

# CATÓLICA LAW REVIEW

VOLUME II  
n.º 2  
mai. 2018

## DIREITO PRIVADO

Paulo de Tarso Domingues

Pedro Múrias

Pedro Romano Martinez

Rui Pinto Duarte

Tanmayi Sharma

Vasiliki Fasoula

José Carlos Brandão Proença

Victor Hugo Ventura



CATÓLICA

RESEARCH CENTRE  
FOR THE FUTURE OF LAW

—  
LISBOA - PORTO

# CATÓLICA LAW REVIEW

VOLUME II \ n.º 2 \ maio 2018

## DOCTRINA

### **Paulo de Tarso Domingues**

Professor Associado  
Faculdade de Direito da Universidade do Porto

### **Pedro Múrias**

Consultor Principal do Centro Jurídico da Presidência do Conselho de Ministros

### **Pedro Romano Martinez**

Professor Catedrático  
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

### **Rui Pinto Duarte**

Professor Catedrático Convidado  
Escola de Lisboa da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa

### **Tanmayi Sharma**

LL.B. student  
Jindal Global Law School

### **Vasiliki Fasoula**

PhD researcher at Research Institute of Business Law  
Université Paris II Panthéon-Assas

## COMENTÁRIO DE JURISPRUDÊNCIA

### **José Carlos Brandão Proença**

Professor Associado  
Escola do Porto da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa

### **Victor Hugo Ventura**

Assistente Convidado ISCAP, IPP.  
Doutorando na Escola do Porto da Faculdade Direito da Universidade Católica Portuguesa

UNIVERSIDADE CATÓLICA EDITORA

### Proprietário

Católica Research Centre for the Future of Law  
Católica Law Review  
VOLUME II \ n.º 2 \ maio 2018

### Conselho de Direção

Rui Medeiros  
Catarina Santos Botelho  
Elsa Vaz de Sequeira  
Gonçalo Almeida Ribeiro  
Maria d'Oliveira Martins  
Sofia Pais

### Redação e Administração

Católica Research Centre for the Future of Law  
Faculdade de Direito  
Universidade Católica Portuguesa  
Palma de Cima 1649-023 Lisboa  
Tel. (351) 21 721 41 78 | Fax. (351) 21 721 41 77  
catolicallawreview.fd@ucp.pt | www.fd.lisboa.ucp.pt

### Coordenação deste volume

Ana Taveira da Fonseca  
Ana Afonso

Este trabalho é financiado por fundos nacionais através da FCT – Fundação para a Ciência e a Tecnologia, I.P., no âmbito do projeto Ref.ª UID/DIR/04859/2013

© Universidade Católica Editora

Revisão Editorial	António Brás
Capa e conceção gráfica	Ana Luísa Bolsa   4 ELEMENTOS
Paginação	acentográfico
Impressão	Sersilito – Empresa Gráfica, Lda.
Depósito Legal	420225/17
Data	maio 2018
Tiragem	300 exemplares
Periodicidade	quadrimestral
ISSN	2183-9336



Universidade Católica Editora  
Palma de Cima 1649-023 Lisboa  
Tel. (351) 217 214 020 | Fax. (351) 217 214 029  
uce@uceditora.ucp.pt | www.uceditora.ucp.pt

# ÍNDICE

---

9 Nota da Direção

---

## DOCTRINA

11 Administradores trabalhadores – Breves notas

**Paulo de Tarso Domingues**

**Resumo:** No presente artigo analisa-se se, no ordenamento jurídico português, é possível uma pessoa ter a qualidade de administrador e simultaneamente de trabalhador de uma mesma sociedade, concluindo-se pela resposta negativa. Conclui-se ainda que esta solução, prevista na lei para as sociedades anónimas, deve igualmente valer para as sociedades por quotas.

**Palavras-chave:** Administradores, trabalhadores, acumulação de funções.

**Abstract:** In this paper, it is analysed whether, under the Portuguese legal system, it is possible for a person to have simultaneously the status of director and worker in the same company, concluded by the negative answer. Furthermore, this solution, enshrined in the law for public companies, should also apply to private companies.

**Keywords:** Directors, workers, accumulation of functions.

25 Personal Value in the Analysis of Rights

**Pedro Múrias**

**Abstract:** This paper offers a partial analysis of the concept of claim-rights, in response to some traditional theories of claim-rights, namely interest theories and will theories. The main argument tries to establish that personal value is a notion thinner than those of interest and will that should replace them in analyses of claim-rights. A state of affairs has (positive) personal value if and only if there are reasons to favour it *for the sake of* some person or person-like entity. Personal value brings together interest and will. When either someone's interest or her will constitutes a reason to favour its content, it constitutes, in the most common cases, a reason to favour such content for that person's sake. Substituting personal value for interest and will is in accordance with some important substantive assumptions for morality and familiar legal systems, while it does not imply any of them. The final sections argue for a concept of personal value and, therefore,

of claim-rights that allows for valueless entities as right-holders, like some corporations and mindless robots.

**Keywords:** Claim-rights, interest, will, personal value.

**Resumo:** Este estudo faz uma análise parcial do conceito de direito-pretensão, em resposta a algumas versões das tradicionais teorias do interesse e da vontade. Tenta mostrar-se que o conceito de valor pessoal é menos denso do que os de interesse e de vontade, devendo, também por isso, tomar o seu lugar nas teorias do direito subjetivo. Um estado de coisas tem valor pessoal (positivo) se e só se há razões para promover (ou, mais amplamente, «favorecer») esse estado de coisas *em atenção a, por mor de* ou, neste sentido, *por causa de* certa pessoa ou de certa entidade semelhante a uma pessoa. Quando o interesse ou a vontade de uma pessoa é uma razão para promover o seu conteúdo, isso é, nos casos mais comuns, uma razão para promover esse conteúdo por mor dessa pessoa, e o estado de coisas respetivo tem, portanto, valor pessoal. Usar o conceito de valor pessoal em lugar dos de interesse e de vontade condiz com importantes pressupostos morais e jurídicos, embora não implique nenhum deles. Os capítulos finais deste artigo defendem um conceito de valor pessoal e, portanto, de direito subjetivo compatível com a possibilidade de entidades não valiosas, como certas empresas ou alguns autómatos terem direitos subjetivos.

**Palavras-chave:** Direitos subjetivos, interesse, vontade, valor pessoal.

#### 41 Ensaio sobre os Seguros de Responsabilidade Civil

**Pedro Romano Martínez**

**Resumo:** Como resulta do título, trata-se de um ensaio, pelo que se analisa em termos pragmáticos o âmbito dos seguros de responsabilidade civil, relacionando o regime do contrato de seguro com as regras civis da responsabilidade civil, em especial do seguro obrigatório que tem na ordem jurídica portuguesa um impacto muito significativo.

**Palavras-chave:** Responsabilidade civil, contrato de seguro, seguro obrigatório de responsabilidade civil.

**Abstract:** The scope of civil liability insurance is analysed in pragmatic terms, relating the insurance contract regime to the civil liability rules, in particular compulsory insurance.

**Keywords:** Civil liability, insurance contract, compulsory civil liability insurance.

73 Os Deveres dos Administradores das Sociedades Comerciais  
**Rui Pinto Duarte**

**Resumo:** Os propósitos deste texto são apresentar um panorama dos deveres dos administradores das sociedades comerciais e discutir os conteúdos dos mais importantes desses deveres.

**Palavras-chave:** Sociedades comerciais, administradores, gestão, responsabilidade.

**Abstract:** The purposes of this paper are to present an overview of the duties of commercial companies directors and to discuss the contents of the most important of such duties.

**Keywords:** Companies, directors, management, liability.

99 Evidence in International Arbitration: Admissibility, Relevance and Differences between Common and Civil Law  
**Tanmayi Sharma**

**Abstract:** Arbitration is a form of alternate dispute resolution, that takes place outside the court of law. Arbitral tribunals are usually not bound by domestic procedures for collection and evaluation of evidence. There exists a vacuum with respect to laws relating to evidence in International arbitration, making it imperative to examine the rules of evidentiary collection and examination in arbitral tribunals. This paper seeks to examine the procedure relating to the admissibility and relevance of evidence in international arbitration. Parallely, this paper will also examine the differences in procedure in Civil and Common law jurisdictions, the practical effect of these differences and the implications of the same.

**Keywords:** Alternate dispute resolution, international commercial arbitration, evidence, IBA rules.

**Resumo:** A arbitragem é uma forma de resolução alternativa de litígios. Os tribunais arbitrais não estão geralmente vinculados à observância de regras legais que versem sobre os meios de obtenção da prova e sobre o valor probatório dos diversos meios de prova. Em face do vazio legal no que respeita à prova na arbitragem internacional, analisam-se as regras que versam sobre os meios de obtenção e a valoração da prova nos tribunais arbitrais. Neste artigo, procura avaliar-se a admissibilidade e o valor da prova na arbitragem internacional. Paralelamente, procura estabelecer-se as diferenças existentes a nível procedimental nas jurisdições de *Civil* e *Common Law*, bem como assinalar o efeito prático e as implicações dessas mesmas diferenças.

**Palavras-chave:** Resolução alternativa de litígios, arbitragem comercial internacional, prova, Normas da IBA.

115 Global labour market for professional football players  
and contract law**Vasiliki Fasoula**

**Abstract:** The multibillion industry of football offers a product that has a global market for supply and demand. Transnational federations have a private association status linking them and their members by private membership contracts. Their authority is to organise competitions and regulate the sport discipline. Their norms affect the employment interests of professional football players as laid down in their national employment contracts. The EU has made efforts to put these transnational norms under its internal market law control in order to respect the freedom of contract between individuals but also to protect the players that are the weaker party of the contract and safeguard the undistorted competition between clubs in the market. As the industry becomes more liberalized the need for a permanent social dialogue and monitoring of the financial fair play seems appropriate.

**Keywords:** Employment contracts, freedom of contract, collective agreements, free movement of workers, competition law, restrictive practices, football federations.

**Resumo:** A indústria multibilionária do futebol oferece um produto que possui um mercado global de oferta e de procura. As federações transnacionais constituem associações privadas a que os seus membros se ligam através de contratos privados de adesão. A estas federações são reconhecidos poderes para organizar competições e regular a disciplina desportiva. Uma vez que os contratos nacionais de trabalho refletem as referidas normas, estas afetam os interesses laborais dos jogadores profissionais de futebol. A UE tem desenvolvido esforços para colocar estas normas transnacionais sob o controlo do direito do mercado interno, para defender a liberdade contratual entre indivíduos, mas também para proteger os jogadores que são a parte mais fraca do contrato e evitar uma distorção da concorrência entre os clubes que integram o mercado europeu. À medida que se assiste a uma liberalização da indústria do futebol, aumenta a necessidade de promoção de um diálogo social permanente e de monitorização do *fair play* financeiro.

**Palavras-chave:** Contratos de trabalho, liberdade contratual, acordos coletivos, liberdade de circulação de trabalhadores, direito da concorrência, práticas restritivas, federações de futebol.

---

COMENTÁRIO DE JURISPRUDÊNCIA

139 A relação advogado-cliente como relação de consumo –  
comentário ao acórdão *Birutė Šiba v. Arūnas Devėnas*  
do Tribunal de Justiça

**José Carlos Brandão Proença \ Victor Hugo Ventura**





## Nota da Direção

---

O segundo número de 2018 da *Católica Law Review* permitiu consolidar o desafio de editar uma revista com artigos que resultam de uma *call for papers* e de um processo de *peer review*.

Neste número publicam-se seis excelentes artigos de Paulo de Tarso Domingues (Universidade do Porto); Pedro Múrias (CEJUR); Pedro Romano Martinez (Universidade de Lisboa); Rui Pinto Duarte (Católica-Lisboa); Tanmayi Sharma (Jindal Global Law School) e Vasiliki Fasoula (Université Paris II Panthéon-Assas).

No texto de Paulo de Tarso Domingues, recusa-se a possibilidade de, no ordenamento jurídico português, uma pessoa ter a qualidade de administrador e simultaneamente de trabalhador de uma mesma sociedade. Pedro Múrias procura demonstrar a importância do conceito de valor pessoal para as teorias do direito subjetivo. O artigo de Pedro Romano Martinez constitui um ensaio sobre os seguros de responsabilidade civil onde se relaciona o regime do contrato de seguro com as regras civis da responsabilidade civil. Rui Pinto Duarte versa sobre o conteúdo dos deveres dos administradores das sociedades comerciais.

A estes textos juntam-se as participações de Tanmayi Sharma e de Vasiliki Fasoula que se debruçam sobre temas atuais com grande relevância prática: a prova na arbitragem internacional e os desafios impostos aos contratos de trabalho dos jogadores de futebol profissionais pelo mercado laboral globalizado onde se inserem.

Inclui-se ainda um comentário de Brandão Proença (Católica-Porto) e Victor Hugo Ventura (ISCAP) ao acórdão do TJUE *Birutė Šiba v Arūnas Devėnas*.

No primeiro número desta Revista, identificou-se como desígnio a edificação de um fórum cosmopolita, a partir da Católica. Pensamos que a diversidade dos contributos que integram este número de direito privado constitui mais uma concretização dessa aspiração inicial.

## Editorial Note

---

The 2018 second issue of *Católica Law Review* has permitted the consolidation of our major challenge: editing a Review with articles that result from a call for papers and a peer review process.

In the doctrinal part, this issue includes six magnificent texts by Paulo de Tarso Domingues (Universidade do Porto); Pedro Múrias (CEJUR); Pedro Romano Martinez (Universidade de Lisboa); Rui Pinto Duarte (Católica-Lisboa); Tanmayi Sharma (Jindal Global Law School) and Vasiliki Fasoula (Université Paris II Panthéon-Assas).

Paulo de Tarso Domingues' text rejects the possibility for a person to have simultaneously the status of director and worker in the same company. Pedro Múrias demonstrates the importance of personal value concept for the analyses of claim-rights. Pedro Romano Martinez' article constitutes an essay about civil liability insurance that associates the insurance contract regime to the civil liability rules. Rui Pinto Duarte's contribution deals with the duties contents of the directors of commercial companies.

These texts are joined by the contributions of Tanmayi Sharma and Vasiliki Fasoula, which focus on current questions of great practical relevance: international arbitration evidence and the challenges imposed to contract law by the globalized labor market of professional football players.

This issue also includes a commentary by Brandão Proença (Católica-Porto) and Victor Hugo Ventura (ISCAP) to the Judgment of the Court of Justice of the European Union *Birutė Šiba v Arūnas Devėnas*.

In the first issue, it was identified that this Review should have the ambition of being a cosmopolitan forum promoted by Católica School of Law. We believe that the diversity of the contributions that integrates this private law issue is another achievement of this initial aspiration.

# Administradores trabalhadores

## Breves notas

### Paulo de Tarso Domingues

Professor Associado  
Faculdade de Direito da Universidade do Porto

---

#### SUMÁRIO

1. *Quaestio iuris*: É possível um administrador ser trabalhador *na mesma sociedade*?
2. Caracterização da relação laboral e da relação de administração
3. A (apenas aparente?) incompatibilidade do exercício de funções de trabalho e de administração
4. O regime do CSC: derrogação pelo regime do contrato em comissão de serviço?
5. A proibição da acumulação da qualidade de administrador e trabalhador (art. 398.º, n.º 1, do CSC)
6. A sorte dos contratos de trabalho de trabalhadores nomeados administradores (art. 398.º, n.º 2, do CSC)
7. Aplicação do regime legal, previsto para as SA, às SQ?  
Bibliografia

## 1. *Quaestio iuris*: É possível um administrador ser trabalhador na mesma sociedade?

A questão que pretendo aqui abordar é, utilizando as palavras do poeta, «concreta e definida» (muito embora a respetiva resposta já o possa não ser). Trata-se de saber se é possível a uma pessoa ter a qualidade de administrador<sup>1</sup> e, simultaneamente, de trabalhador de uma mesma sociedade (seja porque o exercício do cargo de administrador é feito ao abrigo de um contrato de trabalho seja porque o sujeito acumula aquelas duas funções).

Para isso, no sentido de tentar alcançar uma resposta – e, na medida do possível, também ela o mais concreta e definida – à questão colocada, é preciso, antes de mais, delimitar e definir em que consiste cada uma destas relações jurídicas (a relação laboral e a relação de administração) e perceber as suas principais diferenças.

## 2. Caracterização da relação laboral e da relação de administração

No que tange à relação laboral, o contrato de trabalho traduz-se – de acordo com a noção legal que consta do art. 1152.º do CC – no contrato «pelo qual uma pessoa se obriga, mediante retribuição, a prestar a sua atividade intelectual ou manual a outra pessoa, sob a autoridade e direção desta»<sup>2</sup>.

Desconsiderando outras notas, que para este efeito não relevam, o que aqui importa sobretudo sublinhar é que a relação laboral implica o exercício de uma certa atividade por uma determinada pessoa em favor de terceiro, sob a direção e autoridade deste.

Isto é, a pedra de toque da relação laboral é a subordinação jurídica em que se encontra o trabalhador; ele está numa situação de dependência relativamente ao empregador, encontra-se sob o poder de direção e disciplina do empregador<sup>3</sup>.

---

1 O regime aplicável aos administradores das SA é igualmente válido, assim me parece, para os gerentes das SQ (*vide infra* n.º 7). Por isso, *brevitatis causa*, irei utilizar apenas a referência ao administrador, muito embora as soluções apontadas valham indistintamente para os administradores das SA e para os gerentes das SQ.

2 Note-se que a noção que consta do art. 11.º do Código de Trabalho, aprovado pelo DL n.º 7/2009, de 12 de fevereiro, é ligeiramente diferente. Aí dispõe-se que o contrato de trabalho «é aquele pelo qual uma pessoa singular se obriga, mediante retribuição, a prestar a sua atividade a outra ou outras pessoas, no âmbito de organização e sob a autoridade destas».

3 Os traços caracterizadores do contrato de trabalho poderão encontrar-se em qualquer manual juslaboral (*vide, ex multis*, AMADO (2016); RAMALHO (2016); FERNANDES (2017); GOMES (2007); e MARTINEZ

É completamente distinta a relação que se estabelece entre a sociedade e os seus administradores.

As sociedades comerciais, como qualquer pessoa coletiva, porque não são seres «dotados de consciência e vontade própria»<sup>4</sup>, porque não têm naturalisticamente vontade própria<sup>5</sup>, necessitam obrigatoriamente de órgãos que formem e exteriorizem a sua vontade<sup>6</sup>.

Ora, um dos principais órgãos que forma e exterioriza a vontade da sociedade é precisamente o órgão de administração.

Há, pois, aqui um fenómeno de representação orgânica ou institucional, de que participam os administradores (muito embora os administradores não se confundam com o órgão de que são titulares; eles são tão-somente membros do órgão...). E, *il va sans dire*, entre os membros que compõem o órgão de administração e a sociedade estabelece-se uma relação jurídica – uma «relação jurídica complexa»<sup>7</sup> –, composta por diferentes direitos e deveres recíprocos e com traços característicos próprios.

A qualificação da natureza jurídica desta relação é muito discutida e controversa<sup>8</sup>. Nesta sede, importa apenas relevar que, mesmo para aqueles que con-

---

(2017), sendo que em todos se sublinha esta situação de subordinação jurídica em que se encontra o trabalhador.

4 Cfr. ANDRADE (1987), p. 114.

5 Cfr. ASCENSÃO (2000), p. 421.

6 Na Alemanha não se pode sequer registar uma GmbH sem a indicação dos gerentes da mesma. *Vide* § 10 GmbHG e ULMER (1992), trad. espanhola de AGUILA-REAL (1998), p. 69.

7 Cfr. ABREU (2015), p. 514.

8 Diga-se apenas que são fundamentalmente três as teses que têm sido propostas para explicar a relação de administração: a teoria do ato unilateral, a teoria do contrato e a teoria mista (de combinação de um negócio unilateral com um contrato).

Para a primeira teoria, a relação de administração resulta, em regra, exclusivamente de um negócio unilateral (a deliberação de eleição do administrador). Neste sentido, entre nós, *vide* ABREU (2015), p. 515, e também CORDEIRO (1997), pp. 371 e ss.. Coutinho de Abreu acentua que a designação do administrador não depende da aceitação do cargo (esta é uma mera condição de eficácia daquela designação); com a deliberação de designação do administrador – que é, aliás, registável, sem a aceitação –, a relação de administração, diz, «ganha conteúdo suficiente na lei, nos estatutos e em deliberações» (p. 516).

Para a segunda teoria, a relação de administração reconduz-se necessariamente a um contrato, sendo depois muito variada, entre os AA., a natureza jurídica atribuída a esta relação contratual (mandato, prestação de serviço, contrato de administração ou até contrato de trabalho). I. é, a relação de administração resultará sempre de uma proposta (a deliberação que designa o administrador) e aceitação da proposta (consubstanciada na aceitação do cargo). Perfilhando esta visão, entre nós, *vide* VENTURA, (1991), pp. 28 e ss., esp. p. 33; BRITO CORREIA (1993), pp. 495 e ss.; ALMEIDA (2011), p. 174 (que vê no contrato de administração um contrato de mandato com representação); e OLIVEIRA (2005), pp. 186 e ss. Para a última das teorias indicadas, a relação de administração assenta numa união de negócios: o negócio jurídico unilateral de designação do administrador por parte da sociedade e o contrato que se estabelece entre a sociedade e o administrador designado. Na nossa doutrina, esta é a posição sufragada, p. ex., por FERRER CORREIA (1968), pp. 330-331, e MARTINS (1998), p. 59, AA. que defendem que o contrato que é celebrado com a sociedade é um contrato de emprego. Em sentido idêntico, *vide*

figuram a relação de administração como uma relação contratual, dificilmente a mesma pode ser concebida como uma relação laboral<sup>9</sup>.

Com efeito, do confronto entre alguns dos traços essenciais da relação de administração e da relação laboral, ressalta à evidência que aquela não possa ser configurada como uma relação juslaboral. Vejamos:

a) o contrato de trabalho implica sempre retribuição (art. 11.º do Código do Trabalho); o cargo de gestão pode não ser remunerado (arts. 255.º e 399.º do CSC);

b) a relação laboral está sujeita a rigorosas regras no que respeita à duração e organização do trabalho, as quais não se aplicam à relação de administração;

c) a relação laboral só pode ser extinta pelo empregador com requisitos muito apertados (art. 338.º do Código do Trabalho: em princípio, é proibido o despedimento sem justa causa); quanto aos administradores, a regra é precisamente a contrária: a sociedade pode livremente destituí-los (arts. 257.º e 403.º do CSC);

d) finalmente – e este aspeto importa aqui acentuar –, não há qualquer fenómeno de subordinação jurídica no exercício de funções por parte dos administradores<sup>10</sup> (a quem compete, com autonomia e independência, formar e exteriorizar a vontade da sociedade), ao contrário do que sucede com os trabalhadores (que devem obediência à sociedade, sua entidade patronal).

### **3. A (apenas aparente?) incompatibilidade do exercício de funções de trabalho e de administração**

Caraterizada cada uma destas relações jurídicas, elas apresentam-se, de facto, incompatíveis entre si, não sendo sobreponíveis e não parecendo sequer possível cumular o exercício de ambas.

---

também RODRIGUES (1990), pp. 271 e ss., muito embora este A. considere que o contrato possa ser um contrato de trabalho ou de prestação de serviços.

Por último e para uma análise atual e compreensiva da relação de administração, podem ver-se as esclarecedoras páginas de COSTA (2014), pp. 371 e ss.

9 Note-se, contudo, que mesmo quanto a este aspeto a doutrina não é unânime. No sentido de que a relação de administração não pode ser configurada como um contrato de trabalho, *vide* ABREU (2006), p. 14, ABREU (2010), p. 75; e RAMALHO (2008), p. 523, nota 945. Contra, GOMES (2007), p. 167 (que defende que a qualificação da relação de administração não deve ser definida aprioristicamente, dependendo de uma análise casuística sobre o modo como a prestação é executada); e RODRIGUES (1990), pp. 290 e ss. (para quem a relação de administração pode configurar-se como contrato de trabalho ou contrato de prestação de serviços, conforme os casos). Já Raúl Ventura, não as confundindo, admite a acumulação das duas funções (de administrador e trabalhador). Cfr. VENTURA (1991), pp. 33 e ss.

10 Muito embora, nas SQ, os gerentes devam observar, mesmo em matéria de gestão, o que for deliberado pelos sócios (*vide* art. 259.º do CSC; é diferente o regime para as SA: cfr. art. 373.º, n.º 3, do CSC).

Com efeito, se é o órgão de administração que forma a vontade da sociedade, conduzindo e dirigindo, com autonomia, a atividade societária, não se pode conceber uma relação em que o administrador se encontre numa situação de dependência dele próprio. I. é, um sujeito não pode ter simultaneamente um vínculo que implica a sua subordinação jurídica à sociedade e um outro em que lhe compete exercer as funções de direção da sociedade.

Esta conclusão é inquestionável quando a administração seja singular<sup>11</sup>. Na verdade, nesta hipótese, se outra pudesse ser a solução, tal «levaria à confusão na mesma pessoa da qualidade de empregador e de empregado, o que é impossível porque uma pessoa não pode subordinar-se a si mesmo»<sup>12</sup>. Estas funções são, pois, neste circunstancialismo, claramente incompatíveis entre si. O administrador não pode ser dependente/subordinado dele próprio. A subordinação jurídica implica o dever de obediência e uma pessoa não pode dever obediência a si própria...

A questão assume, contudo, contornos diferentes quando a administração é colegial. Neste circunstancialismo, já se tem entendido<sup>13</sup> que o exercício de certas funções pelo administrador, sobretudo quando sejam delimitadas de forma clara e precisa, possa ficar sujeito ao poder de disciplina e direção por parte do órgão de administração. E, portanto, neste caso, já seria admissível que o administrador pudesse acumular a qualidade de trabalhador.

Contudo, mesmo na hipótese de uma administração plural não deve ser possível a acumulação das duas qualidades (de administrador e trabalhador). O administrador não pode mandar às segundas, quartas e sextas-feiras e ser mandado às terças, quintas-feiras e sábados. Ou, é o mesmo, não pode mandar em certas matérias e ser mandado noutras. Com efeito, não se pode esquecer que, ainda que haja delegação ou repartição de tarefas entre os administradores, todos eles são solidariamente responsáveis pela atuação do órgão (cfr. art. 73.º, n.º 1, do

---

11 Esta é a posição pacificamente aceite em Itália. Para uma panorâmica do estado da arte, nesta matéria, não só em Itália mas em outros países, vide COSTA (2014), nota 1764, pp. 805 e ss., e a bibliografia aí citada, bem como GOMES (2007), p. 168.

Na verdade, mesmo aqueles autores que defendem acerrimamente a possibilidade de um administrador ser trabalhador, como é o caso de Giampaolo di Giorgio (que expressamente afirma que «quem tem funções de administração nem por isso perde a capacidade, que lhe é própria como pessoa para o Direito, de estabelecer com a sociedade as mais variadas relações jurídicas, incluindo as de trabalho subordinado»), consideram que tal será inadmissível no caso de a administração ser singular, uma vez que, nesse caso, é impossível encontrar uma vontade da sociedade distinta da do administrador único. Cfr. GIORGIO (2003), pp. 817 e ss.

Diferentemente, entre nós, Raúl Ventura considerava que o obstáculo da subordinação não era «intransponível» e impeditivo quanto a um gerente único poder acumular também a qualidade de trabalhador. Cfr. VENTURA (1991), p. 37.

12 Cfr. RAMALHO (2012), p. 65.

13 Assim, entre nós, COSTA (2014), pp. 808-809. Vide também a bibliografia referida nas obras indicadas *supra* na nota 11.



CSC) – por toda a atuação do órgão, em todas as áreas e matérias! –, tendo cada um deles o dever de vigiar e sindicar a atividade dos demais administradores (cfr. art. 407.º, n.º 8, do CSC). E não se vê, de facto, como pode um administrador exercer cabal e plenamente as suas funções, quando ele deve obediência (ainda que restringida apenas a certas matérias rigorosamente definidas) aos seus colegas de administração<sup>14</sup>. O exercício – com independência e imparcialidade – das funções que lhe são legalmente atribuídas fica, assim me parece, claramente comprometido, numa tal situação. Há, na verdade, uma «incompatibilidade genética das funções de administração com o estatuto de subordinação»<sup>15</sup>.

Também por esta razão se compreende sem dificuldade o regime legal português, consagrado no art. 398.º do CSC, inequivocamente adverso à acumulação das funções de administrador e trabalhador na mesma sociedade, devendo, na interpretação e delimitação desse regime, ter-se presente que tal acumulação só poderá ser admitida em casos-limite e muito limitados, uma vez que a mesma é suscetível de pôr em causa o princípio do correto e ordenado desempenho do cargo de administração.

#### **4. O regime do CSC: derrogação pelo regime do contrato em comissão de serviço?**

O regime pátrio sobre a questão que aqui nos ocupa está fundamentalmente consagrado no art. 398.º do CSC, do qual resulta claramente uma posição hostil (e de desconfiança) do legislador português à acumulação do cargo de administrador com a de trabalhador, a qual é, em princípio, sempre proibida nas SA<sup>16</sup>.

Antes da análise deste regime convém começar por esclarecer que o disposto no art. 398.º – ao contrário do que foi pretendido por alguns<sup>17</sup> – não se deve considerar tacitamente revogado pelo regime do contrato (de trabalho) em comissão de serviço.

---

14 O administrador goza, na verdade, de um espaço de «irredutível autonomia decisória» [cfr. ABREU (2010), p. 76] que se afigura incompatível com um contrato de trabalho. Refira-se, contudo, que este A. considera que – não fora o regime de art. 398.º do CSC – poderia haver situações de cúmulo da qualidade de administrador e de trabalhador, exemplificando com a situação de uma «pessoa designada membro do conselho de administração [desde que não seja administrador único], sem funções executivas, que continua a exercer a actividade que como trabalhador desempenhava na sociedade (actividade distinta da de administrador e não absorvida por esta) e a exercê-la sob a autoridade e direcção da sociedade empregadora manifestada pelo conselho» Vide ABREU (2006), p. 17.

15 Cfr. RAMALHO (2016), p. 66, nota 130.

16 A norma do art. 398.º está inserida no título correspondente a este tipo societário, pelo que se suscita a dúvida quanto à sua aplicação análogica às SQ, questão que abordarei *infra* no ponto 7.

17 Dando notícia deste entendimento, embora não aderindo ao mesmo, vide RAMALHO (2016), p. 65, e GOMES (2007), p. 170.

Com efeito, os dois regimes parecem contraditórios entre si: o art. 398.º proíbe o exercício de funções laborais ao administrador (cfr. art. 398.º, n.ºs 1 e 2 do CSC), enquanto o art. 161.º do Código do Trabalho expressamente refere que a relação laboral pode, sob a forma de contrato de comissão de serviço, respeitar ao exercício de «cargo de administração ou equivalente».

E, portanto, sendo este regime juslaboralista posterior ao do CSC<sup>18</sup>, ele poderia ter, de forma tácita, derogado – ao menos parcialmente<sup>19</sup> – o regime previsto no Código das Sociedades.

Contudo, como se referiu acima, não é admissível que o administrador possa ter, como Janus, duas faces, concentrando em si aqueles dois chapéus (de administrador e trabalhador). Por isso – e também porque o regime do contrato de trabalho não é, de todo, adequado para as funções de administração<sup>20</sup> –, deve fazer-se uma interpretação restritiva do regime da comissão de serviço, nomeadamente do artigo 161.º do Código do Trabalho, considerando-se que o mesmo não abrange o exercício do cargo de administrador<sup>21</sup>.

Importa, por isso, analisar o regime societário, previsto no art. 398.º do CSC.

## 5. A proibição da acumulação da qualidade de administrador e trabalhador (art. 398.º, n.º 1, do CSC)

No art. 398.º, n.º 1, do CSC estabelece-se a proibição de os administradores<sup>22</sup> poderem exercer quaisquer funções ao abrigo do contrato de trabalho («subordinado ou autónomo»<sup>23</sup>) durante o período em que são administradores,

---

18 O regime da comissão de serviço consta hoje dos artigos 161.º e seguintes do Código do Trabalho, mas foi introduzido no nosso ordenamento jurídico pelo DL n.º 404/91, de 16 de outubro; o CSC foi aprovado pelo DL n.º 262/86, de 2 de setembro.

19 Afinal, a administração poderia ser exercida ao abrigo de um contrato de trabalho, desde que na forma de comissão de serviço.

20 Assim, ABREU (2010), p. 76, que sublinha a inadequação, para o administrador, do regime laboral em aspetos tão importantes como a duração e organização do tempo de trabalho, a retribuição, a cessação do vínculo, etc.

21 Neste sentido, *vide* ABREU (2010), p. 76, e RAMALHO (2016), p. 65. Aquela regra poderá, no entanto, abranger o trabalhador que é contratado por uma sociedade (A) para exercer funções de administração noutra sociedade (B), desde que as sociedades não estejam em relação de grupo ou de domínio, porque essa situação é vedada pelo art. 398.º, n.º 1, do CSC.

22 Sobre o problema de saber se esta regra abrange também (ou não) os administradores membros da comissão de auditoria – questão que se coloca porque o art. 423.º-H do CSC não remete para este art. 398.º do CSC – *vide* MARTINS (2013), pp. 337-339.

23 A referência a um «contrato de trabalho autónomo» causa alguma perplexidade, uma vez que um dos *essentialia negotii* da relação laboral é precisamente a subordinação jurídica. Deverá entender-se que, com aquela expressão menos feliz, o legislador se quis referir ao contrato de prestação de serviços. Assim, ABREU (2010), p. 15, nota 11; e MARTINS (2013), p. 339.

bem como a celebração desse tipo de contratos que se destinem a produzir efeitos em momento posterior à cessação das suas funções de administrador<sup>24</sup>.

Se tal ocorrer, o contrato de trabalho celebrado será nulo por violação de norma legal imperativa (art. 294.º do CSC).

A *ratio legis* deste artigo não se prende tanto com a «incompatibilidade genética» da acumulação da dupla qualidade de administrador e trabalhador<sup>25</sup>, mas é sobretudo a de impedir que os administradores se aproveitem do cargo que exercem para obter vantagens pessoais através de vínculos (eventualmente fictícios ou de favor) que os beneficiem em prejuízo da sociedade<sup>26</sup>.

O regime do art. 398.º, n.º 1, do CSC é porventura excessivo e demasiado rigoroso, sobretudo no que respeita à primeira parte da norma (a proibição da prestação de qualquer trabalho ou serviços)<sup>27</sup>, havendo quem sustente não haver justificação para a proibição absoluta que ali é consagrada<sup>28</sup>, na medida em que o fim que se visa alcançar – como se disse, impedir o aproveitamento indevido do cargo por parte do administrador para obter vantagens pessoais – já estará suficientemente acautelado com a aplicação do regime do art. 397.º, n.º 2, do CSC<sup>29</sup>.

Note-se que há mesmo quem, indo mais longe, entenda que esta regra deve ser relativizada e interpretada restritivamente, por forma a apenas abranger as «situações fraudulentas» que a lei visa prevenir, i. é, aquelas situações em

---

24 Note-se que desta norma resulta também a proibição da acumulação de qualquer prestação de trabalho (ou serviços) durante o mandato do cargo de administrador, ainda que tal relação contratual já existisse antes daquela designação para a administração. O regime aplicável a esta hipótese está previsto no art. 398.º, n.º 2, do CSC, a que me referirei no número seguinte.

A letra da lei não refere, por outro lado, expressamente os contratos que, celebrados na vigência do mandato do administrador, se destinem a produzir efeitos durante esse mandato, mas a solução não pode deixar de ser a mesma: tais contratos serão nulos, até porque o seu objeto seria contrário à lei (estaria compreendido pela proibição do art. 398.º, n.º 1, do CSC). Neste sentido, *vide* MARTINS (2013), p. 340.

25 Como resulta à evidência do facto de a proibição se estender para além do término das funções de administrador, onde deixam de se colocar as dificuldades relativas à subordinação jurídica em que se encontrará o sujeito em causa.

26 Neste sentido, *vide* MARTINS (2013), p. 336, e COSTA (2014), pp. 807-808.

27 Já a parte final da norma seria até dispensável [embora se justifique por uma questão de certeza jurídica – cfr. ABREU (2016), p. 20], uma vez que ainda que esta norma não existisse, os contratos celebrados durante o exercício do cargo para vigorarem após a sua cessão sempre seriam nulos por violação dos bons costumes. Assim, VENTURA (1994), p. 192, A. que refere que esta regra foi introduzida no código para combater a prática, que seria comum na década de 80 do século passado, dos contratos ali mencionados.

28 Assim, ABREU (2006), p. 20, que menciona não se compreender as razões porque, p. ex., um administrador advogado não pode ser mandatário judicial da sociedade (nota 26).

29 Que estipula que os contratos celebrados entre a sociedade e os seus administradores têm de ser autorizados por deliberação do conselho de administração (na qual o interessado não pode votar), com o parecer favorável do órgão de fiscalização. Assim, ABREU (2006), p. 20.

que o administrador visa aproveitar-se do cargo que exerce para obter benefícios ou vantagens pessoais<sup>30</sup>.

Não me parece, contudo, que esta posição possa ser acolhida em face do nosso direito constituído. Do art. 398.º do CSC resulta a proibição absoluta da prestação de trabalho (ou serviços) por parte dos administradores, sem abrir quaisquer exceções. E a possibilidade de acumulação das duas funções – ainda que em casos limitados e muito definidos – presta-se e abre a porta a comportamentos abusivos que é manifestamente aquilo que a lei quis evitar.

Por outro lado, a proibição do art. 398.º, n.º 1, do CSC estende-se ainda à prestação de trabalho (ou serviços) por parte do administrador a todas as sociedades que se encontrem em relação de domínio<sup>31</sup> ou de grupo<sup>32</sup> com aquela sociedade em que ele exerce as funções de administração.

Coutinho de Abreu<sup>33</sup> propõe uma interpretação restritiva desta regra, entendendo que a proibição só deve valer para as situações em que seja a sociedade dominada/filha a contratar (como trabalhador ou prestador de serviços) os administradores das sociedades dominantes, por que só neste caso é que estes administradores poderão fazer uso da influência do seu cargo para determinar a celebração do contrato (o que já não sucederá na situação inversa, em que é o administrador da sociedade filha que é contratado, p. ex., como trabalhador pela sociedade mãe).

Parece-nos, contudo – com Soveral Martins<sup>34</sup> –, até porque a lei não distingue as situações, que a proibição deve valer nos dois sentidos: i. é, nem o administrador da sociedade mãe pode celebrar contratos de trabalho (ou de prestação de serviços) com a sociedade filha, nem o administrador da sociedade filha pode igualmente ser contratado, nos termos indicados, pela sociedade mãe<sup>35</sup>.

## **6. A sorte dos contratos de trabalho de trabalhadores nomeados administradores (art. 398.º, n.º 2, do CSC)**

No art. 398.º, n.º 2, do CSC determina-se a sorte do contrato de trabalho de um trabalhador da sociedade que é designado administrador da mesma, consagrando-se regimes distintos consoante o contrato dure há menos de um

---

30 Neste sentido, *vide* COSTA (2010), p. 808.

31 Sobre as sociedades em relação de domínio, *vide* art. 486.º do CSC.

32 Sobre as sociedades em relação de grupo, *vide* arts. 488.º e ss.

33 Cfr. ABREU (2006), p. 21.

34 Cfr. MARTINS (2013), p. 338.

35 Note-se que a *facti-species* da norma já não abrange a celebração deste tipo de contratos por parte de administradores com sociedades irmãs.

ano ou há mais de um ano. Neste último caso, o contrato suspende-se. Para a primeira hipótese, prescreve-se a extinção do contrato por caducidade.

Embora se reconheça que a sobrevivência do contrato de trabalho (ainda que suspenso) pode, de alguma forma, condicionar e afetar o exercício do cargo de administração<sup>36</sup>, esta solução da lei – de suspensão do contrato de trabalho – afigura-se como a mais correta<sup>37</sup>, na medida em que a cessação do vínculo laboral teria claramente um efeito desincentivador da aceitação do exercício de funções de administração por parte dos trabalhadores. A constitucionalidade deste regime (da suspensão do contrato de trabalho) foi já suscitada, tendo o Tribunal Constitucional confirmado a sua regularidade com a nossa Constituição<sup>38</sup>.

Já se afigura mais controvertida a solução de extinguir *ope legis* o contrato de trabalho quando ele dure há menos de um ano<sup>39</sup>.

O Tribunal Constitucional também já foi chamado a pronunciar-se sobre esta regra, tendo-a considerado inconstitucional. Com efeito, no Ac. TC n.º 1018/96, de 19 de setembro de 1996<sup>40</sup> – numa decisão que foi reiterada depois no Ac. TC n.º 626/2011, de 19 de dezembro de 2011<sup>41</sup> –, o Tribunal considerou que a parte inicial do art. 398.º, n.º 2, do CSC (que determina a extinção do contrato de trabalho do trabalhador nomeado administrador, se o mesmo tiver sido celebrado há menos de um ano) padece de uma inconstitucionalidade formal, porquanto se entendeu que aquela norma tinha caráter juslaboral<sup>42</sup> e que, por

---

36 Mesmo entendendo que aquele poder disciplinar da entidade empregadora fica suspenso, enquanto o sujeito exercer funções de administração. Neste sentido, *vide* CORDEIRO (2011), p. 977. A doutrina juslaboralista pronuncia-se, contudo, em regra, em sentido contrário: a suspensão do contrato de trabalho mantém intocado o poder disciplinar da entidade empregadora. *Cfr.* AMADO (2016), p. 336; e FERNANDES (2017), p. 519.

37 Uma vez que, pelas razões acima expendidas, não é de admitir a acumulação das duas funções.

38 *Cfr.* Ac. TC n.º 259/2001, de 30 de maio de 2001, que se pode ler no *Diário da República*, 2.ª Série, de 24 de novembro de 2001.

39 Embora se perceba que com este regime se pretende mais eficazmente prevenir comportamentos oportunistas, impedindo que se celebre um contrato de trabalho com um sujeito (para assegurar um vínculo mais reforçado com a sociedade) para, logo de seguida, o designar administrador. Em todo o caso, o ordenamento jurídico tem instrumentos que permitem combater estes comportamentos abusivos, nomeadamente através do recurso à fraude à lei.

40 Acórdão que se pode ler em: [www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19961018.html](http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19961018.html).

41 Acórdão que se pode ler em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20110626.html>. Este acórdão tem uma declaração de voto do Conselheiro Carlos Pamplona de Oliveira, considerando que a norma não tem natureza laboral.

42 Considerando que esta regra do art. 398.º, n.º 2, do CSC não tem caráter juslaboral, sendo antes uma norma de cariz jurídico-societário – e que, portanto, não padece de uma inconstitucionalidade formal por não terem sido ouvidas as organizações representativas dos trabalhadores – *vide* CORDEIRO (2011), p. 977, bem como o Ac. TC n.º 259/2001 (ponto 7), de seguida referido em texto e a declaração de voto emitida no Ac. TC n.º 626/2011, de 19 de dezembro de 2011.

isso, deveriam ter sido ouvidas (e não o foram) as organizações representativas dos trabalhadores.

De todo o modo, este acórdão não encerrou a questão sobre a conformidade da norma com a nossa Constituição.

Os acórdãos indicados foram tirados ao abrigo da fiscalização concreta e, por isso, só quando tal decisão for adotada em três acórdãos do Tribunal Constitucional é que a decisão de inconstitucionalidade passará a ter força obrigatória geral (cfr. art. 281.º, n.º 3, do CRP).

Acresce que, de forma completamente distinta, o Tribunal Constitucional, no Ac. 539/2007, de 30 de outubro<sup>43</sup>, julgou conforme à Constituição aquela secção do art. 398.º, n.º 2, considerando improcedentes todos os argumentos invocados quanto à sua inconstitucionalidade, seja formal (a norma não tem natureza juslaboral<sup>44</sup>), seja orgânica (a norma não contende com direitos, liberdades e garantias e, por isso, não é da reserva relativa de competência da Assembleia da República), seja material (por não colidir com a proteção constitucional da liberdade de escolha da profissão, da garantia de segurança no emprego e do direito ao trabalho).

A questão permanece, pois, em aberto e a sorte da norma dependerá das posições que venham a ser sufragadas no futuro sobre ela pelo Tribunal Constitucional.

De todo o modo, sendo a norma que determina a extinção do contrato de trabalho formalmente inconstitucional<sup>45</sup>, será analogicamente aplicável o disposto no art. 398.º, n.º 2, do CSC, *in fine* à situação em causa<sup>46</sup>; ou seja, se um trabalhador, com um contrato de duração inferior a um ano, vier a ser designado administrador, verá igualmente o seu contrato de trabalho suspenso. A suspensão do contrato de trabalho deve, portanto, aplicar-se a todo e qualquer trabalhador que venha a ser nomeado administrador, independentemente da duração do mesmo<sup>47</sup>.

---

Ora, apesar de a norma estar sistematicamente localizada num diploma de natureza societária e a propósito do regime legal aplicável aos administradores, ela nada estatui quanto à relação de administração. Com efeito, esta norma regula a sorte da relação laboral do trabalhador que assume o cargo de administrador; a sua estatuição incide sobre a relação laboral (suspendendo-a ou extinguindo-a) e não sobre a relação de administração. Donde, aquela norma não pode deixar de ser materialmente considerada como uma norma de direito do trabalho. Assim, também ABREU, «Administradores e trabalhadores de sociedades», p. 16.

43 Acórdão que se pode ler em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20070539.html>.

44 Chegando inclusivamente a afirmar-se que aquela norma, que determina a suspensão do contrato de trabalho do trabalhador, quando este é nomeado administrador, «não implica uma directa repercussão na situação jurídica dos trabalhadores».

45 Como se deve efetivamente considerar, porquanto se trata materialmente de uma norma juslaboral (*vide supra* nota 42).

46 Assim, ABREU (2016), p. 16, nota 15; e MARTINS (2013), p. 341.

47 Alguma doutrina propõe uma interpretação restritiva desta regra, entendendo que a suspensão do

## 7. Aplicação do regime legal, previsto para as SA, às SQ?

No nosso ordenamento jurídico, esta matéria está sobretudo regulada no art. 398.º do CSC, norma prevista para as SA, o que inevitavelmente suscita a questão de saber se a mesma poderá ser analogicamente aplicável às SQ.

A esmagadora maioria da doutrina considera que o art. 398.º não se deve considerar aplicável às SQ e que, por isso, neste tipo societário é possível nomeadamente a acumulação do cargo de gerente com o de trabalhador<sup>48</sup>.

Ainda que se entenda que o regime do artigo 398.º do CSC não se aplica às SQ, deverá considerar-se que, mesmo neste tipo societário, só deve ser admissível – pelas razões que acima se expuseram no ponto 3 – a acumulação do cargo de gerente com o cargo de trabalhador, quando esteja em causa uma gerência plural e haja uma clara definição das funções exercidas pelo gerente na sua veste de trabalhador, i. é, seja possível distinguir claramente os dois espaços funcionais do sujeito<sup>49</sup>.

Em qualquer caso, permito-me discordar daquela posição dominante. Com efeito, julgo que as «razões justificativas»<sup>50</sup> (art. 10.º do CC) da solução do art. 398.º do CSC – o que se pretendeu foi precipuamente prevenir comportamentos fraudulentos e oportunistas por parte dos gestores – valem também inteiramente para as SQ<sup>51</sup>. Também nestas sociedades não deve ser admissível, assim me parece, que, p. ex., a gerência celebre, em nome da sociedade que representa, um contrato de trabalho com um dos seus gerentes.

---

contrato de trabalho não se deve aplicar ao trabalhador da sociedade mãe que é designado administrador na sociedade filha; ele não terá, nesta hipótese, possibilidade de influenciar a sua relação laboral na sociedade dominante (ao contrário do que sucederá na situação inversa). Assim, VENTURA (1994), p. 194, e ABREU (2016), p. 18.

48 Neste sentido, *vide* VENTURA (1991), pp. 33 e ss.; ABREU (2006), p. 18 (que entende não haver, neste caso, uma lacuna, sendo que, para além disso, algumas das soluções do art. 398.º do CSC não serão as mais adequadas, assentando numa argumentação frágil); BRITO CORREIA (2009), pp. 14 e ss.; COSTA (2014), p. 809; RODRIGUES (1990), pp. 290 e ss., e GOMES (2007), pp. 171-172. Já na jurisprudência é possível encontrar decisões divergentes. *Vide, ex multis*, os Acs. referidos por VENTURA (1991), pp. 35 e ss., e GOMES (2007), pp. 171-172, notas 443 e 444.

49 Neste sentido, *vide* RODRIGUES (1990), p. 313.

50 Pese embora se possam discordar das mesmas.

51 E não colhe nem convence o argumento usado por Raúl Ventura de que «um preceito que proibisse tal prática [a acumulação da função de gerente com a de trabalhador] seria ridiculamente ineficaz» [VENTURA (1991), p. 35], uma vez que esbarraria na *praxis* societária, onde seriam inúmeros os casos, sobretudo em pequenas sociedades por quotas, em que os gerentes seriam também trabalhadores. A verdade, é que, mesmo para efeitos tributários e de Segurança Social, o sujeito só assume uma daquelas qualidades. E, pelas razões aduzidas em texto, não nos parece possível a cumulação das duas. De resto, não alcançamos as razões para deixar de aplicar, p. ex., o disposto no art. 398.º, n.º 2, do CSC (a suspensão do contrato de trabalho) a um trabalhador de uma sociedade por quotas que, em determinado momento, é nomeado gerente.

Entendo, por isso, que o regime previsto para as SA (no art. 398.º do CSC) se deve considerar igualmente aplicável analogicamente às SQ.

## Bibliografia

- ABREU, Jorge Coutinho de, 2006, «Administradores e trabalhadores de sociedades (Cúmulos e não)», in *Temas societários*, IDET, Almedina, Coimbra, pp. 14 e ss.
- , 2010, *Governança das sociedades*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra.
- , Jorge Coutinho de, 2015, *Curso de direito comercial, vol. II, Das sociedades*, 5.ª ed., Almedina, Coimbra.
- AGUILA-REAL, J. Alfaro, 1998, *Principios fundamentales del derecho alemán de sociedades de responsabilidad limitada*, Civitas, Madrid.
- ALMEIDA, Carlos Ferreira de, 2011, *Contratos*, vol. II, 4.ª ed., Almedina, Coimbra.
- AMADO, João Leal, 2016, *Contrato de trabalho – Noções básicas*, Almedina, Coimbra.
- ANDRADE, Manuel de, 1987, *Teoria geral da relação jurídica*, vol. I, *Sujeitos e objecto*, 4.ª ed. (reimpressão), Almedina, Coimbra.
- ASCENSÃO, José de Oliveira, 2000, *Direito comercial*, vol. IV, *Sociedades comerciais. Parte geral*, AAFDL, Lisboa.
- BRITO CORREIA, Luís, 1993, *Os administradores de sociedades anónimas*, Almedina, Coimbra.
- , 2009, «Admissibilidade de remuneração variável de um gerente de sociedade por quotas», in *Direito das Sociedades em Revista*, (outubro) pp. 14 e ss.
- CORDEIRO, António Menezes, 1997, *Da responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais*, Lex, Lisboa.
- , 2011, «Anotação ao art. 398.º», in *Código das sociedades anotado*, Almedina, Coimbra.
- COSTA, Ricardo, 2014, *Os administradores de facto das sociedades comerciais*, Almedina, Coimbra.
- FERNANDES, António Monteiro, 2017, *Direito do Trabalho*, 18.ª ed., Almedina, Coimbra.
- FERRER CORREIA, António, 1968, *Lições de direito comercial, vol. II – Sociedades comerciais. Doutrina geral*, Universidade de Coimbra, Coimbra.
- GIORGIO, Giampaolo di, 2003, «Amministrazione e lavoro subordinato nelle società di capitali», in *Argomenti di Diritto del lavoro*, pp. 817 e ss.
- GOMES, Júlio, 2007, *Direito do trabalho*, vol. I, *Relações individuais de trabalho*, Coimbra Editora, Coimbra.
- MARTINEZ, Pedro Romano, 2017, *Direito do Trabalho*, 8.ª ed., Almedina, Coimbra.



- MARTINS, Alexandre Soveral, 1998, *Os poderes de representação dos administradores de sociedades anónimas*, Coimbra Editora, Coimbra.
- , 2013, «Anotação ao artigo art. 398.º», in *Código das sociedades em comentário*, vol. VI, Almedina, Coimbra, pp. 337 e ss.
- OLIVEIRA, António José Sarmento de, 2005, «O contrato de administração. Sua natureza e possibilidade de cumulação com um contrato de trabalho», in *Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas*, pp. 186 e ss.
- RAMALHO, Maria do Rosário Palma, 2008, *Grupos empresariais e societários. Incidências laborais*, Almedina, Coimbra.
- , 2016, *Direito do Trabalho*, Parte II, *Situações laborais individuais*, 6.ª ed., Almedina, Coimbra.
- RODRIGUES, Ilídio Duarte, 1990, *A administração das sociedades por quotas e anónimas. Organização e Estatuto dos Administradores*, Petrony, Lisboa.
- ULMER, Peter, 1992, «Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG) Grobkommentar», in *Die GmbH im deutschen Recht*.
- VENTURA, Raúl, 1991, *Sociedades por quotas*, vol. III, 3.ª reimpressão, Almedina, Coimbra.
- , 1994, *Novos estudos sobre sociedades anónimas e sociedades em nome coletivo*, Almedina, Coimbra.

# Personal Value in the Analysis of Rights

**Pedro Múrias<sup>\*</sup>**

Consultor Principal do Centro Jurídico da Presidência do Conselho de Ministros  
(CEJUR)

---

## CONTENTS

1. Introduction
  2. Both the right-holder's interests and her will matter
  3. The notion of personal value
  4. Advantages of personal value in a theory of claim-rights
  5. Personal value without valuable persons
  6. Personal value as micro-aggregation and separation of reasons
- Bibliography

---

\* Versions of this paper have been presented on several occasions. I am grateful to audiences in Edinburgh, Évora and Lisbon, and, for useful discussions, to Luís Duarte d'Almeida, Lucas Miotto, Euan MacDonald, Gonçalo Almeida Ribeiro, Toni Rønnow-Rasmussen, João Tiago Proença, Visa Kurki, Wu Ran and Susana Brito.

## 1. Introduction

Several well-known theories of claim-rights analyse this concept by relating one element from the side of the right-holder – namely, her interests or her “will” – and one feature of the correlative duty<sup>1</sup> – namely, its grounds, its purpose or what I call its “regime”. This paper addresses only the question concerning the side of the right-holder and argues that the notions of interest and will should be replaced by that of personal value. I will argue for this while accepting that both the right-holder’s interests and her will do play a special role in the grounds and in the regime of directed duties, that I take as correlative of claim-rights.

Personal value is constituted by reasons for actions or attitudes for the sake of some entity. In further analysing this concept, I argue against the “Kantian” view that, in a theory of claim-rights, the extrinsic personal value of states of affairs should be taken as necessarily derivative from the intrinsic value of an entity, especially of a person. I prefer the “Kelsenian” view that personal value is the product of a micro-aggregation of interests, preferences and similar items, whatever the reasons may be for such an aggregation.

## 2. Both the right-holder’s interests and her will matter

The starting point for my argument is that both the right-holder’s interests and her will are important regarding grounds and the regime of directed duties. In terms of grounds, the matter is conceptual. We should partially agree with interest-based grounds theories of rights, like those of MacCormick and Raz,<sup>2</sup> and believe that, if person R’s interests are, in the right way, part of the grounds of a duty, then the duty is directed to R. I am not currently concerned with what is “the right way” for the grounds of a duty to generate direction, but, for example, if D has the duty to give R something because R needs it, then D’s duty is, at least in the simplest cases, directed to R. The same, however, can intuitively be said in relation to the right-holder’s will: if D has the duty to give R something because R wants or asks for it, then D’s duty is, at least in the simplest cases (e.g., when R does not ask for it on behalf of someone else), directed to R, even if R wants or asks for something that goes against her interest.

I use the phrase “the regime of a duty” to pick the further deontic facts, including the existence of any other Hohfeldian positions, that in some way

---

1 I assume that claim-rights and (directed) duties are correlatives, following HOHFELD (1919, 36-38). But see KAMM (2007, 241-242), CRUFT (2013, 209), MAY (2015, 523-524) and CORNELL (2015, *passim*).

2 MACCORMICK (1976 and 1977), RAZ (1986, 165 ff.).

concern that duty. Say, the fact that the duty-bearer will have to compensate someone if the duty is breached, or the fact that the duty will disappear if a certain person says so. Similar phrases can of course be used concerning claim-rights, powers, etc.

It is a matter of substantive truth that the typical regime of directed duties, in morality and in some legal systems, protects not only the right-holder's choices, as will-theorists like Hart would have it,<sup>3</sup> but also her interests. The typical duty to compensate the right-holder in case of violation is, for instance, a duty to satisfy some interests affected by the violation. Typically, a directed duty ought not to be fulfilled, and may even disappear, if its fulfilment turns out to be against the right-holder's interests and the latter makes no relevant choice on the matter. Also, when the right-holder has a representative who exercises the typical powers of a right-holder, such as an attorney or a guardian, the representative typically has the duty to exercise such powers in accordance with the interests of the right-holder.<sup>4</sup>

Interest-theorists and will-theorists alike may try and have tried to "turn will into interest", or vice versa, in some or all of the above examples. Interest-theorists may say that the will is important, in these matters, only as an indication of interest, since "people can be presumed to be the best judges of what is for their own good or in their own interest".<sup>5</sup> Or they might claim there is a higher-order interest in freedom or autonomy,<sup>6</sup> which is satisfied when the will is satisfied. Conversely, will-theorists might argue that interest is just a presumed will and that it yields before genuine will, and they may try to stress that the protection of a right-holder's interests is subject to her choice.<sup>7</sup> The point of this paper is not to discuss these or similar arguments and the available replies. I surely believe the arguments are flawed. Inalienable positions are the greatest problem for will-theorists. Fully alienable positions, even against the right-holder's patent all-things-considered interests, are a symmetrical problem for interest-theorists. In short, one could perhaps say that both welfare and freedom have a special relation to rights, and they cannot be reduced to each other.

The point of this paper is to offer an alternative for those who accept these or similar objections to interest and will theories. One alternative is to analyse claim-rights with a mixed theory. One could say, for example, that a duty is

---

3 HART (1955 and 1973).

4 Some conceptual doubts may be raised in relation to this second example (who is really the right-holder in such cases?), but I cannot discuss them here.

5 MACCORMICK (1976, 315). SREENIVASAN (2005, 272) approvingly calls this a "traditional liberal dogma".

6 See SUMNER (1987, 47). Some of Raz's "derivative rights" seem also conceived as to turn will into interest. See his example of a right to walk on one's hands RAZ (1986, 169, and, in general terms, 190-191).

7 See SKORUPSKI (2010, 311) on the right to compensation.

directed to some person if and only if it has a certain relation to that person's "interest-or-will", with the idea that to favour someone's interest-or-will, in some situation, is to favour both that person's interest and her will if they match, and to favour either her interest or her will if they do not, depending on what, as a substantive matter, should be given precedence in the situation. I do think it is possible to find an extensionally adequate analysis of claim-rights in this vein. The problem with such an analysis is not only that the concept of interest-or-will is somewhat obscure, but also that an explanation would be required as to what is common to interests and wills in relation to rights. It seems that some unifying concept should take their places in a better analysis. In the following sections I argue that the concept of personal value can play that unifying role.

### 3. The notion of personal value

In this section I give a general idea of what personal value is. In sections 5 and 6 I explicate the concept further, so that it can play an appropriate role in a theory of claim-rights. In the sense I use the phrase "personal value":

i) The (legal or moral) personal value of a state of affairs, related to a person or person-like entity P, is constituted by the (legal or moral) reasons to favour or disfavour that state of affairs for the sake of P.<sup>8</sup>

ii) A state of affairs can have only one personal value related to P. Personal value is an all-things-considered value, but only things for the sake of P are considered. A single state of affairs can have as many personal values as there are person-like entities.

The basic notion, then, is that of reasons to favour or disfavour something *for the sake of* someone.<sup>9</sup> There is a clear connection between personal value, on the one hand, and interest and will, on the other. In the simplest cases where someone's interest or will constitutes a reason for you to act, you have a reason to act for that person's sake. Suppose you have a moral or legal reason

---

8 The first condition follows RØNNOW-RASMUSSEN (2011, 47), who argues for his analysis throughout the book, but puts no restriction on legal or moral aspects. Strictly speaking, the value-bearer is not the state of affairs, but the obtaining of it (RØNNOW-RASMUSSEN, 2011, 154).

9 Attitudes and actions "for the sake of" someone have become a staple subject for value-theorists. There may be some alternatives to the phrase: see ANDERSON (1993, 19-20: "with due regard for") and DARWALL (2002, 14: "on [someone's] behalf"). RØNNOW-RASMUSSEN (2015, 59-63) considers some difficulties in translating it into other languages. MAY (2012, 125) gives a decisive role to "for the sake of" in his theory of directed duties, to which I will return.

to promote that *q* and the reason is that person *P* would prefer that *q*, or, in a second supposition, the reason is that it is in *P*'s interest that *q*. Suppose further that the role of *P*'s interest or *P*'s preference is not incidental: it is not the case, e.g., that the interest or preference is a reason because it is a sign for something else or because it is a means for something. Our moral or legal reason is, so to speak, “just” that *P* would prefer that *q*, or that it is in *P*'s interest that *q*. Then, in both cases, save for less common situations, you have a reason to promote that *q* for *P*'s sake, and that *q* may have *P*-related positive personal value.

Every personal value is related to a person (etc.), but it is not “subjective” in the sense that it is what a person values, takes to be valuable, or wants. Sometimes, the fact that *P* values that *q* or wants that *q* makes this state of affairs personally valuable, as a matter of substantive fact, but that is not necessarily the case. On other occasions, the fact that *P* values or wants that *q* is irrelevant – for example, sometimes when *P* is a young child – or is outweighed by other reasons to act for the sake of *P* – e.g., when *P* is a child and that *q* would harm her.

Personal value, related to a particular person, is not necessarily what satisfies that person's interest.<sup>10</sup> That personal value is significantly different from interest and will is, of course, what makes it useful in an analysis of rights. A person's interest is what is good for her,<sup>11</sup> while personal value, related to that person, is what is good because of her, in some appropriate manner. A person's interest is, by and large, what she has most reason to want, while personal value, related to some person, is what everyone, or at least some other person, has reason to want for her sake. Someone's interest is arguably constituted by that person's internal reasons, in Williams' sense,<sup>12</sup> while personal value is constituted by external reasons: for our purposes, legal or moral reasons.

A person's interests and will, and even the different kinds of items that may constitute her “will”, may conflict. Personal value depends on the resolution of such conflicts according to substantive criteria.

Despite its name, personal value can be related not only to persons, but also to animals and other entities, provided they are significantly similar to persons. In section 5, I take a closer look at the different kinds of entities in relation to which a state of affairs can have personal value.

---

10 See RØNNOW-RASMUSSEN (2011, 86-88) and DARWALL (2002, 14). ANDERSON (1993, 20 and 26-30) considers an even wider category, not only personal value but the extrinsic value of states of affairs related to all kinds of entities that can be the object of non-propositional evaluative attitudes.

11 For some ambiguities related to “good for”, “personal value” and “value for”, see HEATHWOOD (2008, 53, at n. 10), ZIMMERMAN (2009, 429-431), RØNNOW-RASMUSSEN (2011, 104 and 170) and FRITZSON (2016).

12 WILLIAMS (1979).

## 4. Advantages of personal value in a theory of claim-rights

There are several reasons to consider personal value, instead of interests and the will, when analysing claim-rights. The first reason is, of course, that of simplicity: it is better, *ceteris paribus*, for an analysis to rely on one single concept, rather than on two. In my view, however, this reason should not carry too much weight, since I am not sure that an analysis of personal value will not in turn rely on the concepts of interest and will.

An analysis of rights in terms of personal value offers a better separation between conceptual and substantive matters. Directed duties are directed only to persons (and similar entities), which suggests that every right-holder, because she is a person (or the like), has some normative import related to such duties and to the states of affairs that constitute their contents. This is a purely conceptual assumption, which can be expressed, in an analysis of claim-rights, by mentioning the personal value of the contents of duties, in relation to the right-holders. On the other hand, under the same assumption, both the interest theory and the will theory, and indeed an interest-or-will theory, seem to offer a substantive thesis about which specific features of a person make states of affairs valuable. That does not seem appropriate for our conceptual analysis. That right-holders and duty-bearers, as persons, are important for directed duties is a conceptual thesis. Whether, in the general or in a particular case, such importance is grounded on interests, preferences or choices is a substantive matter. When analysing the concept of rights, only the conceptual thesis and the associated concept of personal value are necessary.

Analysing directed duties in terms of personal value opens the door for items other than interests and preferences to play significant roles in the grounds, regimes and purposes of those duties, in accordance with reasonable substantive and conceptual assumptions.

- Such an analysis allows for the various kinds of items than can be described as the right-holder's "will", including preferences, choices and related speech acts. When any of those constitutes a practical reason, it is often a reason to act for the sake of the right-holder, and so it constitutes right-holder-related personal value.
- Similarly, it allows for past and hypothetical wills. Several legal traditions make "hypothetical", "conjectural" and "implied" preferences and choices operative.
- Decisions of guardians, attorneys and other representatives may also constitute reasons for the sake of the person on behalf of whom they act.
- The right-holder's interests may have indirect importance. Guardians, e.g.,

generally have this status because they can presumably best protect their wards' interests. And one ought to respect their choices for the sake of the ward. Still, their decisions may not actually protect their ward.

- In a very different and significant kind of case, personal value also allows a person's dignity to play a role in the grounds and the regime of directed duties, even if this dignity does not match that person's choices or interests (assuming that is possible).<sup>13</sup> In such cases, still, there is a reason (a person's dignity) for an attitude or action for a person's sake.

Conversely, personal value rightly excludes some other items from having any role in relation to certain rights. The preferences of young children or of severely mentally disabled adults are among them. Often, such preferences give us no reason to act for that person's sake.

Moreover, the notion of personal value gives a new sense to the resolution of conflicts between a right-holder's will and her interests. Sometimes, one has reason to act in line with a person's interests but against her preferences; at other times one has reason to act in line with her choices but against her interests, always for that person's sake. Personal value is the normative product of the resolution of whatever such "internal conflicts" there may be between the right-holder's (or the duty-bearer's) interests, preferences and other relevant features. It is what generally counts for the grounds and the regime of claim-rights.

A further advantage of considering personal value instead of interests and will is that it has a strong effect<sup>14</sup> on the issue of involved non-right-holders. Several theories of claim-rights need important qualifications to avoid versions of Hart's famous third-parties argument against interest theories.<sup>15</sup> Will theories, likewise, need qualifications in order not to include representatives and courts as right-holders. The concept of personal value renders most of these qualifications unnecessary. The guardian of a child who owns something is not the holder of claim-rights to no interference by other people, although her decisions prevail in such matter. The point is that it is not for the sake of the guardian that things are

---

13 KAMM (2007, 246 and 253-254) uses the dignity argument against the interest theory, but her main example concerns the right to be treated as equal, which is not as helpful for my present purpose. Some pages later she also mentions inviolability. See also MAY (2015, 530).

14 As strong as May's idea, in his (2012), of making claim-right-hood depend on the right-holder's moral status. I do not think, however, that personal value or moral status solve all problems of this kind.

15 HART (1955, 180, and 1973, 187). It is sometimes said that this argument does not affect interest theories fashioned as grounds theories (SREENIVASAN 2005, 265, CAMPBELL 2013, MAY 2015, 529), but they fall to arguments of the same kind as those of KAMM (2007, 230 and 244-248) and MAY (2012, 117-123), where non-right-holders play roles that could be played by "rare birds or old buildings", as Thompson puts it (2004, 344).



such, but for the sake of the child. I do not believe, however, that personal value can solve all these cases.

## 5. Personal value without valuable persons

At this stage, there may be some doubt as to whether “for someone’s sake” and “personal value”, as I use them, are sufficiently meaningful. It is certainly necessary to clarify these ideas. I will not discuss *the* concept of personal value, but a concept of personal value that is appropriate for certain issues in the theory of rights.

What is the essential feature of personal value? Anderson and Rønnow-Rasmussen claim it is a special kind of *attitudes*: attitudes for someone’s sake.<sup>16</sup> This concept of personal value, however, seem to be of no use for an account of claim-rights, where the reasons for promoting the right-holder’s preferences, interests and the like are basically indifferent to the attitudes in promoting them. “For the sake of”, I suppose, is just a way to indicate reasons for attitudes and actions.<sup>17</sup> It is what we normally use when coarsely pointing to an object as the locus of our reasons, rather than to a proposition-like fine-grained entity which may be a reason itself. In an account of personal value, I assume we have to identify a special kind of reasons, not a special kind of attitudes.

A number of authors, starting with Korsgaard – in her reading of Kant – and Anderson, have argued that personal value is derivative: it is because persons are valuable, they say, that their good (their interest) is valuable.<sup>18</sup> Some of these authors have argued that (extrinsic) personal value is transferred from the impersonal, intrinsic value of persons.<sup>19</sup> This may have drastic consequences.<sup>20</sup> There is, of course, a long way between the proposition that Mary is valuable and, say, the proposition that eliminating her pain is good or that it is good to give her what

---

16 ANDERSON (1993, 19-20 and, e.g., pp. 22 and 28), who characterises FSS attitudes as dual-ended, and RÖNNOW-RASMUSSEN (2011, 47-28), who clarifies (pp. 55-56) that FSS attitudes are “discerning” attitudes “with an eye to” someone. DARWALL (2002, 1-2 and passim) presses a similar point. ORSI (2015, 121) says FSS attitudes are “essentially person-oriented”.

17 LeBar (2013, 14-15).

18 KORSGAARD (1983, 177-184), ANDERSON (1993, 20-21, 26-30), DARWALL (2002, 6-8 and 71-72), ROSATI (2008, 341-345; 2006, 127-128). The literal claim that personal value is derivative is to be found only in Rosati.

19 KORSGAARD (1983, 192-195) and ROSATI (2008, 342-344). Korsgaard has meanwhile changed her views (see her 1996, 407, and 1998, 63-64). Against Rosati’s position, see RÖNNOW-RASMUSSEN (2011, 105).

20 See VELLEMAN (1999) on euthanasia and suicide.

she wants,<sup>21</sup> but there are, anyway, some attractive elements in these authors' "Kantian" view.

In analysing rights, however, we are prevented from using such a concept of personal value if we accept that institutions and, especially, corporations and other "legal persons" can hold claim-rights. If I buy a pumpkin from Mary & Sons, Ltd., I would appear to owe the price to Mary & Sons, Ltd., rather than to the company's owners or workers at a given moment. I owe it to the company both legally and morally. According to a long and popular tradition, legal persons are "mere fictions" and, at any rate, they are merely legal,<sup>22</sup> but it would be good if we were able to find a more intuitive way to allow for rights of person-like institutions, whose value is instrumental, and for rights of groups. It is actually possible for an institution to have no value at all or to have negative value: perhaps we would all be better off, including Mary and her sons, if they managed their business without the company. Even in relation to sentient animals, the idea that the personal value of states of affairs must derive from the positive value of an object is questionable. We can imagine a monster, with the sole instinct to kill humans – like Ridley Scott's "alien", but without its good points<sup>23</sup> – that can nevertheless feel pain. Someone may argue that such a monster has a *pro tanto* right to be killed painlessly, if one has to kill it, and it would surely be better, for its sake, to kill it painlessly. This claim does not depend on the monster's being a valuable object – it is far from clear that it is: after all, its nature may provide decisive reasons to destroy it – let alone its being intrinsically valuable. The argument that the monster is valuable in that it feels pain would render the idea of derivative value meaningless. That it feels pain, additionally, is an increase in the number of bad things in the world.

Related to the view of personal value as derivative value is the theory that moral status is an essential condition for being owed a moral duty. Scanlon argued that only creatures that can have "judgment-sensitive attitudes" can be owed something, and that is their special moral status.<sup>24</sup> Kamm, discussing Scanlon's views, takes "moral status" to pick "those entities that *in their own right and for their own sake* could give us reason to act". An entity gives us reasons in its own right when it has value as an end, *i.e.*, non-instrumental value, and gives us reasons for its own sake when it has a good, or has capacities

---

21 Pain, unlike death, is not the destruction of a valuable being. If an entity makes it the case that some states of affairs are good and that some others are bad, why should we think, then, that entity is good? I cannot, of course, address these issues here.

22 THOMPSON (2004, 355, n. 26).

23 Scott's aliens would have some aesthetical value and presumably a marvellous natural history, while our monster may be the uninteresting result of cheap genetic engineering.

24 SCANLON (1998, 177-187) added that infants, young children and severely disabled adults can also be owed something. Scanlon did not use, for this purpose, the language of rights.

to exercise or duties to perform, when it can be wronged. Kamm hints at the interesting idea that only when an entity's moral status is imbricated in someone else's duty is this duty owed to her.<sup>25</sup> She develops this idea as an argument against Raz's interest theory of rights, claiming that it is possible to have a duty justified by someone's interests without owing it to that person, and that persons have some rights "based on their nature as persons and not necessarily related to any aspect of their well-being".<sup>26</sup>

May expands on Kamm's idea. May assumes with Sreenivasan that "the direction of a moral duty to an individual must reflect her moral [...] status", which implies some "moral value of the being itself", and concludes that, for a duty to be directed to some being, its "independent moral status as an end must be an essential part of whatever makes it the object of a moral duty".<sup>27</sup> May points to some convincing examples that show how a duty to promote the interests of an invertebrate is consistent with its having no moral status and the duty's lack of direction to it. He adds as an argument that acknowledging someone as a right-holder "expresses respect for a person."<sup>28</sup> Both Kamm and May take Feinberg's Nowheresville,<sup>29</sup> a place without rights but where individuals and their interests and choices are still assigned some roles in relation to each other's duties, as support for their views.

I certainly agree that an entity's interests or preferences may be the (incidental) grounds of someone's duty although that entity is not the correlative right-holder. I also agree that every living claim-right<sup>30</sup> involves reasons to act for the right-holder's sake.<sup>31</sup> But I do not think that every right-holder must have non-instrumental value or that it must be valuable at all. If sentient animals can have rights, the apparently valueless monster from some paragraphs ago has a *pro tanto* claim-right not to be caused pain. And some right-holders may give

---

25 KAMM (2007, 227-234).

26 KAMM (2007, 230 and 244-248).

27 Following Sumner, May uses "object" (of a directed duty) to refer to the right-holder. For such syntax, I would certainly prefer "target" or some other word that implies direction.

28 MAY (2012, 117-123). May agrees with Sreenivasan (2005, 266) that a theory of claim-rights has to have the desideratum to preserve "the connection between the language of rights and liberal individualism". A similar requirement was postulated by MENEZES CORDEIRO (1988, 214-223) in his discussion of legal rights in the civil-law tradition.

29 FEINBERG (1970, 243-249). FEINBERG (1970, 252-253 and 257), too, assumes that "to be a human being", respect, and "personal dignity" are essential elements for a theory of rights.

30 A claim-right is a "Frankenstein-right", i.e., not "living", if it is constituted only by a regime, and not by a duty's grounds or purpose. I cannot elaborate on these notions here.

31 My favourite definitions of claim-rights are similar to May's definition P2 (MAY, 2012, 125), the main difference being that May reads his analysis as a grounds-theory and somehow also as an interest-theory. The second important difference is that P2 does not allude to the duty-bearer-related personal value of non-fulfilment, as I believe it should.

us reasons to act for their own sake, but not in their own right. One can act for some corporation's or some foundation's sake, while their value is instrumental, and sometimes it makes sense to say that such an organisation has rights.<sup>32</sup>

Some situations are also possible where a mindless, non-sentient robot, rather than, say, its owner, is a right-holder. Suppose that robot enters into contracts in its own name, that is, presenting itself as the party to each contract, and contractors actually make promises to the robot; they address their promises to it. The robot then manages its profits and losses. In some situations, the robot, like an organization,<sup>33</sup> will be a right-holder. One reason for this is that the robot makes choices based on information different from that of its owner, and based on its own "motivational set", that is, its program, which may be inaccessible to the owner. Arguing that the owner is the party to the contracts could put the regime of claim-rights in unfair and inefficient places.

Kamm and May take rights too seriously. Consider Feinberg's Nowheresville: at a certain point, Feinberg introduces some "moderately complex forms of social organization", including "ownership of property, bargains and deals, promises and contracts, appointments and loans, marriages and partnerships", and he asserts that such social kinds are not possible without rights. "Rights have to come in somewhere", he says, and therefore *there are rights* in Nowheresville, albeit "with one big twist": all rights are held by a sovereign: God or some "sovereign under God". All other persons holding powers and privileges are just this sovereign's "delegated authorities".<sup>34</sup> May claims that the "sovereign monopoly of rights" is unnecessary in Feinberg's story.<sup>35</sup> For May, it seems to be sufficient, for there not to be a right, that the moral status as an end of the supposed right-holder plays no essential role in its position, even if everything else stays the same. That is apparently not Feinberg's position. He thinks that those "forms of social organization" necessarily involve rights, and so he just moved right-holding to a distant sovereign.

I believe the most interesting claim-rights, which I call "living rights", have some unifying point behind their regime. Kamm and May, however, also require this unifying point essentially to involve the right-holder's moral status as an end. That means opting for a restrictive concept of rights, for which I see no need. It would also imply that institutions like property, contract and all the others could

---

32 May believes collective agents can have moral rights and can have independent moral status as ends (personal communication), but the realm of "legal persons" is much wider than that.

33 Compare DAN-COHEN'S (1986, 46-51) metaphor of organizations as "machines endowed with artificial intelligence". Part of Dan-Cohen's story has meanwhile become reality, since virtual machines now contract on behalf of corporations over the internet.

34 FEINBERG (1970, 247-249).

35 MAY (2012, 120, n. 17).

manage without rights. That seems to me to be contrary to a common concept of rights, and so it seemed to Feinberg. I am content with a concept of claim-rights – and one of personal value – according to which a right-holder does not have to have intrinsic value as an end.

## 6. Personal value as micro-aggregation and separation of reasons

For my analysis of claim-rights, it is sufficient to conceive personal value as an intraentity<sup>36</sup> aggregation of reasons. For some entities, it makes sense to speak of their interests or preferences. Those entities include persons, mushrooms and some mindless robots. For a subset of them, their preferences, interests or similar features constitute reasons to favour their contents. What is special about a possible right-holder is that such entity is, for moral or legal reasons as applicable, a *separate person* or other separate person-like being,<sup>37</sup> that is, a moral or legal “unity”.<sup>38</sup> What is special, then, is that a certain set of interests, preferences and similar items, in their role as reasons, is separated from the other interests, etc. (of all other entities), and therefore constitutes a unity. A state of affairs has positive and negative personal values in that each of some such unities provides a reason to promote it or to promote its opposite. This is my “Kelsenian” view of personal value.

Such separation of reasons, and their aggregation into unities, happens in two ways. Sometimes an entity’s interests, preferences and similar features have special treatment because some other fact involves that entity. That may be the case, e.g., if some promise is made *by Mary* or is addressed *to Mary*, if *Mary did* something that makes her deserve something else, or perhaps if *Mary is a*

---

36 I borrow this term from KAMM (2007, 255).

37 Parfit’s population paradoxes, especially the “repugnant conclusion” (1984, 381-390), which rely on the non-separateness of persons, are an argument for Anderson’s (1993, 27-29) view that “states of affairs are generally only extrinsically valuable” (p. 26). Only (separate) persons and similar objects may generally be intrinsically valuable. HAYWARD (2013, 290) claims that the direction of duties conveys “something about both the connection and the separation between persons”.

38 KELSEN (1934, 46-52; 1960, 168-191) (see also PAULSON, 2001, 51-55) argued that, in law, both a “physical” and a “legal person” is just the “unity of a plurality of obligations and rights” or “an expression of the unity of a complex of norms”, a unity generated by the legal system itself. “The person as a holder of obligations and rights is not something that is different from the obligations and rights”, he wrote (1960, 172). Kelsen added, to my view not convincingly, that the term “person” could be dispensed with in “legal science”, except for convenience of expression (1934, 48; 1960, 190). Let me point out three differences between my proposal and Kelsen’s: my unities can be either legal or moral, while Kelsen’s concern only the law; Kelsen considered deontic positions, whereas my subject is values; and he saw the unity of a set of legal positions in their being affected together by legally relevant facts, while I figure a unity of interests, preferences and the like when they count for just one of the many personal values of a single state of affairs.

human being. It may be that considerations of justice always separate entities in this manner.<sup>39</sup> Here we find, so to speak, “natural” unities of interests, preferences and similar features, identified by the very rules that make them important. But they are not fully so identified. Some of Mary’s preferences may be irrelevant because Mary is a child or is mentally impaired. Some decisions taken by Mary’s mother or attorney may, for the same reason, be part of the relevant unity. Mary’s actual interests may also be irrelevant due to her or her representative’s decisions. Accordingly, the class of preferences, interests and other features that determine the personal value, dependent on Mary, of a certain state of affairs is the product of normative considerations that turn that class into a unity. I see no reason to limit, as a matter of conceptual option, the kinds of normative considerations that identify such classes, and I suppose that, as a matter of substantive fact, they may be very diverse.

In another way, a class of interests, preferences, etc., is a unity because it can generate only one personal value for each state of affairs. Every state of affairs has exactly one personal value per relevant unity, as I stipulated earlier. But most entities can have conflicting interests and preferences that bear on a single state of affairs. This means that any such “internal” conflicts have to be resolved before some personal value is established. If, at a second moment, there is an (“external”) conflict between the positive and the negative personal values of a state of affairs – which is a conflict between personal values dependent on two or more entities – the internal resolution of conflicts may prove not to have been innocuous. The final result is not necessarily the same it would have been had the first aggregation not taken place – in the same way that the outcome of an election may differ if votes are counted by electoral districts. The resolution between internal conflicts of preferences, interests and the like *before* a personal value is weighed against other reasons for or against a state of affairs also justifies viewing the constituent reasons of personal value as an aggregated unity. The reasons why only some classes of reasons are aggregated in this manner are not of my concern.

I believe this provides a relatively clear idea of what personal value is, in the sense that interests me. One may object that the notion of personal value is insufficiently characterised until we discover what is distinctive about its possible constituents. I have mentioned “interests, preferences, and similar features” without suggesting that there is something common to all of them. I surely cannot attempt to solve this problem here. At least some interests and preferences are intrinsic features of an entity, have a propositional content and a world-to-word direction of fit, and are objective reasons to favour that content. The obtaining of

---

39 THOMPSON (2004, 333-340) claims that justice is the virtue that corresponds to all rights relations.

the states of affairs in their contents is valuable in virtue of them. I believe this is part of a better understanding of personal value.

## Bibliography

- ANDERSON, Elizabeth (1993) *Value in Ethics and Economics*, Cambridge (Massachusetts): Harvard University Press.
- CAMPBELL, Kenneth (2013) "Legal Rights", Edward N. Zalta (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, <<https://plato.stanford.edu/archives/win2016/entries/legal-rights/>>.
- CORDEIRO, António Menezes (1988) *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. 1, 2<sup>nd</sup> ed., Lisbon: AAFDL [General Theory of Private Law].
- CORNELL, Nicolas (2015) "Wrongs, Rights, and Third Parties", *Philosophy & Public Affairs* Vol. 43, No. 2, 109-143.
- CRUFT, Rowan (2013) "Why is it Disrespectful to Violate Rights?", *Proceedings of the Aristotelian Society*, Vol. 113, Issue 2, 201-224.
- DAN-COHEN, Meir (1986) *Rights, Persons and Organizations*, Berkeley: University of California Press.
- DARWALL, Stephen (2002) *Welfare and Rational Care*, Princeton (New Jersey): Princeton University Press.
- FEINBERG, Joel (1970) "The Nature and Value of Rights", *Journal of Value Inquiry*, Vol. 4, 243-257.
- FRITZSON, Fritz-Anton (2016) "Good, Good For, and Good Relative To: Relative and Relational in Value Theory", *Philosophy*, Vol. 91, No. 2, 255-267.
- HART, Herbert L. A. (1955) "Are There Any Natural Rights?", *The Philosophical Review*, Vol. 64, No. 2, 175-191.
- HART, Herbert L. A. (1973) "Legal Rights", H. L. A. Hart (1982) *Essays on Bentham: Studies in Jurisprudence and Political Theory*, Oxford: Clarendon Press, 162-193.
- HAYWARD, Tim (2013) "On Prepositional Duties", *Ethics*, Vol. 123, No. 2, 264-291.
- HEATHWOOD, Chris (2008) "Fitting Attitudes and Welfare", R. Shafer-Landau (ed.), *Oxford Studies in Metaethics*, Vol. 3, Oxford: Oxford University Press, 47-73.
- HOHFELD, Wesley N. (1919) *Fundamental Legal Conceptions*, W. Cook (ed.), New Haven: Yale University Press.
- KAMM, Frances (2007) *Intricate Ethics: Rights, Responsibilities, and Permissible Harm*, Oxford: Oxford University Press.
- KELSEN, Hans (1934) *Introduction to the Problems of Legal Theory: A Translation of the First Edition of the Reine Rechtslehre or Pure theory of Law*, translated by B. L. Paulson and S. Paulson (2002), Oxford: Clarendon Press.

- KELSEN, Hans (1960) *Pure Theory of Law*, translated by Max Knight from the second German edition (2005), Clark (New Jersey): Lawbook Exchange.
- KORSGAARD, Christine (1983) "Two Distinctions in Goodness", *The Philosophical Review*, Vol. 92, No. 2, 169-195.
- KORSGAARD, Christine (1996) *Creating the Kingdom of Ends*, Cambridge: Cambridge University Press.
- KORSGAARD, Christine (1998) "Motivation, Metaphysics, and the Value of the Self", *Ethics*, Vol. 109, No. 1, 49-66.
- LEBAR, Mark (2013) *The Value of Living Well*, Oxford: Oxford University Press.
- MACCORMICK, D. Neil (1976) "Children's Rights: A Test-Case for Theories of Right", *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Vol. 62, No. 3, 305-317.
- MACCORMICK, D. Neil (1977) "Rights in Legislation", P. S. M. Hacker and J. Raz (eds.), *Law, Morality and Society: Essays in Honour of H. L. A. Hart*, Oxford: Clarendon Press, 189-209.
- MAY, Simon Căbulea (2012) "Moral Status and the Direction of Duties", *Ethics*, Vol. 123, No. 1, 113-128.
- MAY, Simon Căbulea (2015) "Directed Duties", *Philosophy Compass*, Vol. 10, No. 8, 523-532.
- ORSI, Francesco (2015) *Value Theory*, London: Bloomsbury.
- PARFIT, Derek (1984) *Reasons and Persons*, Oxford: Clarendon Press.
- PAULSON, Stanley (2001) "Hans Kelsen's Doctrine of Imputation", *Ratio Juris*, Vol. 14, No. 1, 47-63.
- RAZ, Joseph (1986) *The Morality of Freedom*, Oxford: Clarendon Press.
- RØNNOW-RASMUSSEN, Toni (2011) *Personal Value*, Oxford: Oxford University Press.
- RØNNOW-RASMUSSEN, Toni (2015) "For Kevin's Sake", Anne Reboul (ed.), *Mind, Values, and Metaphysics: Philosophical Essays in Honor of Kevin Mulligan*, Vol. 2, Dordrecht: Springer, 55-69.
- ROSATI, Connie (2006) "Personal Good", T. Horgan and M. Timmons (eds.), *Metaethics after Moore*, Oxford: Oxford University Press, 107-131.
- ROSATI, Connie (2008) "Objectivism and Relational Good", *Social Philosophy and Policy*, Vol. 25, No. 1, 314-349.
- SCANLON, Thomas (1998) *What We Owe to Each Other*, Cambridge (Mass.): Harvard University Press.
- SKORUPSKI, John (2010) *The Domain of Reasons*, Oxford: Oxford University Press.
- SREENIVASAN, Gopal (2005) "A Hybrid Theory of Claim-Rights", *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 25, No. 2, 257-274.
- SUMNER, L. W. (1987) *The Moral Foundations of Rights*, Oxford: Oxford University Press.
- THOMPSON, Michael (2004) "What is it to Wrong Someone? A Puzzle about Justice", R. Wallace, P. Pettit, S. Scheffler and *et al.* (eds.), *Reason and Value:*



*Themes from the Moral Philosophy of Joseph Raz*, Oxford: Oxford University Press, 333-384.

VELLEMAN, David (1999) "A Right of Self-Termination?", *Ethics*, Vol. 109, No. 3, 606-628.

WILLIAMS (1979) "Internal and External Reasons", reprinted in *Moral Luck*, Cambridge: Cambridge University Press, 1981, 101-13.

ZIMMERMAN, Michael (2009) "Understanding What's Good for Us", *Ethical Theory and Moral Practice*, Vol. 12, No. 4, 429-439.

# Ensaio sobre os Seguros de Responsabilidade Civil

**Pedro Romano Martinez<sup>\*</sup>**

Professor Catedrático  
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

---

## PLANO

### I. Delimitação do seguro de responsabilidade civil

1. Enquadramento
2. Previsão legal

### II. Seguro obrigatório de responsabilidade civil

1. Proliferação legal
  - a) Justificação
  - b) Enumeração
  - c) Constituição legal e efectivação prática
2. Qualificação do seguro de responsabilidade civil
3. Justificativo para a criação legal de um seguro obrigatório de responsabilidade civil
4. Modo de constituição de um seguro obrigatório de responsabilidade civil
5. Âmbito de um seguro obrigatório de responsabilidade civil
  - a) Fixação legal
  - b) Responsabilidade civil contratual, extracontratual e emergente de situações intermédias
  - c) Responsabilidade profissional
  - d) Responsabilidade por culpa ou dolo
  - e) Responsabilidade objectiva
  - f) Danos patrimoniais, não patrimoniais e outros prejuízos
  - g) Nexos de causalidade

---

\* O autor escreve com a grafia anterior ao Acordo Ortográfico de 1990.

6. Delimitação de um seguro obrigatório de responsabilidade civil
7. Cobertura de um seguro obrigatório de responsabilidade civil
  - a) Cobertura múltipla de responsabilidades prevista em diferentes seguros obrigatórios
  - b) Cobertura múltipla de responsabilidades própria de seguro obrigatório e de seguro facultativo
  - c) Âmbito da cobertura
8. Regulamentação de um seguro obrigatório de responsabilidade civil

### **III. Seguro facultativo de responsabilidade civil**

1. Âmbito
2. Limites à autonomia privada
3. Delimitação entre seguro facultativo e obrigatório
  - a) Identificação
  - b) Qualificação discutível de um seguro como sendo obrigatório
  - c) Sistema obrigatório de garantia
  - d) Seguro facultativo no âmbito de uma previsão de seguro obrigatório

### **IV. Conclusões: directrizes que devem condicionar um seguro obrigatório de responsabilidade civil**

## I. Delimitação do seguro de responsabilidade civil

### 1. Enquadramento

De entre os seguros de danos assume especial destaque o seguro de responsabilidade civil que, pese embora a utilização do singular, abrange diversas situações, podendo, por isso, falar-se em *seguros* de responsabilidade civil. Apesar da actual generalização, é conhecida a histórica aversão ao seguro de responsabilidade civil – que justificou o seu surgimento tardio (séc. XIX) –, atenta a tradicional natureza do seguro e a justificação do instituto da responsabilidade civil, assente em atuações culposas.

Na classificação oriunda do Direito europeu, de seguros do «Ramo Vida» e «Ramo Não-Vida», o seguro de responsabilidade civil – mesmo na eventualidade de cobrir a vida de lesados – surge integrado no «Ramo Não-Vida» [art. 8.º, alíneas j), k), l) e m), do RAS<sup>1</sup>].

Por via do seguro de responsabilidade civil, nas suas várias modalidades, tem-se em vista que o risco relacionado com situações jurídicas qualificadas como «responsabilidade civil» seja minimizado, mais concretamente que a obrigação de pagamento de indemnização devida por aplicação das regras da responsabilidade civil seja transferida do lesante para um segurador. Para além desta directriz comum, há que atender a especificidades de diferentes modalidades de seguro de responsabilidade civil.

Sem carácter exaustivo, além das situações mencionadas no citado art. 8.º do RAS – veículos terrestres motorizados [alínea j)], aeronaves [alínea k)], embarcações marítimas, lacustres ou fluviais [alínea l)] e responsabilidade civil geral [alínea m)] – ainda se pode aludir aos seguros de responsabilidade civil profissional e de actividades profissionais, sem excluir a distinção, particularmente relevante mesmo em matéria de regime jurídico, entre seguros facultativos e obrigatórios de responsabilidade civil. Refira-se ainda que não é pacífica a qualificação do seguro de acidentes de trabalho [art. 8.º, alínea a), do RAS] como uma modalidade de seguro de responsabilidade civil, mas independentemente desta querela, atento o disposto no art. 138.º, n.º 3, da LCS2, ao seguro de acidentes de trabalho aplica-se-lhe o regime do seguro de responsabilidade civil

---

1 Regime da Actividade Seguradora (doravante RAS), aprovado pela Lei n.º 147/2015, de 9 de Setembro.

2 Lei do Contrato de Seguro (doravante LCS), também designada Regime Jurídico do Contrato de Seguro, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 72/2008, de 16 de Abril.

e, em geral, as regras da responsabilidade civil. Não obstante esta remissão, o seguro de acidentes de trabalho inclui-se no ramo «Acidente» e não no ramo «Responsabilidade civil».

Apesar de os seguros obrigatórios de responsabilidade civil automóvel e de acidentes de trabalho – descurando, neste último, a dúvida mencionada no parágrafo anterior – se poderem considerar paradigmáticos neste âmbito, só excepcionalmente serão mencionados, porquanto este estudo respeita aos demais seguros obrigatórios de responsabilidade civil. Ainda assim, por serem consideradas duas traves mestras dos seguros obrigatórios, far-se-á referências pontuais a estes seguros e algumas das soluções preconizadas encontram nestas modalidades de seguro a sua justificação.

Em qualquer seguro qualificável como «seguro de responsabilidade civil» numa das suas modalidades, há que atender à sua finalidade e ao regime jurídico comum, mormente constante da Lei do Contrato de Seguro (arts. 137.º a 148.º).

## 2. Previsão legal

I. Não obstante as regras específicas referentes ao seguro de responsabilidade civil constarem de uma secção designada exactamente «Seguro de responsabilidade civil» (arts. 137.º e ss. da LCS), o seu regime jurídico encontra-se igualmente no Título respeitante ao «Seguro de danos» (arts. 123.º e ss. da LCS), com especial destaque para as regras referentes ao designado «Princípio indemnizatório» (arts. 128.º e ss. da LCS). É necessário referir que ao seguro de responsabilidade civil, além das regras específicas previstas para o seguro de danos, aplica-se igualmente o regime comum do contrato de seguro, constante do Título I da Lei do Contrato de Seguro (cfr. art. 2.º da LCS).

A previsão legal do seguro de responsabilidade civil não se circunscreve ao disposto na Lei do Contrato de Seguro, pois importa atender a múltiplos diplomas de onde constam regras mais ou menos desenvolvidas relativas a certos tipos de seguro de responsabilidade civil. O exemplo paradigmático de previsão circunstanciada de seguro de responsabilidade civil encontra-se no já referido seguro de responsabilidade civil automóvel, regulado no Decreto-Lei n.º 291/2007, de 21 de agosto. Mas não raras vezes, a previsão legal do seguro de responsabilidade civil surge em dois ou três preceitos de um extenso diploma com um âmbito mais genérico [p. ex., o seguro de agências de viagens e turismo, Decreto-Lei n.º 17/2018, arts. 6.º, alínea *b*), 41.º e 42.º, ou o seguro de técnicos responsáveis por elaboração de projectos, fiscalização e direcção de obra, Lei n.º 41/2015, art. 24.º]. A dispersão legislativa é significativa, podendo

contabilizar-se uma centena de diplomas legais – leis, decretos-leis e portarias – que prevêm ou regulam diferentes seguros de responsabilidade civil. A esta dificuldade acresce que, por vezes, a referência ou mesmo previsão de seguro de responsabilidade civil consta de Resolução do Conselho de Ministros, de norma regulamentar, de aviso de entidade reguladora da actividade ou de norma inserida em Estatuto de Ordem Profissional.

Exemplificando, sem atender à previsão de seguros obrigatórios de responsabilidade civil constante de leis ou decretos-leis, importa mencionar outras fontes. Os seguros obrigatórios previstos para centros de enfermagem (Portaria n.º 801/2010, de 23 de Agosto), clínicas e consultórios dentários (Portaria n.º 268/2010, de 12 de Maio) ou entidades concessionárias de exploração de matérias-primas animais (Portaria n.º 407-A/2007, de 11 de Abril) encontram a sua base legal exclusivamente numa portaria. No caso de seguro obrigatório de entidades titulares de licença de comercialização e operadores de redes de transporte de gás natural, além de previsão legal, houve igualmente delimitação em Resolução do Conselho de Ministros n.º 98/2008, de 23 de Junho. Também surge a previsão de seguros obrigatórios de responsabilidade civil exclusivamente em norma regulamentar (p. ex., seguro de aquacultura em mar aberto, Decreto-Regulamentar n.º 9/2008, de 18 de Março). As previsões de um seguro obrigatório encontram-se igualmente em normas de entidades reguladoras, como o Banco de Portugal ou a Comissão do Mercado de Valores Mobiliários (v. g., agências de câmbios, Aviso do BP n.º 3/2001, de 7 de Março, ou Regulamento da CMVM n.º 8/2012, de 18 de Junho). Refira-se ainda a previsão de um seguro obrigatório de responsabilidade civil – que suscita dúvidas de qualificação, como obrigatório – no Estatuto da Ordem dos Advogados (Lei n.º 145/2015, de 9 de Setembro, art. 99.º).

Além da diversidade de fontes, a previsão e regulamentação de cada seguro de responsabilidade civil apresenta-se distinta, distinção esta nem sempre justificada pela diferença de âmbito de aplicação; além da situação paradigmática dos seguros de acidentes de trabalho e de acidentes de automóveis, que apresentam diversidades de regime nem sempre justificáveis com a diferença de tipo de acidente, até porque pode haver acidente simultaneamente de viação e de trabalho, há soluções diferentes para casos idênticos (p. ex., seguro de advogados e notários ou seguro de consultores para investimento e de peritos avaliadores).

II. Daqui decorre que há quatro dificuldades significativas com respeito ao seguro de responsabilidade civil:

1. A primeira resulta do deficiente conhecimento da fonte que prevê o seguro de responsabilidade civil, em particular na modalidade de seguro obrigatório;
2. A segunda decorre da diversidade de soluções, nem sempre justificadas atento o escopo do seguro de responsabilidade civil;
3. A terceira, relacionada com a anterior, emerge de haver seguros obrigatórios que carecem de regulamentação e outros onde não se prevê a regulamentação, estabelecendo-se só linhas orientadoras;
4. Por fim, tendo em conta que o seguro de responsabilidade civil, além de recorrer às regras gerais do seguro, tem de atender ao regime regra da responsabilidade civil, nomeadamente arts. 483.º e ss. do CC<sup>3</sup>, surgem dificuldades de interpretação e aplicação das normas.

Com excepção da quarta dificuldade – que não é específica do seguro de responsabilidade civil, mas própria da complexidade do regime jurídico, sendo comum a outras ordens jurídicas –, há a possibilidade de estabelecer directrizes que minimizem as duas primeiras dificuldades indicadas e impor uma regulamentação assente em bases comuns para todos os seguros obrigatórios. Em suma, haveria vantagens de certeza e de segurança jurídica se, quanto aos seguros de responsabilidade civil, mormente obrigatórios, fossem estabelecidas directrizes delimitando a fonte de onde podem emergir assim como regras de conteúdo mínimo relativas à sua justificação e regime regra. Até porque, nomeadamente na sequência da 2.ª e 3.ª das dificuldades apontadas, podem suscitar-se dúvidas quanto ao âmbito de cobertura de um dado seguro, com a inerente insegurança jurídica.

III. A referida insegurança jurídica pode resultar de algumas das seguintes situações.

Pensando num caso de seguro obrigatório de responsabilidade civil criado por despacho ministerial, ter-se-á de questionar se regras constantes desse despacho que delimitem a cobertura, p. ex., fixando um capital mínimo ou exclusões de cobertura, podem ser invocadas pelo segurador para reduzir o valor que lhe é reclamado pelo lesado ou não pagar a quantia respeitante aos danos por este sofridos. De igual modo, na eventualidade de um seguro criado por lei, mas não regulamentado, será que o segurador que tenha celebrado um contrato nos termos desse seguro obrigatório pode invocar limitações constantes do contrato de seguro (e omissas na lei) no que se refere a capital seguro, cláusulas de exclusão da responsabilidade ou franquias? Esta questão tem uma resposta parcialmente negativa no n.º 4 do art. 146.º da LCS. Numa terceira hipótese,

---

3 Código Civil (doravante CC).

e sempre num plano exemplificativo, sendo o seguro obrigatório de responsabilidade civil criado por lei, que é omissa quanto a limites (capital seguro, exclusões, franquias, etc.), constando tais limites de portaria regulamentadora, poderá o segurador invocar esses limites, incluindo-os no contrato de seguro, e justificando, com base nesses limites, o não pagamento da quantia que lhe é reclamada pelo lesado?

As questões enunciadas não têm resposta uniforme, podendo entender-se que unicamente as regras previstas em lei (Lei ou Decreto-Lei) podem ser invocadas como limites a incluir no seguro de responsabilidade civil, válidas em relação ao terceiro lesado.

IV. A quarta dificuldade apontada em II. deste número, relacionada com a aplicação do regime regra da responsabilidade civil, pode ainda ser aquilatada no caso de concorrerem diferentes tipos de seguro de responsabilidade civil. Na eventualidade de o mesmo dano poder ser coberto, por exemplo, por um seguro de acidentes de trabalho e de responsabilidade civil automóvel ou de responsabilidade civil geral e responsabilidade civil especial (p. ex., embarcações de recreio), poderá ser necessário ponderar a aplicação de regimes jurídicos distintos. Esta é, contudo, como indicado, uma dificuldade dificilmente superável por via de previsão do seguro obrigatório de responsabilidade civil.

## II. Seguro obrigatório de responsabilidade civil

### 1. Proliferação legal

#### *a) Justificação*

I. O seguro obrigatório de responsabilidade civil, como o nome indica, pressupõe que (em princípio) o legislador, ao arrepio do princípio da autonomia privada, tenha considerado, por motivos valorosos, que o potencial lesante está vinculado a subscrever um contrato de seguro de molde a garantir a efectividade do pagamento de uma eventual indemnização devida com base em responsabilidade civil. Pese embora o seguro obrigatório implicar uma limitação da autonomia privada, não determina a exclusão deste princípio; em tudo o que não constar da constituição e delimitação do seguro obrigatório, mantém-se a liberdade de os outorgantes estipularem as respectivas cláusulas. Deste modo, por exemplo, num seguro obrigatório de responsabilidade civil de empresa transitória há liberdade quanto à fixação do valor do prémio e – sendo seguro de grandes riscos – inclusive quanto à viabilidade de a cobertura anteceder o seu



pagamento, para além de múltiplos outros aspectos em que não haja previsão legal ou regulamentar, mormente quanto ao âmbito da cobertura.

Importa, todavia, recordar que a liberdade contratual, conferindo autonomia às partes para auto regularem os seus interesses, não lhes permite impor limitações a terceiros. Nos termos do art. 406.º do CC, o contrato, por via de regra, não produz efeitos em relação a terceiros. Deste modo, sendo lícito aos contraentes – tomador do seguro e segurador – fixarem os termos em que se vinculam, nomeadamente prescrevendo limites à obrigação de pagar decorrente de responsabilidade civil, tais limitações só vinculam os terceiros lesados em seguro obrigatório se tiverem base legal.

II. Impor a um determinado sujeito (tomador do seguro) a celebração de um contrato contraria um princípio de liberdade contratual que, não sendo absoluto, carece de uma justificação plausível.

A finalidade do seguro obrigatório de responsabilidade civil é pragmática. Antevendo (estatisticamente) que determinado sujeito, no âmbito da actividade desempenhada, potencialmente causará danos, importa tutelar os eventuais lesados, garantindo-lhes efectividade no pagamento de indemnizações. O lesante, seja por insuficiência patrimonial ou, simplesmente, por relutância em ver o seu património reduzido, poderá não ser um fiel cumpridor de obrigações de indemnizar em que incorra. Por outro lado, o pagamento de obrigações de indemnizar, principalmente quando de valor elevado, pode comprometer a prossecução da actividade do lesante. Mas além da perspectiva pragmática de tutela do lesado e do lesante, o seguro obrigatório tem igualmente de encontrar justificação no risco que se visa cobrir e na sua mutualização; como melhor se explanará adiante, pode não ser viável criar um seguro obrigatório de responsabilidade civil para um universo muito limitado de lesantes, mormente quando exista um só potencial lesante.

Em suma, em especial para tutela dos lesados, mas igualmente em benefício do lesante, a existência de um seguro (obrigatório) de responsabilidade civil tem sido equacionada pelo legislador. Há, pois, uma função social do seguro obrigatório de responsabilidade civil. Razão pela qual, desde há cem anos – mas com incidência para as últimas três ou quatro décadas – têm proliferado as previsões legislativas de seguros obrigatórios de responsabilidade civil.

#### *b) Enumeração*

O número de seguros obrigatórios é elevado, podendo compulsar-se a sua existência consultando a página da Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões. Na referida página, no item «Seguros obrigatórios» surgem onze rubricas: «Acidentes de trabalho», «Acidentes em serviço», «Acidentes

personais», «Assistência a pessoas», «Danos», «Doença», «Incêndio», «Legislação de seguro-caução», «Responsabilidade civil», «Roubo» e «Vida». Nestas onze rubricas, nalguns casos, incluem-se seguros obrigatórios não qualificáveis como de responsabilidade civil; mas encontram-se seguros que também cobrem responsabilidade civil fora da rubrica «Responsabilidade civil». Assim, em termos exemplificativos, veja-se nos «Acidentes de serviço» o seguro do pessoal dirigente e funcionários da Polícia Judiciária por danos sofridos em serviço, reconduzível aos acidentes de trabalho, ou, no mesmo sentido, em «Acidentes pessoais», o seguro obrigatório dos bombeiros para acidentes de serviço. Encontram-se ainda casos de seguros obrigatórios de responsabilidade civil noutras rubricas; veja-se o seguro das empresas de animação turística, onde até se prevê (literalmente) um seguro obrigatório de responsabilidade civil e em seguros obrigatórios de danos ou de incêndio há previsões de cobertura de prejuízos sofridos por terceiros, nomeadamente decorrentes de incumprimento de contratos (p. ex., de locação financeira ou de obrigações hipotecárias). É claro que pode haver diferentes coberturas (obrigatórias) nem todas se integrando na rubrica «seguros de responsabilidade civil».

Dito de outro modo, o elenco de seguros obrigatórios é muito extenso e, por vezes, apesar de se poder entender que tais seguros não visam a cobertura de responsabilidade civil, directa ou indirectamente, mesmo sem indicação expressa, podem incluir essa cobertura. Daqui decorre uma dificuldade significativa, não só quanto ao conhecimento do elenco de seguros obrigatórios, como especialmente quanto à determinação do seu âmbito. Para aquilatar a dificuldade mencionada, depara-se, na referida página da ASF<sup>4</sup>, com seguros criados por lei, decreto-lei ou portaria (além de outras especificidades já mencionadas), alguns dos seguros obrigatórios encontram-se regulamentados e outros ainda não foram regulamentados, aguardando regulamentação, ou não carecem de regulamentação. Há inclusive situações em que a regulamentação está desactualizada, pois precede a última versão do diploma que determina a existência do seguro obrigatório (p. ex., o seguro de animais de companhia).

### *c) Constituição legal e efectivação prática*

I. Como referido, a constituição de seguros obrigatórios decorre de fontes dispersas, tanto material como temporalmente, bem como de fontes de diferente natureza e valor jurídico. Atendendo à identidade de valor jurídico entre lei e decreto-lei, não se justifica distinguir o seguro em função desta diferença de fonte. Ainda assim, a variedade é grande e, não sendo exaustivo nem fazendo menção a especificidades decorrentes da aplicação nas Regiões Autónomas

---

4 Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões (doravante ASF), que substituiu o Instituto de Seguros de Portugal (doravante ISP).

– que determinam a criação de seguros obrigatórios por Decreto Legislativo Regional –, pode aludir-se a diferentes situações típicas (ainda que algumas, formalmente diferentes, têm o mesmo efeito prático):

1. Seguros obrigatórios criados por lei ou decreto-lei cuja previsão legal foi objecto de regulamentação por parte do ISP (actual ASF) mediante a designada *apólice uniforme* ou, por vezes, *parte uniforme* (p. ex. auditores independentes, revisores oficiais de contas, mediadores imobiliários prestamistas, titulares de licença de porte de armas);
2. Seguros obrigatórios criados por lei ou decreto-lei cuja regulamentação consta de norma da ASF (v. g., mediador de seguros, agências de viagens, caçador);
3. Seguros obrigatórios criados por lei ou decreto-lei cuja regulamentação consta de portaria (animais de companhia, assinaturas digitais, transporte aéreo);
4. Seguros obrigatórios criados por decreto-lei com regulamentação por despacho (entidades acreditadas para intervir no domínio da qualidade do ambiente);
5. Seguros obrigatórios criados por decreto-lei com regulamentação por Resolução do Conselho de Ministros (comercialização e operadores de redes de transporte de gás);
6. Seguros obrigatórios criados por decreto-lei onde se prevê regulamentação por portaria, mas encontra-se regulamentado por norma da ASF (empresas de estiva);
7. Seguros obrigatórios criados por lei ou decreto-lei sem regulamentação subsequente, que não obsta à aplicação do regime, isto é, que tem permitido a comercialização de tais seguros (p. ex., advogados, praticante desportivo profissional ou transporte colectivo de crianças);
8. Seguros obrigatórios criados por lei ou decreto-lei sem regulamentação, cuja omissão obsta à sua aplicação (p. ex., actividade industrial, poluição ambiental, técnicos de obras);
9. Seguros obrigatórios criados por portaria com regulamentação em anexo (recepção, movimentação, armazenagem e transporte de alimentos);
10. Seguros obrigatórios criados por despacho ministerial (estudantes universitários e do ensino politécnico).

As diferenças esquematicamente apontadas resumem-se a dez. Ainda assim, temos dez diferentes situações de criação e regulamentação de seguros obrigatórios, não se vislumbrando a razão de ser para estas divergências.

As mencionadas discrepâncias de fonte constituem ainda justificação para uma distinta ponderação de motivos relativamente à constituição de um seguro obrigatório e da sua regulamentação. É evidente que esta última divergência

decorre também do facto de os sobreditos seguros obrigatórios terem sido criados em diferentes momentos históricos; no fundo, a *occasio legis* justifica de igual modo algumas das diferenças de motivação e de regime jurídico.

Pese embora esta justificação histórica para os mencionados desvios de fonte criadora e de regulamentação de seguros obrigatórios de responsabilidade civil, para o futuro, mediante o estabelecimento de directrizes, podem minimizar-se tais divergências, com vantagens de certeza e de segurança jurídica.

II. A mencionada divergência de fonte legal e de regulamentação não pode ser vista só como uma indesejável discrepância formal de seguros obrigatórios de responsabilidade civil, porquanto, nalguns casos pode implicar consequências diversas, mormente em resultado da interpretação que se siga quanto ao valor de regras delimitadoras do âmbito de cobertura.

Já foram anteriormente (I.2.) indicadas dúvidas e consequente insegurança jurídica resultante desta discrepância. Como referido, é questionável que a delimitação de cobertura, constante de portaria, aviso ou despacho, nomeadamente quanto ao valor do capital seguro, a exclusões de responsabilidade ou a franquias (sendo omissa da lei) possa ser invocada pelo segurador perante o terceiro lesado. No seguro de entidades acreditadas para intervir no domínio da qualidade do ambiente, criado por decreto-lei, há um despacho da Direcção-Geral do Ambiente que fixa o capital mínimo, os danos cobertos, as exclusões de responsabilidade e a franquia, e pode questionar-se se esta regulamentação, integrando o contrato de seguro, produz efeitos em relação a um lesado, ou seja, se pode ser invocada pelo segurador contra terceiro lesado.

Nalguns dos casos mencionados nesta alínea [p. ex., 4), 7), 9) ou 10)], estando previsto na lei um seguro obrigatório e existindo um contrato de seguro de responsabilidade civil, é pertinente a dúvida quanto ao valor de uma limitação da responsabilidade não prevista em lei e fundada tão-só em portaria ou despacho. Como dispõe o n.º 4 do art. 146.º da LCS, faltando a regulamentação de um seguro obrigatório de responsabilidade civil, podem as partes convencionar um seguro facultativo que «cumpra a obrigação legal e não contenha exclusões contrárias à natureza dessa obrigação»; de igual modo, havendo regulamentação *praeter legem*, que prescreva limitações, nomeadamente exclusões, para além dos limites da lei, pode questionar-se da oponibilidade de tais cláusulas inseridas no contrato de seguro.

Em suma, as mencionadas divergências de fonte legal e de regulamentação podem ter efeitos práticos, criando insegurança jurídica, que se deve evitar.

III. A multiplicidade de seguros obrigatórios, nomeadamente de responsabilidade civil, nem sempre encontra correspondência com a sua efectivação.

Não raras vezes, o seguro obrigatório encontra previsão legal, foi inclusive regulamentado, mas não tem aplicação prática. Por um lado, a obrigatoriedade não está consciencializada e os potenciais tomadores de seguros não se preocupam em celebrar o contrato de seguro; por outro lado, por motivos vários, já referidos, por vezes, os seguradores não se disponibilizam para ajustar seguros nessa área.

Justifica-se, pois, que se institua um meio de controlo da efectividade de cada um dos seguros obrigatórios, à imagem do que ocorre em sede de seguro automóvel, em termos a regulamentar para cada seguro, porquanto as correspondentes especificidades justificam adaptações.

## **2. Qualificação do seguro de responsabilidade civil**

A qualificação de um seguro como sendo de responsabilidade civil nem sempre é pacífica – p. ex., como referido, discute-se se o seguro de acidentes de trabalho se integra no âmbito dos seguros de responsabilidade civil –, encontrando-se não raras vezes alguma indistinção com outros seguros.

Como decorre da sistemática da Lei do Contrato de Seguro, o seguro de responsabilidade civil é uma modalidade de seguro de danos, mas nem todo o seguro de danos se qualifica como de responsabilidade civil. Como dispõe o art. 11.º do RAS, nada impede que num contrato de seguro de responsabilidade civil se cubram riscos acessórios, de outro ramo, por exemplo de danos; e vice-versa. Assim, num seguro de responsabilidade civil, além da cobertura de danos causados a terceiros, também se pode incluir a cobertura de danos sofridos pelo segurado; não raras vezes, no seguro de responsabilidade civil automóvel, além da cobertura da responsabilidade civil (obrigatória), é acordada uma cláusula de cobertura de danos próprios do tomador/segurado. De igual modo, num seguro de danos pode haver uma cobertura acessória de responsabilidade civil.

Tendo em conta esta relação de acessoriedade entre riscos cobertos por seguro de responsabilidade civil e por outros seguros, como de protecção jurídica, acidentes pessoais ou de danos em geral, torna-se conveniente definir o âmbito concreto de um seguro obrigatório, indicando especificamente que danos abrange. Podendo, deste modo, ao abrigo da liberdade contratual, no mesmo contrato de seguro, serem cobertos outros riscos não incluídos no âmbito do seguro obrigatório.

### **3. Justificativo para a criação legal de um seguro obrigatório de responsabilidade civil**

Como foi mencionado, ainda que o momento histórico (*occasio legis*) influa decisivamente na fundamentação de um seguro obrigatório de responsabilidade civil, há um motivo primordial: a tutela de terceiros lesados. Pretende-se basicamente que os lesados não fiquem privados do ressarcimento dos danos, em especial por via da incapacidade financeira do lesante.

Além desta razão, que se pode entender como fundamental, há ainda ponderosos motivos de ordem económica que justificam o estabelecimento de um seguro obrigatório. Por um lado, a garantia conferida ao potencial lesante de o dano causado a terceiro não afectar a solvabilidade do seu património. Ainda que a indemnização pudesse ser suportada pelo seu património, não raras vezes o seu pagamento implicaria dificuldades supervenientes, prejudicando a evolução futura da actividade, do negócio ou, simplesmente, da vida pessoal.

Conjugada com as considerações anteriores, há igualmente que atender à vantagem de os danos serem rapidamente ressarcidos, de molde a evitar litígios e perturbações sociais, principalmente quando proliferam os danos em certas áreas, como na circulação automóvel. Esta razão de ordem social prende-se ainda com um fundamento económico; da análise económica conclui-se que o cabal e rápido ressarcimento de danos contribui para o bem-estar económico e inclusive para o desenvolvimento sustentado da economia.

Para além das razões de ordem geral, comuns aos vários seguros obrigatórios, poderá ainda acrescer alguma motivação específica em determinados seguros de responsabilidade civil, nomeadamente decorrente de certo contexto económico-social. Assim, no transporte colectivo de crianças, nos centros de bronzamento ou nas empresas de animação turística, como em muitos outros, o seguro obrigatório justifica-se também como modo de as empresas que desenvolvem essas actividades terem um bom controlo de qualidade do serviço prestado, minimizando os acidentes. Ou seja, o desiderato do seguro obrigatório de responsabilidade civil pode não ser tão-só a tutela do ressarcimento de danos sofridos por lesados, mas igualmente um modo de evitar o acidente por impor boas práticas ao segurado/tomador.

Noutro plano, de análise económica do direito, cabe atender à viabilidade de um seguro obrigatório de responsabilidade civil. Verificando, nomeadamente da possibilidade de as seguradoras que operam no mercado poderem assegurar a cobertura; está em causa o sucesso do seguro, nomeadamente por via das regras de concorrência. Cumulativamente, tem de se averiguar da eficácia, para o desiderato almejado, do seguro de responsabilidade civil que se pretende seja obrigatório, porquanto, tanto pela valoração dos danos como pela

capacidade económica do segurador, pode ver-se frustrada a expectativa criada. Ainda neste plano, ao criar um seguro de responsabilidade civil obrigatório há que avaliar o risco para apurar se o eventual valor do prémio não tornará incomportável para o segurado/tomador a manutenção do vínculo. No fundo, tal como indicado, a possibilidade de mutualização tem de ser ponderada para aferir da viabilidade de um seguro obrigatório.

#### **4. Modo de constituição de um seguro obrigatório de responsabilidade civil**

Os seguros obrigatórios têm sido constituídos – como referido – por lei ou decreto-lei, mas também por portaria e despacho ministerial, estando, por vezes, regulamentados por portaria ou norma regulamentar da ASF e, nalguns casos, encontram-se delimitados por via da designada parte uniforme (também designada «apólice uniforme») deste Instituto. Há ainda a referir desenvolvimentos de regime, mormente de âmbito de cobertura, noutros instrumentos, como por exemplo por aviso (seguro de entidades inspectoras de instalações de combustíveis, aviso n.º 4878/2009, de 5 de Março) ou por despacho (entidades acreditadoras de licenciamento industrial, despacho n.º 2186/2006, de 27 de Outubro).

Tendo em conta as dificuldades apontadas, particularmente nas várias alíneas do ponto n.º II.1, justificar-se-ia uma unificação quanto ao *modus operandi*.

A unificação da fonte constitutiva de seguros obrigatórios de responsabilidade civil minimizaria muitas das observações críticas tecidas, evitando parte das divergências de regime e de modo de regulamentação. Mas não obstaría a todas as dificuldades apontadas, porquanto muitas resultam da *occasio legis*, sendo difícil uniformizar soluções e regimes jurídicos com constituição historicamente diversificada.

De todo o modo, havendo uniformidade de fonte constitutiva de um seguro obrigatório de responsabilidade civil e igualmente uniformidade quanto ao modo de regulamentação, facilmente se poderiam seguir directrizes comuns que muito beneficiariam este tipo de seguro em casos de constituição futura. Algumas dessas directrizes uniformizadoras são mencionadas nos números seguintes.

#### **5. Âmbito de um seguro obrigatório de responsabilidade civil**

##### *a) Fixação legal*

Ainda que seja de imposição legal difícil – e mesmo que existisse lei nesse sentido, nada garantiria que não fosse alterada –, haveria vantagem em que

todo e qualquer seguro obrigatório de responsabilidade civil tivesse sempre como fonte de constituição a lei ou o decreto-lei. Neste âmbito, atendendo ao regime de fontes legais de Direito, e sabendo que não se trata de matéria de competência reservada da Assembleia da República, tanto as leis parlamentares (Leis da Assembleia da República) como as leis governamentais (Decretos-Leis do Governo) podem determinar a constituição de seguros obrigatórios de responsabilidade civil.

Como primeira directriz neste âmbito, deveria ficar circunscrita às leis ordinárias (lei e decreto-lei) a criação de seguros obrigatórios de molde a evitar a dispersão actual com as consequências da disseminação de motivos e de regimes, a que acresce a dificuldade de conhecimento das soluções por parte de destinatários.

Com efeito, a maioria dos seguros obrigatórios tem sido constituída por fonte legal; sendo excepção a criação de seguros obrigatórios por outras vias como portaria. Sabendo que não será fácil banir regimes excepcionais, dever-se-ia definir como directriz que o seguro obrigatório só poderia ser instituído por lei (da Assembleia da República ou do Governo).

Mas para a criação de um seguro obrigatório, além do motivo justificativo, há a ponderar previamente a sua efectivação. É sabido que muitos dos seguros obrigatórios existentes encontram previsão legal sem subsequente concretização prática, tanto por falta de regulamentação (p. ex., actividade industrial, técnicos de obras), como de interesse comercial por parte dos seguradores nacionais (v. g., dispositivos médicos, trabalho aéreo).

Além da constituição legal dos seguros obrigatórios de responsabilidade civil há que atender ao seu regime. Na medida em que o seguro tenha fonte legal, o seu regime regra deverá constar da mesma fonte. Neste sentido, há um diploma que pode servir de modelo para os seguros obrigatórios de responsabilidade civil: o seguro automóvel.

Todavia, principalmente porque muitas vezes o seguro obrigatório surge previsto e sumariamente regulado numa lei ordinária como modo de garantir o cumprimento de determinado regime (v. g., seguro de técnicos de obras), constando de dois ou três preceitos de um conjunto vasto de normas, justifica-se que a regulamentação mais minuciosa seja remetida para portaria. Esta via, apesar de comum, tem o inconveniente de o diploma regulamentar (v. g., portaria) poder dispor para além ou ficar aquém da solução legal; a regulamentação não pode ser inovadora, mas perante as omissões da lei regulamentada tem sido frequente uma regulamentação criativa. Além disso, como ocorre nalgumas situações, a remissão para futura regulamentação tem levado à prolongada inaplicação de seguros obrigatórios, aguardando pela regulamentação que, por vezes, não surge.



Tratando-se da criação de um seguro obrigatório, que contraria o princípio da liberdade contratual, tanto a criação como a fixação (genérica) do seu regime têm de circunscrever-se à lei ordinária – lei ou decreto-lei –, admitindo-se unicamente, em determinados casos justificados, a sua regulamentação subsequente por portaria, estribada na lei que a prevê, a publicar num prazo curto.

*b) Responsabilidade civil contratual, extracontratual e emergente de situações intermédias*

I. Na regulamentação legal do seguro obrigatório de responsabilidade civil há um aspecto essencial quanto à cobertura, cuja fixação deverá constar do diploma com a maior previsão possível.

Tratando-se de um seguro de responsabilidade civil, importa, desde logo, apurar o seu âmbito, determinando que responsabilidade civil cobre. Tradicionalmente, contrapõe-se a responsabilidade civil extracontratual (também designada extraobrigacional ou aquiliana) à contratual; trata-se de uma distinção que tem origem histórica – remontando ao Direito Romano – aceite em muitos sistemas jurídicos como o português, mas que suscita inúmeras dificuldades, particularmente de delimitação. Por via de regra, o seguro de responsabilidade civil cobre a responsabilidade extracontratual; mas ainda que se tenha feito tal delimitação, não é fácil concluir quais os danos cobertos.

Na realidade, atentas as situações intermédias, que muitos autores qualificam como um *tertium genus* entre a responsabilidade extracontratual e a contratual, suscitam-se dúvidas de cobertura relativamente a um seguro de responsabilidade civil que cobre o dano extracontratual. Pense-se, por exemplo, em situações de responsabilidade civil assentes na tutela da confiança, desligadas de uma relação contratual, ou dos deveres de protecção ou de cuidado que existem sem ter havido (e independentemente de ter havido) a celebração de um contrato e, ainda sem ser exaustivo, nas relações contratuais das quais emergem para uma das partes deveres para com terceiros. Em suma, na medida em que a delimitação entre tipos de responsabilidade civil é particularmente difícil, na previsão legal da cobertura não bastará indicar «tout court» que o seguro cobre a responsabilidade civil extracontratual ou contratual. Ainda que falível, será conveniente indicar outros elementos coadjuvantes, dependendo do seguro em causa, como o tipo de factos geradores de responsabilidade, a delimitação dos potenciais lesados, etc.

II. Ainda que, como é usual, o seguro de responsabilidade civil, mormente obrigatório, cubra a responsabilidade extracontratual (vd., a título de exemplo, o disposto no art. 24.º, n.º 1, da Lei n.º 41/2015, onde se dispõe que os técnicos responsáveis por coordenação, direcção e fiscalização de obras «[...] estão

*obrigados a celebrar contrato de seguro de responsabilidade civil extracontratual [...]*»), a referência à responsabilidade extracontratual deverá ser explicitada com indicações complementares, mormente dos factos geradores de responsabilidade civil, dos potenciais lesados e, se possível, dos danos cobertos.

Por outro lado, havendo cobertura de danos contratuais é necessário distinguir os que derivam do regime comum, daqueles outros que decorrem do incumprimento de cláusulas especiais, nomeadamente de cláusula penal, acordadas entre as partes. Estes últimos danos, atenta a sua imprevisibilidade, podem ser de difícil enquadramento no cálculo de probabilidades em que assenta o seguro.

### *c) Responsabilidade profissional*

No âmbito dos seguros de responsabilidade civil têm ocupado um lugar de relevo os designados seguros de responsabilidade profissional. Está em causa a cobertura de danos causados, normalmente por profissionais liberais (advogados, médicos, arquitectos, etc.), no exercício de uma actividade profissional, por via de regra ao respectivo cliente. Ainda que tradicionalmente relacionado com o exercício de profissões liberais, o seguro de responsabilidade profissional vem previsto para a generalidade de prestadores de serviços, cuja actividade «apresente risco directo e específico para a saúde, para a segurança do destinatário do serviço ou de terceiro ou para a segurança financeira do destinatário» (art. 13.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 92/2010). Nada obsta a que a responsabilidade profissional cubra igualmente danos causados a terceiros por ocasião do exercício de uma actividade profissional, mas, neste âmbito, não se distingue da responsabilidade civil geral, extracontratual.

A especificidade da responsabilidade civil profissional relaciona-se, pois, com os danos decorrentes do exercício da actividade causados ao «cliente» do profissional. O «cliente» do profissional não é necessariamente contraparte num contrato de prestação de serviços. Exemplificando com um médico, tanto poderá ser responsabilizado por má prática em relação a quem o tenha contratado para um tratamento – por exemplo, no seu consultório –, como igualmente por um paciente que tenha sido tratado pelo médico – por exemplo, num hospital – sem base contratual. É determinante que o dano tenha sido causado no exercício da actividade profissional em relação a quem – com ou sem contrato – tenha uma relação de proximidade com o profissional.

Tal como referido na alínea anterior, havendo contrato – por via de regra de prestação de serviços –, a responsabilidade profissional abrange o dano resultante do exercício da actividade e importa verificar se foram acordadas cláusulas especiais, nomeadamente de agravamento da responsabilidade, cuja cobertura pelo seguro pode ser de difícil ponderação. Imaginando que o

médico se vinculou a uma prestação de resultado numa intervenção cirúrgica, a existência de responsabilidade civil e o valor da indemnização podem diferir dos que resultariam do regime comum. Daí que, como já afirmado, a cobertura da responsabilidade civil contratual, mesmo em sede de responsabilidade profissional, deve circunscrever-se ao regime comum, não cobrindo danos decorrentes do incumprimento nos termos de cláusulas de agravamento da responsabilidade.

*d) Responsabilidade por culpa ou dolo*

A responsabilidade civil, seja contratual ou extracontratual, assenta na culpa mas, salvo situações especiais, é irrelevante que a conduta do agente seja meramente culposa ou dolosa. Por via de regra, independentemente de mera culpa ou dolo do lesante, a obrigação de indemnizar fundada em responsabilidade civil tem o mesmo parâmetro: o lesado deverá ser indemnizado por todos os danos sofridos em consequência da lesão (art. 562.º do CC).

Não cabe ao seguro alterar os pressupostos da responsabilidade civil, remetendo-se na Lei do Contrato de Seguro (art. 138.º) para a lei geral em relação aos danos, podendo concluir-se que vale inclusive para a determinação da responsabilidade civil. Apesar de não caber ao seguro alterar os pressupostos da responsabilidade civil, pode limitar a cobertura, por exemplo, circunscrevendo-a só a actos culposos, não cobrindo danos dolosamente causados pelo segurado. A não cobertura de actos dolosos encontra uma origem histórica, tendo em vista viabilizar o seguro de responsabilidade civil, entendido como inadmissível por contrariar valores jurídico-sociais, mormente da assunção pessoal da responsabilidade pelos actos praticados, e uma justificação actual, com uma base histórica modernizada e uma fundamentação económica, actuarial. Razão pela qual, tanto no plano nacional como no internacional, o seguro de responsabilidade civil não cobre actos dolosos. Pode até dizer-se que há uma natural aversão do seguro a comportamentos dolosos (art. 46.º da LCS). Sem entrar nesta discussão, tendo em conta o disposto no art. 148.º da LCS, pode um seguro obrigatório de responsabilidade civil abranger a cobertura de actos dolosos.

Tratando-se de um seguro obrigatório de responsabilidade civil, ainda que, como é regra, não haja cobertura de actos dolosos do segurado que lesem terceiro, poderá encontrar-se prevista a solução oposta. Sendo um seguro obrigatório de responsabilidade civil, importa que ao constituir-se se preveja a delimitação da cobertura, e, justificando-se, que se assinala a cobertura de actos dolosos. Não obstante se prever no n.º 1 do art. 148.º da LCS que a cobertura de actos dolosos depende de regime estabelecido em lei ou regulamento, por razões de certeza e segurança jurídica, da lei que institui o seguro obrigatório deve constar tal cobertura. A mencionada certeza e segurança jurídicas ficam

prejudicadas se a previsão de especial cobertura de actos dolosos for relegada para regulamento.

Nas situações excepcionais em que o legislador, ao arrepio da tradição e da prática generalizada no seguro, determine a cobertura de actos dolosos, além da justificação de tal excepcionalidade, há que prever o seu âmbito, especificando em que termos os sobreditos actos dolosos ficam abrangidos na cobertura do seguro. Neste item, pese embora ser a consequência legal (art. 144.º, n.º 1, da LCS), importa atender ao direito de regresso do segurador contra o segurado ou tomador do seguro que tenha causado dolosamente o dano; cabe ainda prever em que circunstâncias excepcionais pode ser prevista em legislação especial a inexistência de tal direito de regresso.

A cobertura de actos dolosos tem em vista exclusivamente a tutela do lesado, em que o seguro assume a finalidade de garantia do pagamento da indemnização, que é devida pelo segurado. Ora, de modo a evitar o risco moral, assegurando o pagamento de indemnizações quando o segurado actua com dolo, além da ponderação das situações em que tal cobertura deve ser admitida – justificando-se, assim, a sua exclusão no seguro de armas – haverá vantagem em delimitar os danos em função do dolo do segurado, de molde a impedir que, por esta via, se abra o caminho a fraudes e a outros comportamentos criminais com cobertura do seguro.

#### *e) Responsabilidade objectiva*

Apesar de subsistir a regra de a responsabilidade civil assentar num comportamento culposos (art. 483.º, n.º 2, do CC), em casos especialmente previstos na lei, a responsabilidade civil não depende de culpa, podendo o agente ser responsabilizado pela ocorrência do dano resultante do risco ou de comportamentos lícitos. As situações de responsabilidade civil objectiva, coberta por seguro, tradicionalmente decorrentes de acidentes de trabalho e da circulação de veículos automóveis, multiplicaram-se no último quartel do século XX. São várias as previsões legais de responsabilidade sem culpa, normalmente associadas ao risco da actividade, que dinamizaram os seguros de responsabilidade civil, apesar de nem todas as previsões legais de responsabilidade objectiva se encontrarem articuladas com seguros obrigatórios de responsabilidade civil (v. g., responsabilidade do produtor, Decreto-Lei n.º 383/89).

Havendo seguro obrigatório de responsabilidade civil com cobertura de actos não culposos – normalmente, responsabilidade pelo risco –, ainda que essa situação decorra do regime legal (p. ex., embarcações de recreio), é conveniente que no diploma se indique expressamente que o seguro cobre a designada responsabilidade objectiva ou, pelo menos, que se mencione o regime legal com base no qual o seguro obrigatório é constituído. Frequentemente,

este problema é ultrapassado, ao prever-se o seguro obrigatório no diploma que estabelece a responsabilidade objectiva (v. g., ultra leves); faltará, todavia, a sua regulamentação.

*f) Danos patrimoniais, não patrimoniais e outros prejuízos*

Particularmente relevante é a delimitação dos danos cobertos. Como referido, a Lei do Contrato de Seguro (art. 138.º) remete para o regime geral, e haverá de ter em conta as regras constantes dos arts. 562.º e ss. do CC, para além de outras normas gerais respeitantes à fixação da indemnização (p. ex., art. 496.º do CC) ou regras específicas constantes de diplomas concretos [v. g., agências de viagens, arts. 6.º, alínea b), 41.º e 42.º do Decreto-Lei n.º 17/2018].

Por via de regra, o seguro de responsabilidade civil cobre danos patrimoniais e não patrimoniais, assim como danos emergentes e lucros cessantes, ou danos presentes e futuros, nos termos gerais. Mesmo sendo a regra, tratando-se de seguro obrigatório, por motivos de segurança jurídica, na medida do possível, deverá fazer-se expressa menção aos danos cobertos, identificando os diferentes tipos de prejuízos. Para além das dificuldades tradicionais no que respeita à fixação do montante da obrigação de indemnizar, dir-se-á que a evolução da responsabilidade civil – particularmente quando acompanhada de um correspondente seguro (facultativo ou obrigatório) – tem suscitado três problemas:

1. A delimitação do dano não patrimonial – por vezes apelidado de dano moral – associada à «indústria» de reclamação de danos morais (ainda incipiente em Portugal, mas que, tendo presente as decisões tomadas no seguimento dos incêndios de 2017, se vai dinamizar);
2. O surgimento – com expressão reivindicativa no plano da responsabilidade civil – de novos danos, como o dano ambiental, com especial incidência no plano económico;
3. A existência de danos colectivos, por vezes de titularidade difusa, com valores indemnizatórios muito elevados.

Sempre que se pretenda constituir um seguro obrigatório – salvo situações muito delimitadas – há que atender a estes três problemas, prevendo mecanismos, ainda que de modo genérico, para a sua superação.

Associado com a referida questão da delimitação do dano coberto, haverá toda a vantagem, sendo mesmo um imperativo, que se recorra à terminologia jurídica sedimentada, evitando o recurso a termos estrangeiros, por vezes traduzidos, com sentidos equívocos. Exemplificando com algumas expressões, normalmente de influência anglo-saxónica e utilizadas em apólices, que suscitam dúvidas de interpretação: «danos causados em bens tangíveis», «prejuízos consequenciais», «prejuízos patrimoniais primários (ou puros)».

A este propósito, cabe igualmente aludir à expressão «danos indirectos», muito utilizada, mesmo em diplomas legais. Tal como outras expressões identificadoras de danos, é difícil a delimitação entre os prejuízos directos e indirectos. A questão prende-se com a causalidade a que se aludirá na alínea seguinte.

g) *Nexo de causalidade*

I. A relação causal entre o facto e o dano não constitui uma especificidade do seguro de responsabilidade civil, mas uma decorrência do regime comum de responsabilidade civil, não despendendo em sede de seguro, mormente atento o princípio indemnizatório (arts. 128.º e ss. da LCS).

Deste modo, num seguro de responsabilidade civil, tal como no regime geral, para apurar os danos (art. 483.º, n.º 1, *in fine*, e art. 563.º do CC) será necessário verificar quais os danos que resultam da lesão e aqueles em que falta uma relação causal com a lesão. Não sendo propriamente quimérica, a delimitação será, não raras vezes, inviável ou assente em pressuposições.

Por influência anglo-saxónica, nos seguros atende-se, por vezes, a uma delimitação entre danos directos e danos indirectos. Nada obsta a que se utilizem estas expressões, mas tendo em conta a sua fluidez, num seguro de responsabilidade civil será conveniente que os danos directos e indirectos sejam especificamente identificados.

Na ordem jurídica portuguesa, a delimitação entre danos indemnizáveis e não indemnizáveis costuma ser feita com referência à designada causalidade adequada. Depois de no art. 483.º, n.º 1, *in fine*, do CC se estabelecer que o agente «fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação», dispõe o art. 563.º do CC que são indemnizáveis «os danos que o lesado provavelmente não teria sofrido se não fosse a lesão». Começa por se estabelecer que os danos têm de resultar de um facto (a violação) e depois que tem de haver uma relação de probabilidade entre a lesão e o dano. O nexo de causalidade é, pois, determinado segundo regras de probabilidade, mas a questão – aliás muito debatida na doutrina e na jurisprudência – carece de uma explanação, ainda que sumária.

II. A teoria da causalidade adequada – consagrada no Código Civil (em especial no art. 563.º) – resultou de uma longa evolução e discussão iniciada na teoria da *conditio sine qua non*, também designada por teoria da equivalência das condições. Como modo de superar a crítica, por vezes fácil, à teoria da *conditio sine qua non*, nos termos da qual, no limite, toda a responsabilidade se poderia imputar a Adão e Eva, a teoria da causa adequada pretende delimitar, por via da normalidade social, a adequação entre o facto e o dano; procura determinar, num plano de probabilidade, que evento é adequado para produzir o dano.

A causalidade adequada faculta ao aplicador um critério para determinar que danos devem ser ressarcidos pelo autor de um facto lesivo. Por um lado, assentando em conceitos indeterminados – normalidade social –, carece de preenchimento em cada situação concreta com um inevitável grau de fluidez. Por outro lado, suscita críticas por permitir que, em função das circunstâncias, possa haver diferentes causas adequadas. Para superar (ou minimizar) estas críticas, alude-se por vezes à causalidade normativa que pressupõe uma causalidade adequada ao escopo da norma violada. Dito de outro modo, não basta apurar uma relação causal naturalística entre o evento e o dano, torna-se necessário, ainda, que a causalidade seja juridicamente relevante. Exemplificando com alguns casos decididos em tribunais superiores portugueses. O veículo que circulava em desrespeito de regras técnicas e embateu noutro que circulava fora de mão, a violação da norma pelo primeiro veículo não é causa adequada do dano; o ofendido atingido por uma facada morreu no hospital por falta de tratamento, falta causa adequada para a morte em relação ao agressor. Veja-se ainda este caso. Um pastor atravessou com o rebanho uma estrada, nessa altura, um motociclista embateu numa ovelha e, com a motorizada no chão, foi discutir com o pastor, um segundo veículo parou na outra faixa de rodagem e o condutor deste foi apaziguar os ânimos entre motociclista e pastor, um terceiro veículo, circulando a mais de 100 km/h, atropelou o motociclista quando este levantava a motorizada do chão. O Supremo Tribunal de Justiça, reconhecendo a multiplicidade de causas, entendeu que, juridicamente, só havia causa adequada em relação ao condutor do terceiro veículo.

A causalidade adequada, tal como formulada, primeiro, no n.º 1 do art. 483.º do CC e, depois, no art. 563.º do CC, constitui um pressuposto da responsabilidade civil, razão pela qual a inexistência de relação causal exclui a obrigação de indemnizar. Por outro lado, a causalidade adequada ainda é usada como critério para aferir o valor da indemnização, servindo para apurar o montante do dano indemnizável.

Com efeito, caso se conclua que o dano não resulta do facto lesivo falta um pressuposto da responsabilidade civil (art. 483.º, n.º 1, *in fine*, do CC), que inviabiliza o recurso a este instituto. Mas se o dano resultar do facto, a causalidade adequada serve então para aferir o montante da indemnização. Daí a justificação sistemática de o art. 563.º do CC se encontrar, como segundo preceito, de uma secção intitulada «Obrigação de indemnizar». Para fixar o valor da indemnização, particularmente em danos algo voláteis, p. ex., lucros cessantes ou perda de *chance*, importa recorrer à causalidade adequada. A este propósito cabe referir que se tem recorrido com frequência à designada perda de *chance* em seguros de responsabilidade civil profissional, como se de um novo dano se tratasse; contudo, até para melhor ponderação do seu cálculo,

dever-se-á atender a esta realidade no tradicional contexto da causalidade adequada.

Poder-se-á considerar que a causalidade adequada, mesmo entendida como causalidade juridicamente relevante, não confere uma linha orientadora com elevado grau de previsibilidade. Mas soluções jurídicas idênticas encontram-se noutros espaços jurídicos, como na Alemanha e em Itália, sem uma especificação legal tão concreta como em Portugal.

Em suma, sempre que não seja possível concretizar os danos directos e indirectos cobertos num seguro de responsabilidade civil, será preferível identificar os danos com recurso à causalidade adequada, eventualmente nomeando (ou excluindo) algumas hipóteses de causalidade naturalística e jurídica relevantes.

## **6. Delimitação de um seguro obrigatório de responsabilidade civil**

Atendendo especialmente ao mencionado nas alíneas *b*), *c*) e *d*) do número antecedente, do seguro obrigatório de responsabilidade civil, no momento da sua constituição – portanto, na lei ordinária que o cria – deve constar a delimitação, indicando nomeadamente o que se encontra coberto pelo seguro de responsabilidade civil (com as especificidades indicadas), se abrange actos culposos, dolosos ou só a responsabilidade objectiva e, especialmente, quais os danos cobertos.

A previsão legal, mesmo quando minuciosa, prevendo os aspectos mencionados, não impede o surgimento de dúvidas e de litígios, mas minimiza-os, permitindo uma mais eficiente gestão deste tipo de seguro.

Neste âmbito, torna-se imprescindível que no seguro obrigatório de responsabilidade civil se preveja, pelo menos, o capital seguro, os danos cobertos, as eventuais exclusões de responsabilidade e a admissibilidade de franquias. Este aspecto da delimitação tem particular acuidade atento o disposto nos n.ºs 3 e 4 do art. 146.º da LCS.

Começando pela questão do capital seguro, é indispensável que se encontre definido, normalmente o capital mínimo ou máximo, mas igualmente, em muitos casos, dependendo das circunstâncias, capitais parciais, por sinistro, por sinistrado, por anuidade, etc. Não contendo a lei uma indicação do capital seguro, atendendo à remissão constante do n.º 2 do art. 146.º da LCS, poder-se-á entender que o seguro cobre todo o dano, nos termos que resultarem da lei geral. E importa relembrar que a solvência de um segurador obsta à aceitação de seguros ilimitados, que inviabilizam inclusive a respectiva certificação de contas por parte do auditor.



De igual modo, haverá vantagem em que se identifiquem os danos cobertos pelo seguro, com o maior detalhe possível.

As exclusões de responsabilidade e a existência de franquias, ao estabelecerem um regime de reparação de danos diverso do que resulta da lei geral (arts. 562.º e ss. do CC), têm de constar de previsão legal, ainda que só enunciativa, para permitir a subsequente regulamentação.

## **7. Cobertura de um seguro obrigatório de responsabilidade civil**

### *a) Cobertura múltipla de responsabilidades prevista em diferentes seguros obrigatórios*

No que respeita à cobertura de um seguro de responsabilidade civil, além das questões já referidas, cabe atender à interligação entre vários seguros. O mesmo dano poderá encontrar-se na previsão de cobertura de dois ou mais seguros obrigatórios de responsabilidade civil. Pense-se na confluência dos danos cobertos pelo seguro profissional do empreiteiro e o seguro do condomínio ou no caso de um trabalhador ter um acidente de viação ao serviço da empresa.

A multiplicidade de situações de cobertura múltipla de diferentes seguros obrigatórios justificaria a realização de um estudo sobre estes seguros, analisando as hipóteses de sobreposição. Mas a pluralidade de seguros não constitui um óbice e, em termos gerais, não se pode ir muito além da genérica proibição de cumulação de indemnizações sempre que exista pluralidade de seguros obrigatórios que levem à cobertura do mesmo risco, com o dever de informação constante do regime geral (art. 133.º da LCS). É evidente que este regime, previsto para os seguros de danos, deverá adaptar-se no caso de pluralidade de seguros de responsabilidade civil, nomeadamente impondo a mesma informação ao terceiro lesado; contudo, este último poderá desconhecer legitimamente a referida pluralidade de seguros, tornando-se difícil a aplicação da referida norma.

Por outro lado, justificando-se que ao segurado, havendo pluralidade de seguros, caiba a escolha do segurador que pagará a indemnização (art. 133.º, n.º 3, da LCS), a mesma razão pode não assistir ao terceiro lesado. Na hipótese de pluralidade de seguros de responsabilidade civil com identidade de segurado, o preceito em questão pode ser interpretado no sentido de a escolha competir ao segurado e não ao terceiro lesado. Mas havendo pluralidade de seguros de responsabilidade civil com segurados distintos, deixa de fazer sentido a escolha do segurado e poder-se-ia entender que seria interpretada a expressão como: escolha do beneficiário da prestação, isto é, do terceiro lesado. Mas tal sentido contraria a lógica do preceito: o segurado tinha riscos cobertos por diferentes seguros, pelo que pode optar nos termos previstos no n.º 3 do

art. 133.º da LCS; o que não ocorre em relação ao lesado. É, assim, duvidosa a interpretação adaptada do preceito no sentido de, em seguros de responsabilidade civil, a escolha caber ao terceiro lesado.

Há ainda uma questão a ponderar no caso de pluralidade de seguros de responsabilidade civil. Nos termos do n.º 4 do art. 133.º da LCS, prevê-se a existência de convenção em contrário, relativamente à repartição proporcional da quantia devida entre seguradores. Ora, em caso de seguro de responsabilidade civil, pergunta-se se tal acordo pode ser invocado perante o terceiro lesado.

Em suma, além da aplicação adaptada da norma, com pertinentes dúvidas, e da reiteração da inadmissibilidade de enriquecimento do lesado, na falta de um estudo consolidado dos diferentes seguros obrigatórios de responsabilidade civil, a pluralidade de tais seguros com cobertura do mesmo risco tem de solucionar-se entre seguradores, nomeadamente pela via da sub-rogação. Nada obsta à pluralidade de seguros – cuja previsão legal consta do art. 133.º da LCS – mas, sendo seguros obrigatórios, deve evitar-se a duplicação de cobertura, esclarecendo dois aspectos: que a escolha não cabe ao lesado e em que medida pode haver convenção que determine diferente repartição de pagamentos entre seguradores, nomeadamente a oponibilidade de protocolos de auto-regulação entre seguradores.

#### *b) Cobertura múltipla de responsabilidades própria de seguro obrigatório e de seguro facultativo*

A pluralidade referida na alínea anterior pode ocorrer igualmente no caso de coincidência de cobertura de risco entre um seguro obrigatório e um seguro facultativo de responsabilidade civil. Inclusive, a pluralidade pode advir de num seguro obrigatório ter sido acordada uma extensão facultativa de cobertura que invade o âmbito de outro seguro obrigatório.

Em qualquer caso, mantêm-se as considerações tecidas na alínea anterior, pois o carácter obrigatório ou facultativo do seguro de responsabilidade civil não altera os parâmetros então definidos.

#### *c) Âmbito da cobertura*

Apesar de, relativamente ao âmbito territorial e temporal da cobertura de um seguro obrigatório de responsabilidade civil, não existirem, por via de regra, excepções relevantes ao regime geral, justificam-se algumas concretizações e pode haver vantagem em prever um regime diferente do que se encontra proibido no n.º 3 do art. 117.º da LCS.

Com efeito, salvo disposição legal em contrário, não pode ser convencionada a resolução após sinistro nos seguros obrigatórios de responsabilidade civil.

Ora, em alguns seguros obrigatórios de responsabilidade civil (p. ex., armas) poder-se-á justificar a derrogação desta regra, caso em que o diploma que cria o seguro deverá prever a resolução após sinistro nos termos da excepção prevista na primeira parte da norma (art. 117.º, n.º 3, da LCS).

Além disso, e como mencionado anteriormente [ponto 5, alínea g)], na medida do possível, há vantagem em que do contrato de seguro conste uma concretização dos danos cobertos, nomeadamente estabelecendo a relação de causalidade justificativa da cobertura de certos danos.

## **8. Regulamentação de um seguro obrigatório de responsabilidade civil**

Por todas as razões indicadas nos números e alíneas anteriores, a uniformidade de características – tanto na constituição como na regulamentação – de um seguro obrigatório de responsabilidade civil é especialmente relevante. Não podendo todos os parâmetros definidores do seguro – âmbito, cobertura, etc. – constar do diploma (lei ordinária, como preconizado) que cria esse seguro, a sua regulamentação deverá ser incluída em diploma de concretização. Tendo em conta a estrutura das fontes legais de direito, a portaria, que desenvolve nos termos das directrizes fixadas uma lei ordinária, parece ser o meio adequado de regulamentação.

Coloca-se, assim, a questão de apurar quanto ao sentido de uma regulamentação a realizar por uma entidade pública, concretamente, nesta área, pela ASF. Não raras vezes, a regulamentação de um seguro obrigatório é feita por norma regulamentar da ASF, surgindo, nalguns casos, uma parte uniforme (também designada apólice uniforme) delimitadora do âmbito, regime e clausulado dos futuros contratos de seguro; veja-se a título de exemplo a Norma Regulamentar n.º 4/2018-R, de 19 de abril, que aprova as condições gerais e especiais uniformes do seguro de colheitas e de vários frutos. Sem entrar na discussão acerca da justificação e valor destes actos, em que a parte uniforme constitui uma singularidade do direito nacional, importa ter em conta que a regulamentação de um seguro obrigatório por parte da ASF *não pode* coarctar a liberdade contratual para além dos exactos termos em que o diploma de constituição o permitiu. Dito de outro modo, da regulamentação oriunda da ASF *não pode advir qualquer limitação da autonomia privada para além da que decorra da lei. Mesmo sendo a regulamentação feita por portaria, não deverá este acto alterar a directriz da lei que constituiu o seguro obrigatório.* Em suma, a subsequente regulamentação de um seguro obrigatório por parte da ASF deve circunscrever-se a aspectos procedimentais e a concretizações técnicas sem alterar os

parâmetros desse seguro, definidos em lei ordinária e, eventualmente, completados em portaria.

### III. Seguro facultativo de responsabilidade civil

#### 1. Âmbito

O seguro de responsabilidade civil, sendo facultativo, assenta na liberdade contratual, tanto no que se refere à celebração do contrato como à definição do seu objecto, âmbito de cobertura, etc.

Mesmo num seguro obrigatório, para além de aspectos relacionados com o dever de o subscrever e de âmbito de cobertura, vale a liberdade contratual, podendo as partes ajustar cláusulas diferentes, desde que não contrariem as directrizes legais desse seguro. As limitações que possam ocorrer num seguro obrigatório, *maxime* o dever de o tomador o subscrever, não existem no seguro facultativo de responsabilidade civil. Neste caso, impera a autonomia privada, tanto quanto à celebração como relativamente ao âmbito da cobertura, à delimitação dos danos cobertos, etc. A liberdade contratual, em caso de seguro facultativo de responsabilidade civil, está unicamente condicionada pelas regras gerais.

Como impera um princípio de autonomia privada importa apurar em que medida e em que moldes, por via legal, ao constituir-se um seguro obrigatório se limita a liberdade das partes.

#### 2. Limites à autonomia privada

Tratando-se de seguro de responsabilidade civil facultativo, embora facultativo, está condicionado pelas regras gerais. Em primeiro lugar, como dispõe o n.º 1 do art. 405.º do CC, sob a epígrafe «Liberdade contratual», «*Dentro dos limites da lei, as partes têm a faculdade de fixar livremente o conteúdo dos contratos [...]*» e, nomeadamente, o objecto do contrato de seguro não pode ser física ou legalmente impossível, contrário à lei ou à ordem pública, ofensivo dos bons costumes ou indeterminável (art. 280.º do CC).

Além dos limites de ordem geral, comuns a todo o contrato, o seguro de responsabilidade civil encontra-se condicionado pelas regras próprias da Lei do Contrato de Seguro e de outros diplomas reguladores da actividade seguradora. Adaptando as regras gerais ao regime dos seguros, num seguro de

responsabilidade civil, o segurado deve ter um interesse digno de protecção legal relativamente ao risco coberto, nomeadamente no que concerne à conservação do seu património (art. 43.º, n.ºs 1 e 2, da LCS). Além disso, sem carácter exaustivo, deve atender-se ao disposto nos arts. 14.º, 15.º, 18.º e ss. e, mais concretamente, ao art. 45.º da LCS.

### 3. Delimitação entre seguro facultativo e obrigatório

#### a) Identificação

A distinção entre um seguro de responsabilidade civil facultativo e obrigatório deveria resultar, sem maiores dificuldades, da situação concreta; por via de regra, o seguro seria facultativo porquanto a obrigatoriedade decorreria de expressa previsão legal.

Todavia, têm surgidos dúvidas de qualificação em seguros de responsabilidade civil, identificados pelo legislador como obrigatórios, mas que permitem soluções alternativas. Por outro lado, poder-se-á estar perante um seguro facultativo de responsabilidade civil inserido no âmbito mais vasto de um sistema obrigatório de garantia do pagamento de indemnizações. Em terceiro lugar, em determinadas situações admitir-se-á a celebração de um contrato de seguro facultativo de responsabilidade civil pese embora se encontre prevista a obrigatoriedade de tal seguro.

Importa atender a estas três hipóteses.

#### b) Qualificação discutível de um seguro como sendo obrigatório

A qualificação de um seguro de responsabilidade civil como sendo obrigatório nem sempre é pacífica. Nalguns casos, o legislador identifica o seguro como obrigatório, mas, no contexto, questiona-se se, verdadeiramente, o seguro deve ser entendido como obrigatório. Noutras hipóteses, falta a indicação legal de seguro obrigatório, mas as circunstâncias podem apontar nesse sentido.

Além do já mencionado seguro de responsabilidade profissional dos advogados, cite-se o seguro de responsabilidade profissional de prestadores de serviços (Decreto-Lei n.º 92/2010). No art. 13.º, n.º 1, depois de se prescrever que o exercício da actividade fica «condicionado à subscrição de um seguro obrigatório de responsabilidade civil profissional», acrescenta-se, nesse mesmo número, que o profissional pode recorrer «à prestação de garantia ou instrumento equivalente». Os dois exemplos referidos relacionam-se com a primeira hipótese indicada: legalmente faz-se menção ao carácter obrigatório do seguro, mas confere-se ao potencial tomador do seguro uma alternativa, sendo lícita a não celebração do contrato de seguro.

c) *Sistema obrigatório de garantia*

Na sequência do referido na alínea precedente, pode ocorrer que o seguro de responsabilidade civil constitua uma alternativa no âmbito de um sistema obrigatório de garantia, caso em que não pode ser qualificado como seguro obrigatório.

Há uma diferença entre um puro seguro de responsabilidade civil facultativo e um seguro de responsabilidade civil que pode ser ajustado no âmbito de um sistema obrigatório de garantia. Este último, sendo facultativo, fica condicionado pelos limites que a obrigatoriedade do sistema de garantia determina. Retomando o exemplo do seguro de responsabilidade profissional de prestadores de serviços (Decreto-Lei n.º 92/2010), conclui-se que foi instituído um sistema obrigatório de garantia para cobertura de danos que sejam causados por tais prestadores de serviços, mas o seguro de responsabilidade civil é facultativo, pois constitui uma alternativa a outros mecanismos de garantia, como um seguro-caução ou uma garantia bancária. De igual modo, mas de forma explícita, no regime jurídico da responsabilidade por danos ambientais (Decreto-Lei n.º 147/2008, de 29 de Julho), a propósito da garantia financeira obrigatória (art. 22.º), admite-se ao operador a contratação de um seguro tendo em vista a obrigação legal de assumir a responsabilidade ambiental inerente à actividade por si desenvolvida.

Nestes casos, o seguro de responsabilidade civil é facultativo, não se lhe aplicando nomeadamente o disposto nos arts. 146.º a 148.º da LCS, mas sendo constituído tem de se acomodar aos parâmetros legais, mormente no que respeita aos danos a incluir na respectiva cobertura.

d) *Seguro facultativo no âmbito de uma previsão de seguro obrigatório*

Em razão da inexistente ou insuficiente regulamentação de um seguro obrigatório de responsabilidade civil (*vd.*, nomeadamente, *supra* I.2), podem não se encontrar criadas as condições jurídicas para a celebração do seguro em causa como obrigatório, mas, em determinadas circunstâncias, admite-se que se ajuste um seguro facultativo de responsabilidade civil tendo em vista a cobertura de alguns danos. Como se prescreve no n.º 4 do art. 146.º da LCS, as partes podem convencionar o âmbito da cobertura, respeitando a obrigação legal e sem exclusões que a contrariem; no fundo, a cobertura facultativa pode ser parcial com respeito ao seguro obrigatório, mas no cumprimento dos parâmetros da obrigação legal.

Nada obsta a que se celebre um seguro de responsabilidade civil com carácter facultativo para cobertura de danos objecto de um seguro obrigatório, mas nessa eventualidade, não se cumprindo a obrigação legal ou incluindo exclusões não previstas na lei, considera-se não respeitada a obrigação legal de

celebrar o contrato de seguro (art. 146.º, n.º 5, da LCS). Em suma, o seguro facultativo é válido, respondendo o segurador nos termos acordados, mas o tomador do seguro não cumpriu a exigência legal. Todavia, neste caso, é imperioso que o carácter facultativo do seguro se encontre expressamente mencionado no contrato e, principalmente, que o tomador do seguro/segurado esteja perfeitamente ciente da situação e da diferente cobertura relativamente ao seguro obrigatório.

#### **IV. Conclusões: directrizes que devem condicionar um seguro obrigatório de responsabilidade civil**

1. Por motivos de segurança jurídica, a criação de um seguro obrigatório de responsabilidade civil deve constar de diploma legal (lei ou decreto-lei);
2. Para a constituição de um seguro obrigatório de responsabilidade civil deve ponderar-se previamente a sua função social e, cumulativamente, apurar, no plano na análise económica, a viabilidade do seguro;
3. Da lei que institui o seguro obrigatório deve constar, como menção explícita, que o seguro de responsabilidade civil é obrigatório, não constituindo um meio alternativo de garantir o pagamento de indemnização;
4. Pelo contrário, sendo um meio alternativo, ter-se-á de explicitar que o seguro de responsabilidade civil é facultativo, podendo o desiderato pretendido, de garantia de pagamento de indemnização, ser alcançado recorrendo a outro mecanismo (p. ex., seguro-caução ou garantia bancária);
5. Importa, assim, distinguir claramente o seguro obrigatório de responsabilidade civil de sistemas obrigatórios de garantia do pagamento de indemnização, que podem ser titulados por seguro, neste caso, facultativo;
6. Atendendo a um eventual desiderato comum de diferentes seguros de responsabilidade civil, que podem cobrir o mesmo dano, ao instituir-se um seguro obrigatório de responsabilidade civil, deverá atender-se a eventuais sobreposições de cobertura, prevendo mecanismos de resolução;
7. Salvo situações em que a simplicidade do seguro de responsabilidade civil o permita, à criação do seguro obrigatório em lei ordinária deverá seguir-se a sua regulamentação em portaria;
8. Pese embora, por via de regra se justificar a regulamentação do seguro obrigatório de responsabilidade civil, há aspectos que têm de constar do diploma legal, sem embargo de regulamentação, nomeadamente:
  - a) Identificação da responsabilidade civil (contratual, extracontratual);

- b) Identificação da responsabilidade civil com culpa (subjectiva) ou sem culpa (objectiva);
  - c) Menção à cobertura de actos dolosos, sendo esse o caso, e se, por motivos excepcionais, justificados, diferentemente da regra geral, o segurador não goza de direito de regresso;
  - d) Âmbito da cobertura (danos patrimoniais, não patrimoniais, lucros cessantes, etc.);
  - e) Identificação do capital seguro (global e parcial) ou expressa indicação de que o valor do capital será fixado por portaria regulamentar;
  - f) Previsão das exclusões de responsabilidade ou expressa indicação de que as exclusões são determinadas em portaria regulamentar;
  - g) Previsão de franquia ou expressa indicação de que a franquia constará de previsão em portaria regulamentar;
  - h) Previsão de um regime de controlo de existência de seguro de responsabilidade civil, sujeito a subsequente regulamentação;
9. A lei que institui um seguro obrigatório deve indicar o prazo em que a respectiva regulamentação deve ser publicada, não devendo o prazo exceder seis meses;
10. Na regulamentação dever-se-á atender:
- a) Concretização da cobertura, definida na lei, especificando os danos que estão cobertos;
  - b) Na sequência do que vem indicado na alínea anterior, a identificação de aspectos relevantes da cobertura, p. ex., se na lei se prevê a cobertura de lucros cessantes, pode especificar-se que tipo de lucros cessantes;
  - c) Na identificação mencionada em b), dever-se-á, na medida do possível, definir o sentido de conceitos utilizados, v. g., se abrange danos indirectos, importa definir em que sentido;
  - d) Os conceitos utilizados na identificação de aspectos relevantes da cobertura devem ser os usuais, mormente constantes da legislação civil, evitando-se a tradução de conceitos estrangeiros não sedimentados na ciência jurídica portuguesa;
  - e) A regulamentação, ainda que pormenorizada quando se justifique, tem de ser meramente concretizadora dos termos constantes da lei habilitadora, sem carácter inovador;



- f) Da regulamentação deverá constar expressa menção às exclusões de responsabilidade, referidas na lei habilitante, identificando-as;
  - g) Dependendo do tipo de seguro e da cobertura, nomeadamente se abrange actos dolosos, justifica-se a regulamentação – ainda que por remissão para o regime comum – do regime do direito de regresso;
  - h) Na sequência da previsão genérica constante da lei habilitante, deverá ser feita a identificação, consoante as circunstâncias, do capital mínimo ou máximo, determinando igualmente o capital por sinistro, por lesado ou por anuidade;
  - i) Na sequência da previsão genérica constante da lei habilitante, deverá ser feita a identificação da admissibilidade e dos termos da franquia;
  - j) Da regulamentação podem ainda constar meios de incentivar boas práticas, de modo a evitar o acidente, nomeadamente mediante agravamento ou bónus no prémio;
11. A regulamentação não pode ser criativa, introduzindo regras que não decorram do regime legal habilitante.

# Os Deveres dos Administradores das Sociedades Comerciais

## Rui Pinto Duarte

Professor Catedrático Convidado  
Escola de Lisboa da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa

---

### SUMÁRIO

1. Considerações gerais
  2. Elenco de deveres concretos no CSC
    - 2.1. Deveres de zelar pelo cumprimento dos deveres da sociedade e pelo exercício dos direitos da sociedade
    - 2.2. Deveres expressamente previstos na lei
  3. Os deveres gerais
    - 3.1. Notas gerais
    - 3.2. O dever de cuidado e a *business judgment rule*
    - 3.3. O dever de lealdade
  4. O dever de gestão e a responsabilidade por «má gestão»
  5. Os deveres e a responsabilidade dos administradores não executivos
- Bibliografia

## 1. Considerações gerais

A imposição pela lei de deveres aos administradores (adiante «administradores», num sentido amplo, abrangendo os titulares dos órgãos de administração dos vários tipos de sociedades) de «sociedades de responsabilidade limitada» é tão antiga quanto a regulação das mesmas.

Alguns dos deveres legais dos administradores surgem expressamente referidos nas leis. Outros resultam de regras que se referem à responsabilidade dos administradores, pressupondo deveres não consagrados expressamente, e outros ainda da recondução da relação de administração a figuras jurídicas a que sejam inerentes deveres (classicamente ao mandato).

As tentativas de ordenação dos deveres dos administradores que conheço não me parecem muito úteis para a exposição dos regimes atuais, nomeadamente do português. Valha como exemplo a apresentada – há já muitos anos – por Paul Pic e Jean Kréher<sup>1</sup> consistente em dividi-los nos seguintes três grupos: «gérer en bon père de famille», «rendre compte de leur gestion» e «se conformer aux multiples prescriptions légales ayant pour objectif commun la sauvegarde du patrimoine social».

Para dar um panorama dos deveres em causa, julgo vantajoso arrancar da constatação de que eles surgem em vários patamares de generalidade (ou de concretização, como se preferir): uns são deveres bastante determinados (por exemplo, o dever de elaborar o relatório de gestão, as contas de exercício e os demais documentos de prestação de contas) e outros têm conteúdos pouco determinados (por exemplo, o dever de diligência e o dever de lealdade). Os deveres do segundo tipo, muitas vezes, não são deveres autónomos, mas meros parâmetros do cumprimento dos primeiros.

Por comodidade de exposição, embora a terminologia não seja perfeita, designarei, seguindo outros autores, os deveres do primeiro tipo *deveres concretos ou específicos* e os do segundo tipo *deveres gerais*.

No centro dos deveres dos administradores situa-se o dever de gestão<sup>2</sup> (em sentido estrito), que tem características dos deveres concretos e dos deveres gerais: por um lado, tem por conteúdo prestações (no sentido de comportamentos), não sendo um parâmetro do cumprimento de outros deveres; por outro lado, tem um conteúdo altamente indeterminado, até por ser uma «obrigação de meios» e não uma «obrigação de resultado».

---

1 (1948), pp. 541 e ss.

2 Também designado «dever de administração».

Adiante abordarei esse dever mais detidamente, limitando-me, por agora, a expressar o entendimento de que o conteúdo do dever de gestão (em tal sentido estrito) consiste (apenas) no dever de promover a atividade da sociedade na medida em que a mesma não esteja determinada pela lei, pelos estatutos ou por atos anteriores da sociedade – não entrando, pois, nele o cumprimento de outros deveres legais, estatutários ou contratuais.

Sobre os conteúdos dos deveres, há ainda a chamar a atenção para que os mesmos são também concretizados pelas deliberações do órgão de administração, designadamente as que, nos termos do art. 407 do Código das Sociedades Comerciais (aplicável às sociedades anónimas de modelo «clássico» e de modelo «anglo-americano»), atribuem pelouros ou deleguem poderes – sendo de adiantar que, como também adiante mais detidamente abordarei, os deveres dos chamados «administradores não executivos» são parcialmente diversos dos deveres dos chamados «administradores executivos».

Por outro lado, cabe esclarecer que os administradores não têm deveres apenas para com as sociedades, mas também para com os credores, os sócios e outros terceiros – como resulta claramente do modo como o Código das Sociedades Comerciais (adiante «CSC») organiza as regras sobre responsabilidade dos administradores, a saber:

- Responsabilidade para com a sociedade (arts. 72 a 77);
- Responsabilidade para com os credores (art. 78);
- Responsabilidade para com os sócios e (outros) terceiros (art. 79).

É de sublinhar que esse modo de organização não resulta sobretudo de uma preocupação classificatória, mas sim de os pressupostos da responsabilidade dos administradores (incluindo os deveres cuja violação é pressuposta) não serem iguais nas três situações-tipo, como veremos. Por outras palavras: os administradores têm deveres (desiguais) para com a sociedade, para com os credores e para com os sócios e (outros) terceiros.

Vale ainda a pena fazer referência ao facto de os deveres dos administradores serem, por influência anglo-americana, frequentemente qualificados como fiduciários, para traduzir a ideia de que os bens cuja gestão lhes cabe são alheios e de que essa incumbência é pautada pelo dever de prossecução dos interesses de quem lhes confia a gestão dos seus bens, à semelhança do que sucede nos *trusts*<sup>3</sup> – acrescentando à qualificação a ideia de que «fiduciary duties are at the heart of corporate law»<sup>4</sup>. Essa nota ficaria, porém, incompleta se não

---

3 Citando um livro muito divulgado, «These duties are generally referred to as “fiduciary duties”, and directors are sometimes referred to as “fiduciaries” and their duties are analogized to those of a trustee of a trust» [ROBERT W. HAMILTON (2000), p. 444].

4 CLAIRE A. HILL e BRETT H. McDONNELL, a abrir o capítulo de que são autores em obra coletiva de que são *editors* (2012), p. 133.

fosse acompanhada de que, em contraponto, no espaço anglo-americano, é bem compreendido que a tarefa de administrar implica correr riscos. Na síntese de Ben Pettet:

«The law looks at a director's functions from two angles. He is entrepreneur and he is trustee. He must therefore take risks to make gain but subject to that he must conserve the company's property which is in his hands. The result in legal terms is a blend of judicial attitudes which looks too lax on the one hand, and too strict on the other. At 'common law' a director as entrepreneur must exhibit a surprisingly low degree of care and skill. But as trustee he owes extensive fiduciary duties, their severity deriving from the attitude of the Courts of Chancery (or 'Equity') to trustees in the strict sense.»<sup>5</sup>

Aproveito para, enquadrando o que escreverei adiante, sublinhar que dizer isto é o mesmo que notar, como certos autores fazem<sup>6</sup>, que alguns dos deveres dos administradores são conflitantes entre si: desenvolver negócios, por um lado, e tentar proteger os interesses de todos os *stakeholders* e ser minucioso no cumprimento de todas as regras, por outro lado, é quase como fazer habilidades circenses com ovos...

Finalmente, esclareço que tenho em vista os deveres a que estão vinculados os administradores da generalidade das sociedades comerciais, sem ter em consideração os deveres adicionais que respeitam a subtipos de sociedades, como é caso das sociedades abertas, em especial das sociedades emittentes de ações admitidas à negociação em mercado regulamentado.

## 2. Elenco de deveres concretos no CSC

Não é viável – pelo menos, num texto com a dimensão deste – fazer um elenco exaustivo dos deveres concretos, mas vale a pena enunciar alguns dos que surgem no CSC.

---

5 (1996), n.º 291, p. 163.

6 V., por exemplo, GÜNTHER H. ROTH e PETER KINDLER (2013), p. 98.

## 2.1. Deveres de zelar pelo cumprimento dos deveres da sociedade e pelo exercício dos direitos da sociedade

Antes de mais, parecem-me de referir o dever de zelar pelo cumprimento pela sociedade dos seus deveres, legais ou contratuais, e o dever de zelar pelo exercício pela sociedade dos seus direitos, legais ou contratuais<sup>7</sup>.

Tais deveres não estão expressamente consagrados com generalidade<sup>8</sup>, mas resultam da natureza da função de administração, que, na visão largamente dominante da doutrina portuguesa, é o exercício de poderes-deveres atribuídos a um órgão<sup>9</sup>. Competindo ao órgão de administração representar a sociedade, é a ele que compete cumprir os deveres e exercer os direitos da sociedade – o que é levado a cabo pelos titulares do órgão, sendo tal tarefa um dever funcional.

## 2.2. Deveres expressamente previstos na lei

Eis alguns exemplos de deveres expressamente previstos na lei:

- Dever de participar nas reuniões do órgão de administração (arts. 410 e 393, n.º 1);
- Dever de elaborar o relatório de gestão, as contas de exercício e os demais documentos de prestação de contas (art. 65)<sup>10</sup>;
- Dever de apresentar os documentos de prestação de contas ao órgão de fiscalização e ao revisor oficial de contas (arts. 65, n.º 1, 451, n.º 1, e 453, n.º 1);
- Dever de não concorrência (art. 254 e 398, n.ºs 3 a 5);
- Dever de convocar (os gerentes) a assembleia geral ou de requerer (os administradores das sociedades anónimas) a sua convocação, a fim de nela

7 Sobre a existência de um «dever de legalidade», v. MANUEL CARNEIRO DA FRADA (2012), pp. 65 e ss., e (2016), pp. 17 e ss.

8 Há, porém, casos em que a lei é explícita. Sirva de exemplo o art. 19 do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, que determina «a iniciativa da apresentação à insolvência [das pessoas coletivas em situação fáctica de insolvência, às quais o art. 18 do mesmo diploma impõe o dever de requerer a declaração judicial de insolvência] cabe ao órgão social incumbido da sua administração, ou, se não for o caso, a qualquer um dos seus administradores».

9 Na referida visão largamente dominante da doutrina portuguesa atual, os administradores são titulares de órgãos e é nessa medida que (podem e) devem exercer os poderes que a lei atribui aos órgãos – v., entre muitos, PEDRO CAETANO NUNES (2001), pp. 131 e ss. (Autor que recusa a existência de órgão em situações de atuação singular ou conjunta, mas reconhece que mesmo nesses casos a atuação se dá ao abrigo de poderes de representação orgânica), e JOSÉ FERREIRA GOMES (2015), pp. 697 e ss.

10 É de frisar que este dever se desenvolve numa miríade de outros, relativos ao tratamento da informação em causa.

serem informados os sócios da situação e de estes poderem tomar as medidas julgadas convenientes, sempre que das contas de exercício ou de contas intercalares resultar que metade do capital social se encontra perdido, ou havendo em qualquer momento fundadas razões para admitir que essa perda se verifica (art. 35, n.º 1);

- Dever de não executar deliberações dos sócios que determinem distribuições de bens em violação de regras legais (art. 31, n.ºs 2 a 4);
- Dever de praticar os atos necessários à dar plena eficácia das deliberações de alteração dos estatutos, no caso de tal eficácia implicar a outorga de outro documento além da ata da deliberação (art. 85, n.º 5);
- Dever de, uma vez deliberada uma fusão, inscrevê-la no registo comercial, após o decurso do prazo previsto no artigo 101-A ou, no caso de ter sido deduzida oposição à fusão, após se ter verificado algum dos factos referidos no n.º 1 do artigo 101-B (art. 111);
- Dever de estar presente nas reuniões da assembleia geral (art. 379, n.º 4);
- Nas sociedades anónimas, dever de não efetuar negócios com a sociedade, salvo com observância de regras de controlo ou em casos de evidente ausência de conflito de interesses (art. 397);
- Nas sociedades anónimas, dever de prestar informação à sociedade sobre a titularidade de ações e de obrigações da sociedade e sobre negócios que tenham por objeto ações e obrigações da sociedade e de sociedades com as quais ela esteja em relação de domínio ou de grupo, devendo a informação abranger ações e obrigações de certas pessoas especialmente relacionadas com o administrador (art. 447);
- Nas sociedades anónimas, dever de não usar o conhecimento de factos relativos à sociedade aos quais não tenha sido dada publicidade e sejam suscetíveis de influenciar o valor dos títulos por ela emitidos para adquirir ou alienar ações ou obrigações da sociedade ou de outra que com ela esteja em relação de domínio ou de grupo (art. 449, n.º 1);
- Nas sociedades anónimas, dever de guardar segredo sobre factos relativos à sociedade aos quais não tenha sido dada publicidade e sejam suscetíveis de influenciar o valor de ações ou obrigações emitidas por ela ou por outra que com ela esteja em relação de domínio ou de grupo (art. 449, n.º 2);
- Nas sociedades anónimas, dever de caucionar o exercício das funções – salvo quanto aos administradores não executivos não remunerados (art. 396)<sup>11</sup>.

---

11 Para outro elenco, v. o que escreve RICARDO COSTA, in RICARDO COSTA e GABRIELA FIGUEIREDO DIAS (2017), pp. 768 a 770.

### 3. Os deveres gerais<sup>12</sup>

#### 3.1. Notas gerais

No CSC, o artigo mais relevante quanto aos deveres gerais dos administradores é o 64 (cuja epígrafe é «deveres fundamentais»), que, desde 2006<sup>13</sup>, dispõe, no seu n.º 1:

«Os gerentes ou administradores da sociedade devem observar:

a) Deveres de cuidado, revelando a disponibilidade, a competência técnica e o conhecimento da atividade da sociedade adequados às suas funções e empregando nesse âmbito a diligência de um gestor criterioso e ordenado; e

b) Deveres de lealdade, no interesse da sociedade, atendendo aos interesses de longo prazo dos sócios e ponderando os interesses dos outros sujeitos relevantes para a sustentabilidade da sociedade, tais como os seus trabalhadores, clientes e credores.»<sup>14</sup>

Até ao diploma de 2006 que lhe deu tal redação, o art. 64 do CSC dispunha:

*«Os gerentes, administradores ou diretores de uma sociedade devem atuar com a diligência de um gestor criterioso e ordenado, no interesse da sociedade, tendo em conta os interesses dos sócios e dos trabalhadores.»<sup>15</sup>*

---

12 Neste número e nos seguintes, utilizo, com modificações, alguns passos do que escrevi no meu texto «A Responsabilidade Civil dos Administradores das Sociedades Desportivas», inserido na obra coletiva *Direito do Desporto* (coordenador José Manuel Meirim), Lisboa, Universidade Católica Editora, 2017, pp. 47 e ss. Friso, porém, que o que agora escrevo é distinto do que então escrevi, pois, embora os problemas abordados sejam em parte os mesmos, as perspetivas por que o são divergem: agora, a dos deveres, então a da responsabilidade.

13 Na redação inicial, o art. 64 só regulava a atuação dos administradores e tinha a epígrafe «dever de diligência». Desde o Dec.-Lei 76-A/2006, de 29 de março, o artigo passou a ter a epígrafe referida no texto e regula no n.º 1 a atuação dos administradores e no n.º 2 a dos titulares de órgãos sociais com funções de fiscalização.

14 Por facilidade de escrita e para facilidade de leitura, atualizo a grafia de todos os textos legais (e demais trechos dos jornais oficiais) que cito.

15 A palavra «diretores» designava então os membros do órgão de administração das sociedades anónimas do «modelo germânico».



Antes do CSC vigorava o Dec.-Lei 49.381, de 15 de novembro de 1969<sup>16</sup>, cujo art. 17, n.º 1, estabelecia:

«Os administradores da sociedade são obrigados a empregar a diligência de um gestor criterioso e ordenado.»

Se mais se recuar – indo até à lei de 22 de junho de 1867, que permitiu a constituição de sociedades anónimas sem autorização estatal – encontrar-se-ão outros preceitos que permitiam sustentar a existência de deveres gerais dos administradores.

O citado n.º 1 do art. 17 do Dec.-Lei 49.381, de 15 de novembro de 1969, inspirou-se na lei alemã sobre sociedades por ações<sup>17</sup>, que estabelecia<sup>18</sup> que os membros da direção<sup>19</sup> têm, na gestão, de empregar o cuidado (ou diligência<sup>20</sup>) de um gestor ordenado e consciencioso<sup>21</sup>.

A versão primitiva do art. 64 do CSC manteve tal inspiração, tendo acrescentado a referência de que a atuação dos administradores deve orientar-se pelo «interesse da sociedade, tendo em conta os interesses dos sócios e dos trabalhadores» – visando receber parte do que constava do n.º 2 do art. 10 a) da proposta de 5.ª diretiva em matéria de sociedades de 1983<sup>22</sup>, nunca apro-

---

16 O *Diário do Governo* sumariou o Dec.-Lei 49.381, de 15 de novembro de 1969 com as seguintes palavras: «Promulga o regime jurídico de fiscalização das sociedades anónimas». No entanto, o diploma também alterou o regime de responsabilidade dos administradores, dedicando à matéria preceitos inseridos na sua secção I, intitulada «responsabilidade dos administradores», do seu capítulo II, intitulado «responsabilidade civil».

17 A inspiração ficou espelhada no estudo preparatório do diploma em causa e no comentário ao mesmo da autoria de RAÚL VENTURA e LUIS BRITO CORREIA (1970) – v., em especial, pp. 97 e 411.

18 No n.º 1 do § 93 da lei sobre sociedades por ações de 1965 (*Aktiengesetz*), que entretanto foi modificado, mas continua a começar pela proposição em causa – sendo de notar que já a lei sobre sociedades por ações de 1937 continha uma tal proposição e que a lei das sociedades por quotas (usando a terminologia portuguesa) de 1892 determinava (e determina) que os gerentes de empregar nos assuntos da sociedade o cuidado (ou diligência) de um homem de negócios ordenado («Die Geschäftsführer haben in den Angelegenheiten der Gesellschaft die Sorgfalt eines ordentlich Geschäftsmannes anzuwenden»). Sobre a evolução do direito alemão na matéria em causa, na literatura portuguesa, v. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO (2006), pp. 448 e ss.

19 Usando a palavra que a versão primitiva do CSC usava para designar o órgão de administração das sociedades anónimas de «modelo germânico» (desde 2006 denominado «conselho de administração executivo»).

20 Sobre a tradução de *Sorgfalt* por diligência, v. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO (2006), p. 448.

21 «Die Vorstandsmitglieder haben bei ihrer Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden».

22 Mais exatamente, na versão francesa: «Tous les membres des organes de direction et de surveillance exercent leurs fonctions dans l'intérêt de la société, compte tenu des intérêts des actionnaires et des travailleurs» (v. o *Jornal Oficial das Comunidades Europeias* n.º C 240, de 9.9.83, p. 12).

vada<sup>23</sup>. A definição de «interesse da sociedade» e a do modo de ter «em conta os interesses dos sócios e dos trabalhadores» nessa definição deu origem a divergências, opondo leituras «institucionalistas» a leituras «contratualistas»<sup>24</sup>.

O texto atual somou ao que vinha de trás conceitos e terminologia originária dos EUA, cuja literatura refere quase uniformemente que os administradores estão vinculados a um *duty of care* – compreendendo vários subdeveres<sup>25</sup> – e a um *duty of loyalty* ou *of fair dealing*<sup>26</sup>. No entanto, a meu ver, os aditamentos nada acrescentaram: o correspondente na linguagem jurídica portuguesa à expressão inglesa «*duty of care*» é «dever de diligência», o que significa haver redundância entre os deveres de cuidado e o dever de empregar a diligência de um gestor criterioso e ordenado<sup>27</sup>; no padrão de gestor criterioso (consciencioso), obrigado a orientar-se pelos interesses da sociedade<sup>28</sup>, não poderia deixar de se incluir o dever de lealdade<sup>29</sup>.

De resto, o legislador deixou intocados outros dois preceitos em que recorria e recorre à expressão «diligência de um gestor criterioso e ordenado» para definir o padrão do comportamento exigível a gestores: o art. 114, n.º 1, do CSC (sobre fusão de sociedades) e o art. 26, n.º 1, alínea a) do Dec.-Lei 231/81, de 28 de julho (sobre associação em participação).

Em todo o caso, atualmente, o modo talvez mais consensual de enunciar os deveres gerais em causa é referi-los como «dever de cuidado» e como «dever de lealdade».

Mais algumas palavras são obrigatórias acerca de cada um deles.

---

23 Sobre as propostas de 5.ª Diretiva, v. RUI PINTO DUARTE (2008), pp. 195 e 196.

24 Sobre o «institucionalismo» e «contratualismo» no Direito das Sociedades, v. RUI PINTO DUARTE (2008), pp. 53 e ss. Sobre essas correntes e as divergências na definição de «interesse da sociedade» e no modo de ter «em conta os interesses dos sócios e dos trabalhadores» nessa definição, v. PEDRO PAIS DE VASCONCELOS (2006), pp. 315 e ss.

25 Numa das formulações mais citadas, o *duty to monitor or oversee*, o *duty of inquiry*, o *duty to employ a reasonable decisionmaking process* e o *duty to make treasonable decisions* – v., por exemplo, MELVIN A. EISENBERG (1989), em especial p. 948.

26 V., como exemplo, ROBERT W. HAMILTON (2000), p. 444. Na literatura portuguesa que expõe a americana, v., por exemplo, PEDRO CAETANO NUNES (2001), pp. 19 e ss., e (2012), pp. 248 e ss., e BRUNO FERREIRA (2009), pp. 684 e ss.

27 Substancialmente neste sentido, v. JOSÉ FERREIRA GOMES (2015), p. 770. Em (2016), p. 462, o Autor escreve que os «deveres de cuidado» do art. 64 são «concretizações em *tipos intermédios* entre a proposição mais geral, *i.e.*, a obrigação de diligente administração/fiscalização, e a norma de conduta no caso concreto» (itálico no original).

28 Como sublinhou J. M. COUTINHO DE ABREU (2007), pp. 18 e 19.

29 Em livro dedicado à comparação do direito das sociedades na Alemanha, no Reino Unido e nos Estados Unidos da América, ANDREAS CAHN e DAVID C. DONALD (2010), p. 332, escrevem: «Each of the jurisdictions requires that managers act in accordance with the standard of due care (“duty of care” or *Sorgpflicht*) and loyally (duty of loyalty” or *Treupflicht*)». Para uma síntese das formulações do (omnipresente) *due care principle* dos administradores em vários direitos, v. THEIS KLAUSBERG (2013), p. 58.

### 3.2. O dever de cuidado e a *business judgment rule*

Com relevo para a concretização do dever de cuidado (mas também para a concretização dos demais deveres), a reforma do CSC de 2006 introduziu no art. 72 um novo n.º 2, do seguinte teor:

«A responsabilidade [dos administradores para com a sociedade] é excluída se alguma das pessoas referidas no número anterior provar que atuou em termos informados, livre de qualquer interesse pessoal e segundo critérios de racionalidade empresarial».

Com tal preceito, terá o legislador procurado transpor para o direito português o que nos EUA é conhecido como «*business judgment rule*», ou seja, a regra segundo a qual as decisões dos administradores, no espaço da discricionariedade da gestão, se presumem corretas, cabendo a quem queira responsabilizá-los pelas consequências das mesmas provar que elas violaram algum dos deveres a que os administradores estão obrigados<sup>30</sup>.

A transposição em causa terá sido, de resto, complementar da consagração das ideias ínsitas na fórmula «deveres de cuidado» (e, menos acentuadamente, na fórmula «deveres de lealdade»), pois no direito dos EUA é a *business judgment rule* que serve de travão à fácil responsabilização dos administradores com fundamento na violação do *duty of care*.

Adiante, a propósito da concretização do dever de gestão, retomarei a análise do sentido da consagração portuguesa da *business judgment rule*.

---

30 Na formulação do juiz Moore, no caso *Aronson v. Lewis*, julgado pelo *Supreme Court of Delaware*, em 1984: «The business judgment rule (...) is a presumption that in making a business decision the directors of a corporation acted on an informed basis, in good faith and in the honest belief that the action taken was in the best interests of the company. (...) Absent an abuse of discretion, that judgment will be respected by the courts. The burden is on the party challenging the decision to establish facts rebutting the presumption.» – v. <http://law.justia.com/cases/delaware/supreme-court/1984/473-a-2d-805-4.html>. [sobre o alcance de tal caso, v., por exemplo, MICHELE M. SCHAEFFER (1985), pp. 167 e ss., e DAVID A. SKEEL JR. (2007), em especial pp. 27 e ss. Na formulação de ROBERT W. HAMILTON (2000), p. 453: «Decisions made by the board of directors upon reasonable information and with some rationality do not give rise to directorial liability even if they turn out badly or disastrously from the standpoint of the corporation». Numa das explicitações que fazem do alcance da regra, ROBERT A. G. MONKS e NELL MINOW (2011, p. 268) escrevem que «Unless a decision made by directors and managers is clearly self-dealing or negligent, the court will not challenge it, whether or not it was a “good” decision in light of subsequent developments».

### 3.3. O dever de lealdade

Antes disso, porém, há que dedicar mais alguma atenção ao dever de lealdade<sup>31</sup>.

Em primeiro lugar, manifesto a posição de que não há vantagem em procurar radicar o dever em causa num qualquer princípio, nomeadamente no princípio da confiança<sup>32</sup>. Lealdade (*fairness*) significa honestidade, probidade e correção, sendo algo de diverso de confiança, pois esta tem uma forte dimensão subjetiva, ligada à ideia de expectativa (clara na expressão «frustrar a confiança»)<sup>33</sup>, ausente ou muito menos presente na ideia de lealdade. Os juízos sobre a honestidade, a probidade ou a correção de comportamentos (de gestão) podem ser feitos independentemente de averiguações sobre as expectativas de interessados, o que não acontece com os juízos sobre o respeito pela confiança.

Em segundo lugar, julgo que deve ser sublinhado que há deveres específicos que parecem ser manifestações de um dever de lealdade dos administradores para com a sociedade. Serão os casos, já referidos, de:

- Dever de não concorrência (arts. 254 e 398, n.ºs 3 a 5);
- Nas sociedades anónimas, dever de não efetuar negócios com a sociedade, salvo com observância de regras de controlo ou em casos de evidente ausência de conflito de interesses (art. 397);
- Nas sociedades anónimas, dever de prestar informação à sociedade sobre a titularidade de ações e de obrigações da sociedade e sobre negócios que tenham por objeto ações e obrigações da sociedade e de sociedades com as quais ela esteja em relação de domínio ou de grupo, devendo a informação abranger ações e obrigações de certas pessoas especialmente relacionadas com o administrador (art. 447);
- Nas sociedades anónimas, dever de não usar o conhecimento de factos relativos à sociedade aos quais não tenha sido dada publicidade e sejam suscetíveis de influenciar o valor dos títulos por ela emitidos para adquirir ou alienar ações ou obrigações da sociedade ou de outra que com ela esteja em relação de domínio ou de grupo (art. 449, n.º 1);

---

31 Sobre o dever de lealdade em geral, v. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO (2006 b), pp. 1033 e ss., e ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA (2012), *passim*, em especial pp. 241 e ss.

32 Como fez o Supremo Tribunal de Justiça em acórdãos de 30.9.2014 ([www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), processo 1195/08.0TYLSB.L1.S1) e 26.9.2017 ([www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), processo 178/11.8T2AVR.P1.S2).

33 Sobre a ideia de confiança e o modo de ela relevar juridicamente, v. MANUEL CARNEIRO DA FRADA (2004) – cujo pensamento me parece demonstrar o que escrevo sobre a dimensão subjetiva do conceito, ligada à ideia de expectativa (v., em especial as páginas iniciais, as finais e 369 e ss.).

- Nas sociedades anónimas, dever de guardar segredo sobre factos relativos à sociedade aos quais não tenha sido dada publicidade e sejam suscetíveis de influenciar o valor dos títulos emitidos por ela ou por outra que com ela esteja em relação de domínio ou de grupo (art. 449, n.º 2).

Passando ao teor da parte relevante do n.º 1 do art. 64, parece de enfatizar que:

- O dever de lealdade é definido primacialmente pelo interesse da sociedade;
- No entanto, nessa definição têm de ser atendidos os interesses de longo prazo dos sócios e ponderados os interesses dos outros sujeitos relevantes para a sustentabilidade da sociedade, tais como os seus trabalhadores, clientes e credores.

A meu ver, as referências aos interesses de longo prazo dos sócios e aos interesses dos outros sujeitos relevantes para a sustentabilidade não são «disposições legais destinadas a proteger interesses alheios» para efeitos do n.º 1 do art. 483 do Código Civil (adiante «CC»), isto é, disposições cuja violação origine responsabilidade civil. São, antes, meros elementos a ter em conta na definição do interesse da sociedade, devendo a consideração que prestam aos interesses em causa ser tida como proteção meramente reflexa e, portanto, não relevante para efeitos do n.º 1 do art. 483 do CC<sup>34</sup>.

O mesmo é afirmar, noutra perspetiva, que tais referências não são, só por si, fontes de deveres para os administradores para com os sócios e os «outros sujeitos relevantes» – o que, porém, não significa que os administradores não tenham deveres para com os sócios e os «outros sujeitos relevantes» provenientes de outras normas ou que não existam normas que se destinem a proteger diretamente tais círculos de *stakeholders*. Que tais deveres e tais normas existem resulta do n.º 1 do art. 78 e do n.º 1 do art. 79, que preveem a responsabilidade dos administradores, respetivamente, para com os credores sociais e para com os sócios e (outros) terceiros.

Em conclusão: o n.º 1 do art. 64 só impõe aos administradores um dever de lealdade para com a sociedade, não também para com os sócios e os «outros

---

34 Há que lembrar que, à luz do n.º 1 do art. 483 do CC, não é qualquer ato ilegal que provoque prejuízos a terceiros que acarreta que o seu autor fique constituído na obrigação de indemnizar esses prejuízos. Só são relevantes atos violadores de regras destinadas a proteger um certo círculo de pessoas (as titulares dos interesses a cuja proteção as regras se destinem) no qual o lesado se situe. Na formulação de ANTUNES VARELA (1996), p. 559, inspirada em Josef Esser, é necessário «Que o dano se tenha registado no círculo de interesses privados que a lei visa tutelar». Na formulação de RIBEIRO DE FARIA (1990), p. 419, também influenciada pela literatura alemã, no caso de «interesses “reflexamente” protegidos», «não há qualquer direito a indemnização por parte dos particulares “*uti singuli*”». Para uma síntese da doutrina e da jurisprudência acerca da responsabilidade fundada na violação de disposições legais destinadas a proteger interesses alheios, v. ADELAIDE MENEZES LEITÃO (2009), pp. 246 e ss. Sobre a origem do segmento do n.º 1 do art. 483 do CC que considera como fonte de responsabilidade a violação de «qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios», v. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, (2010), pp. 448 e ss.

sujeitos relevantes», embora os interesses de tais *stakeholders* tenham de ser tidos em conta na definição do interesse da sociedade.

Esclarecida a questão (de saber a quem é devida lealdade), há que dizer que a doutrina portuguesa quase limita os casos de projeção do dever de lealdade (além dos deveres específicos que acima apontados como manifestações do mesmo) ao dever de aproveitar as oportunidades de negócio em benefício da sociedade (e não em benefício próprio). No entanto, é claro que a natureza aberta do dever em causa possibilita a sua aplicação a outras situações<sup>35</sup>.

#### 4. O dever de gestão e a responsabilidade por «má gestão»

Como ficou atrás referido, os administradores têm o dever de gerir<sup>36</sup> – entenda-se, o dever de promover as atividades da sociedade, não se limitando ao cumprimento de outros deveres ou ao exercício de direitos.

A matéria é normalmente vista pelo prisma da patologia, ou seja, o das consequências da «má gestão», isto é, o prisma da responsabilidade.

No entanto, há que começar por caracterizar o dever em causa, pois os pressupostos da responsabilidade dependem dos tipos de deveres.

A primeira nota de tal caracterização é a de que a gestão implica discricionariedade – se se quiser discricionariedade empresarial, para traduzir à letra a expressão alemã *unternehmerisches Ermessen*<sup>37</sup>, que equivale à *business judgment rule*.

É claro que o exercício dessa discricionariedade é pautado pelos deveres gerais consagrados no art. 64. Repisando o que atrás consta, ao cumprir o dever de gestão, os administradores têm, em consequência, de observar:

- Um dever geral de cuidado – o que passa por ter disponibilidade, competência técnica e conhecimento da atividade da sociedade adequados às suas funções e por empregar o grau de diligência de um «gestor criterioso e ordenado»; e
- Um dever geral de lealdade – a concretizar em função, em primeiro lugar, do interesse da sociedade, mas em cuja definição também há que atender aos interesses de longo prazo dos sócios e ponderar os interesses

35 Sobre os casos de projeção do dever de lealdade dos administradores no direito português, v., entre outros, J. M. COUTINHO DE ABREU (2007), pp. 22 e ss., NUNO TIAGO TRIGO DOS REIS, (2009), pp. 369 e ss., SÓNIA DAS NEVES SERAFIM (2011), pp. 575 e ss., PEDRO CAETANO NUNES (2012), pp. 181 e ss., MARISA LARGUINHO (2013), pp. 187 e ss., MAFALDA DOS SANTOS MONDIM (2013), pp. 69 e ss., A. BARRETO MENEZES CORDEIRO (2014), pp. 281 e ss., HUGO LUZ DOS SANTOS (2015), pp. 146 e ss. e (2016), pp. 906 e 907.

36 Sobre o dever de gestão dos administradores, v. BRUNO FERREIRA (2009), pp. 707 e ss., PEDRO CAETANO NUNES (2012), em especial pp. 469 e ss., e DIOGO COSTA GONÇALVES (2015), pp. 855 e ss.

37 Sobre o conceito, julgo avultar ANDREA LOHSE (2005).

dos outros sujeitos relevantes para a sustentabilidade da sociedade, tais como os seus trabalhadores, clientes e credores.

No entanto, a meu ver, o ponto determinante da caracterização do dever de gestão é a sua qualificação como «obrigação de meios», no sentido em que este conceito se opõe ao de «obrigação de resultado», conceitos esses que se podem resumir nas seguintes palavras de um Autor que muito pensou sobre a matéria: «Nas primeiras o devedor deve um resultado, comprometendo-se por um objectivo e na prossecução deste se encontra satisfeito o interesse do credor. Nas segundas, o devedor deve tão simplesmente o grau de diligência necessário e exigível para a realização da prestação»<sup>38</sup>.

O critério e o alcance da distinção são polémicos<sup>39</sup>, mas não só julgo que a mesma tem valor descritivo e interpretativo, como me atrevo a pensar (correndo o risco inerente às generalizações baseadas em casos que não esgotam o universo considerado) que a regra do CC que determina que «Incumbe ao devedor provar que a falta de cumprimento ou o cumprimento defeituoso da obrigação não procede de culpa sua» (art. 799, n.º 1) *não pode* ser aplicada às obrigações de meios («não pode» significa, que, mesmo que se queira, não se consegue...), pois nelas não é possível separar a ilicitude objetiva da culpa – o mesmo é dizer, não é possível separar a alegação e a prova de uma e de outra. Uma petição inicial que vise a condenação de alguém a indemnizar danos por violação de uma obrigação de meios que não contenha alegações que permitam provar a culpa será inconcludente, porque também não terá alegações que permitam provar a ilicitude objetiva. Na verdade, na medida em que a obtenção de certo resultado não faz parte do conteúdo de tais obrigações, não é possível autonomizar a prova do comportamento da prova do emprego no mesmo da diligência devida, o que conduz a que o ónus da prova do facto constitutivo do direito do credor (que cabe ao credor, nomeadamente por força do art. 342, n.ºs 1 e 3 do CC) – ou seja, o incumprimento do devedor – abranja a própria falta de diligência do devedor.

Assim, no caso da obrigação de gerir, como, por exemplo, na obrigação contratual do médico de tratar, cabe àquele que imputa incumprimento ao prestador do serviço alegar e fazer a prova de que o seu comportamento não obedeceu à diligência exigível.

Permito-me notar que mesmo Carlos Ferreira de Almeida, crítico acérrimo da relevância da distinção entre obrigações de resultado e obrigações de meios, que sustenta que a arrumação da obrigação contratual de prestação de serviço

---

38 JORGE LEITE AREIAS RIBEIRO DE FARIA (2009), p. 202.

39 Para uma síntese da polémica, v. RICARDO LUCAS RIBEIRO, *Obrigações de Meios e Obrigações de Resultado*, Coimbra Editora, 2010.

médico em tais categorias não é necessária nem satisfatória e que enfatiza que a qualificação da obrigação de tratamento como obrigação de meios não poderia alterar a repartição do ónus da prova resultante do art. 799, n.º 1 do CC, afirma que «Quem invoca tratamento defeituoso como fundamento de responsabilidade civil contratual tem de provar, além do prejuízo, a desconformidade (objectiva) entre os actos praticados e as *leges artis*...»<sup>40</sup> – o que é inteiramente consonante com a minha afirmação de que, no caso da obrigação de gerir como na obrigação contratual do médico de tratar, cabe àquele que imputa incumprimento ao prestador do serviço alegar e fazer a prova de que o seu comportamento não obedeceu à diligência exigível.

Contra o que acabo de escrever, argumentar-se-á com a parte final do n.º 1 do art. 72 do CSC, que estabelece:

«Os gerentes ou administradores respondem para com a sociedade pelos danos a esta causados por atos ou omissões praticados com preterição dos deveres legais ou contratuais, salvo se provarem que procederam sem culpa».

Creio, no entanto, que não é possível aplicar tal regra (a que atribui aos administradores o ónus de provarem que agiram sem culpa) a casos de responsabilidade fundada em má gestão, porque a própria «causação de danos» – a provar por quem alega ser lesado – envolve necessariamente um juízo sobre a diligência do administrador. Aquele que imputar esse comportamento a um administrador está forçado, pela natureza da imputação, a alegar e a provar factos que permitam afirmar a culpa do administrador.

Noutras poucas palavras (na minha opinião, que sei controversa), cabe àquele que pretenda responsabilizar administradores perante sociedades por atos de má gestão provar todos os pressupostos dessa responsabilidade, incluindo a falta de diligência dos administradores.

No juízo sobre a gestão, tem é claro papel relevante o atrás referido n.º 2 do art. 72 do CSC, que estabelece que a responsabilidade (dos administradores para com a sociedade) «é excluída se alguma das pessoas referidas no número anterior provar que atuou em termos informados, livre de qualquer interesse pessoal e segundo critérios de racionalidade empresarial.»

A volumosa discussão doutrinária que tal preceito originou demonstra, por um lado, que o mesmo ocupa lugar central na matéria da responsabilidade dos administradores e, por outro, que o modo por que o legislador o inseriu no CSC não foi feliz.

---

40 (1995), pp. 5 e ss., em especial pp. 17 e ss., constando as palavras transcritas da p. 20.



Há que resumir tal discussão e entrar, ainda que com poucas palavras, nela, mas, antes disso, convém lembrar os motivos que a CMVM – entidade que preparou a reforma do CSC de 2006 – apresentou para a inovação:

«Qualquer reforma legislativa actual sobre a posição jurídica do administrador deve implicar uma tomada de posição sobre a consagração da chamada *business judgement rule*, de inspiração norte-americana. Como é sabido, estabelece-se aí uma presunção de licitude da conduta em favor dos administradores. Desde que reunidos certos pressupostos, designadamente a ausência de conflito de interesses e um adequado esforço informativo, o juiz abster-se-á de aferir do mérito da actuação do administrador. Visa-se, assim potenciar (ou não restringir) o sentido empresarial e empreendedor de actuação dos administradores. Diga-se também que esta regra tem chamado crescentemente a atenção em reformas societárias realizadas em sistemas jurídicos do tipo continental. Designadamente, a *Aktiengesetz* alemã foi recentemente alterada, consagrando expressamente uma norma nesse sentido (§ 93 1 I). No âmbito da utilidade do seu aproveitamento para o ordenamento português, a apreciação da *business judgement rule* é diferente consoante consideremos a presunção de licitude ou a descrição dos elementos que servem para a sua ilisão. Quanto ao primeiro elemento, considera-se que a consagração no direito português de uma presunção de licitude da actuação do administrador implicaria uma fractura sistemática no nosso sistema de imputação de danos, com consequências práticas indesejáveis. Com efeito, deve dizer-se que o regime actualmente constante dos artigos 72º e seguintes do Código – onde pontua uma presunção de actuação culposa dos titulares do órgão de administração, em caso de dano provocado por ilícito que lhe seja imputável – está em coerência com o ordenamento geral da responsabilidade civil no ordenamento jurídico português, designadamente do constante do Código Civil. Em segundo lugar, não se verificam em Portugal os pressupostos que suscitaram a criação dessa regra nos Estados Unidos. Aqui ela serviu de freio ao excesso de litigância nesta sede – justamente, por esse motivo, quis-se preservar o espírito de iniciativa dos administradores no exercício do seu cargo. Ora, não se verifica em Portugal esse excesso de litigância, pelo que falta à partida esse pressuposto. Aliás, não existe tal excesso e, antes pelo contrário, existirá um défice de ocorrências jurisprudenciais

nesta área, significando um subaproveitamento dos dispositivos nacionais sobre reparação de danos causados por administradores. Nestes termos, a consagração de uma norma presuntiva da actuação lícita dos administradores correria o risco de agravar o já existente défice de sentenças condenatórias nesta matéria. De modo contrário deve ser valorada a densificação dos elementos relevantes para o afastamento da responsabilidade do administrador. A sua inclusão no art. 72.º enquadrar-se-ia como complemento da cláusula geral sobre responsabilidade dos administradores já vigente entre nós, na senda do que era sustentado por alguma jurisprudência. Tal contribuiria para uma densificação dos deveres dos titulares dos órgãos de administração (no sentido de uma actuação profissional e informada, livre de interesses pessoais) e facilita o escrutínio judicial em caso de danos produzidos por actuações ilícitas dos administradores, evitando que o tribunal realize uma apreciação de mérito em matérias de gestão, para o que reconhecidamente não está preparado. Por outro lado, esta solução implicaria um tratamento mais justo para os administradores não executivos, em particular os independentes – o que se perceberá melhor à luz da análise feita no ponto seguinte.»<sup>41</sup>

Passando ao anunciado resumo da discussão a que o n.º 2 do art. 72 tem dado ocasião, recordarei que, entre muitas opiniões<sup>42</sup>, há quem entenda que ele consagra uma regra de exclusão de ilicitude<sup>43</sup>, quem entenda que ele consagra uma presunção de ilicitude<sup>44</sup>, quem entenda que ele consagra uma regra de

---

41 *Governo das Sociedades Anónimas Propostas de Alteração ao Código das Sociedades Comerciais Processo de Consulta Pública n.º 1/2006*, janeiro de 2006, pp. 17 e 18 (documento disponível no site da CMVM).

42 Sem preocupação de exaustão e deixando de fora da enumeração os manuais de Direito das Sociedades e os códigos anotados e comentados, lembro ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO (2006 a), pp. 443 e ss., GABRIELA FIGUEIREDO DIAS (2006), pp. 74 e ss., e (2007), pp. 310 e ss., MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, (2007), pp. 61 e ss., RICARDO COSTA (2007), pp. 49 e ss., PEDRO PAIS DE VASCONCELOS (2009), pp. 41 e ss., ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA (2011), pp. 359 e ss., SÓNIA DAS NEVES SERAFIM (2011), pp. 546 e ss., PEDRO CAETANO NUNES (2012), pp. 515 e ss., GABRIEL FREIRE SILVA RAMOS (2013), pp. 837 e ss., NUNO CALAIM LOURENÇO (2011), MANUEL FRAGOSO MENDES (2014), pp. 809 e ss., JOSÉ FERREIRA GOMES (2015), pp. 883 e ss., e DIOGO COSTA GONÇALVES (2015), pp. 859 e ss.

43 Por exemplo, GABRIELA FIGUEIREDO DIAS (2006), pp. 74 e ss., e (2007), p. 312, nota 66, SÓNIA DAS NEVES SERAFIM (2011), pp. 565 e 574, MANUEL FRAGOSO MENDES (2014), p. 829, e ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA (2017), pp. 266 e ss.

44 PEDRO PAIS DE VASCONCELOS (2009), pp. 54 e ss.

exclusão de culpa<sup>45</sup>, quem entenda que ele atua «ao mesmo tempo sobre a ilicitude do facto e a culpa do agente»<sup>46</sup>, quem entenda que ele consagra uma regra de limitação de responsabilidade<sup>47</sup> e quem entenda que ele é «uma fonte normativa que concorre para a determinação» da obrigação de gestão<sup>48</sup>.

Uma coisa me parece certa: *a lei portuguesa inverte a regra americana que pretendeu importar!* Na fonte há uma norma que manda presumir a correção das decisões de gestão dos administradores, ao passo que na lei portuguesa há uma proposição (o segmento do n.º 2 art. 72 que determina que a responsabilidade é excluída se o administrador provar que atuou segundo critérios de racionalidade empresarial) que põe a cargo dos administradores demonstrar essa correção<sup>49</sup>.

Também me parece claro que não é *possível* aplicar literalmente o n.º 2 do art. 72 às decisões de gestão propriamente ditas. A razão, atrás exposta, que me leva a pensar que a parte final do n.º 1 do art. 72, que põe a cargo dos administradores que provoquem danos à sociedade provar que procederam sem culpa, não se pode aplicar a casos de responsabilidade fundada em má gestão, também me leva a excluir aquilo que me parece uma concretização dessa «não culpa»: ter atuado «em termos informados, livre de qualquer interesse pessoal e segundo critérios de racionalidade empresarial».

Assim, julgo que o preceito não tem sempre o mesmo alcance. Quando estiver em causa o incumprimento de uma obrigação específica em que haja margem de discricionariedade (pois àquelas em que tal margem não exista a *business judgment rule* não é aplicável), será muito provavelmente uma regra sobre a exclusão de culpa. No entanto, quando estiver em causa uma imputação de má gestão, o preceito não pode ser entendido nem como dirigido à exclusão de ilicitude nem como dirigido à exclusão de culpa, porque a apreciação dos padrões nele referidos será essencial ao próprio apuramento da qualidade da gestão.

Numa outra formulação: creio que, quando estiver em causa a responsabilidade de administradores por má gestão, a proposição normativa contida no n.º 2 do art. 72 deve ser combinada com as proposições normativas do n.º 1 do art. 64, com vista ao estabelecimento da norma cuja violação determinará

---

45 Por exemplo, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO (2006 a), pp. 451 e 452.

46 V. RICARDO COSTA (2007), p. 77.

47 PEDRO CAETANO NUNES, (2012) pp. 515 e ss.

48 DIOGO COSTA GONÇALVES, (2015), pp. 862 e 863.

49 MANUEL CARNEIRO DA FRADA (2007), p. 85, nota que a conceção da *business judgment rule* como causa de exclusão de responsabilidade, em vez de enquanto pressuposto de responsabilidade, não constitui originalidade portuguesa, já que a atual redação do § 93 (1), da *Aktiengesetz* parece conduzir a resultados semelhantes.

responsabilidade, sem que nessa norma se possa distinguir comportamento objetivamente devido e culpa. Os administradores incumprirão o dever de boa gestão sempre que no desempenho desse dever incumprirem os critérios do n.º 1 do art. 64 combinados com os do n.º 2 do art. 72<sup>50</sup>.

Embora tal não valha como argumento para a fixação do sentido da nossa lei, chamo a atenção para que a interpretação que proponho a faz convergir com o núcleo comum dos direitos alemão, britânico e norte-americano, como resulta do seguinte trecho de Andreas Cahn e David C. Donald<sup>51</sup>:

«In an ordinary negligence action under a standard of this type<sup>52</sup> outside of the corporate context, a court could be expected to hear evidence from an expert witness as to whether the defendant in fact showed the “knowledge, skill and experience” required to meet the objective standard of care plus any special (subjective) skills held. In such an analysis, the standard of care to be met by the defendant and the standard of review that the court would apply would be substantially indistinguishable. When it comes to assessing a corporate director’s exercise of due care and skill, however, courts do something different. In each of our jurisdictions, whether by statutory rule (as in the *Aktiengesetz* or the Model Act), by express rule formulated in case law (as in Delaware) or by undeclared practice (as in the UK)<sup>53</sup>, courts presume that disinterested directors making business decisions in good faith met their duty of care absent egregious mismanagement».

Preciso que não concordo com a ideia de que o padrão que a lei fixa, pelo menos, no caso português, para o cumprimento do dever de gestão é um (o do n.º 1 do art. 64) e o padrão que fixa para constituição dos administradores em responsabilidade é outro (o do n.º 2 do art. 72) – menos exigente, caiba a prova do atingimento desse outro padrão ao administrador ou não. O que faz incorrer

---

50 Subscrovo assim, embora com fundamentação algo diferente, o essencial das posições de ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA, (2011), pp. 368 e ss., JOSÉ FERREIRA GOMES (2015), pp. 913 e ss., e DIOGO COSTA GONÇALVES (2015), pp. 862 e 863.

51 (2010), p. 370.

52 O *standard* referido é o constante da *section 174* do *Company Act* britânico de 2006 que, na transcrição abreviada dos Autores, determina que «A director of a company must exercise ... the care, skill and diligence that would be exercised by a reasonably diligent person with... the general knowledge, skill and experience that may reasonably be expected of a person carrying out ... functions... and... the general knowledge, skill and experience that the director has».

53 Em passo posterior, os Autores sublinham que o modo como a *business judgment rule* foi recebida no direito alemão determina que o nível de proteção aí dado aos administradores seja substancialmente mais baixo do que o que lhes é conferido nos EUA (p. 372).

em responsabilidade é o desrespeito pelo critério a que deve obedecer o desempenho do cargo de administração, pelo que o critério desse desempenho tem de resultar da combinação dos segmentos normativos do n.º 1 do art. 64 e do n.º 2 do art. 72.

Muito menos concordo, é claro, com as vozes – nacionais e estrangeiras – que clamam contra uma alegada brandura das regras sobre responsabilidade dos administradores resultante da indeterminação do dever de gestão e propõem a instituição de novos deveres<sup>54</sup>. Se, nomeadamente em Portugal, alguma falta de responsabilização tem havido, isso não se deve às normas, mas sim a fatores de outras naturezas, que não cabe tratar neste texto.

## 5. Os deveres e a responsabilidade dos administradores não executivos

No tocante às sociedades anónimas (salvo as do modelo germânico<sup>55</sup>), o CSC admite que os estatutos autorizem o conselho de administração a delegar num ou mais administradores ou numa comissão executiva a gestão corrente da sociedade<sup>56</sup> (art. 407, n.ºs 3 a 8) – originando assim uma divisão entre administradores («executivos» e «não executivos»), sem prejuízo de a delegação em causa não privar o conselho de administração da competência para «tomar resoluções» sobre as matérias objeto de delegação (palavras iniciais do n.º 8 do art. 407).

Por força de não intervirem na gestão corrente, os administradores não executivos das sociedades anónimas têm, parcialmente, deveres diferentes dos administradores executivos. Isso resulta claramente do n.º 8 do art. 407, segundo a qual, havendo delegação (lícita) da gestão em certos administradores «(...) os outros administradores são responsáveis, nos termos da lei, pela vigilância geral da atuação do administrador ou administradores delegados ou da comissão executiva e, bem assim, pelos prejuízos causados por atos ou omissões destes, quando, tendo conhecimento de tais atos ou omissões ou do propósito de os praticar, não provoquem a intervenção do conselho para tomar as medidas adequadas».

---

54 Na literatura jurídica, sirva de exemplo dessas vozes SORAYA MESSAI-BAHRI (2009), em especial, pp. 31, 32 e 443 e ss.

55 V., por exemplo, ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS (2007), pp. 247 e 248.

56 Sobre a noção de gestão corrente, v. ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS (2013), pp. 431 e ss.

Tal preceito torna claro que a responsabilidade dos administradores não executivos das sociedades anónimas se funda na violação do dever de vigilância – que é, portanto, o principal dever desses administradores<sup>57</sup>.

No entanto, alguns dos deveres concretos dos administradores que deixei referidos aplicam-se aos não executivos – sendo exemplos óbvios o de participar nas reuniões do órgão de administração e na elaboração dos relatórios e contas anuais.

A terminar, por tal ter relevância para a definição em concreto dos deveres dos administradores, sublinho que – apesar de isso não ser frequentemente notado – a distinção entre «executivos» e «não executivos» (além de não apreender o caso dos administradores membros da comissão de auditoria, no modelo anglo-americano<sup>58</sup>) é suscetível de graus, pois a delegação de poderes, mesmo abrangendo toda a «gestão corrente», pode levar a situações híbridas: os administradores a quem não caiba a gestão corrente podem ser incumbidos de tratar de matérias que originem deveres que não sejam de mera vigilância.

Março de 2018

## Bibliografia

- ABREU, J. M. Coutinho de – «Deveres de Cuidado e de Lealdade dos Administradores e Interesse Social» in *Reformas do Código das Sociedades* (obra coletiva), Almedina/IDET (n.º 3 da coleção Colóquios), 2007, pp. 15-47.
- ALMEIDA, António Pereira de – «A Business Judgment Rule», in *I Congresso Direito das Sociedades em Revista* (coord. Pedro Pais de Vasconcelos, J. M. Coutinho de Abreu e Rui Pinto Duarte), Almedina, 2011, pp. 359-372.
- ALMEIDA, Carlos Ferreira de – «Os Contratos de Prestação de Serviço Médico no Direito Civil Português», in *Revista de Direito do Consumidor* (Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, Brasil), outubro-dezembro 1995, pp. 5-21.
- BARBOSA, Nuno – «Delegação Orgânica: as Relações entre Administradores “Executivos” e “Não Executivos”», in *E Depois do Código das Sociedades em Comentário* (obra coletiva), Almedina/IDET (n.º 6 da coleção Colóquios), 2016, pp. 255-264.

---

57 Para desenvolvimentos, v. ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS (2011), pp. 77 e ss., JOÃO CALVÃO DA SILVA (2007), pp. 103 e ss., MARIA ISABEL LOPES HEITOR (2013), pp. 949 e ss., JOSÉ FERREIRA GOMES, (2015), pp. 176 e ss., e NUNO BARBOSA (2016), pp. 262 e ss.

58 Sobre os deveres e a responsabilidade dos membros da comissão de auditoria, v., por exemplo, ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS (2011), p. 109, JOÃO CALVÃO DA SILVA, (2007), pp. 121 e ss., e JOSÉ FERREIRA GOMES, (2015), em especial pp. 673 e ss.

- CORDEIRO, A. Barreto Menezes – «Doutrina das Oportunidades Societárias Objetivas, Bons Costumes e Dever de Lealdade» (anotação ao acórdão do STJ de 6 de março de 2014), in *Revista de Direito das Sociedades*, ano VI (2014), n.º 1, pp. 296-301.
- CORDEIRO, António Menezes (2006 a) – «Os Deveres Fundamentais dos Administradores das Sociedades (Artigo 64.º/1 do CSC)», in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 66, II, setembro 2006, pp. 443-488 [publicado também in *A Reforma do Código das Sociedades Comerciais Jornadas em Homenagem ao Professor Doutor Raul Ventura* (coord. António Menezes Cordeiro e Paulo Câmara), Almedina, 2007].
- , (2006 b) – «A Lealdade no Direito das Sociedades», in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 66, III, Lisboa, dezembro 2006, pp. 1033-1065.
- , *Tratado de Direito Civil Português II Direito das Obrigações tomo III*, Almedina, 2010.
- COSTA, Ricardo – «Responsabilidade dos Administradores e *Business Judgment Rule*», in *Reformas do Código das Sociedades* (obra coletiva), Almedina/IDET (n.º 3 da coleção Colóquios), 2007, pp. 49-86.
- COSTA, Ricardo, e DIAS, Gabriela Figueiredo – Anotação ao art. 64 do *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, (coord. Jorge M. Coutinho de Abreu), vol. I, 2.ª ed., 2017, pp. 757-808.
- DIAS, Gabriela Figueiredo – *Fiscalização de Sociedades e Responsabilidade Civil (Após a Reforma do Código das Sociedades Comerciais)*, Coimbra Editora, 2006.
- , «A Fiscalização Societária Redesenhada; Independência, Exclusão de Responsabilidade e Caução Obrigatória dos Fiscalizadores», in *Reformas do Código das Sociedades* (obra coletiva), Almedina/IDET (n.º 3 da coleção Colóquios), 2007, pp. 277-334.
- DUARTE, Rui Pinto – *Escritos sobre Direito das Sociedades*, Coimbra Editora, 2008.
- EISENBERG, Melvin A. – «The Duty of Care of Corporate Directors and Officers», in *University of Pittsburgh Law Review*, vol. 51, 1989, pp. 945-972 (in <http://scholarship.law.berkeley.edu/facpubs>, consultado em 18 de maio de 2017).
- FARIA, Jorge Leite Areias Ribeiro de – «Novamente a Questão da Prova na Responsabilidade Civil Médica – Reflexões em Torno do Direito Alemão», in *Estudos de Direito das Obrigações e Discursos Académicos*, U.Porto Editorial, 2009, pp. 201-295 [publicado primitivamente na *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, vol. I].
- FARIA, Ribeiro de – *Direito das Obrigações*, vol. I, Almedina, 1990.
- FERREIRA, Bruno – «Os Deveres de Cuidado dos Administradores e Gerentes (Análise dos Deveres de Cuidado em Portugal e nos Estados Unidos da

- América fora das Situações de Disputa sobre o Controlo Societário») in *Revista de Direito das Sociedades*, ano I (2009), n.º 3, pp. 681-737.
- FRADA, Manuel Carneiro da – «O Dever de Legalidade: um Novo (e não Escrito) Dever Fundamental dos Administradores?», in *Direito das Sociedades em Revista*, ano 4, vol. 8, outubro 2012, pp. 65-74.
- FRADA, Manuel Carneiro da – «Dever de Legalidade dos Administradores e Responsabilidade Civil Societária», in *IV Congresso Direito das Sociedades em Revista* (coord. Pedro Pais de Vasconcelos, J. M. Coutinho de Abreu e Rui Pinto Duarte), Almedina, 2016, pp. 17-27 [publicado também in *Congresso Comemorativo dos 30 Anos do Código das Sociedades Comerciais* (obra coletiva coord. Paulo de Tarso Domingues), Almedina, 2017].
- FRADA, Manuel A. Carneiro da – «A *Business Judgment Rule* no Quadro dos Deveres Gerais dos Administradores», in *A Reforma do Código das Sociedades Comerciais Jornadas em Homenagem ao Professor Doutor Raul Ventura* (coord. António Menezes Cordeiro e Paulo Câmara), Almedina, 2007, pp. 61-102 [publicado também in *Jornadas Sociedades Abertas, Valores Mobiliários e Intermediação Financeira* (obra coletiva), Almedina, 2007, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 67, I, janeiro 2007, e in *Nos 20 Anos do Código das Sociedades Comerciais, Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, vol. III, Coimbra Editora, 2007].
- GOMES, José Ferreira – *Da Administração à Fiscalização das Sociedades A Obrigação de Vigilância dos Órgãos da Sociedade Anónima*, Almedina, 2015.
- GONÇALVES, Diogo Costa – *Pessoa Coletiva e Sociedades Comerciais*, Almedina, 2015.
- HAMILTON, Robert W. *The Law of Corporations in a Nutshell*, 5.<sup>a</sup> ed., West Group, 2000.
- HEITOR, Maria Isabel Lopes – «A Responsabilidade Civil, em Relação à Sociedade, dos Administradores Executivos e não Executivos nas Sociedades Anónimas de Modelo Monista», in *Revista de Direito das Sociedades*, ano V, (2013), n.º 4, pp. 939-955.
- HILL, Claire A., e McDONNELL, Brett H. – «Fiduciary Duties: The Emerging Jurisprudence», in Hill, Claire A. e Brett H. McDonnell (edited by), *Research Handbook on the Economics of Corporate Law*, Edward Elgar, 2012, pp. 133-151.
- KLAUSBERG, Theis – «General Case on Directors' Duties», in Mathias Siems e David Cabrelli (edited by), *Comparative Company Law A Case-Based Approach*, Hart Publishing, 2013, pp. 27-60.



- LARGUINHO, Marisa – «O Dever de Lealdade: Concretizações e Situações de Conflito Resultantes da Cumulação de Funções de Administração», in *Direito das Sociedades em Revista*, ano 5, vol. 9, março 2013, pp. 187-213.
- LEITÃO, Adelaide Menezes – *Normas de Protecção e Danos Puramente Patrimoniais*, Almedina, 2009.
- LOHSE, Andrea – *Unternehmerisches Ermessen: zu den Aufgaben und Pflichten von Vorstand und Aufsichtsrat*, Mohr Siebeck, 2005.
- LOURENÇO, Nuno Calaim – *Os Deveres de Administração e a Business Judgment Rule*, Almedina, 2011.
- MARTINS, Alexandre de Soveral – *Administradores Delegados e Comissões Executivas Algumas Considerações*, 2.<sup>a</sup> ed., Coimbra, IDET/Almedina (n.º 7 da coleção Cadernos), 2011 [1.<sup>a</sup> ed. sob o título *Os Administradores Delegados das Sociedades Anónimas Algumas Considerações*, Coimbra, Fora do Texto, 1998].
- , Anotação ao art. 407 do *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, (coord. Jorge M. Coutinho de Abreu), vol. VI, Almedina, 2013, pp. 421-440.
- , «Comissão Executiva, Comissão de Auditoria e Outras Comissões na Administração», in *Reformas do Código das Sociedades* (obra coletiva), Almedina/IDET (n.º 3 da coleção Colóquios), 2007, pp. 243-275.
- MENDES, Manuel Fragoso – «Entre o Temerário e o Diligente – A *Business Judgment Rule* e os Deveres dos Administradores. Da sua Origem à Implementação no Ordenamento Jurídico Português», in *Revista de Direito das Sociedades*, ano VI (2014), n.º 3/4, pp. 809-832.
- MESSAI-BAHRI, Soraya – *La Responsabilité Civile des Dirigeants Sociaux*, IRJS Editions, 2009.
- MONDIM, Mafalda dos Santos – «O Dever de Lealdade dos Administradores e o Desvio de Oportunidades de Negócio Societárias», in *Questões de Tutela de Credores e de Sócios das Sociedades Comerciais* (coord. Maria de Fátima Ribeiro), Almedina, 2013, pp. 69-107.
- MONKS, Robert A. G., e MINOW, Nell – *Corporate Governance*, 5.<sup>a</sup> ed., John Wiley & Sons, 2011.
- NUNES, Pedro Caetano – *Dever de Gestão dos Administradores de Sociedades Anónimas*, Almedina, 2012.
- , «Jurisprudência sobre o Dever de Lealdade dos Administradores», in *II Congresso Direito das Sociedades em Revista* (coord. Pedro Pais de Vasconcelos, J. M. Coutinho de Abreu e Rui Pinto Duarte), Almedina, 2012, pp. 181-224.
- , *Responsabilidade Civil dos Administradores perante os Accionistas*, Almedina, 2001.

- OLIVEIRA, Ana Perestrelo de – *Manual de Governo das Sociedades*, Almedina, 2017.
- PETTET, Ben – *United Kingdom in International Encyclopaedia of Laws – Corporations and Partnerships*, Kluwer Law International, 1996 (data da secção em causa).
- PIC, Paul, e KRÉHER, Jean – *Des Sociétés Commerciales*, 3.<sup>a</sup> ed., tomo II, Paris, Rousseau & Cie, 1948.
- RAMOS, Gabriel Freire Silva – «A Business Judgement Rule e a Diligência do Administrador Criterioso antes da Reforma do Código das Sociedades Comerciais», in *Revista de Direito das Sociedades*, ano V (2013), n.º 4, pp. 837-858.
- REIS, Nuno Tiago Trigo dos – «Os Deveres de Lealdade dos Administradores de Sociedades Comerciais», in *Temas de Direito Comercial, Cadernos O Direito*, n.º 4, Almedina, 2009, pp. 279-419.
- RIBEIRO, Ricardo Lucas – *Obrigações de Meios e Obrigações de Resultado*, Coimbra Editora, 2010.
- ROTH, Günther H., e KINDLER, Peter – *The Spirit of Corporate Law Core Principles of Corporate Law in Continental Europe*, C. H. Beck, Hart, Nomos, 2013.
- SANTOS, Hugo Luz dos – «O Dever de Lealdade dos Administradores das Sociedades Comerciais na Região Administrativa Especial de Macau e em Portugal (Algumas Notas Mais ou Menos Desenvolvidas)», in *Direito das Sociedades em Revista*, ano 7, vol. 14, outubro 2015, pp. 133-160.
- , «A Perda da Qualidade de Sociedade Aberta (*Delisting* de Participações Sociais): a Tutela dos Sócios Minoritários, o Direito de Propriedade, e o Dever de Lealdade dos Administradores das Sociedades Comerciais (com uma Breve Paragem em Macau e em Hong Kong)», in *Revista de Direito das Sociedades*, ano VIII (2016), n.º 4, pp. 893-929.
- SCHAEFFER, Michele M. – «Shareholder Seeking to Excuse Demand as Futile Must Overcome the Protection of the Business Judgment Rule: *Aronson v. Lewis*, 473 A.2d 805 (Del. 1984), in *Washington University Law Review*, volume 63, issue 1, janeiro 1985, pp. 167-173 (in [http://openscholarship.wustl.edu/law\\_lawreview/63/iss1/9](http://openscholarship.wustl.edu/law_lawreview/63/iss1/9), consultado em 18 de maio de 2017).
- SERAFIM, Sónia das Neves – «Os Deveres Fundamentais dos Administradores: O Dever de Cuidado, a *Business Judgment Rule* e o Dever de Lealdade», in *Temas de Direito das Sociedades* (coord. Manuel Pita e António Pereira de Almeida), Coimbra Editora, 2011, pp. 495-596.
- SILVA, João Calvão da – «*Responsabilidade Civil dos Administradores não Executivos, da Comissão de Auditoria e do Conselho Geral e de Supervisão*», in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 67, I, janeiro 2007, pp. 103-158 [publicado também in *O Direito*, ano 139, III, 2007, pp. 555 e ss., e in *A Re-*

- forma do Código das Sociedades Comerciais Jornadas em Homenagem ao Professor Doutor Raul Ventura* (coord. António Menezes Cordeiro e Paulo Câmara), Almedina, 2007].
- SKEEL JR., David A. – «The Accidental Elegance of *Aronson v. Lewis*» (2007). *Faculty Scholarship*. Paper 182, pp. 1-34 (in [http://scholarship.law.upenn.edu/faculty\\_scholarship/182](http://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/182), consultado em 26 de dezembro de 2017).
- VARELA, João de Matos Antunes – *Das Obrigações em Geral*, vol. I, 9.<sup>a</sup> ed., Almedina, 1996.
- VASCONCELOS, Pedro Pais de – «*Business Judgment Rule*, Deveres de Cuidado e de Lealdade e Culpa e o Artigo 64.º do Código das Sociedades Comerciais», in *Direito das Sociedades em Revista*, ano 1, vol. 2, outubro 2009, pp. 41-79.
- , *A Participação Social nas Sociedades Comerciais*, 2.<sup>a</sup> ed., Almedina, 2006.
- VENTURA, Raúl, e CORREIA, Luís Brito – *Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades Anónimas e dos Gerentes de Sociedades por Quotas*, Lisboa, 1970 (separata do *Boletim do Ministério da Justiça*, n.ºs 192 a 195).

# Evidence in International Arbitration: Admissibility, Relevance and Differences between Common and Civil Law

**Tanmayi Sharma**<sup>\*</sup>

LL.B. student Jindal Global Law School

---

## **CONTENTS**

- I.** Introduction
- II.** Common and Civil Law Countries
- III.** Admissibility and Relevance of Evidence
- IV.** Burden and Standard of Proof
- V.** Differences between Civil and Common Law Jurisdictions
- VI.** Attempts to Bridge the Gap
- VII.** Conclusion  
Bibliography

---

\* Tanmayi Sharma is a Third Year B.A. LL.B. student, currently studying at Jindal Global Law School, Sonapat, India.

## I. Introduction

Arbitration is a form of alternate dispute resolution, that takes place outside the court of law.<sup>1</sup> Arbitral tribunals are usually not bound by domestic procedures for collection and evaluation of evidence.<sup>2</sup> Thus, there exists a vacuum with respect to laws relating to evidence in International arbitration, making it imperative to examine the rules of evidentiary collection and examination in arbitral tribunals.

In addition, it can be said that Fact-finding is arguably one of the most important functions of an arbitral tribunal.<sup>3</sup> This is because the result of over 60 to 70 percent of international arbitrations depend on the facts of the particular case rather than the application of relevant principle of law. While a good proportion of the remainder depend upon a combination of facts and the law, very few arbitral proceedings depend solely on issues of law. The cases where underlying facts are undisputed or irrelevant form only a minority arbitral proceedings.<sup>4</sup> Thus, the collection and presentation of evidence forms a large part of the international arbitral proceeding, and often form the turning point of such proceedings. In such a scenario it becomes imperative to understand the procedure for collection and presentation of evidence in front of an arbitral tribunal.

This paper seeks to examine the procedure relating to the admissibility and relevance of evidence in international arbitration. Parallely, this paper will also examine the differences in procedure in Civil and Common law jurisdictions, the practical effect of these differences and the implications of the same.

## II. Common and Civil Law Countries

At the outset, it must be mentioned that a simplistic distinction cannot be made between common and civil law countries, making an over-generalisation regarding all civil law countries. As stated by Swiss arbitration specialist, Professor Reymond, there is no such thing as '*Civil Law Procedure*'.<sup>5</sup> While it is possible to note certain basic principles of law and procedure, which are considered 'common' in common law countries, such commonalities are less frequent in civil law countries. Often, countries have a different blend of civil procedure

---

1 BLACKABY (2015).

2 See, for instance, the Indian Arbitration and Conciliation Act, 1996, s.19.

3 PIETROWSKI (2006), pp. 373-410.

4 BLACKABY (2015).

5 REYMOND (1989), pp. 357-368.

which is influenced by local custom and colour.<sup>6</sup> Therefore, there may be just as much difference in the procedure followed by a German *Rechtsanwalt* and a French *avocat*, as between an Italian *avvocato* and English lawyer.<sup>7</sup> Even though all three countries, namely Germany, France and Italy are civil law countries, the approach to evidence may be wildly different.

However, for the purposes of this paper's discussion on presentation of evidence to international tribunals, there exists enough uniformity in the general approach to questions regarding the presentation of evidence to make use of the term 'civil law countries' in distinction to 'common law countries'. The most notable differences between the two systems are those related to the procedures that lead to fact-finding, which will be discussed later on.

### III. Admissibility and Relevance of Evidence

In an international commercial arbitration, arbitral tribunals are formed, which generally consist of three experienced international arbitrators.<sup>8</sup> These arbitrators may be from different legal systems, but they are expected to approach the question of the reception of evidence in a pragmatic way.<sup>9</sup> The arbitrators are supposed to focus on establishing the relevant facts, the facts which would be necessary for deciding the issues between the parties to the arbitral proceeding.<sup>10</sup> They are generally reluctant to be limited by technical rules of evidence which would be detrimental to the achievement of this goal.<sup>11</sup> Working under this premise, most arbitration rules vest large authority in the hands of arbitrators with respect to the admission and evaluation of evidence.<sup>12</sup> Many national arbitration laws recognise the authority and discretion given to arbitrators to evaluate evidence.<sup>13</sup> In addition, most international arbitration rules provide that it is the tribunal's responsibility to "determine the admissibility, relevance, materiality and the weight of the evidence offered".<sup>14</sup>

---

6 *Ibid.*

7 BLACKABY (2015).

8 SALEH (1999), pp. 141-160; HOLTZMANN (1991), p. 101.

9 HOLTZMANN (1995), pp. 39-50.

10 STRAUS (1986), pp. 58-63.

11 HOLTZMANN (1995), pp. 39-50.; BLACKABY, (2015); International Bar Association Rules (2010) Art. 9(1).

12 PILKOV (2014), pp. 147-155.

13 The Indian Arbitration and Conciliations Act, 1996, s.9,81; English Arbitration Act 1996 s.34(1) and (2); German ZPO s.1042(4); Austrian ZPO s.599(1); Ukrainian International Arbitration Act s.19(2).

14 UNCITRAL Arbitration Rules (as revised in 2010) art.27(4); American Arbitration Association (AAA) International Arbitration Rules art.20(6); London Court of International Arbitration (LCIA) Arbitration Rules art.22.1(f).

In general, arbitral tribunals give more importance to establishing the truth than technical rules of evidence and arbitrators are cognizant that parties must be given a fair opportunity to present their case, at the risk of having the arbitral award set aside.<sup>15</sup> As a result, they often end up admitting most of the evidence submitted by parties.<sup>16</sup> Arbitral tribunals tend to err on the side of caution, and are reluctant to exclude evidence for being inadmissible, even when the evidence is questionable.<sup>17</sup> However, this does not imply that the weight of the evidence is not given due consideration. Stemming from a common law tradition, the concept of general admissibility of evidence is recognised in international arbitration.<sup>18</sup> Admissibility boils down to one simple rule, that all relevant evidence is generally admissible, whereas all evidence which is not relevant is not admissible.<sup>19</sup> In international arbitration, a piece of evidence may be considered relevant if it has a logical connection with the fact that the party intends to prove.<sup>20</sup> Evidence is usually included unless it is manifestly irrelevant.<sup>21</sup>

It is important to recognise the distinction between exclusion of evidence on purely procedural grounds and the exclusion of evidence as inadmissible.<sup>22</sup> For example, if a particular deadline is set out for the submission of evidence, the tribunal may refuse to include any evidence which is submitted after such a deadline. However, more often than not, as the failure to comply with the deadline does not change the nature of the evidence, the tribunal may also choose to include this evidence as admissible. This is not the same approach that would be applied for example, if a party does not comply with the rules of 'discovery', i.e., a party requests documents that were not exchanged or disclosed to be excluded from evidence. In such a situation, the arbitral tribunal need not exclude the evidence, but could rather adjourn the hearing, in order to allow the party time to examine the document. Thus, arbitral proceedings provide arbitral tribunals far greater flexibility and discretion in terms of evidence than court proceedings.

Unfortunately, in such a situation it ends up being the lawyer's responsibility to take consideration of the arbitrator's legal influences. When lawyers from a common law jurisdiction appear before an arbitral tribunal, they must be cautious not to place too much reliance on technical rules considering the admissibility of evidence. Similarly, lawyers from civil law countries, when faced with an arbitral

---

15 BLACKABY (2015).

16 PILKOV (2014), pp. 147-155.

17 BLACKABY (2015).

18 SALOMON (2003), pp. 285-294.

19 PILKOV (2014), pp. 147-155.

20 International Bar Association Rules for taking Evidence (2010).

21 PIETROWSKI (2006), pp. 373-410.

22 BLACKABY (2015).

tribunal comprising of arbitrators trained in a particular common law system, must be careful to ensure that the crux of their arguments does not depend on proving facts using evidence which would be inadmissible under the given common law system. While most international arbitral tribunals comprise members of body civil and common law jurisdictions, it is again up to the lawyers to cater to ‘non-hybrid’ tribunals (tribunals consisting of arbitrators from both civil and common law legal systems)<sup>23</sup> when they are established.<sup>24</sup> Teams of lawyers are expected to include a member that is familiar with the rules for presentation and reception of evidence in the systems of law that the arbitrators are trained in. While it is unlikely that a party will be prevented from submitting evidence in an international arbitration which would be necessary to ascertain the facts, the nature of such proceedings places a higher burden on the practitioners of the law.

#### **IV. Burden and Standard of Proof**

The question of burden of proof in international arbitration is one that arises time and again. However, the most widely accepted answer is that the ‘burden of proof’ for any factual allegation or set of allegations, lies upon the party which makes the allegation.<sup>25</sup> Each party has the burden of proving any facts relied on by it in order to support its claim or defence.<sup>26</sup> However, propositions that are completely obvious need not be proved in an arbitral tribunals. For example, a statement stating that the earth is flat need not be proved, even though certain societies may disagree.<sup>27</sup>

The degree or standard of proof for evidence in international arbitration is not defined; however, it is usually boils down to the test of the ‘balance of probability’, whether a particular fact is more likely than not<sup>28</sup>. It falls to a preponderance of probabilities, rather than the standard of ‘beyond all reasonable doubt’.<sup>29</sup> The general practice of arbitral tribunals is that the weight of evidence is assessed depending on the nature of the proposition it seeks to prove.<sup>30</sup> For example, if the weather at a particular place is a fact in issue, then the party would not have to employ a meteorology expert to present the evidence, but it would be enough

---

23 BLACKABY (2015).

24 SMITH (1996), p. 161.

25 BLACKABY (2015).

26 Article 27(1), UNCITRAL Model Rules.

27 HONG (2011).

28 BLACKABY (2015).

29 PIETROWSKI (2006), pp. 373-410.

30 REYMOND (1994), pp. 317, 320, 321.



to simply produce the day's weather report from a reputable newspaper.<sup>31</sup> However, in cases of fraud or illegality, the degree of proof would be far higher, and the arbitral tribunal must look more closely at whether this standard has been met.<sup>32</sup>

## V. Differences between Civil and Common Law Jurisdictions

As mentioned before, this paper will seek to examine the difference in the outlook and procedure for collecting evidence in civil and common law jurisdictions. These variances in procedure stem from a difference in the basic outlook and approach towards fact-finding and collection of evidence.<sup>33</sup> The difference in the methodology of the two systems is the core element that drives all further divergences.<sup>34</sup> Common law is characterised by the adversarial approach, where arbitrators play a limited role.<sup>35</sup> In contrast, the civil law system cultivates an inquisitorial method with the arbitrator playing a more active role.<sup>36</sup> Thus, common law systems would mandate that parties would mandatorily be allowed to question the witnesses, one example being the ICSID rules, that are heavily based on common law, which state that "Witnesses and experts shall be examined before the Tribunal by the parties under the control of its President."<sup>37</sup> However, in civil law jurisdictions, the choice is differed to the Arbitral tribunal, as in the ICDR Rules<sup>38</sup> or Article 25(4) of the 2012 Swiss Rules<sup>39</sup> which state that "At the hearing, witnesses and expert witnesses may be heard and examined in the manner set by the arbitral tribunal."

The common law system in arbitration would obligate the parties to present all relevant evidence in their possession even if it was adverse to their own interest.<sup>40</sup> Parties may be sanctioned for withholding any evidence which is relevant to the facts in issue.<sup>41</sup> For example, in England, a party is required to disclose all relevant and admissible documents, whether or not they are helpful or harmful

---

31 BLACKABY (2015).

32 *Secretary of State for the Home Department v. Rehman* [2001] UKHL 47.

33 BLACKABY (2015).

34 KUBALCZYK (2015), pp. 85-109.

35 SMITH (1996), p. 161.

36 WAINCYMER (2012), p. 746.

37 Rule 35, ICSID Rules.

38 Article 20(4), ICDR Rules – "The tribunal may determine the manner in which witnesses are examined."

39 Article 25(4), Swiss Rules 2012.

40 VERCAUTEREN (2012), p.341.

41 KUBALCZYK (2015), pp. 85-109.

to the parties' case.<sup>42</sup> Parties are allowed to present evidence which they wish to rely on, and may exclude any evidence that is adverse to their interests.<sup>43</sup> For example, in the civil law jurisdiction of Germany, parties to an arbitration are only required to produce documents which support their case.<sup>44</sup> Similarly, in Japan, there is no provision for pre-trial discovery and documentary discovery is very limited. Parties may file a petition making a request for a document, however, the party must request for a specific document.<sup>45</sup> Documentary evidence is treated differently in civil and common law jurisdictions.<sup>46</sup> Lawyers from common law jurisdictions like the US may believe that parties are entitled to 'discovery' of all documents, including correspondence, emails, notes and other physical evidence.<sup>47</sup> However, the same may consider to be gross professional malpractice for a lawyer to disclose evidence either to the arbitral tribunal or the opposing party.<sup>48</sup>

Common law countries would be inclined to give more weight to oral evidence, whereas civil law arbitral tribunals would give greater importance to documentary evidence.<sup>49</sup> Another reason why common law states such as Canada<sup>50</sup> may favour oral evidence over documentary is that in those states arbitrators are permitted by local law to administer an oath,<sup>51</sup> as in the English Arbitration Act, §38(5).<sup>52</sup> These legislations allow criminal penalties, as in the case of the English Perjury Act, §§1(1), to be imposed in cases where anyone produces false testimony in front of an arbitral tribunal.<sup>53</sup> This would clearly enhance the legitimacy of any testimony of any tribunal, which would allow greater weight to be given to oral testimony. In contrast, civil law states such as France<sup>54</sup>, Belgium<sup>55</sup>

---

42 Rule 31.6, English Civil Procedure Rules 1996.

43 DE BOISSESON (1990), p. 101.

44 '*International Arbitration: Documentary Evidence And The Revised IBA Rules*' (Lexology.com, 2017) in <http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=92ab7c5c-d177-4910-b130-442b7e2ee867> (16.09.2010).

45 Mimp, *Chapter IV*, Part 2 (1947).

46 KARRER (2010), p. 53.

47 BLACKABY (2015).

48 LAEUCHLI (2010), p. 40.

49 SMITH (1996), p. 161.

50 Québec Code of Civil Procedure, Art. 944.7.

51 Netherlands Code of Civil Procedure, Art. 1041(1); Singapore International Arbitration Act, 2012, §12(2).

52 English Arbitration Act, 1996, §38(5); English Perjury Act, §§1(1).

53 Hong Kong Arbitration Ordinance, 2013, §56(8)(a), Hong Kong Crimes Ordinance, §31.

54 French Code of Civil Procedure, Art. 1467(2).

55 Belgian Judicial Code, Art. 1700(4) – "[The tribunal] may hear any person and such hearing shall be taken without oath".

and Sweden<sup>56</sup>, tend to forbid arbitrators from administering an oath<sup>57</sup>, thereby making oral testimony less reliable in civil law jurisdictions. In addition, due to the preferential treatment regarding oral evidence, arbitral tribunals in common law jurisdictions would be more amenable to admitting evidence which was not included in the party's statement of claim or statement of defence.<sup>58</sup> However, an arbitral tribunal influenced by the civil law system would be less inclined to introduce exhibits of evidence not previously included in the statement of claim or defence presented by the parties.<sup>59</sup> This can be witnessed in the Swiss Federal Tribunal case where the tribunal excluded evidence which was submitted late to the arbitral proceeding.<sup>60</sup>

In arbitral tribunals where arbitrators are rooted in civil law, the tribunal may choose to employ experts to provide, whereas in common law these experts may be called to present evidence by the parties themselves.<sup>61</sup> For example, in *El Paso Energy Int'l Co. v. Argentine Repub.*,<sup>62</sup> an ICSID award in a Civil law jurisdiction, the tribunal appointed an expert witness after soliciting a recommendation from the ICC's International centre of expertise. Also in the ICC Case No. 6497, the tribunal appointed an independent expert to investigate allegations of bribery regarding the impugned contract. In contrast, common law jurisdictions such as Ecuador in *Chevron Corp. v. Ecuador*<sup>63</sup> or Turkey in *Holdings v. Turkey*,<sup>64</sup> have experts which are appointed by the parties. However, as in the case of *Alpha Projektholding GmbH v. Ukraine*,<sup>65</sup> as well as in other instances,<sup>66</sup> there have been allegations regarding the lack of independence of the arbitrators. Tribunals virtually never "disqualify" this evidence,<sup>67</sup> but have tried to address this

---

56 Swedish Arbitration Act, §25(3).

57 Finnish Arbitration Act, §27(2).

58 LAEUCHLI (2010), p. 40.

59 KUBALCZYK (2015), pp. 85-109.

60 Judgment of 28 February 2013, DFT 4A\_576/2012, 4.2.2 (Swiss Federal Tribunal).

61 BROWN (2004), p. 80.

62 *El Paso Energy Int'l Co. v. Argentine Repub.*, Award in ICSID Case No. ARB/03/15 of 31 October 2011, 40.

63 *Occidental Petroleum Corp. v. Repub. of Ecuador*, Award in ICSID Case No. ARB/06/11 of 5 October 2012, 80-87, 694-701; *Chevron Corp. v. Ecuador I*, Ad Hoc Procedural Order No. 8 of 31 March 2010, 3.1.

64 *Holdings Co. v. Repub. of Turkey*, Award in ICSID Case No. ARB/06/8 of 2 September 2011, 72, 74, 352, 365.

65 *Alpha Projektholding GmbH v. Ukraine*, Award in ICSID Case No. ARB/07/16 of 8 November 2010, 155-56.

66 *Helnan Int'l Hotels AS v. Arab Repub. of Egypt*, Award in ICSID Case No. ARB/05/19 of 3 July 2008, 39-42.

67 *Jan de Nul NV v. Arab Repub. of Egypt*, Award in ARB/04/13 of 6 November 2008, 28, 42.

problem by asking experts appointed by both parties to present a joint report as evidence.<sup>68</sup>

Common law arbitral tribunals usually take the approach that relevance is not a matter of strict law, i.e., admissibility *sensu stricto*, but rather a general understanding of common sense and reasoning.<sup>69</sup> In civil law, there is a greater reliance on law to decide relevance. The laws applicable to the arbitral proceedings are used to decide what evidence is relevant.<sup>70</sup> In common law jurisdictions, there is no separation between the concept of materiality<sup>71</sup> and relevance. They are merged, and materiality retains no independent viability.<sup>72</sup> However, in common law systems they are separate categories. Materiality is a dependent category, which is dependent on the independent category of relevance. It is a criterion considered in relation to the sufficiency of evidence which is material to the outcome of the proceeding.<sup>73</sup> Thus, while all evidence admitted in a common law system would require to be material, civil law jurisdictions would allow for evidence to be admitted which is relevant but may not be considered in the outcome of the case.

Even though there may exist differences in the outlook and expectations regarding evidence, both civil<sup>74</sup> and common law<sup>75</sup> jurisdictions agree that the arbitral tribunal has the power to determine the admissibility, relevance, materiality and weight of any evidence.<sup>76</sup> However, there are some differences regarding this principle in common and civil law. Common law courts in the US have upheld

---

68 *Occidental Petroleum Corp. v. Repub. of Ecuador*, Award in ICSID Case No. ARB/06/11 of 5 October 2012, 80-87, 694-701; *Chevron Corp. v. Ecuador I*, Ad Hoc Procedural Order No. 8 of 31 March 2010, 3.1; *Holdings Co. v. Repub. of Turkey*, Award in ICSID Case No. ARB/06/8 of 2 September 2011, 72, 74, 352, 365.

69 SALOMON (2003), pp. 285-294.

70 PILKOV (2014), pp. 147-155.

71 KUBALCZYK (2015), pp. 85-109.

72 SALOMON (2003), pp. 285-294.

73 Konstantin Pilkov, (2015) *Evidence In International Arbitration: Criteria For Admission* in <http://arbitration-blog.eu/evidence-international-arbitration-criteria-admission/> (25.04.2017).

74 Article 1467, French Code of Civil Procedure; German ZPO, §1042(4); Austrian ZPO, §599(1); Japanese Arbitration Law, Art. 26(3); Korean Arbitration Act, Art. 20(2); Costa Rican Arbitration Law, 2011, Art. 19(2).

75 English Arbitration Act, 1996, §§34(1), (2) – “It shall be for the tribunal to decide all procedural and evidential matters, subject to the right of the parties to agree any matter”.

76 BORN (2014), pp. 2120-2138; Article 19(2) UNCITRAL Model Law; Article 27(4), UNCITRAL Rules 2010, “gives the arbitral tribunal wide discretion to determine freely” weight of evidence.

in various cases<sup>77</sup> such as *Int'l Chem. Workers Union v. Columbian Chem*<sup>78</sup> and *Supreme Oil Co. v. Abondolo*<sup>79</sup> that arbitrators have broad discretion to make evidentiary decisions. In addition, the court held in *Rai v. Barclays Capital*,<sup>80</sup> that as long as there was a 'barely colourable' explanation for the tribunal's evidentiary decision the arbitration award must be confirmed, bestowing large amounts of power on tribunals regarding the determination of evidence. The UK Supreme Court too has held that arbitrators are the sole authority to assess evidence and its credibility.<sup>81</sup> Common law tribunals are not bound by domestic rules of evidence as held in *Generica Ltd v. Pharm. Basics*.<sup>82</sup> US Courts have time and time again upheld arbitral awards, despite the fact that the tribunal may have derogated from domestic rules of evidence, such as in the case of *Petroleum Separating Co. v. Interam. Refining Corp*, where the arbitral award was upheld even though the arbitrators relied on hearsay evidence.<sup>83</sup> Civil Courts also uphold the discretion of the arbitrators to adduce evidence as they see fit, such as in *Dutch Hoge Raad Case No. R06/005HR*.<sup>84</sup> However, courts and arbitral tribunals in the civil law jurisdiction such as France<sup>85</sup> and Germany<sup>86</sup> give due consideration to national legislations and principles of natural justice as seen in *Soh Beng Tee & Co. Pte Ltd v. Fairmount Dev. Pte Ltd*,<sup>87</sup> where the court recognised that the policy of minimal interference in arbitral tribunals stemmed from the tribunal's obligation to observe the principles of natural justice.<sup>88</sup>

---

77 *Wallace v. Buttar*, 378 F.3d 182, 193 (2d Cir. 2004); *Compañía Panameña Marítima San Gerassimo, SA v. J.E. Hurley Lumber Co.*, 244 F.2d 286 (2d Cir. 1957); *Popkave v. John Hancock Distrib. LLC*, 768 F.Supp.2d 785 (E.D. Pa. 2011); *Reichman v. Creative Real Estate Consultants, Inc.*, 476 F.Supp. 1276 (S.D.N.Y. 1979).

78 *Int'l Chem. Workers Union v. Columbian Chem. Co.*, 331 F.3d 491, 497 (5th Cir. 2003).

79 *Supreme Oil Co., Inc. v. Abondolo*, 568 F.Supp.2d 401, 408 (S.D.N.Y. 2008).

80 *Rai v. Barclays Capital Inc.*, 739 F.Supp.2d 364, 375 (S.D.N.Y. 2010).

81 *Jivraj v. Hashwani* [2011] UKSC 40, 62 (U.K. S.Ct.).

82 *Generica Ltd v. Pharm. Basics, Inc.*, 125 F.3d 1123, 1130 (7th Cir. 1997).

83 *Petroleum Separating Co. v. Interam. Refining Corp.*, 296 F.2d 124, 124 (2d Cir. 1961).

84 Judgment of 29 June 2007, Case No. R06/005HR (Dutch Hoge Raad).

85 Judgment of 10 March 1981, *Arkhaieff v. Entreprise roumaine d'Etat pour le commerce extérieur Arpimex*, 1981 Bull. civ. No. 82, 69 (French Cour de cassation civ. 1e).

86 Judgment of 12 April 2011, 2011 SchiedsVZ 230, 232 (Oberlandesgericht München).

87 *Soh Beng Tee & Co. Pte Ltd v. Fairmount Dev. Pte Ltd*, [2007] SGCA 28, 60 (Singapore Ct. App.)

88 *Vianini Lavori SpA v. H.K. Housing Auth.*, [1992] HKCFI 172, 44 (H.K. High Ct.).

## VI. Attempts to Bridge the Gap

Having considered the differences that exist between civil and common law jurisdictions, it is important to consider the argument that the importance of differences between civil and common law backgrounds are exaggerated in contemporary times.<sup>89</sup> While there are certain differences in outlook regarding evidence in different jurisdictions, in practice there is also a confluence of civil law and common law procedures in international commercial arbitration.<sup>90</sup> As mentioned above, international arbitrations in civil law traditions do not follow any set ‘civil law’ pattern.<sup>91</sup> Similarly, common law countries like England and the United States vary greatly in different jurisdictions among themselves. Thus, there is no fixed procedural formula for either ‘common law’ or ‘civil law’ arbitrations,<sup>92</sup> the differences lie in the outlook of the arbitrators and the weight that they assign to evidence.

Civil law arbitrators may conduct arbitral tribunals in an inquisitorial manner, however, even in civil law jurisdictions there exist significant limits on a tribunal’s fact finding authority.<sup>93</sup> Therefore, even though the civil law influences may cause an arbitrator to introduce evidence by themselves, these decisions would be annulled when the arbitral award is enforced.<sup>94</sup> This has been witnessed in *Excelsior Film v. UGC-PH*<sup>95</sup>, an arbitration in a civil law jurisdiction, where the award was annulled because the tribunal relied on one arbitrator’s knowledge from a previous related arbitration. Similarly, in *Compagnie Aeroflot v. AGF*, the award was annulled from an arbitration in which the tribunal assessed value of a leasehold by referring to information which was not provided by or available to either of the parties.<sup>96</sup> Another case arbitrated by a hybrid law tribunal was annulled by the Paris court of Appeal, a civil law jurisdiction because the tribunal relied on a report provided by an expert witness which was not provided by the parties.<sup>97</sup> Experienced practitioners have stated that even parties from civil law backgrounds, represented by European lawyers, will present evidence in

---

89 KERN (2010), pp. 78-93.

90 BORN (2014).

91 BRINER (1997), pp. 155, 159.

92 VEEDER (2008), pp. 347, 349-50.

93 BORN (2014).

94 *Judgment of 29 June 2007*, Case No. R06/005HR, 3.3.3 to 3.3.4 (Dutch Hoge Raad).

95 *Judgment of 24 March 1998, Excelsior Film v. UGC-PH*, 1999 Rev. arb. 255 (French Cour de cassation civ. Ie).

96 *Judgment of 10 June 1993, Compagnie Aeroflot v. AGF*, 1995 Rev. arb. 447 (Paris Cour d’appel).

97 *Judgment of 18 January 1983, Société Sporprom Servs. BV v. Polyfacne Immo*, 1984 Rev. arb. 87 (Paris Cour d’appel).

a common law method.<sup>98</sup> This could be in part due to the individual styles or tactics of the lawyers, but may also happen for fear of having an arbitral award overturned in a court of law. In either case, it is clear that there is an increasing common law tint to international arbitration.

There have been many efforts made to bridge the gaps between traditional common and civil law procedures, but they have only been partially successful.<sup>99</sup> One example of such an effort, the International Bar Association (IBA) rules for taking evidence, does not provide clear rules for relevance of evidence.<sup>100</sup> In addition, these Supplementary rules ultimately adopted a common law approach to arbitration, which is why they did not gain widespread acceptance.<sup>101</sup> This 1999 version of IBA rules had an even greater common law orientation, such as permitting a reasonable measure of documentary discovery and authorizing involvement of lawyers in preparation of witness testimony.<sup>102</sup> Thus, the set of rules specifically dealing with collection of evidence was heavily favoured towards common law, making it less appealing to civil law parties. In addition, the IBA rules are not independently binding in international arbitration,<sup>103</sup> and are mostly used as guidelines,<sup>104</sup> leaving room for influences to drive the arbitral proceeding.

## VII. Conclusion

It has been established that Arbitral tribunals play fast and loose with the rules of evidence. No concrete rules of evidence have been established, even in international jurisdictions, nor are arbitral tribunals restricted by any domestic procedures for evidence. Arbitral tribunals do not need to be restricted by highly technical rules of interpreting evidence, and can focus on the truth. In such a situation, it would be less likely for lawyers to abuse the system. For example, Common law tactics of using theatrics to have evidence thrown out of court would not be acceptable in arbitral tribunals. However, a situation is also created where arbitrators may be influenced by the legal system in which they were trained. While these would constitute biases that could be considered to impact

---

98 CRAWFORD (2010), pp. 303, 323.

99 BORN (2014).

100 International Bar Association Rules (2010).

101 RUBINO-SAMMARTANO (1989), p. 375.

102 2010 IBA Rules on the Taking of Evidence, Art. 3(2) ("Within the time ordered by the Arbitral Tribunal, any Party may submit to the Arbitral Tribunal a Request to Produce."), Art. 4(2) ("It shall not be improper for a Party, its officers, employees, legal advisors or other representatives to interview its witnesses or potential witnesses.").

103 2010 IBA Rules on the Taking of Evidence, Preamble, 1, 2.

104 BORN (2014).

the impartiality<sup>105</sup> of the arbitrations, lawyers are forced to cater to the peculiarities of each system rather than focus on a single system of law. Tendencies such as the common law tendency to assign more importance to oral evidence, or the civil law tendency to limit discovery or disclosure, seep into arbitral proceedings, due to a difference in expectations. While the effect of these tendencies may be mitigated by instituting ‘hybrid’ tribunals, it is a problem that still exists, especially in the case of non-hybrid tribunals. Annuling decisions made by such arbitral tribunals, or forcing common law rules on civil law jurisdictions does not provide a solution to the problem. It is imperative to harmonise the differences in procedure between both systems of the law in order to ensure holistic evaluation of the evidence. Thus, there exists a need to create a procedural framework to further to bridge the gap between civil and common law. Evidentiary rules in international arbitration must be clearly defined to provide a neutral set of procedures for the presentation of evidence, which would be equally fair to both civil law and common law parties. A comprehensive set of rules must be created to implement facets of both legal systems, which do not restrict functioning of the arbitral tribunal, but limit the nature of the discretion that can be exercised by them.

## **Bibliography**

- BLACKABY, Nigel et al., 2015, *Redfern and Hunter On International Arbitration*, 6.º ed., Oxford University Press, Oxford.
- BORN, Gary, 2014, *International Commercial Arbitration*, 2.º ed., Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn.
- BRINER, Robert, 1997, “Domestic Arbitration: Practice in Continental Europe and Its Lessons for Arbitration in England”, *Arbitration International*, vol. 13, number 2.
- BROWN, David, 2004, “Oral evidence and experts in arbitration” in *Arbitration and Oral Evidence*, Levy, L and Veeder, ICC Publishing.
- CRAWFORD, 2010, “Advocacy Before the International Court of Justice and Other International Tribunals in State-to-State Cases”, in *The Art of Advocacy in International Arbitration*, R. Bishop & E. Kehoe.
- DE BOISSESON, M, 1990, “Comparative Introduction to the Systems of Producing Evidence in Common Law Countries and the Countries from Roman Law Tradition” in *International Chamber of Commerce, Taking of Evidence in International Arbitration Proceedings*, ICC Publishing SA.

---

105 BLACKABY (2015).



- HOLTZMANN, Howard M., 1991, "Fact-Finding By The Iran–United States Claims Tribunal" in *Fact-Finding before International Tribunals: Eleventh Sokol Colloquium*, Transnational, New York.
- HOLTZMANN, Howard, 1995, "Streamlining arbitral proceedings: Some techniques of the Iran–United States Claims Tribunal", *Arbitration International*, vol. 11, number 1.
- HONG, Sik Chung, 2011, "Taking of Evidence In International Arbitration Procedure – Focusing On 2010 IBA Rules On The Taking Of Evidence In International Arbitration", *Journal of Arbitration Studies*, vol. 21, number 3.
- KARRER, Pierre, 2010, "The Civil Law and Common Law divide: An international arbitrator tells it like he sees it" in *American Arbitration Association, Handbook on International Arbitration and ADR*, Thomas E. Carbonneau, 2.º ed., Juris, New York.
- KERN, 2010, Internationale Schiedsverfahren zwischen Civil Law und Common Law, 109 VglWiss 78.
- KUBALCZYK, Anna, 2015, "Evidentiary Rules In International Arbitration – A Comparative Analysis Of Approaches And The Need For Regulation", *Groningen Journal of International Law*, vol. 3, number 1.
- LAEUCHLI, Urs, 2010, "Civil and Common Law Contrast and Synthesis in International Arbitration" in *Handbook on International Arbitration Practice*, American Arbitration Association, Juris, New York.
- PIETROWSKI, Robert, 2006, "Evidence In International Arbitration", *Arbitration International*, vol. 22, number 3.
- PILKOV, Konstantin, 2014, "Evidence In International Arbitration: Criteria For Admission And Evaluation", *Arbitration*, vol. 80, number 11.
- REYMOND ET AL., 1994, "The standards and burden of proof in international arbitration", *Arbitration International*, vol. 10, number 3.
- REYMOND, Claude, 1989, "Civil Law And Common Law Procedures: Which Is The More Inquisitorial? A Civil Lawyer's Response", *Arbitration International*, vol. 5, number 4.
- RUBINO-SAMMARTANO, M, 1989, *International Arbitration Law*, 1.º ed., Springer, Netherlands.
- SALEH, Samir, 1999, "Reflections On Admissibility Of Evidence: Interrelation Between Domestic Law And International Arbitration", *Arbitration International*, vol. 15, number 2.
- SALOMON, Claudia, 2003, "Submitting Evidence In An International Arbitration: The Common Lawyer's Guide", *Journal of International Arbitration*, vol. 20, number 3.
- SMITH, Robert, 1996, "Roles of the Arbitral Tribunal in Civil Law and Common Law Systems with Respect to Presentation of Evidence" in *Planning Efficient*

- Arbitration Proceedings: The Law Applicable in International Arbitration*, AJ Van den Berg, vol. 7, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn.
- STRAUS, Michael, 1986, “The practice of the Iran–US Claims Tribunal in receiving evidence from parties and from experts”, *Journal of International Arbitration*, vol. 57, number 3.
- VEEDER, 2008, “Whose Arbitration Is It Anyway: The Parties or the Arbitration Tribunal – An Interesting Question?”, in *The Leading Arbitrators’ Guide to International Arbitration*, L. Newman & R. Hill.
- VERCAUTEREN, Laurent, 2012, “Note and Comment: The Taking of Documentary Evidence in International Arbitration”, *The American Review of International Arbitration*, vol. 23, number 1.
- WAINCYMER, Jeffrey, 2012, “Approaches to Evidence and Fact Finding” in *Procedure and Evidence in International Arbitration*, Jeffrey Waincymer, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn.



# Global labour market for professional football players and contract law

**Vasiliki Fasoula** <sup>\*</sup>

PhD researcher at Research Institute of Business Law  
Université Paris II Panthéon-Assas

---

## CONTENTS

- I. Introduction
- II. The contractual chain linking transnational football federations and their members
- III. The effect of the CJEU on the interaction between freedom of movement for workers and contractual freedom
- IV. The effect of the Commission on the interaction between competition law and contractual freedom
- V. The effect of transnational football bodies on transnational mechanisms of dispute resolution
- VI. Conclusion  
Bibliography

---

\* PhD candidate in Private law, Paris II Panthéon-Assas University, Research Institute in Business Law, France.

## I. Introduction

The creation of the International Olympic Committee (hereinafter IOC) by Pierre de Coubertin in 1894 was the milestone for the global promotion of sport activities. De Coubertin's objective was not only to re-establish the Olympic Games of ancient Greece but also to advocate for an idealistic concept of a transnational sport competition spirit that could help elevate the global human community to better moral values.<sup>1</sup> In his opinion, this would be possible through sport's organisational autonomy. In the matter of the Olympic Games, the Olympic Movement should have competence in creating transnational norms in sports without being bound to any specific substantive legislation or government intervention. Therefore, it should also be responsible for the self-governance of transnational sport organisation.<sup>2</sup> This concept is known as *lex sportiva*,<sup>3</sup> a term with no official legal description.

The establishment of the IOC laid down the foundations and principles of global sport organisation as we know it today in the present legal, institutional and economic context and communicated the global nature of sport to the wider public and national governments. Although the IOC attracted much of the spotlight, the humble sport activity of football begun its history quite earlier than the IOC and today football is the backbone of a multibillion global industry.<sup>4</sup> It was in 1863 that the first Football Association was established in Great Britain. Soon after, football associations appeared in France (1870)<sup>5</sup> the Netherlands and Denmark (1889) New Zealand (1891), Argentina (1893), Chile (1895), Switzerland, Belgium (1895), Italy (1898), Germany, Uruguay (both in 1900), Hungary (1901)

---

1 MARTINKOVA (2016).

2 International Olympic Committee (2017), *Olympic Charter in force as from September 2017*, in [https://stillmed.olympic.org/media/Document%20Library/OlympicOrg/General/EN-Olympic-Charter.pdf#\\_ga=2.241435522.1063922124.1516281581-700252627.1515116261](https://stillmed.olympic.org/media/Document%20Library/OlympicOrg/General/EN-Olympic-Charter.pdf#_ga=2.241435522.1063922124.1516281581-700252627.1515116261) (15.01.2018). The Fifth Principle of Olympism in the latest Olympic Charter states that

Recognising that sport occurs within the framework of society, sports organisations within the Olympic Movement shall have the rights and obligations of autonomy, which include freely establishing and controlling the rules of sport, determining the structure and governance of their organisations, enjoying the right of elections free from any outside influence and the responsibility for ensuring that principles of good governance be applied.

3 Some authors are proposing a distinction between the *lex sportiva* as a transnational autonomous legal order created by the norms produced by international sporting federations which function under a formal contract basis combined with submission to the jurisdiction of sporting federations by athletes and others who come under its jurisdiction, with the Court of Arbitration for Sport as its unique forum, and the *lex iudica* which describes the formal rules and the equitable principles of sport which can be enforced by national courts, see LINDHOLM (2015); VALERO (2014); SIEKMANN (2011); FOSTER (2005).

4 MARKOVITS, RENSMANN (2010), p. 43.

5 TERRET (2016), p. 34.

and Finland (1907).<sup>6</sup> The International Federation of Football Associations (hereinafter FIFA) was created in 1904 by seven founder members and to this day it has 211 members worldwide. In Europe, the Union of European Football Associations (hereinafter UEFA) consists of 55 member associations. Both bodies are private entities that hold a monopoly on regulating competitive sports at an international level and they have their current head offices in Switzerland. The governance of such a global industry involving multi-stakeholder interests, pushes the limits of the division between private contractual liberty of the parties and public regulation as we know it so far in the European continental legal tradition. The transnational supply and demand in the football market makes the mobility and migration of players worldwide a significant condition to the football clubs success, as they are always looking to sign up the best talents that can offer them a competitive advantage compared to their opponents in the sports market with high levels of economic reward.<sup>7</sup>

The players' contracts are an expression of the autonomous choices of contracting parties. The freedom of contract is a fundamental tenet of contract law in all open market economies providing legal predictability and security in market transactions.<sup>8</sup> The asymmetry of information between the contracting parties may put some parties in a more disadvantaged position than the other. In order to restore the contractual balance between the parties, the State may, for public interest reasons, set the framework for specific contracts in order to protect the weaker party to the contract.<sup>9</sup> The courts may also be called by the parties to intervene in the interpretation of a contract during a civil law litigation or during arbitration. One category of contracts where the State may set the framework is employment contracts, negotiated individually by the parties or following a collective agreement negotiated by official social partners according to the national legislation.<sup>10</sup> In sports, the national legal framework that applies within the limits of that national jurisdiction allows sports federations and sports governing bodies to set-up their own internal statutes and regulations, as well as to enforce these regulations in relation to their members and other affiliated persons. However, some of these national status and regulations are enacted by transnational private sport bodies, such as FIFA, UEFA etc. and have a worldwide reach.<sup>11</sup> In

---

6 La Fédération Internationale de Football Association-FIFA.com (2017), *History of the game*, in <http://www.fifa.com/about-fifa/who-we-are/the-game/index.html> (15.01.2018).

7 POLI (2010), p. 491; MAGEE, SUGDEN (2002), p. 421.

8 POUND (1909); HOOK (2016).

9 OMAN (2016).

10 GRUSIC (2015).

11 For a collection of national sports legislations worldwide see GUROVITS (2018).

the absence of an international public legal order for sport, controlling the validity of their normative autonomy becomes a complex matter with socio-economic implications.

## II. The contractual chain linking transnational football federations and their members

Just like corporations, international sport federations can have a legal personality after the adoption of their statutes and bylaws/regulations. The representatives of the national federations of the same sport discipline must be united in a Congress that will discuss and adopt the statutes of the international federation of that same sport discipline. The affiliation of national federations to their international sport body is also of a contractual nature. The membership agreement is a consensual contract and it is needed in order for the national federations to participate in international sport competitions. It also means that members adhere to all the regulations of the international body and may be sanctioned if they do not operate in total conformity with them. By a hierarchical chain of membership contracts, transnational regulations are binding to the clubs that are members of national federations and by consequence to the players registered to those clubs. The norms produced by transnational sporting bodies are accepted by their members under the principle *pacta sunt servanda* since there is no delegation of public international power to these bodies.<sup>12</sup>

The organisation of international competitions falls in the scope of competence of transnational sport bodies. The structure of the labour market of professional players in such competitions includes organisational rules on teams' composition, players' assignment to teams, for example rules to assign new players between clubs or geographic zones from which clubs are allowed to sign up new players. These rules may take the form of contractual clauses restricting the free mobility of players between clubs coupled with time restrictions or even establishing a specific fee payment system. It also includes the players payment and wage determination process – like salary cap arrangements, periodicity of wage-setting and the role of player agents and unions – and the formation of the players list by establishing justified restrictions on the criteria of players on the list and their maximum or minimum number.<sup>13</sup> In professional football, national contracts of employment between players and their club as well as between officials and their club usually incorporate in their terms the rules under which the

---

12 RABU (2010), pp. 144-154.

13 BORLAND (2006).

club operates within the sporting body of which it is a member. Regulation of this type usually limits the freedom of the employing club and the player to negotiate their own terms on the contract. In some sports the rules require explicitly the contracts of players, coaches and managers to conform to a specific model prescribed by the organisational rules stemming from transnational sporting bodies that bound its members.<sup>14</sup>

Transnational sport bodies have to find a balance in their rules between the sometimes conflicting interests of the clubs that want to keep their best talents and the players that may want to explore better working opportunities in another club. Professional football players are usually contracted under a fixed-term contract with the club. If a player wants to change clubs before the expiration of his contract, he is considered in breach of his contractual agreement and he has to compensate his former club. This procedure is known as a transfer and if the player moves to another country's club, the procedure is known as an international transfer. In the absence of an international legislation on the matter, the void is filled by the norms stemming from transnational sport bodies;<sup>15</sup> in this case, the Regulations on the Status and Transfer of Players (hereinafter RSTP) of FIFA.<sup>16</sup> These regulations are compared to «a parallel transnational labour law applicable exclusively to professional football players and their employers»<sup>17</sup> and have three specificities: the compensation owned is much higher, even exaggerated, than the one due in case of a contractual breach by any other worker; if it is not paid, FIFA can issue temporary bans against the player and his future club and if the player moving is under 23 years old a training compensation may also be due to the clubs who contributed to his professional training.

In 1965 the French, Scottish, English, Italian and Dutch football players' associations established the Fédération Internationale des Associations de Footballeurs Professionnels (hereinafter FIFPro) as an international representative federation for professional players. Until the mid-nineties it had a marginal negotiation power over FIFA and UEFA and players who wanted to challenge their contracts had to act individually.<sup>18</sup> In fact, it is because of these individuals who challenged the validity of their contracts under European law provisions before the Court of Justice of the European Union (hereinafter CJEU) that FIFA and UEFA begun negotiating their regulations with FIFPro and the European

---

14 BELOFF (2012).

15 ELIASSON (2009), p. 386.

16 La Fédération Internationale de Football Association-FIFA.com (2017), *Regulations on the Status and Transfer of Players 2018*, in [http://resources.fifa.com/mm/document/affederation/administration/02/92/54/37/regulationsonthestatusandtransferofplayersdez2017webeng\\_neutral.pdf](http://resources.fifa.com/mm/document/affederation/administration/02/92/54/37/regulationsonthestatusandtransferofplayersdez2017webeng_neutral.pdf) (15.01.2018).

17 DUVAL (2016), p. 84.

18 GEERAERT (2016), pp. 72-74.



Commission. The importance of the European legislation and case law in creating a framework for an industry that has been always proclaiming its legal and institutional autonomy can be resumed in the phrase that «the European Union remains to this date the only international governmental organisation to have imposed to international sport organisations such profound modifications of their rules».<sup>19</sup>

### III. The effect of the CJEU on the interaction between freedom of movement for workers and contractual freedom

The composition of professional football clubs has been part of the regulatory/organisational aspect of sport falling in the competence of transnational football bodies. The early regulations provided a system of nationality-based quotas on the composition of football teams by national and foreigner players. The justification of that system was that the popularity of football was an important factor of shaping the national identity of supporters with wider social implications concerning social cohesion, education and job opportunities especially for the youth of the country where the club was registered. International federations were defending a vague notion of «purely sporting rules exception» that would allow them to adopt regulations including restrictions to the European provisions of free movement. In the Lisbon Treaty, the free movement of workers is protected under article 45 of the Treaty on the Functioning of the European Union (hereinafter TFEU).<sup>20</sup> The CJEU has ruled that the definition of «worker» protected under article 45 TFEU is a matter of European law and does not depend on the various definitions of the term by Member States' national legislations that could otherwise bypass the free movement objectives of the European Treaties.<sup>21</sup>

---

19 MIEGE (2017), p. 278.

20 Art. 45 TFEU states that

1. Freedom of movement for workers shall be secured within the Union. 2. Such freedom of movement shall entail the abolition of any discrimination based on nationality between workers of the Member States as regards employment, remuneration and other conditions of work and employment. 3. It shall entail the right, subject to limitations justified on grounds of public policy, public security or public health: (a) to accept offers of employment actually made; (b) to move freely within the territory of Member States for this purpose; (c) to stay in a Member State for the purpose of employment in accordance with the provisions governing the employment of nationals of that State laid down by law, regulation or administrative action; (d) to remain in the territory of a Member State after having been employed in that State, subject to conditions which shall be embodied in regulations to be drawn up by the Commission. 4. The provisions of this article shall not apply to employment in the public service.

21 CJ, 19.03.1964, Case 75/63, *Mrs M.K.H. Hoekstra (née Unger) v. Bestuur der Bedrijfsvereniging voor Detailhandel en Ambachten*, ECLI:EU:C:1964:19; TEYSSIE (2013), p. 108.

In the *Walrave* case the CJCE ruled that a prohibition based on nationality «does not affect the composition of sport teams, in particular national teams, the formation of which is a question of purely sporting interest and as such has nothing to do with economic activity (...) this restriction on the scope of the provisions in question must however remain limited to its proper objective».<sup>22</sup> By this formulation the Court made clear that rules laid down by sporting federations, limiting or restricting the free movement of professional sportsmen based on nationality, could be found to be infringing the European provisions of free movement of workers within the internal market. According to the CJCE, the European Treaty would not apply to economic sporting activities only if the motive for the proportionate rule was a non-economic or a «purely sporting» one.<sup>23</sup>

Two years later in the *Donà* case, where a football agent challenged the nationality and residence preconditions imposed by the Italian Football Federation excluding players from another member of the European Union to participate in the national Italian Championship, the CJEU made clear that professional and semi-professional football players are encompassed by the definition of «workers» under article 45 TFEU. It also ruled the exclusion of foreign players «from participation in certain matches for the reasons which are not of an economic nature, which relate to the particular nature and context of such matches and are thus, only, of sporting interest».<sup>24</sup> The notion of purely sporting rules was interpreted by the CJEU in a way that meant that sporting rules could be exempted from a compatibility control with European law if they produced an economic effect but were based on non-economic motives that relate to the particular nature and context of certain matches and are proportionate to this objective. It is argued that this purely sporting exception should not be applying to rules on team composition in a general manner but only to nationality rules in national team sports.<sup>25</sup>

It seems that the unfortunate wording of «purely sporting interest» formulated by the Court was used by the sporting industry as a suggestion of a clean separation between rules of purely sporting interest and rules with an economic impact. This separation would provide a legitimate justification for the international federations to keep avoiding a compatibility control of their regulations with the European legal order even when these rules have detrimental economic consequences for individuals. It is however more likely that by imposing the sporting exception to be proportionate to its non-economic objective the CJEU

---

22 CJ, 12.12.1974, Case 36/74, *Walrave and Koch v. Union Cycliste Internationale*, ECLI:EU:C:1974:140, paras 8-9.

23 LATTY (2007), p. 698.

24 CJ, 14.07.1976, Case 13/76, *Gaetano Donà v. Mario Mantero*, ECLI:EU:C:1976:115, para 14.

25 PARRISH, MIETTINEN (2008), p. 100.

wanted to make clear that the evaluation of the limits of the autonomy granted to sports federations to set rules undisturbed by the demands of European legislation was a matter of judicial control.<sup>26</sup> After these two decisions of the CJEU, the European Commission was encouraged, in the late seventies, to engage the European sporting authorities in a dialogue in order to revisit the UEFA rules that were imposing quotas to the number of foreign players in professional football clubs. These efforts gave no result mostly because the football federations defended strongly their normative autonomy and independence from any national or supra-national substantive law.<sup>27</sup>

In the years following these two rulings the commercial value of football industry grew immensely<sup>28</sup> and it coincided with a swift of the political and economic focus of the European Commission and the CJEU to a more vigorous enforcement of internal market law coupled with the de-regulation of various economic sectors. Until the *Bosman*<sup>29</sup> case in 1993, professional players were unable to exercise their contractual freedom, like any other worker, to move between clubs-employers. For a professional football player to participate in official matches under his club, the player's registration which is held by the previous club had to be secured. That registration would be released only when the previous club was satisfied with the terms offered by the new club, including the payment of a fee. The *Bosman* case essentially placed under judicial scrutiny the discriminatory «3+2» regulation established by UEFA and had been drawn up in collaboration with the Commission. That regulation imposed nationality – based quotas in fielding foreign players and also imposed non-discriminatory transfer fee rules which restricted the professional – and therefore economic – activities of football players.

In this particular case, a professional footballer named Bosman, was not considered free to sign for any other club willing to employ him at the end of his contract of employment with his former club-employer, the Royal club liégeois. Any interested club would have to pay a fee to Royal club liégeois in order to obtain the transfer certificate. The CJEU ruled that this duty to buyout the right to contract with an out-of-contract player was considered an obstacle to freedom of movement for workers. Despite the formulation of the transfer rules by UEFA stipulating that the business relationship between the two clubs is to exert no

---

26 WEATHERILL (2007), p. 49.

27 MIÈGE (2017), p. 51.

28 In a consultation document by the European Commission in 1999 on the European sporting model the most significant steps of sport industry are traced: the participation of professional athletes to the Olympic games in 1981, the commercialisation of Olympic symbols and trademarks in 1980, the deregulation of the public audio-visual sector and the high demand for tv sports rights at the late 1980s.

29 CJCE, 15.12.1995, Case C-415/93, *Union Royale Belge des Sociétés de Football Association and others v. Bosman and others*, ECLI:EU:C:1995:463.

influence on the activity of the player, who is to be free to play for his new club, «the new club must still pay the fee in issue, under pain of penalties which may include its being struck off for debt, which prevents it just as effectively from signing up a player from a club in another Member State without paying that fee».<sup>30</sup> This means that restrictive measures which are non-discriminatory, like the transfer fee, are also subject to Article 45 TFEU if they are an «excessive obstacle to the freedom of movement».<sup>31</sup>

The importance of the judge's reasoning is that the significant impact of organisation rules on a club's willingness to recruit a player constitutes a restrictive practice opposing the free movement of workers that is transposable to in-contract players subjected to the compensation and sanctions of non-payment imposed by the FIFA RSTP as well.<sup>32</sup> The CJEU in its famous paragraph 106 recognized that in view of the considerable social importance of sporting activities and in particular football in the Community, the aims of maintaining a balance between clubs by preserving a certain degree of equality and uncertainty as to results and of encouraging the recruitment and training of young players must be accepted as legitimate. The general notion of «social importance of sporting activities» is often promoted by both FIFA and UEFA to justify their regulatory choices. The CJEU abolished the quotas based on nationality discrimination and as far as the transfer fees for expired contracts are concerned they were found to be not proportionate to attain the legitimate objectives recognised as such under paragraph 106, which meant in practice that the rules on transfer system had to be amended. By basing its decision on free movement rules that were laid down in order to alleviate practices that impede cross-border trade, the CJEU had a specific vision of sport as part of European trade law.<sup>33</sup> Even though article 45 TFEU covers EU citizens, the CJEU confirmed in the *Kolpak*<sup>34</sup> and *Simutenkov*<sup>35</sup> cases that athletes from a third country which has an agreement with the EU containing non-discriminatory measures, are to be treated equally to EU citizens.<sup>36</sup>

---

30 *Ibid*, para 100.

31 CRAIG, DE BÚRCA (2015), p. 761.

32 DUVAL (2016), p. 86.

33 WEATHERILL (2010), p. 485.

34 CJCE, 08.05.2003, Case C-438/00, *Deutscher Handballbund eV v. Maros Kolpak*, ECLI:EU:C:2003:255.

35 CJCE, 12.04.2005, Case C-265/03, *Igor Simutenkov v. Ministerio de Educación y Cultura and Real Federación Española de Fútbol*, ECLI:EU:C:2005:213.

36 RABU (2010), p. 397.

## IV. The effect of the Commission on the interaction between competition law and contractual freedom

Until the Bosman ruling, the European Commission had chosen to follow a policy of persuasion of the clubs through dialogue instead of taking a more active stand in relation to the discriminatory rules of the national Leagues, enacted by the regulations of international football federations regarding foreign players, because of the political sensitivity of the issue.<sup>37</sup> The industry had still strong national identities while at the same time operating internationally on a business model basis. At the same time, discriminatory labour practices in the private sector could in theory be challenged both under the free movement provisions and the European competition law. However, depending on the legal basis of the demand, the private enforcement opportunities offered to individuals before national courts are different and so are the Commission's power in safeguarding the internal market law.

The Commission has no power to enforce the freedom of movement of workers against private parties. It can only initiate infringement proceedings against the Member States that have failed to fulfil a Treaty obligation, therefore requiring them to adjust their national legislation which is considered to be contrary to European law. In the case of football and the discriminatory clauses based on nationality laid down in national labour contracts, a Commission's intervention could be in theory possible but also politically and legally delicate. This was voiced by the AG Trabucchi in his Opinion in the *Donà* case who rejected «the principle that the State should be made liable for activities carried out on its territory by individuals exercising their contractual autonomy solely on the ground that they have adopted measures which conflict with directly applicable Community rules».<sup>38</sup> As far as football is concerned, the State's role was, according to the AG, to uphold the right of private parties, the sports clubs, to sign on foreign workers and to withhold legal recognition from a clause to the contrary contained in the rules applicable to them. The contractual autonomy of private parties and their liberty to insert clauses that may be contrary to European law belongs exclusively to the sphere of private law according to AG Trabucchi and therefore there is no legal liability for the public authorities of the Member States.

The liability of the State in case of infringement of Treaty provisions by private parties was mostly examined in cases evolving European competition law. According to the case law of the CJEU at the time, a Member State should not

---

37 GRAYSON (2015), p. 213; VAN ROMPUY (2012), p. 300.

38 Opinion of the Advocate-General Trabucchi delivered on 6 July 1976, Case 13/76, *Gaetano Donà v. Mario Mantero*, ECLI:EU:C:1976:104.

support infringement of European law by private parties by legislating purportedly to sanction or to encourage the illegality or by creating the legal conditions that would leave a Treaty infringement immune from any kind of control of legality.<sup>39</sup> If the national legislation was challenged as being contrary to European law before a national court of a Member State and that court refused to proceed to a conformity control, then that Member State would be liable and exposed to the infringement proceedings initiated by the Commission for failing to fulfil a Treaty obligation.

Regarding the enforcement of European competition law laid down in articles 101 TFEU<sup>40</sup> (ex article 81 TEC) and 102 TFEU<sup>41</sup> (ex article 82 TEC) against private parties, including the transnational and national football federations, the Commission had much more specific powers. According to the rules on procedure, powers of investigation and variety of decisions available to the Commission laid down by Regulation 17/62<sup>42</sup> the Commission had the unique authority

---

39 CJCE, 01.10.1987, Case C-311/85, *ASBL Vereniging van Vlaamse Reisbureaus v. ASBL Sociale Dienst van de Plaatselijke en Gewestelijke Overheidsdiensten*, ECLI:EU:C:1987:418; CJCE, 30.04.1986, joints cases C-209-213/84, *Ministère Public v. Lucas Asjes et alii*, ECLI:EU:C:1986:188.

40 Article 101 TFEU states that

1. The following shall be prohibited as incompatible with the internal market: all agreements between undertakings, decisions by associations of undertakings and concerted practices which may affect trade between Member States and which have as their object or effect the prevention, restriction or distortion of competition within the internal market, and in particular those which: (a) directly or indirectly fix purchase or selling prices or any other trading conditions; (b) limit or control production, markets, technical development, or investment; (c) share markets or sources of supply; (d) apply dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties, thereby placing them at a competitive disadvantage; (e) make the conclusion of contracts subject to acceptance by the other parties of supplementary obligations which, by their nature or according to commercial usage, have no connection with the subject of such contracts. 2. Any agreements or decisions prohibited pursuant to this Article shall be automatically void. 3. The provisions of paragraph 1 may, however, be declared inapplicable in the case of: – any agreement or category of agreements between undertakings, – any decision or category of decisions by associations of undertakings, – any concerted practice or category of concerted practices, which contributes to improving the production or distribution of goods or to promoting technical or economic progress, while allowing consumers a fair share of the resulting benefit, and which does not: (a) impose on the undertakings concerned restrictions which are not indispensable to the attainment of these objectives; (b) afford such undertakings the possibility of eliminating competition in respect of a substantial part of the products in question.

41 Article 102 TFEU states that

Any abuse by one or more undertakings of a dominant position within the internal market or in a substantial part of it shall be prohibited as incompatible with the internal market in so far as it may affect trade between Member States. Such abuse may, in particular, consist in: (a) directly or indirectly imposing unfair purchase or selling prices or other unfair trading conditions; (b) limiting production, markets or technical development to the prejudice of consumers; (c) applying dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties, thereby placing them at a competitive disadvantage; (d) making the conclusion of contracts subject to acceptance by the other parties of supplementary obligations which, by their nature or according to commercial usage, have no connection with the subject of such contracts.

42 Council Regulation 17/62/EEC, *First Regulation implementing Articles 85 and 86 of the Treaty*, 1962, O.J. L13, 21.2.1962, p. 204.

to exempt a restrictive agreement under article 101(3) TFEU (ex article 81(3) TEC) but only after notification of the agreement by the parties. In the case of football, the national clubs would have to notify their employment contract drafts with professional players and other rules to the Commission. If the Commission considered that they were in breach of the competition rules, it could demand the termination of the anticompetitive practice and/or impose a fine.

Despite the inactivity of the Commission in the early years of the football industry, both the Treaty's provisions on free movement and competition have a horizontal direct effect which means that player restrictions could be challenged before national courts following the procedures set on every Member State according to the principle of procedural autonomy of Member States.<sup>43</sup> However, an exemption of the anticompetitive practice under article 101(3) TFEU (ex article 81(3) TEC) is available in restrictive practices concerning the commercialisation of goods and services or, in other words, revenue-generating activities,<sup>44</sup> but may not include labour. In general, compensation and other employment conditions are often negotiated within the framework of collective or tariff agreements between the labour unions and employer organisations known as the social partners. Collective agreements can be excluded from the application of competition law only if they meet the conditions laid down in the *Albany* case.<sup>45</sup> The agreement must be the product of collective bargaining between the social partners in the form of a binding collective agreement, it must not include hidden restrictions of competition and it must incorporate only socio-political aims such as employment and working conditions. However, if the agreement incorporates conditions that go beyond the rights and obligations in the employer-employee relationship and affects third parties or markets, such as clients, suppliers, competing employers or consumers, it cannot be exempted and has to be assessed on the basis of article 101 TFEU.<sup>46</sup> Since the organisational rules of transnational football bodies were not qualified as collective agreements but were, however, imposing conditions in the employment contracts of their members effecting competing clubs and federations, the Commission would have to find a way to control them under competition provisions.

The question of compatibility of organisational rules with EU competition law was analysed in the *Bosman* case. Even though the CJEU declined to answer the national court's question on the compatibility of the transfer rules with articles

---

43 SCHEPEL (2013).

44 PIJETLOVIC (2016).

45 CJCE, 21.09.1999, Case C-67/96, *Albany International BV v. Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie*, ECLI:EU:C:1999:430.

46 DRIGUEZ (2006); SÄCKER (2008).

101 TFEU and 102 TFEU, the opinion of the AG Lenz in that ruling<sup>47</sup> offered the legal framework under which the European competition law could be specifically applicable to sport, at a time when the EU had no specific legal or institutional competence over the sport sector yet. In his legal analysis AG Lenz defined football clubs as undertakings<sup>48</sup> and the football federations as associations of undertakings (national federations) or associations of associations of undertakings (UEFA and FIFA). Therefore, the organisational rules that also effect the drafting of employment contracts for professional players, imposed by UEFA or the national federations, were interpreted by the AG as decisions of associations of undertakings or agreements between undertakings (the clubs). He concluded that the transfer rules could have an effect on trade between Member States. According to the AG «those rules replace the normal system of supply and demand by a uniform machinery which leads to the existing competition situation being preserved and the clubs being deprived of the possibility of making use of the chances, with respect to the engagement of players, which would be available to them under normal competitive conditions».<sup>49</sup> As far as the transfer fees are concerned, the tendency to maintain the existing competition situation was according to AG Lenz inherent in the system that impedes fair competition between the football clubs. This opinion has reportedly «inspired the European Commission to pro-actively use EU competition law as a source of political and legal leverage to obtain a reform of the FIFA RSTP».<sup>50</sup>

The *Bosman* ruling qualified international sport bodies as undertakings and their organisational rules as agreements between undertakings, which meant that they were subject to the Commission's control under European competition law following the procedure laid down by Regulation no. 17/62. After this ruling, the Commission felt empowered to formally challenge FIFA's organisational rules under competition law. In 1997 FIFA notified its amended RSTP to the Commission for a compatibility evaluation with European competition law. FIFA had abolished the transfer fees for out-of-contract players but in the Commission's opinion the economic effect of maintaining the transfer fees for in-contract players would still restrict competition. Therefore, it issued a statement of objections addressed to FIFA stating this concern. A statement of objections is the official notification to the undertakings under competition proceedings that a prohibition

---

47 Opinion of the Advocate General Lenz delivered on 20 September 1995, Case C-415/93, *Union Royale Belge des sociétés de Football Association et alii v. Bosman et alii*, ECLI:EU:C:1995:293.

48 The CJEU case law has established that «the concept of an undertaking encompasses every entity engaged in an economic activity, regardless of the legal status of the entity and the way in which it is financed» see CJCE, 23.04.1991, Case C-41/90, *Klaus Höfner and Fritz Elser v. Macrotron GmbH*, ECLI:EU:C:1991:161.

49 *Ibid*, para 262.

50 DUAL (2016), p. 89.



decision finding an infringement of EU competition law was about to be made, potentially accompanied by a high fine. Undertakings have the right to negotiate and offer remedies to the Commission in order to address its concerns as laid down to the statement of objection. This negotiation could lead either to informal settlements or commitment decisions under Regulation no. 17/62.

In the 1999 Commission's guidelines on the application of competition rules to sport<sup>51</sup> we find some of the reasons for the Commission to challenge FIFA's transfer rules. Amongst those reasons we find that the clubs (undertakings) had decided together how the system of fixing and paying the transfer fee will work. They had therefore given up the freedom of clubs to hire players by transfer without a fee or in return for a fee that is calculated objectively on the basis of real costs incurred by the old club for training and promoting the players. Clubs had also given up the possibility of hiring players who have unilaterally terminated their contract, therefore conserving the transfer system as it is. In the Commission's opinion the fact that these rules applied to all international transfers of players within the European Union, as well as the fact that the fees are fixed too high, or even at exorbitant levels for best players are «sufficient demonstration that their purpose and effect is significantly to restrict or to distort competition on the market in professional football matches staged by the first-division clubs in the Community and the EEA».<sup>52</sup> Also, the ban on transfers following a unilateral termination of a contract by a player in cases where the player has fulfilled all obligations under national employment law, as well as the standard employment contract between players and clubs represent a violation of the European provisions on free movement of workers because such measures can restrict the right of free movement of young athletes. Hence, FIFA should withdraw its ban on the transfer of players who have unilaterally terminated their contract, provided that they have fulfilled their contractual obligations under national law.

Following the statement of objections, negotiations between the football industry and the Commission started in order to find a common ground and in 2001 a joint FIFA/UEFA Task Force was created in order to work on devising a reform proposal that would be acceptable by all stakeholders and in conformity with European competition law.<sup>53</sup> The Commission and the football industry came to an agreement in 2001 that ended the competition proceedings and laid down the principles that influenced the current structure of the international transfer system of football players. Amongst those principles, the ones with special interest in regards to players employment contracts are those that provide

---

51 European Commission, 1999, *Preliminary guidelines on the application of the competition rules to sport*, Internal Memo O/99/59, SEC (1999) 249.

52 *Ibid*, para 30.

53 PARRISH (2003), p. 142; VAN DEN BOGAERT (2005), p. 230.

for: the creation of one transfer period per season, and a further limited mid-season window, with a limit of one transfer per player per season; the minimum and maximum duration of contracts of respectively 1 and 5 years; the contracts to be protected for a period of 3 years up to the age of 28 and 2 years thereafter; for the system of sanctions to be implemented in a way that preserves the regularity and proper functioning of sporting competition so that unilateral breaches of contract are only possible at the end of a season; for a financial compensation to be paid if a contract is breached unilaterally by the player or the club; and for proportionate sporting sanctions to be applied to players, clubs or agents in the case of unilateral breaches of contract without just cause during the protected period.<sup>54</sup> Under the new Regulation no. 1/2003<sup>55</sup> on European competition law procedures, undertakings have a larger operating framework to propose remedies and put an end to the competition proceedings by an official commitment decision.

## V. The effect of transnational football bodies on transnational mechanisms of dispute resolution

According to the European Commission, sport, in general, has a huge economic impact in the EU: €407 billion in 2004, representing 3.7% of the EU GDP and employing 15 million persons (5.4% of the labour force).<sup>56</sup> The financial transformation of the clubs over the years and the liberalisation of labour migration for footballers had as a consequence an extreme increase in players' wages creating a gap between the top clubs and the lower leagues.<sup>57</sup> This situation can create obstacles in the functioning of the football market due to the lack of an effective social dialogue for collective agreements in the industry and of truly representative social partners.<sup>58</sup> The Lisbon Treaty tried to fill this gap by establishing a supporting competence for the EU in the sport sector in articles 165 and 166 TFEU. These articles legitimated the EU's role in taking initiatives to promote sporting issues that are limited to incentive measures, excluding any legislative harmonisation. It also officialised the submission of international

---

54 Commission Press Release (2001), *Outcome of discussions between the Commission and FIFA/UEFA on FIFA Regulations on international football transfers*, IP/01/314, in [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-01-314\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-01-314_en.htm) (15.01.2018).

55 Council Regulation (EC) 1/2003, *Council Regulation of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty*, 2003, O.J. L1, 04.01.2003, p. 1.

56 European Commission DG Competition (2017), *EU competition policy and the sports sector*, in [http://ec.europa.eu/competition/sectors/sports/overview\\_en.html](http://ec.europa.eu/competition/sectors/sports/overview_en.html) (15.1.2018).

57 ANDREFF (2016); COGNARD (2012).

58 PRIMAULT (2016); O'LEARY (2017), p. 157.

sporting bodies to the internal market law control and the proportionality principle. However, article 165 (1) TFEU stipulates that the EU must take account of the specific nature of sport, a notion that allows transnational bodies to pass rules and regulations that would be otherwise accepted with difficulty by the European institutions in other economic sectors.<sup>59</sup> These rules and regulations affect the contractual freedom of players and clubs. The lack of harmonisation of labour law and contract law in Member States could make the resolution of contractual disputes between players and clubs before national civil courts a very long and costly procedural battle.<sup>60</sup>

Employment contracts of professional players must be in conformity with the national legislation of the country where the club is registered and its courts have competence over breaches of contractual agreements. However, the organisational rules of FIFA create a parallel system of transnational labour and contract law norms. In the case of a contractual disagreement the FIFA RSTP designs three bodies for dispute resolution concerning its regulations. First, the Dispute Resolution Chamber (hereinafter DRC) that is composed by 24 members in total, half of them being players' representatives and the other half clubs representatives, appointed by the FIFA Executive Committee on the proposal of the players' associations and clubs or leagues. This body is competent for resolving disputes between clubs and players in relation to the maintenance of contractual stability where there has been a request for an International Transfer Certificate, employment-related disputes between a club and a player of an international dimension and disputes relating to training compensation and the solidarity mechanism. Second, the Players' Status Committee (hereinafter PSC) that is composed according to the procedure laid down on the Rules governing the procedures of the Players' Status Committee and the Dispute Resolution Chamber<sup>61</sup> and its president and vice-president must be members of the Executive Committee. It is competent to deal with employment disputes involving a coach and an association and a club, disputes between clubs that don't fall in the scope of DRC's competence and disputes linked to the issuing of an International Transfer Certificate. The above – mentioned bodies are internal to FIFA's structure and they adjudicate in the presence of at least three members unless the case is considered of a simple nature and can be dealt by a single judge.

---

59 WEATHERILL (2012).

60 CJCE, 16.03.2010, Case C-325/08, *Olympique Lyonnais SASP v. Olivier Bernard and Newcastle UFC*, ECLI:EU:C:2010:143 ; Cass. Soc., 6 oct. 2010, *Olympique Lyonnais SASP v. Olivier Bernard, Newcastle UFC*, Bull. civ., V, n° 07-42023.

61 La Fédération Internationale de Football Association-FIFA.com (2017), *Rules Governing the Procedures of the Players' Status Committee and the Dispute Resolution Chamber*, in [http://resources.fifa.com/mm/document/affederation/administration/02/92/54/28/rulesgoverningtheproceduresoftheplayersstatus-committeeandthedisputeresolutionchamberdezember2017\\_neutral.pdf](http://resources.fifa.com/mm/document/affederation/administration/02/92/54/28/rulesgoverningtheproceduresoftheplayersstatus-committeeandthedisputeresolutionchamberdezember2017_neutral.pdf) (15.01.2018).

The members of the DRC designate amongst themselves one single judge for the players and one for the clubs. If the single judge of the DRC considers that the case involves «fundamental issues» the case can be referred to the chamber. The single judge of the PSC is its Chairman or a person appointed by him or her.

The decisions of these two bodies may be appealed within specific delays before the third dispute resolution mechanism which is the Court of Arbitration for Sport (hereinafter CAS). FIFA introduced an arbitration clause in favour of the CAS in its statutes in 2002. Each club or player that participates in DRC or PSC proceedings, without raising any direct objection regarding the CAS arbitration clause or the jurisdiction of the DRC and the PSC, is bound by a CAS arbitration clause, according to the jurisprudence of the Swiss Federal Tribunal. Awards of CAS can be challenged by the parties before the Swiss Federal Tribunal under very strict conditions, which makes the CAS a de facto ultimate arbiter of matters involving the FIFA RSTP.<sup>62</sup> The voluntary character of arbitration does not prevent the parties from recourse to national courts. This was also part of the Agreement between the Commission and the football industry that followed Bosman and aimed at safeguarding the due process rights of the persons affected by the RSTP.

FIFA's RSTP article 22 stipulates that FIFA is competent to hear claims based on the RSTP without prejudice to the right of any player or club to seek redress before a civil court for employment related disputes. Despite the option offered to parties to bring their case before a national court, the majority of transnational labour disputes arising from the professional football employment field are dealt by FIFA's dispute resolution bodies. Some of the reasons for this concentration is that these bodies follow fast procedures at a very low cost when compared to traditional labour disputes before national courts. Also, a possible bias of a national court in favour of one of the two parties is, at least in theory, less plausible in a transnational environment.<sup>63</sup> Most important, players and clubs use FIFA's dispute resolution bodies as a way to claim exorbitant salaries or damages that would otherwise be difficult to prove and justify before national labour proceedings. Especially in cases of international transfers, if there is a pending contractual dispute between the player and his former club, the former football association must refuse to provide the ITC and the player and/or his new club will have to turn to the PSC to obtain a provisory registration with the new club. If there are no pending national proceedings, the DRC will automatically have the

---

62 Rigozzi (2010), p. 263.

63 Duval (2016), p. 99.

competence to adjudicate the contractual dispute. If the player or the club have turned to the national courts the DRC will refuse to adjudicate the case to avoid parallel process and forum shopping.<sup>64</sup>

## VI. Conclusion

The liberalisation of an economic sector such as sports without its submission to a conformity control under substantive law can have negative economic and social impacts in a free market economy. In order to avoid distortion of competition, the raise of burden of debt for clubs, social dumping and forum shopping, the EU has been engaging in a long and difficult dialogue with the stakeholders of the football industry in order to create the framework to control transnational sporting norms under EU internal market law.<sup>65</sup> The funding of players' wages and transfer fees varies considerably between countries within the EU and outside. In the absence of a transnational labour law or contract law most of the contractual disputes are often resolved via arbitration.<sup>66</sup>

The European Commission tries to engage the transnational bodies in a social dialogue that can offer some minimum protection for players. After a joint request by FIFPro and the representatives of the European Professional Leagues, a social dialogue committee was established in 2008 that resulted in an agreement in 2012 on minimum requirements in standard players' contracts and further discussions are planned.<sup>67</sup> The Commission also promoted the Financial Fair Play in 2010 within UEFA that does not allow for the clubs which participate in European competitions to spend more money than they earn, in a way to establish a monetary cap that should provide balance to the football market. The UEFA Executive Committee approved the formation of the two-chamber Club Financial Control Body (CFCB) in June 2012 to oversee the application of the UEFA Club Licensing and Financial Fair Play Regulations.<sup>68</sup> In these initiatives the Commission sees an alternative source of global regulation in the absence of a global state but also a legitimization of its actions and initiatives to promote the players interests in an industry dominated by the interests of the club owners.

---

64 BELOFF (2012).

65 TENREIRO (2015).

66 LOQUIN (2003).

67 PARRISH (2016); MIÈGE (2017), p. 275.

68 The Union of European Football Associations-UEFA.com (2017), *Protecting the game: Financial Fair Play*, in <https://www.uefa.com/insideuefa/protecting-the-game/club-licensing-and-financial-fair-play/index.html> (15.01.2018).

## Bibliography

- ANDREFF, Wladimir, 2016, “International labour migration”, in *Handbook on the economics of sport*, Wladimir Andreff, Stefan Szymanski (eds.), Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, pp. 325-330.
- BELOFF, Michael *et alii*, 2012, *Sports Law*, 2<sup>nd</sup> ed., Hart Publishing, Oxford.
- BORLAND, Jeff, 2016, “The production of professional team sports”, in *Handbook on the economics of sport*, Wladimir Andreff, Stefan Szymanski (eds.), Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, pp. 22-26.
- CJ, 12.12.1974, Case 36/74, *Walrave and Koch v. Union Cycliste Internationale*, ECLI:EU:C:1974:140.
- CJ, 14.07.1976, Case 13/76, *Gaetano Donà v. Mario Mantero*, ECLI:EU:C:1976:115.
- CJ, 19.03.1964, Case 75/63, *Mrs M.K.H. Hoekstra (née Unger) v. Bestuur der Bedrijfsvereniging voor Detailhandel en Ambachten*, ECLI:EU:C:1964:19.
- CJCE, 01.10.1987, Case C-311/85, *ASBL Vereniging van Vlaamse Reisbureaus v. ASBL Sociale Dienst van de Plaatselijke en Gewestelijke Overheidsdiensten*, ECLI:EU:C:1987:418.
- CJCE, 08.05.2003, Case C-438/00, *Deutscher Handballbund eV v. Maros Kolpak*, ECLI:EU:C:2003:255.
- CJCE, 12.04.2005, Case C-265/03, *Igor Simutenkov v. Ministerio de Educación y Cultura and Real Federación Española de Fútbol*, ECLI:EU:C:2005:213.
- CJCE, 15.12.1995, Case C-415/93, *Union Royale Belge des Sociétés de Football Association and others v. Bosman and others*, ECLI:EU:C:1995:463.
- CJCE, 16.03.2010, Case C-325/08, *Olympique Lyonnais SASP v. Olivier Bernard and Newcastle UFC*, ECLI:EU:C:2010:143.
- CJCE, 21.09.1999, Case C-67/96, *Albany International BV v. Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie*, ECLI:EU:C:1999:430.
- CJCE, 23.04.1991, Case C-41/90, *Klaus Höfner and Fritz Elser v. Macrotron GmbH*, ECLI:EU:C:1991:161.
- CJCE, 30.04.1986, joints cases C-209-213/84, *Ministère Public v. Lucas Asjes et alii*, ECLI:EU:C:1986:188.
- COGNARD, Jean-Rémi, 2012, *Contrats de travail dans le sport professionnel*, Dalloz-Juris éditions, Paris.
- COMMISSION PRESS RELEASE (2001), *Outcome of discussions between the Commission and FIFA/UEFA on FIFA Regulations on international football transfers, IP/01/314*, in [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-01-314\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-01-314_en.htm) (15.01.2018).
- COUNCIL REGULATION (EC) 1/2003, *Council Regulation of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and*

- 82 of the Treaty, 2003, O.J. L1, 04.01.2003, pp. 1-25.
- COUNCIL REGULATION 17/62/EEC, *First Regulation implementing Articles 85 and 86 of the Treaty*, 1962, O.J. L13, 21.02.1962, pp. 204-211.
- COUR DE CASSATION (France), chambre sociale, 6 octobre 2010, *Olympique Lyonnais SASP v. Olivier Bernard, Newcastle UFC*, Bulletin civil, V, n° 07-42023.
- CRAIG, Paul de Búrca, Gráinne, 2015, *EU Law: Text, Cases, and Materials*, 6<sup>th</sup> ed., Oxford University Press, Oxford.
- DRIGUEZ, Laetitia, 2006, *Droit social et droit de la concurrence*, Bruylant, Bruxelles.
- DUVAL, Antoine, 2016, "The FIFA Regulations on the Status and Transfer of Players: Transnational Law-Making in the Shadow of Bosman" in *The Legacy of Bosman: Revisiting the Relationship between EU Law and Sport*, Antoine Duval, Ben Van Rompuy (eds.), Asser Press-Springer, The Hague, pp. 81-115.
- ELIASSON, Annika, 2009, "The European football market, globalization and mobility among players", *Soccer & Society*, vol. 10, number 3-4, pp. 386-397.
- EUROPEAN COMMISSION DG COMPETITION (2017), *EU competition policy and the sports sector*, in [http://ec.europa.eu/competition/sectors/sports/overview\\_en.html](http://ec.europa.eu/competition/sectors/sports/overview_en.html) (15.01.2018)
- EUROPEAN COMMISSION, 1999, *Preliminary guidelines on the application of the competition rules to sport*, Internal Memo O/99/59, SEC (1999) 249.
- FOSTER, Ken, 2005, "Lex sportiva and lex ludica: the court of arbitration for sport's jurisprudence", *The Entertainment and Sports Law Journal*, vol. 3, number 2, pp 1-14.
- GEERAERT, Arnout, 2016, *The EU in international sports governance: a principal-agent perspective on EU control of FIFA and UEFA*, Palgrave Macmillan, Hampshire.
- GRAYSON, Edward, 2015, *Sports and the law*, 4<sup>th</sup> ed., Bloomsbury, London.
- GRUSIC, Ugljesa, 2015, *The European private international law of employment*, Cambridge University Press, Cambridge.
- GUROVITS, András, 2018, *The Sports Law Review*, 3<sup>rd</sup> ed., Law Business Research Limited, London.
- HOOKE, Maria, 2016, *The choice of law contract*, Hart Publishing, Oxford.
- INTERNATIONAL OLYMPIC COMMITTEE (2017), *Olympic Charter in force as from September 2017*, in [https://stillmed.olympic.org/media/Document%20Library/OlympicOrg/General/EN-Olympic-Charter.pdf#\\_ga=2.241435522.1063922124.1516281581-700252627.1515116261](https://stillmed.olympic.org/media/Document%20Library/OlympicOrg/General/EN-Olympic-Charter.pdf#_ga=2.241435522.1063922124.1516281581-700252627.1515116261) (15.01.2018).
- LA FÉDÉRATION INTERNATIONALE DE FOOTBALL ASSOCIATION-FIFA.COM (2017), *History of the game*, in <http://www.fifa.com/about-fifa/who-we-are/the-game/index.html> (15.01.2018).

- LA FÉDÉRATION INTERNATIONALE DE FOOTBALL ASSOCIATION-FIFA.COM (2017), *Regulations on the Status and Transfer of Players 2018*, in [http://resources.fifa.com/mm/document/affederation/administration/02/92/54/37/regulationsonthestatusandtransferofplayersdez2017webeng\\_neutral.pdf](http://resources.fifa.com/mm/document/affederation/administration/02/92/54/37/regulationsonthestatusandtransferofplayersdez2017webeng_neutral.pdf) (15.01.2018).
- LA FÉDÉRATION INTERNATIONALE DE FOOTBALL ASSOCIATION-FIFA.COM (2017), *Rules Governing the Procedures of the Players' Status Committee and the Dispute Resolution Chamber*, in [http://resources.fifa.com/mm/document/affederation/administration/02/92/54/28/rulesgoverningtheprocedureoftheplayersstatuscommitteeandthedisputeresolutionchamberdezember2017\\_neutral.pdf](http://resources.fifa.com/mm/document/affederation/administration/02/92/54/28/rulesgoverningtheprocedureoftheplayersstatuscommitteeandthedisputeresolutionchamberdezember2017_neutral.pdf) (15.01.2018).
- LATTY, Franck, 2007, *La Lex Sportiva: Recherche sur le droit transnational*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden.
- LINDHOLM, Johan, 2015, "Is Lex Sportiva a private legal order? A proposition for an empirical approach", *International Sports Law Review Pandektis*, vol. 11, number 1-2, pp. 191-203.
- LOQUIN, Éric, 2003, "L'internationalisation des contrats sportifs", in *Les contrats des sportifs: L'exemple du football professionnel*, Gérald Simon (ed.), PUF, Paris.
- MAGEE, Jonathan, SUGDEN, John, 2002, "The World at their Feet: Professional Football and International Labor Migration", *Journal of sport and social issues*, vol. 26, number 4, pp. 421-437.
- MARKOVITS, Andrei, RENSMANN, Lars, 2010, *Gaming the world: How sports are reshaping global politics and culture*, Princeton University Press, Princeton.
- MARTÍNKOVÁ, Irena, 2016, "Pierre de Coubertin's vision of the role of sport in peaceful internationalism" in *The Olympic Movement and the Sport of Peacemaking*, Ramón Spaaij, Cindy Burleson (eds.), Routledge, Oxon, pp. 29-38.
- MIÈGE, Colin, 2017, *Sport et droit européen*, L'Harmattan, Paris.
- O'LEARY, Leanne, 2017, *Employment and labour relations law in the Premier League, NBA and International Rugby Union*, T.M.C. Asser Press, The Hague.
- OMAN, Nathan, 2016, *The Dignity of Commerce: Markets and the Moral Foundations of Contract Law*, The University of Chicago Press, Chicago.
- OPINION OF THE ADVOCATE GENERAL LENZ DELIVERED ON 20 SEPTEMBER 1995, Case C-415/93, *Union Royale Belge des sociétés de Football Association et alii v. Bosman et alii*, ECLI:EU:C:1995:293.
- OPINION OF THE ADVOCATE-GENERAL TRABUCCHI DELIVERED ON 6 JULY 1976, Case 13/76, *Gaetano Donà v. Mario Mantero*, ECLI:EU:C:1976:104.
- PARRISH, Richard, 2003, *Sports law and policy in the European Union*, Manchester University Press, Manchester.
- PARRISH, Richard, 2016, "The European Social Dialogue: A New Mode of Governance for European Football?" in *The Legacy of Bosman: Revisiting the*



- Relationship between EU Law and Sport*, Antoine Duval, Ben Van Rompuy (eds.), Asser Press-Springer, The Hague, pp. 187-211.
- PARRISH, Richard, MIETTINEN, Samuli, 2008, *Sporting exception in European Union law*, TMC Asser Press, The Hague.
- PIJETLOVIC, Katarina, 2016, "EU Competition Law and Organisational Rules", in *The Legacy of Bosman: Revisiting the Relationship between EU Law and Sport*, Antoine Duval, Ben Van Rompuy (eds.), Asser Press-Springer, The Hague, pp. 117-151.
- POLI, Raffaele, 2010, "Understanding globalization through football: The new international division of labour, migratory channels and transnational trade circuits", *International Review for the Sociology of Sport*, vol. 45, number 4, pp. 491-506.
- POUND, Roscoe, 1909, "Liberty of contract", *The Yale Law Journal*, vol. 18, number 7, pp. 454-487.
- PRIMAULT, Didier, 2016, "Employment in sport", in *Handbook on the economics of sport*, Wladimir Andreff, Stefan Szymanski (eds.), Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, pp.153-167.
- RABU, Gaylor, 2010, *L'organisation du sport par le contrat: Essai sur la notion d'ordre juridique sportif*, PUAM, Aix-Marseille.
- RIGOZZI, Antonio, 2010, "Challenging awards of the Court of Arbitration for Sport", *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 1, number 1, pp. 217-265.
- SÄCKER, Franz Jürgen, 2008, "The application of competition law to collective labour law agreements" in *Competition Law: European Community, Practice and Procedure, Article-by-Article Commentary*, Günther Hirsch et alii (eds.), Sweet & Maxwell, London, pp. 66-71.
- SCHEPEL, Harm, 2013, "Freedom of contract in free movement law: balancing rights and principles in European Public and Private law", *European Review of Private Law*, vol. 21, number 5-6, pp. 1211-1230.
- SIEKMANN, Robert, 2011, "What is sports law? Lex Sportiva and Lex Ludica: a Reassessment of content and terminology", *The International Sports Law Journal*, vol. 3-4, pp. 3-36.
- TENREIRO, Fernando, 2015, "The pyramid market of the European Sports Model: The economics of federations", in *The economics of competitive sports*, Placid Rodriguez et al. (eds.), Edward Elgar Publishing, Cheltenham, pp. 22-38.
- TERRET, Thierry, 2016, *Histoire du sport*, Presses universitaires de France, Paris.
- TEYSSIÉ, Bernard, 2013, *Droit européen du travail*, 5<sup>e</sup> éd., LexisNexis, Paris.
- THE UNION OF EUROPEAN FOOTBALL ASSOCIATIONS-UEFA.COM (2017), *Protecting the game: Financial Fair Play*, in <https://www.uefa.com/insideuefa/protecting-the-game/club-licensing-and-financial-fair-play/index.html> (15.01.2018).

- VALERO, Alfonso, 2014, "In search of a working notion of *lex sportiva*", *The International Sports Law Journal*, vol. 14, number 1-2, pp. 3-11.
- VAN DEN BOGAERT, Stefaan, 2005, *Practical Regulation of the Mobility of Sportsmen in the EU Post Bosman*, Kluwer Law International, The Hague.
- VAN ROMPUY, Ben, 2012, *Economic efficiency: the sole concern of modern anti-trust policy? Non-efficiency considerations under Article 101 TFEU*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn.
- WEATHERILL, Stephen, 2010, "Bosman changed everything: the rise of EC Sports law", in *The past and future of EU law: the classics of EU law revisited on the 50th anniversary of the Rome Treaty*, Poiares Maduro, Loic Azoulay (eds.), Hart Publishing, Oxford, pp. 480-487.
- WEATHERILL, Stephen, 2007, "On overlapping legal orders: What is the purely sporting rule?" in *The regulation of sport in the European Union*, Bogusz Barbara et al. (eds.), Edward Elgar, Cheltenham, pp. 48-73.
- WEATHERILL, Stephen, 2012, "EU Sports Law: The effect of the Lisbon Treaty", in *EU law after Lisbon*, Andrea Biondi, Piet Eeckhout (eds.), Oxford University Press, Oxford, pp. 403-419.



# A relação advogado-cliente como relação de consumo – comentário ao acórdão *Birutė Šiba v. Arūnas Devėnas* do Tribunal de Justiça

**José Carlos Brandão Proença**<sup>\*</sup>

Professor Associado  
Escola do Porto da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa

**Victor Hugo Ventura**<sup>\*\*</sup>

Assistente Convidado ISCAP, IPP. Doutorando na Escola do Porto da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa

---

## SUMÁRIO

- § 1. Apresentação do tema e do problema
  - § 2. A decisão do TJ
  - § 3. A relação advogado-cliente na ordem jurídica portuguesa
  - § 4. O estatuto deontológico do advogado
  - § 5. Relação de consumo em contratos de confiança? O caso da prestação de serviços médicos
  - § 6. Conclusões
- Bibliografia

---

\* Membro do CEID.

\*\* Advogado-estagiário na Cuatrecasas, Gonçalves Pereira.

## § 1. Apresentação do tema e do problema<sup>1</sup>

No acórdão *Birutė Šiba v. Arūnas Devėnas* (C-537/13), o TJ qualificou a relação advogado-cliente como uma relação de consumo para efeitos da Diretiva n.º 93/13/CEE do Conselho, de 5 de abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores (doravante, apenas «Diretiva»).

O caso pode ser assim sumariado: Birutė Šiba, cidadão lituano, celebrou com Arūnas Devėnas, advogado lituano, «três contratos *standard* de prestação de serviços jurídicos a título oneroso». Corria o ano de 2008 quando o Sr. Šiba decidiu mandar o Sr. Devėnas para a defesa dos seus interesses no âmbito de um processo de divórcio, partilha de bens e determinação do lugar de residência do filho. Ainda no mesmo ano, contratou novamente os seus serviços com vista à anulação de uma transação. Posteriormente, já no ano de 2010, mandou o Sr. Devėnas para interpor recurso da decisão judicial que pôs termo ao litígio.

Acontece que, por falta de pagamento dos seus honorários, o Sr. Devėnas requereu a emissão de uma injunção no valor de 15 000,00 litas contra o Sr. Šiba, pedido que foi deferido pelos tribunais lituanos e de cuja decisão este recorreu. Inconformado com a decisão que confirmou a sentença da primeira instância, o Sr. Šiba interpôs novo recurso, alegando, em síntese, que os tribunais não equacionaram, como deviam, a sua qualidade de consumidor.

A pretensa qualidade de consumidor do Sr. Šiba teria impacto na resolução do caso concreto. Uma vez que as modalidades de pagamento dos honorários e os prazos em que esse pagamento devia ser efetuado não foram especificados nos referidos contratos e também não identificavam com precisão os diferentes serviços jurídicos pelos quais o pagamento era exigido nem o custo das prestações correspondentes, devia ser aplicável aquela regra nos termos da qual as dúvidas quanto ao sentido e alcance de cláusulas contratuais predispostas podem e devem ser sanadas interpretando a cláusula no sentido que for mais favorável ao consumidor, regra prevista no artigo 5.º da Diretiva<sup>2</sup>.

---

1 Abreviaturas utilizadas: CDOM (Código Deontológico da Ordem dos Médicos), CJ (Coletânea de Jurisprudência), CJ-STJ (Coletânea de Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça), EOA (Estatuto da Ordem dos Advogados), LBS (Lei de Bases da Saúde), LDC (Lei de Defesa do Consumidor), STJ (Supremo Tribunal de Justiça), TFUE (Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia), TJ (Tribunal de Justiça da União Europeia), TRC (Tribunal da Relação de Coimbra), TRL (Tribunal da Relação de Lisboa), TRP (Tribunal da Relação do Porto).

2 Ver, no Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, o artigo 11.º, n.º 2, embora o «nosso» diploma não defina «consumidor» e «profissional».

A relação advogado-cliente como relação de consumo – comentário ao acórdão *Birutė Šiba v. Arūnas Devėnas* do Tribunal de Justiça \ José C. Brandão Proença e Victor Hugo Ventura

Com dúvidas, o Supremo Tribunal da Lituânia decidiu suspender a instância e colocar diretamente a questão ao TJ, recorrendo ao mecanismo do reenvio prejudicial. O TJ foi assim chamado a resolver a questão de saber se a relação advogado-cliente é uma relação de consumo para efeitos da Diretiva. Pergunta à qual o TJ vai responder afirmativamente, detetando na relação advogado-cliente os elementos típicos da relação de consumo tal como ela é definida pela Diretiva.

Na primeira parte deste comentário, a decisão do TJ será encarada diretamente, questionando até que ponto é coerente trazer a relação advogado-cliente para o âmbito do Direito do Consumo. Mas esta é uma decisão que pode ser problematizada num horizonte de reflexão mais alargado, questionando, mais em geral, e por referência à prestação de serviços médicos, a possibilidade de incluir os profissionais liberais no âmbito do Direito do Consumo – é a reflexão projetada para a segunda parte deste comentário.

## § 2. A decisão do TJ

O TJ foi chamado a responder a quatro questões prejudiciais que, no essencial, podem reconduzir-se ao problema de saber se a relação advogado-cliente pode ser qualificada como uma relação de consumo para efeitos da Diretiva. Tal como antecipámos introdutoriamente, o TJ vai responder pela positiva, identificando nessa relação as notas tipificadoras da relação de consumo, tal como definida por aquela Diretiva.

Para efeitos da Diretiva, é consumidor «qualquer pessoa que, nos contratos abrangidos pela presente Diretiva, atue com fins que não pertençam ao âmbito da sua atividade profissional» [alínea *b*] do artigo 2.º] e é profissional «qualquer pessoa singular ou coletiva, que, nos contratos abrangidos pela presente Diretiva, seja ativa no âmbito da sua atividade profissional, pública ou privada» [alínea *c*] do artigo 2.º]. Ora, no entendimento do TJ, quem contrata serviços jurídicos pode ser considerado «consumidor» na aceção da Diretiva sendo que a pessoa que os presta, o advogado, pode ser considerado, por sua vez, como «profissional» para estes efeitos da Diretiva.

Embora não haja um conceito uniforme de consumidor, quer no Direito primário quer no Direito derivado da União Europeia, tem sido concebido pela jurisprudência do TJ como um conceito «objetivo» e «funcional». Determinante, para o TJ, é que, no caso concreto, consumidor e profissional *atuem* como tais. Perante um caso em que alguém contrata serviços jurídicos com a destinação que lhe foi dada pelo Sr. Šiba – estavam em causa um processo de divórcio, partilha de bens e determinação do lugar de residência do filho –, prestados

por alguém que faz dos serviços jurídicos o seu ofício, o advogado, estariam preenchidos os pressupostos da noção de relação de consumo, tal como ela é configurada pela Diretiva. Assim, «um advogado que presta, no quadro da sua atividade profissional, a título oneroso, serviços jurídicos em benefício de uma pessoa singular que atua para fins privados é um “profissional”, na aceção do artigo 2.º, alínea c), da Diretiva n.º 93/13. O contrato relativo à prestação desses serviços está, conseqüentemente, sujeito ao regime desta Diretiva» (considerando 24)<sup>3</sup>. O TJ faz, assim, apelo à «qualidade dos contratantes», avocando, nos considerandos 20, 21 e 22, o acórdão C-488/11 (*Asbeek Brusse vs. de Man Garabito*).

A assimilação da relação advogado-cliente à relação de consumo seria até avalizada por outras razões: por um lado, se a relação de consumo apresenta-se, tipicamente, como uma relação despersonalizada o que, à primeira vista, não encontra paralelo na relação advogado-cliente, a verdade é que a mercantilização e massificação dos serviços jurídicos torna a advocacia uma atividade cada vez mais próxima, neste aspeto, da relação de consumo. Como alguém já descreveu, «o modelo do advogado que abria as portas ao público, que não carecia de publicidade, que vivia num quadro concorrencial sereno em que competia com outros tantos colegas de ofício, todos eles semelhantes na forma de estar e atuar, acabou, nomeadamente nas metrópoles, onde se assiste a um leque de relações comerciais cada vez mais complexo e de cariz cada vez menos pessoal»<sup>4</sup>. Por outro lado, e como corolário dessa despersonalização, se a relação de consumo anda tipicamente associada a um processo de contratação muitas vezes mecanicista e em massa, por via de um clausulado geral *standard* predisposto ao consumidor, esse estado de coisas já não é totalmente estranho à advocacia tal como ela hoje é exercida. Efetivamente, a contratação de serviços jurídicos baseia-se, não raro, numa proposta predisposta pelo advogado ou sociedade de advogados, cujos termos são muitas vezes pouco negociáveis pelo aderente. Este modo de contratação, naquilo que parece um traço transversal ao tráfico jurídico moderno, reforça a ideia de que as relações

---

3 De resto, é possível que o advogado surja, ele próprio, como consumidor, como já foi decidido pela jurisprudência do TJ em processo posterior à factualidade aqui em comentário (ver o acórdão C-110/14 no caso *Horatiu Ovidiu Costea vs. SC Volksbank România SA*, a propósito de um mútuo bancário garantido pelo imóvel onde estava instalado o escritório de advocacia do mutuário). Ver, entre nós, sobre a qualidade de advogado-consumidor, adotando o critério da «finalidade do ato de consumo», o acórdão do STJ, de 20.10.2011 (Moreira Alves), in *www.dgsi.pt*.

4 Lopes (2012: 22). Nas palavras de Rangel (2002: 487 ss.), «pereceu a idade do ouro e a seguir ao 25 de Abril aceitou-se, com reboço, a criação das sociedades de advogados. Para muitos, as sociedades não passavam de “supermercados do direito”, que minavam os fundamentos éticos do múnus profissional. A colaboração com colegas interessados no máximo lucro perturbava a independência, a fusão de clientelas gerava conflitos de interesse, o preço dos custos fixos forçava medidas ínvias de publicidade e angariação. O tempo passou e impôs-se».

A relação advogado-cliente como relação de consumo – comentário ao acórdão *Birutė Šiba v. Arūnas Devėnas* do Tribunal de Justiça \ José C. Brandão Proença e Victor Hugo Ventura

advogado-cliente são, pelo menos em certa advocacia – estamos a pensar na chamada «advocacia de negócios» – despersonalizadas, desenvolvendo-se muitas vezes no anonimato, reforçando a inferioridade do cliente.

### § 3. A relação advogado-cliente na ordem jurídica portuguesa

A prestação de serviços jurídicos pelo advogado não obedece, modernamente, a um esquema social e jurídicos uniformes.

No passado, os serviços jurídicos eram prestados pelo típico advogado generalista que exercia a sua prática em nome individual no retiro do seu escritório particular. Esta imagem, ilustração do profissional liberal na verdadeira aceção do termo, corresponde, hoje, a uma realidade cada vez mais perimida, embora subsistente. Ao lado da advocacia tradicional, exercida pelo advogado em prática isolada, no seu escritório pessoal, surgem hoje grandes e sofisticadas organizações de prestação de serviços jurídicos que disputam o mercado dos serviços jurídicos: as sociedades de advogados. O cliente já não contrata diretamente com o advogado, mas com a sociedade onde este se integra. Na prática, esta aparece aos olhos do tráfego negocial como a entidade prestadora dos serviços jurídicos. Mas estas não são apenas novos atores no palco da prestação de serviços. Mais do que isso, elas vieram redefinir a dinâmica da prestação de serviços jurídicos pois a sociedade de advogados também é, ela mesma, destinatária e credora da prestação do advogado.

Acresce que o advogado tornou-se hoje um profissional versátil que já não se esgota nas suas missões forenses. O advogado desempenha hoje os mais variadíssimos papéis que percorrem longitudinalmente o tráfego jurídico. Pense-se, por exemplo, nas empresas cuja atividade torna imprescindível o recrutamento dos serviços do advogado, tanto ao nível interno – na gestão dos recursos humanos, dos assuntos laborais e na assessoria corrente da empresa –, como a nível externo, na litigância propriamente dita da empresa. Num certo sentido, o advogado surge como coadjuvante da atividade empresarial, em cuja organização se integra. Ora, a integração do advogado na estrutura da empresa vem muitas vezes acompanhada da sujeição do advogado a ordens e instruções. Esta circunstância investe a empresa numa posição dominante perante o advogado, cenário que é estranho ao modelo de advocacia exercida em nome individual.

Esta realidade fragmentada, espartilhada num mosaico de esquemas que veiculam e recontextualizam a prestação de serviços jurídicos, deve ter implicações na forma como compreendemos a advocacia e, mais do que isso, no enquadramento jurídico desta atividade. Tradicionalmente, a contratação de



serviços jurídicos sempre se processou através de um contrato de prestação de serviços ordinário, regulado nos termos gerais. A verdade é que, mercê dos novos contextos em que a advocacia é exercida, a prestação dos serviços jurídicos já não se acomoda perfeitamente no âmbito da prestação de serviços. Concretamente, a estrutura de subordinação jurídica em que o advogado presta muitas vezes a sua atividade – numa “firma” de advogados ou numa empresa – é um elemento que torna a relação advogado-cliente reivindicável pelo âmbito de aplicação do Direito do Trabalho. Por outras palavras, a prestação de serviços jurídicos pode desenvolver-se, e desenvolve-se frequentemente, no quadro de um contrato de trabalho. Dito sem qualquer timidez: o advogado pode ser um trabalhador subordinado, tal como o admite, aliás, o EOA<sup>5</sup>. De resto, no momento em que os Autores escrevem estas linhas, está já em discussão a aprovação de um regime especial que aproxima formalmente a atividade do advogado a um modelo de relação de trabalho subordinado, conquanto com regras próprias, num modelo à espanhola.

Aparentemente, ao prestar serviços jurídicos para uma entidade na qual se integra em moldes subordinados, o advogado aparece estranhamente num duplo papel que se «curto-circuita»: ora como parte mais fraca – trabalhador subordinado – ora como parte dominante – «profissional» de uma relação de consumo. Será assim?

Importa ter presente que a Diretiva define «consumidor» por referência ao «uso não profissional» da prestação. Pode dizer-se que a Diretiva perfilha uma conceção estrita de «consumidor» excluindo, salvo melhor opinião, tanto as pessoas coletivas como o «profissional não especialista», isto é, aquele que adquire bens e serviços estranhos à sua especialidade ou ramo de negócios. Por outras palavras, nos casos em que o credor da prestação é, ele mesmo, um «profissional», como é o caso de uma empresa ou de uma sociedade civil

---

5 Aprovado pela Lei n.º 145/2015, de 9 de setembro. Estamos a pensar no artigo 73.º do EOA que se refere à advocacia prestada em moldes subordinados (antes, ver o artigo 68.º da Lei n.º 15/2005, de 26 de janeiro), ilação que pode ser tirada de outros normativos (ver artigo 116.º, n.º 6). Na jurisprudência, qualificando o contrato como contrato de trabalho, ver os acórdãos do TRP de 02.06.2014 (Eduardo Petersen Silva), in *www.dgsi.pt*, do TRC de 26.04.1990 (António Sousa Lamas), *CJ*, 1990, II, pp. 108-110, do STJ de 13.03.1991 (Jaime de Oliveira), *BMJ*, 405 (1991), pp. 345-353, do STJ de 14.11.2001 (Manuel Pereira), *CJ-STJ*, 2001, III, pp. 273-275, do STJ de 12.12.2001 (Manuel Pereira), *CJ-STJ*, 2001, III, pp. 284-286, do TRL de 05.05.2004 (Seara Paixão), *CJ*, 2004, III, 152-153, do STJ de 27.11.2007 (Bravo Serra), *CJ-STJ*, 2007, III, pp. 302-305, do TRP de 25.02.2002 (Sousa Peixoto), *CJ*, 2002, I, pp. 252-254. Qualificando como prestação de serviços, ver os acórdãos do TRE de 10.01.1984 (Carita Grave), *CJ*, 1984, I, pp. 315-316, e do TRL de 09.12.1992 (Belo Videira), *CJ*, 1992, V, pp. 199-200. Nas palavras de Luís (1988: 594), quando a norma do Código do Trabalho refere que a subordinação jurídica não pode prejudicar o respeito pelas regras deontológicas «esta ressalva apenas mascara o processo de domesticação e funcionarização das profissões liberais». Não resistimos a mencionar a imagem com que o Autor termina a sua comunicação e que ilustra bem o processo de laboralização do advogado. O Autor teme (1988: 600), referindo-se à imagem do fiel da balança com os olhos vendados, que «a emblemática do jurista de empresa venha a figurar no futuro uma qualquer forma de jugo ou utensílio de soldar».

A relação advogado-cliente como relação de consumo – comentário ao acórdão *Birutė Šiba v. Arūnas Devėnas* do Tribunal de Justiça \ José C. Brandão Proença e Victor Hugo Ventura

onde se integra o advogado, não estaremos perante uma relação de consumo pela simples razão de que o seu destinatário afeta a prestação do advogado ao seu escopo «produtivo».

No horizonte desta decisão do TJ não estão os serviços jurídicos neste contexto pois nestes casos – serviços jurídicos desenvolvidos em organizações ou em contextos empresariais – o destinatário não dá ao serviço jurídico um «uso não profissional». O destinatário é, ele mesmo, um profissional e, como tal, a sua utilização é necessariamente profissional. Assim sendo, a prestação de serviços jurídicos nesses contextos cai fora do âmbito de aplicação do Direito do Consumo.

Importa distinguir, pois, entre a prestação de serviços jurídicos com vista à sua utilização empresarial ou profissional da sua utilização para um fim não profissional (ou «fim privado» como por vezes se exprime a lei). Importa lembrar que, na base do litígio que opôs o Sr. Šiba e o Sr. Devėnas, estiveram três contratos de prestação de serviços jurídicos com vista à resolução de diferendos do foro pessoal do contratante (processo de divórcio, partilha de bens e determinação do lugar de residência do filho). Outros casos seriam pensáveis. Para dar o exemplo sugerido por Pollastro, pense-se no trabalhador que consulta um advogado para propor uma ação contra a sua entidade empregadora, por falta de pagamento da retribuição<sup>6</sup>.

Isolados estes casos, em que a finalidade da prestação vai dirigida à satisfação de necessidades pessoais do cliente, a pergunta que se impõe é pura e simplesmente a seguinte: deve a relação advogado-cliente ser atingida, nesses casos, pelo círculo de radiação do Direito do Consumo, com todas as consequências ligadas ao reconhecimento do estatuto de consumidor?<sup>7</sup>

## § 4. O estatuto deontológico do advogado

Se é verdade que a prestação de serviços jurídicos vive hoje próxima da relação de consumo por força de uma crescente despersonalização, também não é menos certo que a Ordem Jurídica concebe a relação advogado-cliente como uma relação baseada na confiança: «a relação entre o advogado e o cliente deve fundar-se na confiança recíproca», diz lapidarmente o n.º 1 do artigo 97.º do EOA. A confiança é um elemento tão fundamental nesta relação que pode mesmo funcionar como fundamento autónomo da desvinculação contratual:

---

6 POLLASTRO (2015: 1639).

7 Como refere KAUFHOLD (2015: 1291), o reconhecimento do estatuto de consumidor ao cliente implicaria, por exemplo, o reconhecimento de um «direito de arrependimento» relativamente a acordos firmados com o advogado.

a relação pode cessar se esse suporte fiduciário entrar em crise. Esse laço fiduciário entre advogado-cliente está ausente, ou pelo menos não está presente na mesma medida, nas relações de consumo.

Por outro lado, a prestação de serviços jurídicos é uma atividade impregnada por um interesse público manifesto pois o advogado desempenha um papel de primeira grandeza na administração da justiça<sup>8</sup>. É certo que a própria Diretiva prevê que o carácter público da prestação de bens e serviços não é motivo suficiente para descaracterizar a relação de consumo<sup>9</sup>. No entanto, é a natureza pública desta atividade, envolvendo bens e interesses jurídicos que transcendem a lógica bilateral advogado-cliente, que justifica certas limitações, expressamente previstas, que afastam nitidamente a prestação de serviços jurídicos da lógica puramente comercial ou mercatória das demais prestações de bens e serviços que o Direito do Consumo chama ao seu âmbito de aplicação. Sendo certo que o TJ já decidiu que a prestação de serviços jurídicos configura uma atividade económica, essa atividade está cerceada dos expedientes tipicamente preparatórios da contratação do consumo. Por exemplo, constitui dever do advogado «não solicitar clientes, por si ou por interposta pessoa»<sup>10</sup>. Tal significa que o tradicional assédio comercial que caracteriza as relações de consumo, estratégica tipicamente acentuadora da debilidade da contraparte contratual, está vedado neste contexto uma vez que «os advogados e as sociedades de advogados [só] podem divulgar a sua atividade profissional de forma objetiva, verdadeira e digna». Tal também equivale a dizer que, por definição, o mercado dos serviços jurídicos não pode conhecer abordagens agressivas ou intrusivas que muitas vezes caracterizam as relações de consumo típicas. De resto, certas regras típicas do tráfego do consumo são inapropriadas à relação entabulada por advogado-cliente, estando expressamente afastadas pelo legislador<sup>11</sup>.

Destas especificidades vão fluir deveres deontológicos que protegem não só o prestígio da classe, mas também o cliente. Com efeito, o EOA prevê um Capítulo com um conjunto de normas que disciplinam a relação entre advogados e clientes: Capítulo II – relações com clientes (artigos 97.º a 107.º). Estas

---

8 Sobre isto, BRAVO (1942: 43 ss.).

9 Ver artigo 2.º, alínea c), da Diretiva. A natureza «pública» da advocacia é um argumento que não convence POLLASTRO (2015: 1637-1638), para quem «não só o carácter público é expressamente referido pela Diretiva como irrelevante, como essa natureza não impede a constatação de que uma das partes – o cliente – é um “contraente débil”».

10 Cfr. artigo 90.º, n.º 2, alínea h), do EOA.

11 Por exemplo, o Decreto-Lei n.º 138/90, de 26 de abril, que regulava a indicação dos preços de venda a retalho dos bens e serviços, foi excecionado pela Portaria n.º 240/2000, de 3 de maio, que fez excluir dessa obrigação os serviços prestados pelos advogados. De acordo com a motivação da Portaria, «no interesse dos próprios consumidores, justifica-se o esclarecimento quer quanto ao regime de exceção dos serviços típicos da atividade dos advogados quer do conteúdo da afixação prévia a que estão sujeitos esses serviços», deixando às normas deontológicas essa regulamentação.

A relação advogado-cliente como relação de consumo – comentário ao acórdão *Birutė Šiba v. Arūnas Devėnas* do Tribunal de Justiça \ José C. Brandão Proença e Victor Hugo Ventura

regras não só garantem a transparência do ato da contratação, como constituem limites à modelação do conteúdo do contrato ou, pelo menos, rodeiam a sua definição de especiais cautelas.

Concretamente quanto à definição dos honorários<sup>12</sup>, as regras deontológicas que regem a advocacia impõem limitações e rodeiam a sua fixação de especiais cuidados. Importa lembrar que, na base do litígio entre o Sr. Šiba e o Sr. Devėnas, estiveram «as modalidades de pagamento dos honorários e os prazos em que esse pagamento devia ser efetuado, sem especificação nos referidos contratos, que também não identificavam com precisão os diferentes serviços jurídicos pelos quais o pagamento era exigido nem o custo das prestações correspondentes».

A este propósito, tanto o EOA como o Regulamento dos Laudos de Honorários da Ordem dos Advogados<sup>13</sup> – e também o próprio Código de Deontologia dos Advogados da União Europeia<sup>14</sup> – restringem a liberdade de definição dos honorários dos advogados, sem que isso represente, como já decidiu a nossa jurisprudência, uma restrição à livre concorrência<sup>15</sup>. Com efeito, dispõe o n.º 1 do artigo 105.º do EOA que «os honorários devem corresponder a uma *compensação económica adequada* pelos serviços efetivamente prestados» (itálico nosso) sendo que, acrescenta o n.º 3, «na fixação dos honorários deve o advogado atender à importância dos serviços prestados, à dificuldade e urgência do assunto, ao grau de criatividade intelectual da sua prestação, ao resultado obtido, ao tempo despendido, às responsabilidades por ele assumidas e aos demais usos profissionais». Por outro lado, a fixação dos honorários é exigente do ponto de vista formal. Isto porque, de acordo com o n.º 2 daquela norma, «na falta de convenção prévia reduzida a escrito, o advogado apresenta ao cliente a respetiva conta de honorários com *discriminação dos serviços prestados*» (itálico nosso). O Regulamento de Laudos de Honorários da Ordem dos Advogados vai mesmo mais longe ao prescrever que «os honorários devem ser fixados em euros», «a conta deve enumerar e discriminar os serviços prestados», que «os honorários devem ser separados das despesas e encargos, sendo todos os valores especificados e datados» e que «a conta deve mencionar todas as provisões recebidas» (n.ºs 2, 3, 4 e 5 do artigo 5.º).

Como se vê, as regras deontológicas que regem a atividade do advogado condicionam, material e formalmente, a fixação dos honorários pelo advogado.

---

12 A cobrança de honorários dos advogados foi objeto dos acórdãos do TJ C-94/04 (*Federico Cipolla vs. Rosaria Portalese, Fazeri*) e C-202/04 (*Stefano Macrino e Claudia Capodarte vs. Roberto Meloni*), conquanto numa ótica concorrencial.

13 Cfr. Regulamento n.º 40/2005, de 29 de abril.

14 Ver ponto 3.4 do Código de Deontologia dos Advogados da União Europeia.

15 Assim, acórdão do TRL de 06.10.2016 (Maria José Mouro), in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

Seguindo a linguagem de RIBEIRO (1999), pode dizer-se que, nestas normas, o legislador combina um modelo de controlo de conteúdo e um modelo de informação. Naquele primeiro modelo, o legislador impõe limites à liberdade contratual, obstando à produção de um resultado inequitativo da perspectiva de uma das partes – neste caso, o cliente –, partindo da premissa de que uma das partes – no caso, o advogado – goza de uma posição de superioridade mercê dos seus conhecimentos técnicos que o cliente não tem ou domina. Segundo aquele segundo modelo, o legislador, constatando a existência de certos «défices cognitivos» na pessoa de um dos contraentes, impõe medidas informativas que visam tornar claro e transparente para o contraente o conteúdo do negócio<sup>16</sup>. Ora, ao limitar a fixação dos honorários àquilo que a lei designa como uma «compensação económica adequada»<sup>17</sup>, proibindo-se, inclusivamente, a *quota litis*<sup>18</sup>, e ao impor uma especial transparência na apresentação da conta ao cliente, o legislador tutela energicamente os interesses do cliente, encarado como a parte mais fraca de relação, impedindo ou dificultando o abuso de poder e a opacidade nesta relação contratual.

Se é verdade que na fixação dos honorários «deve haver sempre um espaço, um momento, de inevitável, ineliminável, discricionarietà»<sup>19</sup> e se também é certo que «nem a lei nem o EOA estabelecem uma forma de matematicamente fixar os honorários do advogado»<sup>20</sup>, essa liberdade não é, porém, absoluta, como resulta claro do conjunto de normativos acabados de mencionar. Bem pelo contrário, estas regras deontológicas pretendem justamente condicionar a sua fixação, surgindo então como «critérios ou parâmetros referenciais de carácter deontológico/estatutário a serem observados pelos advogados na fixação dos respetivos honorários»<sup>21</sup>, contendo, por isso, verdadeiros «critérios normativos»<sup>22</sup>, embora, no limite, a inexistirem essas regras expressas, aquela discricionarietà deva ser entendida «no sentido civilístico que tem muito a ver com a boa fé que impregna toda a relação contratual»<sup>23</sup>.

Estas normas deontológicas partem da premissa de que a relação de forças entre advogado-cliente não é equivalente, por força das circunstâncias. Como também notou o TJ, «no que diz respeito aos serviços jurídicos, como os que estão em causa no processo principal, cabe sublinhar que, no domínio das

---

16 Seguindo a exposição de RIBEIRO (1999: 399).

17 Santos (1991: 612) escreve que «deve o advogado proceder com moderação».

18 Ver artigo 106.º do EOA.

19 Nestes termos, acórdão do TRP de 20.12.2011 (Maria do Carmo Rodrigues), in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

20 Assim, acórdão do TRP de 21.05.2013 (António Martins), in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

21 Ver acórdão do STJ de 01.03.2007 (Sebastião Póvoas), in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

22 Ver acórdão do TRL de 19.06.2012 (Maria do Rosário Morgado), in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

23 Nestes termos, acórdão do STJ de 20.06.2002 (Joaquim de Matos), in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

A relação advogado-cliente como relação de consumo – comentário ao acórdão *Birutė Šiba v. Arūnas Devėnas* do Tribunal de Justiça \ José C. Brandão Proença e Victor Hugo Ventura

prestações oferecidas pelos advogados, existe, em princípio, uma desigualdade entre os “clientes-consumidores” e os advogados, devido, nomeadamente, à assimetria da informação entre estas partes». Concretiza o TJ: «com efeito, os advogados dispõem de um elevado nível de competências técnicas de que os consumidores não dispõem necessariamente, de modo que estes últimos têm dificuldade em avaliar a qualidade dos serviços que lhes são prestados» (considerando 23)<sup>24</sup>.

Lançado o problema nestas bases, ainda faz sentido querer trazer a relação advogado-cliente para a esfera do Direito do Consumo? A nosso ver, a prestação de serviços jurídicos, orquestrada pelo cumprimento de deveres deontológicos, está já subordinada a um corpo normativo que, vistas bem as coisas, prossegue uma teleologia que se sobrepõe ao Direito do Consumo<sup>25</sup>. Aliás, essa intenção tuteladora do cliente do advogado é ainda revelada noutros institutos legais. Pense-se, por exemplo, na prescrição presuntiva que assiste ao cliente do advogado [cfr. artigo 317.º, alínea c), do Código Civil], exemplo particularmente ilustrativo se pensarmos que ela apenas se tem como aplicável, segundo o entendimento da nossa jurisprudência, ao cliente-pessoa individual<sup>26</sup>. A Ordem Jurídica portuguesa está já, pois, perfeitamente consciente da necessidade de tutela do cliente do advogado dedicando uma especial e enérgica disciplina à relação advogado-cliente<sup>27</sup>.

## § 5. Relação de consumo em contratos de confiança? O caso da prestação de serviços médicos

Vimos que o TJ, para a consideração, como consumidor, do cliente do advogado, não ficou impressionado com as particularidades, «especificidade» da concreta relação de prestação de serviços e dos «princípios subjacentes ao

---

24 Esse aspeto é evidenciado por Autores que anotaram o acórdão, como é o caso de Chiarelli (2015: 715 e ss.) e NEGRO (2015: 1102 e ss.).

25 Embora o problema não seja frontalmente tratado pelo Autor, MATEUS (2016: 234) não deixa de referir que «o contrato de ajuste prévio de honorários está sujeito às regras dos negócios jurídicos, nomeadamente a falta e vícios de vontade, desequilíbrio das prestações (onerosidade excessiva) cláusulas contratuais gerais (contratos de adesão), *defesa do consumidor*, negócio usurário». A alusão ao cliente como consumidor não deixa de aparecer noutros locais do texto do Autor.

26 Na nossa jurisprudência, ver acórdão do TRL de 27.06.2017 (Luís Espírito Santo), in *www.dgsi.pt*. Na explicação do acórdão, «a disposição visa proteger, em especial, a pessoa singular a quem é prestado este tipo de serviço [...] caso diferente seria se a relação jurídica tivesse sido firmada entre duas sociedades, ambas com escrita organizada. Aí, sim, não se verificaríamos o pressuposto e o fundamento geral que conduzem à aplicação do instituto da prescrição presuntiva».

27 Sobre o debate no ordenamento jurídico brasileiro, dando conta de posições divergentes, ver, por todos, SARAIVA / OLIVEIRA (2010).

exercício da profissão» (considerando 27), valorando, sobretudo, a utilização pelo advogado de cláusulas não negociadas com o seu cliente. Também é verdade, e o ponto merece destaque, que o TJ não deixa de salientar, no considerando 33, a necessidade de a ponderação das cláusulas litigiosas e o problema da sua transparência ter de sopesar a natureza dos serviços contratuais prestados. A consequência lógica desta posição de compromisso não deixa de ser a figura híbrida ou mais plástica do cliente-consumidor.

A decisão coloca, assim, a questão central, e não nova, da «consumerização» das relações contratuais com os profissionais liberais da área jurídica, problema esse similar ao debate sobre a natureza da relação entre um profissional de prestação de cuidados de saúde e um paciente. Este quesito tem sido debatido pela doutrina e jurisprudência de certos países, tendo, por ex., em França, a *Cour d'Appel*, em 21-03-2013, negado a figura do paciente-consumidor, considerando aplicável à obrigação de informação o Código da Saúde Pública e não o previsto no Código de Consumo. Antes desta decisão, que não deixou de salientar a natureza pessoal, fiduciária, da relação médico-doente, o entendimento era diverso<sup>28</sup>, “vendo-se” a saúde como bem de consumo, o paciente como consumidor de cuidados de saúde e o profissional como prestador de serviços médicos. A jurisprudência italiana<sup>29</sup>, quer relativamente à relação advogado-cliente quer à relação médico-cliente, tem defendido uma perspetiva relacional de consumo prevalecente sobre o *intuitus personae* contratual e fazendo aplicar, quanto à competência territorial, e para a cobrança de honorários, o foro da residência do consumidor e não o previsto na legislação processual civil<sup>30</sup>. Também em Espanha, há quem defenda<sup>31</sup>, para a responsabilização médica, o regime objetivo constante do artigo 148.º do Texto Refundido da Lei dos Consumidores. A este propósito, e entre nós, se a maioria da doutrina<sup>32</sup> considera assimétrica a relação médico-doente, configurando-a como verdadeira relação de consumo, também existem juristas<sup>33</sup> que qualificam esse contrato como mero contrato atípico de prestação de serviços médicos<sup>34</sup>, submetido

---

28 MÉMETEAU (2002).

29 Ver acórdãos da *Corte di Cassazione* de 09.06.2011 e de 20.03.2010. Sobre ambos, ver CHIARELLI (2015: 745-747) e as reservas de BRUNO (2013).

30 Ver, na nossa legislação, o artigo 73.º

31 SANTOS MÓRON (2017: 119 e ss.). Sobre o tema e sobre a perspetiva brasileira, ver SILVA (2011).

32 Não tanto FRADA (2011: 116 e 118) mas, entre outros, PEREIRA (2000: 457 e ss. e 2004: 20, 349, 350, 358-360, 621-622) e PEDRO (2008: 47 e ss.). Esta Autora afirma mesmo que «a relação que se estabelece entre o médico e o doente realiza a função económico-social típica dos negócios jurídicos de consumo» (2008: 51).

33 MARTINEZ (2011: 463-464).

34 Negando ser uma empreitada, ver GRALHEIRO (2014: 877), embora aderindo à consideração como contrato de consumo (2014: 831).

A relação advogado-cliente como relação de consumo – comentário ao acórdão *Birutė Šiba v. Arūnas Devėnas* do Tribunal de Justiça \ José C. Brandão Proença e Victor Hugo Ventura

às normas especiais do mandato e às regras da responsabilidade obrigacional. É de lembrar que, em 2006, no Capítulo II, Secção II, do Anteprojeto do Código do Consumidor, os artigos 405.º e 406.º consagravam a responsabilidade pela prestação de cuidados de saúde.

O problema da sujeição do paciente, na sua relação com a medicina privada ou pública, às normas do Direito do Consumo, não deixa de ser controverso, notando-se nos textos europeus essa mesma incerteza. Ressalvando aqui, pelo seu âmbito, a Diretiva (2011/24/UE)<sup>35</sup> relativa ao exercício dos direitos dos doentes em matéria de cuidados de saúde transfronteiriços que executa o art. 168.º do TFUE e que, na análise de PARRINO (2017: 352 e 366), permite considerar o paciente como «promotor da integração europeia dos cuidados de saúde», vendo-o como titular de direitos fundamentais e do direito a prestações sociais, é de atentar que, por ex., a chamada Diretiva dos Consumidores (2011/83/UE) exclui os cuidados de saúde do seu círculo de aplicação, por exigirem «uma regulamentação especial»<sup>36</sup>, o mesmo acontecendo na Diretiva (2013/11/UE) sobre a resolução alternativa de litígios de consumo ao excluir dos procedimentos de resolução extrajudicial «os serviços de saúde prestados aos doentes por profissionais do sector»<sup>37</sup>. Mas também sabemos que a própria LDC, no seu artigo 23.º, reenvia para diplomas específicos a responsabilidade derivada da prestação de serviços por profissionais liberais<sup>38</sup>.

Para nós, independentemente de o paciente poder estar mais vulnerável (expressão dessa fragilidade é, por ex., o artigo 14.º, n.º 3, do CDOM ao conectar a gravidade do assédio sexual ao dever de respeito pela pessoa do doente), e de o médico, tal como o advogado, enquanto prestador de cuidados de saúde, poder ser considerado um profissional, com potenciação<sup>39</sup>, enquanto modelos institucionais e de gestão, nas unidades coletivas públicas e privadas, mais do que na relação cliente-advogado a natureza e o objeto do relacionamento com o médico fazem convolar a veste «consumerista» de uma teórica disparidade ou de um «plano desnivelado» (PEDRO, 2008: 47) para um contrato mais ou menos duradouro e de confiança, integrado por normas públicas<sup>40</sup> e pela autorregulação profissional, verdadeiras bases de uma informação plena e de salvaguarda

---

35 Transposta pela Lei n.º 52/2014, de 25 de agosto. Na Diretiva [artigo 3.º, h)] e na Lei [artigo 3.º e)] o «doente» não é encarado como consumidor. Sobre a Diretiva, ver LEEUWEN (2016: 638 e ss.) e PARRINO (2017: 329 e ss.).

36 Ver o considerando 30.

37 Artigo 2.º, n.º 2, b) da Lei n.º 144/2015, de 8 de setembro.

38 Ver, sobre a norma, PEREIRA (2004: 358-359).

39 Ver a LBS (Lei n.º 48/90, de 24 de agosto).

40 Ver a Base III da LBS.



de outros direitos dos pacientes<sup>41</sup>. Merece, pois, concordância a referida decisão francesa, bem como a atitude daqueles legisladores<sup>42</sup> que decidiram autonomizar, tipificando com especialidades, o contrato de prestação de serviços médicos<sup>43</sup>. RENAUD (2010: 340-341), após referir o «desnívelamento da relação» e de destacar a autonomia do paciente, afirma que «o pacto de cuidados entre o prestador e o paciente... conota precisamente a confiança que deve à partida nortear a relação saudável médico-doente. O pacto implica deste modo uma relação intersubjetiva de natureza recíproca, baseada na confiança...». Também ROUSSET (2008) é claro ao dizer que, terminado que está o «paternalisme médical», «s'il n'est pas certain que le patient *soit* un consommateur, il ne semble pas souhaitable qu'il *doive* le devenir». No mesmo sentido, o autor francês reconhece que «a la confiance nécessitée par les relations de santé s'oppose la défiance légitimée par la nature intrinsèque des relations de consommation». E, já antes, MÉMETEAU (2002), ao analisar a relação médico-paciente, no pressuposto de um «patient-consommateur» e da «intrusion» do Direito do Consumo, para ele «droit de méfiance», não deixou de relevar os «périls éthiques» e o «sophisme juridique» da ingerência. Não sendo adequada, em geral, a recondução de relações de confiança aos esquemas economicistas, categoriais, concorrenciais, massificados e racionalistas do Direito do Consumo (de que é paradigma a *ratio* do estrito formalismo e do direito de livre resolução e a lógica das ações inibitórias e das «ações de grupo»), não negamos que, em certos domínios e para certos aspetos, essa imputação deverá ser feita ou, pelo menos, questionada. Pensamos na telemedicina<sup>44</sup>, na «uberização» traduzida na utilização de *sites* e plataformas de consulta médica<sup>45</sup>, nos danos causados por dispositivos e aparelhos médicos defeituosos<sup>46</sup> e, sobretudo, como sucedeu no caso em análise, na utilização de condições contratuais gerais ou cláusulas não negociadas (por

---

41 Ver, aliás, os artigos 4.º e ss. do CDOM, aprovado pelo Regulamento n.º 707/2016, de 21 de julho, e a Base XIV da LBS.

42 Ver o artigo 7A: 446-468 do Código Civil holandês e os §§ 630a a 630h do Código Civil alemão. No plano do chamado *soft law*, ver os artigos IV.C. 8:101 a 8:111 do *Draft Common Frame of Reference* (para uma análise, ver FARELA, 2015: 895 e ss.) e, como proposta legislativa, ver os artigos 586-1 a 586-6 da Proposta espanhola, de 2016, da Associação de Professores de Direito Civil.

43 Ver, sobre os profissionais liberais, a Base XL da LBS.

44 Para o tema, ver RAPOSO (2013: 17 e ss.) e as normas prudenciais dos artigos 46.º e ss. do CDOM

45 Para a «uberização» jurídica, cfr. TENENBAUM (2015: 608).

46 É nesse contexto que releva, ao que cremos, o disposto nos artigos 3.º b) e 5.º da LDC. Sobre o tema, ver os acórdãos do TJ C-495/10 (*Centre hospitalier universitaire de Besançon vs. Thomas Dutruex e Caisse primaire d'assurance maladie du Jura*), C-503/13 (*Boston Scientific Medizintechnik GmbH vs. AOK Sachsen-Anhalt-Die Gesundheitskasse*), C-504/13 (*Boston Scientific Medizintechnik GmbH vs. Betriebskrankenkasse RWE*) e C-219/15 (*E. Schmidt vs. TÜV Rheinland LGA Products GmbH*), os penúltimos relativos a estimuladores cardíacos e o último sobre implantes mamários.

A relação advogado-cliente como relação de consumo – comentário ao acórdão *Birutė Šiba v. Arūnas Devėnas* do Tribunal de Justiça \ José C. Brandão Proença e Victor Hugo Ventura

ex., em contrato de tratamento dentário<sup>47</sup> ou colocação de prótese dentária ou estando em causa formulários para prestação do consentimento<sup>48</sup>).

## § 6. Conclusões

O TJ decidiu que a relação advogado-cliente é uma relação de consumo para efeitos da Diretiva n.º 93/13/CEE do Conselho, de 5 de abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores. Como vimos, esta decisão do TJ deve ser encarada cuidadosamente, pois a relação advogado-cliente só deve ser chamada ao espaço de aplicação do Direito do Consumo quando o cliente afeta os serviços jurídicos a uma finalidade pessoal.

A nosso ver, esta decisão do TJ não se articula bem com a disciplina jurídica que, pelo menos no Direito português, cobre já a relação advogado-cliente, criando uma duplicação de regimes com um escopo convergente para esta relação jurídica.

Como vimos, as regras deontológicas que disciplinam a atividade do advogado visam mescladamente proteger o prestígio da classe e o cliente. O escopo protetor destas regras deontológicas, com especial incidência na definição dos honorários, vai ocupar o espaço teleológico que, pelo menos no entendimento do TJ, deve caber ao Direito do Consumo. Da nossa parte, não se ignora que o advogado, mercê dos seus conhecimentos técnicos, que o cliente não tem ou domina, aparece perante o cliente numa posição de superioridade. Não se ignora, também, que a contratação de serviços jurídicos se processa, hoje, com recurso a técnicas de formação do contrato que propiciam a exploração desta posição de fragilidade do cliente: estamos a referir-nos, claro está, à utilização de cláusulas contratuais gerais, instrumento que se vulgarizou na contratação de serviços jurídicos. O que acontece é que, perante a posição de inferioridade do cliente, a Ordem Jurídica reserva já um complexo de normas que pretende, quer do ponto de vista formal como do ponto de vista material, precisamente «corrigir» ou parificar a relação de forças entre advogado-cliente.

---

47 Ver a sentença do Julgado de Paz de Lisboa de 17.10.2014 (Judite Matias), in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

48 Assim, PEREIRA (2000: 459 e ss. e 2004: 540 e ss.) com extensão do controlo às cláusulas não comunicadas. Quanto aos honorários, o cumprimento dos n.ºs 1 e 2 do artigo 51.º do CDOM previne o controlo referido no texto.

Tal como ficou dito introdutoriamente, estas reservas quanto à «consumetização» da relação advogado-cliente podem ser emitidas num horizonte de reflexão mais alargado, contemplando, também, a relação médico-paciente. Quanto a esta, para lá de todas as considerações sobre a fragilidade do doente e da diversidade de atores que prestam serviços médicos, deve continuar a ser regulada como relação pessoal, relação de confiança, estando o paciente protegido pelo direito médico e da saúde, com a tutela judicial dos abusos, e sem estar, pois, inserido num plano massificado baseado numa abstrata relação de desconfiança e de desequilíbrio.

## Bibliografia

- BRUNO, C. E., 2013, «Tutela del consumatore e foro applicabile. Il terzo contratto», *Responsabilità civile e previdenza*, 1, pp. 203-213.
- BRAVO, Adolfo, 1942, «A função social do advogado», *Revista da Ordem dos Advogados*, II, pp. 43-51.
- CASEAU-ROCHE, Cécile, 2015, «La consumérisation de l'activité des avocats», *Dalloz avocats – Exercer et entreprendre*, pp. 268-271.
- CHIARELLI, M., 2015, «Contratti tra avvocato e cliente: è applicabile la tutela del consumatore», *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, I, 2015, pp. 745-751.
- DOMINGUES, Paulo Tarso, 2016, «Podem as sociedades de advogados ser, hoje, sociedades comerciais? Breve análise do novo regime jurídico», *Cadernos de Direito Privado*, 54, pp. 3-10.
- FARELA, Helga Fonseca, 2015, «O contrato de prestação de serviços médicos (*treatment*) no anteprojecto de um quadro comum de referência (do direito privado europeu)», *Revista da Ordem dos Advogados*, III/IV, pp. 895-925.
- FRADA, M. Carneiro da, 2011, *Direito Civil. Responsabilidade civil. O método do caso*, 2.<sup>a</sup> reimpressão, Almedina, Coimbra.
- GRALHEIRO, J. C., 2014, «O ato médico é uma empreitada?», *Revista da Ordem dos Advogados*, III/IV, ano 74, pp. 795-893.
- KAUFHOLD, Sylvia, 2015, «Anwendung der Klauselrichtlinie auf Formularverträge über juristische Dienstleistung», *Neue Juristische Wochenschrift*, pp. 1290-1291.
- JAMIN, Christophe, 2015, «Le droit de la consommation toujours plus applicable aux avocats?», *Dalloz avocats – Exercer et entreprendre*, pp. 320-321.
- LEEUWEN, B. Van, 2016, «The Doctor, the Patient and EU Law: The Impact of Free Movement Law on Quality Standards in the Healthcare Sector», *European Law Review*, 5, pp. 638-654.

A relação advogado-cliente como relação de consumo – comentário ao acórdão *Birutė Šiba v. Arūnas Devėnas* do Tribunal de Justiça \ José C. Brandão Proença e Victor Hugo Ventura

- LOPES, Luís Branco, 2012, *A face oculta do vínculo laboral na advocacia*, Dissertação de Mestrado dactilografada, Universidade Católica Portuguesa (Porto).
- LUÍS, Alberto, 1988, «As funções e o posicionamento do jurista na empresa», *Revista da Ordem dos Advogados*, II, pp. 591-600.
- MARTINEZ, P. Romano, 2011, «Responsabilidade civil por acto ou omissão do médico. Responsabilidade civil médica e seguro de responsabilidade civil profissional», in *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, II, org. Rui Pinto Duarte e o., Almedina, Coimbra, pp. 459-485.
- MATEUS, Carlos, 2016, *Deontologia profissional – contributo para formação dos advogados portugueses*, texto dactilografado.
- MÉMÉTEAU, G., 2002, «Le patient consommateur et le professionnel de santé», in <https://lextenso.fr> (23.03.2018).
- NEGRO, A., 2015, «L'accordo tra avvocato e cliente soggiace alla normativa a tutela del consumatore», *Responsabilità civile e previdenza*, 4, pp. 1102-1112.
- PARRINO, A. E., 2017, «La consumerizzazione del paziente e la direttiva 2011/24 sull'assistenza sanitaria transfrontaliera», *Europa e diritto privato*, 1, pp. 329-368.
- PEDRO, Rute Teixeira, 2008, *A responsabilidade civil do médico. Reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado*, Coimbra Editora, Coimbra.
- PEREIRA, A. G. Dias, 2000, «O consentimento para intervenções médicas prestado em formulários: uma proposta para o seu controlo jurídico», *Boletim da Faculdade de Direito*, 76, pp. 433-471.
- , (2004), *O consentimento informado na relação médico-paciente. Estudo de Direito Civil*, Coimbra Editora, Coimbra.
- , 2013, «Responsabilidade civil: o médico entre o público e o privado», *Boletim da Faculdade de Direito*, 89, pp. 253-304.
- POLLASTRO, Irene, 2015, «Avvocato e cliente: è applicabile la tutela del consumatore?», *Giurisprudenza Italiana*, pp. 1636-1640.
- RANGEL, Paulo, 2002, «Advocacia e preconceito», *Revista da Ordem dos Advogados*, II, pp. 487-489.
- RAPOSO, V. Lúcia, 2013, «“Você tem uma nova mensagem”: a prestação de cuidados de saúde na era da telemedicina», *Lex Medicinæ*, ano 10, n.º 20, pp. 17-44.
- RENAUD, Isabel Rosa, 2010, «A confiança», *Revista Portuguesa de Bioética*, n.º 12, pp. 327-342.

- RIBEIRO, Joaquim de Sousa, 1999, *O problema do contrato – as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, Coleção Teses, Almedina, Coimbra.
- ROUSSET, G., 2008, *Le patient et le système de santé au prisme du consumérisme: résistance ou participation?*, in <https://hal-univ-lyon3.archives-ouvertes.fr/hal-00926015> (27.03.2018).
- SANTOS, Luís Laureano, 1991, «Laudo de honorários», *Revista da Ordem dos Advogados*, II, pp. 611-619.
- SANTOS MÓRON, M. J., 2017, «La imputación de responsabilidad médica com base en las normas de protección de consumidores: el artículo 148 TRLC», *Anuario de Derecho Civil*, LXX, 1, pp. 119-164.
- SARAIVA, Elaine Cristina / OLVEIRA, Wallison dos Santos, 2010, «Advogado x cliente: relação de trabalho ou relação de consumo», *Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito*, vol. VII, pp. 123-141.
- SILVA, Joana Sofia Vieira da, 2011, *A responsabilidade civil médica – a óptica do paciente, enquanto consumidor*, dissertação de Mestrado datilografada, Escola de Direito do Porto da Universidade Católica Portuguesa.
- TENENBAUM, A., 2015, «Variations autor de la directive n.º 91/13/CEE concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs», *Revue des Contrats*, 3, pp. 607-610.

DIREITO  
PRIVADO

Paulo de Tasso Domingues  
Pedro Múrias  
Pedro Romano Martínez  
Rui Pinto Duarte  
Taranjay Sharma  
Vasiliki Fokoula  
José Carlos Brandão Proença  
Victor Hugo Ventura



# Revista Quadrimestral

Sim, desejo ser assinante a partir do próximo número.  
Ficha para assinatura em [www.fd.lisboa.ucp.pt](http://www.fd.lisboa.ucp.pt)

**Portugal**  Assinatura anual 45 €  
**Europa**  Assinatura anual 55 €  
**Resto do Mundo**  Assinatura anual 65 €

Nome .....

Morada .....

Localidade ..... Código Postal .....

NIF\* ..... Tel. .... Tm.....

e-mail ..... Profissão .....

Instituição | Empresa .....

\* Campo de preenchimento obrigatório para emissão de recibo.

## FORMAS DE PAGAMENTO

Cheque n.º .....

Banco .....

Cheque passado a:

Universidade Católica Portuguesa

Transferência bancária

PT50 0033 0000 2108 0018 4224 3

(Anexar comprovativo de transferência)

POR FAVOR, ENVIE ESTE CUPÃO PARA:

Católica Research Centre for the Future of Law  
Faculdade de Direito  
Universidade Católica Portuguesa  
Palma de Cima 1649-023 Lisboa

INFORMAÇÕES: Tel.: (351) 21 721 41 78 | Fax (351) 21 721 41 77

[catolicallawreview.fd@ucp.fd.pt](mailto:catolicallawreview.fd@ucp.fd.pt)

## CONDIÇÕES DE CONFIDENCIALIDADE E TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS

Os dados recolhidos no presente formulário serão processados e armazenados informaticamente e em suporte papel.

A informação fornecida será tratada de forma confidencial e utilizada exclusivamente para fins de subscrição (assinatura) da *Católica Law Review* e para as demais finalidades indicadas em [3] destas condições.

### 1. Responsável pelo tratamento dos seus dados pessoais

O responsável pelo tratamento dos seus dados pessoais é o Católica Research Centre for the Future of Law da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa (adiante UCP).

Caso necessite de entrar em contacto com a UCP poderá fazê-lo através dos seguintes meios:

- Contacto telefónico: (351) 21 721 41 78
- E-mail: [catolicallawreview.fd@ucp.fd.pt](mailto:catolicallawreview.fd@ucp.fd.pt)

DIREITO  
PRIVADO

Paulo de Tarsis Domingues  
Pedro Múrias  
Pedro Romano Martínez  
Rui Pinto Duarte  
Tanmayi Sharma  
Vasiliki Fatsoula  
José Carlos Brandão Proença  
Victor Hugo Ventura



# Revista Quadrimestral

## 2. Contactos do Data Protection Officer da Universidade Católica Portuguesa

A UCP designou um encarregado de proteção de dados (Data Protection Officer). Caso necessite de entrar em contacto com o mesmo, poderá fazê-lo através dos seguintes meios:

- Contacto telefónico: (351) 21 721 41 78
- E-mail: [compliance.rgpd@ucp.pt](mailto:compliance.rgpd@ucp.pt)

## 3. Finalidades e fundamentos de tratamento e prazos de conservação dos dados

A UCP trata os seus dados pessoais para fins de subscrição (assinatura) da *Católica Law Review*, em particular, para as finalidades e com os fundamentos, a seguir indicados:

Finalidade	Fundamento de Litude
Assinatura da <i>Católica Law Review</i>	Execução Contratual
Divulgação de produtos e promoções da <i>Católica Law Review</i>	Interesse Legítimo

## 4. Prazos de conservação

O período de tempo durante o qual os dados são conservados e armazenados pela UCP varia de acordo com a finalidade para a qual a informação é utilizada sendo conservados pelo prazo necessário à satisfação de cada uma delas e de acordo com as imposições legais, nomeadamente os prazos de conservação arquivística ou outros que, em cada momento, sejam aplicáveis, em especial, segundo os critérios a seguir indicados:

Finalidade	Critério para definição de prazo
Assinatura da <i>Católica Law Review</i>	3 meses após término da assinatura
Divulgação de produtos e promoções da <i>Católica Law Review</i>	3 meses após término da assinatura

## 5. Entidades destinatárias dos seus dados pessoais

Os dados pessoais dos titulares poderão ser tratados por entidades a quem a UCP tenha subcontratado o seu processamento, entidades essas que farão esse processamento no âmbito estrito dos fins acima indicados não podendo usar os dados para quaisquer outros fins próprios ou alheios. Os dados pessoais poderão ainda ser transmitidos a autoridades administrativas ou regulatórias para cumprimento de obrigações legais de registo, de comunicação ou de reporte.

## 6. Os seus direitos, enquanto titular de dados pessoais

Como titular de dados pessoais, poderá exercer, a qualquer altura, os seguintes direitos, reunidas que estejam, em cada caso, as condições legais de que depende o seu exercício: direito de acesso, direito de retificação, direito de apagamento, direito de limitação do tratamento, direito de portabilidade e direito de oposição ao tratamento. Para mais esclarecimentos sobre estes direitos, poderá consultar a informação no link:

[https://www.ucp.pt/site/recursos/documents/Reitoria/Direitos%20do%20titular%20dos%20dados\\_PT.pdf](https://www.ucp.pt/site/recursos/documents/Reitoria/Direitos%20do%20titular%20dos%20dados_PT.pdf).

## 7. Reclamação junto da autoridade de controlo

Caso necessite, poderá, ainda, apresentar reclamação junto da Comissão Nacional de Proteção de Dados (CNPD).

## 8. Requisito contratual

A comunicação de dados pessoais solicitados neste formulário constitui um requisito contratual, de forma a permitir a finalidade a que o tratamento se destina. A falta de recolha dos dados solicitados impede a assinatura da *Católica Law Review*. No entanto, caso não deseje receber informação relativa à Divulgação de produtos e promoções da *Católica Law Review*, assinale aqui com um x:

VOLUME II  
n.º 2  
mai. 2018

# DIREITO PRIVADO

## DOCTRINA

Administradores trabalhadores – Breves notas \ **Paulo de Tarso Domingues**

Personal Value in the Analysis of Rights \ **Pedro Múrias**

Ensaio sobre os Seguros de Responsabilidade Civil \ **Pedro Romano Martinez**

Os Deveres dos Administradores das Sociedades Comerciais \ **Rui Pinto Duarte**

Evidence in International Arbitration: Admissibility, Relevance  
and Differences between Common and Civil Law \ **Tanmayi Sharma**

Global labour market for professional football players  
and contract law \ **Vasiliki Fasoula**

## COMENTÁRIO DE JURISPRUDÊNCIA

A relação advogado–cliente como relação de consumo – comentário  
ao acórdão *Birutė Šiba v. Arūnas Devėnas* do Tribunal de Justiça  
\ **José Carlos Brandão Proença** \ **Victor Hugo Ventura**

