de Seguro Anotada*, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, pp. 613-614.

BRITO COELHO, Francisco Manuel Pereira de

2014 *Contratos Complexos e Complexos Contratuais*, Coimbra: Coimbra Editora.

CHABANNES, Jean-Antoine & GAUCLIN-EYMARD, Nathalie

1996 *Le Manuel de L'Assurance Vie*, 2ª ed., t. I, Paris : L'Argus.

CHICHORRO, Maria Manuela Ramalho Sousa

2010 *O Contrato de Seguro Obrigatório de Responsabilidade Civil Automóvel*, Coimbra: Wolters Kluwer Portugal.

COSTA OLIVEIRA, Arnaldo Filipe da

2015 “Seguro de vida associado ao crédito à habitação: A “acordadíssima” jurisprudência relativa à cobertura de invalidez, seguida de ponto de situação do quadro regulatório aplicável”, *in Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Janeiro-Setembro, Ano LVI (XXIX da 2.ª Série), N.os 1-3, pp. 189-257.

- COUILBAULT, François / ELIASHBER, Constant & LATRASSE, Michele
2002 *Les grands principes de l'assurance*, Paris : L'Argus.
- CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto
2007 “Transmissão das Obrigações”, in AA. vários, sob a coordenação de Ruy de Albuquerque & António Menezes Cordeiro, *Estudos em Memória do Professor Doutor José Dias Marques*, Coimbra: Almedina, pp. 805-870.
- DOLMETTA, Aldo & PORTALE, Giuseppe B.
1985 “Cessione del credito e cessione in garanzia nell'ordinamento italiano”, in *Banca, Borsa e Titoli di Credito*, Giuffrè Editore, Anno XLVIII, Parte Prima, pp. 258-290.
- DONATI, Antigono
1956 *Trattato del Diritto delle Assicurazioni Private, Volume Terzo – III – Il Diritto del Contratto di Assicurazione – Sez. II: La disciplina delle singole specie (rami) di assicurazione*, Milano: Dott. A. Giuffrè – Editore.
- DUARTE SANTOS, Miguel
2015a *O Beneficiário nos Seguros de Pessoas*, Relatório de Mestrado apresentado na unidade curricular de Direito dos Seguros I/II, da parte escolar do Curso de Mestrado Científico em Ciências Jurídicas, Curso de Direito Bancário e dos Seguros, ano lectivo de 2014/2015, sob a regência do Professor Doutor Pedro Romano Martinez, FDL (inédito).
- 2015b *O Beneficiário nas Operações de Pagamento de Transferência Escritural de Fundos*, Relatório de Mestrado apresentado na unidade curricular de Direito Bancário I/II, da parte escolar do Curso de Mestrado Científico em Ciências Jurídicas, Curso de Direito Bancário e dos Seguros, ano lectivo de 2014/2015, sob a regência do Professor Doutor Manuel Januário da Costa Gomes, FDL (inédito).
- ELGUETA, Giacomo Rojas
2005 “Evoluzioni del diritto delle assicurazioni e rapporti con il diritto delle successioni”, in AA. vários, sob a coordenação de Vittorio Colussi in *Rivista di Diritto Civile*, Anno LI, N. 4, Luglio-Agosto, Padova: CEDAM, pp. 413-445.
- FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos
2007 “A função-económico social na estrutura do contrato”, in AA. vários, sob a coordenação de Ruy de Albuquerque & António Menezes Cordeiro, *Estudos em Memória do Professor Doutor José Dias Marques*, Coimbra: Almedina, pp. 57-80.
- 2013 *Contratos III – Contratos de Liberalidade, de Cooperação e de Risco*, 2.^a ed., Coimbra: Almedina.

FERRER CORREIA, A.

2001 *Erro e Interpretação na Teoria do Negócio Jurídico*, 4.^a reimp., Coimbra: Almedina.

GALVÃO TELLES, Inocência

2002 *Manual dos Contratos em Geral*, Refundido e actualizado, 4.^a ed., Coimbra: Coimbra Editora.

2004a *Sucessões – Parte Geral*, Coimbra: Coimbra Editora.

2004b *Sucessão Legítima e Sucessão Legitimária*, Coimbra: Coimbra Editora.

HEISS, Helmut & CERINI, Diana

2008 “Principles of European Contract Law (PEICL) – Principi del diritto europeo del contratto di assicurazioni”, in AA. vários, sob a coordenação de Aurelio D. Candian, Sergio Paci & Francesco Nanni, *Diritto ed Economia dell’Assicurazione*, 1, IRSA, Milano: Giuffrè Editore, pp. 67-97.

LAMBERT-FAIVRE, Yvonne

1995 *Droit des assurances*, 9.^a ed., Paris : Dalloz.

LEITE DE CAMPOS, Diogo

1980 *Contrato a Favor de Terceiro*, Coimbra: Almedina.

LIMA REGO, Margarida

2010 *Contrato de Seguro e Terceiros – Estudo de Direito Civil*, Coimbra: Wolters Kluwer.

LOBO XAVIER, Rita

2013 “Beneficiários nos seguros de vida e Direito sucessório”, in *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Janeiro-Setembro, Ano LIV (XXVII da 2.^a Série), N.^{os} 1/3, pp. 7-22.

MARTINS, Maria Inês de Oliveira

2010 *O Seguro de Vida Enquanto Tipo Contratual Legal*, Coimbra: Wolters Kluwer Portugal.

MENEZES CORDEIRO, António

2000 *Tratado de Direito Civil Português – I – Parte Geral – Tomo I – Introdução, Doutrina Geral, Negócio Jurídico*, Coimbra: Almedina.

2005 *Tratado de Direito Civil Português, I, Tomo IV*, Coimbra: Almedina.

2007a *Tratado de Direito Civil Português – I – Parte Geral – Tomo III – Pessoas*, 2.^a ed. revista e actualizada, Coimbra: Almedina.

2007b *Manual de Direito Comercial*, 2.^a ed. revista, aumentada e actualizada, Coimbra: Almedina.

2012a *Introdução à edição portuguesa* da obra de Claus-Wilhelm Canaris, “Systemdenken und Sytembegriff in der Jurisprudenz”, 2.^a ed. 1983, in Claus-Wilhelm Canaris, “Pensamento sistemático e conceito de sistema

- na ciência do Direito”, trad. port. de António Menezes Cordeiro, 5.ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.
- 2012b *Tratado de Direito Civil – I – Introdução, Fontes do Direito, Interpretação da Lei, Aplicação das Leis no Tempo, Doutrina Geral*, 4.ª ed., reformulada e actualizada, Coimbra: Almedina.
- 2013a *Da Boa Fé no Direito Civil*, 5.ª reimp., , Coimbra: Almedina, 2013.
- 2013b *Direito dos Seguros*, Coimbra: Almedina.
- 2014 *Tratado de Direito Civil, IX – Direito das Obrigações – Cumprimento e não Cumprimento, Transmissão, Modificação e Extinção, Garantias*, Coimbra: Almedina.
- MENEZES CORDEIRO, António & BARRETO MENEZES CORDEIRO, A.
 2014 *Direito Bancário*, 5.ª ed. revista e actualizada, Coimbra: Almedina.
- MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de
 2005 *Cessão de Créditos*, Coimbra: Almedina.
- 2006a *Direito das Obrigações, Volume II – Introdução – Da constituição das obrigações*, 5.ª ed., Coimbra: Almedina.
- 2006b *Direito das Obrigações”, Volume III – Contratos em Especial*, 4.ª ed., Coimbra: Almedina.
- MOITINHO DE ALMEIDA, J. C.
 1971 *O Contrato de Seguro no Direito Português e Comparado*, Lisboa: Livraria Sá da Costa Editora.
- MOTA PINTO, Carlos Alberto da
 1992 *Teoria Geral do Direito Civil*, 3.ª ed. actualizada, 6.ª reimp., Coimbra: Coimbra Editora.
- 2003 *Cessão da Posição Contratual*, Coimbra: Almedina.
- NICOLAS, Véronique
 1996 *Essai d’une nouvelle analyse du contrat d’assurance*, Paris : L.G.D.J..
- PAIS DE VASCONCELOS, Pedro
 2005 *Teoria Geral do Direito Civil*, 3.ª ed., Coimbra: Almedina.
- 2009 *Contratos Atípicos*, 2.ª ed., Coimbra: Almedina.
- PESTANA DE VASCONCELOS, Luís Miguel D. P.
 2013 *Direito das Garantias*, 2.ª ed., Coimbra: Almedina.
- POÇAS, Luis
 2013 *O Dever de Declaração Inicial do Risco no Contrato de Seguro*, Coimbra: Almedina.
- RIBEIRO, Maria Eduarda
 2011 *in* Pedro Romano Martinez, Leonor Cunha Torres, Arnaldo Costa Oliveira, Maria Eduarda Ribeiro, José Pereira Morgado, José Vasques & José Alves

de Brito, *Lei do Contrato de Seguro Anotada*, 2.^a ed., Coimbra: Almedina, pp. 575-588; 597-603.

ROCHEX, André Favre & COURTIEU, Guy

1998 *Le droit du contrat d'assurance terrestre*, Paris : L.G.D.J..

ROMANO MARTINEZ, Pedro

2006 *Direito dos Seguros – Apontamentos*, Cascais: Principia.

2011 *in* Pedro Romano Martinez, Leonor Cunha Torres, Arnaldo Costa Oliveira, Maria Eduarda Ribeiro, José Pereira Morgado, José Vasques & José Alves de Brito, *Lei do Contrato de Seguro Anotada*, 2.^a ed., Coimbra: Almedina, pág. 570.

2015 “Breves notas sobre o seguro de vida na modalidade de seguro unit linked ou instrumento de captação de aforro estruturado”, in AA. vários, sob a coordenação de Ricardo Costa & Luís Gonçalves da Silva, *Estudos Comemorativos dos 20 Anos da Abreu Advogados, Coleção Estudos do Conhecimento AB*, n.º 4, pp. 703-724.

SANTI, Giulio

1965 *Il Contratto di Assicurazione – commento agli artt. 1882-1932 del codice civile*, Roma: Jandi Sapi Editore.

SINDE MONTEIRO, Jorge Ferreira

1989 *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, Coimbra: Almedina.

TIRADO SUÁREZ, Francisco Javier

2001 *in* Fernando SÁNCHEZ CALERO, Francisco Javier TIRADO SUÁREZ, Alberto Javier TAPIA HERMIDA, José Carlos FERNÁNDEZ ROSAS, Víctor FUENTES CAMACHO & Ana CRESPO HERNÁNDEZ, *Ley de Contrato de Seguro – Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y sus modificaciones*, 2.^a ed., Cizur Menor: Editorial Aranzadi, pp. 1677-1717; 1727-1743.

TORRES, Leonor Cunha

2011 *in* Pedro Romano Martinez, Leonor Cunha Torres, Arnaldo Costa Oliveira, Maria Eduarda Ribeiro, José Pereira Morgado, José Vasques & José Alves de Brito, *Lei do Contrato de Seguro Anotada*, 2.^a ed., Coimbra: Almedina, pp. 511-522.

VASCONCELOS, Pedro Leitão Pais de

2002 *A Autorização*, Coimbra: Coimbra Editora.

VASQUES, José

1999 *Contrato de seguro – Notas para uma teoria geral*, Coimbra: Coimbra Editora.

2011 *in* Pedro Romano Martinez, Leonor Cunha Torres, Arnaldo Costa Oliveira, Maria Eduarda Ribeiro, José Pereira Morgado, José Vasques & José Alves

de Brito, *Lei do Contrato de Seguro Anotada*, 2.^a ed., Coimbra: Almedina, pp. 423-425; 560-564; 568-573.

VAZ SERRA, Adriano Paes da Silva

1954 *Dação em Cumprimento, Consignação em Depósito, Confusão e Figuras Afins – Estudo de Política Legislativa*, separata do *Boletim do Ministério da Justiça*, números 39, 40 e 41, Lisboa: Empresa Nacional de Publicidade.

1955 *Contratos a Favor de Terceiro – Contratos de Prestação por Terceiro*, separata do *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 51, Lisboa: Empresa Nacional de Publicidade.

1960 *União de Contratos – Contratos Mistos*, separata do *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 91, Lisboa: Empresa Nacional de Publicidade.

ZUMAGLIA, Alberto Polotti di

1992 “Assicurazione sulla Vita”, in Aurelio D. Candian / Alberto Polotti di Zumaglia & Massimo Santoro, *Assicurazione Vita e Infortuni – Contratti Para-Assicurativi*, in Gianguido Scalfi, *Il Diritto Delle Assicurazioni*, Torino: UTET.

1997 “ASSICURAZIONE VITA – Per il caso de morte – A favore di un terzo – Diritto proprio del beneficiario – Designazione degle “eredi legittimi o testamentari” como beneficiari – Significato di “chiamati” alla eredità – Rinunzia alla eredità – Irrelevanza agli effetti della prestazione assicurativa (artt. 1919 e 1920 cod. Civ.) Cass. n. 4484/96”, in AA. vários, sob a coordenação de Piero Sacerdoti, Aurelio D. Candian, Sergio Paci e Francesco Nanni, *Diritto ed Economia dell'Assicurazione*, anno trentanovesimo, gennaio-marzo 1997, n. 1, Milano: Giuffrè Editore, pp. 334-341.

2002 “Storia dell'assicurazione vita e tutela delle spese funerarie”, in AA. vários, sob a coordenação de Aurelio D. Candian, Sergio Paci e Francesco Nanni, *Diritto ed Economia dell'Assicurazione*, 1, IRSA, Milano: Giuffrè Editore, pp. 65-84.

C&R

LEGISLAÇÃO

Legislação nacional

LEGISLAÇÃO NACIONAL

LEGISLAÇÃO NACIONAL – JANEIRO A MARÇO DE 2016
elaborado por Nazaré da Costa Cabral

BANCO DE PORTUGAL

Aviso n.º 1/2016, de 18 de março

Adapta o quadro regulamentar referente ao risco imobiliário, enquadrando-o no quadro prudencial vigente. O reporte de informação previsto no artigo 3.º, com referência ao ano de 2015, deve ser efetuado até 15 de abril de 2016. Revoga a Instrução n.º 120/96, de 16 de agosto, com exceção do disposto na alínea *b*) do n.º 2, que se mantém em vigor até 31 de dezembro de 2017, nos termos previstos no artigo 11.º do Aviso n.º 6/2013, de 27 de dezembro.

ERSAR – ENTIDADE REGULADORA DOS SERVIÇOS DE ÁGUAS E RESÍDUOS

Decreto Legislativo Regional n.º 6/2016/A, de 29 de março

Aprova o Plano Estratégico de Prevenção e Gestão de Resíduos dos Açores (PEPGRA).

Decreto-Lei n.º 7/2016, de 22 de fevereiro

Procede à terceira alteração ao Decreto-Lei n.º 195/99, de 8 de junho, prorrogando o prazo para a apresentação, pelos consumidores, dos pedidos de restituição do valor das cauções dos serviços públicos essenciais.

Portaria n.º 41/2016, de 8 de março

Aprova a delimitação dos perímetros de proteção de várias captações de água subterrânea localizadas nos concelhos de Oleiros, Pampilhosa da Serra e Sertão.

Portaria n.º 40/2016, de 7 de março

Aprova a delimitação dos perímetros de proteção de várias captações de água subterrânea localizadas nos concelhos de Tomar, Alvaiázere, Castanheira de Pêra e Entroncamento.

Portaria n.º 38/2016, de 4 de março

Aprova a delimitação dos perímetros de proteção de várias captações de água subterrânea localizadas nos concelhos de Castelo Branco e Idanha-a-Nova.

Portaria 36/2016, de 2 de março

Aprova a delimitação dos perímetros de proteção de várias captações de águas subterrâneas localizadas nos concelhos de Vila Velha de Ródão e Nisa

C&R

JURISPRUDÊNCIA

Jurisprudência geral

JURISPRUDÊNCIA GERAL

JURISPRUDÊNCIA NACIONAL DE CONCORRÊNCIA – JANEIRO A MARÇO DE 2016

elaborado por Ricardo Bayão Horta

Sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, de 4.01.2016, proferida no âmbito do Processo n.º 102/15.9YUSTR.

Recorrentes: *Petróleos de Portugal – Petrogal, SA; Galp Madeira – Distribuição e Comercialização de Combustíveis e Lubrificantes, SA e Galp Açores – Distribuição e Comercialização de Combustíveis e Lubrificantes, SA.*

Sumário: Julga parcialmente procedentes os recursos nos seguintes termos: (i) julga improcedentes todas as questões prévias; (ii) julga não verificada a prescrição do procedimento contraordenacional; (iii) condena a sociedade *Petróleos de Portugal – Petrogal, SA* numa coima no montante de três milhões e novecentos mil euros pela prática de uma contraordenação prevista e punida pelo arts. 9.º, n.º 1 e 68, n.º 1, al. *a*) e n.º 3, ambos do LdC; (iv) condena a sociedade *Galp Açores – Distribuição e Comercialização de Combustíveis e Lubrificantes, SA* numa coima no montante de cento e cinquenta mil euros pela prática de uma contraordenação prevista e punida pelo arts. 9.º, n.º 1 e 68, n.º 1, al. *a*) e n.º 3, ambos do LdC; (v) condena a sociedade *Galp Madeira – Distribuição e Comercialização de Combustíveis e Lubrificantes, SA* numa coima no montante de quarenta mil euros pela prática de uma contraordenação prevista e punida pelo arts. 9.º, n.º 1 e 68, n.º 1, al. *a*) e n.º 3, ambos do LdC.

Normas relevantes: Arts. 3.º, n.º 1, 9.º, n.º 1, als. *a*) e *c*), 10.º, n.º 1, 67.º, 68.º, n.º 1, als. *a*) e *b*) e n.º 3, 69.º, n.ºs 1 e 2, 73.º, n.º 2 e 74.º, n.º 1, al. *b*) da LdC; arts. 48.º, n.º 1, al. *b*) da Lei n.º 18/2003, de 11 de junho; arts. 2.º, 13.º, 18.º, n.º 1, 29.º, n.º 1 e 32.º, n.ºs 1 e 10 da CRP; arts. 101.º, n.º 1, al. *c*) e n.º 3 do TFUE; arts. 118.º, n.º 1, 119.º, 120.º, 121.º, n.º 1, al. *c*) 123.º, 127.º, 358.º, n.ºs 1 e 3 e 379.º do CPP; arts. 15.º, al. *b*), 71.º, n.º 2, als. *d*) e *e*) e 119.º, n.ºs 1 e 2, al. *a*) do CP; art. 409.º do CSC; arts. 1.º, 2.º, 17.º, n.ºs 1, 2 e 4, 32.º, 41.º, n.º 1, 42.º e 58.º do RGCO; art. 11.º, n.º 4 do Regulamento do Conselho, de 16

de dezembro de 2002; art. 4.º, al. *b*) do Regulamento (UE) n.º 330/2010 da Comissão de 20 de abril de 2010; Orientações da Comissão Europeia relativas às restrições verticais; Orientações da Comissão Europeia sobre o conceito de afetação do comércio entre os Estados-Membros previsto nos artigos 81.º e 82.º do Tratado; Linhas de Orientação da AdC sobre a metodologia a utilizar na aplicação de coimas no âmbito do artigo 69.º, n.º 8, da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça (5.ª secção criminal), de 7.01.2016, proferido no âmbito do Processo n.º 204/13.6YUSTR.L1-A.S1.

Recorrente: *SPORT TV Portugal, SA*

Sumário: Indefere a reclamação da decisão sumária da relatora de rejeição do recurso, apresentada por “SPORT TV PORTUGAL, S.A.”.

Normas relevantes: Arts. 4.º, n.º 1, als. *c*) e *e*), 6.º, 42.º, 43.º, n.º 1, al. *a*), 44.º e 45.º, n.º 1, al. *a*) da Lei n.º 18/2003, de 11 de junho; art. 102.º do TFUE; art. 629.º, n.º 2.º, al. *a*) do CPC(2015); arts. 399.º 400.º, 405, n.º 4, 414.º, n.º 2, 420.º, n.º 1, al. *b*) e 432.º do CPP.

Decisão Sumária n.º 30/2016 do Tribunal Constitucional (3.ª secção), de 12.01.2016, proferida no âmbito do Processo n.º 1052/15 (Recurso vindo do Tribunal da Relação de Lisboa no âmbito do Processo n.º 350/08.8TYLSB.L3, 3.ª secção).

Recorrente: *Laboratórios Abbott, Lda*

Sumário: Nega provimento ao recurso.

Normas relevantes: Arts. 4.º e 45.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de junho; arts. 20.º e 32.º, n.º 1 da CRP; arts. 70.º, n.º 1, al. *b*), 76.º, n.º 3 e 78-A da LTC; arts. 3.º, n.º 2 e 73.º do RGCO.

Despacho do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, de 19.01.2016, proferido no âmbito do Processo n.º 3/15.0YQSTR.

Recorrentes: *Município do Barreiro*

Sumário: Convida o Autor a deduzir o incidente de intervenção principal provocada da SUMA, SA e da EGF, SA e/ou da ADP – ÁGUAS DE PORTUGAL, SA, na qualidade de contrainteressados, e sob expressa advertência de que não cumprindo o convite se julgará procedente a exceção dilatória de ilegitimidade passiva, por preterição de litisconsórcio necessário, absolvendo-se a Ré e contrainteressados da instância.

Normas relevantes: Arts. 36.º, 37.º e 42.º a 47.º da LdC; arts. 30.º, n.ºs 2 e 3, 278.º, n.º 1, al. *d*), 576.º, n.ºs 1 e 2, 577.º, n.º 1, al. *b*) e 578.º do CPC (2015).

Sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, de 7.02.2016, proferida no âmbito do Processo n.º 1/16.7YUSTR.

Recorrentes: *Banco BPI, SA*

Sumário: Julga procedente o recurso de impugnação de medidas administrativas interposto pela Recorrente Banco B.P.I, S.A., e, em consequência, determina-se a anulação da decisão proferida pelo Conselho de Administração da AdC em 17 de Novembro de 2015, e dos demais termos de processado subsequente dependentes da decisão, na parte em que permite às demais visadas o acesso incondicional e irrestrito aos documentos apreendidos à ora Recorrente classificados como confidenciais e não invocados pela AdC como provas na nota de ilicitude, sem qualquer exigência quanto à fundamentação do pedido de consulta.

Normas relevantes: Arts. 9.º, 18.º, n.º 1, al. *c*), 20.º, n.º 8, 24.º, n.º 3, al. *a*), 30.º, 31.º, n.ºs 1 a 4, 32.º, n.º 2, 77.º ss e 82.º da LdC; art. 4.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de junho; arts. 32.º, n.ºs 10, 267.º, n.º 2 e 268.º, n.º 4 da CRP; art. 101.º do TFUE; art. 608.º, n.º 2 do CPC(2015), art. 4.º do CPP; arts. 41.º e 50.º do RGCO; art. 78.º, n.º 1 do RGICSF; arts. 6.º, 8.º, n.º 2 e 17.º, n.º 1 da lei n.º 67/98, de 27 de outubro; Linhas de Orientação da AdC sobre a instrução de processos relativos à aplicação dos artigos 9.º, 11.º e 12.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio e dos artigos 101.º e 102.º do TFUE.

Despacho do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, de 22.02.2016, proferido no âmbito do Processo n.º 10/15.3YQSTR-A.

Recorrentes: *Citri Centro Integrado de Tratamento de Resíduos Industriais, SA e outro(s)*

Sumário: Julga improcedentes as exceções prévias invocadas e referenciadas e concede prazo às requerentes, requeridas, contrainteressadas e Ministério Público para, querendo, se pronunciarem sobre a convalidação da providência cautelar.

Normas relevantes: arts. 112.º, n.º 1 e 120.º, n.ºs 2 e 3 do CPTA.

Despacho do Tribunal da Relação de Lisboa (1.ª secção), de 23.02.2016, proferido no âmbito do Processo n.º 8/15.1YQSTR-A.L1 (Recurso vindo do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão no âmbito do Processo n.º 6/15.5YQSTR, 1.º Juízo).

Recorrentes: *Município do Seixal*

Sumário: Notifica o apelante nos termos do disposto dos arts. 652.º, n.º 1, al. b) e 655.º, n.º 1, ambos do CPC (2015).

Normas relevantes: arts. 91.º e 93.º da LdC; arts. 370.º, n.º 3, 615.º, 637.º, n.ºs 1 e 2, 639.º, n.ºs 1, 2 e 3, 641.º, n.º 2, al. b), 652.º, n.º 1, al. b) e 655.º do CPC(2015); arts. 116.º, n.º 3, 117.º, n.º 1, 131.º, 140, n.º 3, 144.º, n.º 2, 145.º, n.º 2 e 146.º, n.º 4 do CPTA; art. 112.º, n.ºs 1 e 2 da Lei n.º 62/2013, de 26 de agosto.

Despacho do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, de 4.03.2016, proferido no âmbito do Processo n.º 5/15.7YQSTR.

Recorrentes: *Município da Amadora*.

Sumário: Determina a apensação da ação administrativa n.º 10/15.3YQSTR aos presentes autos.

Normas relevantes: arts. 12.º, n.º 1, al. b) e 28.º, n.ºs 1 e 3 do CPTA.

Acórdão do Tribunal Constitucional (3.ª secção), de 9.03.2016, proferido no âmbito do Processo n.º 1052/15 (Recurso vindo do Tribunal da Relação de Lisboa no âmbito do Processo n.º 350/08.8TYLSB.L3, 3.ª secção).

Recorrente: *Laboratórios Abbott, Lda*

Sumário: Indefere a reclamação.

Normas relevantes: arts. 89.º, n.º 1 e 100, n.º 1, al. a) da LdC; arts. 4.º, 45.º e 52.º, n.º 1 da Lei n.º 18/2003, de 11 de junho; arts. 20.º, n.º 1 e 32.º, n.ºs 1 e 10 da CRP; art. 6.º da CEDH; arts. 5.º, n.º 1 e 371-A do CPP; arts. 70.º, n.º 1, al. b) e 78-A da LTC; arts. 3.º, n.º 2 e 73.º do RGCO.

Decisão singular do Tribunal da Relação de Lisboa (1.ª secção), de 21.03.2016, proferido no âmbito do Processo n.º 8/15.1YQSTR-A.L1 (Recurso vindo do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão no âmbito do Processo n.º 6/15.5YQSTR, 1.º Juízo).

Recorrentes: *Município do Seixal*

Sumário: Não sendo admissível despacho de aperfeiçoamento, nos termos do disposto no art. 641.º, n.º 2, al. b) do CPC, indefere-se o requerimento, rejeitando-se o recurso interposto.

Normas relevantes: Arts. 91.º e 93.º da LdC; arts. 370.º, n.º 3, 615.º, 637.º, n.ºs 1 e 2, 639.º, n.ºs 1, 2 e 3, 641.º, n.º 2, al. b), 652.º, n.º 1, al. b) e 655.º do CPC(2015); arts. 116.º, n.º 3, 117.º, n.º 1, 131.º, 140, n.º 3, 144.º, n.º 2, 145.º, n.º 2 e 146.º, n.º 4 do CPTA; art. 112.º, n.ºs 1 e 2 da Lei n.º 62/2013, de 26 de agosto.

Sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, de 24.03.2016, proferida no âmbito do Processo n.º 5/15.7YQSTR-C.

Recorrentes: *Citri Centro Integrado de Tratamento de Resíduos Industriais, SA e outro(s)*

Sumário: Julga o procedimento cautelar totalmente improcedente, absolvendo-se a requerida e as contrainteressadas do pedido.

Normas relevantes: arts. 40.º, n.º 1, al. *a*), 41.º e 53.º, n.º 1 da LdC; arts. 60.º, n.º 1, 87.º, n.º 1, 100.º, n.º 1, 124.º e 125.º do CPA(2015); arts. 112.º, n.º 1 e 120.º, n.º 1, al.s *a*) e *b*) e n.ºs 2 e 3 do CPTA; Decreto-Lei n.º 45/2014 de 20 de março e Decreto-Lei n.º 96/2014, de 25 de junho.

JURISPRUDÊNCIA DE CONCORRÊNCIA
DA UNIÃO EUROPEIA – JANEIRO A MARÇO DE 2016
elaborado por Fernando Pereira Ricardo

Acordos, decisões de associações de empresas e práticas concertadas

Acórdão do Tribunal de Justiça de 10/03/2016, proferido no âmbito do Processo C-268/14 P.

Partes: *Italmobiliare/Comissão*.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 10/03/2016, proferido no âmbito do Processo C-267/14 P.

Partes: *Buzzi Unicem/Comissão*.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 10/03/2016, proferido no âmbito do Processo C-248/14 P.

Partes: *Schwenk Zement/Comissão*.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 10/03/2016, proferido no âmbito do Processo C-247/14 P.

Partes: *HeidelbergCement/Comissão*.

Acórdão do Tribunal Geral de 03/03/2016, proferido no âmbito do Processo T-15/14.

Partes *Simet/Comissão*

Acórdão do Tribunal de Justiça de 29/02/2016, proferido no âmbito do Processo C-270/12.

Partes: *Panalpina World Transport (Holding) e o./Comissão* .

Acórdão do Tribunal Geral de 29/02/2016, proferido no âmbito do Processo T-267/12.

Partes: *Deutsche Bahn e o./Comissão*

Acórdão do Tribunal Geral de 29/02/2016, proferido no âmbito do Processo T-265/12.

Partes: *Schenker/Comissão*.

Acórdão do Tribunal Geral de 29/02/2016, proferido no âmbito do Processo T-264/12.

Partes: *UTi Worldwide e o./Comissão*.

Acórdão do Tribunal Geral de 29/02/2016, proferido no âmbito do Processo T-254/12.

Partes: *Kühne + Nagel International e o./Comissão*.

Acórdão do Tribunal Geral de 29/02/2016, proferido no âmbito do Processo T-251/12.

Partes: *EGL e o./Comissão*.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 28/01/2016, proferido no âmbito do Processo C-415/14 P.

Partes: *Quimitécnica.com e de Mello/Comissão*.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 21/01/2016, proferido no âmbito do Processo C-74/14 (a título prejudicial).

Partes: *Eturas e o./Lietuvos Respublikos konkurencijos taryba*.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 21/01/2016, proferido no âmbito do Processo C-603/13 P.

Partes: *Galp Energia España e o./Comissão*.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 20/01/2016, proferido no âmbito do Processo C-428/14.

Partes: *DHL Express (Italy) e o./Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 20/01/2016, proferido no âmbito do Processo C-373/14 P.

Partes: *Toshiba Corporation/Comissão*.

Acórdão do Tribunal Geral de 19/01/2016, proferido no âmbito do Processo T-409/12.

Partes: *Mitsubishi Electric*/Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 19/01/2016, proferido no âmbito do Processo T-404/12.

Partes: *Toshiba*/Comissão.

Auxílios de Estado

Acórdão do Tribunal Geral de 16/03/2016, proferido no âmbito do Processo T-103/14.

Partes: *Frucona Košice*/Comissão.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 08/03/2016, proferido no âmbito do Processo C-431/14 P.

Partes: Grécia/Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 01/03/2016, proferido no âmbito do Processo T-79/14.

Partes: *Secop*/Comissão.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 18/02/2016, proferido no âmbito do Processo C-446/14 P.

Partes; Alemanha/Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 04/02/2016, proferido no âmbito do Processo T-620/11.

Partes: *GFKL Financial Services*/Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 04/02/2016, proferido no âmbito do Processo T-287/11.

Partes: *Heitkamp BauHolding*/Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 28/01/2016, proferido no âmbito do Processo T-507/12.

Partes: Eslovénia/Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 28/01/2016, proferido no âmbito do Processo T-427/12.

Partes: Áustria/Comissão.

Operações de concentração

Acórdão do Tribunal de Justiça de 28/01/2016, proferido no âmbito do Processo C-514/14 P.

Partes: Éditions *Odile Jacob*/Comissão.

C&R

BIBLIOGRAFIA

Novidades bibliográficas

NOVIDADES BIBLIOGRÁFICAS

elaborado por Catarina Anastácio

CONCORRÊNCIA – NACIONAL

CARLOS BOTELHO MONIZ (coord.) – *Lei da Concorrência anotada*, Coimbra: Almedina, 2016.

JOSÉ LUÍS CAMELO GOMES – *Lições de Direito da Concorrência*, Coimbra: Almedina, 2016.

CONCORRÊNCIA – ESTRANGEIRA

ABIR ROY – *Competition Law in India: A Practical Guide*, New York: Wolters Kluwer, 2016.

ANDREJ FATUR/KLEMEN PODOBNIK/ANA VLAHEK – *Competition Law in Slovenia*, New York: Wolters Kluwer, 2016.

DOUGLAS H. GINSBURG/JOSHUA D. WRIGHT/ELISA RAMUNDO/NICOLAS CHARBIT (eds.) – *Global Antitrust Economics – Current Issues in Antitrust and Law & Economics*, Institute of Competition Law, 2016.

JOHN DUNS/ARLEN DUKE/BRENDAN SWEENEY – *Comparative Competition Law*, Cheltenham/Northampton: Edward Elgar Publishing, 2016.

JULIAN PENA/MARCELO CALLIARI – *Competition Law in Latin America: A Practical Guide*, New York: Wolters Kluwer, 2016.

MITJA KOVAC/ANN-SOPHIE VANDENBERGHE (EDS.) – *Economic Evidence in EU Competition Law*, Intersentia, 2016.

NIGEL PARR/EUAN BURROWS – *Global Legal Insights – Cartels: Enforcement, Appeals & Damages Actions*, London: Global Legal Group, 2016.

ROS KELLAWAY/RHODRI THOMPSON/CHRISTOPHER BROWN (eds.) – *UK Competition Law: The New Framework*, Oxford: Oxford University Press, 2016.

REGULAÇÃO – NACIONAL

AA.VV. – *A Governação de Bancos nos Sistemas Jurídicos Lusófonos*, Coimbra: Almedina, 2016.

ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO – *Direito dos Seguros*, Coimbra: Almedina, 2016.

CLARA BEATRIZ LOURENÇO DE FARIA – *O seguro D&O e a proteção ao patrimônio dos administradores*, 2.^a ed., Coimbra: Almedina, 2016.

DANIELA MARIN PIRES – *Os fundos de investimento em direitos creditórios (FIDC)*, 2.^a ed., Coimbra: Almedina, 2016.

GUSTAVO JOSÉ MARRONE DE CASTRO SAMPAIO – *Fundamentos da regulação bancária e a aplicação do princípio da subsidiariedade*, Coimbra: Almedina, 2016.

GUSTAVO MATHIAS ALVES PINTO – *Regulação sistêmica e prudencial no setor bancário brasileiro*, Coimbra: Almedina, 2016.

IVAN CÉSAR RIBEIRO – *Os megabancos e as crises financeiras: uma análise teórica e jurimétrica*, COIMBRA: ALMEDINA, 2016.

EVENTOS

elaborado por Cristina Camacho e Nazaré da Costa Cabral

AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA

Conferência “União Bancária: A Nova Fronteira da Regulação Financeira na União Europeia”

Lisboa, 25-26 de janeiro de 2016

Organizada pela Católica Lisbon School of Business & Economics, esta Conferência teve por objetivo debater a interação entre União Bancária e Concorrência, a génese da União Bancária, o seu funcionamento e os atuais desafios.

Nesta Conferência participaram o Governador do Banco de Portugal, Carlos da Silva Costa e o Ministro das Finanças, Mário Centeno, bem como o Presidente da Autoridade da Concorrência, António Ferreira Gomes, e o Diretor Geral da Concorrência da Comissão Europeia, Johannes Laitenberger, entre outros.

Mais informação:

<https://www.clsbe.lisboa.ucp.pt/pt-pt>

International Conference: “A New Approach to State Aid”

Porto, 19 de março de 2016

A Conferência Internacional “A New Approach to State Aid” foi organizada pela Católica Porto Law School, tendo sido debatidos temas como os desenvolvimentos mais recentes na área dos auxílios de Estado e a interação dos auxílios de Estado com a fiscalidade. Na Conferência participaram como oradores o Presidente da Autoridade da Concorrência, António Ferreira Gomes, e a Vogal do Conselho da Autoridade da Concorrência, Maria João Melícias.

Mais informação:

<http://www.porto.ucp.pt/pt/central-eventos/international-conference-new-approach-state-aid>

1.^{as} Jornadas do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

Santarém, 31 de março de 2016

Organizadas pelo Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão em parceria com a Associação Sindical dos Juizes Portugueses e o Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, as 1.^{as} Jornadas constituíram uma oportunidade ímpar de debate de algumas das principais questões da atualidade nesta área. O programa das Jornadas foi organizado em torno da reflexão sobre dois temas, o direito de mera ordenação social e os segredos de negócio, com oradores oriundos da magistratura, academia, advocacia, Autoridade da Concorrência e Banco de Portugal.

Mais informação:

<http://www.ministeriopublico.pt/destaque/i-jornadas-do-tribunal-da-concorrenca-regulacao-e-supervisao>

NOTAS CURRICULARES

ALEXANDRE MIGUEL MESTRE

É atualmente consultor na Abreu Advogados (2014) nas áreas de prática de Concorrência, Regulação e União Europeia, Direito do Desporto, tendo sido anteriormente Secretário de Estado do Desporto e Juventude no XIX Governo Constitucional (2011-2012) e advogado associado na Sociedade de Advogados PLMJ (2005-2011). Foi também Adjunto Jurídico do Secretário de Estado da Juventude e Desportos e do Secretário de Estado do Desporto e Reabilitação (2002-2005), Jurista na Confederação dos Agricultores de Portugal (2001-2002), Investigador no Colégio da Europa, Bruges (2000) e Estagiário nos Serviços Jurídicos da Comissão Europeia, Bruxelas (1999-2000). Foi Docente convidado na Escola Superior de Educação Almeida Garrett, na Universidade de Évora, na Universidade Lusófona de Lisboa, na Universidade de Lucerna, na Universidade Autónoma de Lisboa e na Escola Superior de Desporto de Rio Maior (1999-2014), tendo sido assistente estagiário na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (1998-1999). É Membro do Comité Científico da publicação *International Sports Law Review*, desde novembro de 2013, do Conselho de Administração do *Think Tank Sport and Citizenship*, desde 2012, do Conselho de Fundadores da Agência Mundial Antidopagem, em representação da União Europeia (eleito) (2013), e do Grupo de Constituição do Tribunal Arbitral do Desporto, no âmbito do Comité Olímpico de Portugal (2011). Foi também Vice-Presidente (para a Europa do Sul) da *International Sports Law Association* (2004-2008) e é autor e coautor de várias publicações na área do Direito do Desporto, de entre as quais “The Law of the Olympic Games” (TMC Asser Press/Cambridge University Press, 2009), bem como de diversos artigos científicos publicados em revistas nacionais e internacionais nas áreas do Direito da União Europeia, do Direito do Desporto e do Olimpismo. É frequentemente orador em diversas conferências, nacionais e internacionais, sobre Direito da União Europeia, Direito do Desporto e Olimpismo. É licenciado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (1998) e Doutorado em Direito Europeu do Desporto, pela Edge Hill University, Liverpool (2015). É Mestre em Estudos Europeus (vertente

Jurídica), pela Universidade Católica de Lisboa (2008) e Pós-Graduado em Estudos Olímpicos, pela Academia Olímpica Internacional & Loughborough University (2005), em Legística, pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (2004) e em Estudos Jurídicos e Económicos da União Europeia, Université Paris I – Panthéon Sorbonne (1999)

Alexandre is currently of-counsel with Abreu Advogados since 2014 for the practice areas of Competition, Regulatory and EU Law and Sports Law. He was previously Secretary of State for Sport and Youth in the XIX Constitutional Government (2011–2012), Associate Lawyer with PLMJ (2005–2011), Legal Assistant of the Secretary of State for Youth and Sports and the Secretary of State for Sport and Rehabilitation (2002–2005) and Legal Advisor at the Portuguese Farmers Confederation (2001–2002). He was also a Researcher at the College of Europe, Bruges (2000), a Trainee at the legal services of the European Commission, Brussels (1999–2000). He was also a guest lecturer at Escola Superior de Educação Almeida Garrett (Lisbon); Universidade de Évora (Évora); Universidade Lusófona (Lisbon); University of Lucerne (Lucerne); Universidade Autónoma (Lisbon) and Escola Superior de Desporto de Rio Maior (Santarém) (1999–2014). Alexandre is also a member of the Scientific Committee of the International Sports Law Review since November 2013, of the Management Board of Think Tank Sport and Citizenship since 2012, of the Council of Founders of World Anti-Doping Agency (WADA), representing the European Union (2013) and of the Founding group of the Court of Arbitration for Sport, regarding the Portuguese Olympic Committee (2011). He was Vice President (for the South Europe) of the International Sports Law Association, (2004 –2008) and is author and co-author of several publications in Sports Law area, including “The Law of the Olympic Games” (TMC Asser Press/Cambridge University Press, 2009), as well as of several scientific articles published in national and international magazines regarding European Union Law, Sports and Olympic Law. He has been a speaker at several national and international conferences regarding European Union Law, Sports and Olympic Law. Alexandre holds a Law Degree, from the University of Lisbon Law School (1998), a PhD in European Sports Law, from the Edge Hill University, Liverpool (2015) and a Master’s Degree on European Legal Studies, from the Católica School of Law (2008). He is also a postgraduate in Olympics Studies from the Olympics Academy & Loughborough University (2005), in Legistics from the University of Lisbon Law School (2004), and in Legal and in Economic Studies of the European Union from the Université Paris I – Panthéon Sorbonne (1999)

CATARINA BAPTISTA GOMES

Licenciada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (2013) e Mestranda em Direito Comercial na mesma Faculdade (desde 2014). Foi também Tutora das Disciplinas de Direito Comercial I e II no ano letivo de 2013/2014 na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Advogada estagiária na Eduardo Paz Ferreira & Associados. Membro da Mesa da Assembleia Geral do ODC – Observatório da Concorrência, Associação.

Catarina holds an Undergraduate Degree in Law from the University of Lisbon Law School (2013) and is a Master's student in Commercial Law at the same Law School (since 2014). She was a Tutor of Commercial Law I and II in the academic year 2013/2014 at the University of Lisbon Law School. She is a trainee lawyer at Eduardo Paz Ferreira & Associados and a member of the presidium of the general meeting of the Association ODC – Observatório da Concorrência (Competition Observatory).

CELINA VIDEIRA

Licenciada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (2013). Frequenta o Mestrado Científico, menção de Ciências Jurídicas, especialidade de Direito Comercial, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, tendo concluído a parte escolar e encontrando-se atualmente a preparar a sua tese de mestrado. É advogada estagiária na sociedade de Advogados – Álvaro Dias & Associados, desde 2013. Exerce ainda, desde 2013, as funções de Presidente da Assembleia da Junta de Freguesia do Rabaçal (Guarda).

Celina is graduated in Law from the University of Lisbon Law School (2013). She is a Master's student in Juridical Sciences, specialising in Commercial Law, at the University of Lisbon Law School, where she is currently working on her Master's thesis. She has been Trainee Lawyer at Álvaro Dias & Associados law firm since 2013. She has also been nominated Chairwoman of Rabaçal (Guarda) Parish Council since 2013.

FRANCISCO MARCOS

Francisco Marcos é um perito em Análise Económica do Direito e em Direito Comercial e da Concorrência. É Professor no *Instituto de Empresa* (Madrid) desde 2002, com uma carreira intensiva de investigação e docência em várias universidades de prestígio tais como *Harvard*, *Georgetown*, *Califórnia (Berkeley)*, *Bologna*, *Autónoma de Madrid*, *Cantabria*, *Carlos III (Madrid)*, *Pompeu Fabra (Barcelona)*, *Europea de Madrid* e *Antonio Nebrija (Madrid)*. Foi um

Fulbright scholar (1994-1995) e teve uma bolsa do *Real Colegio de San Clemente de los Españoles* (1997-1998). Foi Diretor Geral de Política de Concorrência na autoridade de concorrência regional de Madrid (2006-2009). Tem uma licenciatura em Direito da *Universidad de Oviedo*, um mestrado em direito da Universidade da Califórnia em Berkeley, e um doutoramento do *Real Colegio de España* em Bologna.

Francisco Marcos is an expert in economic analysis of law and commercial and competition law. He is a Professor at Instituto de Empresa (Madrid) since 2002, with an intensive career in research and teaching in prestigious universities such as Harvard, Georgetown, California (Berkeley), Bologna, Autónoma de Madrid, Cantabria, Carlos III (Madrid), Pompeu Fabra (Barcelona), Europea de Madrid and Antonio Nebrija (Madrid). He was a Fulbright scholar (1994-1995) and held a scholarship from the Real Colegio de San Clemente de los Españoles (1997-1998). He was General Director of Competition Policy at the Madrid Regional Antitrust Authority (2006-2009). He holds a law degree from Universidad de Oviedo, a master in law from the University of California in Berkeley, and a Ph.D. from the Real Colegio de España in Bologna.

LUÍS MIGUEL ROMÃO

É atualmente advogado e líder da área de prática de Direito da Concorrência e Direito da União Europeia da sociedade de advogados CMS Rui Pena & Arnaut (2014), tendo sido anteriormente membro do Departamento de Direito Europeu e Concorrência da sociedade de advogados PLMJ (1998-2012). Foi igualmente *Legal Counsel* da Siemens, onde foi *Lead Lawyer* dos Sectores da Saúde e Infraestruturas e Cidades e dos Centros Corporativos (2012-2014). Licenciado em Direito pela Universidade Lusíada de Lisboa, é titular de um LL.M em Estudos Legais Europeus da Universidade de Bristol, no Reino Unido, e de Cursos de Pós-graduação em *Economics for Competition Law* (*King's College*, Universidade de Londres) e em Direito Aéreo e Espacial (Universidade Nova de Lisboa), tendo frequentado programa de Doutoramento em Direito da Universidade Nova de Lisboa.

Luis is currently a lawyer and the head of practice of the area of Competition & EU Law at the law firm CMS Rui Pena & Arnaut, having previously worked at the EU and Competition Law Department of the law firm PLMJ (1998-2012). He was also Lead Lawyer for the Infrastructure and Cities and Healthcare Sectors and Corporate Centres at Siemens Portugal (2012-2014). Luis is a graduate of the Law Faculty of Universidade Lusíada de Lisboa, Portugal, and holds an LL.M in

European Legal Studies from the University of Bristol, UK, and Post-Graduate Courses in Economics for Competition Law (King's College, UK) and Air and Space Law (Lisbon University), and has attended the Ph.D. programme in Law at the Lisbon University.

MATEUSZ BŁACHUCKI

Mateusz Błachucki é um *case handler* e assessor do Diretor do Departamento de Controlo de Concentrações do Gabinete de Proteção da Concorrência e dos Consumidores polaco (UOKiK). Tem um doutoramento em Direito (tese sobre o procedimento de control de concentrações na Polónia, Academia Polaca de Ciências, 2011), um mestrado em Direito (Universidade de Varsóvia, 2002) e um mestrado em Economia (Escola de Economia de Varsóvia, 2003). É Professor Auxiliar no Instituto de Estudos Jurídicos do Departamento de Direito Administrativo da Academia Polaca de Ciências e foi, anteriormente, assistente na Universidade Cardeal Stefan Wyszyński, em Varsóvia, e na Universidade de Varsóvia.

Mateusz Błachucki is a case handler and advisor to the Director of the Department of Merger Control in the Polish Office of Competition and Consumer Protection (UOKiK). He holds a PhD in law (thesis on the Polish merger procedure, Polish Academy of Sciences, 2011), an M.A. in Law (University of Warsaw, 2002) and an M.A. in Economics (Warsaw School of Economics, 2003). He is an Assistant Professor in the Institute of Legal Studies at the Department of Administrative Law at the Polish Academy of Sciences and was previously a lecturer at the University of Cardinal Stefan Wyszyński in Warsaw and at Warsaw University.

MIGUEL DUARTE SANTOS

Licenciado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL) e mestrando no Curso de Mestrado Científico em Ciências Jurídicas, perfil de Direito Bancário e dos Seguros, da FDUL. Foi advogado-estagiário e advogado no departamento de Direito dos Seguros da SPS Advogados – Sociedade de Advogados, R.L., exercendo hoje atividade em nome individual, maioritariamente nas áreas de Direito financeiro e comercial.

Law graduate of the University of Lisbon Law School and currently attending the Master's course in Legal sciences, area of Banking and Insurance law, at the University of Lisbon Law School. He has been a trainee lawyer and lawyer at SPS Advogados – Sociedade de Advogados, R.L., Insurance Law department, currently practicing individually, mainly in the areas of financial and commercial law.

REVISTA DE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO

1. A *Revista de Concorrência e Regulação* (C&R) está aberta à colaboração dos seus Leitores, pelo que aceita para publicação artigos, estudos ou comentários de jurisprudência que se enquadrem na temática geral do Direito e Economia da concorrência e regulação e na temática específica de cada número, de acordo com um duplo critério de interesse informativo e qualidade científica.
2. Todos os textos a publicar na C&R são da responsabilidade exclusiva dos seus Autores. A publicação dos textos não significa a concordância da C&R com as posições neles expressas.
3. Os textos a publicar devem ser inéditos e podem ser apresentados em português, espanhol, francês ou inglês, sendo publicados na língua em que foram redigidos. Em casos excecionais, poderão ser aceites textos não inéditos, devendo então o Autor indicar onde foram publicados anteriormente.
4. Os textos devem estar formatados em *Word* e não exceder, em regra, 70 mil caracteres (incluindo espaços). Devem também ser acompanhados de um resumo (“*abstract*”), com um máximo de 100 (cem) palavras, em inglês.
5. Aos textos, os Autores devem ainda juntar uma breve nota curricular (que não deverá exceder, para cada versão linguística, 950 caracteres, incluindo espaços) em português e inglês, morada e endereço eletrónico.
6. A informação sobre as normas formais aplicáveis aos textos a submeter à *Revista de Concorrência e Regulação* deve ser solicitada, antes do envio do texto, através do endereço eletrónico revista@concorrenca.pt.
7. Os trabalhos devem ser remetidos em formato digital para o endereço eletrónico revista@concorrenca.pt ou para a morada: Autoridade da Concorrência – Avenida de Berna, 19, 1050-037 Lisboa, ao cuidado de Catarina Anastácio.
8. As provas tipográficas dos textos aprovados para publicação serão enviadas ao Autor para a morada ou endereço eletrónico por si indicados, para revisão.

Collaboration with

REVISTA DE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO

1. *Revista de Concorrência e Regulação* (C&R) welcomes submissions for publication from its readers, including papers, studies or case comments, related to Competition and Regulation Law and Economics and the specific theme of each issue, according to the interest and scientific quality of each contribution.
2. Authors are exclusively responsible for their papers. Publication of papers does not mean that C&R endorses the views expressed therein.
3. Papers must not have been published elsewhere and can be submitted in Portuguese, Spanish, French or English. Papers will be published in the original language. In exceptional cases, papers that have already been published may be accepted. In such circumstances the Author will be required to indicate where the paper has been published previously.
4. Texts must be processed in Word, should not exceed 70,000 characters (including spaces) and must also be accompanied by an abstract, with a maximum of 100 words, in English.
5. Authors must provide a short CV in Portuguese and English, (which should not exceed 950 character, including spaces, for each of the languages) as well as mailing and email addresses.
6. Further information on the formal rules for submission of materials to the C&R must be requested in advance, by contacting revista@concorrencia.pt.
7. Contributions must be sent in digital format to the email address revista@concorrencia.pt or to the address: Autoridade da Concorrência – Avenida de Berna, 19, 1050-037 Lisboa – Portugal, to the attention of Ms. Catarina Anastácio.
8. Prior to publication, proofs will be sent to the Authors, to the mailing address or email address previously indicated.

ÓRGÃOS SOCIAIS

DIREÇÃO

Paulo de Sousa Mendes/Miguel Sousa Ferro

CONSELHO CIENTÍFICO

Presidentes: António Ferreira Gomes/Eduardo Paz Ferreira

Membros:

António Avelãs Nunes	Jorge de Figueiredo Dias
António Menezes Cordeiro	José António Veloso
Augusto Silva Dias	José Danilo Lobato
Barry Hawk	José Luís da Cruz Vilaça
Bernardo Feijóo Sánchez	José de Faria Costa
Bo Vesterdorf	José de Oliveira Ascensão
Carlos Pinto Correia	José Lobo Moutinho
David Gerber	José Manuel Sérvulo Correia
Diogo Rosenthal Coutinho	Jürgen Wolter
Donald Baker	Keiichi Yamanaka
Douglas Rosenthal	Klaus Rogall
Eleanor Fox	Laurence Idot
Fernando Borges Araújo	Luís Cabral
Fernando Herren Aguillar	Luís Greco
Francisco Marcos	Manuel da Costa Andrade
Florianio Marques	Manuel Lopes Porto
François Souty	Marco Bronckers
Frederic Jenny	Maria Fernanda Palma
Geraldo Prado	Mark Zöller
Gerhard Dannecker	Miguel Moura e Silva
Germano Marques da Silva	Miguel Nogueira de Brito
Giorgio Monti	Miguel Poiares Maduro
Harry First	Nicolas Charbit
Heike Schweitzer	Oswald Jansen
Ioannis Kokkoris	Patrick Rey
João Ferreira do Amaral	Paulo Câmara
Jorge Braga de Macedo	Paulo de Pitta e Cunha
	Paulo Pinto de Albuquerque

Pedro Pais de Vasconcelos
Pedro Pitta Barros
Peter Freeman CBE, QC
Philip Marsden
Piet Jan Slot
René Smits

Richard Wish
Rosa Greaves
Vasco Pereira da Silva
Vito Tanzi
William Kovacic
Wouter Wils

CONSELHO CONSULTIVO

João E. Gata/Jorge Simões/Nuno Cunha Rodrigues

CONSELHO REDATORIAL

Presidente: Catarina Anastácio

Comissão Coordenadora:

Cristina Camacho
Fernando Pereira Ricardo
João Cardoso Pereira
José Renato Gonçalves

Luís Vale Lima
Nazaré da Costa Cabral
Ricardo Bayão Horta
Vítor Miguel Lourenço

Editores:

Concorrência – Questões gerais, europeu e comparado

Carlos Pinto Correia/João E. Gata

Concorrência – Práticas restritivas

Fernando Xarepe Silveiro/João Pateira Ferreira

Concorrência – Auxílios de Estado

Miguel Mendes Pereira/António Carlos dos Santos/Marco Capitão Ferreira

Concorrência – Concentrações

Margarida Rosado da Fonseca

Autoridades reguladoras

João Miranda

Direito contraordenacional e processual penal

Teresa Quintela de Brito/João Matos Viana/Vânia Costa Ramos

Economia

António Pedro Santos/Jorge Rodrigues/Paulo Gonçalves

Água e resíduos

João Miranda

Ambiente

Carla Amado Gomes

Aviação civil

António Moura Portugal

Comércio, consumo e concorrência desleal

Teresa Moreira

Contratação pública

Nuno Cunha Rodrigues

Energia

Gonçalo Anastácio

Financeiro

Luís Máximo dos Santos/Rute Saraiva

Transportes terrestres e marítimos

Tânia Cardoso Simões

Saúde

Nuno Castro Marques

Secretariado Executivo:

Manuela Oliveira

Natália Leite

