

REVISTA BRASILEIRA DE ESTUDOS JURÍDICOS

Montes Claros. Minas Gerais. Brasil. v. 12, n. 2, jul./dez. 2017. ISSN 1809-7278 (Impresso)
ISSN 2358-9744 (CD-Rom)

Impressão 3D e Direito de Autor
3D Printing and Copyright
Maria Victoria Rocha

Supremo Tribunal Federal e o Ensino Religioso:
tensão entre estado laico e confessionalidade
Admilson Eustáquio Prates

A Concorrência Desleal à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça:
revisitando o tema dos interesses protegidos
Unfair Competition according to the case law of the Supreme Court of Justice: revisiting
the subject of protected interests
Ana Clara Azevedo de Amorim

O Crime de Branqueamento de Capitais à Luz do Direito Penal Internacional e da União
Europeia – Bem Jurídico e Configuração Típica em Portugal, no Brasil e em Macau
Anabela Miranda Rodrigues

JUSTIÇA: de ilha a arquipélago
(Algumas navegações)
Carlos Alberto Poiares

As “Condições” de uma *Informação Prévia Condicionada*: quando a condição está
dependente do próprio município
Fernanda Paula Oliveira

Verfassungs- und Gesellschaftsrecht
Hans-Georg Koppensteiner



FACULDADES
SANTO AGOSTINHO

REVISTA BRASILEIRA DE ESTUDOS JURÍDICOS

Volume 12, número 2, jul./dez. 2017

ISSN 1809-7278 (Impresso)

ISSN 2358-9744 (CD-Rom)

REVISTA BRASILEIRA
DE ESTUDOS JURÍDICOS

v. 12, n. 2 – Semestral – Montes Claros, MG – jul./dez. 2017



FACULDADES
SANTO AGOSTINHO

A Revista Brasileira de Estudos Jurídicos é uma publicação semestral da Faculdade de Direito Santo Agostinho - FADISA, editada por Elton Dias Xavier.

©COPYRIGHT: INSTITUTO EDUCACIONAL SANTO AGOSTINHO

FACULDADE DE DIREITO SANTO AGOSTINHO – FADISA (FACULDADES SANTO AGOSTINHO)

Diretor-Geral: Prof. Dr. Antônio Augusto Pereira Moura

Diretor de Unidade: Prof. Ms. Wanderklayson Aparecido Medeiros de Oliveira

Coordenador do Curso de Direito: Prof. Dr. Rafael Soares Duarte de Moura

REVISTA BRASILEIRA DE ESTUDOS JURÍDICOS (Brazilian Journal of Legal Studies)

Editor: Prof. Dr. Elton Dias Xavier - Faculdade de Direito Santo Agostinho, Montes Claros, MG, Brasil

Editor-Associado: Prof. Ms. Waldir de Pinho Veloso - Faculdade de Direito Santo Agostinho, Montes Claros, MG, Brasil

Membros do Conselho Editorial

Prof. Dr. Adilson José Moreira - Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, SP, Brasil

Prof. Dr. Alexandre Melo Franco de Moraes Bahia - Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, MG, Brasil

Prof. Dr. Casimiro Manuel Marques Balsa - Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, Portugal

Prof. Dr. Eduardo Ramalho Rabenhorst - Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, PB, Brasil

Prof. Dr. Elian Pregno - Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina

Prof. Dr. Fábio de Carvalho Leite - Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil

Prof. Dr. Gonçalo Nicolau Cerqueira Sogas de Mello Bandeira - Escola Superior de Gestão do Instituto Politécnico do Cávado e do Ave (ESG/IPCA), Minho, Portugal

Prof. Dr. Horácio Wanderley Rodrigues - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, SC, Brasil.

Prof. Dr. Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira - Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil.

Prof. Dr. Menelick de Carvalho Neto - Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil

Prof. Dr. Paulo Ferreira da Cunha - Universidade do Porto, Porto, Portugal

Prof. Dr. Ricardo Maurício Freire Soares - Universidade Federal da Bahia, Salvador, BA, Brasil

Organização, padronização e revisão linguística: Prof. Ms. Waldir de Pinho Veloso

Diagramação/Editoração gráfica/Capa: Maria Rodrigues Mendes

Correspondências, pedidos de assinatura e solicitação de números avulsos deverão ser endereçados a:
(All correspondences, subscriptions and claims for missing issues should be addressed to the Editor)

Endereço: (Address)

Av. Osmane Barbosa, 937 – JK – Montes Claros – MG, CEP 39404-006.

E-mail: <eltondx@hotmail.com>, <estudosjuridicos@santoagostinho.edu.br>

Publicação semestral/Published 2 times per year

Para envio de artigos veja notas ao final/For submissions see final notes in the Journal

Revista Brasileira de Estudos Jurídicos / Faculdades Santo Agostinho. - Vol. 12, n. 2 (2017) – . – Montes Claros (MG) : Editora Fundação Santo Agostinho, 2017 –
v. : 19 x 26 cm.

Semestral.

ISSN 1809-7278 (Impresso) . ISSN 2358-9744 (CD-Rom)

1. Direito - Periódicos. 2. Ciências Sociais - Periódicos. I. Faculdades Santo Agostinho. II. Título.

CDU – 34

Ficha catalográfica: Edmar dos Reis de Deus – CRB6-2486

SUMÁRIO

EDITORIAL	7
------------------------	---

ABERTURA

Impressão 3D e Direito de Autor 3D Printing and Copyright <i>Maria Victoria Rocha</i>	13
---	----

ARTIGOS

Supremo Tribunal Federal e o Ensino Religioso: tensão entre estado <i>laico</i> e confessionalidade <i>Admilson Eustáquio Prates</i>	49
--	----

A Concorrência Desleal à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça: revisitando o tema dos interesses protegidos Unfair Competition according to the case law of the Supreme Court of Justice: revisiting the subject of protected interests <i>Ana Clara Azevedo de Amorim</i>	65
--	----

O Crime de Branqueamento de Capitais à Luz do Direito Penal Internacional e da União Europeia – Bem Jurídico e Configuração Típica em Portugal, no Brasil e em Macau <i>Anabela Miranda Rodrigues</i>	109
--	-----

JUSTIÇA: de ilha a arquipélago (Algumas navegações) <i>Carlos Alberto Poiares</i>	135
As “Condições” de uma <i>Informação Prévia Condicionada</i> : quando a condição está dependente do próprio município <i>Fernanda Paula Oliveira</i>	153
Verfassungs- und Gesellschaftsrecht <i>Hans-Georg Koppensteiner</i>	171
NORMAS TÉCNICAS DE PUBLICAÇÃO	199

EDITORIAL

Neste segundo semestre de 2017, a **Revista Brasileira de Estudos Jurídicos** continua com seus ares internacionais. Afinal, o mundo de hoje é pequeno, com as comunicações e até a possibilidade de um projeto de um produto ser elaborada em uma parte do Planeta e, com uso da tecnologia das comunicações, ser o produto diretamente impresso em outra parte do mundo. Isso, de forma instantânea.

E, exatamente como uma saudação à possibilidade de a tecnologia colaborar nas questões industriais e de logística, a **Revista Brasileira de Estudos Jurídicos** escolheu como texto da seção **Abertura**, a autoria da Professora Doutora Maria Victoria Rocha, da Escola de Direito da Universidade Católica Portuguesa (Porto). O título “Impressão 3d e Direito de Autor” traz, em si, todo um diferencial e um potencial de discussão quanto à tecnologia e o seu reflexo no Direito. A autora, em ampla pesquisa e com fundamentos nas mais variadas fontes, debruça-se sobre o tema da possibilidade de, de porte de uma impressora de alta qualidade, ser montado à distância, como se fosse uma “simples impressão”, um produto das mais variadas espécies. E questiona a qualificação dos Direitos Autorais quanto ao que é “impresso”, ou fabricado à distância, quando se sabe que o comando para a impressora 3D somente foi possível porque alguém projetou a peça, fez o programa e autorizou a impressão em substituição à fabricação física em um local distinto da origem. Mostra que, no futuro, pode haver mais debates, pois os transportes de produtos já não precisarão ser feitos, sendo possível o simples comando em um ponto do planeta para que, do outro lado e como ponta da comunicação estelar, uma impressora 3D construa a peça nas exatas condições do disparo da informação.

Na seção denominada “**Artigos**”, os autores figuram em ordem alfabética.

Como primeiro texto científico, aparece a autoria do Professor Doutor Admilson Eustáquio Prates. Com experiências das áreas de Filosofia e Ciências da Religião, o autor escreve sobre o “Supremo Tribunal Federal e o Ensino Religioso: tensão entre estado *laico* e confessionalidade”, em demonstração de firme enlace questões filosóficas e da religião, com o Direito. O tema, por si só, já merece carinho na leitura. E, por ter sido objeto de pesquisa percuciente e de extrema dedicação, reveste-se de qualidade. É um texto em tom de ensaio, com demonstração de capacidade de observação, estudo, pesquisa e, sobretudo, articulação. O início da seção, portanto, é credor de todo reconhecimento. E

fará com que o leitor não apenas se entusiasme a conhecer todo o conteúdo da Revista, como também a se concentrar firmemente nos estudos que se seguirão.

Da Universidade Portucalense, de Porto, Portugal, vem o artigo “A Concorrência Desleal à luz da Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça: revisitando o tema dos interesses protegidos”, assinado pela Professora Doutora Ana Clara Azevedo de Amorim. É uma análise, resultado de muito e competente estudo, quanto à concorrência desleal, a cópia de nomes comerciais de produtos e de empresas, e a proteção que as leis portuguesas, espanholas, suíças e alemãs oferecem. Um tratado de Direito Comparado no segmento da garantia que o Estado, por meio do Tribunal de Justiça, deve oferecer aos empresários que investem, e muito, para consolidar um nome como de conhecimento de todos. O texto ainda se imiscui no estudo das relações dos empregados e altos dirigentes para com os segredos das empresas nas quais trabalham. Tudo, à luz das decisões do Supremo Tribunal de Justiça, a Corte Suprema de Portugal, em decisões que voltam no tempo para a primeira metade do século XX até os presentes dias. De fato, um fôlego extrema em termos de pesquisa. Um texto primoroso, de uma consagrada escritora de livros jurídicos.

Na sequência, o respeito à ordem alfabética quanto aos nomes dos autores. Um texto longo, profundo e de pesquisas de áreas periféricas ao exposto, é característica dos artigos científicos europeus. E é o que se nota ao estudar o artigo científico “O Crime de Branqueamento de Capitais à Luz do Direito Penal Internacional e da União Europeia: bem jurídico e configuração típica em Portugal, no Brasil e em Macau”. O centro é quanto ao crime de lavagem de dinheiro em Portugal (lá denominado “Branqueamento de Capitais”), mas há pesquisas nas leis do Brasil e de Macau sobre o tema. A pesquisa demonstra grande e profundo conhecimento, aliado à busca de toda informação em documentos da Comissão Europeia e em livros dos mais variados e competentes autores. Dentre os livros, muitos de autoria individual ou de organização da autora do texto, a Professora Anabela Miranda Rodrigues, que é Doutora em Direito e Professora Catedrática da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Um texto que liga a Psicologia Forense ou Jurídica ao Direito propriamente tido vem da lavra do Professor Doutor Carlos Alberto Poiães, da Universidade Lusófona, de Portugal. Sob o título de “Justiça: de ilha a arquipélago (algumas navegações)”, o autor desfila grande conhecimento acerca da aplicação da sua denominada Ciência da Pessoa (a Psicologia) no aparato do Poder Judiciário. Em certo ponto, indica a necessidade de menos judicialização da política e menos politização da Justiça. E, compara a Justiça com um necessário arquipélago, em que cada ilha deve ser uma das ciências que a rodeiam,

sem se admitir que a Justiça seja uma ilha, um isolamento, um inacessível ponto de interesse, de entendimento, de interferência por parte da população, mas um conjunto do corpo do arquipélago. Trata-se de um texto escrito sob o olhar de um Psicólogo capacitado, autor consagrado na área, com lições do Direito, na qual também é graduado. Soma-se, ainda a experiência como Professor e Vice-Reitor da Universidade.

O tema do Direito Urbanístico, tão necessário a cada dia como a própria vida, recebe tratamento espetacularmente bem elaborado pela Professora Doutora Fernanda Paula Oliveira, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Sob o título “As ‘Condições’ de uma Informação Prévia Condicionada: quando a condição está dependente do próprio município”, o artigo descreve a figura portuguesa da licença ou autorização prévia à submissão de um projeto arquitetônico, um licenciamento ambiental, etc. Discute, dentre outros, o fato de a Administração, quando provocada inicialmente, não poder deixar de se manifestar e, se houver deferimento da informação prévia, achar-se vinculada à autorização, daí em diante. Mas, adverte para o fato de a Administração poder autorizar previamente uma pretensão do administrado, impondo, porém, algumas condições. Neste caso, demonstra a autora que, descumpridas as condições, que passam a ter caráter resolutivo, não há mais autorização válida ou vinculada; e uma vez cumprido que foi imposto ao administrado, não pode a Administração decidir de forma contrária ao já concedido. Trata-se de um direito não constante dos Atos Administrativos do Brasil, e que valem, também por isso, um estudo detalhado do texto da Professora, pois poderá servir como paradigma para a legislação brasileira ou, dependendo da qualidade do argumento, como fonte do Direito como Direito Comparado.

Da Áustria, vem o texto denominado “Verfassungs- und Gesellschaftsrecht” (que em tradução livre seria “Direito Constitucional e Corporativo”), de autoria do Professor Doutor Hans-Georg Koppensteiner, que é um renomado jurista alemão, e Professor Catedrático de Direito Civil e Direito Europeu da Universidade de Salzburg (Áustria). O texto, escrito em Alemão, considera, primeiramente, como os Direitos Fundamentais interagem na relação entre indivíduos e o Direito Empresarial, envolvendo até as relações de consumo. Tem por fundamento a Lei Básica alemã e Protocolos da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, e faz análise das garantias da propriedade, a liberdade de associação (empresarial ou não), a liberdade de aquisição patrimonial, a autonomia privada e o princípio da igualdade de tratamento perante a Lei. Examina, também, os Direitos Fundamentais como proteção dos interesses dos acionistas, credores, empregados e o público em geral em comparação com o direito que as empresas têm.

Não é pouco o conteúdo. E, a qualidade está, a cada semestre, em franca evolução.

Desta forma, a **Revista Brasileira de Estudos Jurídicos** vem produzidas com textos altamente bem produzidos, exclusivos e representativos da inteligência mundial. O que eleva a **Revista Brasileira de Estudos Jurídicos** à condição de publicação brasileira mais internacional dos atuais tempos.

Professor Doutor Elton Dias Xavier
Editor

A B E R T U R A

Impressão 3D e Direito de Autor

3D Printing and Copyright

MARIA VICTORIA ROCHA*

Resumo: As tecnologias de impressão 3D revolucionam as formas de produção e de consumo, fazendo-nos entrar numa era totalmente diferente, que terá o seu auge *no make it yourself*, hoje já possível em alguma medida, mas com potencialidade para um crescimento exponencial. A par com outros desenvolvimentos da era digital, a impressão 3D contribui decisivamente para a 4.^a Revolução Industrial. As empresas produzem já objectos a pedido, próximo da distribuição e consumo, sem os custos e riscos do transporte e armazenamento. Os consumidores podem ter acesso imediato aos objectos impressos em 3D, ou fazê-los eles próprios. A tecnologia 3D coloca várias questões em matéria de Propriedade Intelectual e Industrial. Neste texto introdutório pretendemos analisar apenas algumas questões relacionadas com os direitos de autor. Em especial, procuramos saber em que medida as obras realizadas com recurso a estas tecnologias podem ser consideradas obras protegidas, quais as eventuais infracções que elas possibilitam, nomeadamente através das plataformas de arquivos CAD/BIM contendo obras protegidas, que possibilidades existem para atenuar as violações e quais as utilizações livres. Pretendemos ainda dar conta dos vários intervenientes no mercado 3D e das relações que estabelecem entre si, com particular relevo para o movimento dos *makers* e seus efeitos no panorama industrial existente.

Palavras-chave: Impressão 3D, direito de autor, obra protegida, violação de direitos morais e patrimoniais de autor, medidas de protecção; usos livres, movimento dos *makers*.

* Doutora em Propriedade Intelectual pela Faculdade de Direito da Universidade de Santiago de Compostela, em 2000. Mestre em Direito pela Escola de Direito de Lisboa da Universidade Católica Portuguesa, na área do Direito Comercial, em 1993. Licenciatura em Direito pela Escola de Direito do Porto da Universidade Católica Portuguesa, em 1986. Licenciatura em Línguas e Literaturas Modernas (Inglês/Alemão) pela Faculdade de Letras da Universidade do Porto, em 1983. Docente da Escola de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Porto, e membro do Católica Research Centre for the Future of Law - Centro de Estudos e Investigação em Direito (CEID). Advogada/Consultora. Especialista em Propriedade Intelectual, Fashion Law e Direito da Publicidade.

Abstract: The various technologies of 3D printing revolutionize the forms of production and consumption, making us enter a totally different era, which will have its culmination in “Make it yourself”, now possible in some measure, but with potential for exponential growth. This contributes to the 4th Industrial Revolution. Companies already produce objects on demand, close to distribution and consumption, without the costs and risks of transportation and storage. Consumers can have immediate access to objects printed in 3D, or make them themselves. 3D printing poses several issues to Intellectual Property. In this introductory text we intend to analyze only a few issues related to Copyright. In particular, the extent to which works carried out using these technologies can be considered as protected works, what infringements may make possible, in particular through CAD / BIM file platforms, the possibilities of mitigating infringements and the free uses. We also intend to give an account of the various players in the 3D market and the relations they establish with each other, with particular emphasis on the makers movement and their effects on the existing manufacturers.

Keywords: 3D printing, copyright protected work, infringement of moral and patrimonial copyrights; protection measures, free uses, makers movement.

1 NOÇÕES GERAIS SOBRE IMPRESSÃO 3D

A impressão 3D consiste numa denominação global que inclui as diversas técnicas de fabricação aditiva. Não faltará muito tempo até ser possível fabricarmos em nossas casas quase tudo, o que significa numa nova era de fabricação e consumo fundada no *make it yourself*, no consumidor-fabricante, *prosumer*.¹ Este é mais um contributo para a constatação de que já se iniciou a 4.^a Revolução Industrial².

A impressão 3D permite aos fabricantes a produção de objectos a pedido e próximo dos locais de distribuição ou consumo, diminuindo ou suprimindo os custos de transporte e armazenamento. A tecnologia permite que os consumidores disponham de imediato dos objectos impressos, que podem ser personalizados, incluindo a obtenção de peças de substituição, se estão esgotadas as peças de origem. Com a evolução, serão cada vez mais os consumidores a realizar as peças que desejam.

A impressão tridimensional constitui uma realidade há décadas, embora esteja hoje em plena expansão³. A técnica, que existe há mais de trinta anos⁴, é “proteiforme e evolutiva

¹ Cf., entre outros, CARRANCHO HERRERO (2014); LE GOFFIC, VIVÈS-ALBERTINI, 2015a, em especial p. 40 ss; HAFFNER, 2016; RAMALHO, 2015, em especial, p. 21-23; RIMMEN, 2017, em especial p. 51-22; SCHMOLL et al., 2015, em especial p. 1041-1042; VIGUIÈ, 2014, em especial, p. 47-59.

² Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Industria_4.0>. Último acesso em: 07.03.2017.

³ Em pormenor, consulte-se WOHLERS, 2016; TRAN, 2015; HEGAB, 2016.

⁴ A técnica existe há mais de 30 anos. Sob o nome de “estereolitografia”, o Engenheiro Charles Hull desenvolveu pela primeira vez a técnica precursora da impressão 3D. Patenteou nos EUA em 1984 um sistema de fabricação por camadas sucessivas mediante a utilização de um material sensível ao raios ultravioletas e, em 1988, fez surgir a primeira impressora 3D, a SLA.250. A impressora usava a técnica da fotopolimerização, traduzida na solidificação de uma substância sintética pela luz. Como a tecnologia está em evolução constante, foram patenteados muitos

(LE GOFFIC, VIVÈS-ALBERTINI, 2015a, p. 41.). O que é comum na tecnologia 3D é que o seu funcionamento pode ser descrito em duas etapas. Na primeira fase desenha-se a figura que se pretende num computador com um *software* de desenho/modelação 3D, criando-se um arquivo/ficheiro que, numa segunda fase, se carrega na máquina de impressão 3D. O desenho/modelo assistido por computador, vulgarmente denominado de ficheiro *Computer Aided Design* (CAD) ou, mais modernamente, em especial na área da arquitectura e construção, *Building Information Modeling* ou *Building Information Model* (BIM)⁵ constitui uma verdadeira maquete digital, pronta para sair para o mundo físico. É codificado num formato, sendo o mais comum o .stl (formato *standard* de fabricação aditiva). O ficheiro CAD/BIM pode ser obtido de várias formas: pela digitalização de um objecto existente, através de um *scanner* 3D, através de *software* de modelação 3D⁶, ou num *website* de partilha de ficheiros em rede⁷. O ficheiro CAD/BIM

outros processos de fabricação aditiva. A *Fusion Deposition Model* (FDM) permite a deposição de material liquefeito, por camadas. A técnica abrange apenas materiais em plástico. Cf. LE GOFFIC, VIVÈS-ALBERTINI, 2015a, p. 41, e WIKIPÉDIA, 2017a.

A EBM (*Electronic Beam Melting*) permite a impressão de peças em metal. O pó de metal ou fio de metal é fundido usando um feixe de electrões como fonte de calor. As ligas de titânio são amplamente utilizadas com esta tecnologia o que a torna uma escolha adequada para o mercado de implantes médicos, indústria aeronáutica e aeroespacial e outras aplicações mecânicas altamente exigentes, nomeadamente na indústria automóvel. Cf. WIKIPÉDIA, 2015b.

O Processo Three Dimensional Printing -3DP (*frittage laser*) funciona mediante um sistema de fusão de partículas em pó. Um laser reduz os materiais a pó, o pó é desdobrado em camadas finas e colorido pelo uso de colas coloridas. É um processo muito eficaz atendendo aos critérios de qualidade, precisão e preço, usado sobretudo para protótipos e para impressão 3D a pedido (LE GOFFIC, VIVÈS-ALBERTINI, 2015a, p. 41). Em 2005 surge a primeira impressora em cores. Estes são apenas exemplos de algumas das muitas tecnologias que já foram patenteadas. A origem e evolução da tecnologia 3D são referidas pela generalidade dos autores até agora citados. Veja-se também WIKIPÉDIA, 2017a. O lado negro desta tecnologia tem a ver com a possibilidade de se imprimirem em 3D objectos como armas e outros materiais ilícitos. O “mercado negro” pode ser muito acelerado. Cf., quanto às armas, facilmente produzidas por *hackers*, WIKIPÉDIA, 2017c e WHAT, 2017. Inclusive, é preocupante a crescente possibilidade de *hacking* de planos de bombas atómicas. Sobre o tema, veja-se, entre outros, LEDERER, 2016.

⁵ Os BIM são frequentemente vistos como a nova geração de ferramentas CAD. Traduzem-se num conjunto de informações geradas e mantidas durante todo o ciclo de vida de um edifício. O BIM abrange geometria, relações espaciais, informações geográficas, as quantidades e as propriedades construtivas de componentes (por exemplo, detalhes dos fabricantes). O BIM pode ser utilizado para demonstrar todo o ciclo de vida da construção, incluindo os processos construtivos e fases de instalação. Desenvolvidamente, veja-se WIKIPÉDIA, 2017d, e UNIVERSIDADE, 2017.

⁶ A título de exemplo, temos programas como o 3ds max, o AutoCAD 3 D, o Blender, o Catia, o Cinema 3D, o Revit, o Solid Works, o SketchUp, o ZBrush, o Scia Engineer, o Allplan, o Revit, o Bentley Architecture, o ArchiCad, o VectorWorks, o Tekla Structures, o Cype, ou o TecnoMETAL.

⁷ Por exemplo, a Thingiverse (pertencente à Makerbot), a Sculpteo, e a SketchUp. Estes fornecedores de impressão digital em rede surgiram como *start-ups* de ajuda ao consumidor ainda não completamente familiarizado com os programas CAD. A vontade de familiarizar os consumidores com as impressoras 3D levou também ao surgimento dos *Fab Lab*, que se traduzem em oficinas abertas ao público onde se levam a cabo estes serviços e são verdadeiros locais de troca e aprendizagem e evolução tecnológica. Com detalhe, VIGUIÈ, 2014, p. 51-53; WIKIPÉDIA, 2017e.

é convertido num formato G-Code ou outro⁸ para a maquete digital ser impressa num objecto em três dimensões (LE GOFFIC, VIVÈS-ALBERTINI, 2015a, p. 41, texto e nota 17; VIGUIÉ, 2014, p. 53).

Ao contrário da brocagem ou recorte, que implicam subtrair a matéria, a tecnologia 3D consiste numa técnica de fabricação aditiva, acrescenta matéria, tradicionalmente, camada por camada. Esta forma de produção, sem perda de matéria ou resíduos abundantes, é mais amiga do ambiente e tem menores custos frente às tradicionais fórmulas subtractivas em que sobra sempre material⁹. A tecnologia 3D está cada vez mais desenvolvida e acessível ao utilizador. Permite que se fabriquem produtos de qualquer tipo, pelo que interessa a todos os sectores da indústria. Atravessa sectores tão diversos como a indústria automóvel (ex.: protótipos, moldes, peças), aeronáutica (ex.: peças de avião, propulsores para naves espaciais), alimentar (ex. chocolates¹⁰, pizzas, queijos), de construção imobiliária (acaba de ser construída uma casa como um todo em 24h em 3D, sem separação das partes, como era tradicional, mesmo na impressão 3D¹¹), da moda (ex.: joias, roupa sem cortes e costuras, como a da estilista Iris Van Herpen), da ortopedia (ex.: próteses e implantes médicos), da indústria farmacêutica, dos brinquedos, dos acessórios e peças sobressalentes, entre outras. A possibilidade que já existe da impressão biológica ou *bioprinting*, traduzida na impressão de tecidos e órgãos humanos, levanta complexos problemas éticos¹².

Neste artigo propomos apenas centrar-nos na impressão 3D aplicada às indústrias criativas, ou seja, no âmbito dos direitos de autor, tentando indicar soluções para algumas das questões mais prementes¹³.

⁸ Veja-se o Makenware, o Slic3r, o KISSslicer, o Cura, o ReplicatorG.

⁹ Veja-se, neste sentido, CARRANCHO HERRERO, 2014, p. 44; LE GOFFIC, VIVÈS-ALBERTINI, 2015a, p. 42; VIGUIÉ, 2014, p. 49.

¹⁰ Para o caso do chocolate, veja-se o interessante estudo de LI et al, 2014.

¹¹ Esta notícia data de 13.03.2017. Veja-se <<https://www.youtube.com/watch?v=xktwDfasPGQ>>, a casa, efectuada como um bloco, foi obtida graças à tecnologia inovadora 3D usada pela Apis Cor. Cf. <<http://apis-cor.com/en/>>, ambos os *websites* com último acesso em 14.03.2017.

¹² Sobre o tema, entre outros, LI, 2014; RAMALHO, 2015, p. 24. Veja-se também a notícia de 16.03.2017 sobre a impressora capaz de imprimir a pele humana em 3D: <<http://www.tvi24.iol.pt/tecnologia/impressora-3d/ja-existe-uma-impressora-capaz-de-fabricar-pele-humana>>, com utilidade em transplantes de pele e em testes de produtos cosmético-farmacêuticos (último acesso em 20.03.2017).

¹³ Como apontam SCHMOLL et al., 2015, p. 1.041, as questões jurídicas que a tecnologia 3D levanta ainda há pouco começaram a ser tratadas pela doutrina. A análise do impacto em matéria de Propriedade Industrial terá que ficar para outra ocasião, pese embora ser fundamental nesta área.

Não obstante, permitimo-nos fazer uma nota sobre este aspecto. Em matéria de modelos ou desenhos, a protecção está muito próxima da do Direito de Autor, podendo, inclusive, haver protecções cumulativas, embora os requisitos de protecção não se confundam. Os desenhos ou modelos protegem a aparência de um produto, ou de parte do produto, desde que haja novidade (em sentido objectivo) e carácter singular. Os modelos

2 IMPRESSÃO 3D E OBRA PROTEGIDA PELO DIREITO DE AUTOR

A criação de uma obra de arte pela tecnologia 3D abre uma nova dimensão à criação artística (seja ou não utilitária), porque os criadores passam a poder realizar geometrias que não são possíveis nos modelos tradicionais. Mas poderá o desenho ou modelação 3D, ou a peça impressa por este método, qualificar-se como obra de arte?

ou desenhos, sozinhos ou conjugados com o direito de autor, têm vocação para ser protegidos nas várias hipóteses de impressão 3D, sejam objectos artesanais ou industriais. Um aspecto fundamental tem a ver com a protecção das peças de montagem (sobresselentes, de reposição de um produto complexo). Essas peças devem ser protegidas neste contexto se e na medida em que tenham características que não dependem apenas de um resultado técnico e não sejam elementos de ligação mecânica. O fabrico através da impressão 3D pode constituir contrafacção, excepto nas hipóteses em que os direitos de exclusivo não podem ser protegidos. Ao contrário do que se passa em matéria de Direito de Autor, aqui há que ter em conta que o registo é constitutivo (com excepção dos modelos e desenhos não registados protegidos na UE, por prazo não superior a 3 anos, e com uma protecção contra a cópia -*copyright approach*). Além disso, as excepções dos actos realizados a título privado não estão submetidas ao requisito da “fonte lícita”, como veremos ser condição em matéria de Direito de Autor.

Desenvolvadamente, sobre a protecção dos modelos e desenhos, GONÇALVES, 2015, p. 129 ss; CAMPINOS, GONÇALVES, 2105, p. 317-387; ROCHA, 2017, p. 205-228. Sobre o cúmulo de protecções através do Direito de Autor e do Direito Industrial, ROCHA, 2013. Sobre os modelos e desenhos na impressão 3D, LE GOFFIC, VIVÈS-ALBERTINI, 2015b, p. 15-25, em especial, sobre os modelos e desenhos, p. 15-16; SCHMOLL et al., 2015, p. 1.044-1.045.

Quanto às patentes (ou modelos de utilidade), estão em causa, neste contexto a patenteabilidade dos processos de impressão 3D e a extensão da protecção conferida às patentes de produtos. A protecção das invenções por patentes (ou modelos de utilidade) também depende de registo, e os requisitos são a novidade (absoluta), a actividade inventiva e a aplicação industrial. Há determinadas invenções que, como é sabido, só podem ser protegidas por patentes, sendo legalmente impossível a impressão por modelos de utilidade. Desde a sua origem que as tecnologias 3D têm sido objecto de patentes, que vão caindo no domínio público ao fim dos vinte anos de protecção a contar do pedido (no caso dos modelos de utilidade, ao fim de seis anos com duas renovações de dois anos, ou seja, dez anos). A caducidade permite que o uso da tecnologia caída no domínio público se faça em *open source*. A *RepRap-Replicating Rapid Prototyper*, que constitui a primeira impressora capaz de imprimir as suas próprias peças, resultou da queda no domínio público da impressão por estereolitografia, caducada em 2009. As patentes mais importantes em matéria de impressão por laser expiraram em 2014, e foi anunciada a “explosão” da impressão 3D, tal foi o entusiasmo gerado. Mas, se existe esta vantagem da democratização da tecnologia, nasce ao mesmo tempo o perigo do surgimento de registos de “patentes oportunistas”. Ou seja, o risco de ver os recursos públicos novamente reapropriados, dado o entusiasmo que o mundo económico e electrónico tem neste “el dorado” potencial, pedindo o registo de múltiplas patentes para evitar a síndrome Kodak, que depois de ter sido absoluta líder no mundo da fotografia, não investiu no mundo digital, a ponto de se ter declarado insolvente em 19 de janeiro de 2012 (cf. LE GOFFIC, VIVÈS-ALBERTINI, 2015b, nesta nota, p. 17; DUGUA, 2012. Se alguns pedidos se justificam, muitos tentam apenas aspirar a um monopólio de exploração. Para impedir os registos oportunistas, nos EUA, a EFT (*Electronic Frontier Foundation*) lançou um apelo público, incentivando os internautas a utilizar uma possibilidade permitida pelo direito de patentes, de assinalar a uma entidade competente - nos EUA, à USPTO -, a quem foi solicitada uma patente, a existência de anterioridades impeditivas do registo. Esta faculdade também existe entre nós, perante o INPI e perante o Instituto Europeu de Patentes, embora a sua aplicação não esteja tão facilitada como nos EUA, onde existe a plataforma Ask Patents, que visa manter o equilíbrio entre os monopólios imateriais e o domínio público.

A segunda questão que se coloca tem a ver com os requisitos de patenteabilidade em matéria de patentes. O âmbito de protecção deverá ser determinado, de acordo com o CPI, pelas reivindicações que podem ser acompanhadas por uma descrição e por desenhos, que podem ser em 3D. A descrição é um suporte necessário das reivindicações, mas os desenhos, facultativos, têm um papel complementar de esclarecer as reivindicações e as

O art. 1.º, n.º 1 Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos (CDADC)¹⁴ contém uma noção unitária de obra como “criação intelectual, do domínio literário, científico ou artístico, por qualquer modo exteriorizada”, seguida de uma cláusula geral com enumeração exemplificativa no art. 2.º do CDADC. Estão excluídos de protecção, de acordo com o n.º 2 do art. 1.º, as ideias, os processos, os sistemas, os métodos operacionais, os conceitos, os princípios e as descobertas¹⁵. A partir desta noção, podemos retirar quatro elementos que nos ajudam na concretização do conceito: há-de tratar-se de uma criação humana; esta criação deve ser uma criação do espírito; deve ter assumido uma forma de expressão,

descrições, mas não podem ser seus substitutos. Ficam fora do âmbito da patente. O ficheiro CAD criado a partir do nada ou por uma forma de inteligência artificial sem intervenção humana, não poderá, em si, ser protegido por patentes. As criações artísticas e os planos estão fora de protecção pelo direito de patente. O produto ou processo patenteado e as vantagens técnicas daí recorrentes é que podem ser patenteadas.

Constitui contrafacção dos direitos do titular da patente o fabrico em 3D do objecto patenteado. Também constituem contrafacção a utilização de um processo 3D patenteado. Não importa que o contrafactor não tivesse conhecimento da patente. Ao contrário do direito de autor, não existe a excepção da coincidência fortuita de resultados. Não interessa que o processo de impressão seja diverso do processo original de fabrico, na medida em que se trate de uma patente de produto. Também não se distingue consoante o fabrico seja efectuado de uma fonte lícita ou ilícita, ao contrário do que acontece em matéria de direitos de autor. É indiferente que o produto/objecto seja obtido de um ficheiro CAD, através de um *software* de concepção, quer pelo utilizador, através de um scanner 3D, ou através de um ficheiro CAD cujo *download* se faça a partir da *Internet*, mesmo que o ficheiro tenha sido colocado em linha legalmente. A infracção afecta, não apenas as cópias servis, mas também as cópias semelhantes às invenções protegidas (por ex., cor ou matéria diferente, alterações nas dimensões do objecto impresso, etc.). A impressão de um objecto 3D equivalente ao patenteado também infringe os direitos do titular da patente (cf. doutrina dos equivalentes), desde que cumpra a mesma função técnica e produza o mesmo resultado industrial. O aperfeiçoamento de um produto patenteado através de uma impressora 3D é contrafacção, desde que as características essenciais da invenção sejam reproduzidas. Quanto às peças sobresselentes, que são particularmente interessantes em matéria de impressão 3D, tudo depende de saber se a peça permite uma simples reparação ou se se trata de uma reconstrução. Normalmente tratar-se-á de uma reconstrução, ainda que parcial. Mas tudo depende do âmbito da patente e, portanto, das reivindicações. Sobre as patentes e modelos de utilidade, veja-se GONÇALVES, 2015, p. 35ss, pp. 347 e ss; CAMPINOS, GONÇALVES, 2105, p. 165-294 e p. 294-308; ROCHA, 2017, p. 111-150 e 151-160. Sobre patentes e impressão 3D, desenvolvidamente, LE GOFFIC, VIVÈS-ALBERTINI, 2015b, nesta nota, p. 16-23; SCHMOLL et al., 2015, p. 1.045-1.047; BALLARDINI, NOORGÅRD, MINSSEN, 2015. As marcas também pode ser alvo de contrafacção no contexto da impressão 3D, quer sejam nominativas, figurativas, mistas ou tridimensionais. No caso das marcas nominativas, figurativas ou mistas, a infracção ou colocação da marca no objecto impresso, seja porque a marca já figurava no ficheiro CAD, ao mesmo tempo que foram colocados os contornos do objecto, seja porque foi aposta no objecto depois de impresso. No caso das marcas tridimensionais é a impressão do objecto 3D que reproduz ou imita a marca tridimensional (ex.: garrafa da Coca-Cola). Com ressalva das hipóteses de excepções para usos livres, as utilizações de marcas válidas neste contexto, constituirá contrafacção, no contexto do princípio da especialidade, ou rompendo com o dito princípio no caso das marcas de prestígio. Sobre as marcas, veja-se GONÇALVES, 2015, p. 161 e ss.; CAMPINOS, GONÇALVES, 2015, p. 388-466; ROCHA, 2017, p. 161-188. Desenvolvidamente, sobre a impressão de marcas em 3D, LE GOFFIC, VIVÈS-ALBERTINI, 2015b, nesta nota, p. 23-25; SCHMOLL et al., 2015, p. 1.047-1.050.

¹⁴ A partir daqui, os artigos referidos sem menção da fonte são do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos (CDADC).

¹⁵ Sobre o Conceito de obra, entre nós, destacamos, ASCENSÃO, 2012, p. 57-104; LEITÃO, 2011; MELLO, 2016, p. 99-112; ROCHA, 2008, p. 733-79. Sobre a obra no âmbito da impressão 3D, destacamos, HEFFNER, 2016, p. 27-31.

i.e., teve que ser de algum modo expressa, de forma a tornar-se, directa ou indirectamente, cognoscível pelos sentidos humanos (ainda que permaneça inédita); deve ser subjectivamente imputável ao seu autor ou, dito de outro modo, a obra deve ser original (Desenvolvidamente, veja-se ROCHA, 2008, p. 733-792). Da obra (*corpus mysticum*) distingue-se o suporte em que a obra se manifesta (o *corpus mechanicum*), como decorre do art. 10.º, n.º 1¹⁶.

Se a obra é uma criação, tem de ser produto de uma actividade humana. Aplicando o requisito à tecnologia 3D, a assistência do computador no processo de criação pouco importa. A questão nada tem de novo. A hipótese é análoga à da música electrónica, ou das pinturas realizadas com auxílio de *robots* (cf. bioarte). Se a composição musical é assistida por um computador como meio, desde que haja uma intervenção humana, trata-se de uma criação. Se os *robots* colocados sobre o papel circulam com as tintas com que foram cheios, funcionam como substitutos do lápis, ou pincel. E mesmo que o resultado seja aleatório, se essa álea foi desejada pelo autor, a obra continua a ser protegida¹⁷.

A originalidade, conceito de geometria variável, significa que só pode ser protegida a obra que tenha o mínimo de criatividade, no sentido de que se possa dizer que não é algo de banal¹⁸.

¹⁶ Embora a distinção origine problemas complexos no caso particular das obras de arte, sobretudo as realizadas em exemplar único, ou nas obras múltiplas de séries limitadas realizadas sob o controlo do artista plástico e por ele numeradas e assinadas (sejam litografias, serigrafias, gravuras ou esculturas), nas obras de arquitectura (em que o CDADC protege o projecto em todas as suas fases e o edifício, enquanto bem imaterial) e nas obras fotográficas digitais em que a obra se incorpora necessariamente no ficheiro. Aliás, há uma semelhança muito interessante entre a tecnologia 3D e a obra de arquitectura, que também se desenvolve numa fase bidimensional e noutra tridimensional, bem como com as obras fotográficas digitais, na medida em que a obra e o ficheiro digital se fundem.

¹⁷ Este aspecto é pacífico na doutrina, não especificamente a propósito das criações 3D, mas em situações análogas. A *Präsentationslehre* de Kummer e Schmieder não tiveram sucesso na generalidade das legislações e Portugal não constitui excepção. Cf. ROCHA, 2008, p. 733 ss; SÁIZ GARCÍA, 2000, p. 75 ss; BERCOVITZ ÁLVAREZ, 1997, p. 103-104.

¹⁸ Não se exige a “marca da personalidade do autor”, nem se basta com a “sweat of the brow”, o “skill, labor and effort”. Mas a criatividade que se exige é *de minimis*, uma vez que se protegem as “Kleine Münze”, obras em que a criatividade é mínima, mas existe, a obra ainda é imputável subjectivamente ao seu autor, porque não é banal. Consideramos ainda que não se deve distinguir entre arte pura e arte aplicada, devendo valer um conceito unitário de arte. Isto significa, entre outros aspectos, que não se exigem requisitos mais elevados de criatividade (*Gestaltungshöhe*) para a protecção das obras utilitárias. Não desconhecendo que há autores que introduzem o conceito de novidade em matéria de direito de autor, consideramos que a novidade em sentido objectivo (que em todo o caso teria que ser relativa) não deve ser requisito de protecção, uma vez que não se coaduna com um sistema de protecção independente de registos ou outras formalidades. Para haver criação impõe-se que haja espaço de jogo (*Spielraum*), ainda que mínimo. Se a forma é imposta pela função, a obra fica fora de protecção porque não há margem para qualquer tipo de criatividade. Desenvolvidamente, veja-se ROCHA, 2008, p. 733 ss.

As questões que se colocam em matéria de impressão 3D têm que ver, desde logo, **com os requisitos de “criação humana” e “criação original”**.

Num primeiro momento há que apurar se o ficheiro (CAD/BIM) que contém o desenho/modelação deve ser protegido, porque faz parte da obra, ou deve considerar-se de forma separada. Para Ramalho (2015), em rigor, o ficheiro é apenas um formato, como outros, por exemplo, .pdf, .jpeg, .docx (sendo o mais comum, neste âmbito, o .stl), pelo que não é relevante para saber se a obra é protegida (RAMALHO, 2015, p. 27-28)¹⁹. Outros autores não fazem distinções entre o ficheiro CAD e a obra, considerando o ficheiro parte da obra, dado não ser possível separar as duas realidades²⁰.

Há que ter também em conta a hipótese de saber se a criação de um ficheiro CAD/BIM a partir da obra tridimensional pode ser obra protegida. Esta questão implica descortinar se a peça executada através da impressão 3D é susceptível de ser protegida pelo Direito de Autor. Afirma Carrancho Herrero (2014, p. 60) que se pode considerar obra protegida a peça que é executada. Se o desenho foi alvo de impressão 3D, a peça executada deve ser protegida, tanto em termos de direitos patrimoniais como não patrimoniais. No mesmo sentido se pronunciam Schmoll et al. (2015, p. 1.042) e Vigiè (2014, p. 104-116).

Na nossa opinião, há que fazer algumas distinções. Uma coisa é o *software* de desenho ou modelação utilizado, que pode ou não ser protegido, entre nós, via direito sobre os programas de computador, como direito análogo aos direitos de autor, por força do DL 252/94, de 20 de outubro. Outra coisa é o formato em que o desenho ou modelo 3D vai aparecer para poder ser lido pelo computador (.stl, .dwg, .doc, .docx, .pdf, .jpeg, ou outro). Coisa diferente é o próprio ficheiro CAD/BIM e a eventual obra nele incorporada. O ficheiro CAD/BIM não implica a existência de uma obra protegida pelo Direito de Autor. Para isso é necessário que se preencham os requisitos de protecção como obra. Mas não há obra sem um ficheiro CAD/BIM concreto, que tem sempre um formato associado²¹ e que funciona como suporte imaterial da obra e no qual a mesma está inevitavelmente fundida. O ficheiro contém a obra, esta não é separável do mesmo.

¹⁹ Há que verificar se estamos perante uma obra susceptível de protecção, que poderá ser de desenho, pintura, escultura, arquitectura, de arte aplicada ou *design*, um projecto, esboço e obra plástica respeitante à arquitectura, para mencionarmos as hipóteses mais plausíveis (cf. art. 2.º, n.º 2, als., g e l).

²⁰ Neste sentido, CARRANCHO HERRERO, 2014, p. 60, autora que faz uma analogia com o que se passa em matéria de fotografia digital, em que a protecção da obra fotográfica implica a protecção do ficheiro em que ela se incorpora. No mesmo sentido, LE GOFFIC, VIVÈS-ALBERTINI, 2015a, p. 43; VIGIÈ, 2014, p. 49, p. 53ss.

²¹ Os formatos não são protegidos pelo Direito de Autor, como desenvolve Venâncio, na sua tese de doutoramento, que tivemos o prazer de orientar, subordinada ao título **A tutela jurídica do formato de ficheiro electrónico**, em especial Títulos II e III, p. 391-480 (versão original). A obra encontra-se publicada, VENÂNCIO, 2016.

Parece-nos particularmente interessante a analogia com as obras fotográficas digitalizadas^{22/23}. É essencial a protecção do arquivo ou ficheiro, porque a obra está inevitavelmente fundida neste suporte imaterial que é simples copiar²⁴.

Quanto ao objecto impresso em 3D, entendemos que, se a impressão do objecto é realizada para uma peça única ou para um número limitado de peças sob o controlo do seu criador, a obra 3D impressa deve ser protegida, com a obra de arte única, tal como acontece com os múltiplos (litografias, serigrafias, gravuras) e as obras de arquitectura (protegidas na fase bidimensional e tridimensional, enquanto edifício entendido como bem imaterial) ou as obras fotográficas (em especial as obtidas através da digitalização, em que a obra se funde no suporte). A obra conserva o seu carácter artístico, seja utilitária ou não. Fundamental é que haja um controlo pelo autor ou titular de direitos de autor. Deve reafirmar-se aqui o princípio da unidade da arte. Já se a impressão 3D se faz em larga escala e sem o controlo do autor, a forma de protecção adequada parece-nos ser mediante a tutela dos modelos ou desenhos, via Propriedade Industrial (cf. arts. 173.º ss Código da Propriedade Industrial (CPI), Regulamento (CE) n.º 6/2002). Isto, sem prejuízo de poder haver um cúmulo de protecções, caso os requisitos de ambos os tipos de protecção se encontrem preenchidos²⁵.

A obra só é susceptível de protecção quando encontra expressão numa forma, quando sai do mundo interno, imaterial, do seu autor e se torna perceptível pelos sentidos humanos. Não é necessário, no entanto, em regra, qualquer registo, depósito ou outra formalidade, com muito contadas excepções. Nem é, sequer, necessário que a obra seja divulgada. A obra inédita também é protegida. Para efeitos de protecção, também não é necessário que a obra esteja completamente acabada, são susceptíveis de protecção os estádios intermédios, nomeadamente os esboços, os fragmentos, as obras inacabadas²⁶.

²² Aliás, a protecção do ficheiro é essencial, porque a obra se funde no suporte. Ou seja, sem ficheiro CAD/BIM, ou outro, não há materialização da obra. E isto não tem nada de novo. Como afirma ASCENSÃO, 2012, p. 63 “há obras que, por natureza, estão dependentes de fixação”, como é caso da obra cinematográfica fonográfica, fotográfica, radiofónica, televisiva, videográfica e a generalidade das obras plásticas.

²³ Para usarmos exemplos que fazem parte do nosso dia a dia, quando escrevemos um texto em como programa Word ele pode aparecer como .docx ou ser protegido num formato .pdf, em qualquer dos casos a obra literária permanece.

²⁴ No mesmo sentido, CARRANCHO HERRERO, 2014, p.60; VIGUIÈ, 2014, p. 106 ss.

²⁵ RAMALHO, 2015, p. 29-30 e notas 32 e 33, também parece apontar para uma apreciação casuística das situações. A autora chama a atenção para o facto de a legislação comunitária não estar harmonizada neste âmbito, o que pode suscitar obstáculos à livre concorrência. Veja-se sobre o tema, ROCHA, 2008, p. 883-898 e VIGUIÈ, 2014, p. 99-103.

²⁶ A formulação do art. 1.º, n.º 1 CDADC não é das melhores. Seria preferível considerar que a obra é a exteriorização de uma criação do espírito do que afirmar que se trata de uma criação intelectual por qualquer modo exteriorizada. Tal como está formulada, a exteriorização parece ser algo de extrínseco para efeitos de tutela, quando o que se passa é que, com a exteriorização, nasce o direito de autor. Não existem direitos de autor enquanto a obra apenas está no pensamento, no íntimo do autor.

Este requisito tem que se verificar nas obras 3D. Aqui há dois momentos que podemos ter em consideração. O ponto de que devemos partir para analisar as questões jurídicas realizadas com a exteriorização é o ficheiro ou, mais rigorosamente, a obra que está inserida no ficheiro, ou o objecto impresso? Consideramos que só pode ser o primeiro momento. Uma vez que não é possível separar o arquivo do desenho que ele incorpora, a obra inserida no arquivo deve ser protegida independentemente da impressão. É a obra incluída no arquivo CAD/BIM que deve ser tida em conta para efeitos de exteriorização. O arquivo que contém a obra, enquanto não for dado a conhecer, está protegido, embora possa não estar divulgado porque inclui uma obra inédita.

3 VIOLAÇÕES DOS DIREITOS MORAIS E PATRIMONIAIS NA IMPRESSÃO 3D

A tecnologia 3D pode implicar uma violação dos direitos morais e patrimoniais de autor. Em especial quanto aos direitos morais, destacamos o direito de paternidade (art.9.º, art.27.º ss e 56.º, n.º 1), o direito ao inédito (art. 6.º) e o direito de integridade e genuinidade da obra (art. 56, n.º 1 com as limitações do art. 60.º, para as obras de arquitectura²⁷), o direito de retirada (art. 62.º) e o direito de acesso (não expressamente previsto no CDADC). Levantam-se aqui problemas idênticos aos colocados com o surgimento da digitalização e posterior *upload* das obras para a *Internet*.

Em relação ao direito ao inédito, há que saber quando se realiza a divulgação²⁸. É debatido saber se, efectuada a divulgação, ela vale para todas as formas de exploração da obra, mesmo que não previstas pelo autor. Parece-nos que a resposta deve ser afirmativa, sob pena de estarmos a aplicar aos direitos morais regras próprias dos poderes ou direitos patrimoniais, em especial o princípio da independência das formas de exploração (art. 68.º, n.º 4)²⁹ (LE GOFFIC, VIVÈS-ALBERTINI, 2015a, p. 46).

O respeito pelo direito de paternidade deve ocorrer em todos os momentos. O autor deve ter o direito de ver o seu nome mencionado tanto no ficheiro CAD/BIM como na obra

²⁷ Sobre as limitações do direito moral de integridade e genuinidade no nosso CDADC, em que o art. 60 apenas permite ao arquitecto “repudiar” a obra modificada sem o seu consentimento, consulte-se ROCHA, 2011; ROCHA, 2004; ROCHA, 2015-2016.

²⁸ Para LE GOFFIC, VIVÈS-ALBERTINI, 2015a, p. 45, a comunicação pelo autor de um ficheiro CAD a um prestador de serviços em rede seguida da sua impressão 3D não será um acto de divulgação se o autor não quis publicar ou colocar à disposição o seu ficheiro na plataforma.

²⁹ A divulgação de uma obra plástica como exemplar físico esgota o direito de o autor se opor a uma divulgação sob a forma de ficheiro CAD? Parece-nos que sim. No sentido exposto no texto, LE GOFFIC, VIVÈS-ALBERTINI, 2015a, p. 46.

impressa. Pode ser violado, por exemplo, ao retirar o nome do autor das criações impressas. Ou pode ser violado usurpando o nome do verdadeiro autor³⁰.

O direito à genuinidade e integridade da obra 3D deve impedir todos os actos que a desnaturem, afectando a reputação e bom nome do autor (art. 56.º, n.º 1). A impressão medíocre, a má qualidade dos materiais, a modificação do destino da peça, ou a modificação do ficheiro CAD, entre outras, podem constituir violações. Este direito moral poderá ser facilmente violado com a democratização e generalização das impressoras 3D caseiras. A conversão da obra 3D num ficheiro digital e o *upload* para a *Internet* pode implicar inúmeras violações do direito de integridade.³¹

O direito de retirada, a partir do momento em que se faça o *upload* para a rede, pode ser praticamente impossível de exercer, dado que a obra se disseminou a nível mundial³². O mesmo se diga quanto ao direito de acesso. Neste último caso, o autor deverá manter uma cópia do ficheiro/arquivo CAD/BIM, para estar garantido.

Quanto aos direitos patrimoniais, as soluções adoptadas para a digitalização e colocação em rede devem valer neste contexto. A impressão do ficheiro que contenha uma obra protegida tem que estar protegida, uma vez que se traduz num acto de exploração³³. Nos termos dos arts. 67.º e 68.º, pode representar uma nova forma de exploração da obra protegida, uma reprodução em sentido amplo, ou ainda uma transformação³⁴. Se a obra

³⁰ O nome do autor pode vir mencionado sob a forma de uma *infobulle* ou *tooltip*, por exemplo. Cf. <https://pt.wikipedia.org/wiki/Tooltip> (último acesso em 17.03.2017).

³¹ Exemplos: um copo do autor é criado em vidro e depois impresso em plástico, supondo que o autor é ecologista e contra os materiais plásticos. Ou a obra em ouro, prata ou bronze, materiais nobres com que o autor sempre trabalha, é impressa em plástico. Em si, como é óbvio, os materiais não estão protegidos por direitos de autor; podem, eventualmente, estar protegidos por patentes. Cf. novas texturas, fibras, etc. Note-se que no nosso CDADC o direito sofre, à partida, as limitações do art. 60º, quanto às obras de arquitectura.

³² Desenvolvadamente, sobre o direito de retirada, VIGUIÉ, 2014, p. 104-111.

³³ Parecem não ir no mesmo sentido LE GOFFIC, VIVÈS-ALBERTINI, 2015a, p. 44, quando afirmam que embora o objecto tridimensional impresso possa ser protegido (“o objecto que decorre de uma impressão em três dimensões de um ficheiro CAD protegido pelo direito de autor ou de uma obra preexistente em 2D ou 3D é, por ricochete protegido pelo direito de autor”), consideram a impressão em 3D uma simples “prestação de serviços técnicos” por eventual falta da necessária criatividade. Discordamos por completo. Não se deve confundir o acto de impressão com o objecto 3D. O acto de impressão é uma forma de exploração, como outras.

³⁴ O TJUE, no Acórdão de 22 de janeiro de 2015, Processo C-419/13- AllPosters, considerou que a modificação da obra mediante a substituição do suporte consiste num exercício do direito de reprodução. De qualquer forma, a não considerar o acto como reprodução, sempre se poderia considerar como acto de transformação, nos termos da al. g) do nº 2 do art. 68º CDADC, ou como nova forma de exploração, uma vez que a enumeração constante do art. 68º é meramente exemplificativa. Reprodução, transformação ou nova forma de exploração, o certo é que a impressão 3D do ficheiro CAD/BIM em que se incorpora uma obra protegida sempre necessita de autorização do autor ou do titular de direitos de autor. A impressão do ficheiro que contenha uma obra protegida tem que estar protegida, uma vez que se traduz num acto de exploração. No mesmo sentido se pronuncia a generalidade dos autores estudados. Cf. RAMALHO, 2015, p. 28-29. Já VIGUIÉ, 2014, p. 114-115, considera que a digitalização viola o direito de reprodução.

impressa em 3D é dada a conhecer, nomeadamente pela venda, exposição, ou difusão por qualquer meio, há também a possível violação do direito de comunicação pública ou do direito de acesso *on demand*. Constitui também um acto de reprodução em sentido amplo, ou de transformação, a digitalização de uma obra. A sua transmissão em rede violará o direito de comunicação pública e, em especial, o direito de colocação à disposição para acesso *on demand*. A obra pode ainda ser alvo de modificações não autorizadas, com violação do direito de modificação, quer na fase bidimensional, quer na fase tridimensional (se houver autorização poderemos estar perante obras derivadas). Também pode haver cópia de um ficheiro CAD para outro computador, com violação dos direitos até agora referidos. É, portanto, muito difícil o autor proteger a sua obra, sobretudo se está na *Internet*, podendo ser impressa em qualquer local do mundo a partir do *download* do ficheiro CAD e com custos mínimos.

Acresce que a violação de direitos morais ou patrimoniais, quando se trata de tecnologia 3D, envolve uma multiplicidade de indivíduos e empresas. Há que apurar quem pode ser responsabilizado pela violação, designadamente, se são os que fazem o *upload* para a rede dos ficheiros para impressão, se são os intermediários que fazem uma armazenagem massiva dos ficheiros, se são os *websites* de partilha de ficheiros P2P, ou os utilizadores das impressoras 3D (Desenvolvidamente, VIGUIÈ, 2014, p. 114-115, p. 66-88).

Quanto às pessoas que fazem o *upload* dos ficheiros para a *Internet*, há que distinguir consoante o arquivo é obtido a partir de um objecto físico, hipótese que implica uma digitalização e, portanto, reprodução em sentido amplo ou transformação da obra, pelo que é necessário o consentimento expresso dos titulares de direitos. É o caso dos desenhos ou modelos digitais obtidos a partir de um programa de computador específico, os ficheiros CAD/BIM onde a obra está incorporada. Aqui as questões são mais complexas. Se o desenho é influenciado por um objecto real, por exemplo, um edifício arquitectónico (enquanto bem imaterial), estamos perante uma reprodução plana da obra em três dimensões, e é necessário o consentimento do autor ou titular de direitos sobre a obra real. Se estamos perante desenhos originais, que não reproduzem um objecto pré-existente, não haverá qualquer violação.

Quanto aos *websites* que colocam à disposição os arquivos que permitem a impressão, devemos distinguir os serviços dos intermediários que fazem a armazenagem massiva dos arquivos, e os sítios que funcionam como graças ao sistema de partilha P2P. Quanto aos primeiros, em conformidade com a Directiva de Comércio Electrónico, existe uma responsabilidade atenuada, dado que desempenham um papel passivo. São apenas sítios que oferecem o armazenamento de conteúdos, tornando-os acessíveis a terceiros. Sendo

intermediários, não efectuam qualquer selecção ou modificação do conteúdo armazenado. Embora tenham a obrigação de identificar quem neles armazena algo, não têm a obrigação de supervisionar os conteúdos que armazenam ou transmitem. No entanto, se têm consciência do carácter ilícito dos conteúdos ou se, depois de terem sido informados acerca dessa ilicitude, não actuaram com a rapidez exigível para retirar os conteúdos, serão responsabilizados³⁵.

No caso dos provedores de programas P2P (por exemplo, Azureus, Vuze, Kazawa), como não há um servidor central, e os utilizadores colocam à disposição uns dos outros os seus próprios recursos, levantam-se os tradicionais problemas colocados à indústria musical e audiovisual, alargados agora ao *download* de arquivos CAD contendo obras protegidas. Todos os problemas colocados a propósito da música e do audiovisual retornam aqui em força, inclusive apurar da boa ou má-fé do utilizador. O Tribunal dos Direitos Humanos já se pronunciou, num caso em que o PirateBay, condenado pela Justiça sueca por violação de direitos de autor, apelou àquele tribunal alegando ofensa à sua liberdade de expressão e comunicação. O Pirate Bay perdeu³⁶.

4 MEDIDAS PARA ATENUAR A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS DE AUTOR

A tecnologia 3D tem um enorme potencial para afectar o mercado de arte, porque a reprodução poderá vir a ser efectuada com todo o tipo de materiais, realizando réplicas exactas de muitas obras pré-existentes e pelos próprios utilizadores³⁷. A protecção é

³⁵ O DL 7/2004, de 7 de janeiro, que transpôs a Directiva 2000/31/CE, consagra uma ausência geral de vigilância sobre as informações que os intermediários transmitem ou armazenam (art. 12º). Mas a isenção de responsabilidade é apenas para determinados casos aí previstos e para serviços específicos, como a armazenagem temporária ou a associação de conteúdos (arts. 14º-17º). Os intermediários podem ser obrigados a pôr termo a uma infracção ou a prestar informações, independentemente da responsabilidade (art. 13º). Plataformas como a Thingiverse poderão, por exemplo, ser consideradas como um prestador intermediário do serviço de armazenagem em servidor, de acordo com o art. 16º do diploma. Caso se considere que a Thingiverse e outras plataformas semelhantes armazenam a informação fornecida pelos utilizadores, poderá haver responsabilidade no caso de a plataforma ter conhecimento de que a actividade ou informação é manifestamente ilícita e não for expedita a impossibilitar o acesso a essa informação (art. 16º, nº 1). Poderá também existir responsabilidade civil sempre que a plataforma devesse ter consciência do carácter ilícito da informação (art. 16º, nº 2). Mesmo que não haja armazenamento, pode haver responsabilidade no caso de proceder a uma associação de conteúdos, por exemplo por meio de instrumentos de busca ou hiperconexões, com as limitações dos arts. 17º a 19º. Mais desenvolvidamente, RAMALHO, 2015, p. 34-37.

³⁶ Cf. ECHR, Frederik Neji and Peter Sunde Kolmisopp v. Sweden, 19 de Fevereiro de 2013, Proc. nº 40397/12; veja-se VIGUIÈ, 2014, p. 77 ss. O Pirate Bay é um dos principais fornecedores de *Torrents*, que permitem a impressão de ficheiros 3D. Embora se possam criminalizar os actos praticados, é muito difícil uma condenação efectiva. O Pirate Bay, inclusive, criou o serviço IPREDator, permitindo o anonimato dos utilizadores.

³⁷ Neste sentido, CARRANCHO HERRERO, 2014, p. 43,E p. 63 ss; RIMMEN, 2017, p. 52 ss.

fundamental, sob pena de se subverter o regime das obras de arte, que não casa com a reprodução ilimitada³⁸. A reprodução e disseminação de exemplares absolutamente idênticos, sem a autorização do autor, seja do desenho em 3D, seja da peça impressa em 3D, torna a obra de arte cada vez mais vulnerável às falsificações, através de cópias servis, ou plágio. A criminalização e a responsabilidade civil, uma vez efectuada a violação (arts. 195.º, 196.º, 197.º), serão os mecanismos a que o legislador recorre, mas com uma efectividade muito reduzida, como resulta das experiências anteriores em matéria de *software*, bem como no âmbito musical e audiovisual. Diminuir os riscos de violação dos direitos de autor deverá ser algo a fazer previamente, em especial recorrendo a medidas tecnológicas de protecção (art. 221.º) e a sistemas de informação e gestão de dados (aparentados com os DRM no direito anglo-saxónico), já previstos entre nós, por força da Directiva 2001/29/CE, do Parlamento Europeu do Conselho, de 22 de maio de 2001, relativa à harmonização de certos aspectos dos direitos conexos na sociedade da informação (Directiva InfoSoc). As medidas de protecção impossibilitam o acesso e as medidas de gestão e informação permitem identificar a obra sempre que é utilizada³⁹. Estas medidas normalmente estão associadas a contratos (*pay per view*). Como já ocorreu com o *software*, e música e o audiovisual, levantam a questão do equilíbrio entre o autor ou titular de direitos e o utilizador. A solução proposta pela InfoSoc e constante do CDADC, que criminaliza a retirada de medidas tecnológicas e sistemas de informação e gestão mesmo para usos lícitos ao abrigo do art.75.º não serve (cfr. arts. 217.º a 228.º) (Veja-se ROCHA, 2012-2013). Também os usos livres previstos na Directiva InfoSoc, e no nosso art. 75.º não se adaptam a esta nova tecnologia. São alvo de críticas há muitos anos, porque são limitações e excepções muito limitadas, não adequadas ao ambiente digital e não harmonizadas em nível da União Europeia⁴⁰. A disseminação traz complexas questões,

³⁸ Mesmo as obras múltiplas só são admitidas como arte desde que haja um controlo do artista plástico e um número de exemplares assinados. Não é por acaso que os artistas plásticos têm o direito de sequência (cf. art. 54º).

³⁹ Cf. A patente US 8,286,236, *Manufacturing control system*, inventores Jung et alit. “The Invention Science Fund”, LLC, 11, 2012, que permite a inserção no ficheiro CAD de um sistema de controlo que permite à impressora a verificação dos direitos do utilizador sobre o ficheiro, bem como saber se as modalidades escolhidas respeitam os direitos de autor, no concernente ao número de cópias, materiais usados e formato. Desenvolvidamente, sentido LE GOFFIC, VIVÈS-ALBERTINI, 2015a, p. 54; MENDIS, 2010.

Todas as medidas referidas estão, no entanto, sujeitas a *hacking*, como demonstra a abertura em 2012 no Pirate Bay dos “Phisibles”, juntando ligações Bit Torrent para os ficheiros CAD destinados a impressoras 3D. Cf. LE GOFFIC, VIVÈS-ALBERTINI, 2015a, p. 55.

⁴⁰ Não é por acaso que surgiram as obras órfãs, que se inserem neste contexto de duração excessiva dos direitos de autor, medidas de protecção e sistemas de informação e gestão de dados sem abertura adequada para utilizações lícitas, e excepções e limitações muito restritas, não adequadas ao ambiente digital e, além do mais, não harmonizadas na UE. Desenvolvidamente, sobre as obras órfãs, destacamos ESPÍN ALBA, 2014. Quanto à legislação, há que referir a Directiva n.º 2012/28/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro, relativa a determinadas utilizações permitidas de obras órfãs, transposta para o nosso ordenamento pela Lei L. 32/2015, de 24 de abril.

que aqui apenas podemos apontar, em matéria de lei aplicável e de jurisdição competente, face à diversidade de prazos de protecção e de excepções ou limites dos Direitos de Autor nacionais. A *Internet* é mundial, o direito de autor é, por essência, territorial. Pensemos na diferença entre o *fair use*, próprio dos países anglo-saxónicos, e nas limitações e excepções taxativas e não harmonizadas, mesmo na União Europeia (UE), previstas na Directiva InfoSoc. Pense-se ainda na duração dos direitos patrimoniais, harmonizada na UE, por regra, de setenta anos a contar de primeiro de janeiro do ano seguinte ao da morte do autor, e das regras dos países que apenas aderiram à Convenção de Berna, com os cinquenta anos de protecção a partir da morte do autor. Cria-se uma enorme insegurança porque, em função da jurisdição e da lei aplicável, o resultado pode ser completamente diverso em termos de protecção. Embora as questões de direito internacional se apliquem para todo o tipo de obras difundidas na *Internet*, como as obras musicais ou audiovisuais, agudizam-se com a impressão 3D. Seria necessária uma harmonização das leis nacionais, mediante tratados, para garantir, por exemplo, que um objecto 3D impresso nos EUA tenha a mesma protecção que se a impressão ocorrer em Portugal. Dentro da UE, urge também harmonizar esta matéria, em função das deficiências da Directiva InfoSoc, tal como já aconteceu com as obras órfãs.⁴¹

⁴¹ Desenvolvidamente, sobre o direito internacional e a impressão 3D, VIGUIÈ, 2014, p. 138-149, designadamente dando conta dos três grandes litígios já surgidos neste contexto (p. 147-149), a saber, o caso do triângulo de Penrose (https://en.wikipedia.org/wiki/Penrose_triangle (com último acesso em 25.03.2017) do Cubo do filme “Super Oito” ([https://pt.wikipedia.org/wiki/Super_8_\(filme\)](https://pt.wikipedia.org/wiki/Super_8_(filme))), com último acesso em 25.03.2017 e das figuras *Warhammer*, da sociedade Game Workshop <http://www.tested.com/art/makers/452866-how-home-3d-printers-are-disrupting-miniature-gaming/> (com último acesso em 25.03.2017). No primeiro caso, a Thingiverse colocou em rede, sem autorização do desenhador Ulrich Shwanz, os seu planos de conceber este objecto considerado matematicamente impossível de fabricar, concebido por Penrose. No segundo caso, a Paramount Pictures advertiu um internauta que havia reproduzido e imprimido uma cópia 3D do cubo e colocando o ficheiro CAD para acesso na Shapeways para se abster da conduta não autorizada. A Shapeways retirou de imediato o ficheiro litigioso. No terceiro caso um internauta, sem autorização da Games Workshop, colocou na Thingiverse um ficheiro para impressão 3D das figuras. O processo também não chegou a tribunal porque a Thingiverse retirou o ficheiro, uma vez notificada para o fazer. Sobre este último caso veja-se também MENDIS, 2010, p. 159-160; RAMALHO, 2015, p. 33. Sobre as questões gerais de Direito Internacional Privado leia-se VICENTE, 2010. Neste contexto são particularmente importantes os Regulamentos Roma I e Roma II, no contexto da lei aplicável em matéria contratual e extracontratual na EU.

Outro caso interessante é o de Marcel Duchamp e o seu jogo de xadrez. Scott Kildall e Bryan Cera inspiraram-se a criar um jogo de xadrez, que era uma versão impressa em 3D do Jogo de Xadrez de Marcel Duchamp, que tinha sido retratado em fotografias. Em 2014 o representante de Marcel Duchamp escreveu para Thingiverse, Makerbot Industries, Bryan Cera e Scott Kildall, no sentido de as peças serem retiradas da plataforma, por violação de direitos de autor. O caso é um exemplo das complexas questões de jurisdição e legislação envolvidas. As peças de xadrez de Duchamp foram criadas em 1917-1918, enquanto Duchamp estava na Argentina e, de acordo com a lei de direitos de autor dos EUA, as obras publicadas antes de 1923 estavam no domínio público, sendo certo que o servidor se encontrava nos EUA. No entanto, de acordo com a lei francesa de direitos de autor, as obras têm um prazo de protecção de 70 anos após a morte do autor, contados de 1.º de janeiro ao ano seguinte ao da morte. Portanto, a ser aplicada a lei francesa, poderia haver violação, com as suas consequências em termos de responsabilidade civil e criminal. Mais, os criadores pensaram que o jogo em causa estava perdido, por não ter sido visto publicamente, durante décadas, mas afinal não era essa a situação, porque se encontrava numa colecção

O recurso à por via contratual também pode aparecer sozinho⁴², por exemplo, sob a forma de licenças prévias, nomeadamente licenças *creative commons*, estando em causa explorações a partir da *Internet*. Nada impede que a obra seja colocada ao dispor com licenças *open source* (ex: RepRap e Fab@Home). Há que procurar um difícil equilíbrio que não provoque um *chilling effect* na evolução da tecnologia, mas que seja razoável para os autores e legítimos titulares de direitos (remetem para ROCHA, 2012-2013; VIGUIÈ, 2014, p. 150-161).

O *hacking* é particularmente intenso em matéria de impressão 3D e, apesar de ilícito, pelo menos entre nós, tem contribuído o acelerado desenvolvimento da impressão 3D. Há ainda a distinguir o *hacking* ilícito, dos *media labs*, que têm também sido fundamentais para a evolução da tecnologia, e funcionam em sistema de *open source* e partilha de informação (remetem para ROCHA, 2012-2013; VIGUIÈ, 2014, p. 150-161). Hoje não pode ser ignorado o movimento dos *makers*, que, a ser legislado, por certo implicará alterações muito intensas às normas de direito de autor e de direito industrial, implicando profundas mudanças, não só legais, mas também políticas, económicas e sociais.

A gestão colectiva será neste contexto essencial, embora sejamos, por princípio, defensoras de uma gestão colectiva voluntária.

5 UTILIZAÇÕES LIVRES

Cabe questionar se aqui serão de aplicar apenas as excepções permitidas pela Directiva InfoSoc e que constam do art. 75.º. A excepção mais importante aplicável, no caso da impressão 3D é da cópia privada (art. 75.º, n.º, 2 al. *a*) e art. 81.º, *b*, CDADC). Se alguém

privada. Ainda, ao abrigo do *fair use* americano estavam protegidos, mas não necessariamente ao abrigo das estritas limitações e excepções da lei francesa. Os criadores reconheceram que tanto se poderia aplicar a lei dos EUA, que os protegia, como a lei francesa, que não os protegia. Como *sites* como a Thingiverse são globais, a lei francesa de direitos de autor poderia, eventualmente, ser aplicada, por isso concordaram em remover os ficheiros. A disputa sobre o jogo de xadrez de Marcel Duchamp levanta uma série de temas importantes. O conflito destaca o longo prazo da protecção dos direitos de autor na UE. A disputa também levanta questões sobre como lidar com obras “perdidas” e “órfãs” (entretanto resolvida com a Directiva sobre obras órfãs). O caso também destaca questões de violação de direitos de autor em relação à impressão 3D e ao *Movimento Maker*. Por fim, traz para a discussão as questões em matéria de jurisdição e lei aplicável, com a transmissão de ficheiros pela *Internet*, por meio de intermediários como a Thingiverse. O estudo de caso reforça a tese de Dr.^a Angela Daly de que a impressão 3D irá encontrar barreiras e obstáculos significativos, devido às diferenças comparativas no tratamento das leis de direitos de autor entre os Estados Unidos, a União Europeia e outras jurisdições. Em pormenor, veja-se RIMMEN, 2017, p. 51-81.

⁴² Neste contexto poderão ter particular interesse os *smart-contracts*, que apenas podemos referir, uma vez que seriam matéria para um artigo. Sobre o conceito veja-se [Mhttps://pt.wikipedia.org/wiki/Contrato_inteligente](https://pt.wikipedia.org/wiki/Contrato_inteligente)>. Último acesso em 17.03.2017.

imprime um objecto para uso privado, parece praticar um acto lícito, embora sujeito a uma compensação e não podendo ultrapassar determinados limites, como a regra dos três passos da Convenção de Berna (art. 75.º, 4)⁴³.

Todavia, à medida que os utilizadores também se tornam criadores, parece que a lei terá que mudar, no sentido de ampliar mais a liberdade de impressão 3D. Terão cada vez mais importância os sistemas de *open source* e as licenças *creative commons*. De qualquer modo, e apesar do movimento dos *makers* estar a exercer uma forte pressão, as modificações têm que ser efectuadas de forma muito cuidadosa, pelas consequências económicas, políticas e sociais que envolvem.

6 O ESTADO DA ARTE: TECNOLOGIAS 3D E O MOVIMENTO DOS *MAKERS*

O sistema de *open source* e de *creative commons* começa a manifestar-se com muita intensidade no contexto das tecnologias 3D. A comunidade *open source* tem origem na cultura dos *hackers* e numa prática social em que os participantes vão aderindo e criando normas de conduta.⁴⁴

⁴³ A propósito da cópia privada, o TJUE já se pronunciou, sobre a licitude da fonte. No Acórdão de 10 de abril de 2014, Processo C-435- *Ací Adams*, parágrafos 35 a 41, considerando que o art. 5º, nº 2 al.b) da Directiva InfoSoc deve ser interpretado no sentido de que não abrange as situações de cópia privada efectuada a partir de fonte ilícita. Veja-se, a propósito, VIGUIÈ, 2014, p. 122-124; RAMALHO, 2015, p. 32-33.

A remuneração por cópia privada (cf. art. 82º e Lei da Cópia Privada, Lei 49/2015, de 1.º de setembro) é problemática. Desde logo, porque pode significar uma excepção à regra da liberdade de reprodução das obras para uso privado (arts. 75º, nº 2, al. a) e 81º, 1, a) - este último redundante). Parece, contudo, que a generalização a meios de fixação e reprodução analógicos e digitais justifica esta excepção. Mas há que ter cuidado com o risco de duplicação dos pagamentos para uma mesma utilização. Se as cópias das obras são efectuadas pelo consumidor final para o seu uso privado, no contexto de um serviço licenciado e pago, não acarretam prejuízos para os titulares de direitos que consentiram no acesso à obra e já estão a ser remunerados. A remuneração por cópia privada nesta hipótese seria um pagamento a dobrar por uma única utilização. Em pormenor, MELLO, 2016, p. 245-246; VICENTE, 2006. p. 709 ss.

⁴⁴ O *hacking* é hoje muito usado a nível de tecnologias 3D. Em muitos casos o *hacker* é um especialista em programação que, durante o dia trabalha para uma empresa de *software*, e à noite e nos tempos livres se dedica a fazer *hacking* de tecnologias ainda protegidas e a alterá-las de acordo com os seu objectivos. Como *hacker* torna-se amador. Existem, inclusive, comunidades de *hackers* que partilham as informações entre si, contribuindo para um mais acelerado desenvolvimento da tecnologia 3D. São *hackers* e *makers*, uma vez que programam e imprimem. Existem *hackers* de todos os âmbitos, por exemplo, *neurohackers*, no âmbito da neurofísica, *bodyhackers*, que implantam em si os dispositivos criados (em muitos casos para colocar a funcionar tudo, desde a porta de casa, à porta do carro, passando pelo computador, ou o fogão, só podem ser reconhecidos pelo portador do dispositivo. Há *hackers* que visam o transumanismo, ou seja, o controlo de objectos à distância (estes *hackers* buscam, em último termo, a imortalidade). Há *hackers* no domínio das armas, designadamente de destruição maciça. O grande objectivo dos *hackers* e *makers* amadores é mostrar às pessoas como a ciência é acessível, com as vantagens e perigos que isso acarreta. Por exemplo, Annelie Koller, artista e *biohacker*, faz em casa experiências para demonstrar às pessoas que “a ciência é tão acessível como cozinhar”. Com esta mundialização do conhecimento que a *Internet* permite, os amadores têm possibilidade de trabalhar conjuntamente em projectos próprios. Depois

As empresas, mesmo concorrentes, estão a entrar neste movimento, criando novos modelos de negócio. Os preços baixos das tecnologias 3D e plataformas como a Shapeways, permitiram a passagem do *software* para a fabricação de objectos. O movimento dos *makers* está cada vez mais popular. Trata-se de um movimento *bottom-up*, preocupado com a criação de novos objectos físicos com recurso a tecnologias 3D, que surgiu em meados de 2005. O movimento assenta as suas bases no anterior movimento para o *software* livre, mas com dificuldades acrescidas. Tem os problemas que o movimento do *software* livre teve que resolver, como a criação de infraestruturas, instrumentos, *workflows*, normas e valores, bem como uma moldura legal para proteger ou garantir os direitos de autor, ou, mais amplamente, os direitos de propriedade intelectual. No âmbito da tecnologia 3D ainda não se sabe bem que impacto é que o movimento dos *makers* terá

de 40 anos de pura programação informática, os *hackers* partem ao assalto do mundo real. Eles imaginam objectos e concebem-nos através de impressoras 3D. Comunicam com elas através de novos *chips* e através da biologia sintética criam novas formas de vida. Estes amadores investem em áreas às quais apenas os cientistas tinham acesso. Pode ser graças a eles que as descobertas do futuro sejam efectuadas fora das instituições habituais, em espaços abertos ao público, os chamados *hackerspace* ou *hacklab*, que são espaços e laboratórios para *hackers*. A grande questão que se coloca é a de saber se a sua independência constitui um risco ou uma excelente oportunidade para a evolução da humanidade. Os primeiros *hackers* surgiram nos anos 70. Este termo, de origem inglesa, define alguém que adultera a estrutura de algo. Um “faz-tudo”, por assim dizer. Estamos a falar dos apaixonados da informática. Foi na América que estudantes de grandes universidades criaram, corrigiram e refizeram códigos de programação, trazendo ao mundo o primeiro programa de computador. Eric Raymond é um desses primeiros *hackers* americanos, que fez parte desta grande aventura informática a partir de sua casa, na Pensilvânia. Em colaboração com tantos outros, este autodidacta contribuiu para a criação de vários *softwares* livres, como por ex. o Linux ou o Netscape, um navegador da *Internet* que mais tarde daria lugar ao conhecido Mozilla. Os *hackers* estabeleceram um sistema de troca de informações, de partilha de trabalho. O crescimento da *Internet* fez com que centenas de milhares de *hackers* se juntassem ao movimento em que cada um dá a sua contribuição na criação de novos programas. O sistema de *open source* tornou-se mais que um simples método de trabalho. Tornou-se sinónimo de transparência e liberdade individual. *Open source* é o grito de guerra dos que lutam contra o controlo dos governos ou empresas sobre a rede. Todos os anos se realiza em Nova Iorque uma feira de *makers*. Um evento que reúne uma nova geração de criadores. Estes “faz-tudo” têm um objectivo comum: não terem de trabalhar sozinhos na sua garagem, mas antes em conjunto com os outros *makers*. A tecnologia que se tornou imprescindível para os *makers* é a impressora 3D, que permite copiar e criar objectos reais a partir de dados numéricos. A primeira impressora 3D disponível ao público surgiu em fevereiro de 2008 na Universidade de Bath, no Reino Unido. Adrian Bowyer, o seu fundador, apelidou-a de Darwin e utilizou-a para imprimir as peças do modelo seguinte da impressora. Foi assim que começou um longo ciclo de impressoras de *open source*, que se multiplicam a si próprias. São chamadas RepRap. Colocam-se fibras de plástico num tubo que se encontra ligado a uma câmara quente, aonde o plástico será fundido. De seguida, num movimento horizontal, imprimem-se formas plásticas de duas dimensões. Esta é a primeira fase da impressão. A primeira camada é colocada num vidro e é importante que essa camada adira bem ao vidro. A segunda camada é sobreposta à primeira camada. Depois fundem-se ambas as camadas e assim, sucessivamente. A sobreposição de camadas de plástico sucede-se, até obtermos um molde sólido. É tão simples como isto, sem qualquer magia envolvida. Basta darmos uma vista de olhos à feira de *makers*, para podermos ter uma ideia da quantidade infinita de impressões que podemos fazer. São cada vez mais precisas e sólidas, o que faz com que a lista de objectos a imprimir seja interminável. Este método de fabrico aditivo (uma outra forma de apelidar a impressão 3D) revoluciona os vários grupos sociais. Se substituirmos o plástico por produtos comestíveis, podemos estar a comer *pizzas* que foram impressas, biscoitos de insectos transformados em farinha e até carne sintética, ou couves. No sector imobiliário já podemos imprimir camadas de betão para construir casas. A Agência Espacial Americana vê na impressão 3D uma forma de evitar o transporte de materiais para a construção dos seus equipamentos. As impressoras 3D também podem ajudar os países menos desenvolvidos ou que foram devastados

na indústria 3D. Como é que as comunidades de *makers* e as empresas irão interagir, são questões que ainda não têm uma resposta clara. Os valores, as normas e as formas de relacionamento estão ainda a construir-se.⁴⁵ Até agora foram criadas diversas plataformas, mas as fronteiras ainda não estão bem definidas. O RepRap original começou em 2005 e até agora foram criadas cerca de quatro dezenas de repositórios/mercados para desenvolvimento, partilha, compra e venda de desenhos e modelos de impressão 3D. Por

por catástrofes naturais. Por isso há um número crescente de ONGs que usam impressoras 3D. Sempre que algo deixa de funcionar, ligam as impressoras 3D a painéis solares e imprimem seja que peça for, até material médico. Exemplo disso é a E-Nable, uma associação que imprime próteses ortopédicas num dos países mais pobres do mundo, o Haiti. A E-Nable nasceu há mais de trinta anos e as próteses que imprime têm um custo cem vezes inferior ao das próteses ortopédicas comuns. Foi graças à existência dos *hackerspaces* que tecnologias como a impressora 3D viram a luz do dia. Trata-se de espaços públicos, onde os *hackers* se reúnem para porem mãos à obra e desenvolverem os seus projectos. O NYC Resistor é um dos *hackerspaces* mais conhecidos nos Estados Unidos. O local é de tal maneira famoso que é necessário ser sócio para ter as chaves do espaço. Mas o público só vê as suas portas abertas algumas horas por semana. É aqui que se reúnem os *hackers* e *makers*, para partilharem as suas criações e ideias. A electrónica, a disciplina favorita dos *hackers*, encontrava-se inacessível a estes amadores, devido à miniaturização progressiva dos sistemas, levada a cabo por empresas de informática. Agora, o surgimento de componentes de fácil utilização permite que qualquer pessoa possa criar o seu próprio sistema. Este fenómeno tornou-se de tal forma popular que a Resistor dispõe de máquinas de venda automática destes produtos. Basta conectarem os sensores que quiserem aos microcontroladores e os *hackers* podem analisar qualquer tipo de dados, até os do ser humano. Uma *startup* em Brooklyn produz instrumentos que medem ondas cerebrais, equipamentos que antigamente só as instituições dedicadas à Neurofísica é que possuíam, dado o seu elevado preço. O modelo actualmente mais acessível do mercado é um capacete que foi impresso em 3D. Foi concebido por dois sócios, nenhum deles neurofísico. Os avanços registados no conhecimento do nosso cérebro poderão um dia vir a fazer mover bem mais do que um pequeno helicóptero de brincar, usado para os testes. Estes capacetes estão já a ser testados por pessoas com deficiências motoras e vítimas de AVC, na esperança de um dia virem a recuperar a mobilidade que perderam. E se um dia eles viessem a conseguir programar, não apenas objectos, mas o ser humano? Esse é um dos objectivos de investigação dos *biohackers*, os *hackers* dos seres vivos. Enquanto os piratas informáticos mexem em linhas de código, os *biohackers* trabalham com um código bem mais complexo, que existe há milhões de anos em cada uma das nossas células: o ADN. A comunidade científica profissional pode evoluir graças à determinação e aos progressos conseguidos pelos *hackers*.

O MIT, em Boston, é a instituição científica de eleição para a democratização da impressão 3D. Conta com 27 unidades e 78 dos seus investigadores já foram galardoados com um prémio Nobel. Em pleno *campus* está uma unidade dedicada ao futuro da investigação - O MediaLab do MIT recebe todos os anos uma centena de estudantes escolhidos a dedo por Charles Fracchia (Investigador em Biologia Molecular no MIT). O MediaLab acolhe também aqueles que não se inserem numa área em particular, seja na engenharia electrónica, biologia ou na informática. Acolhe os que são multidisciplinares. É esse género de pessoas que existe no MediaLab. Aqui não se trata de *hacking*, mas de uma situação legalmente enquadrada.

Talvez o princípio do acesso livre se estenda a toda a sociedade com a generalização da *Internet*. Eric Raymond acredita que a grande descoberta ainda não foi feita, ainda falta descobrir algo que tenha agora a importância que o Linux teve na altura. Talvez o grande descobridor que irá mudar as nossas vidas e a maneira de ver o mundo esteja escondido na feira de *makers*. Sobre os *hackers* veja-se a reportagem da RTP <https://www.youtube.com/watch?v=B0R9aFsjazU> (último acesso em 20.04.2017). Em detalhe, sobre os *makers* e a adaptação da legislação a esta fortíssima corrente, RIMMEN, 2017, p. 51-81, autor que dá conta dos problemas de adaptação da actual legislação de Propriedade Intelectual ao movimento imparável dos *makers*, e das mudanças legislativas que estão a ser preparadas em diversos países e a nível da OMPI. Sobre o movimento dos *makers* e a situação actual e futura, veja-se também SPAETH, HAUSBERG, 2016, p. 59-73.

⁴⁵ SPAETH, HAUSBERG, 2016, p. 63, dão conta de um estudo de modelos 3D, cujo *upload* foi efectuado para a plataforma Thingiverse, onde já existe um enorme repositório de modelos, datado de agosto de 2013, examinou 117 mil modelos e 42% dos modelos carregados para a plataforma foram classificados como privados, apenas acessíveis a quem fez o *upload* e não estavam ao dispor para ser partilhados e distribuídos ao público.

exemplo: o Yeggi (alemão), o Jobi3d (EUA), o Defcad (EUA), o Pirate Bay (Suécia), o Phisibles (Suécia), o Artist-3d.com (EUA), o 123Dap (EUA), o sharecg (EUA), 3D, (Reino Unido), Warehouse (Reino Unido), 3D Print Exchange (EUA), Cubehero (EUA), 3Dvia (França), GrabCAD (Estónia e EUA), Thingiverse (EUA), yumagine (Holanda), woi3d (“I Love 3D”) (China), cgTrader (Lituânia), Threeding (Bélgica), Exchange 3D (EUA), Falling Pixel (EUA), Shapeways (Holanda e EUA), Ponoko (Nova Zelândia), Sculpteo (França), 3DHUBS (Holanda), figuram entre as plataformas/repositórios mais activos e mais populares (SPAETH, HAUSBERG, 2016, p. 64).

Estas plataformas têm cinco características que sobressaem: fornecem motores de busca para modelos 3D; permitem a partilha dos modelos; proporcionam hospedagem (*hosting*) e instrumentos de colaboração; incluem um mercado de venda dos modelos/objectos impressos em 3D; oferecem serviços para impressão 3D (SPAETH, HAUSBERG, 2016, p. 65).

As plataformas referidas não têm todas o mesmo grau de independência. Algumas são totalmente independentes (ex.: Cubehero), outras são braços auxiliares de empresas, sociedades comerciais a que estão ligadas (ex.: Thingiverse); outras procuram modelos de negócio auto-sustentáveis (ex.: Trinckle). Também já encontramos grupos empresariais a este nível (ex.: a MakerBot Inc. investiu na sua própria plataforma, a Thingiverse, mas também já adquiriu a Layer-by-Layer; a TurboSquid adquiriu a Exchange 3D e a Falling Pixel) (SPAETH, HAUSBERG, 2016, p. 66). Para além de aquisições, desenvolvem-se também parcerias estratégicas (ex.: a Sculpteo anunciou em meados de 2014 uma parceria com a Adobe para proporcionar a impressão via *cloud* directamente da Adobe Photoshop CC. A parceria não era exclusiva uma vez que a Adobe, concorrente da Shapeways, também fez uma parceria com a Photoshop)⁴⁶.

Em suma, de momento há um largo número de plataformas emergentes, umas inspiradas no anterior movimento do *software* livre, outras com características específicas. Muitas estão orientadas para o comércio. Neste cenário, começa a ficar claro que a tecnologia 3D no terreno necessita de licenças bem elaboradas e claras, bem como normas para

⁴⁶ Informações retiradas de SPAETH, HAUSBERG, 2016, p. 59 ss. Para dar um exemplo que nos parece feliz, dos autores, que nos permitimos alargar, a sofisticação e simplificação dos instrumentos envolvidos podem ser comparados com a indústria automóvel. No início os condutores tinham que ser também mecânicos. Ao longo dos anos os veículos automóveis tornaram-se cada vez mais *user-friendly* e acessíveis ao público em geral, mesmo para quem não tenha quaisquer capacidades ou conhecimentos de engenharia mecânica ou de mecânico. Se, por exemplo, fura um pneu, ou a bateria vai abaixo, há serviços que podem ser chamados e resolver o problema na hora (pensemos no ACP, por exemplo).

não implicar violações dos direitos de autor e dos direitos de propriedade industrial. É ainda patente que a confiança se torna, cada vez mais, num valor fundamental. A tecnologia 3D já existe, como foi referido, há cerca de trinta anos, mas durante muito tempo os preços eram proibitivos e a tecnologia era muito complexa para operar fora das grandes empresas. Com a simplificação do *software* e do *hardware* envolvidos, deu-se uma democratização da impressão 3D, que passou a ficar acessível aos indivíduos entusiastas desta nova tecnologia. Após o protocolo RepRap, tem havido um tremendo crescimento e desenvolvimento no âmbito da impressão 3D no domicílio, que resultou em muitos projectos diferentes e com diferentes perspectivas. Para já, ainda existem técnicas diversas de impressão 3D (ex.: FDM/FFT⁴⁷, SLA, entre outras), e há diversas impressoras, com tecnologias diversas. Esta diversidade ainda está em crescimento. Prevê-se futuramente um modelo dominante e *standard* para cada uma das tecnologias básicas de impressão 3D, que se tornará acessível e *user-friendly*. Os preços que já estão a baixar ainda baixarão mais, o que constitui mais um factor de atracção que se acentuará com o tempo.⁴⁸

Para que esta simplificação se venha a verificar, é essencial um trabalho em equipas, conjugando diferentes tipos de competências, de modo a que o *software* e o *hardware* sejam desenvolvidos em conjunto, uma vez que são interdependentes.

Os direitos de autor e os direitos industriais, ou seja, a propriedade intelectual, colocam muitos desafios à impressão 3D e que são específicos desta tecnologia. Tanto o *software*, como os concretos ficheiros CAD, são susceptíveis de protecção, sobretudo por direitos de autor (mas também por modelos ou desenhos, via propriedade industrial, ou através de um cúmulo de protecções, via direito de autor e direito da propriedade industrial) e o *hardware* pode ser protegido por direitos de propriedade industrial, em particular, por patentes.

Um dos mais importantes problemas que já referimos atrás, mas que nunca é demais salientar, é o facto de os direitos de autor e os direitos da propriedade industrial poderem diferir consideravelmente nos diversos países, enquanto a tecnologia 3D é um fenómeno global.

Outro problema tem que ver com impressão propriamente dita. Se os utilizadores finais vão imprimir ficheiros em casa, as plataformas têm que garantir que os ficheiros CAD

⁴⁷ Fusion Deposition Model (FDM) aparece como um termo protegido pela Stratasys Lda., enquanto a Fused Filament Fabrication (FFF) é o termo não protegido, espalhados pelos criadores RepRap *developers* para o mesmo tipo tecnologia de 3D.

⁴⁸ No mesmo sentido, SPAETH, HAUSBERG, 2016, p. 68 ss.

funcionam de forma adequada. Muitas vezes, os ficheiros CAD, que é comum utilizarem o formato .stl, contêm importantes erros. Nestas hipóteses, os utilizadores finais incorrem em custos relativamente elevados e podem perder a confiança na plataforma, passando a utilizar outra. Uma hipótese para resolver esta questão consiste na criação de uma certificação, que poderá ser mostrada nos rótulos ou em certificados que são concedidos e garantem que os ficheiros foram verificados de modo a apurar da existência ou não destes erros. A plataforma Layer-by-Layer já garante esta certificação (SPAETH, HAUSBERG, 2016, p. 69 ss). Outra solução, que se pode cumular com a primeira, poderá passar por serviços pós-venda eficazes.

A confiança é um factor essencial no domínio da *open source*, mesmo entre concorrentes. No domínio da tecnologia 3D há quatro principais actores, cujos papéis se podem parcialmente cumular. Os fabricantes (empresas), os utilizadores (na maioria, pessoas físicas, sujeitos privados), as plataformas (que podem ser empresas comerciais ou plataformas sem fins lucrativos) e os que desenvolvem as tecnologias (que podem estar ligados por contratos de trabalho, ou prestar serviços para as indústrias, ou serem também utilizadores, *user-developers/prosumers/makers*).

Spaeth e Hausberg (2016, p. 69ss) identificam seis tipos de relações de confiança mais importantes neste contexto, sendo certo que nem sempre a confiança tem que ser mútua. Desde logo, deve haver confiança dentro das equipas que criam e desenvolvem as tecnologias 3D, entre os criadores centrais e os criadores periféricos. Esta confiança é fundamental, tanto no contexto das empresas, como nas comunidades e nos *user-developers*. Embora seja lugar-comum, a confiança pode ser, de facto, a diferença entre um projecto bem sucedido e um fracasso. Deve haver canais de comunicação entre os intervenientes, ricos em informação. Um ambiente de confiança cria efeitos psicológicos com potencial para reduzir os efeitos negativos da dispersão geográfica, da dependência electrónica e da estrutura heterogénea das equipas. Em segundo lugar, é fundamental a confiança entre os que criam e desenvolvem as tecnologias e as indústrias. Quem cria e desenvolve os projectos não pode ficar com a impressão de estar a ser usado como mão-de-obra barata. Se tal acontecer, pode abandonar o projecto ou, inclusive, deixar de trabalhar no futuro com a empresa que os tratou dessa forma. Há que cooperar e não explorar, criando alianças estratégicas. Inclusive, as indústrias podem encontrar-se no dilema de escolher entre efectivar os seus direitos de propriedade intelectual e proteger a sua imagem. Em terceiro lugar, há que realçar a confiança entre os criadores e as plataformas 3D. À semelhança das empresas, as plataformas podem afastar os criadores, que não mais desejam trabalhar para si, se puserem os seus interesses comerciais à frente e se os tratarem de forma menos adequada. Isto é particularmente relevante

quando a plataforma não tem o seu próprio modelo de negócio, que lhe permite ser auto-sustentável, mas é parte do modelo de negócio da sociedade-mãe, de cujo grupo faz parte. Em quarto lugar, é de destacar a importância da relação de confiança dos utilizadores nas plataformas. Embora o criador possa ser ao mesmo tempo utilizador, são dois papéis diferentes, que envolvem interesses diferentes que estão em causa. Se alguém é apenas utilizador do conteúdo de uma plataforma, tem que ter confiança nela, de forma a esta lhe assegurar, por exemplo, que não está a proporcionar a violação de direitos de autor ou de direitos da propriedade industrial. Os riscos serão baixos para os utilizadores finais, em todo o caso, na medida e que estes imprimam e partilhem os conteúdos 3D ao abrigo das excepções admitidas, designadamente para fins de uso estritamente privado e sem fins comerciais. No entanto, convém ter presente que não existe uma harmonização global a este nível, e as plataformas *online* actuam a nível global. Basta pensarmos na diferença entre o *fair use* típico do *Copyright* e as limitações e excepções pouco adequadas ao mundo digital e não harmonizadas na UE introduzidas pela criticável Directiva InfoSoc (RENDAS, 2015). Em quinto lugar, é muito importante a relação de confiança entre as diversas comunidades de criadores e das indústrias e os utilizadores finais. Estes têm que confiar naqueles que contribuem para o conteúdo das plataformas. Têm que poder confiar que os ficheiros disponíveis funcionam e cumprem os objectivos para que foram criados, designadamente, que podem ser impressos de forma correcta e que não são prejudiciais em situações menos previsíveis. Por exemplo, se se imprime em 3D um candeeiro decorativo mas muito pesado, ligado ao tecto, se a impressão tiver uma baixa qualidade e com erros, o candeeiro, para além de não servir os objectivos para que foi criado, pode ser perigoso. Além disso, há a ter em conta os vírus ou *bugs* que os ficheiros podem conter. Em sexto lugar há que referir a confiança entre as indústrias e as plataformas (SPAETH, HAUSBERG, 2016, p. 70). As indústrias têm que confiar que as plataformas observam os seus direitos de autor e direitos de propriedade industrial relativamente aos ficheiros criados, uma vez efectuado o *upload* para a plataforma. No passado isto era um não problema, na medida em que não havia consumidores-produtores. À medida que a acessibilidade à tecnologia 3D se tornar cada vez mais possível a nível doméstico, muitos problemas jurídicos começarão a surgir, a nível da Propriedade Intelectual. No que toca os utilizadores-produtores e comunidades de criadores, as plataformas têm que os divulgar ao público em geral, o que os expõe aos riscos de perderem vantagens competitivas ou, pior, perderem os seus modelos de negócio. Risco particularmente acentuado por haver dificuldade em efectivar os direitos de propriedade intelectual violados, a nível mundial, quando as legislações são territoriais e diversas, como já enfatizamos várias vezes.

No momento são muitas as questões em aberto. O movimento para o *software* livre funcionou muito bem no passado, será interessante ver em que medida o modelo de *open*

source e colaborativo, quer em matéria de ficheiros CAD, quer em matéria de impressoras 3D, funcionará da mesma forma, ou seja, saber se serão criados ecossistemas ricos em conteúdos e práticas de desenvolvimento honradas, quer do ponto de vista das indústrias, que terão papel central, em princípio, quer por parte dos indivíduos (os *makers*). Será interessante verificar se o 3D colaborativo terá o mesmo impacto no desenvolvimento de novos produtos em empresas e por indivíduos e comunidades. Muitas das plataformas de armazenagem (*hosting*) e colaboração são criadas por sociedades comerciais, portanto, visam o lucro, em primeira linha. As contribuições voluntárias dos *makers* podem-se afastar destas plataformas e indústrias para evitarem ser empregados grátis aos seus serviços. As plataformas que são vistas como neutras e justas recebem muito mais contribuições dos *makers*. É muito importante criar relações de confiança entre todas as partes envolvidas, embora tal seja muito complexo, atendendo aos conflitos de interesses. Em termos de futuro, está em aberto saber quem terá mais predominio em repositórios 3D, se são as indústrias e as suas plataformas ou as plataformas independentes.⁴⁹

Atendendo ao contexto actual, a protecção dos direitos de autor e, mais amplamente, dos direitos de propriedade industrial afigura-se um assunto problemático. Imitar ou melhorar produtos existentes, quer em nível de ficheiros, quer de impressoras 3D, dará por certo origem a muitos litígios⁵⁰. Impõe-se, por isso, uma mudança na legislação que se adapte

⁴⁹ Incidentes como o referido acima da Thingiverse serão de evitar. É muito importante criar relações de confiança entre todas as partes envolvidas, embora tal seja muito complexo atendendo aos conflitos de interesses. Concordamos por completo com SPAETH, HAUSBERG, 2016, p. 59-73.

⁵⁰ Exemplos de alguns casos: A *Super Bowl* de 2015 gerou uma controvérsia pública sobre a lei dos direitos de autor, os *memes* da *Internet* (imagens virais) e a impressão em 3D. Em 2015, a cantora pop Katy Perry apresentou-se no intervalo da *Super Bowl* com um conjunto de canções de sucesso e um *medley* de Missy Elliott. A sua actuação foi suplantada por um de seus dançarinos, Bryan Gaw, que envergava uma fantasia de tubarão. Enquanto o tubarão da direita executava a coreografia como planeado, o tubarão esquerdo (*Left Shark*) improvisava e actuava de forma um pouco diferente. A personagem do *Left Shark* foi objecto de aclamação popular entre o público espectador e tornou-se viral na *Internet*. Esta reacção não estava prevista, nem pelo directores do espectáculo da *Super Bowl*. O artista político e *maker* Fernando Sosa logo se destacou como “escultor político”, vendendo os seus figurinos impressos em 3D na Shapeways. Aliás, a sua história já era bem conhecida, por se dedicar à paródia e sátira de uma vasta gama de formas de cultura popular. Sosa decidiu criar uma figura 3D do *Left Shark* na sequência da *Super Bowl*. Os advogados de Katy Perry enviaram uma carta para o *site* de impressão 3D Shapeways, reclamando os direitos sobre o *design* do *Left Shark*, insistindo que tinha havido uma violação de direitos de autor, invocando a secção 17 U.S.C. § 106. O gigante da impressão 3D, Shapeways, respondeu afirmando que a atitude da cantora era lamentável. A Shapeways retorquiu que, por amar a sua comunidade e querer ser sempre capaz de apoiar os seus projectos e *designs*, tem com política aceitar que os fãs possam criar produtos inspirados pelas coisas de que gostam, esperando que marcas e celebridades tomem isso em consideração e queiram trabalhar junto com os fãs para criar produtos incríveis. O advogado da Shapeways, Michael Weinberg, foi céptico em relação às reivindicações de direitos de autor feitas pelos advogados de Katy Perry. No final, a Shapeways manteve o *Left Shark* de Fernando Sosa. Este lançou uma campanha para se defender contra as acusações de que era alvo. Christopher Sprigman, da Universidade de Nova York, coautor de *The Knockoff Economy*, exibiu argumentos excelentes a favor de Fernando Sosa nesta disputa. O jurista questionou se seria sensato intentar uma acção legal em relação a um *meme* de *Internet* viral, questionando os

a esta nova realidade⁵¹. De qualquer modo, estamos confiantes no Direito de Autor (e no Direito Industrial) que surgiu e sempre evoluiu à medida que foram surgindo novas tecnologias, havendo sempre que proclamasse o seu fim, saberá adaptar-se. Nunca um sector do Direito esteve tão ligado à tecnologia como este. Por isso, estamos certas de que, seja através de tratados multilaterais, seja através da harmonização da legislação no âmbito da UE, surgirão, como no passado, formas de acautelar os direitos de propriedade intelectual e de permitir limitações e excepções adequadas e harmonizadas. No contexto

advogados de Katy Perry sobre a eventual protecção por direitos de autor de Kate Parry sobre o traje do *Left Shark*, explicando que os tribunais federais e o Copyright Office dos EUA sempre deixaram claro que os trajes geralmente não são protegidos por direitos de autor. Além disso, admitindo, sem prescindir, a existência de direitos de autor, questionou porque seriam de Kate Parry, já que a mesma não tinha projectado ou desenhado o traje em causa, tanto mais que não era ela quem controlava o conteúdo do seu espectáculo, mas sim a NFL (Liga Nacional de Futebol Americano). Sprigman sugeriu que os advogados de Katy Perry desistissem completamente da acção: Fernando Sosa permaneceu impávido perante o conflito, oferecendo uma ampla gama de versões do *Left Shark* no seu *site* “Escultor Político”. Além de um tradicional “Tubarão Esquerdo”, Sosa também tem um “Tubarão Bêbado”, um “Tubarão Cor-de-Rosa Bêbado”, um “Tubarão Esquerdo Personalizado”, um “Tubarão Esquerdo Cessa e Desiste”, um “Tubarão Esquerdo”, um “Vem cá pá - Tubarão Esquerdo”, e um “Advogado Tubarão Esquerdo”, com um bigode. Sosa estava interessado em exercer os seus direitos e liberdades sob a ampla e flexível defesa do uso livre ao abrigo da Primeira Emenda. Kate Perry perdeu a causa. Ainda tentou registar a marca *Left Shark* no USPTO. Também não consegui registar a marca. Com mais pormenores https://en.wikipedia.org/wiki/Left_Shark (último acesso em 28-04.2017), <https://3dprint.com/tag/fernando-sosa/>, (último acesso em 29.04.2017), RIMMEN, 2017, p. 55-60.

Outra questão interessante tem a ver com o debate jurídico sobre direitos de autor e *designs* das claques no caso de 2015 de Varsity Brands, Inc. v. Star Athletica, LLC. *Star Athletica, LLC v. Varsity Brands, Inc.*, 580 U.S. (2017), foi um caso em que a Suprema Corte dos Estados Unidos interpretou a Lei de Direitos Autorais de 1976 - especificamente a parte codificada em 17 U.S.C. § 101 - para determinar quando uma “característica pictórica, gráfica ou escultural” incorporada em um artigo útil é elegível para protecção de direitos autorais. [1] O tribunal estabeleceu um teste de dois pontos, decidindo que tais elementos são elegíveis para o *copyright* somente se o recurso (1) puder ser percebido como uma obra de arte bidimensional ou tridimensional separada do artigo útil e (2) Como uma obra pictórica, gráfica ou escultural protegível - quer por si própria ou fixada em algum outro meio de expressão tangível - se fosse imaginada separadamente do artigo útil em que foi incorporada. Com mais detalhe, RIMMEN, 2017, p. 69-73.

⁵¹ A Comissão Europeia, por exemplo, identificou a impressão 3D como uma área prioritária para a acção com potencial económico significativo, especialmente para pequenas empresas inovadoras. Em muitos casos está a ser repensada a capacidade das disposições legais existentes para orientar esta nova tecnologia, particularmente no que diz respeito à propriedade intelectual (IP). A tecnologia de impressão 3D afecta praticamente todas as áreas do direito IP: direitos de autor, patentes, modelos e desenhos, marcas, até mesmo indicações geográficas. Várias questões estão em debate. As leis actuais de Propriedade Intelectual servem ou precisam de ser reformadas? Os direitos de propriedade intelectual existentes asseguram protecção adequada para todos os envolvidos nas tecnologias 3D? Será que faz sentido considerar a criação de um direito *sui generis* para a impressão 3D para enfrentar os desafios emergentes, tal como aconteceu com as bases de dados? A tecnologia 3D torna tecnicamente possível copiar quase qualquer objecto, com ou sem a autorização dos titulares de direitos. Como é que as leis de propriedade intelectual podem lidar com isto? Qual é a situação para os *makers* amadores e qual a situação para os utilizadores finais que imprimem objetos na privacidade da sua própria casa? Será que as convenções internacionais existentes, nomeadamente a Convenção de Berna, os Tratados OMPI 1996, o Acordo TRIPS, a Convenção de Paris, os Regulamentos Roma I e II (sobre lei aplicável), Regulamento de Bruxelas e Convenção de Lugano (sobre jurisdição competente), chegam para resolver os problemas que se colocam a nível internacional? Parece-nos que não. Com mais detalhe, especificamente sobre as leis de Propriedade Intelectual, veja-se http://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2017/01/article_0006.html (último acesso em 30 abr. 2017).

da UE a Directiva InfoSoc tem que ser urgentemente revista e dar lugar a uma Directiva mais consentânea com esta nova tecnologia. Basta pensarmos que também a Directiva não servia em matérias órfãs e que acabou por surgir uma Directiva já transposta para o nosso ordenamento que, embora com bastantes defeitos, constitui já um grande avanço em termos de soluções. Em nível de tecnologias 3D, terão que ser desenvolvidas licenças adequadas e normas éticas quanto a saber como os ficheiros podem ser usados, alterados, distribuídos, ou por qualquer forma explorados. Todos os actores interessados neste novo mundo tecnológico, juristas e legisladores, terão que chegar a soluções adequadas.

Em termos do que já existe, deveremos considerar que o *upload* de ficheiros sem licenças claras estarão, por defeito, protegidos por direitos de autor e que a impressão e distribuição desses ficheiros, que se traduz também em formas de exploração, será ilegal se não tiver a autorização dos titulares de direitos de autor na maioria das legislações, a nossa incluída (cf. art.º 68.º).

Parece-nos que, tal como aconteceu com o *software*, a música e o audiovisual, com esta nova tecnologia as indústrias terão que adaptar os seus modelos de negócio para sobreviverem e ganharem com a impressão 3D. Num ambiente de contribuição colaborativa (*crowdsourcing*) como é o da tecnologia 3D, em que há várias fontes de aonde podem surgir os ficheiros, se as indústrias se concentrarem apenas na produção poderão atravessar graves dificuldades. Não é por acaso que a IDEO, líder em I&D, pro-activamente já criou a sua própria plataforma para “crowdsourcing” e inovação, denominada “OpenIdeo”. O exemplo pode ser seguido por outras indústrias, embora tenha a limitação de a plataforma não ser neutra.

Muitos já proclamaram o fim da indústria (*disrupt of manufacturing industry*). Para nós, não se trata do fim, mas de uma imperiosa mudança de paradigma. Se as indústrias criativas a este nível se mantiverem como empresas solitárias e baseadas em modelos de negócios tradicionais, é natural que não sobrevivam, porque não terão capacidade para se adaptar ao ritmo de desenvolvimento destas novas tecnologias. Mas se adaptarem os seus modelos de negócio e se abrirem à contribuição colaborativa, num ambiente de confiança entre os diversos actores do mercado, certamente a evolução será favorável, tanto para as indústrias, como para todos os actores envolvidos neste novo contexto.⁵²

⁵² No sentido defendido no texto, sem criar o anúncio do fim das indústrias de manufactura, se pronunciam também SPAETH, HAUSBERG, 2016, p. 70 ss.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As tecnologias de impressão 3D revolucionam as formas de produção e de consumo, fazendo-nos entrar numa era totalmente diferente, que terá o seu auge no *make it yourself*, no consumidor-produtor. Em relação ao Direito de Autor, tanto pode ser protegida a obra incluída num concreto ficheiro CAD/BIM, no qual se encontra inevitavelmente fundida, como o objecto impresso em 3D, desde que satisfeitos os requisitos gerais de protecção como obra. O objecto impresso em 3D também pode ser protegido só pelo Direito Industrial, caso se verifiquem apenas os requisitos de protecção como modelo. É também possível o cúmulo de protecções. A digitalização e difusão dos ficheiros CAD, contendo obras protegidas, através da *Internet* implica sérios riscos de violação dos direitos morais e patrimoniais dos autores ou titulares de direitos, tal como já aconteceu em matéria de música e audiovisual. Para atenuar os riscos, poder-se-á recorrer a medidas tecnológicas de protecção e sistemas de informação e gestão (ou DRMs) que, no entanto, tal como estão previstos na Directiva InfoSoc, não são satisfatórios, porque não garantem as utilizações livres lícitas, podendo causar um *chilling effect* nestas novas tecnologias. Por outro lado, os limites e excepções da Directiva InfoSoc não estão harmonizados, criando discrepâncias dentro da própria UE não estão adequados ao ambiente digital. Já bastam as discrepâncias de regime no contexto mundial. Atendendo ao contexto actual e que se prevê acontecer, a protecção dos direitos de autor e, mais amplamente, dos direitos de propriedade industrial afiguram-se um assunto problemático. Imitar ou melhorar produtos existentes quer EM nível de ficheiros, que de impressoras 3D dará por certo origem a muitos litígios. Impõe-se, por isso, uma mudança na legislação que se adapte a esta nova realidade. De qualquer modo, estamos confiantes no Direito de Autor (e no Direito Industrial) que surgiu e sempre evoluiu à medida que foram surgindo novas tecnologias, havendo sempre quem proclamasse o seu fim. Nunca um sector do Direito esteve tão ligado à tecnologia como este. Por isso, cremos que, seja através de tratados multilaterais, seja através da harmonização da legislação no âmbito da UE, surgirão, como no passado, formas de acautelar os direitos de propriedade intelectual e de permitir limitações e excepções adequadas e harmonizadas. No contexto da UE, a Directiva InfoSoc tem que ser urgentemente revista e dar lugar a uma Directiva mais consentânea com esta nova tecnologia. Basta pensarmos que também a Directiva não servia em matérias órfãs e que acabou por surgir uma Directiva já transposta para o nosso ordenamento que, embora com defeitos, constitui já um grande avanço em termos de soluções. Em nível de tecnologias 3D, terão que ser desenvolvidas licenças adequadas e normas éticas quanto a saber como os ficheiros podem ser usados, alterados, distribuídos, ou por qualquer forma explorados. Todos os actores interessados neste novo mundo tecnológico, juristas e legisladores, terão que chegar a soluções adequadas. Os contratos, nomeadamente as

licenças *creative commons* e *open source*, podem ser muito interessantes. A gestão colectiva parece-nos indispensável. É discutível se a excepção de cópia privada, tal como prevista nos arts. 75.º, n.º 2, 1 e 81.º, n.º 2, b) serve neste contexto, uma vez que está sujeita à regra dos três passos da Convenção de Berna, e a cópia privada que se prevê vir a acontecer em larga escala, poderá afectar a normal exploração das obras.

A impressão 3D é particularmente complexa para o legislador. Há que procurar garantir um equilíbrio entre os direitos de propriedade intelectual e os direitos dos consumidores, em particular, ter em consideração o movimento dos *makers*, que cada vez mais se acentua. Mas os legisladores terão que ser particularmente ponderados e cuidadosos para não se abrir uma caixa de Pandora. Como é intrínseco à origem e ao desenvolvimento do Direito de Autor (e do Direito industrial), cada nova tecnologia implica novos desafios a que este é chamado a responder. Muitas vezes se tem proclamado o seu fim, mas sempre se tem revelado capaz de se adequar a cada novo desenvolvimento. Quanto às tradicionais indústrias de manufactura, também não estão condenadas a desaparecer se se souberem adaptar aos novos modelos de negócios, designadamente se se abrirem à criação colectiva e desenvolverem as suas plataformas de fornecimento de ficheiros e impressão 3D.

REFERÊNCIAS (PRINCIPAIS)

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito de autor e direitos conexos**. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. (reimpressão).

BALLARDINI, Rosa Maria; NOORGÅRD, M.; MINNSEN, T. Enforcing patents in the era of 3D printing. **Journal of Intellectual Property Law & Practice**, v. 10, n. 11, p. 850-866, 2015.

BERCOVITZ ÁLVAREZ, Germán. **Obra plástica y derechos patrimoniales de su autor**. Madrid: Tecnos, 1997.

CAMPINOS, António; GONÇALVES, Luís Manuel Couto (Coord.). **Código da propriedade industrial anotado**. 2. ed. rev. e actual. Coimbra: Almedina, 2015.

CARRANCHO HERRERO, Maria Teresa. El concepto de obra plástica y la impresión en 3D. In: ESPIN ALBA, Isabel (Coord.); ROGEL VIDE, C. (Dir. da Coleção). **Propiedad intelectual en el siglo XXI: nuevos continentes y su incidencia en el derecho de autor**. Madrid: Fundación Aisge, Reus, Aseda, 2014. p. 43-45. (Colección de Propiedad Intelectual).

DUGUA, Pierre-Yves. La lente descente aux enfers de Kodak. Paris, **Le Figaro**, 4 de janeiro de 2012.

ESPÍN ALBA, Isabel. **Obras huérfanas y derecho de autor**. Navarra: Thomson Reuters/Aranzadi, 2014.

GKARTZOU, Eleni; KOUMOULOS, Elias P.; COSTAS, A. Charitidis. Production and 3D printing processing of bio-based thermoplastic filament. In: **Manufacturing Review**, v. 4, n. 1, p. 1-14, 2017. Também disponível em .pdf e em open access, em: <<http://mfr.edp-open.org/>>. Último acesso em: 17 mar. 2017.

GONÇALVES, Luís Manuel Couto. **Manual de direito industrial, propriedade industrial e concorrência desleal**. 6. ed. Coimbra Almedina, 2015.

HAFFNER, Marie Charlotte. 3D im urheberrecht, eine urheberrechtliche analyse ausgewählter verfahren zur bilderzeugung und - bearbeitung, zur objektvermessung und -replication. IN: GRÜNBERGER, M.; KLASSE, N. (Herausg.). **Ufita**, 278. Baden-Baden: Nomos, 2016, p. 21- 26;

HEGAB, Hussien A. Design for additive manufacturing of composite materials and potential alloys: a review. In: **Manufacturing Review**, v. 3, n. 11, p. 1-17, 2016. Também disponível em formato .PDF e em open access em: <<http://mfr.edp-open.org/>>. Último acesso em: 17 mar. 2017.

LE GOFFIC, Caroline; VIVÈS-ALBERTINI, Aude. A impressão 3D e os direitos de propriedade intelectual. 1.^a parte. In: **Propriedades Intelectuais**, v. 3, p. 40-55, 2015a.

LE GOFFIC, Caroline; VIVÈS-ALBERTINI, Aude. A impressão 3D e os direitos de propriedade intelectual. 2.^a parte. In: **Propriedades Intelectuais**, v. 4, p. 15-25, 2015b.

LEDERER, Edith M. Un: threat of a hacking attack on nuclear plants is growing. December, 15, 2016. Disponível em: <<https://phys.org/news/2016-12-threat-hacking-nuclear.html>>. Último acesso em: 17 maio 2017.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. **Direito de autor**. Coimbra: Almedina, 2011.

- LI, Phoebe. 3D bioprinting technologies: patents, innovation and access. In: **Law, Innovation and Technology**, v. 6, n. 2, p. 282-304, 2014.
- LI, Phoebe et al. Intellectual property and 3D printing: a case study on 3D chocolate printing. **Journal of Intellectual Property Law and Practice**, v. 9, n. 4, p. 322-332, 2014.
- MELLO, Alberto de Sá e. Manual de direito de autor. 2. ed. actual. e ampl. Coimbra: Almedina, 2016.
- MENDIS, D. The clone wars: episode 1-the rise of 3D printing and its implications for intellectual property law-learning from the past? In: **European Intellectual Property Review**, v. 35, n. 3, p.161 ss, 2010.
- RAMALHO, Ana. Impressão 3D, direito de autor e outros direitos de propriedade intelectual. In: **Revista de Direito Intelectual**, II, p. 21-36, 2015. Também disponível (em *draft*) em SSRN em: <<https://ssrn.com/abstract=2723981>>. Último acesso em: 07 mar. 2017.
- RENDAS, Tito. Fair use na União Europeia (ou os estereótipos das copyright wars). In: **Propriedades Intelectuais**, v. 3, p. 26-39, junho 2015.
- RIMMEN, M. The maker movement, copyright law, remix culture and 3D printing. In: **The University of Western Australia Law Review**, v. 41, n. 2, p. 51-81, 2017.
- ROCHA, Maria Victória. Contributos para a delimitação da ‘originalidade’ como requisito de protecção da obra pelo direito de autor. In: DIAS, Jorge de Figueiredo; CANOTILHO, José Joaquim Gomes Canotilh; COSTA, José de Faria (Org.). **Ars iudicandi**: estudos em homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves. v. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 733-792.
- ROCHA, Maria Victória. Direito de integridade e genuinidade da obra de arquitectura no direito português. In: **ADI**, **36**. Vol. en memoria del Prof. Dr. H. C. Carlos Fernández-Nóvoa, 2015-2016. p. 427-439.
- ROCHA, Maria Victória. Dispositivos tecnológicos de protecção, informações para gestão electrónica de direitos e utilizações livres no direito português: um desequilíbrio em desfavor dos utilizadores. In: **ADI**, **33**, 2012-2013. p. 429-446.

ROCHA, Maria Victória. Modificações na obra de arquitectura: regime do art. 60.º do Código do direito de autor e dos direitos conexos – anotação ao Ac. do TRC de 25.3.2003, Rec. 4240/02. In: **Cadernos de Direito Privado**, v. 6, p.54-69, abril/junho, 2004.

ROCHA, Maria Victória. Obras de arquitectura como obras protegidas pelo direito de autor. In: ALMEIDA, C. Ferreira de; GONÇALVES, Luís Manuel Couto; TRABUCO, Cláudia (Org.). **Contratos de direito de autor e de direito industrial**. Coimbra: Almedina, 2011. p. 159-209.

ROCHA, Maria Victória. Portugal, n.º 104. In: VANHEES, H (ed.). **International Encyclopaedia of Laws: Intellectual Property**. Netherlands: Kluwer Law International, 2017.

ROCHA, Maria Victória. Protecção cumulativa do *design* como obra e como desenho ou modelo quando o criador é um trabalhador dependente: o caso português? In: TÓBIO RIBAS, A. Maria; FERNANDEZ-ALBOR BALTAR, A.; TATO PLAZA, A. (Ed.). **Estudios de derecho mercantil**: libro de jomenaje al Prof. Dr.h.c. José Antonio Gómez Segade. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 883-898.

SÁIZ GARCÍA, Concepción. **Objeto y sujeto del derecho de autor**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

SCHMOLL, Andrea et al. Dreidimensionales drucken und die vier dimensionen des immaterialgüterrecht. In: **GRUR**, v. 11, p. 1.041-1.144, 2015.

SPAETH, S.; HAUSBERG, P. Can open-source hardware disrupt manufacturing industries? The role of platforms and trust in the rise of 3D printing. In: FERDINAND, Jab-Peter; PETSSCHOW, Ulrich; DICKEL, Sascha (Hergs.). **The decentralized and networked future of value creation**: 3D printing and its implications for society industry and sustainable development. Berlin: Springer, 2016. p. 59-73.

TRAN, J. The law and 3D printing. In: **The John Marshal Journal of Information Technology and Privacy Law**, v. 31, n. 4, p. 508 ss, 2015.

UNIVERSIDADE DO PORTO. Faculdade de Engenharia. FEUP. BIM, o que é? Mestrado Integrado em Engenharia Civil. Disponível em: <https://paginas.fe.up.pt/~projfeup/bestof/12_13/files/REL_12MC08_01.PDF>. Último acesso em: 16 mar. 2017.

VICENTE, Dário Moura. Cópia privada e sociedade da informação. In: **Estudos jurídicos e economicos em homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco**. v. I. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2006. p. 709-722.

VICENTE, Dário Moura. **Direito internacional privado**: ensaios. v. III. Coimbra: Almedina, 2010.

VIGUIÈ, Clara. La démocratisation des Imprimantes 3D et le droit d’auteur. In: **RIDA**, p.47-164, outubro, 2014.

VENÂNCIO, P. Dias. **A tutela jurídica do formato de ficheiro electrónico**. Coimbra: Almedina, 2016.

WHAT you need to know about 3D printed guns and why you don’t need to fear them. Disponível em: <<https://3dprint.com/139537/3d-printed-guns/>>. Último acesso em: 19 abr. 2017.

WIKIPÉDIA. Impressão 3D. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Impress%C3%A3o_3D>. Último acesso em: 07 mar. 2017a.

WIKIPÉDIA. Electron beam additive manufacturing. Disponível em: <https://en.wikipedia.org/wiki/Electron_beam_additive_manufacturing>. Último acesso em: 07 mar. 2017b.

WIKIPÉDIA. 3D printed firearms. Disponível em: <https://en.wikipedia.org/wiki/3D_printed_firearms>. Último acesso em: 19 abr. 2017c.

WIKIPÉDIA. BIM. Disponível em: <<https://pt.wikipedia.org/wiki/BIM>>. Último acesso em: 19 abr. 2017d.

WIKIPÉDIA. Fab lab. Disponível em: <https://en.wikipedia.org/wiki/Fab_lab>. Último acesso em: 20 mar. 2017e.

WOHLERS Report 2016. 3D printing and additive manufacturing state of the industry: annual world wide progress report. Wohlerassociates, 2016. Disponível em: <<https://wohlersassociates.com/2016contents.htm>>. Último acesso em: 07 mar. 2017.

Submissão em: 9 ago. 2017

Pareceres favoráveis em: outubro de 2017

A R T I G O S

Supremo Tribunal Federal e o Ensino Religioso: tensão entre estado *laico* e confessionalidade

ADMILSON EUSTÁQUIO PRATES*

Resumo: O presente artigo se predispõe a refletir a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) em relação ao Ensino Religioso no Brasil. Para tanto, o texto é dividido em parte teórica, que apresenta o conceito de religião e, logo após, problematiza a relação entre Ensino Religioso e educação. Por fim, mostra-se a tensão entre Estado laico e confessionalidade.

Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal, Ensino Religioso, Confessionalidade, Estado Laico.

Abstract: This paper aims on discussing the Brazilian Supreme Court decision regarding Religious Education in Brazil. To that end, the text has a primary theoretical section, which presents the concept of religion, and, a secondary one that problematizes the relationship between Religious Teaching and education. Finally, the tension between secular state and confessionality is exposed.

Keywords: Brazilian Supreme Court; religious education; confessionality; lay state.

* Doutorado em Ciências da Religião pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2016). Mestrado em Ciências da Religião pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2009). Graduado em Filosofia pela Universidade Estadual de Montes Claros/MG (2002). Professor no Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Norte de Minas Gerais (IFNMG).

1 INTRODUÇÃO

Este artigo discutirá o ensino religioso a partir da decisão do Supremo Tribunal Federal, de 27 de setembro de 2017, de autorizar o ensino religioso de natureza confessional nas escolas públicas. Para tanto, será fazer uma reflexão conceitual sobre religião, explorando o que é cosmovisão e o que é religião. Logo após, aproximar-se-ão os dois termos, que formam um terceiro: cosmovisão das religiões. Essa reflexão é importante para que o leitor possa conhecer os conceitos que serão discutidos ao longo do artigo.

Conhece-se a tensão epistemológica em trabalhar o conceito de cosmovisão e religião, pois ambos os termos trazem consigo lentes circunstanciais limitadas ao tempo e ao espaço.

No segundo momento do texto, trabalhar-se-á o problema do ensino religioso como prática confessional no Estado *laico* e secular.

O artigo se justifica como reflexão para discutir a judicialização do ensino religioso na rede pública.

2 RELIGIÃO: UM SISTEMA DE SÍMBOLOS

A estrutura humana não consegue sobreviver em um ambiente caótico. A existência humana, como poder ser percebido em várias culturas, é uma luta constante em negar o *caos*: a desordem. Não é uma negação no sentido que o *caos* não existe, mas uma negação na tentativa em construir uma ordem sabendo da existência e até da presença do *caos*. Desde os primórdios até os dias de hoje, o indivíduo procura encontrar uma

ordem, uma regularidade nas coisas, na natureza. Com isso, não se está afirmando que existe uma essência humana, e sim uma estrutura que procura a ordem.

Enfim, percebe-se que as pessoas desejam a existência de uma ordem, mesmo que seja um ordenamento incognoscível, fantástico, mirabolante, delirante, devaneante.

É comum encontrar, nas culturas e nos grupos sociais, narrativas, relatos, sobre o *caos* e como, a partir dele, a ordem nasceu. Então, algumas questões. O que é o *caos*? Pode, do *caos*, nascer uma ordem? Como pode o *caos* produzir ordem? Entende-se por *caos* a ideia de desordem. A filósofa Jacqueline Russ define *caos* da seguinte maneira:

[...] abismo, espaço tenebroso que precede a aparição das coisas. Sentido filosófico geral: confusão ou desordem radical, estado de indiferenciação em que se confundem as potências criadora e destruidora. Religião: confusão e vazio anterior à criação. [...] ideia de *caos* é, inicialmente, uma ideia energética: traz em seus flancos efervescência, cintilação, turbulência. O *caos* é uma ideia que precede a distinção, separação, uma ideia, pois, de indistinção, de confusão entre potencia destruidora e potência criadora, entre ordem e desordem [...] (RUSS, 1994, p. 29).

Inicialmente, pode-se explorar a concepção de *caos* como algo tenebroso, assustador, algo sem forma e vazio. Mas é deste vazio sem forma, confuso, desordenado, anterior a toda a criação, que surge a ideia de ordem. Conforme Eliade (2004) e Campbell (1990), as narrativas míticas compreendem o *caos* como princípio primordial de tudo: princípio absoluto. Ele, o *caos*, vem do verbo grego que quer dizer “abrir-se, entreabrir-se, significa abismo insondável [...] massa informe e confusa.” (BRANDÃO, 2009, p. 194).

O *caos* é a desordem, a destruição e deve existir uma força maior e mais poderosa para conter a destruição e, assim, manter a regularidade do cosmo.

Na tradição chinesa, o *caos* é o espaço homogêneo, anterior à divisão em quatro horizontes, que equivale à fundação do mundo. Essa divisão marca a passagem ao diferenciado e à possibilidade da orientação. É a base de toda organização do cosmo. Ser desorientado significa tornar a entrar no *caos*. Dele não se sai senão pela intervenção de um pensamento ativo, que introduz contornos e separações no elemento primordial [...] (CHEVALIER; GHEERBRANT, 1993, p. 183).

Na perspectiva chinesa, será a intervenção de um pensamento ativo que dará a separação do princípio primordial e a configuração do mundo, pois o *caos* antecede a fundação do mundo.

O caos inicial do mundo céltico é representado simbolicamente pelo Fomoiros, criaturas malélicas e negras, mas que, contrariamente a todas as outras raças do país, são estáveis na Irlanda, onde jamais formam imigrantes: são os verdadeiros autóctones. Entretanto, a vida e a ciência surgiram do caos e Delbaeth, forma, é o pai dos deuses e dos Formoiros ao mesmo tempo. Os deuses, portanto, são todos irmãos e irmãs entre si, ao passo que Dama (ou Ana), arte, é a mãe dos deuses. No entanto, ela é virgem (Brígida, que equivale à Minerva clássica, é a filha do Dagda, sendo ao mesmo tempo a mãe virginal dos três reis primordiais). Elatha, ciência, une-se a Eri (Irlanda) para conceber o rei usurpador, Bress. Foi preciso que se travasse a grande batalha de MagTured (que é uma descrição da gênese do mundo), a fim de que os deuses dos Tuatha Dê Danann (tribos da deusa Dana) fossem capazes de dominar o caos sob a direção de Lug, o politécnico [...] Esses combates lembram as gigantomaquais da mitologia grega (CHEVALIER; GHEERBRANT, 1993, p. 183).

A busca pela ordem fez com que o ser humano inventasse estruturas simbólicas mágicas a partir daquilo que estava próximo a ele. Ou seja, é difícil sonhar, sentir, pensar para além do ambiente no qual vive. Dessa forma, arquitetaram-se mitos, ritos, símbolos mágicos, mística.

Entende-se, pelos exemplos apresentados, que a primeira compreensão e organização que o ser humano tem acerca do mundo é mítica. Isto é, o mito é uma narrativa sagrada sobre a origem do mundo e de tudo que nele existe com o propósito de organizar no sentido de tranquilizar as pessoas perante o medo que a natureza provoca. Esta ordem não tem como base estruturante explicar as coisas e o mundo, mas acalmar. As cosmogonias e as teogonias têm como função principal promover uma constelação simbólica de acolhimento e segurança.

Além de tranquilizar, o mito tem algumas funções conforme Campbell:

Cada indivíduo deve encontrar um aspecto do mito que se relacione com sua própria vida. Os mitos têm basicamente quatro funções. A primeira é a função mística [...] Os mitos abrem o mundo para a dimensão do mistério, para a consciência do mistério que subjaz a todas as formas. [...] A segunda é a dimensão cosmológica, a dimensão da qual a ciência se ocupa, mostrando qual é a forma do universo, mas fazendo-o de uma tal maneira que o mistério, outra vez, se manifeste. [...] A terceira função é sociológica, suporte e validação de determinada ordem social [...] A quarta função do mito, aquela, segundo penso, com que todas as pessoas deviam tentar se relacionar, a função pedagógica, como viver uma vida humana sob qualquer circunstância. Os mitos podem ensinar-nos isso (CAMPBELL, 1990, p. 32).

Para Campbell (1990), “mesmo com todo avanço e conhecimento relacionado à ciência e à tecnologia, as sociedades se estruturam e se organizam em torno do mito e seus ritos para manter a coesão social.”.

A partir dessa apresentação inicial sobre o ordenamento simbólico humano, o que se pode entender de religião? Inicialmente, quando um ocidental se refere à religião, é possível associar o conceito imediatamente ao cristianismo e depois às religiões monoteístas: judaísmo e islamismo. Isto acontece devido à formação cultural judaico-cristã.

É comum, quando um ocidental pergunta o conceito de religião ou se refere a esse conceito, ele trazer consigo, na pergunta ou na referência, a herança sociocultural da sociedade judaico-cristã filosófica, comumente chamada de civilização ocidental. Por conseguinte, cultura ocidental tem como pilares as matrizes judaica e cristã, bem como a filosofia grega. Pilares que construíram as lentes com as quais se olha os outros e a si mesmo. É uma lente reducionista e limitada quando se olha, por exemplo, para o mundo asiático, para as nações indígenas no Brasil e para os povos da África Negra.

A cultura é a representação, a constelação simbólica, que os indivíduos travam com o meio em que vive, conforme o antropólogo afirma: “O conceito de cultura que eu defendo [...] é essencialmente semiótico. [...] que o homem é um animal amarrado a teias de significados que ele mesmo teceu, assumo a cultura como sendo essas teias e a sua análise.” (GEERTZ, 2008, p. 4). Trata-se de uma teia de significados tecida pelo ser humano. A cultura guia a existência humana. Os conceitos, os costumes, os comportamentos, as crenças referem-se ao sistema de símbolos, isto é, à compreensão de certo ou errado, justo ou injusto, sagrado ou profano, deuses ou demônios, tabus ou permissões, a noção de honra e de desrespeito. Enfim, ao seu ordenamento simbólico que interage com os sistemas de símbolos de cada indivíduo numa interação recíproca. Dessa maneira, podemos entender mito, religião, como sendo expressão da cultura.

Assim, a herança conceitual que se possui de religião é:

Lat. *religio*, prática religiosa, culto, religião - de *relegere*, colher novamente, reunir, ou de *religare*, ligar, vincular. Subjetivamente: sentimento interior do Sagrado, com crença na divindade e fé. Objetivamente: instituição cujo objeto é honrar e prestar homenagem a Deus. Conjunto de práticas e ritos relativos a uma realidade sagrada, separada do profano (RUSS, 1994, p. 251)

É um conceito pontual quando se refere à dimensão e à compreensão do mundo a partir da cosmovisão cristã. Conforme esta cosmovisão, o ser humano havia se desligado de

Deus, ou seja, há uma separação entre o sagrado e profano. Mas, este conceito não consegue apreender a concepção de mundo para o budista, o taoísta, o hinduísta – apenas alguns exemplos.

Inicialmente, foi dito que definir religião seria algo complicado. Segundo Brelich (1982, p. 7): “nenhuma língua dos povos primitivos, ou das civilizações arcaicas, nem mesmo o grego e o latim possuem esse termo”. A antropóloga Montero (2006, p. 250) explica como a palavra *religio* surge

No caso das sociedades indígenas, ainda que se façam distinções práticas entre as funções dos xamãs e dos feiticeiros, por exemplo, elas não implicam em uma distinção correlata entre os fatos religiosos e outras ordens de fatos. Sua reificação enquanto “entidade de interesse especulativo” tampouco existia no mundo romano. *Religio*, no latim, referia-se à existência de um poder fora do homem (mas não transcendente), ao qual ele estava obrigado: o sentimento de piedade que os homens tinham com relação a esse poder ordenava os comportamentos corretos diante da *res publica*. Essa noção tinha, pois, uma dimensão jurídica, já que designava um conjunto de observância, regras e interdições que regulavam as relações humanas, sem referência à adoração de divindade ou a ritos.

A cultura cristã incorpora a palavra *religio* como conceito que sustenta a teologia da cosmovisão cristã, a exemplo da transcendência e do pecado.

Além desses conceitos, pensadores e estudiosos, como Freud em sua obra *O Futuro de uma Ilusão*, apresentam religião como neurose obsessiva, isto é, “A religião seria a neurose obsessiva universal da humanidade: como a da criança, ela deriva do complexo de Édipo, das relações da criança com o pai.” (FREUD, 1996, p. 61). Dessa forma, Freud percebe a religião como relíquias neuróticas.

O sociólogo Durkheim (1979, p. 65) define religião como “um sistema solidário de crenças e práticas relativas a coisas sagradas, isto é, separadas, proibidas, crenças e práticas que unem numa mesma comunidade moral, chamada Igreja, todos os que a ela aderem.”. Nessa definição, o autor associa religião ao sagrado, dizendo que é um sistema de crença com dimensão sagrada e comum a um determinado grupo.

Para Marx e Engels, a religião está relacionada à sanção moral ou a um código de conduta, à compreensão geral do mundo e à dimensão fantástica do indivíduo. Assim,

Religião é a teoria geral deste mundo, sua soma enciclopédica, sua lógica sob forma popular, seu ponto de honra espiritualista, seu entusiasmo, sua

sanção moral, seu complemento solene, sua consolação e sua justificação universais. É a realização fantástica do ser humano, porque o ser humano não possui verdadeira realidade (MARX; ENGELS, 1988, p. 41).

Por outro lado, Marx e Engels entendem a que a religião como “[...] suspiro da criatura oprimida, a alma de um mundo sem coração, como ela é o espírito de condições sociais de onde o espírito é excluído. É o ópio do povo” (MARX; ENGELS, 1988, p. 48). Isto dizer que é na esfera da religião que o ser humano consegue realizar os seus desejos e anseios como dimensão do suspiro dos oprimidos.

Após trilhar alguns possíveis conceitos de religião, pode-se ficar com a seguinte pergunta: pode-se aplicar ou não se pode aplicar o conceito religião oriundo da matriz ocidental para o Estado *laico*? Entende-se que o termo religião será aplicado no fenômeno religioso conforme a cultura geradora, mantendo-se, assim, uma coerência entre o fenômeno e a lente explicativa. Então, quais problemas para a educação que essa lente produzirá? Outras perguntas: qual relação há entre religião e ideologia? Qual relação há entre Estado, ideologia e religião?

A religião é uma das maneiras pelas quais os indivíduos, reunidos em sociedade, ou em grupo, ou em uma comunidade, encontraram para organizar e interpretar o mundo e as diferentes condições de realidade que existem em seu entorno social e cultural. Além disso, visualiza-se nela um potencial em ajudar a organizar e interpretar a própria existência humana em suas mais diversas e heterogêneas relações com a natureza e com os outros seres humanos.

Dessa maneira, a religião pode ser compreendida como um saber, uma forma de conhecimento, uma ferramenta que possibilita entender e compreender o mundo, tendo como lente uma produção simbólica como tentativa de garantir a existência humana. Para isto, não se entrará no mérito de Deus, ou deus, ou deuses existir(em) ou não; se a ideia de sagrado é correta ou não. O que interessa é poder alargar a compreensão de mundo olhando para o outro como um ser humano que deseja, sente, pensa e age.

Essa discussão inicial foi construída para vislumbrar a religião como objeto de estudo, pois a ciência se caracteriza pela objetividade, pela racionalidade e pela especificidade. Cada ciência tem seu objeto específico de estudo. Sendo a Ciência da Religião ciência, os graduados nessa área de conhecimento são habilitados a lecionar Ensino Religioso.

Com a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) de que, nas escolas públicas, o ensino religioso poderá ser de natureza confessional, quais serão os efeitos dessa nova perspectiva para a sociedade? Discutir-se-á essa abordagem no próximo tópico.

3 RELIGIÃO COMO OBJETO DE ESTUDO: UMA CONTRIBUIÇÃO PARA PENSAR O ENSINO RELIGIOSO NUMA SOCIEDADE DEMOCRÁTICA

Escrever sobre ensino religioso é muito difícil. A primeira dificuldade é o preconceito embutido na escrita sobre a concepção de ensino e a de religião. O ato de ensinar não é uma prática consensual, uniforme entre os profissionais da educação, dos seus teóricos e dos pesquisadores. Para confirmar essas palavras, basta recordar a tensão entre as tendências pedagógicas na prática escolar: pedagogia liberal e pedagogia progressista.

A outra dificuldade é definir e conceituar religião – exercício que se fez na primeira parte do artigo. Sabe-se que o conceito representa a tensão de poder e de força que emerge a partir do confronto de posições contrárias, *contraditórias e díspares*. O conceito é a representação formal que espelha ideais e valores do grupo hegemônico, vencedor no embate conceitual.

Outra dificuldade é mapear os lugares de aonde emergem os conceitos. A quem estes conceitos favorecem, pois a realidade é conceitual. Relacionam-se com conceitos, com as imagens mentais vivas, possuem-se as paisagens mentais que orientam a percepção sobre o certo e o errado, o feio e o belo, o justo e o injusto, o bem e o mal. O ensino religioso é uma questão, inicialmente conceitual, e dela surgem algumas perguntas: o que é religioso? Existe diferença entre religião e religioso? O que ensinar em ensino religioso?

O artigo pautará sua atenção em um recorte teórico, a teoria da complexidade, para facilitar a interpretação das perguntas e traçar possíveis repostas. Esta lente teórica possibilitará visualizar o Ensino Religioso inserido em uma atmosfera complexa, diversa, dispersa, plural e multifacetária.

Morin (2000), representante da teoria da complexidade apresenta em seu texto algumas ideias de como pensar a educação. Para ele, o conhecimento seria o buraco negro inicial. Precisa-se debruçar nos pensamentos investigativos acerca das perguntas: o que é conhecimento? Como conhecer e o que conhecer? Para que conhecer? É preciso pensar sobre erros, ilusões, realidade e crenças.

A obra do autor centra sua atenção na identidade humana que passa pela investigação biológica, psicológica e planetária. O texto não deixa de mencionar e provocar inquietações acerca das categorias: incerteza e condição planetária.

As perguntas que serão apresentadas são frutos das aulas de Estágio ministradas no ano de 2011 e dos encontros semanais de estudos do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação à Docência (Pibid/2012) da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes), subprojeto *Educar para a Complexidade: formação de habilidades cognitivas e sociais*. As perguntas são: o que é ensino religioso? O que ensinar em ensino religioso? Qual a relação entre ensino religioso e cidadania? Existe uma tensão entre religião e ciências? Quem é o profissional que ministra aulas de ensino religioso? O que é religião? Quais as dificuldades enfrentadas pelo professor de ensino religioso? As escolas públicas, em Montes Claros (Minas Gerais), em sua prática pedagógica e na rotina escolar são laicas ou confessionais? Por que altar para panteões cristão-católico? Qual o lugar imagético-simbólico dos cultos afro-brasileiros na escola? Como mediar a tensão dos valores religiosos em sala de aula? As aulas de ensino religioso têm o mesmo valor que as disciplinas de Matemática, Português, História? Qual a formação básica necessária para ministrar aulas de ensino religioso? O ensino religioso é laico, secular, ateu, agnóstico? O ensino religioso é construído em uma perspectiva multicultural? O ensino religioso é construído em uma perspectiva da alteridade?

Essas perguntas não são fáceis de ser respondidas. Isto porque a escola é uma instituição viva da sociedade, que reproduz a dinâmica das práticas sociais na qual ela, a escola, está imersa. As escolas, por exemplo, em Montes Claros/MG, abrigam os seus agentes educacionais, os profissionais da educação, que são seres humanos ocidentais nascidos e educados em uma perspectiva hegemônica cristã, sobretudo, católica. Os que não foram educados pelo catolicismo possivelmente receberam uma educação cultural cristã. Assim, fica difícil pensar e agir longe das nossas próprias experiências.

Contudo, sabe-se que a religião é a estrutura que ordena, organiza, dá sentido à existência humana. O Direito, a Ciência, a Filosofia, a Arte e outros saberes ficam em segundo plano quando o ser humano necessita de algo maior que ele mesmo para dar sentido a sua vivência.

Por pesquisas de campo, dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas (IBGE) e literaturas especializadas, como Sociologia da Religião, Ciências da Religião, Antropologia da Religião, Religião e Estatística, Geografia da Religião, mostram que o Brasil é um país religioso. Se o Brasil é religioso, a escola, como instituição que reflete a sociedade, é religiosa ou não é religiosa? Outra pergunta: políticos, em sua maioria, lançam candidatura sem apoio de grupos religiosos? Políticos que representam grupos religiosos constroem que tipo de lei? Pensar o Ensino Religioso é transitar em um labirinto sem o fio de Ariadne.

Isto porque, no momento em que se visualiza uma possível resposta para os problemas, aparecem no bojo da própria resposta outra pergunta.

Por outro lado, a educação escolar é formal. Essa formalidade, por sua vez, existe para responder aos anseios da sociedade. Se na escola existe ensino religioso, qual profissional deveria ministrar aulas de ensino religioso? Minimamente, o que se espera é que o profissional seja competente e habilitado, ou seja, um graduado em licenciatura em Ciências da Religião devido à formação específica na área e às etapas da formação, transitando por matérias pedagógicas, humanísticas e específicas do curso. Ao término do curso, o egresso já incorporou a formação e a linguagem específica da disciplina, assim como as estratégias para ministrar as aulas.

Resolvido o problema da formação e da competência, aparece outra pergunta, o que ensinar em ensino religioso? O ensino religioso ministrado é *laico*, secular, ateu, agnóstico? O ensino religioso é construído em uma perspectiva multicultural? O ensino religioso é construído em uma perspectiva da alteridade?

4 JUDICIALIZAÇÃO DO ENSINO RELIGIOSO

O ensino religioso, antes da decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), configurava-se da seguinte maneira no país (por exemplos: Rio de Janeiro, Acre e Ceará), como confessional, sendo garantido por lei nas escolas públicas o ensino religioso. Já em Minas Gerais, como outro exemplo, o exercício da docência do ensino religioso na rede pública estadual de ensino fica reservado a profissional que tenha curso superior de licenciatura plena em ensino religioso, Ciências da Religião ou educação religiosa. Além disso, existe ausência de diretrizes curriculares sobre o ensino religioso.

No dia 27-9-2017, quarta-feira, o Supremo Tribunal Federal (STF), ampliou a discussão sobre qual perspectiva será o ensino religioso no Brasil. O STF analisou Ação Direta de Inconstitucionalidade, de iniciativa da Procuradoria-Geral da República (PGR), que solicitara que o ensino religioso nas escolas públicas não fosse vinculado a uma religião específica, a uma confessionalidade, e que os professores não fossem representantes de um específico segmento religioso da sociedade brasileira.

Os Ministros dos STF, por seis votos a cinco, entenderem que, nas escolas públicas, o ensino religioso poderá ser de natureza confessional. Essa decisão não estende às escolas da rede privada de ensino, particularidade que fica a critério da própria instituição. O STF decidiu também que ensino religioso no Brasil é facultativo e deve ser ministrado no

horário de aula, e, além disso, é autorizada a contratação de representantes de religiões para ministrar as aulas. Conforme a Ministra Cármen Lúcia, “consigo vislumbrar nas normas autorização para o proselitismo ou catequismo. Não vejo nos preceitos proibição que se possa oferecer ensino religioso com conteúdo específico sendo facultativo.”.

Toda decisão implica renúncia. E o STF resolve um problema jurídico, em contrapartida. Há outros problemas que compõem o cenário do ensino religioso. O cenário é que o Brasil é um país plural. Existe uma pluralidade enorme acerca das manifestações religiosas, como religiões tipicamente brasileiras: Catimbó, Jurema, Candomblé, Umbanda, Xangô, Tambor de Minas, Batuque, Santo Daime. Há ainda outras perspectivas, como Sem Religião; Ateus; Agnósticos.

A sociedade brasileira é marcada por uma profunda diversidade de práticas religiosas. As fronteiras não são rígidas e as ofertas são múltiplas e cada vez mais amplas [...] Além das mais diferentes possibilidades de vivenciar o cristianismo, como as práticas variadas do catolicismo e as multiplicações intermináveis dos evangélicos, das tradições afro-brasileiras, como candomblé [...] espiritismo e suas variantes, das tradições indígenas e das religiões estrangeiras restritas a grupos étnicos, existe por aqui uma enorme variedade de outras religiões ou práticas de religiosidades distintas (GUERREIRO, 2006, p. 94-95).

Além disso, o Brasil é o maior país católico, com aproximadamente 123 milhões de adeptos. E o IBGE mostra o crescimento dos evangélicos, dos protestantes e dos neopentecostais, conforme o mapeamento da distribuição dos contingentes religiosos no Brasil em 2010, segundo o qual o campo religioso brasileiro é plural, composto de muitas opções, tanto que a diversidade total não pode ser determinada, obrigando o IBGE a criar agrupamentos para os menores grupos, por vezes não rastreáveis em quantidades significativas pelas amostragens. Ou seja, aparecem na declaração das pessoas, todavia não se enquadram nos grupos mais quantificáveis.

Dentre os grupos não determinados, porém quantificados, apresentam-se “Evangélicas de origem pentecostal – outras: 2,76”. Ou seja, existem 2,76% de evangélicos pentecostais que não se enquadram no mapeamento institucional formal dos evangélicos pentecostais que representam 13,3% da população brasileira.

Estes indicadores apresentados permitem que se lance a seguinte hipótese: é fato que os contingentes citados pelo IBGE como “Evangélica sem vínculo institucional” e “Evangélica não determinada” indicam novas opções no campo religioso. Seria possível identificar, dentre elas, alguma que tenha o potencial de ser apenas uma transição em direção à

formação de um novo grupo distinto ou de uma nova religião no campo religioso brasileiro. Em suma, a pluralidade religiosa fica bastante evidente quando se consultam os dados IBGE em 2010.

Continuando a análise do Censo IBGE 2010, destaca-se que o percentual de Católicos Apostólicos Romanos caiu para 64,63%, o que enfatiza a necessidade de se focar o ensino religioso na diversidade, pois aproximadamente 35% dos brasileiros não se declaram Católicos. A tendência é a queda se ampliar a cada Censo realizado.

É necessário pontuar, nesse cenário, não somente religiões de matrizes africanas ou de matrizes indígenas, mas também, por exemplo, religiões de origem asiática, de origem árabe. O Brasil sofreu forte movimento migratório, isto quer dizer que não são somente corpos se movimentaram, e sim toda uma estrutura imagética, uma constelação simbólica acerca do imanente, do transcendente.

Além disso, o Brasil está no circuito dos novos movimentos religiosos, por exemplo, com as seguintes organizações: Ahmadiya, Associação Muçulmana; Antroposofia – Sociedade Antroposófica Universal; Brahma Kumaris – Organização; Barquinha; Druidismo; Fraternidade Branca Universal; Igreja Adventista do Sétimo Dia. Além dos novos movimentos religiosos, no Brasil, vêm recebendo destaque nas pesquisas o ateísmo e o grupo de Sem Religião.

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB) é a lei brasileira que trata da educação no Brasil, e tem o número 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Ela é composta por 92 artigos que abordam os vários temas da educação brasileira, da educação básica ao ensino superior. Entre diversos temas, refere-se ao ensino religioso nos seguintes termos:

Art. 33. O ensino religioso, de matrícula facultativa, é parte integrante da formação básica do cidadão e constitui disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental, assegurado o respeito à diversidade cultural religiosa do Brasil, vedadas quaisquer formas de proselitismo.

§ 1.º Os sistemas de ensino regulamentarão os procedimentos para a definição dos conteúdos do ensino religioso e estabelecerão as normas para a habilitação e admissão dos professores.

§ 2.º Os sistemas de ensino ouvirão entidade civil, constituída pelas diferentes denominações religiosas, para a definição dos conteúdos do ensino religioso.

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação afirma que será assegurado o respeito à diversidade cultural religiosa do Brasil, vedadas quaisquer formas de proselitismo. Como

um professor confessional, em disciplina confessional, conseguirá trabalhar a diversidade cultural religiosa do Brasil sem fazer proselitismo?

Sabe-se que não existe risco zero nas decisões. Logo, quais seriam os decorrentes da decisão do STF? A decisão do STF não poderá reforçar a perspectiva conservadora e elitista? Como será trabalhado o conhecimento acerca das religiões periféricas?

Pode-se entender que discutir ensino e religião é proporcionar um espaço para a cidadania. E como fica essa possibilidade com a judicialização do ensino religioso? O ato de aprender e ensinar, o espaço escolar, é o lugar da política como categoria de transformação da realidade. Nele, os conflitos não são camuflados, anulados ou negligenciados, mas condição singular para projetar uma sociedade pautada no diálogo fruto dos conflitos. Com a postura do STF, como lidar com os conflitos na escola? Na escola, o ato de aprender e o de ensinar seriam uma dimensão da judicialização?

A religião apresenta código moral para a humanidade, mas não se pode esquecer, com ingenuidade, que algumas pessoas utilizam da religião como instrumento para realizar os desejos destrutivos, ou seja, “os fanatismos religiosos ajudaram a obscurecer muitas vezes a mensagem ética profunda da liberdade, do amor, da fraternidade universal.” (VALLS, 2003, p. 37). Como pensar o fenômeno religioso considerando que o STF decidiu como será trabalhado o ensino religioso?

Sabe-se que a democracia não tem modelo. Ela se constitui nos embates, nos debates, nos conflitos, isto é, em um exercício em tratar o outro com dignidade a partir das diferenças de posicionamento. Isso não significa impor uma posição sobre o outro. Com a posição do STF, mesmo sendo a escola instituição plural que pauta sua matriz curricular na Ciência, na Filosofia, na Economia, na Política, na Arte e na Cultura, vai-se lidar com o ensino religioso direcionado para uma religião? Não seria uma perda por inviabilizar a lida com o pensamento divergente no contexto escolar? Como se respeitará a crença do outro quando não é estudada em sala de aula?

Entende-se que a motivação do STF pode ser não inviabilizar o ensino religioso em regiões em que não haja o profissional habilitado para o ensino não confessional da disciplina ensino religioso. Embora isso possa parecer positivo, de fato, a judicialização do ensino religioso afasta este ensino das determinações instituídas na LDB – o que não só fere a noção de Estado Laico como também não se direciona a escola de nível básico para o propósito de encaminhar o estudante ao conhecimento das diversidades religiosas que compõem a identidade brasileira.

Melhor, pode-se inferir, seria o STF, motivado pela Ação Direta de Inconstitucionalidade encaminhada pela Procuradoria-Geral da República (PGR), em conformidade com a Lei de Diretrizes e Bases, ratificasse a necessidade de todas as Secretarias Municipais e Estaduais tornarem plena a garantia de que o estudante de nível básico da rede pública assistirá a aulas de ensino religioso com profissionais habilitados para ministrar conteúdos que possibilitem a ele conhecer nossa diversidade religiosa. E, com isso, exercitar os diálogos respeitosos e tolerantes com os diferentes, sobretudo no que se refere a um tema marcado por intensas agressividades no cotidiano brasileiro.

REFERÊNCIAS

ARENILLA, Louis. Laicidade. In: **Dicionário de pedagogia**. Lisboa: Instituto Piaget, 2000, p. 296-299.

BRANDÃO, Junito de Souza. **Mitologia grega**. Petropolis, RJ: Vozes, 2009.

BRASIL. Lei 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 23 dez. 1996.

BRELICH, Angelo. Qu'est-ce que la religion? In: PUECH, Henri-Charles (Org.). **Histoire des religions**. Paris: Gallimard, 1982. (Coleção Encyclopédie de la pléiade).

CAMPBELL, Joseph. **O poder do mito**. Tradução de Carlos Felipe Moisés. São Paulo: Palas Athenas, 1990.

CARNIATO, Maria Inês. Paradigmas do ensino religioso. In: JUNQUEIRA, Sérgio Rogério Azevedo; OLIVEIRA, Lílian Blanck (Org.). **Ensino religioso: memórias e perspectivas**. Curitiba: Champagnat, 2005.

CHEVALIER, Jean; GHEERBRANT, Alain. **Dicionário de símbolos: mitos, sonhos, costumes, gestos, formas, figuras, cores, números**. Tradução de Vera da Costa e Silva, Raul de Sá Barbosa, Ângela Melim e Lúcia Melim. 7. ed. Rio de Janeiro: J. Olympio, 1993.

CORRÊA, Bárbara Raquel do Prado Gimenez. Concepções dos professores sobre o sagrado: implicações para a formação docente. 2006. Dissertação (Mestrado em Educação)–Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2006. Disponível em: <www.pucsp.br/rever/rv3_2009/t_rodrigues.pdf42>. Acesso em: 4 out. 2017.

DURKHEIM, Émile. **As formas elementares de vida religiosa**: o sistema totêmico na Austrália. Tradução de Paulo Neves. São Paulo: Paulinas, 1979.

ELIADE, Mircea. **Mito e realidade**. Tradução de Pola Civetti. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 2004.

FREIRE, Paulo; FAUNDEZ, Antônio. **Por uma pedagogia da pergunta**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1985.

FREUD, Sigmund. O mal-estar na civilização (1930). In: FREUD, Sigmund. **O futuro de uma ilusão, o mal-estar na civilização e outros trabalhos (1927-1931)**. Direção-geral da tradução de Jayme Salomão. Rio de Janeiro: Imago, 1996. p. 67-153. (Edição standard brasileira das obras psicológicas completas de Sigmund Freud, 21).

GEERTZ, Clifford. **A interpretação da cultura**. Tradução de Fanny Wrobel. Rio de Janeiro: LTC, 2008.

GUERREIRO, Silas. **Novos movimentos religiosos**: o quadro brasileiro. São Paulo: Paulinas, 2006.

HALL, Stuart. **A questão da identidade cultural**. Tradução de Andréa Borghi Moreira Jacinto e Simone Miziara Frangella. Campinas: IFCH/Unicamp, 1998. (Coleção Textos Didáticos, 18).

IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Censo Demográfico 2010. Disponível em: <[JUNQUEIRA, Sérgio Rogério de Azevedo. **História, legislação e fundamentos do ensino religioso**. Curitiba: IBPEX, 2008.](http://www2.sidra.ibge.gov.br/bda/tabela/protabl.asp?c=2094&i=P&nome=on&qtu8=137&qtu14=3¬arodape=on&tab=2094&opn8=0&opn14=0&unit=0&pov=1&poc133=2&OpcTipoNivt=1&opn1=2&nivt=0&orc86=3&orp=5&qtu3=27&qtu13=47&opv=1&poc86=1&opc133=1&pop=1&opn2=0&opn15=0&orv=2&orc133=4&qtu2=5&qtu15=3&sev=1000093&opc86=1&sec133=95263&sec133=95277&sec133=12891&sec133=2826&sec133=2829&sec133=2828&sec133=100424&sec133=100425&sec133=95269&sec133=100427&sec133=100426&sec133=2836&sec133=2837&opp=f1&opn3=0&qtu6=5565&opn13=0&sec86=0&ascendente=on&sep=38559&orn=1&qtu7=36&pon=1&qtu9=558&opn6=0&dig6=&OpcCara=44&proc=1&qtu1=1&opn9=0&cabec=on&opn7=0&decm=99>. Acesso em: 1.º out. 2017.</p></div><div data-bbox=)

JUNQUEIRA, Sérgio Rogério de Azevedo et al. Desafios do contexto histórico legislativo da formação do professor de ensino religioso no Brasil. In: **Revista Educação em Questão**, Natal, RN, EDUFRN, v. 30, n. 16, set.-dez. 2007, 127-141.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Manifesto do partido comunista**. 7. ed. São Paulo: Global, 1988.

MONTERO, Paula. Religião, modernidade e cultura: novas questões. In: TEIXEIRA, Faustino; MENEZES, Renata (Org.). **As religiões no Brasil**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2006.

MORIN, Edgar. **Os sete saberes necessários para educação do futuro**. Tradução de Catarina Eleonora F. da Silva e Jeanne Sawaya. São Paulo: Cortez, 2000.

OLIVEIRA, Lílian Blanck. A formação de docentes para o ensino religioso no Brasil: leituras e tessituras. In: **Revista Diálogo Educacional**, Curitiba, v. 5, n. 16, set.-dez. 2005, p. 247-267.

OLIVEIRA, Lílian Blanck et al. Curso de formação de professores. In: SENA, Luzia (Org.). **Ensino religioso e formação docente: ciências da religião e ensino religioso em diálogo**. São Paulo: Paulinas, 2006.

OLIVEIRA, Lílian Blanck et al. **Ensino religioso no ensino fundamental**. São Paulo: Cortez, 2007.

RUSS, Jacqueline. **Dicionário de filosofia**. Tradução de Alberto Alonso Muñoz. São Paulo: Scipione, 1994.

STF decide que escola pública pode promover crença específica em aula de religião. El País. Madrid, Espanha, 27 set. 2017. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2017/08/31/politica/1504132332_350482.html>. Acesso em: 27 set. 2017.

VALLS, Álvaro, Luís Montenegro. **O que é ética?** São Paulo: Brasiliense, 2003.

VASCONCELLOS, Maria José Esteves. **Pensamento sistêmico: o novo paradigma da ciência**. Campinas: Papyrus, 2002.

Submissão em: 16 out. 2017
Pareceres favoráveis em: novembro de 2017

A Concorrência Desleal à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça: revisitando o tema dos interesses protegidos

Unfair Competition according to the case law of the Supreme Court of Justice: revisiting the subject of protected interests

ANA CLARA AZEVEDO DE AMORIM*

Resumo: No ordenamento jurídico português, a Concorrência Desleal continua a ser maioritariamente entendida como mecanismo de garantia das posições adquiridas pelos agentes económicos nas suas relações recíprocas, atenta à necessidade de evitar o desvio de clientela alheia. No entanto, abordada sobretudo numa dimensão evolutiva, a jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça demonstra que a disciplina visa agora também a protecção dos interesses dos consumidores, como resulta especialmente da recusa de registo de sinais distintivos. Esta evolução assenta no âmbito de aplicação e nos critérios normativos enunciados na cláusula geral, que passam a coincidir respectivamente com o acto de intervenção no mercado e a boa fé, em alternativa à relação de concorrência e à ética comercial. Ao contrário do que se verifica no modelo social, a perspectiva comportamental jusprivatista adoptada em sede de Concorrência Desleal afasta a garantia do interesse público no regular funcionamento do mercado.

Palavras-Chave: Concorrência Desleal, Supremo Tribunal de Justiça, dupla protecção, consumidores, modelo social, interpretação funcional.

* Professora Doutora da Universidade Portucalense - Porto - Portugal.

Abstract: In the Portuguese legal system, the unfair competition is still mainly understood as a guarantee mechanism of the positions acquired by economic agents in their mutual relationships, considering the need to avoid the diverting of others' clientele. However, addressed mainly from an evolutionary dimension, the case law of the Supreme Court of Justice demonstrates that the discipline also aims now the protection of consumers' interests, as appears particularly from the registration refusal of distinguishing signs. This development is based on the scope of application and on the normative criteria laid down in the general clause, which correspond respectively to the act of intervention on the market and the good faith, as an alternative to competitive relationship and the commercial ethics. Contrary to what happens in the social model, the private law behavioral perspective adopted in unfair competition excludes the guarantee of the public interest on the regular functioning of the market.

Keywords: Unfair Competition, Supreme Court of Justice, dual protection, consumers, social model, functional interpretation.

1 INTRODUÇÃO

A disciplina da Concorrência Desleal consta actualmente dos artigos 317.º e 318.º do Código da Propriedade Industrial (doravante CPI). O legislador nacional não alude expressamente aos sujeitos protegidos, como resulta do artigo 1.º da *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb* (doravante UWG) suíça de 1986 e do artigo 1.º da *Ley de Competencia Desleal* (doravante LCD) espanhola de 1991, que preveem a protecção dos interesses de todos os participantes no mercado, bem como do § 1 da UWG alemã de 2004, que consagra a tutela dos concorrentes, dos consumidores e do interesse da generalidade numa concorrência não falseada.

De acordo com a concepção tradicional, ainda maioritariamente adoptada face ao ordenamento jurídico português, a proibição de actos desleais visa aos interesses individuais dos concorrentes, sobretudo à diferenciação no mercado, à protecção da reputação económica e ao aproveitamento do próprio esforço. A Concorrência Desleal constitui, assim, uma disciplina orientada para a garantia das posições adquiridas pelos agentes económicos nas suas relações recíprocas. Esta concepção tradicional tem origem numa estrutura económica historicamente situada, que afasta a tutela dos consumidores e do interesse público no regular funcionamento do mercado.

Num contexto económico, social e tecnológico em constante mutação, o tema dos interesses protegidos releva sobretudo para efeitos da reinterpretação da cláusula geral de Concorrência Desleal, em que assentou a evolução do modelo profissional para o modelo social no direito comparado, antes ainda de qualquer alteração normativa. Esta mudança de função da disciplina (*Funktionswandel*) resultou da necessidade de adequação às próprias relações de mercado, durante a vigência do § 1 da UWG alemã de 1909 e do artigo 87.º da *Ley de Marcas* espanhola de 1988.

No ordenamento jurídico português, face à ausência de consagração legislativa, cabe à doutrina e à jurisprudência um papel crucial na delimitação dos interesses protegidos pela disciplina da Concorrência Desleal. Pretende-se, por isso, contribuir para a abordagem deste tema, através de uma análise crítica da jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça (doravante STJ), procurando aferir quais os interesses protegidos, numa dimensão evolutiva, nomeadamente com recurso ao âmbito de aplicação e aos critérios normativos. Recorre-se também, complementarmente, à Constituição da República Portuguesa (doravante CRP) como fundamento axiológico do quadro legal.

Considerando a actual confluência da disciplina da Concorrência Desleal, do regime jurídico das Práticas Comerciais Desleais, aprovado pelo DL n.º 57/2008, de 26 de março, na sequência da transposição da Directiva 2005/29/CE, bem como da Lei da Concorrência, aprovada pela Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, importa igualmente ponderar o respectivo enquadramento numa disciplina única dos comportamentos de mercado, à semelhança do que vem sendo feito no direito comparado.

2 A CLÁUSULA GERAL E A RELEVÂNCIA DA INTERPRETAÇÃO FUNCIONAL

Com a revogação da Carta de Lei de 21 de maio de 1896, que se limitava a proibir um elenco taxativo de actos desleais resultantes de uma casuística complexa com origem marcadamente jurisprudencial (*Fallgruppen*), a disciplina passa a assentar sobretudo numa cláusula geral valorativa, que constitui hoje o seu elemento central. Segundo o disposto no n.º 1 do artigo 317.º do CPI, proíbe-se “todo o acto de concorrência contrário às normas e usos honestos de qualquer ramo de actividade económica.”.

Neste contexto, os actos especialmente previstos nas alíneas – confusórios, denegritórios, parasitários e enganosos – e a protecção de informação não divulgadas consagrada no artigo 318.º do CPI constituem as hipóteses de verificação mais frequente de comportamentos desleais. Na medida em que integra a norma tipificadora, directamente aplicável aos casos concretos, a cláusula geral permite dar resposta às lacunas do sistema, bem como integrar a evolução da doutrina e da jurisprudência. Atento o carácter difuso e mutável dos comportamentos de mercado, esta flexibilidade tem sido determinante da relevância da Concorrência Desleal.

No acórdão de 16 de dezembro de 1996 (processo n.º 580/96), o STJ começou por reconhecer que a disciplina assenta numa “cláusula geral, de adaptabilidade à evolução socioeconómica”. Ou, como viria a afirmar nos Acórdãos de 24 de abril de 2012 (processo

n.º 424/05.7TYVNG.P1.S1) e 26 de fevereiro de 2015 (processo n.º 1288/05.6TYLSB.L1.S1), “a noção de concorrência desleal é dada através de uma definição geral, seguida de uma enumeração exemplificativa de actos desleais: a cláusula geral, de carácter valorativo, e não taxativa, torna a apreciação da deslealdade do acto dependente da sensibilidade do julgador, propiciando a criação de algumas zonas nebulosas, mas tem vantagens, pela maleabilidade que permite e a consequente possibilidade de adequar o conceito de concorrência desleal às várias situações que, em cada momento e sector de actividade, se considerem contrárias às normas e usos honestos”. Estava em causa, no primeiro caso, a confusão entre uma denominação social e a marca *Foinox* para fornos e produtos similares, e no segundo caso, a confusão entre a marca *Niceday* para artigos de papelaria, informáticos e mobiliário de escritório e a firma *Niceday – Sistemas de Informação, Lda.* correspondente ao nome de domínio *niceday.pt*.

Adoptando a mesma técnica legislativa, o regime jurídico das Práticas Comerciais Desleais, aprovado pelo DL n.º 57/2008, de 26 de março, assenta também numa cláusula geral de desconformidade com a diligência profissional (art. 5.º), concretizada na proibição das práticas comerciais enganosas e agressivas (art. 7.º a 12.º).

No direito comparado, a cláusula geral permitiu a “renovação axiológica” da Concorrência Desleal. Foi, aliás, à luz do critério normativo tradicional dos bons costumes – consagrado no § 1 da UWG alemã de 1909 (“guten Sitten”) e no artigo 87.º da *Ley de Marcas* espanhola de 1988 (“normas de corrección y buenos usos mercantiles”) – que a doutrina e a jurisprudência reconheceram precursoramente a mudança de função da disciplina, abandonando a tutela exclusiva dos concorrentes, de conteúdo deontológico, e protegendo um conjunto alargado de interesses, segundo um juízo de natureza político-económica (PAZ-ARES, 1981, p. 13-14). A Concorrência Desleal passa, então, a integrar um direito de ordenação das condutas de mercado.

A natureza estruturante e a susceptibilidade de reinterpretação da cláusula geral contribuem para assegurar o equilíbrio das relações de mercado num contexto económico, social e tecnológico em constante mutação. Na verdade, ao consagrar o âmbito de aplicação da disciplina e os respectivos critérios normativos com recurso a conceitos indeterminados, a cláusula geral potencia a evolução da Concorrência Desleal, nomeadamente face aos problemas suscitados pelo comércio electrónico. Assim, a aplicação autónoma da cláusula geral como norma substantiva não pode deixar de se orientar pela prévia delimitação dos interesses protegidos. Esta interpretação funcional da Concorrência Desleal permite alcançar uma solução unívoca e objectiva, incrementando a segurança jurídica dos agentes económicos face aos conceitos indeterminados da cláusula geral.

A transição para o modelo social de Concorrência Desleal caracteriza-se pela alusão expressa aos sujeitos protegidos, designadamente, no artigo 1.º da UWG suíça de 1986 e no artigo 1.º da LCD espanhola de 1991, que preveem a protecção dos interesses de todos os participantes no mercado (“l’intérêt de toutes les parties concernées” e “en interés de todos los que participan en el mercado”, respectivamente), bem como no § 1 da UWG alemã de 2004, que consagra a tutela dos concorrentes, dos consumidores e do interesse da generalidade numa concorrência não falseada (“das Interesse der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb”). Ainda que a interpretação funcional tivesse já acolhimento na doutrina e na jurisprudência durante a vigência da UWG de 1909, a alteração normativa cria um sistema de referência (*Referenzsystem*) que viria a ser determinante da evolução da disciplina (SCHÜNEMANN, 2004, p. 926).

Acresce que a titularidade dos interesses protegidos tem sido adoptada também por alguns autores como critério de classificação dos actos desleais, necessária face à consagração de uma casuística complexa, que se estendeu no ordenamento jurídico português aos sucessivos CPI de 1940, 1995 e 2003.¹ No sistema alemão, este critério de classificação foi igualmente reiterado, ao nível legislativo, pela *Zweites Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (2. UWGÄndG)*, de 2 de dezembro de 2015, ao enquadrar os actos comerciais desleais lesivos dos interesses dos concorrentes num preceito unitário, que proíbe a denegrição (§ 4, n.ºs 1 e 2), a imitação, em especial, com efeitos confusórios ou parasitários (§ 4, n.º 3) e a obstrução (§ 4, n.º 4). Por motivos de coerência sistemática, são agora objecto de tratamento autónomo, dado que lesam os interesses dos consumidores, os actos comerciais agressivos (§ 4a), o engano por acção (§ 5), o engano por omissão (§ 5a), a publicidade comparativa (§ 6) e as hipóteses de assédio (§ 7).

3 A TRADICIONAL PROTECÇÃO DOS CONCORRENTES

No modelo profissional, a disciplina da Concorrência Desleal visa garantir as posições adquiridas pelos agentes económicos nas suas relações recíprocas. Esta concepção tradicional resulta, desde logo, do paradigmático parecer da Procuradoria-Geral da República n.º 17/57, de 30 de maio de 1957, que a propósito do artigo 212.º do CPI de 1940 reconheceu constituírem “concorrência desleal os actos, repudiados pela consciência normal dos comerciantes como contrários aos usos honestos do comércio, que sejam susceptíveis de causar prejuízo à empresa dum competidor pela usurpação, ainda que

¹ O critério da titularidade dos interesses protegidos foi desenvolvido, na doutrina alemã, por Emmerich (2012, p. 65). É seguido, entre outros, por ASCENSÃO (2002, p. 406) e MENÉNDEZ (1988, p. 124).

parcial, da sua clientela.” (PORTUGAL, 1957, p. 449-456). Neste sentido, a disciplina assegura “uma protecção complementar à organização comercial em si mesma, em especial à clientela que da organização é a principal projecção exterior”.

De acordo com esta visão corporativa e subjectiva, a Concorrência Desleal constitui um direito de conflitos teleologicamente orientado para a garantia das posições adquiridas no mercado. A disciplina visa então os interesses individuais dos concorrentes à diferenciação no mercado, à protecção da reputação económica e ao aproveitamento do próprio esforço. Esta abordagem justifica-se historicamente face à estrutura económica centrada na produção que caracterizou o período subsequente à Revolução Industrial. Num contexto de instabilidade desencadeada pela crise monetária e cambial, em que as empresas portuguesas procuravam sobretudo aumentar a sua quota de mercado relativamente a uma determinada categoria de produto ou serviço, a proibição de actos desleais na Carta de Lei de 21 de maio de 1896 corresponde a uma reivindicação da classe burguesa e insere-se num movimento legislativo de protecção da indústria. A Concorrência Desleal traduz, em suma, um instrumento de tutela dos “recursos de empreendimento mercantil.” (LIMA, 1910, p. 22).

Ao fazer coincidir a proibição de actos desleais com a necessidade de evitar o desvio de clientela alheia, a jurisprudência adopta uma opção que viria a manter-se até à actualidade. Ou seja, o STJ continua a atribuir relevância à lesão da esfera económica de um concorrente ou da sua posição relativa no mercado e, inspirando-se directamente no parecer da Procuradoria-Geral da República n.º 17/57, de 30 de maio de 1957, reiterou a necessidade de proibir os “actos susceptíveis de causar prejuízo à empresa de um competidor pela usurpação, ainda que parcial, da sua clientela, com vista à criação e expansão, directa ou indirecta, de uma clientela própria”, nos referidos Acórdãos de 24 de abril de 2012 (processo n.º 424/05.7TYVNG.P1.S1) e 26 de fevereiro de 2015 (processo n.º 1288/05.6TYLSB.L1.S1). No quadro da visão corporativa e subjectiva da Concorrência Desleal, esta alusão ao desvio de clientela alheia coincide com a tese da *primazia metodológica do dano* (LEITÃO, 2000, p. 51).

É também nesta concepção que se insere a referência mais ampla ao “estabelecimento em si, a empresa do industrial ou do comerciante” como bem jurídico protegido pela Concorrência Desleal, no Acórdão de 26 de setembro de 1995 (processo n.º 87043), relativo à confusão das marcas *Tamol* e *Tamoil* no sector do couro. Ou ao “estabelecimento, como organização concreta, posicionada no mercado, de factores produtivos, especialmente a clientela, sua principal projecção exterior”, enunciado no Acórdão de 17 de fevereiro de

1998 (processo n.º 110/98), relativo à confusão entre uma agência funerária trespassada e outra aberta posteriormente pelo trespassante².

Na verdade, as teorias subjectivistas, que fundavam a proibição de actos desleais no direito de conteúdo patrimonial à defesa do estabelecimento comercial, eram também defendidas maioritariamente pela doutrina.³ Em alternativa, alguns autores invocavam um direito pessoal à abstenção, por parte dos concorrentes, de todos os actos susceptíveis de prejudicar a obtenção do resultado económico considerado legítimo de acordo com o mecanismo da livre concorrência (PAÚL, 1965, p. 151.). Este entendimento teve reflexo no Acórdão de 11 de fevereiro de 2003 (processo n.º 02A4599), relativo à imitação dos sacos térmicos denominados *Cool in Colors*, quando o STJ reconheceu que a proibição protege o “direito de cada empresário à lealdade de concorrência, com o correspondente dever de abstenção por parte dos concorrentes da prática de actos susceptíveis de prejudicar a obtenção do resultado económico considerado legítimo, de acordo com o mecanismo da livre concorrência.”.

Porém, a inadequação das teorias subjectivistas viria a resultar de um princípio de licitude do dano concorrencial, segundo o qual o prejuízo económico – como a diminuição do volume de negócios a que corresponde a obtenção de uma vantagem no mercado por outro concorrente – representa uma mera situação de facto, que não tem necessariamente tutela jurídica. No Acórdão de 26 de setembro de 2013 (processo n.º 6742/1999.L1.S2), a propósito da alegada desorganização de uma cadeia de distribuição de produtos alimentares decorrente das cessões de posição contratual e dos trespasses realizados no quadro de um anterior *franchising*, o STJ afirmou que “aquilo que se censura ao agente económico são os meios de que ele se serve para actuar no mercado, não os concretos resultados que derivam dessa actuação.”, como o desvio de clientela alheia. Ou seja, a Concorrência Desleal incide sobre os meios utilizados pelos profissionais no exercício de uma actividade económica.

O fundamento axiológico da proibição reside, assim, na garantia da livre iniciativa económica privada, enunciada no art. 61.º da CRP e na “concorrência salutar dos agentes mercantis”, enquanto objectivo da política comercial, previsto na alínea *a*, do art. 99.º da CRP. Neste sentido, a disciplina da Concorrência Desleal incide sobre o comportamento dos agentes

² Nota do Editor-Associado: no Brasil, as figuras de “trespassante” e “trespassada” são conhecidas como sucedida e sucessora, respectivamente. Ocorre quando uma empresa (sucedida) é vendida a outrem (sucessora), normalmente com a cláusula de impossibilidade de a sucedida continuar atuando no mesmo segmento.

³ Entre outros, MAGALHÃES (1951, p. 187); CARVALHO (1967, p. 81); CORREIA (1985, p. 273).

económicos e não – ou, pelo menos, não directamente – sobre os postulados estruturais da concorrência económica.⁴

3.1 Âmbito de Aplicação: a Relação de Concorrência

Fundada na necessidade de evitar o desvio de clientela alheia, a protecção das posições adquiridas pelos agentes económicos nas suas relações recíprocas assenta, desde logo, no pressuposto do acto de concorrência, delimitado em função da identidade, substituição e complementaridade dos produtos ou serviços, bem como da coincidência temporal e espacial do exercício das respectivas actividades. Neste contexto, a Concorrência Desleal apenas pode ter lugar entre dois agentes económicos que oferecem de modo efectivo e actual, simultaneamente e no mesmo domínio territorial, produtos ou serviços destinados à satisfação das mesmas necessidades. Esta delimitação do âmbito de aplicação da disciplina decorre ainda do Parecer da Procuradoria-Geral da República n.º 17/57, de 30 de maio de 1957, segundo o qual “não pode falar-se de acto de concorrência desleal se quem o pratica não for um concorrente, actual ou potencial, do sujeito passivo desta conduta.”. Ou seja, a alusão ao acto de concorrência constante da cláusula geral tem vindo a ser identificada estritamente com uma “relação de concorrência”.

Tributário desta concepção, o referido Acórdão de 11 de fevereiro de 2003 (processo n.º 02A4599), relativo à imitação dos sacos térmicos *Cool in Colors*, determina que

a concorrência só pode ser apreciada em concreto, pois o que interessa saber é se a actividade de um agente económico atinge ou não a actividade do outro, através da disputa da mesma clientela. Para se poder falar de concorrência é essencial que sejam idênticas ou afins as actividades económicas prosseguidas por dois ou mais agentes económicos.

Assim, enquanto a identidade envolve a produção ou comercialização dos mesmos bens, a afinidade traduz um conceito mais amplo, em função da utilidade e finalidade dos bens, pelo que releva já sobretudo a satisfação das mesmas necessidades.

Invocando o conceito de identidade, no Acórdão de 30 de outubro de 2003 (processo n.º 03B2331), relativo à confusão entre a marca *TARGA* para automóveis e seus componentes e a marca *TARGA SERVICE* para publicidade, gestão, administração comercial, seguros, negócios financeiros e imobiliários, construção, reparação e instalação, telecomunicações,

⁴ Sobre a distinção entre a Concorrência Desleal e a Defesa da Concorrência, na doutrina nacional, XAVIER (1970, p. 14).

transportes e organização de viagens, o STJ reconheceu que face à ausência de prova da prestação efectiva de “serviços do mesmo tipo”, a hipótese não configura a “eventualidade de desvio de clientela” visada pela proibição de actos desleais. E, mais recentemente, no acórdão de 6 de junho de 2016 (processo n.º 429/12.1YHLSB.L1.S1), relativo à confusão entre marcas e à capacidade distintiva de *PIZZATOPPING*, que a Concorrência Desleal só tem lugar “no caso de as empresas em confronto exercerem a sua actividade económica no mesmo ramo de actividade.”.

Já no domínio da afinidade entre produtos ou serviços, cabem as relações de substituição e complementaridade. Ora, no primeiro caso, os bens são sucedâneos, satisfazendo as mesmas necessidades de forma quase equivalente – eventualmente, apenas menos perfeita ou mais onerosa – e, no segundo caso, os bens consideram-se dependentes entre si, podendo ser instrumentais ou de procura conjunta. No Acórdão de 21 de fevereiro de 1969 (processo n.º 62578), em que recusou a possibilidade de confusão entre a marca notória *Modess* para pensos higiénicos e para um produto capitar, o STJ considerou que “sendo, como são, totalmente diferentes, quer pela natureza, quer pela aplicação, os produtos protegidos pela mesma marca, não ocorre a figura da concorrência desleal, uma vez que não há possibilidade de confusão para o consumidor aquando da aquisição, porque não são produtos substituíveis entre si, sucedâneos, complementares ou de procura conjunta.”.

Também o conceito de proximidade entre as actividades desenvolvidas pelos agentes económicos, enunciado para efeitos da delimitação do âmbito de aplicação da disciplina, parece não prescindir da identidade, substituição e complementaridade dos produtos ou serviços. No Acórdão de 11 de novembro de 1997 (processo n.º 436/97), relativo à confusão entre a marca *Armatal* e o nome de estabelecimento *Armetal*, e considerando que não foi apurado a que actividade se dedica este último para efeitos do pressuposto do acto de concorrência, o STJ considerou que “só pode haver concorrência desleal quando se verifique uma certa proximidade entre as actividades desenvolvidas pelos agentes económicos.”. Esta alusão ao conceito de proximidade consta igualmente do Acórdão de 29 de setembro de 2010 (processo n.º 235/05.0TYLSB.L1.S1), relativo à confusão entre a marca *Médis* e a denominação social *Antavemédis – Serviços de Saúde, S. A.*, para prestação de cuidados de saúde e assistência médica, quando o STJ enquadró a proibição de actos desleais na disputa de uma “posição de vantagem relativa, face a uma clientela comum”. Daqui decorre que o conceito não corresponde a uma tendência de flexibilização do âmbito de aplicação.

Importa referir que a proximidade entre as ofertas deve ser concretamente apreciada de acordo com critérios de natureza substancial, em função do consumidor médio – e não de acordo com critérios de natureza formal, como a integração da actividade económica numa determinada categoria.

De acordo com esta concepção, o pressuposto do acto de concorrência depende da existência de uma economia de mercado, que faz confluir num determinado sector de actividade uma pluralidade de agentes económicos. Ou seja, na medida em que o âmbito de aplicação da disciplina se delimita tradicionalmente em função da identidade, substituição e complementaridade dos produtos ou serviços, bem como da coincidência temporal e espacial do exercício das respectivas actividades, a Concorrência Desleal não abrange os actos dirigidos aos consumidores por agentes económicos monopolistas. Desta forma, nos Acórdãos de 24 de abril de 2012 (processo n.º 424/05.7TYVNG.P1.S1) e 26 de fevereiro de 2015 (processo n.º 1288/05.6TYLSB.L1.S1), o STJ viria a reconhecer que o acto de concorrência depende da “existência de uma pluralidade de agentes económicos e de um público consumidor com liberdade de escolha. O que interessa saber é se a actividade de um agente económico atinge ou não a actividade de outro, através da disputa da mesma clientela: inequivocamente, há um acto de concorrência, na sua máxima expressão, quando dois concorrentes, de modo actual e efectivo, produzem ou comercializam um produto ou prestam serviços idênticos, com simultaneidade e no mesmo domínio territorial relevante.”.

Ainda que não resulte directamente do disposto no n.º 1 do artigo 317.º do CPI, a coincidência entre a alusão ao acto de concorrência e a relação de concorrência tem origem na abordagem funcional da disciplina da Concorrência Desleal como instrumento de protecção contra o desvio de clientela alheia.

3.2 Critério Normativo: a Ética Comercial

Nos termos do n.º 1 do artigo 317.º do CPI, o critério normativo da Concorrência Desleal decorre da remissão para as “normas e usos honestos de qualquer ramo de actividade económica”, cuja centralidade assenta no facto de a susceptibilidade de desvio de clientela ser comum a todos os actos de concorrência. Ou seja, a proibição de actos desleais atende sobretudo à valoração dos meios utilizados pelos profissionais à luz do critério normativo.

Segundo o Acórdão do STJ, de 21 de janeiro de 2014 (processo n.º 4045/06.9TBVCT.G2.S1), relativo à confusão face à marca e à embalagem da tablete de chocolate designada *10/R*, depois da falência do titular e da alegada transmissão do direito a um terceiro,

a concorrência desleal não reside na mera existência de prejuízo dos concorrentes decorrente da perda de clientela, intencionalmente causada ou

não, mas nos meios empregados para alcançar essa transferência de freguesia, que, no caso de confusão, se traduzirão no aproveitamento de um produto transaccionado no mercado e no lançamento de outro vocacionado para que os consumidores o confundam com o preexistente, aquando da procura deste, em razão dos respectivos elementos distintivos, designadamente de imagem ou marca.

Também no Acórdão de 10 de setembro de 2009 (processo n.º 359/09.4YFLSB), a propósito dos contactos estabelecidos com os clientes de um concorrente no sector da formação profissional e das actividades desportivas, o STJ afirmou que a ilicitude decorreu da obtenção e utilização de ficheiros sem a correspondente autorização, concluindo que “os réus não podem ficar impedidos de contactar esses clientes ou, obviamente, de serem contactados por estes. Actos estes de desvios de clientela perfeitamente lícitos. O que podem ficar impedidos é de contactar esses clientes através da utilização desses ficheiros. Actos estes de desvio de clientela ilícitos”. Como viria a ser frequentemente reiterado na jurisprudência, “a repressão da concorrência desleal condena o meio (a deslealdade) não o fim (o desvio da clientela) pelo que a ilicitude radica-se na deslealdade e não em qualquer direito específico”.

Importa agora delimitar o sentido atribuído às normas e aos usos honestos. Assim, ainda de acordo com o Parecer da Procuradoria-Geral da República n.º 17/57, de 30 de maio de 1957, a disciplina da Concorrência Desleal contém “uma referência directa à consciência ética do comerciante médio, de que, naturalmente, terá de ser intérprete o julgador.”.

Seguindo este entendimento, no Acórdão de 18 de novembro de 1997 (processo n.º 97A692), o STJ considerou que a confusão decorrente da imitação servil de máquinas de cortar azulejos importadas e comercializadas em Portugal constituía uma “agressão directa à consciência ética do comerciante médio, sendo uma conduta que a consciência corrente e a sensibilidade normal dos homens da indústria e do comércio repudiam decididamente como desonesta.”. Ou seja, como afirmou mais recentemente no Acórdão de 5 de fevereiro de 2009 (processo n.º 08B3398), relativo à confusão resultante da utilização da expressão *Funerária Saramago* para prestação de serviços idênticos no mesmo domínio territorial, constituem Concorrência Desleal os “actos repudiados pela consciência normal dos comerciantes como contrários aos usos honestos do comércio, que sejam susceptíveis de causar prejuízo à empresa dum competidor pela usurpação, ainda que parcial, da sua clientela.”. A mesma posição tinha já sido adoptada anteriormente no Acórdão de 13 de fevereiro de 1996 (processo n.º 87841), a propósito da confusão entre a marca *A. T. & T.* e a denominação social *A. T. T.* para equipamentos e serviços de telecomunicações.

Neste sentido, o STJ identifica ainda maioritariamente o critério normativo previsto no n.º 1 do artigo 317.º do CPI com a “ética comercial que se reflecte na existência de princípios ético-jurídicos, que devem ser respeitados entre comerciantes.”, como resulta dos Acórdãos de 15 de março de 2005 (processo n.º 05A196) e 20 de junho de 2006 (processo n.º 05A1454), relativos respectivamente à confusão com os nomes de estabelecimento *Óptica Havaneza Eborense* e *Casa das Peles*. Desta forma, também no Acórdão de 7 de maio de 2015 (processo n.º 2443/09.5TBCLD.L1.S1), a propósito de um intermediário na revenda de produtos fitossanitários, adubos, fertilizantes e outros produtos químicos para a agricultura, importados de Espanha, que requereu o registo das respectivas marcas em Portugal, provocando um risco de confusão, o STJ afirmou, com recurso ao “bem conceituado homem de negócios”, que “os actos de concorrência desleal violam normas de probidade, honradez e bons usos comerciais, tratando-se assim de comportamentos eticamente reprováveis.”.

A proibição de actos desleais pauta-se tradicionalmente pelos quadros axiológico-jurídicos de uma certa moralidade dos negócios. Ora, a relevância dos usos comerciais como critério normativo da disciplina da Concorrência Desleal coincide com a sua origem profissional e consuetudinária, pelo que a doutrina e a jurisprudência começaram por atribuir a esta remissão uma natureza deontológica, que determinava a valoração dos comportamentos de acordo com a moral empresarial (*Unternehmensmoral*), enquanto património ético do sector de actividade (OHLY, 1997, p. 221). O STJ aludiu aos “conceitos da moral” no Acórdão de 21 de março de 1961 (processo n.º 58408) relativo ao registo de *Air France* para brinquedos.

Já a remissão para as “normas” na cláusula geral do n.º 1 do artigo 317.º do CPI constitui um reforço do pendor corporativo da Concorrência Desleal relativamente ao disposto no n.º 2 do artigo 10.º *bis* da Convenção da União de Paris para a Protecção da Propriedade Industrial, opção legislativa que foi criticada pela doutrina (CHORÃO, 1997, p. 177). Na verdade, nos Acórdãos de 24 de abril de 2012 (processo n.º 424/05.7TYVNG.P1.S1) e 26 de fevereiro de 2015 (processo n.º 1288/05.6TYLSB.L1.S1), o STJ reiterou que a deslealdade traduz a “violação autónoma de normas sociais de conduta”, dado que “a opção do legislador foi aceitar as normas e usos próprios de um ramo ou sector de actividade económica.”. Assim,

as normas de comportamento são regras constantes dos códigos de boa conduta elaborados, com crescente frequência, por diversas associações profissionais. Por sua vez, os usos honestos são padrões sociais de conduta de carácter extrajurídico, correspondentes a práticas sociais, nem sempre uniformes, pois podem variar consoante o sector de actividade.

Ou, como tinha já afirmado no citado Acórdão de 17 de fevereiro de 1998 (processo n.º 110/98), no quadro do modelo profissional, a referência às normas constitui um apelo a “padrões sociais de comportamento” ou “padrões extrajurídicos de conduta”.

No entanto, à semelhança do que resulta das hipóteses típicas de Concorrência Desleal previstas no artigo 15.º da LCD espanhola de 1991 e do § 3a da UWG alemã de 2004, em matéria de violação de normas, a referência deve poder abranger hoje todo o quadro legal vigente, deixando de coincidir necessariamente com os Códigos de Conduta, como entendiam a doutrina e a jurisprudência tradicionais. Neste contexto, importa especialmente recorrer à interpretação funcional da disciplina, que permite delimitar quais as normas relevantes para efeitos da aplicação da cláusula geral de Concorrência Desleal (AMORIM, 2017, p. 360).

Acresce que a alusão à honestidade abrange tanto as normas como os usos. Segundo o Acórdão de 18 de novembro de 1997 (processo n.º 97A692), “umas e outros deverão ser honestos, tal como é usual praticar-se entre concorrentes no mesmo ramo de actividade económica, sem nunca atingirem a desonestidade, sob pena de poderem incorrer em concorrência desleal.”.

4 A EVOLUÇÃO PARA A PROTECÇÃO DOS CONSUMIDORES

Com a recusa do enquadramento da Concorrência Desleal na violação de um direito subjectivo e o reconhecimento da centralidade do critério normativo, estava dado o primeiro passo para que a disciplina deixasse de visar estritamente a garantia de interesses individuais dos concorrentes. No ordenamento jurídico nacional, a aprovação do regime jurídico das Práticas Comerciais Desleais, pelo DL n.º 57/2008, de 26 de março, na sequência da transposição da Directiva 2005/29/CE, viria a coincidir com um alargamento do conceito de deslealdade, que passa a abranger também a lesão dos “interesses económicos dos consumidores” (artigo 1.º do diploma comunitário). Apesar da sua autonomia legislativa, este diploma influenciou a concepção de Concorrência Desleal dominante na jurisprudência.

Ainda no quadro do artigo 317.º do CPI, o STJ tem vindo a reconhecer expressamente que os agentes económicos “devem agir com honestidade, correcção e consideração pelos interesses e direitos, não só dos seus concorrentes, como também dos consumidores.”, como resulta do Acórdão de 12 de fevereiro de 2008 (processo n.º 07A4618), relativo à semelhança entre embalagens no sector das tintas, vernizes e outros produtos derivados e complementares, bem como do Acórdão de 17 de junho de 2010 (processo n.º 806/

03.TBMGR.C1.S1), a propósito da imitação servil do modelo de cadeiras de estádio designado *Tejo*.

O STJ funda esta última decisão no surgimento de uma nova estrutura do mercado, que identifica com “a facilidade de divulgação dos produtos à escala mundial e a severa competição comercial a que não é alheia a facilidade de comunicação e circulação”, em que a intervenção dos agentes económicos tem lugar sobretudo “através da inovação e de competitividade que são induzidas por técnicas de *marketing* e de publicidade”. No domínio dos actos de confusão, afirma que “os produtos industriais não podem confundir o destinatário do processo de produção – o consumidor”, que passa a ser também directamente protegido pela disciplina da Concorrência Desleal.

Posteriormente, no citado Acórdão de 26 de setembro de 2013 (processo n.º 6742/1999.L1.S2), o STJ reiterou que “as normas repressivas da concorrência desleal visam satisfazer aos interesses de todos quanto ao mercado aberto têm acesso, quer como produtores e vendedores, quer como consumidores.”. É, aliás, a protecção de interesses alheios aos concorrentes que justificava a tutela penal da Concorrência Desleal consagrada nos CPI de 1940 e 1995, bem como a sanção de natureza contraordenacional actualmente decorrente do disposto no artigo 331.º do CPI.

Este princípio de dupla protecção, que coincide com o afastamento do modelo estritamente corporativo, resultava igualmente do Acórdão de 27 de março de 2003 (processo n.º 03B322), relativo ao registo de nome de estabelecimento semelhante de entidades que realizam o mesmo tipo de prestação de cuidados de saúde, oportunidade que o STJ afirmou que a Concorrência Desleal

não se esgota a benefício do titular. Procede ainda – e procede fundamentalmente – a favor da protecção do consumidor. Os actos praticados contra o consumidor não são, só por si, actos de concorrência desleal. Mas já são actos de concorrência desleal os actos lesivos dos consumidores que ponham em causa a genuinidade da escolha por sua parte. A indução em erro falseia a escolha. E, por este caminho, atinge o consumidor, limitando a sua esfera de liberdade de poder escolher o produto ou o serviço que melhor satisfaça o seu interesse.

Assim, a par da garantia dos interesses individuais dos concorrentes, a disciplina da Concorrência Desleal visa agora a tutela da liberdade de escolha dos consumidores, que integra um dos pressupostos do mercado concorrencial – traduz a possibilidade de os consumidores escolherem, de forma esclarecida e livre, os produtos e serviços que mais bem correspondam à satisfação das suas necessidades.

Neste sentido, também no Acórdão de 7 de maio de 2015 (processo n.º 2443/09.5TBCLD.L1.S1), o STJ identificou os actos desleais com a susceptibilidade de prejudicar “as legítimas expectativas dos agentes económicos envolvidos no mercado”. Ora, os consumidores contribuem autonomamente para a dinamização da actividade económica. Não obstante a sua vulnerabilidade nas relações com os profissionais, é ainda da qualificação como agentes económicos que decorre a protecção dos consumidores, originariamente fundada na assimetria de informação e no desequilíbrio de poder de negociação. Na verdade, face ao aumento da concorrência que se verificou na economia nacional sobretudo a partir dos anos 80 do século XX, os consumidores passaram a assumir um papel fundamental nas relações de mercado, especialmente, para efeitos da conformação do processo de comercialização, o que acontece em detrimento da anterior centralidade da produção.

A protecção dos consumidores funda-se axiologicamente no art. 60.º da CRP, que incide sobre o “direito à qualidade dos bens e serviços consumidos, à formação e à informação, à protecção da saúde, da segurança e dos seus interesses económicos, bem como à reparação de danos”. Atenta à necessidade de superar a inadequação das soluções propostas pelo Direito privado comum, o Direito do Consumidor procura acautelar a vulnerabilidade decorrente da assimetria de informação e do desequilíbrio de poder de negociação face aos profissionais.

Ora, o regime jurídico das Práticas Comerciais Desleais resulta da transposição de um diploma comunitário que aborda a protecção dos consumidores como instrumento do desenvolvimento do Mercado Interno (HOWELLS; MICKLITZ; WILHELMSSON, 2006, p. 250). Assim se justifica que, como consta do respectivo Preâmbulo, o DL n.º 57/2008, de 26 de março, oriente-se sobretudo “para assegurar a confiança dos consumidores no mercado, para garantir a concorrência e para promover o desenvolvimento de transacções comerciais transfronteiriças”.

Neste sentido, alguma doutrina reconhece que o regime jurídico das Práticas Comerciais Desleais corresponde mais a uma finalidade de Defesa da Concorrência do que de protecção dos consumidores, com a qual pode até chegar a conflitar (GLÖCKNER, 2006, p. 194). Este entendimento insere-se na teoria da *consumer sovereignty* que, pressupondo um entendimento amplo de tutela do mercado e a necessidade de garantir a eficiência económica e o bem-estar dos consumidores através de um adequado nível de preços e da qualidade dos produtos, defende a unificação do Direito da Concorrência e do Direito do Consumidor.⁵

⁵ Desenvolvidamente, PAIS, (2011); AVERITT; LANDE (1997, p. 716 a 734).

No entanto, o DL n.º 57/2008, de 26 de março, assenta numa perspectiva predominantemente jusprivatista, que decorre da opção por um critério normativo de natureza comportamental – “o padrão de competência especializada e de cuidado que se pode razoavelmente esperar de um profissional em relação aos consumidores” (alínea *h*, do art. 3.º) – e da ausência de normas especiais destinadas a proteger directamente o regular funcionamento do mercado. Esta perspectiva jusprivatista é reforçada pela aproximação terminológica à disciplina contratual, resultante da alusão à “transacção comercial” (art. 1.º, n.º 1), apesar de a proibição das práticas comerciais desleais não depender da existência de uma relação jurídica de consumo. No domínio dos mecanismos sancionatórios, paralelamente à acção inibitória (art. 16.º) e ao ilícito contraordenacional (art. 21.º), o legislador nacional consagrou instrumentos de tutela individual dos consumidores, como a invalidade dos contratos celebrados (art. 14.º) e a responsabilidade civil (art. 15.º).

Entre as modalidades típicas de Concorrência Desleal mais vocacionadas para a protecção dos consumidores, encontra-se a proibição de actos de engano, prevista nas alíneas *d*, *e* e *f* do n.º 1 do artigo 317.º do CPI, que incidem sobre “falsas indicações” e “falsas descrições” relativas aos produtos e serviços do profissional, bem como à sua situação financeira, clientela e actividades desenvolvidas. Porém, a doutrina maioritária entende que a proibição de actos de engano visa ainda a protecção dos concorrentes, que assentaria aqui na obtenção de vantagens no mercado à custa dos consumidores.⁶ De acordo com este entendimento, continua a estar em causa a garantia das posições adquiridas pelos agentes económicos nas suas relações recíprocas, pelo que se insere na tradicional visão corporativa da Concorrência Desleal que redundna na preocupação com o desvio de clientela alheia.

Não deixa de ser significativo que os actos de engano tenham começado por ser regulados, ao nível internacional, no § 3 do n.º 3 do artigo 10.º *bis* da Convenção da União de Paris para a Protecção da Propriedade Industrial que, em matéria de Concorrência Desleal, proíbe especialmente “as indicações ou afirmações cuja utilização no exercício do comércio seja susceptível de induzir o público em erro” como forma de tutela dos consumidores (SANTAGATA, 1971, p. 141). A proibição de actos de engano – posteriormente consagrada no regime jurídico das Práticas Comerciais Desleais – demonstra que a disciplina não visa apenas a garantia dos interesses individuais dos concorrentes, em conformidade com o princípio de dupla protecção.

⁶ Entre outros, ASCENSÃO (2002, p. 515). E, face ao ordenamento jurídico italiano, ASCARELLI (1960, p. 190).

Nos termos do disposto na alínea *a* do n.º 2 do artigo 7.º do DL n.º 57/2008, de 26 de março, o conceito de engano abrange actualmente também os actos de confusão. De facto, a proibição de actos de confusão consagrada na alínea *a* do n.º 1 do artigo 317.º do CPI tutela apenas reflexamente o interesse dos concorrentes à diferenciação no mercado (AMORIM, 2009, p. 224). É, sobretudo neste domínio, que a jurisprudência tem reconhecido a aplicabilidade do princípio da adequação social em sede de Concorrência Desleal. Desta forma, nos Acórdãos de 12 de fevereiro de 2008 (processo n.º 07A4618) e 17 de junho de 2010 (processo n.º 806/03.TBMGR.C1.S1), o STJ afirmou que “todos os operadores económicos se imitam. Toda a imitação traz alguma confusão. Mas esta só é repelida como concorrência desleal se atingir um certo grau de intolerabilidade.”. Estava em causa, respectivamente, o sector das tintas e das cadeiras de estádio, “em que difícil é apresentar produtos insusceptíveis de imitação ou confusão”, pelo que o STJ considerou não existir uma imitação servil censurável.

Com o reconhecimento da emergência de uma nova estrutura do mercado, caracterizada pela generalização do consumo de massas, pela evolução tecnológica e pelo recurso a estratégias diversificadas de comunicação comercial, verifica-se também uma mudança ao nível do âmbito de aplicação da disciplina da Concorrência Desleal e do critério normativo, relevante no quadro da protecção dos consumidores.

4.1 Âmbito de Aplicação: o Acto de Intervenção no Mercado

No direito comparado, foi sendo progressivamente enunciada a necessidade de ampliar o âmbito de aplicação da Concorrência Desleal. Esta necessidade verifica-se nos casos de relação de concorrência indirecta (*mittelbares Wettbewerbsverhältnis*), relativamente aos actos praticados por profissionais situados em diversos estádios do processo económico, como produtores, grossistas e retalhistas⁷ (KÖHLER; BORNKAMM, 2013, p. 171).

Uma parte da doutrina nacional passou então a afirmar o critério da identidade da clientela, definindo a relação de concorrência pelo lado da procura, em função da identidade do sector de mercado a que se dirigem os profissionais (OLAVO, 2005, p. 265; GONÇALVES, 2015, p. 377).

Esta posição viria a ser seguida pela jurisprudência, como resulta do Acórdão do STJ de 30 de maio de 1995 (processo n.º 087023), relativo à introdução de nome de estabelecimento

⁷ Nota do Editor-Associado: para a maioria das regiões brasileiras, “grossistas e retalhistas” são os atacadistas e varejistas, respectivamente.

alheio na firma de uma sociedade comercial, segundo o qual “a concorrência existe em níveis económicos diversos como no caso da produção e da distribuição, bastando que no fim da respectiva cadeia se encontrem os mesmos consumidores.”. E também do Acórdão de 3 de março de 2001 (processo n.º 01A053), a propósito da recusa do registo da marca *Bobby Jones* destinada a serviços de bar, hotelaria e restaurantes, com fundamento na confusão com outra anteriormente registada para artigos de desporto e aparelhos para o golfe, quando o STJ reconheceu a necessidade de ampliar o âmbito de aplicação da disciplina, uma vez que a concorrência não depende de uma relação de identidade, substituição ou complementaridade entre as actividades económicas, abrangendo ainda “todas aquelas que se dirigem ao mesmo tipo de clientela.”.

Actualmente, predomina um critério mais amplo, que faz coincidir a relação de concorrência com a idoneidade do acto para atribuir posições vantajosas no mercado. Especialmente relevante no domínio do comércio electrónico e da globalização dos mercados, este conceito de concorrência apenas pode ser apreciado casuisticamente, tendo em conta a actuação concreta dos diversos agentes económicos e a realidade da vida económica. Para além da conquista de clientela, pode estar em causa a disputa de fornecedores, distribuidores, vendedores ou dos próprios trabalhadores (PAÚL, 2005, p. 92).

Adoptando este critério mais amplo, nos Acórdãos 24 de abril de 2012 (processo n.º 424/05.7TYVNG.P1.S1) e 26 de fevereiro de 2015 (processo n.º 1288/05.6TYLSB.L1.S1), o STJ afirmou que “o acto de concorrência é aquele que é idóneo a atribuir, em termos de clientela, posições vantajosas no mercado.”. Ou seja, “a concorrência é um tipo de comportamento: diferentes agentes económicos competem pela realização de planos e interesses individuais que, nalguma medida, não são compatíveis.”. A relação de concorrência deixa, desta forma, de coincidir com a posição de vantagem relativa, face a uma clientela comum, invocada no referido Acórdão de 29 de setembro de 2010 (processo n.º 235/05.0TYLSB.L1.S1), que traduz ainda uma manifestação do conceito de proximidade entre as actividades desenvolvidas, fundada na necessidade de evitar o desvio de clientela alheia.

Não obstante a adopção de um critério mais amplo, a doutrina e a jurisprudência continuam a fazer depender o âmbito de aplicação da disciplina da Concorrência Desleal da existência de uma relação de concorrência entre os agentes económicos, que não tem correspondência directa com a alusão ao acto de concorrência no n.º 1 do artigo 317.º do CPI.

No direito comparado, foi sobretudo no quadro do modelo social que começou a verificar-se a designada “crise da relação de concorrência” (ver FONT GALÁN, 1986/1987, p. 246). Entendida como disciplina de comportamentos, e já não como instrumento de

protecção dos interesses privados dos concorrentes, a Concorrência Desleal passa a assentar numa conduta objectivamente apta para produzir efeitos perceptíveis no mercado, o que não coincide apenas com a influência nas posições relativas dos vários agentes económicos. Neste sentido, a opção legislativa adoptada na UWG suíça de 1986, na LCD espanhola de 1991, e na UWG alemã de 2004, prescinde da relação de concorrência entre os sujeitos activo e passivo. Assim se justifica também a legitimidade reconhecida aos consumidores. Em Portugal, alguns autores reconhecem igualmente que o comportamento desleal relevante pode não ser um acto de uma empresa em relação a outra concorrente (SEDIM, 1981/1986, p. 15).

A superação da abordagem tradicional manifesta-se ainda na jurisprudência que identifica o âmbito de aplicação da Concorrência Desleal com um acto de intervenção no mercado. Neste sentido, no Acórdão de 18 de novembro de 1997 (processo n.º 97A692), relativo à imitação servil de máquinas de cortar azulejos, o STJ tinha já afirmado que “é sempre necessário uma actividade concorrencial, medida através de um critério de mercado, que se projecte no público, procurando influir sobre a clientela.”. O comportamento relevante é a final o acto cujos efeitos se projectam de forma material e efectiva na concorrência. Excluem-se, por esta via, todos aqueles que se esgotam na organização interna do comerciante, como a estruturação empresarial ou a contratação de trabalhadores.

Ou seja, o âmbito de aplicação da Concorrência Desleal coincide agora com o acto de intervenção no mercado, pelo que a proibição passa a abranger também os comportamentos dos profissionais que se dirigem aos consumidores, deixando de depender da existência de uma economia de mercado. Ao contrário do que resultava da concepção tradicional, no quadro dos actos de engano – que constituem uma das modalidades típicas de Concorrência Desleal mais vocacionadas para a protecção dos consumidores – importa reconhecer que pode estar em causa o comportamento de um agente económico monopolista. Sendo axiologicamente semelhante, este comportamento merece ainda a censura do ordenamento jurídico. Em matéria de aproveitamento da reputação, o mesmo entendimento funda, no sistema francês, a abordagem unitária da concorrência parasitária (*concurrency parasitaire*) e dos procedimentos parasitários (*agissements parasitaires*), que não dependem da existência de uma clientela comum (BURST, 1993, p. 177).

A alusão ao acto de concorrência no n.º 1 do artigo 317.º do CPI deixa então de depender da tradicional coincidência necessária com a relação de concorrência, passando a traduzir um acto de intervenção no mercado. Associada à emergência de uma nova estrutura económica, esta reconfiguração do âmbito de aplicação da Concorrência Desleal decorre do afastamento da abordagem tradicional que identifica a disciplina com um instrumento

de protecção contra o desvio de clientela alheia, passando a visar também os interesses dos consumidores.

4.2 Critério Normativo: o Princípio Geral de Boa Fé

Ao nível do critério normativo, a influência resultante da aprovação do regime jurídico das Práticas Comerciais Desleais tem contribuído igualmente para a superação da abordagem corporativa e subjectiva dominante em sede de Concorrência Desleal. A alínea *h* do artigo 3.º do DL n.º 57/2008, de 26 de março, define a diligência profissional como “padrão de competência especializada e de cuidado que se pode razoavelmente esperar de um profissional nas suas relações com os consumidores, avaliado de acordo com a prática honesta de mercado e/ou o princípio geral de boa fé no âmbito da actividade profissional.”. Assim, integram complementarmente o conceito de diligência profissional a prática honesta de mercado, equivalente ao disposto no n.º 1 do artigo 317.º do CPI, e o princípio geral de boa fé, que vinha sendo adoptado por alguns sistemas nacionais, como resulta precursoramente do artigo 1.º da UWG suíça de 1943 e do artigo 2.º da UWG suíça de 1986 (“*règles de la bonne foi*”) e do artigo 5.º da LCD espanhola de 1991 (“*exigencias de la buena fe*”).

Entre nós, a boa fé encontra-se especialmente prevista no contexto da responsabilidade pré-contratual (artigo 227.º do Código Civil) e do cumprimento das obrigações (artigo 762.º, n.º 2 do Código Civil), bem como a propósito da integração da declaração negocial (artigo 239.º do Código Civil) e das condições de admissibilidade da resolução ou modificação do contrato por alteração das circunstâncias (artigo 437.º do Código Civil). Porém, o seu âmbito de aplicação abrange todos os comportamentos juridicamente relevantes.

O princípio geral de boa fé expressa a confiança legítima de todos os sujeitos que participam no mercado relativamente às actuações concorrenciais. Neste sentido, traduz uma regra de conduta de conteúdo objectivo que resulta da tentativa de procurar o critério normativo da Concorrência Desleal no interior do próprio sistema e já não em “padrões sociais de comportamento” ou “padrões extrajurídicos de conduta”. A boa fé convoca a necessidade de recurso a um conjunto de normas jurídicas e a uma adequada ponderação dos interesses em causa – onde se incluem os interesses dos consumidores – permitindo superar a abordagem corporativa estritamente orientada para a garantia das posições adquiridas pelos agentes económicos.

Nos citados Acórdãos de 12 de fevereiro de 2008 (processo n.º 07A4618) e 17 de junho de 2010 (processo n.º 806/03.TBMGR.C1.S1), em que reconheceu a protecção dos

consumidores no quadro da Concorrência Desleal, o STJ aplicou igualmente o princípio geral de boa fé como critério normativo, abandonando então o recurso à ética comercial. E, mais recentemente, no Acórdão de 7 de maio de 2015 (processo n.º 2443/09.5TBCLD.L1.S1), apesar de aludir a “comportamentos eticamente reprováveis”, afirmou também que importa não defraudar “as legítimas expectativas dos agentes económicos envolvidos no mercado.”.

Por fim, para além de permitir superar a abordagem corporativa dominante no ordenamento jurídico nacional, a vocação expansiva do princípio geral de boa fé tem a vantagem de, em conformidade com a interpretação funcional da Concorrência Desleal, estender a tutela a situações novas, nomeadamente, no quadro do comércio electrónico. Da necessidade de atender a interesses alheios aos concorrentes e do recurso ao princípio geral de boa fé decorre ainda a objectivação da proibição de actos desleais, que se manifesta na irrelevância genérica da intenção do agente, hoje maioritariamente aceite. Esta dimensão objectiva da Concorrência Desleal verifica-se especialmente no domínio da recusa de registo de sinais distintivos.

4.3 O Caso Especial da Recusa de Registo de Sinais Distintivos

O n.º 4 do artigo 187.º do CPI de 1940 e a alínea *d* do n.º 1 do artigo 25.º do CPI de 1995 previam como fundamentos da recusa da patente, depósito ou registo “o reconhecimento de que o requerente pretende fazer concorrência desleal ou que esta é possível independentemente da sua intenção.”.

Esta tutela preventiva contra actos desleais resulta actualmente do n.º 3 do artigo 73.º, relativo às patentes; do n.º 3 do artigo 137.º, relativo aos modelos de utilidade; do n.º 3 do artigo 161.º, relativo às topografias de produtos semicondutores; do n.º 5 do artigo 197.º, relativo aos desenhos e modelos; da alínea *e* do n.º 1 do artigo 239.º, relativa às marcas; da alínea *e* do n.º 1 do artigo 304.º-I, relativa aos logótipos; e da alínea *g* do artigo 308.º, relativa às denominações de origem e indicações geográficas. Sendo suscitada sobretudo a propósito do registo de sinais distintivos, a recusa com fundamento na possibilidade de Concorrência Desleal está na origem de uma ampla jurisprudência do STJ, especialmente em matéria de actos de confusão. Ou seja, importa impedir que o requerente venha a praticar “actos susceptíveis de criar confusão com a empresa, o estabelecimento, os produtos ou os serviços dos concorrentes, qualquer que seja o meio empregue.”, de acordo com a alínea *a* do n.º 1 do artigo 317.º do CPI.

Ora, esta jurisprudência começou também por assentar numa concepção estrita dos próprios actos de confusão, que coincide com o âmbito de aplicação da disciplina no

quadro do modelo profissional. No Acórdão de 7 de janeiro de 1958 (processo n.º 57218), que admitiu o registo do nome *Ceres* para um estabelecimento de padaria com venda ao público, por se tratar de uma actividade económica distinta da moagem sem venda ao público, o STJ considerou que “o elemento fundamental da concorrência é a identidade das actividades económicas.”. Recusando atender a uma eventual expansão, afirmou que “o julgamento tem que assentar no que é e não no que pode vir a ser.”. Posteriormente, no Acórdão de 12 de março de 1965 (processo n.º 60500), a propósito da marca *T.V.* concedida à *Têxtil Vimaranense, Limitada*, sendo já titular da mesma a *Simões e Companhia*, o STJ reiterou que o registo não deve ser recusado por manifesta falta de afinidade entre as actividades económicas, dado que “a clientela de tecidos é diferente da de artigos de vestuário já confeccionados.”. E, mais tarde, no Acórdão de 21 de maio de 1981 (processo n.º 69296), relativo à marca *Vincel*, que “a identidade, semelhança ou afinidade, deve ser apreciada considerando-se a utilidade e finalidade dos produtos, a possibilidade de concorrência no mercado.”. O STJ funda esta decisão no facto de as “fibras têxteis em bruto” e os “fios e linhas” não terem a mesma utilidade e finalidade dos “tecidos e artigos de vestuário”.

No mesmo sentido, no Acórdão de 5 de dezembro de 1990 (processo n.º 79712), sobre a confusão com o título do programa televisivo *Primeira Página*, o STJ considerou não existir concorrência desleal “dada a impossibilidade de confundir actividades da Radiotelevisão portuguesa e de um semanário, embora ambas sejam empresas de comunicação social, mas uma é imprensa escrita, outra audiovisual.”. E, no Acórdão de 7 de maio de 1996 (processo n.º 088115), apesar de a expressão *Romeira* ser comum a várias marcas em confronto (*Romeira*, da recorrida e *Quinta da Romeira* e *Quinta da Romeira de Cima*, da recorrente), afastou a susceptibilidade de confusão “pois a marca da recorrida só abrange vinho tinto e as da recorrente vinho branco de região demarcada. Qualquer consumidor, ainda que analfabeto, quer pela cor do vinho que lhe servem, quer pela diferença gráfica e até fonética das marcas, logo as pode distinguir.”.

Estava em causa, nesta primeira fase, estritamente uma distinção entre produtos, assente nos conceitos tradicionais de identidade, substituição e complementaridade. Esta distinção era especialmente relevante no confronto com os serviços, como resulta do Acórdão de 10 de dezembro de 1997 (processo n.º 771/97), relativo à confusão entre marcas contendo a palavra *ticket*, quando o STJ afirmou que a “identidade ou similitude é difícil ou mesmo impossível de existir entre um produto e um serviço.”.

Adoptando uma concepção tributária da visão corporativa e subjectiva, o STJ começou por recorrer maioritariamente, a propósito da tutela preventiva contra actos desleais, ao

argumento da diversidade de clientela, para afastar a recusa de registo de sinais distintivos. No entanto, a tendência para a diversificação da actividade económica desenvolvida pelos profissionais e o enquadramento do risco de associação nos actos de confusão viriam a justificar o alargamento da protecção contra a susceptibilidade de Concorrência Desleal. Importava dar resposta a situações como a que esteve na origem do paradigmático caso *Air France*, que opunha os sectores do transporte aéreo e dos brinquedos. No Acórdão de 21 de março de 1961 (processo n.º 58408), o STJ acautelou precursoramente a utilização de uma marca de prestígio em produtos não idênticos ou afins, uma vez que “embora diversas as actividades em determinada época, podem as mesmas vir a ser posteriormente iguais.”. Ou seja, a susceptibilidade de Concorrência Desleal deve determinar a “recusa do registo de insígnia de estabelecimento que imite ou reproduza a insígnia usada universalmente por outro estabelecimento da mesma ou diferente actividade”.⁸

A jurisprudência passa, então, a tutelar o interesse do concorrente à possibilidade de alargamento da sua actividade a outros sectores. Esta orientação foi seguida, nomeadamente, no Acórdão de 30 de maio de 1995 (processo n.º 087023), relativo à introdução de nome de estabelecimento alheio na firma de uma sociedade comercial. Mas o argumento viria a ser recusado no Acórdão de 10 de outubro de 2002 (processo n.º 02B2285), face à confusão entre a marca *Natura* e a mesma denominação social, respectivamente para águas minerais e produtos aromáticos, que se limita a considerar a actividade desenvolvida “no momento da apreciação do pedido de registo” e não “as que abstractamente possam vir a ser exercidas.”.

Igualmente decisivo para efeitos do alargamento da protecção contra a susceptibilidade de Concorrência Desleal no quadro da recusa de registo de sinais distintivos foi o risco de confusão quanto à proveniência dos produtos ou serviços. Por influência comunitária, o conceito de risco de confusão não incide hoje apenas sobre a identidade do produto ou serviço decorrente do recurso ao mesmo sinal distintivo (confusão directa ou imediata) mas também sobre a origem empresarial (confusão indirecta ou mediata) e a existência de uma relação económica ou jurídica entre os agentes económicos (confusão em sentido amplo). Ao atender a este conceito amplo de confusão, a relação de concorrência deixa de depender estritamente da identidade, substituição e complementaridade.

⁸ Contra, COELHO (1962, p. 12) afirma que “não se concebe a concorrência entre estabelecimentos em que se exercem actividades diferentes.”.

Este fundamento foi invocado pelo STJ no Acórdão de 1 de julho de 1969 (processo n.º 62670), relativo às marcas de refrigerantes *one up* e *seven up*, dado que “a primeira foi claramente inspirada na segunda e terá como efeito inevitável a confusão ou o erro do consumidor, assim levado a supor que se trata de refrigerantes produzidos pelo mesmo industrial ou por concessão dele.”. E, no domínio dos serviços, no Acórdão de 26 de abril de 2001 (processo n.º 01B721), a propósito da confusão entre as marcas *Traffic* e *Traffic Europe* para serviços relacionados com a conservação da fauna selvagem e a marca *T-Traffic Fleet* para serviços de programação informática, oportunidade em que o STJ reiterou a necessidade de atender a um conceito amplo de confusão, sempre que “o público considere que há identidade de origem ou proveniência dos produtos ou serviços a que os sinais se destinam.”.

O risco de associação tem relevância crescente, uma vez que, como resulta do Acórdão de 10 de maio de 2007 (processo n.º 07B974), “numa economia global, cada vez mais os produtos se impõem e merecem a escolha do consumidor em função da sua origem produtiva, por oferecerem a garantia de que foram fabricados sob o controlo de determinada empresa.”. No entanto, o STJ considerou que “dadas as diferenças notórias entre as duas marcas e a natureza dos potenciais clientes dos produtos das duas marcas, o consumidor medianamente atento diferenciará claramente os produtos das duas marcas, não o levando a associar o calçado da marca *Gianfranco Ferre* ao da marca *Ferre*.”.

O STJ não atendeu, neste caso, a um eventual aproveitamento da reputação, como sucede frequentemente face às marcas de prestígio. Assim, no Acórdão de 3 de abril de 2003 (processo n.º 03B540), relativo ao registo da marca *Boss* para tabaco, cigarros, cigarrilhas, conjuntos para fumadores e fósforos, considerando a confusão com a marca *Hugo Boss* para vestuário, o STJ afirmou que

resulta inegável o risco de associação da marca de tabaco registada com as marcas internacionais primeiro registadas; do conseqüente – mesmo se não intencional – benefício parasitário, isto é, de que, propiciada confusão do consumidor quanto à origem dos produtos, a recorrente tire partido indevido do prestígio dessas marcas; ou de que haja prejuízo desse prestígio, ou de banalização ou diluição do poder apelativo desse sinal.

E, no Acórdão de 13 de maio de 2003 (processo n.º 03A1134), relativo ao registo da marca *Nike* para produtos de limpeza, cosméticos e perfumes, atenta a confusão com a marca *Nike* para calçado desportivo, que a protecção da marca de prestígio

está teleologicamente dirigida a prevenir um risco de associação que levaria a que se tirasse partido do carácter distintivo da marca assim protegida. Tal

risco de associação existe nos casos em que, sabendo embora que está perante produtos diferentes, o consumidor é levado a pensar que alguma coisa eles têm a ver um com o outro, retirando de tal convicção uma ideia positiva quanto à proveniência e às qualidades ou características do produto que assim beneficia da reputação do outro.

Ou seja, “o uso do sinal *Nike* pela recorrida seria susceptível de fazer crer na existência de uma conexão comercial entre os seus produtos e o titular da marca.”.

Neste contexto, o STJ chegou a identificar a reputação decorrente da publicidade realizada e do nível de qualidade dos produtos ou serviços, como factor determinante das decisões económicas dos consumidores. Este entendimento resulta, nomeadamente, do Acórdão de 3 de março de 2001 (processo n.º 01A053), que recusou o registo da marca *Bobby Jones* para serviços de bar, hotelaria e restaurantes, tendo reconhecido que

dada a especificidade do nome e a sua ligação ao desporto, designadamente ao golfe, com a amplitude de produtos e serviços que, directa ou indirectamente, abrange, é natural que o consumidor médio seja levado a pensar que serviços de hotelaria e o desporto em si estão ligados, provindo da mesma empresa. Essa confusão frustraria as expectativas que a recorrida possa ter de alargar a sua actividade a novos sectores, beneficiando do prestígio que, porventura, lhe possa ter trazido a comercialização dos artigos de desporto com o recurso à marca em causa.

Daqui decorre que, fora do quadro do artigo 242.º do CPI relativo à protecção das marcas de prestígio em sede de recusa de registo, a tutela da reputação económica deve continuar a ter lugar independentemente da existência de uma relação de concorrência entre os sujeitos, à semelhança do que resulta também da abordagem unitária das hipóteses de parasitismo económico no sistema francês. Ora, na alínea *c* do n.º 1 do artigo 317.º do CPI, para efeitos da proibição de actos parasitários, o legislador dispensou a alusão aos concorrentes, fazendo incidir o aproveitamento da reputação, mais amplamente, sobre “um nome, estabelecimento ou marca *alheios*”.

Em suma, ainda que o STJ continue frequentemente a afirmar que está em causa o desvio de clientela alheia em que assenta o modelo profissional, a tutela preventiva contra actos desleais decorrente da recusa de registo de sinais distintivos visa hoje também os consumidores, em conformidade com o princípio de dupla protecção. Na verdade, a evolução verificada na jurisprudência permite concluir que a própria garantia da possibilidade de expandir a actividade a outros sectores redundava na tutela contra o risco de confusão quanto à proveniência dos produtos ou serviços que, enquanto modalidade típica de Concorrência Desleal abrangida pelo conceito de engano em sentido amplo,

protege apenas reflexamente o interesse dos concorrentes à diferenciação no mercado. Acresce que a lesão da reputação dos profissionais afecta igualmente o exercício da liberdade de escolha dos consumidores, sobretudo num contexto de excesso de oferta, onde a garantia de confiança constitui um factor determinante das decisões económicas.

Por fim, esta tutela preventiva pode visar também os fornecedores, como reconheceu o STJ no Acórdão de 15 de março de 2005 (processo n.º 05A196), relativo à confusão com o nome de estabelecimento *Óptica Havaneza Eborense*.

5 A PROTECÇÃO DE OUTROS SUJEITOS

Ao incidir sobre os meios utilizados pelos profissionais, a proibição de actos desleais aplica-se no contexto do exercício de uma actividade económica genericamente admitida. A disciplina da Concorrência Desleal, de conteúdo marcadamente valorativo em função do que resulta da cláusula geral, distingue-se da concorrência ilícita, que integra casos de proibição ou restrição ao próprio exercício da actividade económica. Enquanto mecanismo evolutivo de protecção de interesses privados, que abrange hoje não só os concorrentes mas também os consumidores, a Concorrência Desleal coincide com a dimensão extracontratual das relações de mercado.

Assim, não abrange, designadamente, a violação da cláusula implícita de não concorrência que integra o contrato de trespasse de estabelecimento comercial, como resulta do Acórdão do STJ de 13 de março de 2007 (processo n.º 06A4523), segundo o qual

constitui concorrência ilícita a captação de clientela do estabelecimento trespassado pelo trespasante. O fundamento jurídico da obrigação de não concorrência encontra-se na norma do artigo 879.º alínea b conjugada com o princípio fundamental da boa fé fixado no artigo 762.º n.º 2, ambos do Código Civil. Comete ilícito contratual por violação da obrigação de não concorrência o dono duma pastelaria, confeitaria e café que cerca de oito meses após o respectivo trespasse abre na mesma rua, a cerca de trezentos metros de distância, um estabelecimento dedicado ao mesmo ramo de negócio e nele continua a utilizar o número do telefone da pastelaria trespassada.

Desta forma, o STJ afasta a qualificação como acto desleal realizada pelo Tribunal da Relação de Guimarães.

Na protecção de outros sujeitos, frequentemente abrangida pela disciplina da Concorrência Desleal enquanto mecanismo evolutivo de garantia de interesses privados nas relações de mercado, aborda-se em especial o problema dos trabalhadores e dos gerentes ou administradores de sociedades comerciais.

5.1 O Problema dos Trabalhadores

Segundo o disposto na alínea *f* do n.º 1 do artigo 128.º do Código do Trabalho, o trabalhador deve “guardar lealdade ao empregador, nomeadamente não negociando por conta própria ou alheia em concorrência com ele, nem divulgando informações referentes à sua organização, métodos de produção ou negócios”. A norma integra um dever acessório autónomo da prestação principal, fundado na relação de confiança entre as partes, que restringe a liberdade do trabalhador, atenta à necessidade de protecção do empregador contra os actos susceptíveis de lesar os seus interesses, nomeadamente, mediante desvio de clientela.

Este dever de lealdade do trabalhador coincide a final com o dever geral de cumprimento pontual dos contratos, enunciado no n.º 2 do artigo 762.º do Código Civil, não se confundindo com a proibição de actos desleais prevista nos artigos 317.º e 318.º do CPI, de natureza extracontratual (ver, entre outros, RAMALHO, 2006, p. 357; GOMES, 2007, p. 532-533).

Ora, a jurisprudência tende a identificar a violação do dever de lealdade do trabalhador com a Concorrência Desleal. No Acórdão de 22 de março de 2007 (processo n.º 06S4609), o STJ afirmou que “a concorrência desleal praticada no local de trabalho, dentro do horário de trabalho e com recurso aos equipamentos da entidade empregadora constitui justa causa de despedimento.”. No Acórdão de 12 de setembro de 2012 (processo n.º 492/08.0TTLMG), considerou igualmente que a participação do trabalhador em sociedade com objecto social idêntico ao da entidade patronal é “susceptível de configurar concorrência desleal.”. E, mais recentemente, no Acórdão de 9 de setembro de 2015 (processo n.º 477/11.9TTVRL), que “a capacidade profissional, as aptidões do trabalhador e os seus conhecimentos devem ser colocados ao serviço da entidade patronal por força do contrato de trabalho celebrado”, sob pena de integrar Concorrência Desleal.

No entanto, a violação do dever de lealdade do trabalhador constitui uma modalidade de concorrência ilícita, que incide sobre o próprio exercício da actividade económica, proibindo-a ou restringindo-a. Não deve, por isso, ser confundida com a Concorrência Desleal, ainda que subsistam algumas semelhanças ao nível do regime jurídico, sobretudo se o pressuposto do acto de concorrência enunciado no n.º 1 do artigo 317.º do CPI for entendido no sentido de limitar a aplicabilidade da disciplina às actividades desenvolvidas no mesmo sector, uma vez que também relativamente ao trabalhador não deve ser proibida a situação de pluriemprego, a não ser que as partes tenham estipulado uma cláusula de exclusividade.

A alusão à lealdade na alínea *f* do n.º 1 do artigo 128.º do Código do Trabalho coincide com um dever de origem contratual, fundado na relação de confiança entre as partes, como demonstra desde logo o facto de não persistir após a extinção do vínculo laboral, excepto havendo pacto de não concorrência, segundo a posição adoptada pela doutrina nacional (ver MOTA, 2015, p. 80-157). Neste sentido, pronunciou-se também o STJ no Acórdão de 14 de dezembro de 1994 (processo n.º 085741), relativo ao exercício de actividade pelo trabalhador numa empresa concorrente quatro meses após a cessação do contrato. Uma vez extinto o vínculo laboral, pode o trabalhador vir a praticar um dos actos desleais previstos nos artigos 317.º e 318.º do CPI relativamente ao seu anterior empregador, que assume agora a qualidade de concorrente. Assim, como o STJ reconheceu no Acórdão de 17 de fevereiro de 2009 (processo n.º 08A3836), a propósito das regras de competência material dos Tribunais,

terminado o contrato de trabalho, o trabalhador readquire a sua plena liberdade de trabalho e de empresa, podendo, por conseguinte, iniciar, lícitamente, uma nova actividade, por conta própria ou alheia, directamente concorrente com o seu anterior empregador, mas sempre dentro dos limites legais impostos pela proibição da concorrência desleal.

Em suma, a disciplina da Concorrência Desleal, de natureza extracontratual, não visa à protecção do empregador na relação com o trabalhador, pelo que algumas decisões apenas se podem justificar atenta a confusão terminológica gerada pela alínea *f* do n.º 1 do artigo 128.º do Código do Trabalho.

5.2 O Problema dos Gerentes ou Administradores de Sociedades Comerciais

Nos termos da alínea *b* do n.º 1 do artigo 64.º do Código das Sociedades Comerciais, os gerentes ou administradores devem observar “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.”.

À semelhança do que se verifica na hipótese dos trabalhadores, a violação destes deveres de lealdade no quadro das sociedades comerciais integra uma modalidade de concorrência ilícita, na medida em que pode potenciar situações de prejuízo do interesse social, nomeadamente quando os gerentes ou administradores aproveitam em benefício próprio eventuais oportunidades de negócio. Como manifestação desta norma, os gerentes ou administradores ficam especialmente impedidos de exercer, por conta própria ou alheia, excepto mediante autorização dos sócios, actividade concorrente com a da sociedade,

segundo o disposto no n.º 1 do artigo 254.º aplicável às sociedades por quotas e do n.º 3 do artigo 398.º aplicável às sociedades anónimas.

Ora, estes deveres de lealdade visam sobretudo a protecção do interesse social, como interesse comum aos sócios enquanto tais, que parece prevalecer sobre os restantes interesses igualmente elencados pelo legislador (ABREU, 2016, p. 279). Subjacente à relação de confiança existente entre a sociedade comercial e os seus gerentes ou administradores, a obrigação de não concorrência assenta na necessidade de prosseguir o fim estabelecido no contrato. Segundo a posição maioritariamente defendida pela doutrina italiana, a proibição visa evitar um potencial conflito de interesses, que afaste o gerente ou administrador da realização do interesse social (MINERVINI, 1956, p. 195). E, ao contrário do que se verifica na disciplina da Concorrência Desleal, determina a ilicitude do próprio exercício da actividade económica, podendo ter como consequência a destituição com justa causa.

No Acórdão de 30 de setembro de 2014 (processo n.º 1195/08.0TYLSB.L1.S1), relativo ao ramo da restauração, o STJ afirmou que

para que haja concorrência desleal – proibida no artigo 254.º n.º 1 do Código das Sociedades Comerciais – não se exige que a actividade concorrente, exercida pelo também gerente de outra sociedade, deva ser coincidente com a exercida pela *sociedade protegida*, previamente exercente dessa actividade: basta que essa actividade seja similar à da sociedade protegida e possa com ela, mormente, pela sua actuação e situação geográfica, concorrer de modo a causar desvio de clientela.

Reitera igualmente que

a lei não proíbe a concorrência, sob pena de coarctar o direito de livre estabelecimento e de iniciativa privada que têm tutela constitucional – artigos 47.º e 61.º da Lei Fundamental; proíbe, sim, a concorrência desleal, violadora do dever de lealdade, que é a que um sujeito de direito exerce de modo a afectar, à margem da lei, os saudáveis princípios da concorrência.

Porém, já no Acórdão de 5 de dezembro de 1995 (processo n.º 087223), a propósito da destituição de gerente decorrente do exercício de actividade concorrente com a da sociedade, o STJ tinha reconhecido que

a concorrência em causa nos autos, não é uma típica concorrência desleal tal como vem definida no Código da Propriedade Industrial, nem tem que o ser, porque há outros domínios em que a concorrência se desdobra como as restrições negociais da concorrência, a liberdade ou a proibição da concorrência, que não necessariamente desleal.

A distinção foi igualmente defendida no acórdão de 18 de abril de 2006 (processo n.º 06A745).

Importa referir que apenas estão em causa actividades concorrentes, em função do que decorre da cláusula do contrato de sociedade relativa ao objecto social, bem como do seu exercício efectivo. Na ausência deste exercício efectivo, não se verifica o potencial conflito de interesses que o legislador pretendeu prevenir (por todos, MARTINS, 1996, p. 329).

6 A GARANTIA DO INTERESSE PÚBLICO: CONCORRÊNCIA DESLEAL E DEFESA DA CONCORRÊNCIA

A Defesa da Concorrência tem sobretudo objectivos de política económica, que visam assegurar os fundamentos do sistema de economia de mercado, como a liberdade de acesso ao mercado e a liberdade de consumo, articulados com finalidades económicas mais concretas, por exemplo, o fomento do emprego, a estabilidade monetária e o crescimento económico. A preocupação com a defesa da concorrência, que se fez sentir em Portugal especialmente a partir dos anos 80 do século XX, representa uma mudança de perspectiva do papel do Estado face ao fenómeno concorrencial, que passa a coincidir com o enquadramento da liberdade de comércio e indústria como liberdade regulada.⁹ Neste sentido, a Defesa da Concorrência assenta em regras relativas às estruturas de mercado ou a condutas com efeitos sobre o mercado e funda-se na incumbência do Estado ao nível da garantia do “funcionamento eficiente dos mercados, de modo a garantir a equilibrada concorrência entre as empresas, a contrariar as formas de organização monopolistas e a reprimir os abusos de posição dominante e outras práticas lesivas do interesse geral”, prevista na alínea *f* do art. 81.º da CRP.

Assim, a Lei da Concorrência, aprovado pela Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, proíbe as práticas que visam “impedir, falsear ou restringir de forma sensível a concorrência” – em especial, acordos, práticas concertadas e decisões de associações de empresas (art. 9.º), abuso de posição dominante (art. 11.º) e abuso de dependência económica (art. 12.º) – e sujeita a notificação prévia algumas operações de concentração de empresas “com o objectivo de determinar os seus efeitos sobre a estrutura da concorrência, tendo em conta a necessidade de preservar e desenvolver, no interesse dos consumidores intermédios e finais, a concorrência efectiva no mercado nacional.” (art. 41.º).

Já o regime jurídico das Práticas Individuais Restritivas do Comércio, aprovado pelo DL n.º 166/2013, de 27 de dezembro, visa, nos termos do respectivo Preâmbulo, “a transparência

⁹ Sobre a evolução e o conteúdo do Direito da Concorrência em Portugal, MATEUS (2006).

nas relações comerciais e o equilíbrio das posições negociais entre agentes económicos”, regulando as relações verticais no sector da distribuição, especialmente através de mecanismos de tutela dos pequenos retalhistas. O diploma regula, designadamente, a transparência nas políticas de preços e de condições de venda (art. 4.º) e proíbe, entre outros, os preços ou condições de venda discriminatórios (art. 3.º), a venda com prejuízo (art. 5.º), a recusa de venda (art. 6.º) e as práticas negociais abusivas (art. 7.º). Na medida em que se aplica apenas quando não esteja em causa uma afectação sensível da concorrência, uma parte da doutrina afasta este regime jurídico do direito da concorrência, apesar de reconhecer que as práticas individuais restritivas do comércio violam os fundamentos da economia de mercado (GORJÃO-HENRIQUES, 2014, p. 30).

Ora, o modelo profissional de Concorrência Desleal foi sendo progressivamente abandonado em alguns sistemas de direito comparado a partir do segundo quartel do século XX. No ordenamento jurídico alemão, ainda à luz da UWG de 1909, a doutrina e a jurisprudência reconheceram a existência de uma visão integrada de interesses, que a par da protecção dos concorrentes e dos consumidores, atendia ainda ao interesse público no regular funcionamento do mercado (ULMER, 1937, p. 771).

Este modelo social de Concorrência Desleal viria a ser expressamente enunciado na UWG suíça de 1986, na LCD espanhola de 1991 e na UWG alemã de 2004. Segundo a referida classificação dos actos desleais em função da titularidade dos interesses protegidos, cabem designadamente naquela terceira categoria a exploração da dependência económica prevista nos n.º 2 e 3 do artigo 16.º da LCD espanhola de 1991 e a obstrução dos concorrentes consagrada no n.º 4 do § 4 da UWG alemã de 2004.

Daqui decorre a tese da convergência (*Konvergenzthese*), que aborda conjuntamente a Concorrência Desleal e o regime jurídico das práticas restritivas da concorrência (ver, entre outros, SOSNITZA, 2006, p. 14). Neste contexto, a unidade sistemática de um Direito da Concorrência em sentido amplo não assenta apenas no objecto de protecção e na garantia do regular funcionamento do mercado, mas também em instrumentos operativos, como o n.º 2 do artigo 15.º da LCD espanhola de 1991 e o § 3a da UWG alemã de 2004, que, ao qualificarem como acto desleal a violação de normas destinadas a regular a actividade concorrencial, constituem um “mecanismo de fecho do sistema.” (Ver, na doutrina espanhola, SANCHEZ SOLE, 1996, p. 795). A deslealdade resulta agora da alteração da estrutura do mercado, visando garantir *a par conditio concurrentio*, que traduz a igualdade de condições da actuação dos agentes económicos. Mas o reconhecimento da diluição de fronteiras entre a Concorrência Desleal e a Defesa da Concorrência tem vindo a verificar-se igualmente no ordenamento jurídico italiano que, não consagrando de forma expressa a visão integrada de interesses, parece abandonar a

perspectiva estritamente corporativa na aplicação da cláusula geral do n.º 3 do artigo 2598.º do Código Civil.

Em Portugal, à semelhança do que se verifica no direito comparado, uma parte da doutrina defende que a proibição de actos desleais enunciada nos artigos 317.º e 318.º do CPI visa à tutela directa do regular funcionamento do mercado (LEITÃO, 1996, p. 54). De acordo com este entendimento, a disciplina teria como finalidade assegurar os postulados estruturais da concorrência económica. Ao abrigo da cláusula geral, chega a enunciar-se uma categoria de actos lesivos do interesse público no regular funcionamento do mercado, que abrangeria comportamentos restritivos da concorrência e outros comportamentos como as vendas com brindes, os abatimentos, os saldos e liquidações, as baixas de preços e as vendas com prejuízo (ASCENSÃO, 2002, p. 564).

Na jurisprudência nacional, verifica-se uma alusão precursora à garantia do interesse público no Acórdão do STJ de 29 de outubro de 1986 (processo n.º 38266). A propósito da utilização da marca de automóveis *Mercedes Benz* por uma oficina de reparação, qualificada como acto de confusão com os serviços oficiais da marca, o STJ afirmou que a disciplina da Concorrência Desleal visa defender “essencialmente, o interesse geral em que as relações mercantis se processam com lealdade.”

Posteriormente, também no Acórdão de 16 de dezembro de 1996 (processo n.º 580/96), que afasta a existência de confusão entre as denominações sociais *Totalpack* e *Tetra-Pack*, respectivamente, para o fabrico de embalagens e a sua comercialização, bem como no Acórdão de 17 de fevereiro de 1998 (processo n.º 110/98), relativo à Concorrência Desleal entre uma agência funerária trespassada e outra aberta pelo trespassante, o STJ fundou a “reação penal baseada no interesse geral da colectividade, operando a tutela do concorrente, como reflexo da tutela geral do interesse público ou, dito por outra forma, o legislador agarrou nos interesses concretos dos seus portadores e elevou-os para uma natureza colectiva, supra-individual.” E, no citado Acórdão de 10 de setembro de 2009 (processo n.º 359/09.4YFLSB), sobre os contactos estabelecidos com os clientes de um concorrente, na sequência da obtenção e utilização de ficheiros sem autorização, o STJ reconheceu estar em causa “a protecção do interesse geral que a lei considera como melhor forma de prossecução da actividade económica – o regular funcionamento do mercado.”

A garantia do interesse público surge nas decisões do STJ maioritariamente associada à opção pela criminalização da Concorrência Desleal prevista no artigo 213.º do CPI de 1940 e no artigo 269.º do CPI de 1995. A actual consagração do ilícito de mera ordenação

social no artigo 331.º do CPI resulta de uma mudança de paradigma de valoração reivindicada pela doutrina, enquadrando-se na tendência para contrariar o excesso de criminalização de determinadas condutas no domínio económico, que se tinha manifestado nos diplomas anteriores. No entanto, parece não corresponder necessariamente a uma protecção do interesse público.

Na verdade, não se encontra na jurisprudência nacional qualquer evolução no sentido de operar uma mudança de função da disciplina (*Funktionswandel*), como aconteceu no sistema alemão durante a vigência da UWG de 1909 e no sistema espanhol do artigo 87.º da *Ley de Marcas* de 1988, bem como mais recentemente no ordenamento jurídico italiano à luz do n.º 3 do artigo 2598.º do Código Civil. Neste contexto, importa referir que a alusão pontual à garantia do interesse público não corresponde a uma alteração do âmbito de aplicação da disciplina e dos respectivos critérios normativos. Acresce que, para além da recusa de registo de sinais distintivos, que incide especialmente sobre a tutela dos consumidores, as decisões do STJ em sede de Concorrência Desleal enquadram-se predominantemente na responsabilidade civil, para efeitos do disposto no artigo 483.º do Código Civil, com vista ao ressarcimento dos danos sofridos pelo concorrente lesado. Este recurso a mecanismos de tutela de natureza jusprivatista demonstra que a proibição de actos desleais continua a visar sobretudo a protecção de interesses privados.

Desta forma, a disciplina da Concorrência Desleal incide sobre o comportamento dos agentes económicos e não – ou, pelo menos, não directamente – sobre os postulados estruturais da concorrência económica. Ainda que a confiança no mercado seja complementarmente assegurada pela proibição de actos desleais, os artigos 317.º e 318.º do CPI visam sobretudo a protecção de interesses privados, devendo ser-lhes recusada a neutralidade axiológica que caracteriza o direito público económico. Ou seja, apesar da existência de factores de aproximação ao Direito da Concorrência e da necessidade de uma articulação casuística de ambas as disciplinas, a autonomia da dimensão juspublicista da disciplina da Concorrência Desleal deve continuar a ser recusada no ordenamento jurídico nacional. Se, por um lado, não se encontra prevista a terceira categoria de actos desleais, que abrange no modelo social os comportamentos restritivos da concorrência e lesivos do regular funcionamento do mercado, por outro lado, o legislador português não consagrou igualmente os referidos instrumentos operativos previstos no modelo social.

Na medida em que não pode considerar-se autonomamente protegido, o interesse público funciona apenas como parâmetro de valoração complementar dos interesses privados dos concorrentes e dos consumidores. Neste sentido, a Concorrência Desleal mantém-se fiel a uma perspectiva comportamental jusprivatista.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A reinterpretação da cláusula geral prevista no n.º 1 do artigo 317.º do CPI tem permitido o progressivo afastamento da visão corporativa e subjectiva tradicionalmente dominante em sede de Concorrência Desleal, associada à preocupação com o desvio de clientela alheia, que se revela desadequada face à emergência de uma nova estrutura do mercado, sobretudo no domínio do comércio electrónico. Assim, à semelhança do que se verificou, antes ainda de qualquer alteração normativa, na evolução para a visão integrada de interesses que caracteriza o modelo social, a jurisprudência do STJ enuncia também um princípio de dupla protecção, que abrange os interesses dos concorrentes e dos consumidores.

Na medida em que resulta historicamente dos problemas suscitados pelas próprias relações de mercado, a proibição de actos desleais constitui um mecanismo evolutivo de protecção dos interesses privados face aos meios utilizados pelos profissionais no exercício de uma actividade económica. Num contexto económico, social e tecnológico em constante mutação, a relevância da disciplina assenta na sua flexibilidade.

Para efeitos da delimitação do âmbito de aplicação, releva agora sobretudo o acto de intervenção no mercado, afastando-se progressivamente o recurso aos tradicionais critérios da identidade, substituição e complementaridade dos produtos ou serviços, bem como da coincidência temporal e espacial do exercício das respectivas actividades. Já relativamente ao critério normativo, apesar da opção predominante por um conteúdo deontológico, que remete os usos honestos para a ética comercial e faz coincidir a referência às normas também com “padrões sociais de comportamento” ou “padrões extrajurídicos de conduta”, a jurisprudência do STJ tende actualmente a invocar o princípio geral de boa fé e a protecção das legítimas expectativas dos agentes económicos envolvidos no mercado.

Segundo esta perspectiva comportamental jusprivatista, continua a ficar afastada da Concorrência Desleal a garantia autónoma do interesse público no regular funcionamento do mercado, que funciona apenas como parâmetro de valoração complementar dos interesses privados dos concorrentes e dos consumidores.

Assim, e considerando também a diversidade de fundamentos axiológicos, a disciplina da Concorrência Desleal, o regime jurídico das Práticas Comerciais Desleais, aprovado pelo DL n.º 57/2008, de 26 de março, e a Lei da Concorrência, aprovada pela Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, não parecem poder ser enquadrados numa disciplina única dos comportamentos de mercado.

REFERÊNCIAS

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. **Curso de direito comercial**. v. II. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2016.

AMORIM, Ana Clara Azevedo de. **A tutela da lealdade nas relações de mercado: a propósito do ilícito publicitário**. Coimbra: Almedina, 2017.

AMORIM, Ana Clara Azevedo de. **Parasitismo económico e direito**. Coimbra: Almedina, 2009.

ASCARELLI, Tullio. **Teoria della concorrenza e dei beni immateriali**. 3. ed. Milão: Giuffrè, 1960.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Concorrência desleal**. Coimbra: Almedina, 2002.

AVERITT, Neile; LANDE, Robert. Consumer sovereignty: a unified theory of antitrust and consumer protection law. In: **Antitrust Law Journal**, v. 65, n.º 1, p. 716 a 734, 1997.

BURST, Jean-Jacques. **Concurrence déloyale et parasitisme**. Paris: Dalloz, 1993.

CARVALHO, Orlando de. **Critério e estrutura do estabelecimento comercial**. v. I. Coimbra: [s. n.], 1967. Edição policopiada.

CHORÃO, Luís Bigotte. O conceito de concorrência desleal: evolução legislativa. In: ASCENSÃO, José de Oliveira et al (Org.). **Concorrência desleal**. Coimbra: Almedina, 1997. p. 165-180.

COELHO, José Gabriel Pinto. Anotação ao acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 21 de março de 1961. In: **Revista de Legislação e Jurisprudência**, ano 95, n.º 3.214, p. 8-13, 1962.

CORREIA, António Ferrer. **Estudos de direito civil, comercial e criminal**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1985.

EMMERICH, Volker. **Unlauterer wettbewerb**. 9. ed. Munique: C. H. Beck, 2012.

FONT GALÁN, Juan Ignacio. La crisis de la relación de competencia como presupuesto de aplicación de la cláusula general de la competencia desleal. In: **Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense**, Madrid, n.º 72, p. 231-254, 1986/1987.

GOMES, Júlio Manuel Vieira. **Direito do trabalho**: relações individuais de trabalho. v. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

GONÇALVES, Luís Couto. **Manual de direito industrial**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2015.

GORJÃO-HENRIQUES, Miguel. **Lei das práticas restritivas do comércio**: comentário. Coimbra: Almedina, 2014.

GLÖCKNER, Jochen. **Europäisches lauterkeitsrecht**. Munique: C. H. Beck, 2006.

HOWELLS, Geraint; MICKLITZ, Hans-Wolfgang; WILHELMSSON, Thomas. **European fair trading law**: the unfair commercial practices directive. Hampshire: Ashgate, 2006.

KÖHLER, Helmut; BORNKAMM, Joachim. **Gesetz gegen den unlauteren wettbewerb**. 31. ed. Munique: C.H. Beck, 2013.

LEITÃO, Adelaide Menezes. Estudo sobre os interesses protegidos e a legitimidade na concorrência desleal. In: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, Lisboa, v. XXXVII, n.º 1, 1996, p. 43-118.

LEITÃO, Adelaide Menezes. **Estudo de direito privado sobre a cláusula geral de concorrência desleal**. Coimbra: Almedina, 2000.

LIMA, José Lobo d'Ávila. **Da concorrência desleal**. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1910.

MAGALHÃES, Barbosa de. **Do estabelecimento comercial**: estudo de direito privado. Lisboa: Ática, 1951.

MARTINS, Alexandre Soveral. O exercício de actividades concorrentes pelos gerentes de sociedades por quotas. In: **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, v. LXXII, p. 315-343, 1996.

MATEUS, Abel. Sobre os fundamentos do direito e economia da concorrência. In: **Revista da Ordem dos Advogados**, ano 66, n. III, p. 1.067 a 1.079, dez. 2006.

MENÉNDEZ, Aurelio. **La competencia desleal**. Madrid: Civitas, 1988.

MINERVINI, Gustavo. **Gli amministratori di società per azione**. Milão: Giuffrè, 1956.

MOTA, Laura. **O dever de lealdade do trabalhador após a cessação do contrato de trabalho**. Coimbra: Almedina, 2015.

OHLY, Ansgar. **Richterrecht und generalklausel im recht des unlauteren wettbewerbs**. Colónia: Carl Heymanns, 1997.

OLAVO, Carlos. **Propriedade industrial**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2005.

PAIS, Sofia Oliveira. O critério do bem-estar dos consumidores no contexto da renovação do direito comunitário da concorrência. In: CRISTAS, Assunção et al. **Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida**. v. I. Coimbra: Almedina, 2011. p. 587 a 627.

PAÚL, Jorge Patrício. **Concorrência desleal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1965.

PAÚL, Jorge Patrício. Concorrência desleal e direito do consumidor. In: **Revista da Ordem dos Advogados**, ano 65, I, p. 89-108, junho de 2005.

PAZ-ARES, José Cândido. El ilícito concurrencial: de la dogmatica monopolista a la politica antitrust (un ensayo sobre el derecho aleman de la competencial desleal). In: **Revista de Derecho Mercantil**, Madrid, n.º 159, p. 7-147, jan.-mar. 1981.

PORTUGAL. Ministério da Justiça. Parecer. In: **Boletim do Ministério da Justiça**, Lisboa, n. 69, out. 1957.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Acórdão de 7 jan. 1958. Processo n.º 57218. In: **Boletim do Ministério da Justiça**, Lisboa, n.º 73, p. 636-642, fev. 1958.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Acórdão do STJ de 21 mar. 1961. Processo n.º 58408. In: **Boletim do Ministério da Justiça**, Lisboa, n.º 105, p. 651-654, abr. 1961.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Acórdão do STJ de 12 mar. 1965. Processo n.º 60500. In: **Boletim do Ministério da Justiça**, Lisboa, n.º 145, p. 393-395, abr. 1965.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Acórdão do STJ de 21 fev. 1969. Processo n.º 62578. In: **Boletim do Ministério da Justiça**, Lisboa, n.º 184, p. 310-313, mar. 1969.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Acórdão do STJ de 1.º jul. 1969. Processo n.º 62670. In: **Boletim do Ministério da Justiça**, Lisboa, n.º 189, p. 298-304, out. 1969.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Acórdão do STJ de 21 maio 1981. Processo n.º 69296. In: **Boletim do Ministério da Justiça**, Lisboa, n.º 307, p. 291-294, jun. 1981.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Acórdão do STJ de 29 out. 1986. Processo n.º 38266. In: **Boletim do Ministério da Justiça**, Lisboa, n.º 360, p. 362-370, nov. 1986.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Acórdão do STJ de 5 dez. 1990. Processo n.º 79712. In: **Boletim do Ministério da Justiça**, Lisboa, n.º 402, p. 567-582, jan. 1991.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Acórdão do STJ de 14 dez. 1994. Processo n.º 85741. Disponível em: <www.dgsi.pt>.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Acórdão do STJ de 30 maio 1995. Processo n.º 087023. Disponível em: <www.dgsi.pt>.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Acórdão do STJ de 26 set. 1995. Processo n.º 87043. In: **Boletim do Ministério da Justiça**, Lisboa, n.º 449, p. 365-373, out. 1995.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Acórdão do STJ de 5 dez. 1995. Processo n.º 087223. Disponível em: <www.dgsi.pt>.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Acórdão do STJ de 13 fev. 1996.

Processo n.º 87841. In: **Boletim do Ministério da Justiça**, Lisboa, n.º 454, p. 741-749, mar. de 1996.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Acórdão do STJ de 7 maio 1996. Processo n.º 088115. Disponível em: <www.dgsi.pt>.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Acórdão do STJ de 16 dez. 1996. Processo n.º 580/96. In: **Boletim do Ministério da Justiça**, Lisboa, n.º 462, p. 448-454, jan. de 1997.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Acórdão do STJ de 11 nov. 1997. Processo n.º 436/97. In: **Boletim do Ministério da Justiça**, Lisboa, n.º 471, p. 406-415, dez. 1997.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Acórdão do STJ de 18 nov. 1997. Processo n.º 97A692. Disponível em: <www.dgsi.pt>.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Acórdão do STJ de 10 dez. 1997. Processo n.º 771/97. In: **Boletim do Ministério da Justiça**, Lisboa, n.º 472, p. 507-514, jan. 1998.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Acórdão do STJ de 17 fev. 1998. Processo n.º 110/98. In: **Boletim do Ministério da Justiça**, Lisboa, n.º 474, p. 502-515, mar. 1998.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Acórdão do STJ de 3 mar. 2001. Processo n.º 01A053. Disponível em: <www.dgsi.pt>.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Acórdão do STJ de 26 abr. 2001. Processo n.º 01B721. Disponível em: <www.dgsi.pt>.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Acórdão do STJ de 10 out. 2002. Processo n.º 02B2285. Disponível em: <www.dgsi.pt>.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Acórdão do STJ de 11 fev. 2003. Processo n.º 02A4599. Disponível em: <www.dgsi.pt>.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Acórdão do STJ de 27 mar. 2003. Processo n.º 03B322. Disponível em: <www.dgsi.pt>.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Acórdão do STJ de 3 abr. 2003. Processo n.º 03B540. Disponível em: <www.dgsi.pt>.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Acórdão do STJ de 13 maio 2003. Processo n.º 03A1134. Disponível em: <www.dgsi.pt>.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Acórdão do STJ de 30 out. 2003. Processo n.º 03B2331. Disponível em: <www.dgsi.pt>.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Acórdão do STJ de 15 mar. 2005. Processo n.º 05A196. Disponível em: <www.dgsi.pt>.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Acórdão do STJ de 18 abr. 2006. Processo n.º 06A745. Disponível em: <www.dgsi.pt>.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Acórdão do STJ de 20 jun. 2006. Processo n.º 05A1454. Disponível em: <www.dgsi.pt>.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Acórdão do STJ de 13 mar. 2007. Processo n.º 06A4523. Disponível em: <www.dgsi.pt>.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Acórdão do STJ de 22 mar. 2007. Processo n.º 06S4609. Disponível em: <www.dgsi.pt>.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Acórdão do STJ de 10 maio 2007. Processo n.º 07B974. Disponível em: <www.dgsi.pt>.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Acórdão do STJ de 12 fev. 2008. Processo n.º 07A4618. Disponível em: <www.dgsi.pt>.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Acórdão do STJ de 5 fev. 2009. Processo n.º 08B3398. Disponível em: <www.dgsi.pt>.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Acórdão do STJ de 17 fev. 2009. Processo n.º 08A3836. Disponível em: <www.dgsi.pt>.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Acórdão do STJ de 10 set. 2009. Processo n.º 359/09.4YFLSB. Disponível em: <www.dgsi.pt>.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Acórdão do STJ de 17 jun. 2010. Processo n.º 806/03.TBMGR.C1.S1. Disponível em: <www.dgsi.pt>.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Acórdão do STJ de 29 set. 2010. Processo n.º 235/05.0TYLSB.L1.S1. Disponível em: <www.dgsi.pt>.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Acórdão do STJ de 24 abr. 2012. Processo n.º 424/05.7TYVNG.P1.S1. Disponível em: <www.dgsi.pt>.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Acórdão do STJ de 12 set. 2012. Processo n.º 492/08.0TTLMG. Disponível em: <www.dgsi.pt>.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Acórdão do STJ de 26 set. 2013. Processo n.º 6742/1999.L1.S2. Disponível em: <www.dgsi.pt>.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Acórdão do STJ de 21 jan. 2014. Processo n.º 4045/06.9TBVCT.G2.S1. Disponível em: <www.dgsi.pt>.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Acórdão do STJ de 30 set. 2014. Processo n.º 1195/08.0TYLSB.L1.S1. Disponível em: <www.dgsi.pt>.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Acórdão do STJ de 26 fev. de 2015. Processo n.º 1288/05.6TYLSB.L1.S1. Disponível em: <www.dgsi.pt>.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Acórdão do STJ de 7 maio de 2015. Processo n.º 2443/09.5TBCLD.L1.S1. Disponível em: <www.dgsi.pt>.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Acórdão do STJ de 9 set. 2015. Processo n.º 477/11.9TTVRL. Disponível em: <www.dgsi.pt>.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Acórdão do STJ de 6 jun. 2016. Processo n.º 429/12.1YHLSB.L1.S1. Disponível em: <www.dgsi.pt>.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Direito do trabalho**: situações laborais individuais. Parte II. Coimbra: Almedina, 2006.

SANCHEZ SOLE, Sergio. La violación de normas como acto de competencia desleal: comentario a la sentencia de la audiencia provincial de Valencia (Sección 6) de 21 de

marzo de 1994. In: **Revista General de Derecho**, Valência (Espanha), ano LII, n.º 625/626, p. 791-810, out.-nov. 1996.

SANTAGATA, Carlo. Le nuove prospettive della disciplina della concorrenza sleale. In: **Rivista di Diritto Commerciale**, ano LXIX, p. 141-210, 1971.

SCHÜNEMANN, Wolfgang. Unlauterkeit in der generalklauseln und interessenabwägung nach neuem UWG. In: **Wettbewerb in Recht und Praxis**, ano 50, n.º 8, agosto de 2004, p. 925-936.

SENDIM, Paulo. Uma unidade do direito de propriedade industrial? In: **Direito e Justiça**, v. II, p. 161-200, 1981/1986.

SOSNITZA, Olaf. Wettbewerbs- und kartellrecht. In: HEERMANN, Peter W. et al. **Münchener kommentar zum lauterkeitsrecht**. v. I. Munique: C. H. Beck, 2006. p. 12-19.

ULMER, Eugen. Wandlungen und aufgaben im wettbewerbsrecht. In: **Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht**, Berlin, ano 42, n.º 9, p. 769-773, set. 1937.

XAVIER, Alberto. Subsídios para uma lei de defesa da concorrência. In: **Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal**, Lisboa, Ed. Centro de Estudos Fiscais, n.º 138 e 139, 1970.

Submissão em: 11 set. 2017

Pareceres favoráveis em: novembro de 2017

O Crime de Branqueamento de Capitais¹ à Luz do Direito Penal Internacional e da União Europeia – Bem Jurídico e Configuração Típica em Portugal, no Brasil e em Macau

ANABELA MIRANDA RODRIGUES*

¹ Nota do Editor-Associado: No Brasil, o tipo penal é conhecido como “Lavagem de Dinheiro”.

* Doutora em Direito. Professora Catedrática da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. É colaboradora do Comentário Conimbricense do Código Penal - Parte Especial. É membro da Associação Internacional de Direito Penal. É Secretária-Geral da Fundação Internacional Penal e Penitenciária. É Secretária para os Assuntos Europeus da Sociedade Internacional de Defesa Social. Foi diretora do CEJ. Presentemente, é Diretora da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (FDUC).

I INTRODUÇÃO

O objetivo do presente estudo é apreciar o sentido político-criminal da harmonização do crime de branqueamento à luz dos principais instrumentos com relevo na matéria, adotados quer ao nível internacional, quer em sede “regional” da União Europeia. Far-se-á, assim, uma abordagem da evolução legislativa verificada e, tomando por referência os ordenamentos jurídicos de Portugal, do Brasil e da Região Administrativa Especial de Macau, analisar-se-á o seu efeito harmonizador nas respetivas legislações penais, do ponto de vista da configuração típica da incriminação, pelo que se refere às atividades de branqueamento e sua ligação com os factos típicos ilícitos antecedentes.

II O QUADRO INTERNACIONAL E EUROPEU

1 Os Principais Instrumentos Legislativos Internacionais e da União Europeia

No Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE, art. 83.º, n.º 1), o branqueamento é hoje identificado como um dos “domínios da criminalidade, particularmente grave, com dimensão transfronteiriça”, em que a União Europeia tem competência penal para legislar, tendo em vista alcançar a harmonização dessa infração penal, no sentido da aproximação das legislações penais dos Estados-Membros. Diferente era o caso no Tratado da União Europeia (TUE), na sua versão de Amesterdão, em que este domínio da criminalidade não aparecia mencionado, nem no artigo 31.º, n.º 1, alínea e, nem no artigo 29.º. Ao tempo, o branqueamento era apenas apontado no Plano de Ação de Viena, de 1998 (JO C 19, 23-1-1999)², na medida em que era referido em sede de vantagens dos

² Nota do Editor-Associado: JO é o **Jornal Oficial da União Europeia**, o órgão de publicação oficial das normas e decisões judiciais federais em Portugal.

crimes ali elencados (ponto 46). E surgia ainda nas Conclusões do Conselho Europeu de Tampere (15 e 16 de outubro de 1999), onde aparecia, desde logo, na Conclusão 48, como um dos domínios em que se devia levar a efeito a aproximação de legislações penais; e que, além disso, consagravam uma secção (secção X) dirigida à “Ação específica contra o branqueamento de capitais”, cuja Conclusão 55 visava, mais uma vez, a “aproximação do direito penal e dos procedimentos relativos à luta contra o branqueamento de capitais (designadamente, deteção, congelamento e confisco de fundos)”.

De qualquer modo, sendo embora controvertida a competência da União Europeia para, no âmbito do Tratado de Amesterdão, legislar neste domínio, em matéria penal³, isso não impediu o Conselho da União Europeia, em 26 de junho de 2001, de adotar a Decisão-Quadro relativa ao branqueamento de capitais, à identificação, deteção, congelamento, apreensão e perda dos instrumentos e produtos do crime⁴.

Desde então, e já depois da entrada em vigor do Tratado da União Europeia⁵, continua a ser este o único instrumento legislativo, com efeito vinculativo para os Estados-Membros⁶, até hoje adotado, no âmbito penal, neste domínio, apesar de as iniciativas políticas a chamar a atenção para o problema serem múltiplas.

Assim, são de referir o Programa da Haia (2005) (JO C 236, 24-9-2005) e o Plano de Ação do Programa da Haia para o reforço da liberdade, segurança e justiça na União Europeia (JO C 198, 12-8-2005), que continham desenvolvimentos sobre o tema, fazendo-se notar neste Plano de Ação que a União Europeia devia, não só acompanhar a Convenção do Conselho da Europa, de 2005, relativa ao branqueamento, deteção, apreensão e perda dos produtos do crime e ao financiamento do terrorismo (Convenção de Varsóvia), mas também levar a efeito a segunda avaliação sobre o cumprimento da Decisão-Quadro em vigor⁷. Por sua vez, o Programa de Estocolmo, de 2010 (JO C 115, 4-5-2010), alertava para a necessidade

³ A questão do âmbito da competência penal da União Europeia tem ocupado a doutrina nacional. Hoje, depois da entrada em vigor do Tratado de Lisboa, está definido – não só para efeitos de harmonização de direito penal, mas também de direito processual penal – em termos (mais) claros, nos artigos, respetivamente, 83.º e 82.º, n.º 2, TFUE. Sobre isto, dando conta do estado da questão, pode ver-se RODRIGUES, 2012. Considerando expressamente a Decisão-Quadro relativa ao branqueamento, CAEIRO, 2003, p. 1.070 s.

⁴ Decisão-Quadro do Conselho, de 26 de junho de 2001 (2001/500/JAI), publicada em JO L 182/1, 5-07-2001.

⁵ Para a vigência do Tratado da União Europeia, na versão de Maastricht, cf. infra, em texto.

⁶ Referimo-nos à obrigação de transposição das decisões-quadro – por contraposição ao que se passava com as “ações comuns” (sobre isto, cf. RODRIGUES; MOTA, 2002), instrumento legislativo penal, previsto no Tratado de Maastricht –, que, nos termos do artigo 34.º, n.º 2, alínea *b*, “vinculam os Estados-Membros quanto ao resultado a alcançar, deixando, no entanto, às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios” (grifos nossos).

⁷ Sobre a primeira avaliação efetuada, cf. infra, ponto 2.2.1.

de, no âmbito da luta contra o branqueamento de capitais, fomentar a troca de informações entre as Unidades de Informação Financeira (UIF) e o Plano de Ação deste Programa (COM, 2010) referia expressamente o propósito da Comissão Europeia de apresentar uma proposta legislativa para actualizar a Decisão-Quadro. Em 15 de outubro de 2011, o Parlamento Europeu pedia à Comissão para fornecer um quadro geral para a criminalização do branqueamento de capitais (citado por KALAVOV, 2014) e, em 12 de setembro de 2012, o Presidente da Comissão Europeia incluiu, na carta que dirigiu ao Parlamento Europeu, a previsão de ações para combater o branqueamento de capitais entre as medidas a serem estabelecidas no Programa de Trabalho da Comissão de 2013 (EUROPEAN, 2012).

Note-se que tudo isto se inseria e estava de acordo com os objetivos estratégicos da Comissão, definidos na sua Comunicação ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Europeu Económico e Social e ao Comité das Regiões, “Rumo a uma política criminal da União Europeia: garantir a aplicação efetiva das políticas da União Europeia através do direito penal.” (COM, 2011).

Uma referência é ainda devida ao Projeto de Relatório do Parlamento Europeu “sobre a criminalidade organizada, a corrupção e o branqueamento de capitais: recomendações sobre medidas e iniciativas a desenvolver (relatório final)”⁸, de 10 de junho de 2013, no âmbito do qual se apresentou uma Proposta de Resolução do Parlamento Europeu sobre a matéria, em que, considerando “que o branqueamento de capitais assume formas cada vez mais sofisticadas” (ponto Y), se convidava “a Comissão a apresentar até 2013 a sua proposta de harmonização do direito penal em matéria de branqueamento de capitais”, “a fornecer, nesta proposta, uma definição comum do crime de autobanqueamento com base nas melhores práticas dos Estados-Membros” e a “considerar como infrações subjacentes (ou principais) as consideradas graves na medida em que sejam suscetíveis de proporcionar lucro aos seus autores” (ponto 7).

Um compromisso de harmonização das “infrações penais” e das “sanções penais em matéria de branqueamento de capitais” foi, de novo, recentemente assumido pela Comissão, no âmbito mais específico de um Plano de Ação de reforço da luta contra o financiamento do terrorismo, na sua Comunicação ao Parlamento Europeu e ao Conselho, de 2 de fevereiro de 2016 (COM, 2016a), onde, a certo passo se refere que a Comissão “impulsionará” uma proposta legislativa visando à referida harmonização “o mais tardar no 4.º trimestre de 2016” (ponto 1.3). Neste contexto, foi apresentada, em 21 de dezembro

⁸ Parlamento Europeu, Comissão Especial sobre a Criminalidade Organizada, a Corrupção e o Branqueamento de Capitais, 2013/2107(INI),106.2013, Relator: Salvatore Iacolino.

de 2016, uma Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa ao combate ao branqueamento de capitais através do Direito Penal (COM, 2016b).

A despeito de a União Europeia ter evidenciado, ao longo dos anos, dificuldades em legislar, a que devem ser dadas, depois da entrada em vigor do Tratado de Lisboa, especial ênfase, a verdade é que, no contexto internacional, designadamente em sede que releva no âmbito penal, esta é hoje – e assim acontecia ao tempo da instituição, com o Tratado de Maastricht, da União Europeia – uma matéria já coberta por vários instrumentos internacionais, de que é relevante destacar, em primeiro lugar, a Convenção das Nações Unidas, de 1988, relativa ao tráfico de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas (Convenção de Viena), que referia o branqueamento de capitais como uma ameaça global. Em segundo lugar, as quarenta e nove Recomendações do Grupo de Ação Financeira (GAFI), de 1990, revistas em 1996, 2001, 2003 e 2012, reconhecidas pela comunidade internacional como um instrumento global de combate ao branqueamento de capitais e também ao financiamento ao terrorismo de especial importância. Em terceiro lugar, a Convenção do Conselho da Europa, de 1990, relativa ao branqueamento, deteção, apreensão e perda dos produtos do crime (Convenção de Estrasburgo), substituída pela Convenção do Conselho da Europa, de 2005, relativa ao branqueamento, deteção, apreensão e perda dos produtos do crime e ao financiamento do terrorismo (Convenção de Varsóvia). Em quarto lugar, a Convenção das Nações Unidas de 2000 relativa à criminalidade transnacional organizada (Convenção de Palermo). E, em quinto lugar, a Convenção, também das Nações Unidas, de 2003, relativa à corrupção.

A União Europeia, entretanto, ergueu o seu edifício legislativo de luta contra o branqueamento, como de resto é habitual noutros domínios, sobre as Convenções do Conselho da Europa e os outros instrumentos internacionais existentes.

Como paradigmático do que se quer dizer, pode apontar-se, especificamente no âmbito penal, mas todavia sem efeito vinculativo para os Estados-Membros, a Ação Comum, de 3 de dezembro de 1998, relativa ao branqueamento de capitais, identificação, deteção, congelamento, apreensão e perda de instrumentos e produtos do crime (JO L 333, 9-12-1998), que, sendo o primeiro instrumento legislativo penal adotado ao nível da União Europeia (UE) neste âmbito, lembrava aos Estados-Membros, nos Considerandos (Considerando n.º 7), a sua “vinculação” à Convenção do Conselho da Europa, de 1990⁹,

⁹ Exatamente nestes termos: “Considerando a vinculação dos Estados-Membros aos princípios da Convenção de 1990 do Conselho da Europa relativa ao branqueamento, deteção, apreensão e perda dos produtos do crime” (considerando sem número). Note-se que a Decisão-Quadro em vigor, no Considerando n.º 7, também assinala que “Os Estados-Membros aderiram aos princípios da Convenção de 1990 do Conselho da Europa relativa ao branqueamento, deteção, apreensão e perda dos produtos do crime [...]”.

para além de seguir uma técnica legislativa que significava uma particular forma de “interpenetração” com este instrumento de Direito Internacional¹⁰. Esta técnica, como se verá adiante, foi mantida na Decisão-Quadro presentemente em vigor, que, além disso, igualmente nos seus Considerandos, relembra, agora, que os Estados-Membros “aderiram” aos princípios da Convenção de 1990. Neste instrumento legislativo não se faz, entretanto, curiosamente, qualquer referência – que, como veremos de seguida, se afiguraria como “natural” – à primeira Diretiva da então Comunidade Europeia (CE), entretanto já adotada.

Com efeito, a Comunidade acompanhou aquele movimento internacional, adotando três Diretivas, seguida de uma quarta pela União Europeia, nas quais foi definido um sistema de prevenção relativo à utilização do sistema financeiro para fins de branqueamento de capitais: a primeira, adotada no âmbito ainda da Comunidade Económica Europeia, no contexto das quarenta Recomendações do GAFI então existentes, relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro com o objetivo de branqueamento, de 10 de junho de 1991¹¹, que depois foi revista em 2001 por uma segunda Diretiva, em 4 de dezembro,¹² e substituída em 2005 por uma terceira Diretiva, de 26 de outubro¹³. Esta terceira Diretiva contempla já, antecipando-as, algumas recomendações do GAFI revistas em 2012.

Entretanto, foi apresentada, em 2013, uma proposta de quarta Diretiva elaborada à luz daquela última revisão das Recomendações do GAFI, que, em 20 de maio de 2015, foi adotada.¹⁴

Deve sublinhar-se, entretanto, que as definições de atividades de branqueamento e de crimes antecedentes contidas nestas diretivas relevam para efeitos de estabelecimento

¹⁰ Chama a atenção para este aspeto, ente nós, GODINHO, 2001, p. 98.

¹¹ Diretiva do Conselho relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais (91/308/CEE).

¹² Diretiva 2001/97/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, que altera a Diretiva 91/308/CEE.

¹³ Diretiva 2005/60/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, alterada pelas Diretivas 2007/64/CE, de 13 de novembro de 2007, 2008/20/CE, de 11 de março de 2008, 2009/110/CE, de 16 de setembro de 2009, e 2010/78/EU, de 24 de novembro de 2010. V. ainda Diretiva 2006/70/CE da Comissão, de 1.º de agosto de 2006, que estabelece medidas de execução da Diretiva 2005/60/CE do Parlamento Europeu e do Conselho no que diz respeito à definição de pessoa politicamente exposta e aos critérios técnicos para os procedimentos simplificados de vigilância da clientela e para efeitos de isenção com base numa atividade financeira desenvolvida de forma ocasional ou muito limitada.

¹⁴ Diretiva 2015/849, de 20 de maio de 2015, relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais ou de financiamento do terrorismo, que altera o Regulamento (EU) n.º 648/2012 do Parlamento e do Conselho, e que revoga a Diretiva 2005/60/CE do Parlamento Europeu e do Conselho e a Diretiva 2006/70/CE da Comissão. A nova Diretiva e o novo Regulamento (Regulamento (EU) 2015/847, também relativo à prevenção e ao combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento ao terrorismo), estão publicados no JO n.º L 141. A Diretiva foi transposta para o direito português pela Lei n.º 83/2017, de 18 de agosto).

de medidas e do cumprimento de certos deveres de prevenção e, nesse sentido, de luta contra o branqueamento. O que se quer significar é que, não só as três diretivas adotadas antes da entrada em vigor do Tratado de Lisboa, bem como a recentemente adotada em 2015, não se apresentam como injunções obrigatórias diretas de criminalização para os Estados-Membros. As primeiras, porquanto eram instrumentos de direito comunitário, considerando-se, como era posição do Conselho e suportado por uma doutrina relevante, que a Comunidade não tinha competência legislativa penal. Pelo que, apesar de, concretamente na terceira Diretiva (Considerando 41), ser referido que a “importância do combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento ao terrorismo” devia “levar os Estados-Membros a estabelecerem sanções efetivas, proporcionadas e dissuasivas”¹⁵, não estavam estes vinculados a adotar sanções penais. A quarta, que, expressamente, no Considerando 59, se refere à “gama de sanções e medidas *administrativas*” (grifos nossos), “efetivas, proporcionadas e dissuasivas”, que a diretiva deverá prever, tendo em vista uma desejável harmonização a esse nível, dado que a “diversidade” “atualmente” verificada a esse respeito nos Estados-Membros “poderá ser prejudicial para os esforços envidados no combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento ao terrorismo, correndo-se o risco de fragmentar a resposta da União”.

Note-se, assim, que a adoção desta quarta Diretiva acontece já no âmbito do Tratado de Lisboa, pacificada a questão da competência penal da União Europeia para legislar em matéria penal, considerada não só a unidade institucional criada com a substituição da Comunidade Europeia pela União Europeia bem como a “tendencial” supressão de pilares e ultrapassada a falta de unidade de fontes legislativas¹⁶. Pelo que dúvidas não restam, tal como se evidencia do texto da própria Diretiva, de que se trata, com ela, de legislar fora do âmbito penal¹⁷, pretendendo a União Europeia legislar, no futuro, através da adoção de outra diretiva, para efeitos de harmonização penal no domínio do branqueamento.

O que se tornou, assim, claro, com a adoção da quarta Diretiva, é que, no âmbito da vigência das anteriores diretivas, se nada impedia os legisladores nacionais de utilizar o meio penal para assegurar a efetividade da política de prevenção e luta contra o

¹⁵ De acordo com a conhecida formulação pela primeira utilizada no Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 21 de setembro de 1989 (Acórdão “Milho Grego”). Sobre o princípio da assimilação que aqui está envolvido, cf., designadamente, RODRIGUES (2008, p. 87s).

¹⁶ Sobre isto, cf. RODRIGUES (2011, p. 185s). Vide, também, CAEIRO (2010, p. 562 e 566; 2012, p. 180-186).

¹⁷ Note-se que, em *todas* as diretivas, o legislador europeu, em sede do sistema de prevenção que instituiu, indicou a necessidade de os Estados-Membros “proibirem” o branqueamento. Assim, cf. art. 2.º, Directiva de 1991, modificada em 2001; art. 1.º, Directiva 2005, e art. 1.º, n.º 2, Directiva 2015. A este propósito, vide, para o artigo 2.º da Diretiva de 1991, modificada em 2001, em abono do que vimos dizendo, o conteúdo e sentido que confere à norma ali contida, COSTA (1992, p. 80s).

branqueamento decorrente da adoção das diretivas vigentes no âmbito comunitário, o facto é que não estavam aqueles vinculados a fazê-lo. Sem embargo de a questão da competência da Comunidade para legislar em matéria penal quando estivesse em causa assegurar a execução eficaz de uma política que relevasse da sua competência ter alimentado uma querela que opôs durante largo tempo a Comissão e o Conselho¹⁸, há que reconhecer que, no domínio do branqueamento, em abono da posição do Conselho e da não atribuição de competência à Comunidade para legislar em matéria penal, em Anexo à primeira Directiva vieram os Estados-Membros assumir o compromisso de criar legislação penal que lhes permitisse cumprir as obrigações decorrentes das Convenções de Viena e de Estrasburgo¹⁹. Num reconhecimento implícito de que, dada a importância da intervenção penal que a própria Directiva encarecia²⁰, não ficavam os Estados-Membros por ela vinculados no âmbito penal.

2 A Incriminação do Branqueamento: Evolução

É por referência a este quadro internacional e da União Europeia que vamos apreciar a evolução legislativa da criminalização do branqueamento, tendo em especial atenção a definição das atividades que o configuram e a identificação dos factos típicos ilícitos antecedentes.

A Convenção de Viena das Nações Unidas contém a primeira definição de branqueamento, sem o nomear expressamente, enunciando os comportamentos que o configuram (artigo 3.º, n.º 1, alínea *b*) e que podem descrever-se de acordo com três fases de execução: a primeira, de conversão ou transferência de bens – o chamado *placementstage* –, em que quem a efetua sabe que estes provêm (de crimes que relevam do âmbito) do tráfico de estupefacientes, com o objetivo de ocultar ou dissimular a origem ilícita dos bens ou de auxiliar qualquer pessoa que esteja implicada no cometimento de um daqueles crimes a eximir-se às consequências jurídicas dos seus atos; a segunda fase é a de ocultação ou dissimulação da natureza, da origem, da localização, disposição, movimentação ou titularidade ou outros direitos respeitantes aos bens – o chamado *layeringstage* –, sabendo o autor que estes provêm (de crimes que relevam) do âmbito do tráfico de estupefacientes;

¹⁸ Relembrem-se as decisões do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 13 de setembro de 2005, sobre a proteção penal do ambiente, e a de 23 de outubro de 2007, relativa à repressão da poluição causada por navios.

¹⁹ Assim também BRANDÃO (2002, p. 61).

²⁰ Nos termos da Directiva “Considerando que o branqueamento de capitais deve ser combatido, principalmente através de medidas de direito penal e no âmbito de uma cooperação internacional entre as autoridades judiciárias e policiais, tal como foi feito [...] pela Convenção das Nações Unidas [...] aprovada em 19 de dezembro de 1988 em Viena [...] e [...] pela Convenção do Conselho da Europa [...] aberta à assinatura em 8 de novembro de 1990 em Estrasburgo” (Considerando quarto).

a terceira e última fase é descrita como a aquisição, detenção ou utilização de bens – o chamado *integrationstage* – por parte de quem sabe, no momento em que os recebe, que provêm (de crimes que relevam do âmbito) do tráfico de estupefacientes.

De acordo com esta definição, podemos dizer, então, que o branqueamento abrange uma atividade que se inscreva em uma qualquer destas fases de execução descritas. E, assim, a conversão ou transferência, a ocultação ou dissimulação e a aquisição, detenção ou utilização de bens de origem ilícita²¹. Para além disso, o branqueamento aparece ligado ao universo criminológico do tráfico de estupefacientes e à reciclagem dos bens que provêm desse tráfico.

Foi no seguimento da adoção desta Convenção que, em julho de 1989, foi criado, no âmbito da reunião do G7, em Paris (Cimeira de *Sommet de l'Arche*), o GAFI, já referido, cujo mandato incluía o exame e o desenvolvimento das medidas de luta contra o branqueamento²², que no início relevavam no domínio da luta contra o tráfico de estupefacientes. Sendo de referir que, em outubro de 2001, o GAFI alargou o seu mandato à luta contra o financiamento do terrorismo, adotando oito Recomendações sobre a matéria, a que se seguiu uma nona Recomendação, em 22 de outubro de 2004.

Na sequência da primeira Recomendação adotada pelo GAFI, na sua versão original de 1990, que pedia aos Estados para “incriminar” o branqueamento, pelo menos de acordo com a Convenção de Viena, a definição que esta continha tornou-se a norma de referência de qualquer instrumento legislativo relativo ao branqueamento, designadamente quanto à sua criminalização, que decorria para os Estados Partes (art. 3.º).

A Convenção do Conselho da Europa, de 1990, retoma a mesma definição de branqueamento, cuja criminalização também resultava para os Estados Partes (art. 6.º, n.º 1), mas alterava a relação com o crime antecedente (aí chamado de “crime principal”²³), que passava a ser “qualquer crime” (artigo 1.º, alínea e). Entretanto, o n.º 4, do artigo 6.º, permitia aos Estados Partes declarar que essa obrigação “apenas” se aplicava “às

²¹ Note-se que, nos termos da alínea c, n.º 1, artigo 3.º, no caso da aquisição, detenção ou utilização de bens de origem ilícita, a Convenção reconhece que a incriminação ao nível das legislações nacionais tem lugar “de acordo com os seus princípios constitucionais e com os conceitos fundamentais do seu ordenamento jurídico”.

²² Neste específico âmbito foram adotadas, até ao presente, quarenta Recomendações.

²³ A denominação de “crime principal”, que aparece nos primeiros instrumentos internacionais, tem o significado de conferir ao crime de branqueamento uma matriz em que ressalta o seu carácter “instrumental” relativamente aos crimes que dão origem a vantagens que se querem ver “confiscadas”. Neste sentido, CAEIRO (2003, p. 1.087). Por nossa parte, utilizaremos a denominação “crime precedente” ou “crime antecedente”, indo aqui implícita também a nossa consideração da autonomia do crime de branqueamento.

infrações principais ou às categorias de infrações principais especificadas nessa declaração”, faculdade que foi utilizada por alguns Estados-Membros que integravam a União Europeia para “restringir o âmbito da incriminação do branqueamento através de uma definição do género ou espécie dos factos precedentes.” (CAEIRO, 2003, p. 1.068).

Na sequência, a Diretiva de 1991 da então CEE, e no contexto das quarenta Recomendações do GAFI ao tempo existentes, continha a mesma definição de branqueamento da Convenção de Viena (artigo 1.º, terceiro travessão), mas, relativamente aos crimes precedentes, o seu âmbito de aplicação era o inverso da Convenção do Conselho da Europa, já que previa que o crime antecedente devia ser compreendido de acordo com o previsto no artigo 3.º, n.º 1, alínea *a*, da Convenção de Viena, e, portanto, relevando do âmbito do tráfico de estupefacientes, mas permitia que cada Estado-Membro alargasse o elenco de crimes antecedentes a qualquer “outra atividade criminosa definida como tal para efeitos da [...] Diretiva por cada Estado-Membro (artigo 1.º, quinto travessão)²⁴.

Encerra-se, assim, aquela que é considerada por alguns Autores²⁵ a primeira fase da evolução do branqueamento, tendo em conta a sua matriz, que podia encontrar-se na ligação ao tráfico de estupefacientes.

Com efeito, alguns anos mais tarde, em 2000, a Convenção da Nações Unidas retomava a mesma definição de branqueamento (artigo 6.º, n.º 1) – que se manteve constante na Convenção contra a corrupção, de 2003 (artigo 23.º, n.º 1)²⁶ –, mas indicava que cada Estado Parte devia tentar alargar o âmbito dos crimes antecedentes, que também apelidava de “principais”, “ao maior número possível de crimes principais” (artigo 6.º, n.º 2, alínea *a*). E acrescentava (artigo 6.º, n.º 2, alínea *b*, primeira parte) a obrigação de incluir no elenco destes crimes “todos os crimes graves, tal como definidos no artigo 2.º da presente Convenção”, – isto é, “um crime punível com uma pena privativa de liberdade não inferior a quatro anos ou com pena superior” (artigo 2.º, alínea *b*) – e os crimes previstos noutras

²⁴ Note-se que nos Considerandos se menciona que “ [...] uma vez que o fenómeno do branqueamento de capitais não se refere apenas ao produto de infrações relacionadas com o tráfico de estupefacientes, mas também ao produto de outras atividades criminosas (tais como o crime organizado e o terrorismo), é conveniente que os Estados-Membros tornem extensivos, na aceção das respetivas legislações, os efeitos da presente diretiva ao produto dessas atividades, desde que seja suscetível de ocasionar operações de branqueamento que justifiquem, por esse motivo, uma repressão”.

²⁵ Assim, FLORE (2009, p. 195s). No direito brasileiro fala-se, a este propósito, de “gerações de política criminal”, também se referindo a primeira geração como aquela em que o crime de branqueamento está ligado à criminalidade que releva do tráfico de estupefacientes. Vide, por todos, CALLEGARI; WEBER (2014, p. 82s.).

²⁶ Quanto aos crimes antecedentes, dispunha que deviam ser “no mínimo, um conjunto abrangente de infrações penais estabelecidas na Convenção” (artigo 23.º, n.º 2, alínea *b*).

disposições da Convenção: artigos 5.º (participação num grupo criminoso organizado), 8.º (corrupção) e 23.º (obstrução à justiça). Estabelecendo ainda (artigo 6.º, n.º 2, alínea *b*, segunda parte) que, no caso dos Estados Partes “cuja legislação estabeleça uma lista de crimes principais específicos”, estes devem incluir na lista, “no mínimo, um conjunto abrangente de crimes relacionados com grupos criminosos organizados”.

Neste novo contexto, quando o GAFI revê, em 2001, as suas Recomendações (BANCO, 2003), modifica a primeira Recomendação para pedir aos Estados para “aplicarem o crime de branqueamento de capitais a todos os crimes graves, por forma a abranger o conjunto mais alargado possível de crimes subjacentes.”. Assim, os crimes precedentes podem ser definidos, por referência a todos os crimes (graves), ou de acordo com a sua “gravidade” (“limiar”), ligada, quer a uma espécie/categoria de crimes graves, quer à gravidade da pena privativa de liberdade aplicável ao crime precedente (método da gravidade ou do limiar); ou de acordo com uma lista de crimes precedentes, (método da lista); ou ainda de acordo com a combinação destes dois métodos. Assim, nos Estados que adoptassem o método da “gravidade” ou do “limiar”, os crimes subjacentes deveriam incluir, pelo menos, todos os crimes qualificados como graves pelo seu direito interno, ou incluir os crimes puníveis com uma pena privativa de liberdade de uma duração máxima superior a um ano ou, para os Estados cujo sistema jurídico prevê penas com um limite mínimo, os crimes precedentes deviam incluir todos os crimes puníveis com uma pena privativa de liberdade de duração superior a seis meses. Qualquer que fosse o critério adotado, cada Estado deveria, no mínimo, incluir um elenco de crimes que se integrasse nas “categorias de crimes designadas” no Glossário²⁷, que, de acordo com o seu direito interno, cada Estado poderia, não só decidir como tipificar, bem como indicar a natureza de qualquer elemento particular que os qualificasse como crimes graves.

Começava, assim, a delinear-se uma orientação quanto à política de luta contra o branqueamento que lhe conferia um sentido expansivo, manifestado no alargamento dos crimes precedentes²⁸.

Na verdade, o Conselho da Europa – que, como se salientou, tinha já, em 1990, adoptado uma perspectiva mais abrangente quanto aos crimes precedentes, embora tivesse limitado o efeito preconizado através da possibilidade de reservas – acompanhava essa tendência

²⁷ Sobre as “categorias de crimes designados”, cf. BANCO (2003).

²⁸ Apontando a “tendência expansiva da criminalização do branqueamento”, CAEIRO (2003, p. 1.074 s.), que refere ainda essa tendência nas legislações nacionais europeias (p. 1.081 s.).

expansiva²⁹ da criminalização do branqueamento. Adoptava, assim, uma nova Convenção, em 2005 (a Convenção de Varsóvia), em que, para além de manter a mesma definição quanto às atividades de branqueamento (artigo 9.º, n.º 1), continuava a procurar alargar o âmbito dos crimes precedentes a “qualquer infracção penal”³⁰, sem prescindir da possibilidade de reservas, embora (a declaração d)o Estado que pretendesse introduzir limites aos crimes precedentes quando estivessem em causa os crimes (antecedentes) enunciados em anexo à Convenção tivesse agora de optar entre três possibilidades: limitar a sua opção aos crimes precedentes puníveis com uma pena privativa de liberdade ou com uma medida de segurança de duração máxima superior a um ano, ou, nos Estados cujo sistema jurídico preveja sanções com um limite mínimo, aos crimes precedentes puníveis com uma pena privativa de liberdade ou uma medida de segurança de uma duração mínima superior a seis meses; e/ou identificar uma categoria de crimes precedentes específicos; e/ou identificar uma categoria de crimes graves previstos pelo seu direito interno (artigo 9.º, n.º 4, alíneas *a*, *b* e *c*). O que mostra como, embora insistindo sempre na caracterização dos crimes antecedentes como “graves”, se continuava a fazer caminho no sentido expansivo da criminalização do branqueamento, ficando – agora, diferentemente do que acontecia com a Convenção de 1990 – os Estados “espartilhados” nas suas possibilidades de fazer reservas.

Já no espaço da então Comunidade Europeia, esta segunda fase da evolução do tratamento da questão do branqueamento foi marcada, desde logo, pela adoção da segunda Diretiva, de 2001, que, na linha das Convenções das Nações Unidas e das Recomendações do GAFI em vigor ao tempo, alargava o âmbito dos crimes precedentes a “qualquer tipo de participação criminal num crime grave”. E indicava-se que constituíam crimes graves, pelo menos, cinco categorias de crimes (artigo 1.º, E)³¹. Por seu turno, a Diretiva de 2005 completou (artigo 3.º, n.º 5) esta “lista mínima”, quer acrescentando-lhe os crimes de

²⁹ Na verdade, sobre esta generalizada tendência expansiva, importa assinalar que, se mesmo que a Convenção de 1990 acabasse por permitir restringir o âmbito da incriminação do branqueamento, a despeito de, como princípio, o querer alargar, já a primeira Diretiva, no âmbito preventivo, que começava por prever que os crimes precedentes se restringiam aos crimes que relevavam do tráfico de estupefacientes, permitia depois que cada Estado-Membro alargasse o elenco destes crimes. Deve sublinhar-se que esta tendência expansiva se comprova já, como pode verificar-se, nas Convenções das Nações Unidas de 2000 e de 2003; e também na evolução manifestada ao nível das Recomendações do GAFI e em sede preventiva, nas diretivas adotadas.

³⁰ Trata-se de “qualquer infração penal em consequência da qual são gerados produtos suscetíveis de se tornarem objeto” do crime de branqueamento de capitais (cf. artigo 1.º, alínea *e*) e que constam do Anexo à Convenção.

³¹ Assim, primeiro, “qualquer crime, para efeitos do artigo 3.º, n.º 1, alínea *a*), da Convenção de Viena”; segundo, “as atividades de organizações criminosas, tal como definidas no artigo 1.º, da Ação Comum 98/733/JAI”; terceiro, “a fraude, pelo menos a fraude grave, tal como está definida no artigo 1.º, n.º 1, e no artigo 2.º da Convenção relativa à proteção dos interesses financeiros da Comunidade Europeia”; quarto, “a corrupção”; e quinto, “qualquer crime suscetível de gerar vantagens substanciais e que seja punível com uma pena privativa de liberdade severa, de acordo com o direito penal do Estado-Membro”.

terrorismo visados na Decisão-Quadro de 2002 (artigo 3.º, n.º 5, alínea *a*)³², quer utilizando, na categoria de crimes referida em quinto lugar na Diretiva de 2001, o critério da “gravidade”, tal como previsto na Recomendação do GAFI, para os identificar: qualquer crime punível com uma pena privativa de liberdade ou com uma medida de segurança de uma duração máxima superior a um ano, ou, nos Estados cujo sistema jurídico preveja sanções com um limite mínimo, todos os crimes puníveis com uma pena privativa de liberdade ou uma medida de segurança de uma duração mínima superior a seis meses (artigo 3.º, n.º 5, alínea *f*). Esta via foi seguida, igualmente, pela Diretiva de 2015 (artigo 3.º, n.º 4, alíneas *a* e *f*), segundo a qual, neste âmbito, se aponta no sentido da limitação da margem de apreciação do que deve entender-se por “crime grave” por parte dos legisladores nacionais³³.

Entretanto, no espaço mais limitado da Comunidade e da União Europeia, em que a obrigação de criminalização em termos vinculativos³⁴ para os Estados-Membros decorreu da adopção da Decisão-Quadro de 2001 já referida, o legislador europeu seguiu aí uma técnica legislativa particular, tomando por referência a definição do crime de branqueamento contida na Convenção do Conselho da Europa de 1990. Na verdade, para além dos próprios termos em que se operou esta “interpenetração” legislativa – que apreciaremos de seguida –, tudo apontaria para que a Decisão-Quadro definisse o âmbito do branqueamento relevante no domínio penal por referência à Diretiva de 1991, tornando eventualmente mais amplo³⁵ o branqueamento criminalmente punível relativamente ao branqueamento relevante no domínio preventivo.

Não foi isto que se verificou. E, porventura devido a razões a que não será alheio o conflito travado no seio europeu sobre a competência penal da Comunidade, a Decisão-

³² Os actos definidos nos artigos 1.º a 4.º da Decisão-Quadro 2002/475/JAI.

³³ Atente-se na forma utilizada de definição de “atividade criminosa” adotada, que aponta no sentido de uma injunção “obrigatória” de consideração como crimes antecedentes dos crimes graves elencados nas diversas alíneas do n.º 4 do artigo 3.º. Note-se, ainda, que, diferentemente do que acontecia na terceira Diretiva, nesta quarta Diretiva os crimes fiscais relacionados com impostos diretos e indiretos estão expressamente incluídos na definição de “atividade criminosa”, em consonância com as recomendações revistas do GAFI (artigo 3.º, n.º 4, alínea *f*).

³⁴ Cf. supra, nota 6, a propósito dos efeitos vinculativo das decisões-quadro e das ações comuns.

³⁵ O que se justificaria tendo já em atenção o disposto no artigo 1.º, E, da Diretiva de dezembro de 2001 – cujos termos naturalmente o legislador europeu conheceria –, segundo o que esta – que, para além de já incluir nos deveres de prevenção os casos de branqueamento relacionados não só com o âmbito do tráfico de estupefacientes, mas também com as atividades das organizações criminosas, a fraude lesiva dos interesses financeiros das Comunidades Europeias, a corrupção e ainda “qualquer infração” que pudesse “gerar proventos substanciais” e que fosse “punível com uma pesada pena de prisão nos termos do direito penal do Estado” – ainda não dizia respeito a vantagens provenientes de crimes “graves”, tal como constava da Ação Comum 98/699/JAI, devendo ser modificada, nesse sentido, até 15 de dezembro de 2004, para efeitos preventivos.

-Quadro não faz referência à Diretiva, que vigora no âmbito comunitário, mas sim à Convenção do Conselho da Europa. Aliás, deste ponto de vista, nada estranhamente, a Decisão-Quadro não cita em qualquer passo, nem nos Considerandos nem no articulado, a Diretiva.

Neste enquadramento, em que a definição do crime de branqueamento e respetiva punição são tratadas por referência expressa à Convenção do Conselho da Europa de 1990, depois de se ter sublinhado nos Considerandos, como já vimos, que os Estados-Membros “aderiram” à Convenção, observa-se que a Decisão-Quadro não descreve as atividades que consistem no branqueamento, sendo, nesta medida, enquanto instrumento legislativo de aproximação, “atípico”. A este propósito, o que se pode dizer é que, da perspetiva adotada na Decisão-Quadro, as atividades de branqueamento ali tidas em vista estão já cobertas por outros instrumentos internacionais, mais exatamente, a Convenção do Conselho da Europa de 1990. Sendo que, sempre do ponto de vista da Decisão-Quadro, não assume relevância para a sua definição no direito da União Europeia o facto de ela se operar para efeitos repressivos num âmbito já considerado com propósitos preventivos por um instrumento de direito comunitário (a Diretiva de 1991).

A Decisão-Quadro socorre-se ainda, na mesma linha, expressamente (artigo 2.º), da Convenção de 1990 para identificar “as infrações” que os Estados-Membros devem “garantir” que sejam puníveis “com penas privativas de liberdade de uma duração máxima igual ou superior a quatro anos”, ou seja, “as que são referidas no n.º 1, alíneas *a* e *b*, do artigo 6.º, da Convenção de 1990, resultantes da alínea *b*, do artigo 1.º”, da Decisão-Quadro. A referência é, pois, aos comportamentos de branqueamento de conversão e de dissimulação ou ocultação de vantagens ilícitas, no que pode ser entendido como aquelas que justificam a exigência de previsão de uma pena “mais” severa, em relação à pena para os comportamentos de mera utilização de bens ou produtos ilícitos.

De qualquer modo, poder-se-á dizer que da Decisão-Quadro transparece a dificuldade em alcançar a unanimidade dos Estados-Membros quanto à definição, com efeito vinculativo para os legisladores penais nacionais, das atividades que devem ser configuradas como branqueamento. Não tendo, afinal, o legislador conseguido comprometer-se a nível supranacional com uma opção que se mostraria particularmente problemática, pelo que diz respeito à atividade que conforma a identificada na Convenção e na Diretiva (para efeitos preventivos) como a terceira fase do branqueamento³⁶.

³⁶ Refira-se, entretanto, que, na Proposta de Diretiva apresentada em 2016 (COM (2016) b26 Final), pretende tornar-se obrigatória a criminalização dos três tipos de atividades de branqueamento: a conversão ou transferência; o encobrimento ou dissimulação; e a aquisição, posse ou utilização (cf. artigo 3.º, n.º 1, alíneas *a*, *b* e *c*).

Verifica-se finalmente que a Decisão-Quadro trata dos crimes antecedentes em sede das possibilidades de reserva abertas pela Convenção de 1990 a este respeito, vinculando os Estados-Membros a tomar as “medidas necessárias” para que “não sejam feitas ou mantidas quaisquer reservas” ao artigo 6.º da Convenção, “na medida em que estejam em causa infracções graves”. E, quanto a esse aspeto, define o que deve ser entendido por “infracções graves”: as que sejam “puníveis com uma pena privativa de liberdade ou com uma medida de segurança de uma duração máxima superior a um ano, ou, nos Estados cujo sistema jurídico preveja sanções com um limite mínimo, todos os crimes puníveis com uma pena privativa de liberdade ou uma medida de segurança de uma duração mínima superior a seis meses” (artigo 1.º, alínea *b*, da Decisão-Quadro). Sendo de observar, pois, que a noção de “infração precedente” contida na Decisão-Quadro se, na aparência, parece ser mais limitada do que a prevista na Diretiva, acaba, na prática, por englobar as “outras infracções graves” por ela visadas³⁷, já que estas são provavelmente todas punidos com uma pena privativa de liberdade de uma duração máxima superior a um ano, quer se trate de uma atividade de uma organização criminosa, de crimes de terrorismo, de fraudes ao orçamento comunitário ou da corrupção³⁸.

Isto significa, assim, que os Estados-Membros estão obrigados a conformar os seus ordenamentos jurídicos de modo a incriminar os comportamentos de branqueamento sempre que o facto precedente se enquadre na definição de “crime grave” oferecida pela Decisão-Quadro.

Neste aspeto, havendo de sublinhar que, enquanto se estabeleceu uma ligação do branqueamento com uma certa criminalidade antecedente e se “definiu” a noção de crime antecedente, através da utilização de um critério de crime “grave”, deve entender-se que se procurou introduzir alguma exatidão quanto à definição de branqueamento punível no sentido da sua limitação e de alguma forma contrariar a sua expansão.

III SENTIDO POLÍTICO-CRIMINAL DA HARMONIZAÇÃO

1 A Incriminação do Branqueamento ao Nível Internacional e da União Europeia e os Interesses Protegidos

O ponto de partida para definir a incriminação do branqueamento é, necessariamente, de cariz político-criminal.

³⁷ Note-se que (tal como assinala FLORE (2009, p. 202), quer a Decisão-Quadro, quer a Directiva, vão, neste aspecto, ao encontro da mesma Recomendação do GAFI (de 1990, modificada em 2001).

³⁸ Cf. *supra*, nota 30.

Como vimos já, a repressão deste crime nos diplomas internacionais mostra uma tendência evolutiva expansiva, no que diz respeito à definição dos crimes antecedentes, de que participa a Decisão-Quadro adotada em sede da União Europeia, que – é relevante sublinhá-lo – evidencia a dificuldade destas instâncias em oferecer um sentido político-criminal que oriente a punição do fenómeno e sirva de guia à identificação do bem jurídico que com ela se visa proteger.

Ora, só uma opção teleológica assumida ilumina de forma global e harmoniosa os vários aspectos concretos do branqueamento, evitando a criação de zonas de sombra, que mais não significam senão incoerências do seu regime.

A partir das regras estabelecidas quanto à definição de actividades de branqueamento e de crimes antecedentes nos diplomas internacionais e na Decisão-Quadro, poder-se-á procurar o sentido político criminal da incriminação. Sem que vá aqui contida qualquer confusão ente configuração do tipo penal e bem jurídico por ele protegido, mas tão-só o reconhecimento de que deve este lograr concretização ao nível dos elementos típicos constitutivos daquele.

Assim, observa-se que aqueles instrumentos legislativos, apesar da referida tendência expansiva, não abandonam a possibilidade de manter a incriminação do branqueamento circunscrita ao âmbito de certas condutas dolosas que têm por objeto bens provenientes de crimes “graves”.

Desta perspetiva, pode, pois, dizer-se que cabe na compreensão da incriminação do branqueamento um sentido que a liga à prossecução de um interesse do aparelho judiciário – e, assim, da administração da Justiça – na deteção e perda das vantagens alcançadas com a prática de certo tipo de criminalidade³⁹, em que, a acrescer à característica de gerar avultados lucros, sobressai a gravidade que a qualifica.

Assim, por um lado, afasta-se uma compreensão que vê na tutela da pureza da economia e na não contaminação dos sistemas financeiros a justificação material da incriminação, na medida em que as vantagens sobre as quais incidem as actividades de branqueamento são provenientes de crimes “graves” e não de “quaisquer” crimes.

³⁹ Assim, entre nós, CAEIRO (2003, p. 1.086s.); cf., neste sentido também, GODINHO (2001, p. 121s.-143, *passim*). Também, e por último, GODINHO (2013, p. 1.000s). Não deve deixar de se notar, no entanto, que à medida que o elenco e a gravidade dos crimes antecedentes, respetivamente, se alarga e diminui (aliás, a gravidade é cada vez menos ligada à espécie de crime e mais ligada à punição prevista em abstrato) mais se abre a hipótese de querer apontar-se para a “pureza” da circulação de bens como sendo o bem a proteger em primeira linha.

Entretanto, por outro lado, aquela compreensão das coisas, ancorada na administração da Justiça, exige que essas atividades se traduzam num modo especialmente elaborado e perigoso de atuação⁴⁰, no sentido de não serem entendidas como um “prolongamento” da prática antecedente de crimes “socialmente” tido como “natural”, e, por aí, que tenham por finalidade “ocultar” ou “dissimular” a origem ilícita dos bens objeto dessas atividades.

Só a criminalização das atividades relativamente às quais seja conatural uma especial perigosidade, relacionadas com uma prática criminal antecedente grave, logra legitimidade como branqueamento punível e, nessa medida, autonomia. O que se verificará nos comportamentos descritos nos diplomas internacionais como de “conversão” e de “ocultação/dissimulação”, mas já não quando se trata de alargar a incriminação à mera utilização de vantagens ilicitamente obtidas. Como vem já de há largo tempo assinalando uma parte relevante da doutrina em Portugal⁴¹, estaria aqui em causa a punição do mero “dispêndio de dinheiro”, uma versão de filiação no *common law*, que aí se designa por *moneymoving* ou *moneyspending*, em que branqueamento será qualquer forma de “entrar em contacto” com “dinheiro sujo”, com ele “lidar” ou “transacionar”. Uma definição que apela à que está contida nas Convenções das Nações Unidas e do Conselho da Europa e nas Diretivas para efeitos de prevenção do branqueamento. Sendo que, como já se salientou, a Decisão-Quadro optou – com a equívocidade inerente – por não oferecer ela própria uma definição do que é branqueamento, pelo que respeita a determinar quais são as atividades proibidas. No que tudo significaria apontar, agora, para a preservação da “reputação” do sistema financeiro e a salvaguarda de uma economia “pura”.⁴²

No quadro de criminalização que deixámos esboçado, salienta-se, pois, que não existe uma orientação claramente definida quanto ao sentido político-criminal da incriminação do branqueamento. Verifica-se, desde logo, como já sublinhámos, que se tem vindo a fazer um caminho no sentido da expansão dos crimes antecedentes, ao mesmo tempo que, com a adoção da Decisão-Quadro se procurou introduzir, quanto a este aspeto, relativamente às Convenções e Diretivas, alguma orientação quanto à definição do

⁴⁰ Neste sentido que agora se destaca, CAEIRO (2003, p. 1087s.), que assinala que essas atividades devem projetar a “frustração da pretensão estadual” na “deteção e perda das vantagens de certos crimes” “para níveis intoleráveis de insatisfação comunitária” (p. 1.086 e 1.087). Também GODINHO (2009, p. 156), quando evidencia que “o crime de branqueamento de capitais [...] consiste essencialmente na ocultação ou dissimulação da natureza, origem localização, disposição, movimentação ou titularidade de vantagens do crime”; e, por último, GODINHO (2013, p. 1.002), quando chama a atenção para o “núcleo intencional” do crime de branqueamento (o “essencial do crime”): a “dissimulação” da origem ilícita das vantagens e a “ocultação ou dissimulação das verdadeiras natureza, origem e localização, movimentação ou titularidade de vantagens” resultantes de certos crimes.

⁴¹ Decisivamente, apontando nesse sentido, cf. os Autores e bibliografia citada nas notas anteriores.

⁴² No sentido desta orientação político-criminal aponta, agora, a proposta de diretiva adotada em 12 de dezembro de 2016 (cf., supra, nota 49).

branqueamento punível, na medida em que, como se evidenciou, optou-se pela noção de crime precedente como crime “grave”. E, para além disso, pelo que diz respeito às atividades de branqueamento, a definição destas permite o seu alargamento, que pode ir até à inclusão da mera utilização de vantagens ilícitas.

2 Uma Harmonização “Fracá”: os Exemplos do Regime Jurídico-Penal em Portugal, no Brasil e em Macau

É perante a falta de definição de um sentido político-criminal menos ambíguo da criminalização do branqueamento à luz de que se possa “ler” o quadro apontado que cabe agora tecer algumas considerações quanto ao seu efeito harmonizador das legislações penais nacionais, designadamente, portuguesa, brasileira e de Macau.

2.1

Situando-nos, desde logo, no espaço da União Europeia, deve começar por se fazer notar que a harmonização é “fracá”, quer pelo que respeita à definição dos comportamentos branqueadores, quer quanto aos crimes antecedentes. Apesar de todos os Estados-Membros terem criminalizado o branqueamento, a Decisão-Quadro, tendo em conta quanto já foi referido, deixa uma margem de liberdade aos Estados-Membros que lhes permite consagrar soluções legislativas que mostram diferenças significativas quanto à sua configuração típica. A conclusão do Relatório da Comissão relativo à avaliação feita, em 2004, ao abrigo do artigo 6.º, n.º 2, da Decisão-Quadro, sobre as medidas tomadas pelos Estados-Membros para lhe dar cumprimento, colocou-as em evidência (COM (2004) 0230 Final), espelhando divergências de fundo quanto ao bem jurídico que se pretende proteger com a incriminação.

Mais recentemente, no contexto das iniciativas empreendidas com vista à harmonização do crime de branqueamento, a Comissão (EUROPEAN, 2012; COM (2016) 50 final)⁴³ destacou as diferenças quanto à sua definição e punição e à finalidade político-criminal da incriminação, salientando as dificuldades resultantes, em especial, dos diversos pontos de vista adotados pelo que diz respeito à identificação dos crimes antecedentes.

⁴³ Saliente-se que, desta forma, é a eficácia da repressão que fica em causa no espaço da União. A este propósito, na COM (2016) 50 final, chama-se a atenção para o facto de que as “divergências” legislativas entre os Estados-Membros da União Europeia “no que se refere à definição de branqueamento de capitais e às sanções aplicadas” criam “obstáculos à cooperação judiciária e policial transnacional em matéria de luta contra o branqueamento de capitais [...]” (ponto 1.3.).

Quanto à definição das atividades de branqueamento, um exemplo elucidativo da oscilação na opção de incriminação pode apreciar-se já por referência a ordenamentos jurídicos considerados isoladamente e ir buscar-se ao português. Desde logo, o enunciado daquelas atividades sofreu uma alteração relevante que ocorreu já no período temporal pós-adoção da Decisão-Quadro. Assim, enquanto a Lei n.º 10/2002, de 11 de fevereiro – que não faz qualquer referência àquele instrumento legislativo europeu, embora se estivesse dentro do prazo de transposição estabelecido pelo artigo 6.º, n.º 1 (31 de dezembro de 2001) –, mantinha, na senda do inaugurado com o Decreto-Lei 15/93, de 22 de janeiro, e prosseguido sem qualquer alteração no Decreto-Lei 325/95, de 2 de dezembro, a configuração típica daquelas atividades de acordo com as três fases descritas na norma de referência que constituía a Convenção de Viena – de resto, no diploma de 1993 expressamente invocada, bem como a Convenção do Conselho da Europa de 1990 e a Directiva da CEE de 1991 –, já a Lei n.º 11/2004, de 27 de março – que refere, expressamente, no artigo 1.º, como seu “objeto”, o estabelecimento de “medidas de natureza preventiva e repressiva de combate ao branqueamento de vantagens de proveniência ilícita, transpondo a Diretiva n.º 2001/97/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de dezembro, que altera a Diretiva n.º 91/308/CEE, do Conselho, de 10 de junho [...]” –, que introduziu o artigo 368.º-A, do Código Penal, deixou de incriminar a mera utilização de vantagens obtidas ilicitamente.

Independentemente do sentido atribuído ao que, até 2004, era descrito como “adquirir ou receber a qualquer título, utilizar, deter ou conservar” bens ou produtos provenientes dos crimes antecedentes⁴⁴, o que cabe neste ponto salientar é que se verifica uma modificação de entendimento do bem jurídico considerado digno de proteção penal, a nível interno, refletida na descrição típica das atividades de branqueamento – que, de resto, se expressou no lugar sistemático que a incriminação de branqueamento ocupou no Código Penal, no capítulo dos crimes contra a realização da justiça⁴⁵ –, que se opera num quadro legislativo externo que, mantendo-se inalterado, é dúbio quanto ao efeito harmonizador pretendido, pela ambígua opção político-criminal que se expressa na técnica atípica utilizada de legislar.

⁴⁴ Na doutrina portuguesa, verificou-se a existência de uma corrente (vide, por todos, GODINHO, 2001, p. 202-203; GODINHO, 2009, p. 139 s. (p. 50 s.)), que considerava que o disposto no artigo 2.º, n.º 1, alínea *c*, do Decreto-Lei n.º 325/95, de 2 de dezembro, na redacção da Lei n.º 10/2002, de 11 de fevereiro, apesar de a sua fonte ser o artigo 3.º, alínea *c* e *i* da Convenção de Viena, não incriminava a terceira fase da execução do branqueamento, antes se devendo reconduzir a uma situação de comparticipação: designadamente, a propósito da “utilização”, salientava-se que a esta noção deveria ser “atribuído um sentido que a relacione com o tipo fundamental, o layering – a ocultação ou dissimulação” (GODINHO, 2009, p. 202).

⁴⁵ Capítulo III, do Título V (Dos Crimes contra o Estado), da Parte Especial do Código Penal. No sentido de que a incriminação do branqueamento nada tem a ver com a tutela da economia, antes a economia é aí encarada “como potencial instrumento do crime.” (DIAS, 2012, p. 521s.)

Para além disso, as dificuldades de harmonização das legislações dos Estados-Membros fazem-se sentir ainda ao nível da identificação dos crimes precedentes. Embora, como já se adiantou, a Decisão-Quadro tenha definido a noção de crime antecedente, a verdade é que isso não tem evitado diferentes pontos de vista na abordagem, pelos Estados-Membros, do que constitui crime precedente⁴⁶, o que torna difícil identificar quando é que se está perante um eventual crime de branqueamento no espaço da União Europeia.

Entretanto, sempre se poderia dizer que mais positivo do que o aspeto negativo destas divergências seria a consagração da qualificação do crime antecedente como “grave”, o que constitui o reduto de legitimidade da criminalização do branqueamento, que só deve abranger atividades especialmente perigosas. Só que, tal como já foi posto em evidência (CAEIRO, 2003, p. 1.075s.; p. 1.077, 1.078 *passim*), nos sistemas punitivos que não conhecem limites mínimos de molduras penais abstratas não se alcança a restrição pretendida à tendência expansiva da criminalização do branqueamento, porquanto os crimes puníveis com pena de prisão de duração máxima superior a um ano não se podem considerar “graves”. Pelo que, apenas nos sistemas punitivos que contemplem um limiar mínimo para as penas abstratas e tenham limitado os crimes antecedentes aos que são puníveis com uma pena de prisão de duração mínima superior a seis meses se poderá dizer que consideram uma fenomenologia criminal antecedente “grave”, ou, pelo menos de média gravidade⁴⁷. Por aqui, se contribuindo, além disso e afinal, para a frustração do objectivo pretendido de harmonização⁴⁸.

2.2

No âmbito internacional mais vasto e tendo por referência os mesmos instrumentos internacionais fundamentais, as soluções adotadas a nível interno são também divergentes. Tome-se agora por exemplo os ordenamentos jurídicos de Macau e brasileiro.

⁴⁶ Cf. EUROPEAN (2012), ponto A (sem número), a propósito dos “problemas” a que uma “futura iniciativa legislativa se dirige”.

⁴⁷ Não deixa de se fazer notar que o legislador português, no artigo 368.ºA, para além de cumular os critérios do catálogo e da gravidade abstrata dos crimes antecedentes, optou, quanto a este último, incompreensivelmente (podendo implicar um alargamento dos crimes a considerar), por exigir em alternativa que os factos ilícitos sejam “puníveis com pena de prisão de duração mínima superior a seis meses ou de duração máxima superior a cinco anos”.

⁴⁸ Cabe ainda referir que, também relativamente à punição do crime de branqueamento, a abordagem dos Estados-Membros é divergente. Assim, de acordo com o Relatório de Avaliação da Comissão já referido, este aponta que, se, “de uma forma geral, pode dizer-se que a maioria dos Estados-Membros cumpriram a obrigação imposta no artigo 2.º”, ou seja, punindo o crime “com pena de prisão, com um máximo não inferior a quatro anos”, de qualquer modo “o cumprimento desta obrigação é bastante heterogéneo, distinguindo-se dois sistemas: aqueles que cumprem esta exigência em relação a todos os crimes de branqueamento e aqueles que a cumprem só no caso de crimes graves ou muito graves”.

Assim, em ambos é de considerar como fontes vinculantes mais importantes a Convenção das Nações Unidas de Viena, de 1988, sendo de acrescentar, pelo que se refere à RAEM, as de Palermo, de 2000, e contra a corrupção, de 2003, e, quanto à legislação brasileira atual, é assinalado (ver Exposição de Motivos da Lei 12.683, de 9 jul. 2012) como um documento internacional que também lhe serviu de base a Convenção do Conselho da Europa de 1990.

Observa-se, contudo, que a evolução da morfologia da tutela penal do branqueamento foi naqueles ordenamentos diferente e mesmo de sentido oposto.

Na legislação de Macau, em 1997 – em que a “Lei da Criminalidade Organizada” (Lei n.º 6, de 30 de julho) consagrou o crime de branqueamento –, o tipo legal consagrava a criminalização de atividades de branqueamento configuradas em moldes que abrangiam as três modalidades de conversão, ocultação e utilização de bens ou produtos provenientes da prática de quaisquer crimes⁴⁹ (artigo 10.º). Já em 2006, a Lei n.º 2, de 3 de abril, optou por restringir as atividades de branqueamento àquelas que se caracterizam por ocultar ou dissimular as vantagens ou bens provenientes apenas da prática de factos ilícitos típicos puníveis com pena de prisão de limite máximo superior a três anos (artigo 3.º, n.º 1, 2 e 3). Expressando, deste modo, uma reorientação político-criminal que é apontada como tendo em vista a salvaguarda de interesses ligados à administração da Justiça, mais especificamente e nas palavras da própria “Nota Justificativa da Proposta de Lei Prevenção e Repressão do Crime de Branqueamento de Capitais”, “impedir ou frustrar a realização do interesse legítimo da administração da justiça na deteção e perda de bens originados pela prática de crimes graves” (MACAU, 2006, *apud* GODINHO, 2009, p. 157).

Por seu turno, no direito brasileiro deparamos com uma evolução que vai no sentido da expansão da criminalização do branqueamento. Este movimento teve tradução, não tanto pelo que se refere à fisionomia das atividades de branqueamento, mas pela maximização do alargamento dos crimes antecedentes.

Com efeito, quanto àquelas atividades, a lei que inicialmente dispôs de forma acabada sobre “os crimes de ‘lavagem’ ou ocultação de bens, direitos e valores” – Lei n.º 9.613, de 3 de março de 1998 – definiu-as não só como as que consistissem na ocultação ou dissimulação da “natureza, origem, localização, disponibilidade, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores” de origem ilícita (artigo 1.º) e as de quem, “para ocultar ou dissimular a utilização de bens direitos ou valores” de origem ilícita, “os converte

⁴⁹ Sobre as dúvidas interpretativas a este propósito, cf. GODINHO (2009, p. 159-160).

em ativos lícitos, os adquire, recebe, troca, negocia, dá ou recebe em garantia, guarda, tem em depósito, movimenta ou transfere”, “importa ou exporta com valores não correspondentes aos verdadeiros” (parágrafo 1.º, I, II, III), mas também as atividades de quem “utiliza, na atividade financeira, bens, direitos ou valores” que “sabe” serem de origem ilícita (parágrafo 2.º, I). O que significa que, também no Brasil, à semelhança do que se verificou em Macau – e, como já vimos, igualmente em Portugal –, previam-se três modalidades de atuação capazes de configurar branqueamento. As duas primeiras, em que o seu núcleo essencial consiste na ocultação ou dissimulação, e a terceira, em que o legislador considerou que “a mera utilização, sem ter por objecto a ocultação ou a dissimulação da origem dos bens, direitos ou valores, uma vez que o agente saiba de tal origem, caracteriza a prática do ilícito” (Exposição de Motivos da Lei 9.613, de 3 mar. 1998). Acontece que, por força da alteração legislativa operada em 2012, com a Lei 12.683, de 9 de julho, embora nesta parte o tipo objectivo de ilícito se tenha mantido inalterado, a atenção do legislador incidiu sobre o tipo subjectivo, apontando no sentido, ao eliminar a referência à circunstância de o agente “saber” que as vantagens têm origem ilícita, de se considerar a possibilidade da prática do branqueamento a título de dolo eventual.

Já pelo que diz respeito aos crimes antecedentes, logo em 1998, o legislador optou por prever uma lista de crimes de especial gravidade – a título de exemplo, o “tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins” ou o terrorismo ou crimes “contra o sistema financeiro” (artigo 1.º) –, apesar de, ao tempo, os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil implicarem tão-só a referência do branqueamento ao âmbito da criminalidade antecedente que relevava do tráfico de estupefacientes. Sendo que – e esta foi a alteração mais relevante introduzida –, em 2012, foi eliminado o elenco de crimes antecedentes, que passaram a ser “quaisquer infrações” e, assim, a incluir os crimes em sentido próprio e as contravenções penais: na Lei de 2012, as vantagens objeto de branqueamento são “provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal”.

É, pois, significativo, do ponto de vista do efeito harmonizador que analisamos, dado o quadro internacional comum de que participa, conjuntamente com Macau, que o objetivo desta intervenção legislativa – que pode ser apontada como um exemplo de máxima latitude da intervenção penal em sede de branqueamento – tenha sido o de responder “à necessidade de se alinhar a regulamentação com a política criminal internacional”. E expressamente considerado, na “Justificação da Lei”⁵⁰, que o bem jurídico tutelado é “o sistema económico-financeiro do país” e que o objetivo visado consiste na “estabilidade e normalidade do mercado”.

⁵⁰ Diário do Senado Federal, Brasil, p.13.338-13.342 maio/2003, de 29/05/2003 – p.13.339.

3 A Concluir

As opções legislativas tomadas a nível interno obedecem a uma racionalidade político-criminal jurídico-constitucionalmente legitimada, a que não é alheio o quadro de compromissos internacionais e europeus em que se inserem, nem podem ser indiferentes à teleologia que o informa. É também à luz do desenho das obrigações internacionais e atendendo ao sentido da evolução da legislação europeia que é devido determinar uma conceção dos interesses que justificam a incriminação do branqueamento nos ordenamentos internos. Definida, de uma forma clara, como (uma dimensão *d*) a administração da Justiça que se liga ao interesse da deteção e perda das vantagens obtidas com a prática de um certo tipo de criminalidade grave – sedimentando-se o caminho que, pelas razões invocadas, se nos afigura o correto –, será então possível encontrar soluções legislativas, ao nível das várias legislações nacionais, aproximadas na sua diversidade pelo lastro comum em que assentam.

Em último termo, é a eficácia pretendida da repressão do crime de branqueamento que assim se fomenta.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Manuel da Costa; COSTA, José de Faria; RODRIGUES, Anabela Miranda; ANTUNES, Maria João. **Liber discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

BANCO DE PORTUGAL. Grupo de Ação Financeira sobre o branqueamento: as quarenta recomendações. Lisboa, 20 de junho de 2003. Disponível em: <<https://www.bportugal.pt>>.

BRANDÃO, Nuno. **Branqueamento de capitais**: o sistema comunitário de prevenção. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. (Série Argumentum, 11).

BRASIL. Lei 9.613, de 3 de março de 1998. Dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 4 mar. 1998.

BRASIL. Lei 12.683, de 9 de julho de 2012. Altera a Lei no 9.613, de 3 de março de 1998, para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 10 jul. 2012.

CAEIRO, Pedro. A decisão-quadro do Conselho, de 26 de junho de 2001, e a relação entre a punição do branqueamento e o facto precedente: necessidade e oportunidade de uma reforma legislativa. In: ANDRADE, Manuel da Costa; COSTA, José de Faria; RODRIGUES, Anabela Miranda; ANTUNES, Maria João. **Liber discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

CAEIRO, Pedro. A jurisdição penal da União Europeia como meta-jurisdição: em especial, a competência para legislar sobre as bases de jurisdição nacionais. In: CORREIA, Fernando Alves; MACHADO, Jónatas M.; LOUREIRO, João Carlos (Cord.). **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho**. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

CAEIRO, Pedro. Adenda: as modificações introduzidas pelo Tratado de Lisboa: primeira reflexão. In: CAEIRO, Pedro. **Fundamento, conteúdo e limites da jurisdição penal do estado: o caso português**. Coimbra: Coimbra Editora / WoltersKluwer, 2010.

CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. **Lavagem de dinheiro**. São Paulo: Atlas, 2014.

COM (2004) 0230 Final. EUROPEAN COMMISSION. Relatório da Comissão baseado no artigo 6.º da Decisão-Quadro do Conselho, de 26 de junho de 2001, relativa ao branqueamento de capitais, à identificação, detecção, congelamento, apreensão e perda de instrumentos e produtos do crime. Bruxelas, 5.4.2004. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM:2004:0230:FIN>>.

COM (2010) 171 final. EUROPEAN COMMISSION. Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. Brussels, 20.4.2010. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0171:FIN:en:PDF>>.

COM (2011) 573 final. EUROPEAN COMMISSION . Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and

Social Committee and the Committee of the Regions: towards an EU Criminal Policy: ensuring the effective implementation of EU policies through criminal law. Brussels, 20.9.2011. Disponível em: <http://ec.europa.eu/justice/criminal/files/act_en.pdf>.

COM (2016) 50 final. EUROPEAN COMMISSION. Communication from the Commission to the European Parliament and the Council: on an action plan for strengthening the fight against terrorist financing. Strasbourg, 2.2.2016a. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:e6e0de37-ca7c-11e5-a4b5-01aa75ed71a1.0002.02/DOC_1&format=PDF>.

COM (2016) 826 final. EUROPEAN COMMISSION. Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on Countering Money Laundering by Criminal Law. Brussels, 21.12.2016b. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/RegData/docs_autres_institutions/commission_europeenne/com/2016/0826/COM_COM%282016%290826_EN.pdf>.

COSTA, José de Faria. O branqueamento de capitais (algumas reflexões à luz do direito penal e da política criminal). In: **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, Coimbra, n.º 68, 1992.

DIAS, Jorge de Figueiredo. O direito penal económico entre o passado, o presente e o futuro. In: **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, ano 22, n.º 3, jul.-set. 2012.

EUROPEAN COMMISSION. Roadmap. Proposal to harmonize the criminal offence of money laundering in the EU. Disponível em: <http://ec.europa.eu/governance/impact/planned_ia/docs/2013_home_006_money_laundering_en.pdf>. 10. 2012.

EUROPEAN COMMISSION. Roadmap. Proposal for a directive on criminalisation of money laundering. Disponível em: <http://ec.europa.eu/smart-regulation/roadmaps/docs/2016_home_197__criminalisation_of_money_laundering_en.pdf>. 4th quarter 2016

FLORE, DANIEL. **Droit pénal européen**: les enjeux d'une justice pénale européenne. Paris: Larcier, 2009.

GODINHO, Jorge Fernandes. **Do crime de “branqueamento” de capitais**: introdução e tipicidade. Coimbra: Almedina, 2001.

GODINHO, Jorge Fernandes. Estratégias patrimoniais de combate à criminalidade: o estado atual na região administrativa especial de Macau. In: **Primeiras jornadas de direito e cidadania da Assembleia Legislativa**. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

GODINHO, Jorge Fernandes. Para uma reforma do tipo de crime de “branqueamento” de capitais. In: ANDRADE, Manuel da Costa et al (Org.). **Direito penal: fundamentos dogmáticos e político-criminais: homenagem a Peter Hunerfeld**. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

KOLAROV, Todor. Confronting money laundering in the European Union. Disponível em: <http://ejournal.vfu.bg/bg/pdfs/todor_kolarov_confronting_money_laundering_in_the_european_union.pdf>. Acesso em: 19 maio 2014.

MACAU. Lei n.º 6, de 30 de julho de 1997. Lei da Criminalidade Organizada.

MACAU. Lei n.º 2, de 3 de abril de 2006. Proposta de Lei “Prevenção e repressão do crime de branqueamento de capitais” (Nota Justificativa).

RODRIGUES, Anabela Miranda. Artigos 82.º e 83.º. In: PORTO, Manuel Carlos Lopes; ANASTÁCIO, Gonçalo (Coord.). **Tratado de Lisboa: anotado e comentado**. Coimbra: Almedina, 2012.

RODRIGUES, Anabela Miranda. **Direito penal emergente**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

RODRIGUES, Anabela Miranda. O tratado de Lisboa e o direito penal europeu. In: PIÇARRA, Nuno (Coord.). **A União Europeia segundo o Tratado de Lisboa**. Coimbra: Almedina, 2011.

RODRIGUES, Anabela Miranda; MOTA, José Luís Lopes da. **Para uma política criminal europeia: quadro e instrumentos jurídicos da cooperação judiciária em matéria penal no espaço da União Europeia**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

Submissão em: 17 set. 2017

Pareceres favoráveis em: novembro de 2017

JUSTIÇA: de ilha a arquipélago (Algumas navegações)¹

CARLOS ALBERTO POIARES*

¹ Este texto corresponde, no essencial, à *Oração de sapiência* proferida no *Dia da Universidade Lusófona*, em 28 de março de 2015.

* O autor é licenciado em Direito (Universidade de Lisboa, 1978) e Doutor em Psicologia (Universidade do Porto, 1996). Vice-Reitor da Universidade Lusófona; Vice-Presidente da Asociación Iberoamericana de Psicología Jurídica (AIPJ) e Presidente da Associação para a Intervenção Juspsicológica (PSIJS). A sua obra tem incidido na Psicologia Forense, abrangendo particularmente a Psicologia do Testemunho, a processologia da criminalização, as transgressionalidades juvenis, a psicopatia, a severidade penalizadora, o comportamento desviante e as adições; investiga também na área da Psicologia de Exclusão Social, privilegiando a prevenção das situações de risco e a promoção psicoinclusiva da população idosa.

1

A justiça situa-se num espaço cuja vastidão e complexidade sublinham a comunicação e interligação de saberes, numa lógica que podemos considerar pós-disciplinar: já não interdisciplinar (ou multidisciplinar), nem transdisciplinar, mas pós-disciplinar, realçando-se uma dimensão em que se atenua a função tradicional das disciplinas, privilegiando-se a teia de intercontribuições recíprocas, como desde há muito temos defendido. Tal atitude de recusa de uma ciência (ou de um saber) alegadamente autossuficiente. Significa, pois, a constatação da confluência do conhecimento, estabelecido numa ampla rede, em que todos os vetores aportam à Pessoa, na sua multidimensionalidade biopsicossocial, observando-a sob diversos prismas e com ancoragens metodologicamente sustentadas. Por outras palavras: cessa a ideia, que fez doutrina em vários campos, da onisciência (até da onipotência) de alguns ramos do Saber, confinando-se cada um deles a uma atitude de maior humildade, na medida em que se reconhece a existência, e a relevância, da troca e partilha de informação no quadro da multiplicidade científica que incide sobre as pessoas, consideradas estas como atores da vida (DA AGRA, 1982, 1986; POIARES, 1999). O indivíduo humano corresponde a uma totalidade complexa, que apela a plúrimos quadrantes do Saber, cada um deles concorrendo para a descoberta da “Pessoa total” (LIMA, 1958; MORIN, 1973). Assim, na justiça prevalece a cooperação entre diferentes ciências, destacando-se as ciências sociais e do comportamento, que operam no espectro onde se dispersam as energias do Direito, que se projetam no terreno da justiça.

Este texto integra-se, aliás, dentro deste âmbito – por isso, alicerçando-nos numa problemática que é jurídica, viajaremos para outros horizontes e assomaremos a outros espaços, numa trajetória de hibridação e cruzamento que, cada vez mais, deve nortear os caminhos da Ciência, especialmente quando nos situamos numa racionalidade que se

localiza marcadamente no registo das Antropociências, para utilizar uma expressão cara a Barahona Fernandes (1987). Da justiça abordaremos mais diretamente a penalidade, dado que se trata do segmento que reveste maior visibilidade e que mais pode onerar a vida e a liberdade dos cidadãos, como é atestado pelos erros judiciais, de todas as épocas e em todas as latitudes, causados, na maior parte das vezes, por testemunhos falsos, conscientes ou inconscientes (FLORIOT, 1972); e porque é em sede penalizadora que, como profeticamente referiu Pasukanis (1924), se patenteia a face mais cruel e brutal que se abate sobre a pessoa.

2

Quando a discursividade incide sobre a justiça pressupõe-se que, pelo menos a montante, o Direito esteja presente, já que daquela, enquanto sistema, é a seiva, a razão de ser do aparelho que a justiça também é. Dir-se-á que a justiça é o *braço* armado do Direito, o seu lado operativo, naquele buscando a fundamentação e a legitimação política e ética. Expectativa normal e que faz sentido, embora não completamente, exceto se se quiser entender aquele sistema numa lógica de ilha; ora, na linha da conceção que perfilhamos, nem o Direito nem a justiça – tampouco, qualquer outro domínio do saber – podem ser perspetivados à luz do isolamento, nem sequer do centrismo, antes da comunicação e da comunhão, da partilha e da troca permanentes de informação ou, numa palavra, de confluência: o mesmo é dizer que ancoramos numa gramática que não considera que existam ciências ou saberes totais, esmagadores ou universais, antes ciências e saberes inter e intracomplementares, o que despreza, desde logo, o ancilosado constructo de *ciências auxiliares*, postando-se numa atitude que prioriza a noção de ciências, ou saberes, intercontributivos.

Aqui radica a escolha do título deste estudo: porquanto a justiça e o Direito, nascidos como uma ilha, terão de se converter, em cada tempo histórico-cultural e em cada estação político-económica, em autênticos arquipélagos. Isto porque, como é consabido, o saber que o Direito é e a técnica em que consiste a sua aplicação judicial reclamam integração, por vezes fusionalidade, entre objetos e quadros de valores e desvalores que se situam aquém ou além do Direito, numa matriz que é perpetuamente tecida pelas relações sociais e económicas, influenciada aquela pela abóboda ideológica onde esses relacionamentos se projetam e, em simultâneo, são determinados e condicionados, quando não estrangidos, e onde são desenhadas as leis e as decisões de aplicação.

Observando o Direito, a justiça e os correspondentes sistemas onde se definem e inscrevem os valores e desvalores, as crenças e o reconhecimento de direitos subjetivos ou a

imposição de deveres, constata-se que o primeiro, quando *fabricado* ao abrigo do Estado de Direito democrático – realçamos o qualificativo, na medida em que de Direito são todos os Estados, mesmo os autocráticos, pois produzem as suas próprias normações legitimadoras – elege como um dos principais fulcros a pacificação e a tranquilidade da comunidade, o mesmo é dizer: a homeostasia social, geradora de confortabilidade (possível? desejável?) para os cidadãos. Por isso aquela sintética e expressiva ideia de Teixeira (1848), quando proclamava o Direito como a medida do justo: o problema da mensurabilidade é que pode levantar alguns obstáculos sérios...

A justaposição que entre o Direito e diversos domínios científicos se pode estabelecer tem o elemento mais saliente no traço de união que exista entre eles, sempre na observância de limites de sensatez; mas é certo que será muito improvável não detetar essa ligação, seja de superfície ou subterrânea, quando nos reportamos às pontes entre o Direito e as Ciências da Pessoa Humana. Ora, estes denominadores comuns são mais do que evidentes, em diferentes quadrantes científicos, estando inequivocamente legitimados pelo objeto epicentral do Direito, logo da justiça, também, e das ciências sociais: a Pessoa. A gênese está colocada na bissetriz do ângulo formado entre o Direito e os comportamentos, uma vez que, sendo o Direito o discurso do Poder, e não só do poder político, incumbe-lhe proceder à gestão dos comportamentos humanos, que é o mesmo que gerir a ordem e as desordens sociais, de acordo com uma vontade política, democraticamente expressa, ou arrogante e despoticamente autoinvestida. Naturalmente que subjaz à vontade política um xadrez de outras vontades, principalmente as derivadas da teia de interesses económicos – o que se reforça no quadro das ditas economias de mercado de raiz neoliberal.

Esta a caminhada encetada, por redor da segunda metade do século XIX, por alguns obreiros dos saberes que desvendaram a necessidade da Psicologia na rota judicial, primeiramente a propósito da credibilidade e da fiabilidade dos testemunhos, depois a respeito da sanidade mental, da vontade no negócio jurídico e da consciência da ilicitude, das adições, entre vários outros fenómenos da mente humana: H. Gross, com a obra *A Psicologia Criminal*, datada de 1898; H. Munsterberg, com *Psicologia e Crime* (1908); U. Fiore, com o *Manual de Psicologia Judiciária* (1914); e E. Altavilla, autor da obra *Psicologia Judiciária* (1925), editada em dois grossos volumes, sucessivamente reeditados e melhorados até à data do seu decesso, foram alguns dos que produziram a iniciação às pesquisas sobre estas ligações, provindos quase todos do mundo das leis, mas nele não encontrando eco nem resposta por parte dos mandamentos jurídicos para as angústias suscitadas pela administração da justiça (POIARES, 2001; 2008). Registe-se que, decénios depois, Spirolazzi reensaiaria uma aproximação entre a justiça e as ciências da mente, com uma obra em formato de dicionário, destinada a “[...] proporcionar

aos práticos do direito um instrumento que, no seu trabalho diário, possa ser uma ajuda válida para a compreensão da terminologia e dos conceitos de uso corrente na prática médico-legal em matéria psicológica e psiquiátrica [...]” (SPIROLAZZI, 1965, p. 5). Entre nós, cumpre destacar as abordagens inaugurais alusivas à concertação entre o Direito, a Sociologia e a Psicologia, da autoria de Afonso Costa – fundador de uma escola denominada, não por acaso, Faculdade de Estudos Sociais e Direito de Lisboa (1913), sucedendo à Faculdade de Ciências Económicas e Políticas (1911) – que deu à estampa, em 1895, na tese *Do serviço de peritos no processo criminal: legislação portuguesa, crítica e reforma*, relevantes contributos para o redimensionamento do sistema de justiça, assente na avaliação das capacidades mentais dos depoentes convocados a comparecer em juízo. Se hoje é praticamente pacífica, por exemplo, a conjugação entre Direito e Economia, ainda que há quarenta anos muito posta em causa, na sequência das teorias económicas de Milton Friedman, legitimadoras, de resto, das políticas de Reagan, também a permeabilização às ciências do comportamento, iniciada em meados a centúria de Oitocentos, é cada vez mais justificada: atente-se na teoria de Hart (2007), quando define o Direito como um modo de fixação de comportamentos, isto é: uma forma de os estabelecer, gerir e punir, no seio da quadriculatura social a que se refere Foucault, na obra *Vigiar e punir – o nascimento da prisão* (1977). Esta linha de raciocínio aparece também explícita, de certa forma, em obras portuguesas, de autoria de juristas, como Baptista Machado (1987) ou A. Hespanha (1993; 2007), o que abre crise na pretensa cientificidade do Direito legislado e, conseqüentemente, da sua aplicação judicial, oferecendo-se ambas as valências antes como técnica ou arte (MACHADO, 1987). Por estas razões, Piaget (1970/1973), classificando as ciências sociais e humanas, introduzia o nível das ciências jurídicas, atribuindo-lhes um nível bastante diferenciado no caleidoscópio científico (SANTOS, 1988).

3

A justiça remete para *a virtude primeira das instituições sociais*, como escreveu Rawls (1993, p. 27); situa-se, pois, na função de entidade de gestão disciplinar da sociedade, tendo-se emancipado formalmente dos outros poderes, no continente europeu, no seguimento da defesa intransigente que da separação de poderes Montesquieu fizera, em 1748, estando vocacionada para gerir a conflitualidade social; e, numa democracia, ainda que seja meramente formal, está sujeita a escrutínio e crítica pelos cidadãos, tal como os dois outros segmentos do poder: escrutínio e crítica esses que extravertem o espaço quer de um país quer da comunidade internacional, perfilando-se no chamado tribunal da História, de que se ocupa a obra *Quem é o juiz? Para acabar com o tribunal da História*, de Daniel Bensaid (2000). Com efeito, como refere este autor, “um mal domina esta época:

a mania de julgar. O processo invade a via pública. Toda a gente parece querer julgar toda a gente, como se essa escalada judiciária fosse capaz de disfarçar o obscurecimento da política e a debilitação do civismo.” (BENSAID, 2000, p. 7).

Será que esta mania de julgar está isenta de princípios de vindicta? Traduzir-se-á num modo de renovação da retribuição mais clássica? Acresce que alguns sentimentos de insegurança mais reforçados determinam os apelos sociais à vingança e ao castigo, sendo por vezes acompanhados pelos poderes (ou pelos contrapoderes) e são quase sempre tema forte de certos *media*². Basta estar atento à imprensa para se constatar como a justiça, em sentido popular (ou folclórico), aparece servida em doses generosas de chamamentos à vingança e, não raramente, estimulando o ódio. O discurso político das últimas décadas está cheio de exemplos de ações ditas justiceiras, que mais não são do que acontecimentos criminais, visando minorias, sejam políticas, étnicas ou de costumes: a xenofobia e a homofobia ilustram perfeitamente o que ora se afirma.

Se é certo que, tempos houve – ou há ainda? – em que, como escreveu Pascal, as pessoas, ao julgar, assumiam o papel de Deus, não é menos verdade que continuamos a viver agora imersos numa filosofia hipercriminalizadora, caracterizada pela *dinâmica cega da criminalização*, sobre a qual discorreu Delmas-Marty (1984), que gera mais entropia que carrega benefícios, tornando-se tributária, segundo vários autores, da reprodução das fraturas sociais, da exclusão e da própria criminalidade a que, ironicamente, pretendia obviar: os trabalhos de L. Hulsman, em especial a obra editada em 1982/1993, em colaboração com J. B. de Celis, e de A. Baratta (1982), são, de resto, ilustrativos desta ancoragem. Curiosamente, quando a criminóloga francesa trabalhou o conceito de *dinâmica cega da criminalização*, em França, nos anos Oitentas, a Europa e o mundo estavam ainda longe da situação atualmente verificável.

Algumas destas asserções, que têm sido identificadas com um certo radicalismo, acabam por se revelar na constatação de como os territórios da justiça são escorregadios no que tange às recidivas de comportamentos criminais, conjuntamente com a confirmação de que os seus “clientes” descambam frequentemente para os lados da exclusão social, obrigando os profissionais do foro, juristas ou psicólogos forenses, a movimentarem-se entre os rios das populações fragilizadas e mais vulneráveis que circulam no meio judiciário e que tendem para as franjas excluídas: mas também em sentido contrário. Com efeito,

² Nota do Editor-Associado: no Brasil, usa-se mais o termo Inglês “midia”, sendo que ambas são equiparadas a “imprensa”.

existem movimentos constantes entre o crime, as prisões e a exclusão social, em ambos os sentidos, deslocando-se as pessoas de um para outro dos lados como se gozassem de um livre-trânsito: é o vaivém entre a criminalidade e os seus dispositivos de punição, *maxime* as penitenciárias, e as zonas de exclusão. Por isso é limitador – e apenas concebível no quadro da ignorância desta realidade – pretender estudar ou intervir em meio judiciário, seja pelo Direito ou pela Psicologia Forense, sem conhecimentos em matéria de exclusão. A justiça, em particular a penal, e as suas polícias variadas, e as suas prisões, quase sempre de miséria, como acentua Wacquant (1996), convertem-se em locais aonde os desvios e as disfuncionalidades, o crime e a exclusão se autorreproduzem com rédea solta. As prisões são, em qualquer parte do mundo, um analisador do estado de democraticidade de um país – e da sua capacidade para se reinventar na boa gestão disciplinar, que passa inevitavelmente pelo apoio dos técnicos e cientistas do comportamento. Recorde-se, a este propósito, um pequeno texto de Miguel Torga sobre os riscos da reclusão: “De uma criatura digna que dava entrada no covil saía muitas vezes, dias, semanas ou mesmo meses depois, um trânsfuga, um traidor, um covarde – um ser psicológica, quando não fisicamente desfigurado, que a si próprio se desconhecia.” (1974). A justiça penal não pode compactuar com estas situações, ainda existentes no tempo contemporâneo, devendo afirmar-se como reinseridora e reprogramadora das pessoas que delinquiram.

Razão tinha G. Radbruch (1979) ao advogar que não é preciso um melhor Direito Penal, mas antes algo melhor que o Direito Penal... Os decénios entretanto volvidos deram-lhe razão: ainda não se construiu algo melhor, mas acentuou-se, em muitos casos e em várias coordenadas geopolíticas, a incidência da criminalização e dos seus instrumentos repressivos, muitas vezes sem que tenha havido o cuidado elementar de estudar as possíveis soluções antes de as converter em letra de lei. Tem-se assistido ao recrudescimento de medidas securitárias, primando, não raramente, pela violência institucional, que engendra mais violência, numa espiral que parece não conhecer contenção: basta ler os relatórios da Amnistia Internacional, relativos à maioria dos Estados, ou atender às constantes violações de regras basilares da cartilha de direitos fundamentais para se perceber quão necessária é a conquista almejada por Radbruch. Por tudo isto, investigar, estudar ou pretender intervir nos campos da justiça sem possuir ferramentas para se operar em termos de exclusão é uma perfeita enormidade; e quando alguns teóricos procuram convencer que se pode aprender Psicologia Forense, e intervir, sem conhecimentos de exclusão, como já assistimos, podemos ficar seguros que o desconhecimento mais cruel ou o nefelibatismo assentaram por essas bandas.

4

Cabe uma interpelação: será que a justiça pode ser atemporal e estar imune face ao contexto mais amplo em que se movimenta? Ou pode ser a-histórica? Ou existirá uma dimensão ecotemporal da justiça, com coordenadas políticas, económicas, culturais?

Acreditamos que a resposta a esta última questão terá de ser afirmativa; e não apenas no campo mais ostensivo e histriónico da justiça, a penalidade, mas também nas demais jurisdições. Uma das virtudes do Direito e da justiça consiste, como preconizou J.-J. Rousseau, em 1762, no facto de que “um povo é sempre senhor de mudar as suas leis, mesmo as melhores”, o que se liga ao princípio proclamado na Declaração de Independência dos EUA, em 1776, de ao povo ser legítimo abolir qualquer forma de governo quando ela se afasta daquilo que são os objetivos essenciais da criação humana: a liberdade e a felicidade. A justiça tem um tempo seu – passado, presente, porvir – mas deve ser apreciada e criticada em respeito também pela dimensão ecológica e temporal; como ensina Ost (2001), há um tempo do Direito, marcando comportamentos normativos e interditos, prescrições e proscricções, em flutuações que são a resultante do jogo de xadrez que se trava entre poderes e ideologia, relações socioeconómicas, cultura. No fundo, “um tempo que já não continua a ser exterior às coisas, como um contentor formal e vazio, mas que participa da sua própria natureza.” (OST, 2001, p. 13). Mas o tempo de Direito e o tempo de justiça não são habitualmente coincidentes: donde o desapego das comunidades face a uma justiça que tarda e retarda, o que mais acentua o processo de não identificação pessoas-tribunais; uma justiça representada socialmente como injusta, por tardar, encerra perigos para que já Beccaria advertia, nos idos de 1764.

À justiça cumpre assegurar e dar validade material à liberdade humana: trata-se de um esforço fundamental, que Hannah Arendt (1988), em *Conditions de l'homme moderne*, (p. 313) explicitava, referindo que se os homens são livres agora, terão dificuldades em garantir que continuarão a sê-lo no futuro, porque as consequências da ação individual podem ser imprevisíveis – o que impõe a adoção de normativos adequados e de acentuadas capacidades e competências por parte daqueles que têm a missão de os aplicar, em ordem à preservação absoluta da liberdade.

Todavia, um problema que subsiste é o de as pessoas não se reverem nas leis que, tão frequentemente, não podem entender e que parecem, em múltiplos casos, ter sido construídas justamente para que os seus destinatários as não entendam; Delfim Santos, em 1948, curiosamente nas páginas do finado *Boletim do Ministério da Justiça*, versava este tema, advertindo para a possibilidade de os cidadãos não se encontrarem nas malhas legais, perdidos na abstração de um hipotético homem medial que, de facto, não existe.

Fora este, aliás, o busílis primordial da conceção liberal de Direito e de sociedade, na centúria de Setecentos, após a revolução francesa, e na de Oitocentos. Alicerçando-se, teoricamente, na liberdade e na igualdade formal, tais leis e correspondentes modos aplicativos recaíam na desigualdade material, criando fissuras tremendas na estruturação social e acarretando injustiças graves: jurídicas e socioeconómicas. Recorde-se que há quase uma centúria, em 1925, a obra de Kafka, *Der Prozess*, convocava à reflexão sobre o perigo de uma justiça tirânica, persecutória e de exclusão: mas as sociedades hodiernas não conseguiram captar os ensinamentos que daí emanavam; como também não souberam aprender com o romance *L'Étranger*, de A. Camus (1942/2016), que evidencia todo o absurdo de algumas formas de aplicação da lei – mas também o absurdo e a mesquinhez de alguns dos aplicadores do Direito, desde polícias a magistrados judiciais e procuradores; e não apenas nos tempos de antanho, como resulta das perseguições políticas a que se assiste ainda no momento presente, em vários locais do mundo...

O ato de julgar e a compulsão demagógica e populista de trazer para a ribalta o que deveria viver mais em recato, a nova *tentação totalitária*, para nos apropriarmos de uma expressão cunhada por Jean-François Revel (1976), veio conceder lei de livre circulação a fenómenos cuja perniciosidade parece evidente e se revela na *overdose* de mediatização da justiça, realidade mais ao serviço dos interesses dos grupos económicos que gravitam nos *media*, e que sabem que existe uma espécie de *voyeurismo* social com os acontecimentos judiciários, do que do elementar direito/dever de informar e ser informado. Afigura-se-nos que a justiça deve começar a aprender a comunicar por si mesma, fazendo cada vez mais sentido a criação, nos tribunais, de gabinetes de comunicação, geridos por profissionais, que seriam muito mais transparentes do que as falas dispersas, quase sempre poluentes, ou algumas notas divulgadas pela Procuradoria-Geral da República, cujos tempos comunicativos nem sempre se mostram adequados – para não referir os textos, que nem sempre primam pelo bom senso. Até porque a justiça é como a mulher do velho César: ser séria não lhe basta, tem de o parecer.

Alguns factos de mediatização do judicial, envolvendo a conversão histórica de acontecimentos em acontecidos e meta-acontecimentos, seriam cómicos, não houvesse tragédia subjacente. Daremos apenas um exemplo: o caso do *Estripador de Lisboa*, descoberto, dentro de aspas, na sequência de uma rábula televisiva de nula qualidade, por uma jornalista por alguns considerada *expertise* em casos complicados, que descambou na típica graça pesada. Assentando numa vaga de homicídios que, nos anos Oitentas, assolara Lisboa, sendo as vítimas todas mulheres que se prostituíam, crimes que as polícias portuguesas nunca resolveram, um concorrente a um programa televisivo, tendo que produzir uma afirmação falsa, decidiu “informar” ser filho do autor de tais assassínios. Uma jornalista, Felícia Cabrita, que se tornara mais conhecida em razão dos processos

Casa Pia e Operação Marquês, envolvendo o antigo Primeiro-Ministro José Sócrates, processos em que funcionou também como produtora de opinião, aproveitou o caso para denunciar o alegado homicida – que acabou detido sob suspeita de ser mesmo o tal criminoso que matava prostitutas. Este caso, que trazemos à colação pelo inerente dramatismo, denuncia bem a pobreza cultural, intelectual e ética de certa imprensa e de alguns dos seus atores, consubstanciando a busca de protagonismo e de lucros a qualquer preço e sobre os direitos de terceiros. E as culpas destes eventos não podem ser atribuídas unicamente aos autores materiais, pois há coniventes que, a troco de vantagens comerciais ou de interesse político, nelas consentiram.

Afinal, o problema da credibilidade e da fiabilidade judiciárias não se coloca apenas face a testemunhas, mas também no que tange a jornalistas. Pergunta porventura incómoda: que consequências advieram para esta jornalista?... Hespanha (2007, p. 10) alude a *uma ditadura doce dos meios de comunicação social que, além de confundir simplicidade com simplificação, torna automaticamente aceites os pontos de vista mais problemáticos*. Reina a impunidade.

A justiça não é, não pode ser, a-histórica: inscreve-se num processo histórico, na sua dialética, e é ela própria também uma grelha de leitura da História e dos seus movimentos. Concomitantemente, adapta-se a cada época da processologia histórica, tem o tempo como marca de água e deve evoluir e fazer evoluir o Direito – desde logo, porque está em contacto direto com a realidade e esse facto é suficiente, em inúmeras situações, para lhe rasgar horizontes e a fazer compreender a mudança social, apoiando o Direito na reprogramação, ou reconfiguração, da traça legislativa, mormente nos domínios jurídicos que privilegiam as emoções sobre os cifrões.

A justiça não se pode abstrair do tempo e do modo em que se situa – complementos circunstanciais da maior relevância e que revestem sentido no contexto da dimensão social a que nos reportámos. Porque a justiça não pode estar imunizada face ao país concreto e não pode mergulhar numa indiferente abstração, como se em vez de pessoas, trabalhasse com cifras estatísticas, ou como se as emoções não constituíssem o acervo maior de quem passa pelo sistema ou pelos dispositivos de controlo social – e não só na jurisdição penal, antes em todas. Aqui se situa o espaço, permanentemente aberto, para a Psicologia Forense, ramo científico que capta, descodifica, compreende e explica os comportamentos transgressivos e criminais, e para a intervenção jus psicológica. Aqui se localiza a constituição de variados conglomerados científicos da justiça e do Direito, técnicas e artes, com as ciências que têm por objeto a Pessoa, por exemplo a jus-Sociologia, a jus-Economia, a jus-Psicologia... O Direito científica-se, pois, nestas hibridações.

5

A justiça contemporânea coloca múltiplos riscos, quer pela intrusão mais genérica no espaço privado dos cidadãos – se ainda existir espaço privado, o que é duvidoso – quer pela qualidade de intervenção, onde as delongas, a hipercriminalização e a sobre-regulamentação legislativa se oferecem ambíguas e porventura contraproducentes, sem se esquecer que os erros continuam a decorar negativamente a esfera de ação do judicial.

Dever-se-á cuidar de evitar as civilizações *panópticas*, a que Foucault (1977) se referia, ou a ameaça *big brother*, satirizada por G. Orwell, na obra *1984* – já menos ficção do que aquando da publicação, em 1949, do romance – sempre potenciadoras de sentimentos de insegurança, insistentemente reforçados por repetidos discursos demo-popularuchos ou folclóricos sobre a justiça, que acabarão por conduzir a um apartamento grave entre cidadãos e aparelho judiciário, de que já não estamos muito longe. As sociedades da *era do vazio*, no importante conceito forjado por Lipovetsky (1989), perderam genericamente as crenças em quase tudo, das instituições políticas e dos políticos à justiça e seus atores; estas razões justificam o esforço de se reforçar a dimensão social da justiça, para recorrer a uma expressão de Francisco Marcelo Curto (1992), a qual deve ser concebida como atributo imprescindível da cidadania plena – que é a linha diferenciadora entre exclusão e inclusão. Esta dimensão tem de estar suficiente e claramente inserida na matriz do Estado social de Direito, para que apontavam os documentos fundadores da Comunidade Económica Europeia, desvirtuados, no entanto, pela lógica atual de União Europeia, mais preocupada com políticas e interesses financeiros do que com as pessoas e respetiva qualidade de vida.

Naturalmente que muitos acontecimentos recentes da justiça não serão os melhores conselheiros para que se crie uma ambiência mais saudável que promova a identificação das pessoas com o sistema: alguns processos ou factos mais ou menos recentes poderão ter-se revelado prejudiciais a este desiderato – pense-se, a título de ilustração, na triste figura da autoridade fiscal, em plena época de crise económica, durante a estada da troica, apreendendo, em sede de penhora, bens alimentares perecíveis a uma instituição de solidariedade social, destinados que eram esses bens a matar a fome que grassava em Portugal! Que dizer das sempre recorrentes violações do segredo de justiça, que não podem ter outra causa que não a vontade dos profissionais que operam no sistema judiciário? Que dizer da maneira como a presunção de inocência – coluna sagrada do processo penal, desde os anos Setecentos – é sistematicamente posta em causa, também a partir da aniquilação do segredo de justiça, conduzindo a julgamentos sumários na praça

pública? Que dizer das frequentes atitudes das magistraturas, parecendo, por vezes, aqui e além, por esse mundo fora, mas também aqui, perto de nós, que se fazem valer do poder de julgar para interferir no jogo da política? Pense-se, enfim, como esta justiça não deixa de ser representada socialmente como ambígua, ambivalente, pouco justa.

Estas situações não contribuem para credibilizar a justiça, muito pelo contrário, nem depõem a favor dos seus atores principais; de facto, tornam-se elementos cruciais para que as pessoas desconfiem dos tribunais, dos seus decisores e das decisões que deles dimanam. O que é grave e acarretará, a médio-longo prazo, custos que poderão mostrar-se dramáticos. Cabe uma questão: até que ponto os atores judiciais estão inocentes desta vaga de mediatização da justiça? Ou serão parte do problema em lugar de serem a eventual solução?

Quando aludimos à justiça não nos podemos restringir à visualização dos tribunais e da sua encenação dos dramas dos quotidianos, embora esta seja talvez a componente com maior pregnância; a justiça, na sequencialidade de atos ritualizados e de uma liturgia que conserva traços arcaicos, é por vezes inacessível a profanos e integra uma vertente cénica, constituída por um texto dramático – o caso *sub judice* –, representado por atores principais – as partes, os atores forenses, as testemunhas –, com deixas, cenários, adereços e guarda-roupa específicos; o julgamento, desde tempos ancestrais até aos dias de hoje, é perfeitamente cabível na definição de expressão teatral de C. Molinari (2010). Ora, esta dupla natureza, cénica e solene, acarreta que a justiça apareça como entidade demasiadamente distante, o que pode contribuir para afastar ainda mais as populações da compreensão e assimilação do Direito e do sistema judicial, por não se reverem no discurso e nas práticas dos dispositivos judiciais.

Este distanciamento, resultante, como vimos, da não compreensão por parte de grande parte da população do que se passa para lá da solenidade e dos rituais judiciais, aliado à fragilização da imagem do aparelho judicial e dos seus operadores, faz correr o risco de o cidadão comum reear a justiça em lugar de nela confiar, ou seja: de a considerar como potencial perigo para a sua existência. Não basta não se rever na aplicação judicial do Direito como pode passar a representar esta estrutura fundamental de qualquer sociedade como algo menos sério, logo uma eventual ameaça. As sociedades atuais e os decisores políticos, as universidades e demais produtores de saber devem prestar a maior atenção a estes fenómenos, o que até agora não tem acontecido. Porque podemos estar a caminhar para a completa descredibilização do judicial – e se tal acontecer, é a própria arquitetura democrática que acabará por ameaçar ruína. E porque uma justiça transparente é elemento primordial da democracia e do Estado de Direito democrático.

As sociedades contemporâneas têm revelado fragilidades no campo da justiça, que perpassam vários pontos do globo: atente-se nos incidentes raciais, nos Estados Unidos, nos anos Oitentas-Noventas da centúria anterior, mas também na atualidade, como os acontecimentos de 2015, envolvendo polícias e cidadãos afro-americanos, ou de 2017, na Virgínia; recorde-se o célebre caso O. J. Simpson e a dualidade dos atos de julgar; recuemos a episódios vários em países europeus, como Itália, Espanha, França, Portugal, em que a justiça tem surgido por vezes colada a atitudes políticas – o que, é manifestamente prejudicial à sua imagem e à representação social que dela as populações fazem. Todos estes factos, em plena época de technologização da informação, acabam por se perpetuar e podem ser letais para a descodificação da função da justiça e para a perceção da sua neutralidade política.

Badinter (1998) afirmou, a este propósito: “entramos na idade do tudo judiciário, e as relações de força entre políticos e magistrados inclinaram-se mais a favor destes”; precisa-se, também aqui, alcançar um ponto ótimo de equilíbrio, desjudiciando a política e despolitizando o judicial. Afinal, depois de mais de duas centúrias de separação de poderes, estaremos a assistir à renovação da promiscuidade? O judicial invade a esfera dos outros poderes ou serão estes que convocam aquele para lhes resolver as suas pequenas e médias atribuições?

Estes receios, além de outros, podem causar um perigo adicional, para o qual H. Arendt adverte: o desaparecimento da Política, *engolida na administração e gestão endémica das coisas, nos automatismos mercantis e nos imperativos tecnológicos, acompanhados pela música fácil da noite mórbida de um moralismo de mesquinho reconforto* (1988, p. 260-261). Vivendo-se em sociedades paradoxais, que são, em simultâneo, desregulatórias e excessivamente reguladoras, alicerçadas no económico e no financeiro e com a política remetida para a gestão das agências de *rating*, onde a matriz disciplinar se intensifica, provável é que as *sociedades de risco* tomem o lugar do Estado e que o conceito de segurança se sobreponha ao de solidariedade, como prevê Ost (2001, p. 337). Com efeito, o *Estado propulsivo* sucede ao Estado social, tragado na vaga de pseudoliberalismos e de *terceiras vias* comprometidas com o *status* – como antecipou Morand (1991). E a realidade atual parece dar razão a estes receios, de Arendt, Morand e Rosanvallon (1981). Nesta linha, há o risco de, declinando a justiça em sentido distributivo, se sobrepor a justiça comutativa e de o juiz substituir o político, passando-se do paradigma lançado por Marx (a luta de classes) para outro, que transfere as reivindicações para os *fora* judiciários (OST, 2001, p. 341); e seriam estes, os juízes e magistrados do ministério público, a *arbitrar* as questões de classe que sempre se colocam em cada sociedade, independentemente do modo de produção dominante. E (talvez) o absurdo ficasse instalado nas sociedades coetâneas...

6

Mas esta é apenas uma parcela da justiça, que se reparte por outras, como as prisões, ou as polícias, ou a reinserção social – temas riquíssimos que reclamam abordagens específicas. E onde, em todos estes quadrantes, a necessidade de arquipélago está justificada, porquanto a justiça se enriquecerá nos cruzamentos e nas fusionalidades que souber constituir; e aqui a função da Psicologia Forense assume particular magnitude.

Já que aludimos à necessidade, urgente, frise-se, de constituir gabinetes de comunicação nos tribunais, com cariz profissional e não a cargo de “pessoas jeitosas” – porque de “jeitosos” estão as instituições saturadas – cabe registrar outra carência que reclama solução pronta e eficaz: a criação de gabinetes de Psicologia Forense nas instâncias judiciárias, também formados por técnicos qualificados e com grau acadêmico na área e não por outra estirpe de “jeitosos” – por exemplo, psicólogos de qualquer área que, por desocupação, tentam arranjar trabalho na vertente onde existem maiores necessidades. Estes gabinetes devem estar presentes em todos os dispositivos judiciários, das polícias e dos tribunais de instrução, aos tribunais de julgamento e de recurso, em todos os graus e qualidades de jurisdição, das prisões aos serviços sociais e de reinserção, servindo de grelha de leitura dos comportamentos daqueles cujas rotas existenciais colidem com os cânones e os mandamentos de Direito.

A justiça deve-se *arquipelagizar*, isto é: deve ser capaz de deixar para trás o tempo do isolamento, das ideias da onipotência e da onisciência, muito convenientes em termos políticos, provindas porventura da associação ancestral entre poder temporal e poder religioso, dessacralizar-se e abrir-se ao mundo. Inaugurar uma nova estação, que será também o tempo de se redimir face às populações que nela não se reveem.

7

Esta viagem em volta da justiça não tem propriamente uma conclusão; a única viável é que está tudo em aberto, dependendo de nós e da nossa capacidade criativa e do pensamento livre e crítico que sejamos capazes de desenhar – porque só o pensamento é emancipador!

Da âncora em que nos apoiamos, observamos a justiça como uma ilha de outrora que, sabiamente, se tem aproximado de outras ilhas, afinal suas irmãs, traçando uma trajetória perene, que se traduz num arquipélago. Que deve ser mantido como arquipélago, não cedendo à tentação, outra vez totalitária, de se fundirem e confundirem as ilhas numa só. A contribuição da Psicologia Forense – assim comodas demais Ciências da Pessoa –

consubstancia este objeto e projeto dialético e pós-disciplinar: porque todas as ilhas são necessárias à justiça, porque todas as ilhas precisam de uma justiça serena. Mas à Psicologia Forense, assim como os outros saberes que são da justiça contribuintes, devem trabalhar conjunta e solidariamente em prol deste desígnio, que é pedra angular das sociedades que asseguram a gramática dos direitos humanos.

Cabe-nos a todos alcançar tal desiderato. Porque não há, ao contrário do que se afirma, um tempo da justiça: há, outrossim, um tempo das Pessoas, assim, com maiúscula, dos seus direitos e dos seus deveres, ambos se encadeando na *árvore da cidadania plena*.

REFERÊNCIAS

ALTAVILLA, Enrico. **Psicologia judiciária I**: o processo psicológico e a verdade judicial. Coimbra: Arménio Amado, 1981.

ALTAVILLA, Enrico. **Psicologia judiciária II**: personagens do processo penal. Coimbra: Arménio Amado, 1982.

ARENDT, Hannah. **Condition de l'homme moderne**. Paris: Calmann-Lévy, 1988.

BADINTER, Robert. Avant-propos (prefácio). In: CHALANDON, Sorj; NIVELLE, Pascale. **Crimes contre l'humanité**: Barbie, Touvier, Bousquet, Papon. Paris: Plon, 1998.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica del diritto penale**: introduzione alla sociologia giuridico-penale. Bologna: Il Mulino, 1982.

BECCARIA, Cesare. **Tratado dos delitos e das penas**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2014.

BENSAID, Daniel. **Quem é o juiz?** Lisboa: Piaget, 2000.

CAMUS, Albert. **O estrangeiro**. Lisboa: Livros do Brasil, 2016.

COSTA, Afonso. **Commentario ao codigo penal portuguez**: introdução, escolas e principios de criminologia moderna. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1895.

COSTA, Afonso. **Do serviço de peritos no processo criminal**: legislação portuguesa, crítica e reforma. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1895.

CURTO, Francisco Marcelo. **A dimensão social da justiça**. Mem Martins: Europa-América, 1992.

DA AGRA, Cândido Mendes Martins. Epistemologia, ciência e patologia mental: desviância juvenil e toxicomania: um analisador epistémico. In: **Análise Psicológica II**, Lisboa, Ed. ISPA, p. 529-545, 1982.

DA AGRA, Cândido Mendes Martins. **Science, maladie mentale et dispositifs de l'enfance**: du paradigme sociologique au paradigme systemique. Lisboa: Instituto Nacional de Investigação Científica, 1986.

DELMAS-MARTY, Mireille. A criação das leis e sua recepção pela sociedade. In: Congresso Internacional de Criminologia, 9. Lisboa: Ministério da Justiça, 1984. p. 99-126.

FERNANDES, A. Baharona. O homem perturbado pela droga. In: Colóquio sobre a "Problemática da droga em Portugal". **Actas...** Lisboa: Academia das Ciências de Lisboa, p. 1-21, 1987.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 1977.

FLORIOT, René. **Erros judiciários**. Tradução de Orlando Neves. Lisboa: Círculo de Leitores, 1972.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. Tradução de Armindo Ribeiro Mendes. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2007.

HESPANHA, António Manuel. **Justiça e litigiosidade**: história e prospectiva. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993.

HESPANHA, António Manuel. **O caleidoscópio do direito**: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje. Coimbra: Almedina, 2007.

HULSMAN, Louk; DE CELIS, Jacqueline Bernat. **Penas perdidas**: o sistema penal em questão. Tradução de Maria Lúcia Karam. Rio de Janeiro: Luam, 1993.

KAFKA, Franz. **O processo**. Lisboa: Relógio D'Água, 2009..

LIMA, S. **Introdução à psicologia**: lições policopiadas. Coimbra: Machado Gonçalves, 1958.

LIPOVETSKY, Gilles. **A era do vazio**. Lisboa: Relógio D'Água, 1989.

MACHADO, João Baptista. **Introdução ao direito e ao discurso legitimador**. Coimbra: Almedina, 2007.

MOLINARI, Cesare. **História do teatro**. Lisboa: Edições 70, 2010.

MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. Lisboa: Edições 70, 2011.

MORAND, Charles- Albert. **L'État propulsif**. Paris: Publisud, 1991.

MORIN, Edgar. **O paradigma perdido**: a natureza humana. Lisboa: Europa-América, 1973.

ORWELL, George. **1984**. Lisboa: Bertrand, 2007.

OST, François. **O tempo do direito**. Lisboa: Piaget, 2001.

PASUKANIS, Evguiéni. **Teoria geral do direito e o marxismo**. Coimbra: Centelha, 1972.

POIARES, Carlos Alberto. **Análise psicocriminal das drogas**: o discurso do legislador. Porto: Almeida & Leitão, 1999.

POIARES, Carlos Alberto. Da justiça à psicologia: razões & trajectória. In: POIARES, Carlos Alberto. (Coord.). **Sub Judice: psicologia e justiça: razões e trajectos**, Coimbra, Ed. DocJuris, n. 22-23, p. 25-36, 2001.

POIARES, Carlos Alberto. Psicologia na formação de juristas: nos interstícios juspsicológicos. In: AMARAL, Diogo Freitas do; ALMEIDA, Carlos Ferreira de; ALMEIDA, Marta Tavares de. **Estudos comemorativos dos 10 anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, I**. Coimbra: Almedina, 2008. p. 755-769.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. Coimbra: Arménio Amado, 1979.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Lisboa: Presença, 1993.

REVEL, Jean-François. **La tentation totalitaire**. Paris: Robert Laffont, 1976.

ROSANVALLON, Pierre. **La crise de l'État-providence**. Paris: Le Seuil, 1981.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social ou princípios do direito político**. Mem Martins: Europa-América, 1999.

SANTOS, António Carlos dos. Piaget e a teoria do direito. In: **Análise Psicológica**, n. IV, Ed. Instituto Superior de Psicologia Aplicada, p. 319-358, 1986.

SANTOS, Delfim. Psicologia e direito. In: **Boletim do Ministério da Justiça**, n. 6, p. 5-16, 1948.

SPIROLAZZI, Gian Carlo. **Dicionário de psicopatologia forense**. Tradução de Mário Maldonado. Coimbra: Atlântida, 1965.

TEIXEIRA, António Ribeiro de Liz. **Curso de direito civil portuguez**: ou commentario às instituições do Sr. Paschoal José de Mello Freire sobre o mesmo direito. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1848.

TORGA, Miguel [Adolfo Correia Rocha]. **A criação do mundo**. Alfragide: Dom Quixote, 1999.

WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. Oeiras: Celta, 1996.

Submissão em: agosto de 2017

Pareceres favoráveis em: outubro de 2017

As “Condições” de uma *Informação Prévía* Condicionada: quando a condição está dependente do próprio município

FERNANDA PAULA OLIVEIRA *

* Doutora em Direito pela Universidade de Coimbra. Professora na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Autora, dentre outros, dos seguintes livros: “Escritos Práticos de Direito do Urbanismo” (Coimbra: Almedina, 2017); “As Freguesias em Portugal: que futuro?” (Braga: Aedrel, 2017, em parceria com António Cândido de Oliveira e Carlos José Batalhão); “Alojamento Local e o Uso da Fração Autónoma” (Coimbra: Almedina, 2017, em parceria com Dulce Lopes e Sandra Passinhas); “Regime Jurídico da Urbanização e Edificação - Comentado” (Coimbra: Almedina, 2016, em parceria com Maria José Castanheira Neves e Dulce Lopes); “As áreas Urbanas de Génese Ilegal (AUGIs) no Contexto da Política de Legalização” (Coimbra: Almedina, 2016, em parceria com Dulce Lopes); “Classificação do Solo no Novo Quadro Legal” (Coimbra: Almedina, 2016, em parceria com Jorge Carvalho); “Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial - Comentado” (Coimbra: Almedina, 2016), “As Alterações ao Regime Jurídico da Urbanização e Edificação em Perguntas e Respostas” (Coimbra: Almedina, 2016) e outros 54 livros.

1 RAZÃO DE ORDEM

Com o presente artigo, pretendemos dar tratamento a uma questão de cariz essencialmente prático que surge com frequência na gestão urbanística municipal portuguesa. Trata-se de saber que efeitos devem ser reconhecidos a uma informação prévia condicionalmente favorável, quando o cumprimento das condições impostas fica dependente, em exclusivo, de uma atividade da própria Administração municipal que as impõe. A questão adquire particular relevo quando o Município não dá cumprimento às referidas condições no prazo de um ano a contar da notificação do deferimento da informação prévia favorável.

De forma a tornar clara a questão que aqui visamos tratar, iniciaremos o nosso percurso com a caracterização, no ordenamento jurídico português, da figura jurídica da informação prévia e dos conteúdos e efeitos que a mesma pode assumir (itens 2 e 3) para nos debruçarmos, de seguida, sobre a questão prática que aqui nos propomos tratar (itens 4 e 5).

¹ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 555/99, de 16 de dezembro, e que já teve várias alterações, sendo a última mais relevante a introduzida pelo Decreto-Lei n.º 136/2014, de 9 de setembro (retificado pela Declaração n.º 46-A/2014, de 10 de novembro).

2 CARACTERIZAÇÃO GENÉRICA DO PEDIDO DE INFORMAÇÃO PRÉVIA

i. De acordo com o disposto no n.º 1 do artigo 14.º do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação (doravante RJUE)¹,

qualquer interessado pode pedir à câmara municipal, a título prévio, informação sobre a viabilidade de realizar determinada operação urbanística² ou conjunto de operações urbanísticas diretamente relacionadas, bem como sobre os respetivos condicionamentos legais ou regulamentares, nomeadamente relativos a infraestruturas, servidões administrativas e restrições de utilidade pública, índices urbanísticos, cércas, afastamentos e demais condicionantes aplicáveis à pretensão.

A *informação prévia* fornecida pela Câmara Municipal na sequência deste pedido, assume a natureza jurídica de *ato administrativo*, distinguindo-se do *direito à informação* também legalmente previsto (artigo 110.º do RJUE), desde logo pela diferente natureza do pedido formulado pelo interessado: enquanto no *direito à informação* o requerente pretende saber quais as normas em vigor para uma determinada área ou se esta é abrangida por servidões administrativas, restrições de utilidade pública ou outras condicionantes ao uso dos solos (cfr. alínea *a* do n.º 1), no *pedido de informação prévia* o requerente tem em vista uma *concreta pretensão urbanística*, servindo este pedido para que a Administração verifique, tendo em conta as normas urbanísticas em vigor, se tal pretensão pode ser realizada e, portanto, vir a ser deferido um eventual pedido de licenciamento que o interessado venha a apresentar em momento posterior.

Trata-se, pois, de uma *faculdade* reconhecida a qualquer interessado de solicitar à Câmara Municipal informação sobre a possibilidade de realizar *certa operação urbanística*, bem como os respetivos condicionamentos urbanísticos, mediante a apresentação de um conjunto de elementos suficientes para habilitar aquele órgão a proferir um juízo de viabilidade sobre tal pretensão (ALMEIDA, 1994, p. 823-826)³.

² O conceito de operação urbanística é um conceito genérico que o RJUE utiliza para se referir às várias intervenções urbanísticas no território, em regra de iniciativa privada, abrangendo as operações de loteamento, as obras de urbanização, as obras de nova construção, as intervenções sobre edificações existentes (conservação, reconstrução, alteração e ampliação de edifícios ou outras construções), os trabalhos de remodelação de terrenos bem como as demolições.

³ Embora facultativo, o instituto é de grande utilidade, dando sequência a uma prática mais ou menos corrente ao longo dos anos que equivale à apresentação de “estudos prévios” ou “anteprojectos”, que permitem à Administração uma primeira abordagem à pretensão urbanística dos particulares.

Com o pedido de informação prévia, o interessado desencadeia um procedimento que lhe permite economizar tempo e custos – já que, sabendo de antemão que a pretensão não é viável, não mandará elaborar os respectivos projetos nem apresentará um pedido de licenciamento que sabe, logo à partida, será indeferido – e garante, ainda, maior certeza quanto à viabilidade da pretensão que pretende levar a cabo, na medida em que os traços essenciais daquele projeto são preliminarmente apreciados e avaliados para Administração no âmbito deste procedimento.

Do ponto de vista jurídico, o ato pelo qual a Administração responde ao pedido apresentado pelo particular não é uma atuação de natureza meramente declarativa ou informativa, tratando-se, antes, como dissemos, de um verdadeiro *ato administrativo* que se pronuncia, de forma *prévia* ou *antecipada*, sobre uma determinada operação urbanística, permitindo ao particular antever a decisão que será tomada pela Administração no subsequente procedimento a desencadear para a realização da pretensão (em regra um procedimento de licenciamento, hoje também uma comunicação prévia⁴).

Como ato prévio, o pedido tem uma natureza *meramente verificativa* e não permissiva, na medida em que não é com base nele que o particular pode promover e executar a operação urbanística pretendida; para tal terá de dar início a outro procedimento *tendente ao licenciamento ou à entrega da comunicação prévia da operação urbanística*. No caso do licenciamento, é a licença o ato que se pronuncia, de forma final e definitiva, sobre a operação urbanística, tendo, por isso, natureza permissiva. No caso da comunicação

⁴ A comunicação prévia consiste numa “[...] consiste numa declaração que, desde que corretamente instruída, permite ao interessado proceder imediatamente à realização de determinadas operações urbanísticas após o pagamento das taxas devidas, dispensando a prática de quaisquer atos permissivos.” (n.º 2 do artigo 34.º do RJUE).

Trata-se do cumprimento de um dever, por parte do interessado, de informar à Administração da realização da operação urbanística (por exemplo, para efeitos de pagamento de taxas devidas, de eventual fiscalização ulterior, do cumprimento de requisitos normativos ou outros efeitos semelhantes), não dependendo de (nem exigindo uma) qualquer reação da Administração para que operação urbanística possa ser iniciada ou realizada, embora não dispense o particular de cumprir as regras previamente definidas, devendo inclusive naquela comunicação responsabilizar-se por isso.

Trata-se de uma solução pela qual se substitui o princípio da autoridade pública pelo princípio da autorresponsabilização dos particulares: em vez de mecanismos de controlo assentes em procedimentos de autorização administrativa, criam-se formas de controlo prévio da responsabilidade dos próprios interessados em desenvolver a atividade que tem algum potencial de risco e cujo desenvolvimento se mantém, por isso, dependente da observância de requisitos fixados na lei. Por este motivo, a comunicação prévia prevista no RJUE já não surge como procedimento administrativo de controlo preventivo (em que o interessado não pode realizar a operação enquanto a Administração não confirma que esta cumpre as normas aplicáveis), sendo os controlos da Administração quanto à legalidade da atuação do particular apenas e exclusivamente, controlos administrativos efetuados *a posteriori*.

Sobre a configuração da comunicação prévia no RJUE, conferir OLIVEIRA, (2015, p. 256-257).

prévia, também não é a informação prévia que permite realizar a operação urbanística, mas antes a vontade do particular de a levar a cabo, comunicando-a previamente.

ii. Tendo em conta a lógica do pedido de informação prévia acabada de referir, apenas deveria, em princípio, ser reconhecido legitimidade para o apresentar quem tivesse legitimidade para requerer um eventual pedido de licenciamento ou apresentar uma comunicação prévia em momento subsequente. E isto na medida em que naquele procedimento se antecipa a decisão que vai ser tomada nestes.

Era isto, aliás, que acontecia à luz das versões iniciais dos Decretos-Leis n.ºs 445/91, de 20 de novembro, e 448/91, de 29 de novembro, vigentes antes do atual regime, tendo, contudo, a prática posto em causa esta sua característica. Assim, o RJUE veio definitivamente alargar a legitimidade para formular o pedido de informação prévia, permitindo que ele possa ser apresentado por *qualquer interessado*, mesmo que não tenha qualquer direito sobre o terreno no qual se pretende concretizar a pretensão. Com efeito, segundo o n.º 3 do seu artigo 14º “quando o requerente não seja o proprietário do prédio, o pedido de informação prévia deve incluir a identificação daquele bem como dos titulares de qualquer outro direito real sobre o prédio, através de certidão emitida pela conservatória de registo predial”. No caso referido, a Câmara Municipal deve notificar o proprietário e os demais titulares de qualquer outro direito real sobre o prédio, da abertura deste procedimento (cfr. n.ºs 3 e 4 do artigo 14.º).

Embora este alargamento da legitimidade facilite a possibilidade, por exemplo, de um particular interessado na aquisição de um determinado prédio formular, ele próprio, um pedido de informação prévia (o que, com o regime anterior, não era possível, visto tal pedido ter de ser sempre formulado pelo próprio proprietário ou titular de um qualquer direito que lhe conferisse a possibilidade de vir a construir no prédio), a verdade é que se o proprietário do prédio não estiver interessado na venda deste (ou na constituição de um qualquer direito que permita a concretização da operação urbanística), a informação prévia favorável de nada servirá ao seu titular, visto que, não obstante esta, ele não terá direito ao licenciamento ou comunicação prévia se entretanto não tiver adquirido a titularidade de um direito que lhe confira legitimidade para o efeito⁵.

iii. De entre os aspetos mais importantes do regime jurídico deste instrumento sobressai o da *natureza vinculativa* do seu conteúdo para a câmara municipal “[...] na decisão

⁵ Efetivamente após o RJUE a legitimidade para apresentar um pedido de informação prévia para a realização de uma certa operação urbanística num determinado prédio é mais ampla que a legitimidade para requerer o licenciamento (ou de apresentar uma comunicação prévia) dessa operação para o mesmo prédio.

sobre um eventual pedido de licenciamento e no controlo sucessivo de operações urbanísticas sujeitas a comunicação prévia”.

Tal efeito vinculativo apenas se verifica, no entanto, desde que o pedido de licenciamento ou apresentação de comunicação prévia sejam “efetuado(s) no prazo de um ano após a decisão favorável do pedido de informação prévia”, o que significa que a *não apresentação do pedido de licenciamento* (ou a apresentação de comunicação prévia) *dentro do referido prazo de um ano* funciona como condição resolutiva, isto é, como um facto que, a ocorrer, implica a perda dos efeitos vinculativos (e constitutivos de direitos) da informação emitida, determinando a caducidade desta.

A informação prévia favorável é, ainda *constitutiva de direitos* – não, como referimos, do direito a concretizar a operação urbanística (porque não se trata de um ato permissivo), mas do *direito ao licenciamento* (ou, no caso de comunicação prévia, *à preclusão de este constituir um fundamento para o controlo sucessivo*) de um certo projeto, se:

- a) este corresponder ao que foi apreciado no seio do procedimento de informação prévia (note-se, a este propósito, que a própria informação prévia pode ser instruída já com projeto de arquitetura);
- b) o respetivo beneficiário tiver legitimidade (ou a tiver adquirido, entretanto) para formular o pedido de licenciamento ou apresentar a comunicação prévia;
- c) o pedido ou comunicação tiver sido formulado dentro do prazo de um a contar da notificação da informação prévia.

iv. Uma das questões mais delicadas que se coloca a propósito da informação prévia é a das consequências da *alteração*, durante o período da sua vigência, *das regras urbanísticas* que alicerçaram a sua emissão. Pergunta-se, com efeito, em que sentido deve a Câmara Municipal decidir do pedido de licenciamento ou atuar em sede de comunicação prévia baseados em anterior informação prévia favorável à operação urbanística pretendida, considerando que o prazo de eficácia da informação prévia (de um ano) ainda não terminou, mas que, entretanto, se verificaram alterações normativas e a consequente desconformidade regulamentar (ou legal) superveniente da pretensão.

A doutrina anterior ao RJUE assumia ser *muito forte* a proteção do direito do particular constituído pela informação prévia favorável, estando a Câmara vinculada a respeitar o conteúdo da informação prestada na decisão que viesse a tomar no procedimento de licenciamento iniciado dentro do prazo de um ano de vigência da informação prévia, mesmo que, entre a data da decisão sobre esta e a data da decisão do pedido de

licenciamento ou comunicação, entrassem em vigor normas urbanísticas que alterassem o regime até aí vigente na área em causa⁶.

E esta parece continuar a ser a posição maioritária da doutrina quando afirma constituir um dos objetivos fundamentais do pedido de informação prévia “definir o quadro de referência que vai reger a ‘formatação’ dos procedimentos de controlo prévio” que lhe sucedem (REIS; LOUREIRO, LIMA, 2008, p. 86-87) ou apresentando como vantagem conferida ao interessado, pela informação prévia favorável, a salvaguarda “contra vicissitudes do plano” (FOLQUE, 2007, p. 224-225) ou a garantia do seu destinatário “contra as alterações supervenientes da regulação urbanística ou dos critérios de decisão dos órgãos administrativos.” (AMARAL, 2003, p. 263).

E esta é, efetivamente, a solução que, *a priori*, se assume como mais consentânea com o *carácter constitutivo de direitos* e com os *efeitos vinculativos* cometidos à informação prévia.

Assim, sempre que exista uma alteração do quadro normativo vigente (designadamente, a alteração dos planos municipais de ordenamento do território, mas igualmente de normas regulamentares de outro tipo) ocorrerá uma de duas situações:

- a) como regra geral, a não afetação de *anteriores informações prévias favoráveis vigentes (e validamente concedidas)*, face à sua configuração como ato administrativo constitutivo de direitos; ou
- b) a afetação da anterior informação prévia, com a conseqüente desconsideração posterior, aquando da decisão referente ao pedido de licenciamento ou ao controlo posterior da comunicação prévia, atendendo-se às novas regras entretanto entradas em vigor, mas, neste caso, apenas desde que:
 - tal opção seja normativa e expressamente consagrada, designadamente, tratando-se de plano municipal ou intermunicipal de ordenamento do território elaborado ou revisto, nas suas próprias normas;
 - tal opção resulte da ponderação obrigatória de todos os interesses em jogo no planeamento – interesses privados na manutenção das situações juridicamente consolidadas na informação prévia e interesse público no não pagamento de indemnizações pela afetação dessas posições *inferiores* ao interesse público da concretização de um novo modelo de planeamento, através das novas regras, devendo este resultado ser, igualmente, expresso no próprio plano; e, ainda,

⁶ Neste sentido, ao abrigo do Decreto-Lei n.º 445/91, cfr. ALMEIDA, 1994, p. 829-830.

- indemnização dos titulares de *informação prévia favorável vigente*, pela afetação da situação juridicamente consolidada.

Em suma, tendo sido emitida uma informação prévia favorável que aprecia uma certa pretensão à luz de um determinado quadro normativo, é esse mesmo quadro normativo que valerá no âmbito do procedimento de licenciamento ou da comunicação prévia que lhe sejam subsequentes, desde que estes tenham sido iniciados no prazo de um ano a contar da notificação da informação prévia. Tal apenas assim não será se o novo quadro normativo (por exemplo, um novo plano) expressamente determinar em sentido contrário, depois de devidamente ponderada a posição do particular com o interesse público subjacente ao novo quadro normativo, e sempre com o pagamento de uma indemnização por se colocar em causa um direito adquirido do interessado.

v. Refira-se, ainda, que a informação prévia vincula a Câmara Municipal *nos exactos termos da informação prestada*, o que significa que nem sempre a Administração fica obrigada a deferir um eventual pedido de licenciamento ou a não interferir na execução da comunicação prévia. Efetivamente, mesmo que o projeto apresentado se conforme com a informação prévia favorável, a Câmara Municipal poderá sempre indeferir o pedido de licenciamento ou inviabilizar a execução da comunicação prévia com base em qualquer dos fundamentos legalmente admitidos, desde que a razão que motiva o indeferimento ou intervenção municipal não tenha sido objeto de apreciação do pedido de informação prévia, não constando dos elementos entregues pelo interessado nem do conteúdo da informação prestada.

A afirmação de que o carácter vinculativo de uma informação prévia favorável está dependente de o projeto apresentado para licenciamento ou a comunicação prévia corresponder ao que foi apreciado no seio da informação prévia – com a consequência, em relação a todas as restantes questões não apreciadas, de a entidade competente manter amplos poderes de conformação para, caso assim o entenda, e desde que estejam presentes fundamentos legalmente admitidos para o efeito, indeferir o pedido – deve ser devidamente entendida. Com efeito, tal não significa que (toda) a informação prévia perde o carácter vinculativo para a entidade administrativa (e constitutivo de direitos para o interessado) apenas porque se introduzem alterações ao projeto inicialmente apreciado em sede de informação prévia: se relativamente aos aspetos “inovadores” do projeto aquela informação perde o referido efeito vinculativo e constitutivo de direitos, já o mesmo não sucede relativamente àquelas que se mantêm e tenham sido devidamente analisadas em sede de informação prévia. É que a perda, na sua totalidade, do carácter vinculativo da informação prévia apenas se pode afirmar quando as alterações introduzidas no projeto

permitam concluir que se está perante um *projeto diferente* daquele que foi objeto de informação prévia e não já quando se trata do *mesmo projeto, ainda que com algumas alterações ou precisões* (OLIVEIRA, 2017a, p. 139 ss.).

vi. Nas hipóteses em que a Administração não decida no prazo legalmente previsto, coloca-se a questão dos efeitos da omissão do dever legal de decidir. Ora, na hipótese dos pedidos de informação prévia, apesar de a lei não associar expressamente qualquer efeito particular à situação de silêncio administrativo, deve incluir-se o direito à informação prévia na hipótese prevista na alínea *c* do artigo 111.º, de onde decorre que, na ausência de uma conclusão formal do procedimento com a emissão de uma deliberação final expressa, deve considerar-se o pedido de informação prévia tacitamente deferido, sendo-lhe associados os mesmos efeitos constitutivos que decorrem de uma deliberação expressa. Claro está que, se se tratar de uma decisão silente (tácita) que viola normas legais e regulamentares com as quais se deveria conformar, o ato será, igualmente, nulo ou anulável, como seria um ato de informação prévia expresso na mesma situação.

Assim parece clarificar-se a dúvida que pairava sobre o efeito do silêncio no âmbito dos atos de informação prévia e sobre o regime da sua invalidade.

vii. Atendendo ao regime instituído, é possível apontar ao pedido de informação prévia as seguintes funções:

a) função de informação: através do pedido de informação prévia o requerente é informado da possibilidade de realizar a pretensão apresentada, tendo em conta as normas que lhe são aplicáveis, e respetivos condicionamentos legais e regulamentares, isto na medida da informação pretendida e dos elementos apresentados pelo requerente no pedido (n.ºs 1 e 2 do artigo 14.º). Trata-se, deste modo, de uma função de informação *concretizada*, característica que distingue o pedido de informação prévia do direito à informação referido na alínea *a* do n.º 1 do artigo 110.º;

b) função de garantia: a Câmara Municipal fica vinculada à informação emitida, em caso de posterior pedido de licenciamento ou apresentação de comunicação prévia pelo interessado requerente, no prazo de um ano, e na medida da conformação do ulterior pedido aos termos da informação prestada, e, como veremos, quer a ela seja favorável ou desfavorável à pretensão do particular (artigo 17.º, n.ºs 1 e 2, e n.º 4 do artigo 16.º);

c) função de simplificação procedimental: o artigo 15.º prescreve a realização de consultas externas, no âmbito do procedimento de informação prévia, às entidades

cujas pronúncias condicionem a informação a prestar, sendo essa consulta devida num eventual pedido de licenciamento ou apresentação de comunicação prévia respeitante à operação em causa, e antecipando-se, assim, essas consultas obrigatórias, que, sendo favoráveis à pretensão, não terão de repetir-se no procedimento de licenciamento ou de comunicação prévia posterior à informação prévia, desde que esta abarque todos os pressupostos a apreciar por aquelas entidades e o posterior pedido lhes seja conforme. As pronúncias das entidades exteriores ao município fazem parte integrante da informação prévia aprovada, nos termos do n.º 2 do artigo 16.º, sendo obrigatoriamente notificadas ao requerente, com a informação prévia. Estas características permitem-nos cometer ao pedido de informação prévia uma função de antecipação, agilização e simplificação procedimental, que beneficia quer o particular requerente quer a Administração.

3 SENTIDOS POSSÍVEIS DA DECISÃO FINAL DO PROCEDIMENTO DO PEDIDO DE INFORMAÇÃO PRÉVIA. O CASO ESPECIAL DA INFORMAÇÃO PRÉVIA CONDICIONALMENTE FAVORÁVEL

Depois de nos referirmos, de forma sucinta, à caracterização e ao regime jurídico aplicável ao procedimento de *informação prévia*, incidamos agora a nossa atenção sobre o conteúdo possível da decisão que a Administração emana no seu âmbito.

Assim, as decisões finais proferidas neste procedimento tanto podem ser *positivas* – informação prévia favorável ou deferimento do pedido –, como *negativas* – informação prévia desfavorável ou indeferimento do pedido.

Nos casos em que a informação é negativa, o legislador exige que a entidade administrativa competente identifique, quando tal for possível, os termos em que a ela pode ser revista, de forma a cumprirem-se as normas estabelecidas (artigo 16.º, n.º 4, do RJUE). Esta previsão assume um relevo fundamental na medida em que uma informação prévia desfavorável emitida nestes termos adquire, tal como a informação prévia favorável, um conteúdo vinculativo para a Câmara Municipal se o interessado apresentar um pedido de licenciamento (ou uma comunicação prévia) que cumpra escrupulosamente com os termos indicados para a revisão da pretensão.⁷

⁷ Nesse sentido, expressamente, vide ALMEIDA (1994, p. 831-832). Admite-se, assim, que também uma informação prévia desfavorável seja vinculativa para a Câmara Municipal e constitutiva de direitos para o respectivo requerente.

Mas, embora tal não decorra de uma forma clara da lei, o ato que põe fim ao procedimento de informação prévia pode ainda ter um outro conteúdo. Com efeito, para além das informações prévias favoráveis *tout court* e das informações prévias desfavoráveis com indicação dos termos da respetiva revisão, a entidade administrativa competente pode ainda emitir (o que acontece frequentemente) uma *informação prévia favorável condicionada* ao cumprimento de algumas exigências ou condicionamentos urbanísticos. Neste caso, a informação prévia pronuncia-se pela viabilidade da pretensão urbanística, desde que cumpridos determinados requisitos ou exigências não contemplados no pedido, ou alterados certos aspetos da pretensão apresentada, considerados não essenciais numa análise global daquela (por isso a informação é favorável).

É a própria lei que expressamente refere que a informação prévia serve para verificar da viabilidade de realizar determinada operação urbanística e *respetivos condicionamentos*. Condicionamentos estes que podem ser de natureza muito distinta em função de um conjunto de fatores, designadamente, em função da entidade a quem cabe o respetivo cumprimento (titular da informação prévia, terceiros ou a própria câmara municipal). Esta é, como veremos, uma questão central do presente artigo, pelo que a ela voltaremos mais adiante.

Para já, basta reafirmar que a emissão de uma *informação prévia favorável condicionada* é perfeitamente possível à luz da legislação aplicável, quer porque a lei a ela se refere directamente (viabilidade de realizar a operação urbanística e *respetivos condicionamentos*), quer porque, sendo o ato que defere o pedido de informação prévia um verdadeiro ato administrativo, a ele podem ser apostas cláusulas acessórias, desde que não sejam contrárias à lei ou ao fim a que o acto se destina (cfr. artigo 149.º do Código do Procedimento Administrativo - CPA⁸), quer ainda porque, nos termos do artigo 13.º, n.º 3 do CPA, se admite em geral que a Administração decida coisa distinta ou mais ampla da requerida, o que lhe permite, embora tal não tenha sido requerido pelo interessado, decidir a viabilidade de realizar uma operação que, devido às condições impostas, não tem as características apresentadas inicialmente pelo interessado.

Sendo certo que a informação prévia apenas vincula a Câmara Municipal (e é, portanto, constitutiva de direitos para o respectivo requerente) *nos exactos termos em que tiver*

⁸ Segundo este artigo, os “atos administrativos podem ser sujeitos, pelo seu autor, mediante decisão fundamentada, a condição, termo, modo ou reserva, desde que estes não sejam contrários à lei ou ao fim a que o ato se destina, tenham relação direta com o conteúdo principal do ato e respeitem os princípios jurídicos aplicáveis, designadamente o princípio da proporcionalidade.”

sido emitida, torna-se fundamental, sempre que a informação prévia é emitida com condições, identificá-las devidamente. Nem sempre, na prática, esta tarefa aparece facilitada dado a decisão final do procedimento consistir, muitas vezes, na emissão de uma decisão favorável com as condições impostas num conjunto de pareceres técnicos que o órgão competente se limita a homolar.

Atendendo ao facto de a informação prévia apenas ser vinculativa para a Câmara Municipal se o interessado tiver formulado o pedido de licenciamento ou apresentar a comunicação prévia dentro do prazo de um ano, mas apenas, no caso de imposição de condições, desde que estas estejam cumpridas, terá de se concluir que o prazo dentro do qual o interessado deve apresentar o pedido de licenciamento ou comunicação prévia é também o prazo dentro do qual tem de dar cumprimento às condições impostas na informação prévia, sob pena de, se não o conseguir, ela deixar de ter efeitos vinculativos para a Câmara Municipal e, deste modo, caducarem os direitos que com ela haviam sido adquiridos (os direitos ao licenciamento ou a realizar a operação comunicada), porque estes só existem se estiverem cumpridas as mencionadas condições e, cumulativamente, o pedido de licenciamento ou a comunicação prévia forem apresentados no prazo de um ano.

E isto vale, quer se trate de condições cujo cumprimento estejam na dependência do próprio requerente (por exemplo a condição de adequação do projeto a regras de enquadramento urbanístico indicadas na informação prévia), quer na dependência conjunta do requerente com terceiros (por exemplo, a condição que impõe a intervenção necessária, nos termos da legislação aplicável, de um proprietário vizinho)⁹. Não sendo possível cumprir aquelas condições dentro do referido prazo de um ano, a informação prévia deixa de produzir os efeitos referidos.

Nestes casos, as aludidas condições valem como *condições potestativas resolutivas*¹⁰ conjugadas com um *termo resolutivo*¹¹: se *aquelas condições* não forem cumpridas *naquele prazo*, a informação prévia perde a sua “validade”, *rectius*, a sua *eficácia* vinculativa e constitutiva de direitos.

⁹ É o que acontece, à luz do atual regime do pedido de informação prévia, quando o respetivo pedido é apresentado por quem não seja proprietário do terreno. Nestes casos, apenas haverá direito ao licenciamento por parte do titular da informação prévia se o proprietário (terceiro em relação à informação prévia) se dispuser a vendê-lo.

¹⁰ Sobre o sentido das condições potestativas como as cláusulas acessórias que fazem depender os efeitos de um ato de um evento futuro e incerto que se traduz numa atuação do próprio interessado *vide* OLIVERIA; DIAS, 2016, p. 272. A entrega do requerimento de licenciamento é considerada uma condição resolutiva.

¹¹ O *termo* é a cláusula acessória que faz depender os efeitos do ato de um evento futuro e certo. No caso do termo resolutivo (ou final), os efeitos do ato começam a produzir-se com a sua prática e cessam com a ocorrência do evento.

Isto significa que os interessados apenas têm, no procedimento de licenciamento (ou na comunicação prévia) que venham a desencadear na sequência do pedido de informação prévia deferido condicionalmente, direito à licença (ou a realizar a operação) se o projeto apresentado para o efeito cumprir as condições que lhes tenham sido impostas e cuja concretização ficou dependente deles próprios.

4 O CASO ESPECÍFICO DAS “CONDIÇÕES” CUJO CUMPRIMENTO DEPENDE DOS ÓRGÃOS MUNICIPAIS

i. O raciocínio que acabamos de fazer – de que as condições impostas na informação prévia são condições potestativas resolutivas conjugadas com um termo resolutivo – pode, contudo, não valer sempre. De facto, a solução pode ser diferente quando estejam em causa certas condições cujo cumprimento está na dependência do próprio Município que as impõe.

Antes de avançarmos, torna-se, contudo, necessário determinar que tipo de condições podem ser validamente impostas pelo Município quando emita uma informação prévia favorável.

Desde logo, devem ser rejeitadas informações prévias favoráveis que fiquem condicionadas a alterações regulamentares (*maxime* de planos) vigentes. Estando estas alterações na dependência do próprio Município, elas não estão, no entanto, disponíveis no âmbito da informação prévia, não podendo aquelas alterações ser motivadas por um procedimento de gestão urbanística. Assim, sempre que o pedido de informação prévia não cumpra as normas legais e regulamentares aplicáveis, a informação prévia deve ser indeferida, identificando quais as alterações que devem ser promovidas aos projectos por forma a adaptarem-se aos normativos aplicáveis. Da mesma forma, se estivermos perante uma área sujeita a *reserva de urbanização* (isto é, áreas onde a ocorrência de concretas operações urbanísticas está dependente da prévia entrada em vigor de instrumentos de planeamento mais concretos, como planos de pormenor), não pode a informação prévia ser condicionada à entrada em vigor deste instrumento de planeamento. Se, no momento da informação prévia, aqueles planos ainda não estiverem em vigor, as informações prévias terão simplesmente de ser indeferidas, não havendo lugar, neste caso à indicação das condições em que elas poderiam ser deferidas na medida em que estão em causa circunstancialismos que não se referem ao projecto, mas aos dispositivos normativos aplicáveis.

ii. Analisemos, agora, a partir de um caso concreto, a situação específica das condições impostas numa informação prévia cujo cumprimento está na dependência do próprio Município, caso esse que ilustra os problemas que aqui se colocam.

Na situação que aqui tomamos com referência, está em causa uma informação prévia solicitada por um interessado em que a Câmara Municipal impôs, como condição para que o posterior pedido de licenciamento fosse deferido, a concretização da permuta de um terreno do requerente por outro, pertença do próprio Município. A permuta vem exigida na sequência de o pedido de informação prévia incidir parcialmente sobre terrenos do Município, com proposta do interessado na sua aquisição: a Câmara Municipal defere o pedido (informação prévia favorável), “condicionando-o”, contudo, à permuta destes seus terrenos por outros do interessado, indispensáveis à concretização de uma importante infraestrutura viária pública.

Ou seja, e para que fique bem claro o circunstancialismo que aqui está em causa, a concretização das referidas permutas não decorreu de qualquer proposta do interessado, tendo, antes, sido “impostas” pelo próprio Município.

A hipótese referida (de o pedido de informação prévia apresentado pelo interessado poder incidir sobre prédios propriedade do município) é possível devido, como referimos antes, ao alargamento da legitimidade neste tipo de procedimentos. E nada impede, do ponto de vista jurídico, desde que desencadeados os procedimentos adequados, que o Município aceite ceder os imóveis sobre os quais incide o pedido de informação prévia, fazendo-o depender de uma permuta com outro terreno dos interessados, que, por sua vez a podem, sem qualquer tipo de impedimento, aceitar.

Qual, no entanto, o significado jurídico e possíveis implicações de uma “condição” deste tipo? Em especial, que consequências decorrem do facto de o Município não concretizar, dentro do prazo de um ano, a realização da escritura de permuta? Pode ser invocado, caso o titular da informação prévia apresentar o pedido de licenciamento dentro do prazo de um ano sem que aquela escritura tenha sido realizada, a falta de legitimidade deste (por não ser ainda titular de um direito sobre parte do prédio onde a operação se vai realizar) e, com base neste motivo, rejeitar-se liminarmente o pedido?

Ou seja, e dito de outro modo, questiona-se se pode o órgão competente vir invocar a falta de cumprimento de uma das condições da informação prévia, quando tal cumprimento está dependente exclusivamente de uma atuação da sua parte – a promoção da permuta dos bens antecedida, caso estes pertençam ao domínio público, de sua desafectação?

Para respondermos a estas questões terá de se aferir, desde logo, a natureza jurídica da “condição” imposta, designadamente se se trata de uma *condição suspensiva* ou *resolutiva*.

Antes de mais, e como afirmamos já, pensámos que não pode valer para este tipo de condições o que foi referido relativamente àquelas cujo cumprimento depende exclusivamente de um comportamento do interessado, ou seja, não lhes deve ser reconhecida a natureza de *condição resolutiva* conjugada com um *termo resolutivo*. É que, se tal acontecesse, estar-se-ia a subverter a figura da informação prévia ao colocar nas mãos da entidade que atribui o direito ao interessado a possibilidade de o fazer extinguir, pelo simples facto de não cumprir, dentro de um determinado prazo, uma condição dela exclusivamente dependente¹².

Não tendo as condições dependentes do Município a natureza de condições resolutivas, poderá questionar-se se elas têm natureza suspensiva? Se assim for, tal significa que não obstante a informação prévia favorável, este acto constitutivo de direitos não produz os respectivos efeitos enquanto a referida condição (no caso, a concretização das permutas) não tiver ocorrido.

O raciocínio que aqui desenvolveremos para responder à questão colocada – da natureza jurídica deste tipo de condições – terá exclusivamente em mente a condição que está em causa no caso vertente – a concretização de permutas de terrenos –, que tem a particularidade de ter um reflexo imediato num pressuposto procedimental do procedimento de licenciamento que se segue (a legitimidade)¹³, pelo que pode não valer quando a condição dependente do Município seja de outro tipo.

Tendo isto presente, devemos desde já começar por afirmar que a solução que aponta no sentido da natureza suspensiva da condição não nos parece, no caso em análise, a mais adequada, visto que permitiria à entidade administrativa competente manipular a informação prévia emitida: bastava que nunca desse cumprimento à condição para que os *efeitos* do ato não se desencadeassem e, assim, nunca o interessado pudesse invocar um direito decorrente da informação prévia¹⁴.

¹² Ao contrário disto, a fixação, pelo legislador, de um prazo dentro do qual o pedido de licenciamento deve ser apresentado ao órgão municipal competente visa apenas limitar a possibilidade de os requerentes eternizarem a manutenção de um direito (o direito ao licenciamento) e, assim, penhorarem o interesse público que ficaria indefinidamente dependente dessa mesma vontade.

¹³ Naturalmente que esta condição tem, indirectamente, consequências ao nível do conteúdo da pretensão: as capacidades construtivas seriam, provavelmente, diferentes se não se tivesse em conta os terrenos que ainda são propriedade (pública e privada) do município.

¹⁴ Naturalmente que se a referida condição fosse suspensiva, porque a informação prévia ainda não estava a produzir efeitos, também não estaria a correr o prazo de um ano para o requerente formular o respectivo pedido de licenciamento. Ficaria, no entanto, o interessado completamente refém da vontade da Administração em dar cumprimento ou não à condição imposta.

Ora, neste caso, em que a condição tem uma incidência direta na legitimidade do interessado no que concerne ao procedimento de licenciamento ou comunicação prévia subsequentes, pensamos que ela deve ser vista não como *condição para que os efeitos da informação prévia comecem a produzir-se* (o que teria o significado de o direito não estar operativo na esfera jurídica do interessado enquanto a condição se não verificasse), mas antes como “*condição*” (*pressuposto*) *para que o procedimento de licenciamento possa avançar*, o que, do ponto de vista da posição jurídica dos interessados é completamente distinto.

É que, com uma solução como esta, o titular da informação prévia tem já, na sua esfera jurídica e dela decorrente, o *direito ao licenciamento* ou à uma comunicação prévia viável (este direito está já consolidado e é eficaz), estando dependente de uma conduta da Administração apenas a *respectiva concretização*¹⁵.

Isto significa que esta condição tem a ver, exclusivamente, com a possibilidade de *concretização* de um direito já existente, válido e eficaz, o que, dito de outro modo, significa que tal existência, validade e eficácia não é posta em causa pelo incumprimento da referida “condição”.

Naturalmente, para que o interessado possa invocar um direito decorrente do pedido de informação prévia terá também de formular o pedido de licenciamento (ou apresentar a comunicação) dentro do prazo de um ano a contar da notificação da informação prévia. Porém, neste caso, coloca-se a questão, porque as permutas não foram ainda concretizadas, da falta de legitimidade do interessado no âmbito deste novo procedimento de gestão urbanística.

No entanto, em nosso entender, não poderá o Município invocar, neste caso, a falta deste pressuposto procedimental para rejeitar o pedido de licenciamento, precisamente porque se trata de uma condição *imposta* por si próprio e cujo cumprimento está de si exclusivamente dependente, configurando uma rejeição com base neste motivo um *venire contra factum proprium*, que torna o acto inválido por violação do *princípio da boa fé*.

Será, pois, em nossa opinião, inválido o ato de indeferimento (ou, mais corretamente, de rejeição liminar) do pedido de licenciamento ou a comunicação iniciados na sequência da informação prévia aqui em causa que se baseie neste fundamento.

¹⁵ Como referimos antes, e voltamos a acentuar, o *direito à licença* é conferido no âmbito do procedimento de informação prévia enquanto o *direito à respectiva concretização* decorre do ato que põe termo ao procedimento de licenciamento por ser este o ato com efeitos permissivos.

Acresce que a informação prévia (os termos em que esta é emitida) é *vinculativa* para a Câmara Municipal se o pedido for feito no prazo de um ano. Ora, apresentando as requerentes o requerimento com o pedido de licenciamento (ou a comunicação prévia) dentro desse prazo e tendo o Município assumido expressamente na informação prévia emitida a necessidade de realização das referidas permutas (necessidade que decorria de, com elas se permitir a concretização da infraestrutura viária referida⁰, tal significa que o Município *se obrigou (autovinculou)*, com à emissão da informação prévia naquelas condições, a permitir a concretização das mesmas.

Dito de outro modo, o Município, com as condições que impôs no âmbito do pedido de informação prévia para que a operação pudesse ser realizada, assumiu uma determinada concepção urbanística para aquela área, à qual se vinculou ao emitir a referida informação prévia. E se assim é, então não pode o Município esquecer agora um dos efeitos mais importantes do regime da informação prévia que é o seu carácter vinculativo: o Município fica vinculado pela informação condicionada que prestou e, portanto, também pelas condições que impôs a si próprio com base na sua própria concepção urbanística prevista para aquele local.

Uma eventual decisão em sentido contrário só poderá ser entendida como uma alteração da concepção urbanística que o Município teve em mente ao emitir a informação prévia, o que justificaria a sua revogação. Porém, estando em causa um ato constitutivo de direitos, tal revogação apenas pode ocorrer nos termos definidos no CPA para a revogação de atos constitutivos de direitos a qual, a ocorrer dá lugar a indemnização ao interessado.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, António Duarte de et al. **Legislação fundamental de direito do urbanismo**. Lisboa: Lex, 1994. p. 823-826.

AMARAL, Freitas do. **Curso de direito administrativo**. v. II. Coimbra: Almedina, 2003. 2.^a reimpressão.

FOLQUE, André. **Curso de direito da urbanização e da edificação**. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

OLIVEIRA, Fernanda Paula. **Direito do urbanismo: do planeamento à gestão**. Braga: AEDREL, 2015.

OLIVEIRA, Fernanda Paula. **Escritos práticos de direito do urbanismo**. Coimbra: Almedina, 2017a.

OLIVEIRA, Fernanda Paula; DIAS, José Eduardo de Oliveira Figueiredo. **Noções fundamentais de direito administrativo**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2016.

PORTUGAL. Decreto-Lei n.º 555/99, de 16 de dezembro de 1999.

REIS, João Pereira; LOUREIRO, Margarida; LIMA, Rui Ribeiro. **Regime jurídico da urbanização e edificação**: anotado. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

Submissão em: 19 set. 2017

Pareceres favoráveis em: novembro de 2017

Verfassungs- und Gesellschaftsrecht

HANS-GEORG KOPPENSTEINER¹

Abstrakt. Überlegt wird zunächst, ob und wie Grundrechte im Verhältnis unter Privaten, daher auch im Gesellschaftsrecht, wirksam sind. In Betracht zu ziehen ist das StGG, die EMRK nebst diversen Zusatzprotokollen und die GRC, präziser die Gewährleistungen des Eigentums, der Vereinigungsfreiheit, der Erwerbsfreiheit, der Privatautonomie und der Gleichbehandlungsgrundsatz. Sodann wird näher untersucht, was die Grundrechte für die Interessenwahrung der gesellschaftsrechtlich relevanten stakeholder (Gesellschafter, Gläubiger, Arbeitnehmer, Belange der Allgemeinheit) bedeuten könnten.

Deskriptoren: Grundrechte, Investorentypen, mittelbare Drittwirkung, Eigentumsgarantie, Vereinigungsfreiheit, Erwerbsfreiheit, Gleichbehandlungsgrundsatz, Privatautonomie, Gesellschaftsvertrag/Satzung, Gesetzes-/Vertragsänderungen, Individualrechte, Information, Minderheitenrechte, Ausschluss von gesellschaftern, Austritt, Minderheitenrechte, Gläubigerschutz, Mitbestimmung.

StGG: Art 2 f, 5 f, 12; EMRK: Art 11, Art 1 1. ZProk, GRC: Art 12, 15, 16 f, 21 f; ABGB: §§ 16, 1192 Abs. 1, 1209 Abs 1; 1210 Abs. 1; AktG: §§ 12 Abs. 2, 23, 81, 86 ff, 130, 220 ff, 225c aF; ArbVG: § 110; FBG: § 5; GmbHG: §§ 16 Abs. 2 S 3, 28 a, 37 f, 45, 48; SpaltG: §§ 9, 11; UGB: §§ 14, 19, 119 Abs. 1, 132 Abs. 1, 140, 161, 277 ff.

¹ Professor Doutor. Professor Catedrático de Direito Civil e Direito Europeu da Universidade de Salzburg (Áustria). Jurista alemão.

Meinem Kollegen, Univ. Prof. Dr. Walter Berka, verdanke ich wichtige Impulse bei der Abfassung dieses Beitrages. Er hat mir ein umfangreiches, leider nicht publiziertes Typoskript zum Thema (Der Grundrechtsschutz des Aktionärs im österreichischen Recht) zur Verfügung gestellt, von dem ich sehr profitiert habe und den Text durchgesehen. Verbleibende Unzulänglichkeiten habe ich selbstverständlich allein zu verantworten.

I VORÜBERLEGUNGEN

1. Die folgenden Untersuchungen werden zeigen, dass das von Judikatur und Wissenschaft mitgeprägte geltende Gesellschaftsrecht überwiegend verfassungsrechtlichen Vorgaben standhält. Dennoch ist es, auch praktisch, nicht sinnlos, sich darüber Gedanken zu machen. Von den immerhin auch vorhandenen verfassungsrechtlichen Problemen bestimmter Regelungselemente des Gesellschaftsrechts abgesehen, wird sich nämlich zeigen, dass traditionell nur gesellschaftsrechtsimmanent diskutierte Fragen, zB die nach Grenzen der Vertragsfreiheit², eine verfassungsrechtliche Komponente haben. Sie kann gesellschaftsrechtliche Konzepte untermauern oder auch zu Änderungen nötigen. Zu erwarten ist jedenfalls, dass sich der Argumentationshaushalt erweitert.

2. Als verfassungsrechtlicher Prüfungsmaßstab kommen in erster Linie die Grundrechte in Betracht. Welche von ihnen möglicherweise einschlägig sind, hängt von den im Gesellschaftsrecht wirksamen Interessen ab. Es sind dies Belange der Gesellschafter, der Gläubiger des Verbandes und seiner Arbeitnehmer³. Hinzu kommt das gesamtwirtschaftliche Interesse an einer leistungsfähigen Wirtschaftsordnung. Es verlangt die Bereitstellung von Regeln, die unternehmerische Aktivitäten nicht auf „Einzelkämpfer“ beschränkt, sondern ihr Zusammenwirken ermöglicht. Ohne solche Regeln wären unternehmerische Pläne nämlich vielfach gar nicht durchführbar, so zB dann, wenn keiner

² Dazu (für Innenverhältnis von OG und GmbH) *Koppensteiner*, GesRZ 2009, 197 ff, *U. Torggler*, GesRZ 2010, 185 ff (für die GmbH), je mwN.

³ Zu letzteren vgl § 70 Abs. 1 AktG. Die Bestimmung besagt, dass der Vorstand seine Leitungstätigkeit auch an den Interessen der Arbeitnehmer zu orientieren hat. Zur Problematik der in § 70 Abs 1 AktG ebenfalls angeführten öffentlichen Interessen als Leitlinie des Verwaltungshandelns *Koppensteiner*, Internationale Unternehmen im deutschen Gesellschaftsrecht (1971) 210 ff.

der Beteiligten das erforderliche Kapital allein aufbringen kann oder wenn es darum geht, persönliche Fähigkeiten potentieller Gesellschafter mit Vermögensbeiträgen anderer zu kumulieren. Das damit skizzierte Allgemeininteresse an der Förderung unternehmerischer Initiativen ist deshalb realisierbar, weil es unterschiedliche Investorentypen gibt: Personen, denen nur an gewinnbringender Anlage von Vermögen etwas liegt, stehen andere gegenüber, die mehr oder weniger gewillt sind, sich an der Gestion der Gesellschaft zu beteiligen. Je nachdem schwächt oder verstärkt sich das Anliegen, nicht für Verbindlichkeiten der Gesellschaft haften zu müssen. Gesellschafter, die einen entscheidenden Einfluss auf die Leitung des gemeinsamen Unternehmens haben, werden häufig bereit sein, persönlich und unbeschränkt zu haften. Dieser Haftungsmodus verbessert die Kreditfähigkeit des Verbandes, intensiviert aber das Risiko der Beteiligten. Dieses (gefährliche) Risiko werden wohl nur Leute hinnehmen, die in der Lage sind, es zu kontrollieren, also ähnlich dem auch unbeschränkt haftenden Einzelunternehmer an der Direktion des Unternehmens beteiligt sind. Wer nur Geld gewinnbringend anlegen will, wird dies umgekehrt nur dann tun, wenn er nicht befürchten muss, mehr als seine Investition zu verlieren, also nur Vereinigungen ins Auge fassen, wo die Haftung auf das Gesellschaftsvermögen begrenzt ist. Darüber hinaus gibt es ein Bedürfnis, solchen, die bereit sind, unbeschränkt zu haften die Zusammenarbeit mit anderen zu ermöglichen, die das nicht wollen. Ein volkswirtschaftlich effizienter Gesetzgeber sollte daher, wie geschehen, verschiedene Rechtsrahmen unternehmerischen Zusammenwirkens zu Verfügung stellen, die darauf Rücksicht nehmen, dass damit wie gesagt unterschiedliche Individualinteressen verfolgt werden können⁴. Es geht aber nicht nur darum. Volkswirtschaftlich effizient ist nur ein Gesellschaftsrecht, das klare Regeln für den Verkehr des Verbandes mit Dritten enthält (Außenverhältnis) und jeden Gesellschaftstyp mit ihm angepassten, ihrerseits effizienten Entscheidungsabläufen ausgestaltet.

3. Grundrechtlich umformuliert ergibt sich folgendes: Die Privatautonomie in Gestalt der Vertragsfreiheit sichert in Verbindung mit der Vereinigungsfreiheit die Möglichkeit ab, sich in grundsätzlich beliebiger Weise (Erwerbsfreiheit) zusammen mit anderen unternehmerisch zu engagieren und auf die rechtlichen Grundlagen solchen Zusammenwirkens bei Abschluss des Vertrages Einfluss zu nehmen. Das Eigentumsgrundrecht kann sich wie der Gleichheitssatz auf die Rechtspositionen der Gesellschafter untereinander und mittelbar über die Gesellschaft auch nach außen auswirken. Gläubigerrechte sind – gesellschaftsrechtlich relevant – möglicherweise im Anwendungsbereich der Eigentumsgarantie, der Privatautonomie und des Gleichheitssatzes

⁴ Für eine auf die Eigentumsgarantie gestützte Pflicht des Gesetzgebers, Rechtsformen kollektiven Zusammenwirkens zur Verfügung zu stellen *Schön*, FS Ulmer (2003) 1359, 1366 ff, auch *Berka* (Fn 1) 53 ff.

berücksichtigungsbedürftig. Demgegenüber entbehren mitarbeiterbezogene Elemente des Gesellschaftsrechts, genauer: die Mitbestimmung im Aufsichtsorgan von Kapitalgesellschaften einer verfassungsrechtlichen Grundlage. Sie sind aber als Begründung von Grundrechtsschranken zu würdigen. Dasselbe gilt bezüglich der gesellschaftsrechtlichen Auswirkung des vorher umrissenen Allgemeininteresses.

Grundrechtsadressat ist der Staat, Private nur, wenn dies wie beim Grundrecht auf Datenschutz ausdrücklich angeordnet wird. Es ist daher alles andere als selbstverständlich, dass Privatrechtsverhältnisse – zu ihnen gehört auch das Gesellschaftsrecht – überhaupt grundrechtlich mitdeterminiert sind.

4. Mit den vorstehenden Befunden ist das Untersuchungsprogramm vorgezeichnet. Zunächst ist zur verfassungsrechtlichen Ausgangslage Stellung zu nehmen⁵ und zwar in doppelter Hinsicht. Die eine richtet sich auf die soeben aufgeworfene, überwiegend bejahte Frage nach der Relevanz von Grundrechten im Privatrecht. Dabei kann man es aber nicht bewenden lassen. Denn es gibt verschiedene Begründungsansätze, die zu (teilweise) unterschiedlichen Konsequenzen für die Reichweite der Grundrechte führen und deshalb nicht dahingestellt bleiben können⁶. Im Anschluss daran wird der Inhalt der hier interessierenden Grundrechte in seiner staatsgerichteten Funktion skizziert und überlegt, was sich beim Transfer der zugrundeliegenden Wertungen ins Gesellschaftsrecht daran ändert. Es verbleibt die Aufgabe, die Bedeutung von Verfassungs – im Gesellschaftsrecht zu konkretisieren⁷. Umfassend ist das im Rahmen eines Zeitschriftenaufsatzes nicht möglich; Beispiele müssen genügen.

II DER GRUNDRECHTLICHE RAHMEN

1 Zur Relevanz der Grundrechte im Privatrecht

Zumindest primärer Adressat der Grundrechte ist wie gesagt der Staat. Daraus hat man zwei einander entgegengesetzte Konsequenzen abgeleitet. Die eine Auffassung spricht den Grundrechten im Prinzip jede Bedeutung unter Privaten ab. Dafür wird ein rechtsgeschichtliches Argument geltend gemacht: Die Grundrechte hätten sich immer

⁵ Das geschieht eher in Gestalt eines Berichts. Mangels zureichend eigener verfassungsrechtlicher Kenntnisse werde ich das zugrunde legen, was mir nach Konsultation einschlägiger Quellen am plausibelsten erscheint.

⁶ Siehe zum Ganzen Berka, Die Grundrechte (1999) Rn 222 ff.

⁷ Dazu neben Berka (Fn 1) Hofmann, Der Minderheitenschutz im Kapitalgesellschaftsrecht (2011) Rn 23 ff, ders, FS Hopt Bd 1 (2010) 833 ff, Schön (Fn 4) 1360 ff, Reul, DNotZ 2007, 184, 185 ff, Mülbart/Leuschner, ZHR 2006, 615, 617 ff.

nur auf das Verhältnis der Bürger zum Staat bezogen, und das auch nur im Rahmen öffentlich-rechtlicher Beziehungen. Diese Annahme trifft nicht zu. Die verfassungsrechtlich schon bei Inkrafttreten des StGG gewährleistete Freiheit des Liegenschaftserwerbs zielt von vorneherein auf ein Rechtsverhältnis unter Privaten. Und (wichtiger): Vielen Grundrechten liegt historisch belegbar das Ziel zugrunde, einen mit dem gleichen Recht anderer kompatiblen Raum persönlicher Freiheit zu gewährleisten⁸. Ein weiteres Argument stützt sich auf die Privatautonomie der Bürger. Mit ihr sei die Pflicht, die Grundrechte, insbesondere das Gleichbehandlungsgebot, zu beachten, unvereinbar. Diesem Argument liegt offenbar die Vorstellung zugrunde, die Grundrechtsbindung Privater gleiche jener des Staates (direkt/unmittelbare Drittwirkung).

In der Tat gibt es Autoren, die das explizit vertreten⁹. Richtig daran ist die Ausgangsannahme, dass jede privatrechtliche Befugnis auf dem Gesetz beruht und insofern delegierte Rechtsmacht ist. Aber daraus folgt nicht, dass Privatrechtssubjekte rechtsinhaltlich ebenso gebunden wären wie der Staat. Denn der Aussagegehalt der staatsgerichteten (vertikalen) und der privatrechtlichen (horizontalen) Funktion der Grundrechte muss ein verschiedener sein. Der Staat ist nicht Grundrechtsträger, sondern –adressat, während im Privatrechtsverkehr gleichermaßen Berechtigte aufeinandertreffen. Daraus folgt, dass der spezifisch zivilrechtliche Gehalt des jeweils interessierenden Grundrechts im Wege eigenständiger Auslegung zu ermitteln und sodann zu prüfen ist, was sich daraus für die Interpretation privatrechtlicher Gesetze ergibt (verfassungskonforme Auslegung).

Diese als mittelbare Drittwirkung bezeichnete Auffassung ist heute herrschende Lehre¹⁰. Demnach treffen den Staat Schutzgebote bzw Gewährleistungspflichten. Inhaltlich besagen

⁸ So *Berka*, Verfassungsrecht⁶ (2016) Rn 1268, ders (Fn 6) Rn 228 mit einer wichtigen Ergänzung. Für die Grundfreiheiten und Menschenrechte der EMRK sei anerkannt, dass sie ungeachtet ihrer Staatsrichtung die Staatsgewalt verpflichten, die gewährleisteten Freiheiten auch vor jenen Bedrohungen zu bewahren, die von privaten oder gesellschaftlichen Mächten ausgehen können. Insgesamt wie *Berka* etwa noch *Hinteregger*, ÖJZ 1999, 741, 742. Zur „horizontalen“ Wirkung der EU-Grundrechtscharta (GRC) vgl *Eversen/Gonçalvez* in *Peers* ua, *The Charter of Fundamental Rights. A Commentary* (2014) Art 16 Rn 16.31 f, 16.39 f.

⁹ Vgl die N bei *Berka* (Fn 6) Rn 226 Fn 17 und 18.

¹⁰ Siehe *Berka* aaO Rn 229, *Korinek* in *Korinek/Holoubek*, Österreichisches Bundesverfassungsrecht, Art 5 StGG Rn 11 ff, *Hinteregger*, ÖJZ 1099, 742 f, *Korinek/Holoubek*, Grundlagen staatlicher Privatwirtschaftsverwaltung (1993) 129 ff, *Schulev-Steindl* in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*, Handbuch der Grundrechte VII/1² (2014) § 6 Rn 19 ff, *Rüffler*, Lücken im Umgründungsrecht (2002) 184 f. Vgl auch die st Rspr des OGH zu Kollektivverträgen, zuletzt OGH 9 Ob A 104/13 d, zum willkürlichen Ausschluss eines Glücksspielers OGH 1 Ob 214/98 x.. Allgemeiner (zur Drittwirkung in der zivilgerichtlichen Rechtsprechung) *Griss* in ÖJK, Aktuelle Fragen des Grundrechtsschutzes (2005) 54, 56 ff. Zur GRC *Holoubek/Lechner/Orwald* in *Holoubek/Lienbacher*, GRC (2014) Art 51 Rn 37 ff mwN: Für Deutschland etwa *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht (1999) 1 ff, 33 ff, *Ruffert*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts (2001) 252 ff (mit abweichender Terminologie), s auch *Hofmann* (Fn 7) 81 ff, wo bei Fehlen verfassungskonform auslegbarer Normen eine unmittelbare Grundrechtsbindung Privater postuliert wird. Die Kritik am Lösungsvorschlag der hM – Lückenfüllung im Wege der Rechtsfortbildung – überzeugt nicht.

sie, der Staat sei aufgrund der Grundrechte (auch) gehalten, die Privatrechtsordnung so auszugestalten, dass der Einzelne gegen Beeinträchtigungen seiner Rechtsstellung durch Dritte geschützt ist¹¹. Das Instrumentarium dazu liefern erforderlichenfalls das Gebot verfassungskonformer Auslegung und die Generalklauseln des Privatrechts, insbesondere § 879 ABGB.

Die Rechtsprechung des VfGH dürfte mit dem auch hier für richtig gehaltenen Konzept mittelbarer Grundrechtswirkung zumindest kompatibel sein. In einer Entscheidung¹² ging es um die Vereinbarkeit von § 102 a Abs. 4 BWG aF mit der Eigentumsgarantie iSv Art 5 StGG und dem Gleichheitssatz¹³. Der Gerichtshof nahm einen Eingriff in das Eigentum an, der wegen des öffentlichen Interesses an der Bereinigung der Kapitalstruktur von Kreditinstituten aber gerechtfertigt sei¹⁴. Das den Inhabern von Partizipationsscheinen zugemutete Sonderopfer sei aber nur gegen angemessene, am Unternehmenswert orientierte Abfindung zulässig. Die Abfindungsbemessung am Maßstab des Börsenkurses könne deutlich darunter liegen. Um eine unsachliche Schlechterstellung zu vermeiden, müsse der Gesetzgeber den Inhabern börsennotierter Scheine (ebenfalls) das Recht einräumen, die Angemessenheit ihrer Abfindung überprüfen zu lassen.

Das Ergebnis des Urteils überzeugt. Für seine Einordnung als Drittwirkungsfall lässt sich geltend machen, dass der Entzug der Partizipationsscheine aus einer privatautonomen Entscheidung des Kreditinstitutes resultiert, dessen (mittelbare) Grundrechtsbindung daher in Frage steht. Dagegen spricht, worauf *Berka*¹⁵ aufmerksam gemacht hat, dass es sich um ein Gesetzesprüfungsverfahren handelt. Das erklärt, warum der VfGH so argumentiert als handle es sich um einen staatlichen Eingriff. Eine Absage an „nur“ mittelbare Drittwirkung braucht dem nicht entnommen zu werden. Diese bedeutet im Übrigen nicht, dass die ordentlichen Gerichte mit verfassungskonformer Auslegung nicht überwindbare Grundrechtsverletzungen unbeachtet lassen könnten. Bei verfassungsrechtlichen Bedenken gegen eine für den Ausgang des Rechtsstreits ausschlaggebende (präjudizielle) Norm sind sie vielmehr verpflichtet, das Verfahren zu unterbrechen und den VfGH zu befassen¹⁶. Flankiert wird diese Pflicht durch den

¹¹ Vgl *Berka* aaO Rn 106, 233. *Canaris* aaO 38 drückt dasselbe mit dem dictum aus, der Staat sei auch im Privatrechtsverkehr grundsätzlich verpflichtet, „den einen Bürger vor dem anderen Bürger zu schützen“.

¹² VfGH G 326/01, VfSlg 16.636/2002 = ÖZW 2003,12 m Anm *Pauger*, zu diesem Urteil auch *Koppensteiner*, JBl 2003, 707 ff.

¹³ § 102 a BWG ermächtigte Kreditinstitute, Partizipationskapital einzuziehen. Inhaber von Partizipationsscheinen, die ein zwingend vorgesehene Umtauschangebot des Institutes (Abs. 3) nicht annehmen konnten oder wollten, waren je nach Börsennotierung zum Börsenkurs oder nach Maßgabe des Unternehmenswertes abzufinden.

¹⁴ Dazu, dass keine Enteignung vorlag, *Pauger* aaO 14.

¹⁵ (Fn 1) 7, 9.

¹⁶ Vgl *Berka* (Fn 6)Rn 1085.

neuerdings zulässigen Parteiantrag auf Normenkontrolle gemäß Art 140 Abs. 1 Z 1 lit b B-VG. Das angesprochene Urteil scheint daher mit dem Konzept mittelbarer Drittwirkung ohne weiteres vereinbar zu sein.

Zwei weitere Erkenntnisse des VfGH ergingen ebenfalls im Rahmen von Gesetzesprüfungsverfahren. Sie brauchen an dieser Stelle daher nicht weiter erörtert werden.

2 Zu Grundrechtsinhalten gegenüber dem Staat

- a) Die in Österreich geltenden Grundrechte ergeben sich aus genuin eigenen Rechtsquellen mit Verfassungsrang, vornehmlich dem StGG mit Einschluss der EMRK nebst diversen Zusatzprotokollen. Von diesen ist das erste (Eigentumsgrundrecht) für unsere Zwecke wohl am Wichtigsten. Daneben sind die Unionsgrundrechte nach Art 6 EUV und der GRC zu beachten. Ihre Bindungswirkung gegenüber den Mitgliedstaaten beschränkt sich allerdings auf die „Durchführung des Rechts der Union“¹⁷. Konkret bedeutet dies, dass die GRC bei der Auslegung der gesellschaftsrechtlichen Richtlinien und der nationalen Durchführungsgesetzgebung eine Rolle spielen kann¹⁸.
- b) Im Unterschied zu anderen Grundrechten wie etwa dem Zensurverbot bedarf die Eigentumsgarantie (Art 5 StGG, Art 1 1. ZProtK EGRK, Art 17 GRC) der Ausfüllung durch unterverfassungsrechtliche Normen. Schon bei Inkrafttreten des StGG gab es in Gestalt des ABGB einen ausgebauten Bestand solcher Bestimmungen. Und dasselbe trifft für die Aktie, Beteiligungen an Personengesellschaften, de constitutione lata auch für Anteile an einer GmbH zu. Es handelt sich um vermögenswerte Privatrechte¹⁹, die deshalb²⁰ unter den Schutzschirm der Eigentumsgewährleistung fallen²¹. In den so definierten und später möglicherweise erweiterten Rechtsbestand darf nur eingegriffen werden, wenn dadurch ein öffentliches Interesse gefördert wird, der Eingriff verhältnismäßig ist und den Wesensgehalt des Grundrechts unberührt lässt. Der

¹⁷ Näher dazu *Winkler* in *Heissl*, Handbuch Menschenrechte (2008) Rn 3/ 38 ff, *Streinz/Michel* in *Streinz*, EUV/AEU² (2012) Art 51 GR-Charta Rn 6 ff, *Berka* aaO Rn 1193 ff und jetzt insbesondere *Bucher*, ZEUS 2016, 203 ff mit genauer Darstellung der Judikatur des EuGH.

¹⁸ Das hier nur von Richtlinien die Rede ist, liegt daran, dass ich mich mit europäischen Gesellschaftsformen, namentlich der SE und der EWIV hier nicht beschäftigen kann. Richtlinienrecht wirkt sich im Übrigen hauptsächlich bei der AG aus.

¹⁹ Die damit auch verbundenen Pflichten spielen keine Rolle.

²⁰ Vgl *Berka* (Fn 8) Rn 1543, auch *Kalss*, JBl 1995, 430 speziell für Aktien und Anteilrechte mit Zitat von VfSlg 11.402/1987.

²¹ Zur auf die gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten gestützten Rsp des EuGH vor Inkrafttreten der GRC *Korinek* in *Korinek/Holoubek* (Fn 10) Art 5 Rn 11 ff.

verfassungsrechtliche Inhalt des Rechts an Gesellschaftsanteilen ist nicht auf das Vermögen der Gesellschaft zu beziehen (sog „wirtschaftliches Eigentum“) – dafür gibt es einen eigenen Grundrechtsträger, nämlich die Gesellschaft, sondern auf die Vermögens –und Teilnahme-/Herrschaftsbefugnisse, die den Anteil ausmachen²².

Der VfGH war zweimal mit der Frage beschäftigt, ob die Beschränkung des Antragsrechts auf Überprüfung der Abfindung nach § 225 c Abs 3 AktG aF (1 % des Grundkapitals oder 70 000 • Nennwert der Anteile) mit dem Eigentumsgrundrecht vereinbar sei²³. Das wurde verneint. Betroffene Minderheitsaktionäre, die keine Möglichkeit hätten, den Verschmelzungs-/Spaltungsbeschluss anzufechten, müssten sich mit der angebotenen Abfindung begnügen. Die Prüfung durch den Verschmelzungs-/Spaltungsprüfer biete keine absolute Gewähr für die Richtigkeit des Umtauschverhältnisses bzw der Abfindung. Ein öffentliches Interesse an der Verbesserung von Unternehmensstrukturen könne vorliegen. Dennoch stelle die beanstandete Regelung einen unverhältnismäßigen Eingriff in das Eigentum dar, der auch sachlich nicht zu rechtfertigen sei.

Die deutsche Judikatur war bei verschiedenen Gelegenheiten mit Fragen beschäftigt, deren Beantwortung wegen der Ähnlichkeit der normativen Grundlagen auch in Österreich interessiert. Nachdem das BVerfG zu einem Fall der sog übertragenden Auflösung entschieden hatte, dass das „Hinausdrängen“ aus der Gesellschaft mit der Eigentumsgewährleistung nach Art 14 GG vereinbar sei, wenn Betroffene „voll“ entschädigt würden²⁴, hat der BGH gleiches auch für den squeeze-out nach den §§ 327 a ff dAktG angenommen²⁵, weil das Gesetz selbst in diesem Fall, auch verfahrensrechtlich, für eine angemessene Abfindung Sorge. Das BVerfG hat das gebilligt²⁶. Das Gesetz verfolge einen legitimen Zweck. Das Mitgliedschaftsinteresse eines Aktionärs könne der Gesetzgeber umso niedriger bewerten je geringer dessen Anteil an der Gesellschaft ausfalle. In solchen Fällen stelle die Aktie typischerweise eher eine Kapitalanlage als eine unternehmerische Beteiligung dar. Angesichts dessen sei es nicht unzulässig, Schutzvorkehrungen auf die vermögensrechtliche Komponente

²² Näher dazu *Mülbert/Leuschner*, ZHR 2006, 619 ff, 635 f, 637 f.

²³ VfGH G 157/10, VfSlg 14.986/2005 = GES 2005, 323 mit zust Anm *Chwosta* mwN. Gründlich schon *Rüffler* (Fn 10)183 ff.

²⁴ BVerfG, ZIP 2000, 1670 = EWiR Art 14 GG 1/00, 913. Zur übertragenden Auflösung noch unten C bei Fn 87.

²⁵ BGH II ZR 237/03, ZIP 2005, 2107 0 EWiR § 327 a AktG/05, 845 mN auch kritischen Schrifttums. Kritisch für Österreich *U. Torggler*, GES 2006, 58, 109, 114 ff. Vgl *Koppensteiner*, GES 2006, 143.

²⁶ BVerfG 1 BvR 390/04, ZIP 2007, 1261= EWiR 2007, 449. Ebenso OLG Hamburg ZIP 2012, 1347 für den verschmelzungsrechtlichen squeeze-out nach § 62 dUmwG. Zu einem Nebenaspekt noch BVerfG 1 BvR 1577/11, ZIP 2013, 260.

der Anlage zu konzentrieren. Voller Wertersatz für den Verlust der Aktien sei sicher gestellt, effektiver Rechtsschutz gewährleistet.

Obwohl nicht zu einem gesellschafts-, sondern einem kapitalmarktrechtlichen Problem ergangen, ist es nützlich eine Entscheidungslinie zu erwähnen, die es mit dem Inhalt des Aktieneigentums zu tun hat. Der BGH hatte den regulären Börsenrückzug, also die Beendigung der Notierung auf Initiative des Emittenten zunächst als Eigentumseingriff qualifiziert²⁷. Das BVerfG ist dem entgegengetreten, hat aber zugestanden, dass die Position des BGH den verfassungsrechtlichen Rahmen richterlicher Rechtsfortbildung nicht überschreite²⁸. Letzteres kann hier dahingestellt bleiben. Der Inhalt grundrechtlich geschützten Eigentums – so das BVerfG – erfasse dessen Substanz in seiner mitgliedschafts- und vermögensrechtlichen Ausgestaltung, nicht aber wertbildende Faktoren, insbesondere solche, die die tatsächliche Verkehrsfähigkeit der Aktie steigerten²⁹. Demnach berühre der Widerruf der Börsenzulassung für den regulierten Markt die Substanz des Eigentums weder in seiner mitgliedschaftsrechtlichen noch in seiner vermögensbezogenen Komponente. Daraufhin hat der BGH eine Kehrtwende vollzogen³⁰. Die verfassungsrechtliche Grundlage der früheren Entscheidung sei entfallen. Einfachgesetzlich lasse sie sich nicht begründen.

- c) Die Vereinigungsfreiheit (Art 12 StGG, Art 11 EMRK, Art 12 GRC) schützt Assoziationen mit grundsätzlich beliebiger Zwecksetzung, also auch das Recht ab, Fähigkeiten und/oder Kapital zu bündeln³¹. Dazu gehört die Selbstbestimmung über die Organisation des Zusammenschlusses, insbesondere die Abgrenzung von Kompetenzen im Innenverhältnis sowie Vertretung und Haftung des Verbandes/seiner Mitglieder nach außen³². Soweit nicht die Wesensgehaltssperre eingreift, gilt dies allerdings nur im Rahmen des auf den jeweils gewählten Gesellschaftstyp anwendbaren Regelwerks (sog gesellschaftsrechtlicher Typenzwang³³). Zu beachten ist, dass die Vereinigungsfreiheit auch eine negative Komponente hat. Sie schließt das Recht ein,

²⁷ BGHZ 113, 47, 54 ff. Konsequenz: Hauptversammlungsbeschluss, Notwendigkeit eines Abfindungsangebotes zum tatsächlichen Wert des Anteils, gerichtliche Überprüfung analog SpruchG.

²⁸ BVerfG 1 BvR 314/07 und 1 BvR 1569/08, BVerfGE 132, 99 = ZIP 2012, 1402.

²⁹ Dahingestellt blieb, wie zu entscheiden sei, wenn mit dem Widerruf der Börsenzulassung regelmäßig ein Kursverfall eintrete, der nach seinem Ausmaß die wirtschaftliche Substanz des Aktieneigentums träfe. Für die Zeiträume ab 2004 und für die „heutigen“ Verhältnisse ließe sich das nicht sagen.

³⁰ BGH II ZR 26/12, WM 2013, 2213. Würdigung dieser Entscheidungssequenz und ihrer Bedeutung für das österreichische Recht bei *Koppensteiner*, RdW 2015, 549 ff.

³¹ Dazu *Potacz* in *Merten/Papier/Kucsko-Stadelmayer* (Fn 10) § 17 Rn 11, *Berka* (Fn 8) Rn 1518.

³² Vgl *Berka* aaO Rn 1560 ff.

³³ Er schließt Mischformen wie die GmbH & Co KG nach heute allgemeiner Auffassung nicht aus.

sich nicht an einer (privatrechtlichen)Assoziation zu beteiligen und sich auch wieder von ihr zu lösen³⁴.

- d) Die Erwerbsfreiheit nach Art 6 StGG und den Art 15 und 16 GRC – die EMRK kennt dieses Recht nicht – deckt auch die wirtschaftlichen Aktivitäten als Kollektiv organisierter Marktteilnehmer ab³⁵. Grundrechtsschranken und Eingriffe sind nur dann anzuerkennen, wenn sie von einem öffentlichen Interesse verlangt werden, zur Zielerreichung geeignet, adäquat und auch sonst sachlich zu rechtfertigen sind³⁶. Ein nur die Abwehr von Konkurrenz bezweckender Eingriff liegt nach Auffassung des VfGH nie im öffentlichen Interesse³⁷. Das wirkt sich auf die Zulässigkeit einer Bedarfsprüfung oder von Gebietsschutz aus³⁸.
- e) Der Gleichbehandlungsgrundsatz (Art 7 B-VG, Art 2 StGG, Art 20, 21 GRC) enthält ein Verbot willkürlicher Differenzierung iSd Bevorrechtigung oder Schlechterstellung Rechtsunterworfener³⁹. Umgekehrt muss Ungleiches auch ungleich behandelt werden. Bezogen auf das Gesellschaftsrecht ist zB angenommen worden, die Kosten–und Risikoverteilung im Verfahren zur Überprüfung der Angemessenheit der Abfindung nach § 8 Abs. 2 UmwG aF (Verweis auf das AußStrG) kollidiere wegen der stärkeren Position des Mehrheitsgesellschafters und der für die Minderheit günstigeren Regeln in anderen Abfindungskonstellationen mit dem Gleichheitssatz⁴⁰. Über Ungleichbehandlungsverbote und -gebote hinaus hat der VfGH dem Gleichheitsgrundsatz, was keineswegs selbstverständlich ist, ein Prinzip entnommen, wonach jedes staatliche Handeln sachlich zu sein hat⁴¹.
- f) Die Privatautonomie (Vertragsfreiheit) hat der EuGH schon vor Inkrafttreten der GRC anerkannt⁴². De lege lata stützt man sich auf die unternehmerische Freiheit nach Art

³⁴ Siehe OGH 1 Ob 176/98 h, RdW 1999, 22 = ZfRV 1999, 23, *Berka* (Fn 8) Rn 1520, 1523, *Lenzhofer* in *Heissl* (Fn 17) Rn 17/11.

³⁵ Vgl *Berka* (Fn 6) Rn 165 f.

³⁶ *Berka*(Fn 8) Rn 1560 ff.

³⁷ VfSlg 19814/2013, zit nach *Berka* (Fn 8) Rn 1561.

³⁸ Vgl *Berka* aaO Rn 1562.

³⁹ Näher *Berka* aaO Rn 1636 ff.

⁴⁰ *Kalss* JBI 1995, 438 ff. Auf Antrag des OGH (6 Ob 111/14 p, GES 2014, 502, dazu *Bachner*, GES 2014, 491 ff) wird sich der VfGH damit auseinandersetzen müssen, ob die Herabsetzung des gesetzlichen GmbH-Mindeststammkapitals auf 10 000 €, und seine, wenn auch gründungsprivilegierte Wiederanhebung auf 35 000 € mit dem Gleichheitssatz vereinbar ist. Das ist hier nicht weiter zu verfolgen.

⁴¹ Dazu *Bezemek* in *Heissl* (Fn 17) Rn 12/22 ff, *Pöschl* in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer* (Fn 10) § 14 Rn 36 ff, *Berka* (Fn 8) Rn 1640.

⁴² Vgl *Streinz* in *Streinz* (Fn 17) Art 16 GR-Charta Rn 6 mN.

16 GRC als „Recht, den Vertragspartner auszusuchen“⁴³. Für Österreich leitet man sie meistens aus der Eigentumsgarantie des StGG und der EMRK ab⁴⁴. Eine nicht minder gewichtige Ableitungsgrundlage ergibt sich allerdings aus der Erwerbsfreiheit⁴⁵. Selbstverständlich wird Vertragsfreiheit nicht schrankenlos garantiert, sondern stößt auf dieselben Grenzen wie die Grundrechte, die ihre Basis liefern. Darüber hinaus sind spezielle, dieser Freiheit immanente Grenzen zu beachten. So sind kartellrechtswidrige Verträge verboten. Vertragsfreiheit wird dadurch aber nur formal eingeschränkt. In Wahrheit haben wir es mit einer Komplementärregelung zu tun, ohne die diese Freiheit ihren Sinn nicht erfüllen könnte⁴⁶.

III WIRKUNG DER GRUNDRECHTE IM GESELLSCHAFTSRECHT

1 Generalia

- a) Es ist schon dargelegt worden, dass Grundrechte Rechtslagen unter Privaten zwar mit determinieren können, aber doch auf ganz andere Weise als in der Relation des Staates zu „seinen“ Bürgern. Das liegt wie ebenfalls schon angesprochen, daran, dass die Positionen von Rechtssubjekten, die alle Grundrechtsträger sind, gegeneinander abzuwägen und abzugrenzen sind. Der Staat hat sich strikt an der Grundrechte zu halten. Als Privatrechtsgesetzgeber steht ihm ein erheblich größerer Ermessensspielraum zur Verfügung⁴⁷, weil es dort nicht primär um die Durchsetzung öffentlicher Interessen, sondern wie gesagt darum geht, die Rechtssphären von Individuen oder Gruppen möglichst „gerecht“ gegeneinander abzugrenzen. Wie noch deutlich werden wird, kennt das Gesellschaftsrecht eine Reihe von Konstellationen zwangsweisen Ausscheidens von Gesellschaftern gegen Abfindung. Jedenfalls in der Mehrzahl dieser Fälle braucht im Gegensatz zu einer Enteignung oder einem enteignungsgleichen Eingriff nicht geprüft zu werden, ob der zugrundeliegende Gesellschafterbeschluss erforderlich, geeignet und verhältnismäßig ist. Das ist deshalb so, weil nicht ein dringendes öffentliches Interesse, sondern ein privates Anliegen dahinter steht. Wo die Voraussetzungen eines Grundrechtseingriffs durch den Staat (Erforderlichkeit, Eignung, Verhältnismäßigkeit) im Gesellschaftsrecht wiederkehren,

⁴³ *Bezemek* in *Holoubek/Lienbacher* (Fn 10) Art 16 Rn 6, *Streinz* aaO, *Everson/Goncalvez* in *Peers ua* (Fn 10) Art 16 Rn 16. 44 ff, *Storr*, FS Berka (2013) 219, 224.

⁴⁴ *Berka* (Fn 6) Rn 712, 718, *Bußjäger* in *Heissl* (Fn 17)Rn 21/24, *Korinek* in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer* (Fn 10) § 16 Rn 22, für die EMRK auch *Streinz* aaO Rn 3 mit Zitat einer Entscheidung des EGMR.

⁴⁵ Siehe *Korinek/Holoubek* (Fn 10) 34 ff, *Koppensteiner*, Österreichisches und europäisches Wettbewerbsrecht (1997) § 1 Rn 10 mwN.

⁴⁶ Näher dazu *Koppensteiner* aaO § 1 Rn 2 ff, 15.

⁴⁷ Vgl. *Hofmann* (Fn 7) 88 f, *Schön* (Fn 4) 1384, *Berka* (Fn 1) 22, 56 f.

ist der deshalb erforderliche Abwägungsprozess offener zu denken als in der Relation zum Staat.

Gesellschafterbeschlüsse, mit denen die Mehrheit ihre Privatautonomie in Anspruch nimmt, schmälern nicht selten das Anteilseigentum von Minderheitsgesellschaftern. Wer das Eigentumsgrundrecht als unentbehrliche Wurzel der Privatautonomie klassifiziert, gerät deshalb in ein argumentatives Dilemma⁴⁸. Denn dieser Ansatz läuft darauf hinaus, einem „Eigentümer“ zu gestatten, einem gleich berechtigten anderen Grundrechtssubjekt sein Eigentum wegzunehmen oder zu beschränken. Es gibt verschiedene Möglichkeiten, diese Schwierigkeit zu bewältigen. Man könnte sagen, mit dem Beitritt zu einer Gesellschaft akzeptiere jeder Betroffene das für sie geltende Recht, daher auch die Möglichkeit von Mehrheitsbeschlüssen samt damit verbundenen Einbußen an seinem Anteil. Es gehe als um einen (zulässigen) Grundrechtsverzicht, den der Staat hinzunehmen habe⁴⁹. Dieser Gedanke kann aber deshalb nicht ganz befriedigen, weil er den Einsatz der Privatautonomie durch mit Mehrheit Beteiligte, also die positive Inanspruchnahme eines Grundrechts vernachlässigt, insofern also nur die eine Seite der Medaille beschreibt. Ein weiterer Ansatz bestünde darin, die Vertragsfreiheit nur auf die Erwerbsfreiheit zu stützen. Das liefe aber auf eine unzulässige Verkleinerung des Argumentationsrahmens hinaus. Denn es steht außer Zweifel, dass sich mit Eigentum als Objekt vor allem unternehmerischer Tätigkeit wenig anfangen ließe, wenn der jeweilige Gegenstand nicht veräußert oder belastet werden könnte. Erwägenswert ist es schließlich, Privatautonomie als Regulativ rechtsgeschäftlicher Beziehungen unter Gleichgestellten (mittelbare Drittwirkung) wie ihre grundrechtliche Unterlage in der Eigentumsgarantie von vorneherein als Recht aller Beteiligten zu denken. Für den Abschluss eines Gesellschaftsvertrags oder den späteren Beitritt zu einem solchen würde dies bedeuten, dass er unabhängig von den Mehrheitsverhältnissen auf der Vertragsfreiheit aller Partner beruht. Die Vorstellung, das sei wegen möglicher zukünftiger Beeinträchtigungen des Eigentums am Geschäftsanteil als Verzicht auf ein Grundrecht aufzufassen, würde damit überflüssig. Damit dürfte sich das vorher erwähnte Dilemma am besten auflösen lassen.

- b) Wie schon erwähnt, gibt es eine Reihe gesellschaftsrechtlicher Richtlinien, die, soweit erforderlich, in Österreich umzusetzen waren und umgesetzt worden sind. Dabei handelt es sich um Akte der Durchführung von Unionsrecht, die mithin in den

⁴⁸ Im Anwendungsbereich der GRC entfällt dieses Problem. Denn dort lässt sich Privatautonomie als Grundrecht wegen Art 16 wie dargelegt auch ohne die Eigentumsgarantie (Art 17) begründen.

⁴⁹ So zB *Berka* (Fn 8) Rn 1275.

Anwendungsbereich der GRC fallen. Hervorgehoben seien die Kapital- und die FusionsRL (einschließlich jener über die grenzüberschreitende Fusion), ferner die Spaltungen — und die AktionärsrechteRL⁵⁰. Mitgliedstaatliches Verfassungsrecht einschließlich darin enthaltener Grundrechte ist auf Richtlinien nicht anwendbar, auf Umsetzungsakte nur dann, wenn die Richtlinie einen Regelungsspielraum eröffnet⁵¹. Indes dürften die Garantien der GRC, insbesondere deren Art 16 und 17 schon wegen ihrer grundsätzlichen Orientierung an den Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten und der EMRK im Wesentlichen österreichischen Gegebenheiten entsprechen, sodass eine jeweils gesonderte Würdigung der Drittwirkungsebene der GRC entbehrlich erscheint.

- c) Die folgenden Überlegungen werden sich der Frage widmen, welche verfassungsrechtlichen Determinanten sich auf die gesellschaftsrechtlichen Positionen der vorher erwähnten „stakeholder“ (Gesellschafter, Gläubiger, Arbeitnehmer, Belange der Allgemeinheit) auswirken könnten. Bevor darauf eingegangen wird, soll geprüft werden, was der Gesellschaftsvertrag/die Satzung für zukünftige Änderungen der Rechtslage bedeutet. Zu denken ist an privatautonomes Handeln, insbesondere Änderungen des Gesellschaftsvertrages oder andere Beschlüsse zu Lasten der Minderheit, mit denen die Mehrheit an sich schon bei Abschluss des Vertrages oder späterem Beitritt vorhandene Befugnisse in Anspruch nimmt. Ebenso in Betracht zu ziehen sind nachträgliche Änderungen der Gesetzeslage, die der Mehrheit Rechte zubilligen, die sie vorher nicht hatte.

Mit Abschluss oder Beitritt akzeptieren grundsätzlich alle Beteiligten den Inhalt des Gesellschaftsvertrages mitsamt dem zwingenden und nicht abbedungenen Gesellschaftsgesetzesrecht. Das ist die Konsequenz ihrer Privatautonomie, der jedem eingeräumten Befugnis, einen Vertrag abzuschließen oder ihn abzulehnen⁵². Dabei ist allerdings eine der Vertragsfreiheit selbst immanente Grenze zu beachten. Sie besteht darin, dass niemand sich selbst entrichten kann. Die Unzulässigkeit eines Vertrages, mit dem jemand sich selbst zum Sklaven eines anderen deklariert (vgl § 16 ABGB) ist dafür nur ein extremes Beispiel. Die Menschenwürde ist ausdrückliches Schutzgut von Art 1 GRC, in Art 3 EMRK verankert und wird von der Judikatur des VfGH und

⁵⁰ Zu ihnen etwas *Lutter/Bayer/ J. Schmidt*, Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht⁵ (2012) 463 ff, 526 ff, 656 ff, 1056 ff.

⁵¹ Vgl *Berka* (Fn 6) Rn 345 f.

⁵² Ebenso die Ausgangsannahme von *Reul*, DNotZ 2007, 184, 201 f bei seiner Analyse des Verhältnisses von Grundrechten und Vertragsfreiheit im Gesellschaftsrecht.

des OGH als „allgemeiner Wertungsgrundsatz“ der österreichischen Rechtsordnung anerkannt⁵³. Wo die daraus abzuleitenden Grenzen der Vertragsfreiheit genau verlaufen, lässt sich wohl nur für den Einzelfall präzisieren. Hier genügt die Feststellung, dass sie im Gesellschaftsrecht eine Rolle spielen können.

Nicht nur aus gesellschaftsrechtlicher, sondern auch aus verfassungsrechtlicher Sicht⁵⁴ wird nicht selten behauptet, vertrags – oder beschlussrechtliche Änderungen müssten voraussehbar sein. Dazu ist zu bedenken, dass rechtswidrige Beschlüsse nichtig oder (mit der Konsequenz der Nichtigkeit *ex tunc*) anfechtbar sind. Was im Rahmen des geltenden Regelwerks, also rechtmäßig geschieht, ist, so meine ich, auch voraussehbar. Gewiss gibt es Gesellschafter, für die dies faktisch nicht zutrifft, weil ihnen die möglichen Fernfolgen ihres Handelns aus Unachtsamkeit oder wegen fehlender Kenntnisse nicht bewusst sind. Aber erstens gibt es (bei AGs und GmbHs) die obligatorische Beratung durch den Notar, auch die Prospektpflicht bei kapitalmarktorientierten Gesellschaften oder unabhängig davon die Möglichkeit, sachverständigen Rat einzuholen. Zum Zweiten wäre die Gegenauffassung wohl gezwungen, bezüglich dessen, was voraussehbar ist, zwischen Kundigen und weniger Kundigen zu unterscheiden. Das wäre aus Gründen des Gleichbehandlungsgrundsatzes, aber auch wegen der damit verbundenen Rechtsunsicherheit kaum haltbar. Verfassungsrechtlich ist es mE daher nicht geboten, die Drittwirkung der Vertragsfreiheit von den Folgen rechtsgeschäftlicher, insbesondere gesellschaftsrechtlicher Erklärungen, abhängig zu machen. Die dem entgegengehaltene „strukturelle Unterlegenheit“ der Minderheit⁵⁵ besagt demgegenüber kaum etwas. Denn niemand ist gezwungen, sich an einer Gesellschaft zu beteiligen. Die Mehrheitsverhältnisse können sich im Übrigen ändern, sodass sich – abstrakt gesehen – niemand von vorneherein in einer Minderheitsposition befindet.

Was zukünftige Gesetzesänderungen angeht, so gehören sie mit Ausnahme verfassungswidrig rückwirkender Novellen⁵⁶ mE zu dem von allen Gesellschaftern zu tragenden Risiko. Am Beispiel des GesAusG: Hätten Gesellschafter, die ihre Anteile vor Inkrafttreten des Gesetzes, möglicherweise vor Bekanntwerden einschlägiger Planungen, einen Anspruch gegen die Mehrheit den squeeze-out Beschluss zu unterlassen? Ich meine nein⁵⁷, auch deshalb, weil sich ein neues Gesetz wie die

⁵³ S *Berka* (Fn 8)1347 mN, ferner *Aicher* in *Rummel*, ABGB I³ (2000) § 16 Rn 30: „Grundwerte, die der Privatautonomie Grenzen setzen“.

⁵⁴ *Berka* (Fn 1) 27, *Hofmann* (Fn 7) 111 ff.

⁵⁵ *Hofmann* aaO, ähnlich *Schön* (Fn 4) 1385 f.

⁵⁶ Dazu *Berka* (Fn 6) Rn 487 ff.

⁵⁷ Für Österreich zB *Pernthaler*, Verfassungsrechtliche Voraussetzungen und Grenzen der betrieblichen und unternehmerischen Mitbestimmung, zit nach *Berka* (Fn 1) Fn 3.

Erhöhung der für bestimmte Beschlüsse erforderlichen Quoren durchaus auch zu Lasten der Mehrheit, also zugunsten der Minderheit auswirken kann.

2 Individualrechte

Für Personengesellschaften und die GmbH ist anerkannt, dass den Gesellschaftern bestimmte Mindestrechte verbleiben müssen. Es handelt sich dabei um das Recht, an Gesellschafterversammlungen teilzunehmen und dort zu reden. Nicht disponibel ist auch das Recht auf Information, ganz überwiegend abdingbar dagegen das Stimmrecht⁵⁸, nicht dagegen das Recht, die Rechtswidrigkeit von Gesellschafterbeschlüssen im Wege der Nichtigkeits- oder Anfechtungsklage geltend zu machen. Die Treuepflicht ist, weil auf dem Vertrag beruhend, grundsätzlich dispositiv, aber nicht zu Gänze. Im Unterschied zu den angeführten Verwaltungsrechten kann der initiale Gesellschaftsvertrag die Vermögensrechte nach dem gesetzlichen Normalstatut nicht ganz aber fast eliminieren⁵⁹. Das Recht der AG ist ganz überwiegend zwingend, sodass man sich über unabdingbare Mindestrechte der Aktionäre schon bei Feststellung der Satzung keine Gedanken zu machen braucht⁶⁰.

Soweit Verwaltungsrechte der Gesellschafter nicht abbedungen werden können, lässt sich dies mE auf zwei Grundgedanken zurückführen. Der erste – keine Selbstentrechtung der Gesellschafter – erklärt, warum es die beschriebenen Mindestrechte gibt. Der zweite hängt mit der unvermeidbaren Unvollständigkeit von Gesellschaftsverträgen zusammen. Sie ergibt sich daraus, dass sich die Pflichten der Beteiligten ex ante nicht zureichend genau bestimmen lassen. Den deshalb erforderlichen flexiblen Maßstab liefert die Treuepflicht. Sie erlaubt es, Gesellschafterpflichten daran zu orientieren, was das gemeinsame Interesse im Zeitablauf jeweils verlangt⁶¹. Die grundsätzliche Disponibilität von vermögensrechtlichen Elementen der Mitgliedschaft scheitert nicht daran, dass niemand sich selbst entrichten kann. Ausnahmen bei der Abfindung Ausscheidender im Personengesellschaftsrecht beruhen teilweise auf diesem Grundsatz, zum anderen Teil hängen sie mit dem Recht zusammen, die Mitgliedschaft aufzugeben⁶². Alles dies ist verfassungsrechtlich unproblematisch. Eine drittwirksame Beeinträchtigung der Privatautonomie liegt nicht vor.

⁵⁸ Ausnahme: § 39 Abs. 2 GmbHG. Jedem Gesellschafter muss mindestens eine Stimme zustehen.

⁵⁹ Näher dazu *Koppensteiner*, GesRZ 2009, 198 ff. Zur Abdingbarkeit von Treuepflichten zuletzt *Fleischer/Harzmeier*, NZG 2015, 1289, 1295 f mwN, wo mit *möglichen* Rationalitätsdefiziten der Gesellschafter argumentiert wird, s noch *Armbrüster*, ZGR 2014, 336, 350 ff.

⁶⁰ Zu nachträglichen „Eingriffen“ *Schön* (Fn 4) 1184 ff, zu weitgehend *Hofmann*, FS Ulmer (Fn) 843 ff.

⁶¹ Näher zum Vorstehenden *Koppensteiner*, GesRZ 2009, 201 f mwN.

⁶² Ausführlicher *Koppensteiner* aaO 200.

Ein bisher noch nicht angesprochener Gesichtspunkt ist allerdings noch gesondert zu würdigen. Die *lex scripta* gestaltet die Informationsrechte ganz unterschiedlich aus. Das ist als solches nicht zu beanstanden, weil einschlägige Bedürfnisse je nach Gesellschaftsform variieren⁶³. Anders steht es mit der Lage bei der GmbH. § 22 Abs. 2 und 3 GmbHG gibt Gesellschaftern nur ein stark eingeschränktes Recht auf Information. Der OGH hat dieses Recht in einem Akt ungewöhnlich weit reichender und später nicht mehr korrigierter Rechtsfortbildung ausgedehnt. Demnach steht den Gesellschaftern ein nur ausnahmsweise weiter begründungsbedürftiger Anspruch auf Auskunft und Einsicht in die Gesellschaftsunterlagen zu. Ob das zutrifft, ist heftig umstritten⁶⁴. Aus verfassungsrechtlicher Sicht war wegen § 118 UGB aF wohl anzunehmen, dass der Gleichheitssatz und das Übermaßverbot verletzt waren. Schon vor der Reform der GesBR gab es sehr gute Gründe gegen die Auffassung des OGH. Die auch als "Allgemeiner Teil" des Gesellschaftsrechts konzipierte Reform (§§ 1194 ABGB, 118, 114 Abs. 3 UGB) hat diese Gründe noch verstärkt⁶⁵. Jedenfalls in Verbindung mit dem Gebot verfassungskonformer Auslegung sollten sie den OGH veranlassen, zu einer sachgerechten Deutung des Informationsanspruchs bei der GmbH zurück zu kehren.

b) aa) Beschlüsse der Beteiligten werden bei Kapitalgesellschaften je nach Entscheidungssituation mit einfacher oder qualifizierter Mehrheit gefasst. Bei den Personengesellschaften ist es ebenso, wenn das Einstimmigkeitsprinzip der §§ 1192 Abs. 1 ABGB, 119 Abs. 1 UGB abbedungen wurde⁶⁶. Mehrheitsentscheidungen mit Auswirkungen für Dissidenten kollidieren mit einem elementaren Prinzip des Privatrechts. Sie legitimieren sich aber aus dem unabweisbaren Bedürfnis, überhaupt zu einer Entscheidung zu kommen⁶⁷ und daraus, dass alle Betroffenen den Gesellschaftsvertrag samt des auf ihn anwendbaren Gesetzesrecht akzeptiert haben. Dennoch ist anerkannt, dass überstimmte Gesellschafter Änderungen des Gesellschaftsvertrags und andere Modifikationen der ursprünglichen "Geschäftsgrundlage" nicht in jedem Fall hinnehmen müssen, sondern nur unter dies rechtfertigenden Umständen⁶⁸.

⁶³ Nach Auffassung des BVerfG hat jeder Gesellschafter kraft Verfassungsrecht einen Anspruch auf die Informationen, die erforderlich sind, um das Mitgliedschaftsrecht sachgerecht auszuüben. Dazu *Schön* (Fn 4) 1377 ff.

⁶⁴ Wie die Rechtsprechung zuletzt *A. Harrer*, GES 2015, 263, 265 f, dagegen zB *Mollnhuber/Suesseroth* in *U. Torggler*, GmbHG (2014) § 22 Rn 20, je mwN. Zur (ablehnenden) Position des Verf *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ (2007) § 22 Rn 37 f.

⁶⁵ Siehe *Koppensteiner*, wbl 2015, 305 f.

⁶⁶ Das wird mit Rücksicht auf die Funktionsfähigkeit des Verbandes wohl häufig der Fall sein.

⁶⁷ Vgl *Berka* (Fn 1) 55 f, auch 60 ff: Öffentliches Interesse an einer funktionstüchtigen Organisation wirtschaftlich tätiger Verbände.

⁶⁸ Dazu schon früh *Zöllner*, Die Anpassung von Personengesellschaftsverträgen an veränderte Umstände (1979) 32 ff.

Fast alle Einzelheiten sind umstritten⁶⁹. Hier müssen einige Andeutungen genügen. Im Unterschied zur Situation bei Abschluss des Gesellschaftsvertrages gilt der Gleichbehandlungsgrundsatz. Ursprünglich vereinbarte Abweichungen sind dabei zu berücksichtigen. Ersteres bedeutet zB, dass die nachträgliche Einführung eines Höchststimmrechts nach § 12 Abs. 2 AktG, die das bisherige Stimmgewicht eines Aktionärs reduziert, nur zulässig ist, wenn es dafür eine sachliche Rechtfertigung gibt⁷⁰. Umgekehrt sind abstrakt auf Gleichbehandlung hin tendierende Eingriffe in ein vertragliches Sonderrecht nur möglich, wenn ein wichtiger Entzugs – oder Einschränkungsgrund vorliegt und die Maßnahme auch sonst sachlich gerechtfertigt ist⁷¹. Dasselbe gilt für den Ausschluss des Bezugsrechts bei Kapitalerhöhungen zu Lasten nur einzelner Gesellschafter. Sollen nur Dritte bezugsberechtigt sein, ist immer noch zu prüfen, ob dies einem sonst nicht realisierbaren dringenden Interesse der Gesellschaft dient, dazu geeignet und den Gesellschaftern gegenüber verhältnismäßig ist. Wegen sonstiger Verwässerung des Wertes vorhandener Beteiligungen ist des Weiteren dafür zu sorgen, dass der Kapitalerhöhungsbetrag dem realen Wert der neuen Anteile entspricht.

Für das Personengesellschaftsrecht hat sich eine intensive und immer noch nicht abgeschlossen Debatte darüber entwickelt wie die Minderheit bei Abbedingung der Einstimmigkeitsregel gegen Änderungen des Vertrags geschützt werden kann, die ihre Rechte beeinträchtigen⁷². Der früher dominante Bestimmtheitsgrundsatz – Eingriff nur dann zulässig, wenn im ursprünglichen Gesellschaftsvertrag ausdrücklich spezifiziert – kann als aufgegeben gelten. Der Gesellschaftsvertrag muss, eventuell erst nach Auslegung, demnach nur noch ergeben, dass die in Frage stehende Änderung von der Mehrheitsklausel gedeckt ist. Auf einer zweiten Stufe ist bezüglich absolut oder relativ unentziehbarer Rechte⁷³ sodann zu prüfen, ob der Beschluss treuwidrig ist. Das hängt mangels Zustimmung Betroffener bei relativ unentziehbaren Rechten wiederum davon ab, ob die Änderung erforderlich, geeignet und verhältnismäßig ist (materielle

⁶⁹ Dazu statt vieler *Harrer*, Die Personengesellschaft (2010) 144, auch die Skizze des Meinungsstandes bei *Koppensteiner*, GesRZ 2009, 203 ff mit Diskussion 206 ff, *ders*, wbl 2015, 308 ff.

⁷⁰ Vgl *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht (2008) Rn 3/626 (Fn186) mwN, *Hofmann* (Fn) 649 f.

⁷¹ Verschmelzungs- und Spaltungsbeschlüsse sind nach der *lex scripta* überhaupt nicht ohne Zustimmung Sonderberechtigter möglich, wenn nicht gleichwertige Rechte gewährt werden. Vgl *Koppensteiner/Rüffler* (Fn 64) § 99 Rn 6, Anh § 101 Rn 32.

⁷² Dazu im Anschluss an ein rezentes Urteil des BGH *Koppensteiner*, wbl 2015, 309, seither etwa *Ulmer*, ZIP 2015, 697, *Weber*, ZIPW 2015, 123, *Seidel*, BB 2015, 2563, *Thöni*, 2.FS *Koppensteiner* (2016) 329, 330 ff.

⁷³ Bei absolut unentziehbaren Rechten handelt es sich um solche, die wie vorher dargelegt, unverzichtbar sind. Mit relativ unentziehbaren Rechten sind solche gemeint, deren Entzug der Zustimmung Betroffener bedarf. Beide Kategorien werden traditionell dem sog „Kernbereich“ zugeordnet. Der BGH (BGHZ 202, 77 Rn 12) hat die diesbezügliche Lehre bis auf einen Restbestand bei der Verteilung der Beweislast aufgegeben.

Beschlusskontrolle). Derselbe Maßstab ist anzuwenden, wenn kein unmittelbarer Eingriff in den „Kernbereich“, aber doch eine Grundlagenänderung wie zB beim vorher erwähnten Ausschluss des Bezugsrechts vorliegt⁷⁴. Bei der GmbH und der AG wird die Funktion der Treuepflicht zu einem wesentlichen Teil von den Vorschriften über die Satzungsänderung übernommen. Daneben gelten aber dem Personengesellschaftsrecht entsprechende Grundsätze⁷⁵.

Aus der Sicht der Minderheit lässt sich gegen diese Regeln verfassungsrechtlich kaum etwas einwenden. Denn sie profitiert wohl stärker als es das Grundrecht auf Privatautonomie vorschreibt und zwar auch dann, wenn die Unzulässigkeit der Selbstentrichtung hinzugedacht wird. Nicht so evident ist, ob sich der oder die Mehrheitsgesellschafter auf ihre Vertragsfreiheit, auf ihr Eigentumsgrundrecht stützen könnten. Aber auch das ist zu verneinen. Die Drittwirkung der Grundrechte im Privatrecht eröffnet dem Gesetzgeber – für die Rechtsfortbildung durch die Gericht gilt dasselbe – wie dargelegt einen im Verhältnis zu eigenen Eingriffen erheblich erweiterten Ermessensspielraum. Er sollte genügen, um die beschriebene Eindämmung der Mehrheitsmacht zu legitimieren.

bb) In einer Reihe von Fällen, so nach dem GesAusG und dem UmwG ist es zulässig, Gesellschafter gegen wertäquivalente Kompensation ihres Anteils auszuschließen. Prägend ist, dass dafür eine qualifizierte Mehrheit von 90 % des Grund-/Stammkapitals erforderlich ist⁷⁶. Für die übertragende Auflösung gilt dasselbe, und zwar nicht nur für das Beschlussquorum, sondern auch bezüglich des Erfordernisses angemessener Abfindung⁷⁷.

Nach Auffassung des OGH unterliegt der Umwandlungsbeschluss keiner materiellen Kontrolle⁷⁸. Ich selbst habe mich eine Zeitlang den Kritikern angeschlossen⁷⁹, bin aber im Zeichen des GesAusG später zu meiner ursprünglichen Auffassung

⁷⁴ Näher dazu *Koppensteiner*, GesRZ 2009, 204 ff.

⁷⁵ Für N *Koppensteiner*, wbl 2015, 310 Fn 88 und 89. Dafür, dass sich die Einschränkung der Mehrheitsmacht auf die Grundrechte „zurückführen“ lässt, *Reul*, DNotZ 2007, 203; vgl *Thöni* (Fn 72)

⁷⁶ Die Sonderregelung für die Umwandlung auf einen ausländischen Hauptgesellschafter mit Sitz innerhalb des EWR lasse ich außer Acht.

⁷⁷ Ausführlich *Rüffler* (Fn 10)234 ff, 265 ff mwN. N einschlägiger Entscheidungen des EGMR bei *Berka* (Fn 1) 42 f (Fn 106, 107).

⁷⁸ OGH 6 Ob 335/97a, wbl 1998, 546, 547. N zustimmender und ablehnender Stimmen bei *Rüffler* aaO 280 (Fn 1440). Ablehnend seither noch *U. Torggler*, GES 2006, 109 ff (dort auch zum – damals noch Entwurf – GesAusG), zustimmend dagegen *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung² (2010) § 2 UmwG Rn 116, je mwN.

⁷⁹ *Koppensteiner*, wbl 2001, 9 f.

zurückgekehrt⁸⁰. Daran möchte ich trotz der beachtlichen Gegenargumente von *U. Torggler* festhalten⁸¹. Der Zweck des GesAusG besteht nach den Materialien darin, wettbewerbsfähige und reaktionsschnelle Unternehmens – und Kontrollstrukturen zu ermöglichen, die ohne Minderheitsgesellschafter leichter zu verwirklichen seien⁸². Damit wird ein legitimes öffentliches Interesse umschrieben. Dass die Maßnahme zur Zielerreichung erforderlich und geeignet ist, dürfte kaum bezweifelt werden können⁸³. Die Verhältnismäßigkeit des Eingriffs ist für das UmwG wegen dessen insoweit unspezifischen Zwecks bestritten worden⁸⁴. Für das GesAusG versagt dieses Argument. Die Verwaltungsrechte von Kleinanlegern wirken sich auf den Anlagewert kaum aus. Betroffenen steht ein diesem Wert entsprechender Anspruch auf Abfindung zu. Die demnach zu bejahende Verhältnismäßigkeit des GesAusG⁸⁵ wirkt sich auch auf die verfassungsgerichtliche Beurteilung des UmwG aus. Denn beide Gesetze bewirken dasselbe. Nur die Rechtstechnik des Ausschlusses ist verschieden. Bei all dem ist noch zu berücksichtigen, dass es nicht um eine Enteignung, sondern um die Drittwirkung der Eigentumsgarantie geht, bei der dem Gesetzgeber, wie schon mehrfach angesprochen, ein erweiterter Regelungsspielraum zu Gebote steht.

Das für das GesAusG und das UmwG herausgearbeitete Prinzip lässt sich als allgemeiner Grundsatz des Gesellschaftsrechts kennzeichnen. Wo zwangsweise Aufgabe der Beteiligung gegen wertäquivalente Abfindung wie bei der Verschmelzung oder der nicht verhältnismäßigen Spaltung gesetzlich vorgesehen ist, findet eine materielle Rechtfertigungskontrolle nicht statt⁸⁶. Ebenso liegt es bei Umgründungsmaßnahmen – Beispiel: Übertragende Auflösung –, die über Analogien den Ausschluss mit einer angemessenen Abfindung koppeln⁸⁷. Aus den zum GesAusG angeführten Gründen ist verfassungsrechtlich dagegen nichts einzuwenden.

Ausschlussmöglichkeiten existieren auch jenseits des GesAusG. Bei der GmbH hängt diese Möglichkeit nach Auffassung des OGH von entsprechender Vorsorge im

⁸⁰ *Koppensteiner/Rüffler* (Fn)Anh § 101 Rn 23 im Anschluss an die Analyse von *Rüffler*: Wie hier auch *Winner*, GesRZ-Spezial 2006, 9, 12 ff, wo (15) mit Recht betont wird, dass der Ausschluss nach dem GesAusG dispositiv ist. Wer investieren möchte, könne sein Engagement daher von der Aufnahme einer entsprechenden Bestimmung in den Gesellschaftsvertrag abhängig machen. Zur Rechtslage beim squeeze out nach den §§ 327 a ff dAktG s oben bei Fn 24 ff.

⁸¹ Vgl *Koppensteiner*, GES 2006, 143 Fn 9. Zu Einschränkungen beim squeeze out *Koppensteiner/Rüffler* aaO Anh § 71 Rn 9.

⁸² *Koppensteiner* aaO 143 mwN.

⁸³ Anders allerdings auch insoweit *U. Torggler*, GES 2006, 115 f.

⁸⁴ *U. Torggler* aaO 113 f.

⁸⁵ Vgl *Kalss* (Fn 78) GES, Vor § 1 Rn 2.

⁸⁶ Ebenso zB *Kalss* (Fn 78)§221 AktG Rn 23, § 8 SpaltG Rn 13, vertiefend *Schön* (Fn 4) 1387 ff.

⁸⁷ Wie hier *Rüffler* (Fn 10) 277 ff.

Gesellschaftsvertrag ab. Das wird ganz überwiegend abgelehnt⁸⁸ und zwar mit Recht⁸⁹. Der demnach zulässige Ausschluss aus wichtigem Grund wird mit der Kündbarkeit von Dauerschuldverhältnissen wegen eines solchen Grundes und damit begründet, dass die §§ 1210 ABGB, 140 UGB dies für Personengesellschaften ausdrücklich vorsehen⁹⁰. Verfassungsrechtlich fragt sich, ob die Judikatur mit dem als Sachlichkeitsgebot verstandenen Gleichheitssatz vereinbar ist. Die Frage ist zu verneinen. Für § 140 UGB gibt den Ausschlag, dass diese Bestimmung auch auf Kommanditisten anzuwenden ist. Ihr Störungspotential innerhalb der Gesellschaft nach dem gesetzlichen Regelmodell ist gewiss nicht stärker ausgeprägt als das eines GmbH-Gesellschafters.⁹¹

Bei Fehlen einer abweichenden vertraglichen Regelung sind Ausgeschlossene grundsätzlich mit dem vollen Wert des verlorenen Anteils abzufinden⁹². Eine gesellschaftsvertragliche Regelung, wonach die Abfindung entfällt, wenn der Betroffene die Interessen der Gesellschaft grob verletzt hat, ist nach Auffassung des BGH sittenwidrig und daher nichtig⁹³. Die Abfindung zu Buchwerten ist in aller Regel unbedenklich⁹⁴. Dies besagende Klauseln halten sich im Rahmen der Privatautonomie. Sie sind verfassungsrechtlich auch deshalb nicht zu beanstanden, weil sie der Rechtssicherheit dienen und daher im Verhältnis zu dem mit prognostischen Unsicherheiten belasteten Ertragswertverfahren einen sachlichen Differenzierungsgrund liefern.

Kein Ausschluss, aber doch der Verlust des Anteils ist die Konsequenz verschiedener Umstrukturierungen, zB einer Verschmelzung. Die §§ 220 ff AktG bemühen sich

⁸⁸ N etwa bei *Koppensteiner/Rüffler* (Fn) Anh § 71 Rn 13, *Leupold* in *U. Torggler* (Fn 64) Anh § 84 Rn 1.

⁸⁹ Vgl *Koppensteiner*, *GesRZ* 2013, 14 f.

⁹⁰ Der Ausschlussgrund ist gerichtlich geltend zu machen. Dies wie überhaupt die Ausschlussmöglichkeit sind dispositiv. Aspekt der Ausschlussproblematik ergibt sich aus den §§ 1184 Abs. 2 ABGB, 109 Abs. 4 UGB. Nach diesen (abdingbaren) Bestimmungen kann die einfache Mehrheit (summenmäßig unbeschränkt) Nachschüsse im Verhältnis der Kapitalanteile beschließen, wenn die Gesellschaft sonst nicht weitergeführt werden könnte (kritisch dazu *Harrer*, *GES* 2016, 5 ff). Die Bestimmung gilt nach freilich bestrittener Auffassung auch bei der GmbH (dafür *U. Torggler* in *Artmann/Rüffler/Torggler*, *Gesellschafterpflichten in der Krise* (2015) 1, 35 ff, *Harrer*, *wbl* 2015, 121, 125, *Walch*, *RdW* 2015, 82 f, *Koppensteiner*, *wbl* 2015, 310 f, *Reich-Rohrwig*, 2. FS *Koppensteiner* (2016) 235, 241 ffdagegen *Brugger/Schopper*, *NZ* 2015, 405 ff). Dissentierende, nicht nachschussbereite Gesellschafter können demnach ausgeschlossen werden. Es ist durchaus erwägenswert, diese Regel auch bei anderen wichtigen Gründen anzuwenden.

⁹¹ Dazu zuletzt *Reich-Rohrwig* aaO 237 ff.

⁹² In den hier interessierenden Fällen ist er aus dem Unternehmenswert abzuleiten. Dieser ist anhand des Ertragswertverfahrens oder einer seiner Varianten zu ermitteln.

⁹³ BGH (wie in Fn 95, Rn 10, 14 ff).

⁹⁴ Zu Einzelheiten und Ausnahmen etwa *Koppensteiner/Auer* in *Straube*, UGB (2009) §§ 137, 138 Rn 20, *Koppensteiner/Rüffler* (Fn 64) Anh § 71 Rn 18, je mwN. Vgl auch BGH II ZR 216/13, BGHZ 201, 65, Rn 13. Zur Finanzierung der Abfindung *Koppensteiner*, *GesRZ* 2013, 5 ff.

intensiv darum, die Angemessenheit des Umtauschverhältnisses, also die Wertäquivalenz der Beteiligung an der übertragenden Gesellschaft mit den von der übernehmenden Gesellschaft zu gewährenden Anteilen sicherzustellen. Diese Regeln haben bei der Fusion einer abhängigen in eine herrschende Gesellschaft (sog Konzernverschmelzung) einen guten Sinn. Sie müssen als Konsequenz der Fusionsrichtlinie stark abgeschwächt auch auf die Verschmelzung voneinander unabhängiger Unternehmen (sog Konzentrationsverschmelzung) angewendet werden. Im Übrigen sollte aber das aus dem Verhandlungsprozess resultierende Umtauschverhältnis als verbindlich anerkannt werden⁹⁵. Dieses Ergebnis findet eine Stütze in dem hier allein maßgeblichen Art 16 GRC.

- cc) Bei auf unbestimmte Zeit vereinbarten Personengesellschaften steht allen Beteiligten das Recht zu, die Gesellschaft zu kündigen (§§ 1209 Abs. 1 ABGB, 132 Abs. 1 UGB). Dabei handelt es sich, wie die 2. Absätze der zitierten Bestimmungen ergeben, um zwingende Regelungen. Der Normzweck besteht darin, sicherzustellen, dass sich niemand zeitlich unlimitiert verpflichten kann⁹⁶. Im Einklang damit ist es zulässig, anstatt der Auflösung das Ausscheiden des kündigenden Gesellschafters vorzusehen oder auch noch nachträglich zu beschließen. Eine Ausnahme wird für den Fall erwogen, dass der Gesellschaftsvertrag den Beteiligten das Recht einräumt, die Umwandlung der Personen – in eine Kapitalgesellschaft zu verlangen⁹⁷. Gesichert wäre dies allerdings nur, wenn, was nicht zutrifft, feststünde, dass die angeführten Bestimmungen nur auf die unbeschränkte Haftung der Gesellschafter (bei der KG eines Teils) reagieren. Dagegen spricht ausschlaggebend, dass § 132 UGB über § 161 Abs. 2 UGB auch für Kommanditisten gilt⁹⁸, die nicht unbeschränkt, sondern nur im Rahmen ihrer Hafteinlage in Anspruch genommen werden können.

Nach den §§ 9, 11 SpaltG können Aktionäre und GmbH-Gesellschafter bei nicht verhältnismäßiger oder rechtsformübergreifender Spaltung austreten. Dieses Recht wird mit einem Anspruch auf wertäquivalente Abfindung in bar gekoppelt. Diese Bestimmungen sind auf eine Reihe nicht ausdrücklich geregelter Umgründungsfälle analog anwendbar⁹⁹.

Für davon nicht erfasste Sachverhalte wird ganz überwiegend angenommen, GmbH-Gesellschafter könnten auch bei Fehlen einer gesellschaftsvertraglichen Regelung

⁹⁵ Näher dazu *Koppensteiner*, FS Hügel (2016) <<<, mwN auch abweichender Ansichten.

⁹⁶ *Koppensteiner/Auer* (Fn 94) § 132 Rn 1.

⁹⁷ Dazu *Koppensteiner/Auer* aaO Rn 10 mwN auch ablehnender Stimmen.

⁹⁸ *Koppensteiner/Auer* aaO § 177 Rn 1.

⁹⁹ Siehe *Rauter in Straube*, GmbHG (2014) § 75 Rn 74 f, *Koppensteiner/Rüffler*(Fn 64) Anh § 71 Rn 25, je mwN.

austreten¹⁰⁰. Der OGH hat dies in einer älteren Entscheidung anders gesehen¹⁰¹. Bei der AG gibt es, vom qualifiziert faktischen Konzern möglicherweise abgesehen¹⁰², kein Austrittsrecht aus wichtigem Grund. Die Finanzierung der Abfindung stößt nach traditioneller Auffassung auf erhebliche, uU unüberwindbare Schwierigkeiten¹⁰³. Ich habe mich gegen die hM für eine subsidiäre Haftung der verbleibenden Gesellschafter ausgesprochen¹⁰⁴.

Das Fehlen einer Austrittsmöglichkeit bei der AG dürfte sowohl mit dem Gleichheitssatz (als Sachlichkeitsgebot) als auch mit der (negativen) Vereinigungsfreiheit vereinbar sein. Beides folgt daraus, dass der typische Aktionär außer seiner ursprünglichen Investition nichts riskiert und mit der Gesellschaft persönlich kaum etwas zu tun hat. Aktien werden gehalten wie andere Vermögensgüter auch. Die Annahme, die Verfassung schreibe dennoch einen gegen die AG gerichteten Anspruch auf Rücknahme des Anteils vor, passt nicht zu diesen Gegebenheiten¹⁰⁵. Aus ihrer Sicht erscheint es daher unbedenklich, den Aktionär an seiner eigenen Investitionsentscheidung festzuhalten. Sehr fraglich ist dagegen, ob dasselbe auch für die Judikatur zum Austrittsrecht bei der GmbH gilt. Das weitere Verbleiben in der Gesellschaft kann unzumutbar sein, wegen persönlicher Konflikte zB oder dann, wenn eine ursprünglich nicht vorhandene Mehrheit es systematisch darauf anlegt, Minderheitsgesellschafter „auszuhungern“¹⁰⁶. Die Vereinigungsfreiheit hat bekanntlich auch eine negative Seite, die grundsätzlich auch das Recht umfasst, sich von einer einmal eingegangenen Verpflichtung auch wieder lösen zu können¹⁰⁷. Zu erinnern ist ferner daran, dass Dauerschuldverhältnisse aus wichtigen Grund beendet werden können. Im Unterschied zur AG kann die Abfindung, wenn man der dazu vorgeschlagenen Lösung¹⁰⁸ folgt, bei der GmbH so finanziert werden, dass das Vermögen der Gesellschaft nicht in gläubigerschädlicher Weise und daher rechtswidrig geschmälert wird. Solange der OGH (mit den Materialien) dabei bleibt, die Auflösungsklage sei unzulässig¹⁰⁹ und der Anteil aus rechtlichen oder faktischen Gründen nicht veräußert werden kann, spricht viel dafür, die (laut OGH) Inexistenz eines Austrittsrechts auch bei wichtigem Grund für

¹⁰⁰ Näher *Rauter* aaO Rn 78 ff, *Koppensteiner/Rüffler* aaO, je mwN.

¹⁰¹ 4 Ob 596/73, HS 9681/2, wo offenblieb, ob auch der „Austritt ... unter Zurücklassung der Stammeinlage“ einer gesellschaftsvertraglichen Basis bedarf. Bei *Koppensteiner/Rüffler* aaO ist diese Entscheidung leider falsch zitiert worden.

¹⁰² Vgl *Koppensteiner* in *Kalss/U. Torggler*, Einlagenrückgewähr (2014) 59, 66.

¹⁰³ Vgl *Rauter* (Fn 99) § 75 Rn 79.

¹⁰⁴ *Koppensteiner*, *GesRZ* 2013, 6 ff, 10.

¹⁰⁵ Anders insoweit *Hofmann* (Fn 7) 486 im Anschluss an *Wiedemann*.

¹⁰⁶ Vgl *Koppensteiner/Rüffler* (Fn 64) § 35 Rn 15.

¹⁰⁷ Genauer dazu *Berka* (Fn 1) 76 f mwN, auch *Aicher* (Fn 53) § 26 Rn 40.

¹⁰⁸ Vgl Fn 105 und Text dazu.

¹⁰⁹ Vgl *Koppensteiner/Rüffler* aaO § 84 Rn 21 mwN.

verfassungswidrig und (im Wege verfassungskonformer Auslegung) korrekturbedürftig zu halten.

Die Verhältnisse bei der KG verstärken diesen Eindruck. Kommanditisten sind wie dargelegt auch ohne wichtigen Grund kündigungsberechtigt. Ihre Interessenlage nach dem gesetzlichen Normalstatut unterscheidet sich nicht signifikant von jener der GmbH-Gesellschafter. Dass letzterenicht einmal bei wichtigem Grund kündigen können, erscheint daher mit dem verfassungsrechtlichem Gebot sachlicher Gesetzgebung, anders: mit dem Verbot unsachlicher Differenzierungen vereinbarweifel hängen mit. Privatautonomie aller Beteiligten¹¹⁰ zusammen.

3 Minderheitenrechte

Wie berichtet, hat der VfGH das Minderheitenrecht nach § 225 c Abs. 3 und 4 AktG aF für verfassungswidrig gehalten. Deshalb ist zu fragen, was das für andere Minderheitsrechte bedeutet. Solche Rechte, variierend zwischen 5 und 10 % des Grundkapitals, stehen den Aktionären, um nur die wichtigsten zu nennen, bezüglich der Einberufung der Hauptversammlung, der Einleitung einer Sonderprüfung, der Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen gegen bestimmte gesellschaftsnahe Personen, der Bestellung besonderer Vertreter zu¹¹¹. Bei der GmbH kann die Minderheit (hier durchwegs 10 % oder Innehabung von Anteilen in Höhe von 70000 •) die Einberufung der Generalversammlung und die Ergänzung der Tagesordnung durchsetzen (§ 37 f GmbHG). Dasselbe gilt für die Einleitung einer Sonderprüfung nach Maßgabe von § 45 GmbHG und die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen gegen Gesellschafter, Geschäftsführer und Mitglieder des Aufsichtsrates (§ 48 GmbHG). Hinzu kommt das auf wichtige Gründe beschränkte Recht, die gerichtliche Bestellung von Liquidatoren zu verlangen.

Der VfGH hat sein Ergebnis darauf gestützt, dass es sich bei § 225 c AktG aF um einen unverhältnismäßigen Eingriff in das Eigentum handle, der auch dem Sachlichkeitsgebot iSd Gleichheitssatzes widerspreche. Das erste Argument lässt sich auf die angeführten Minderheitenrechte nicht übertragen. Anders als beim Ausschluss bleibt das Mitgliedschaftsrecht nämlich erhalten, wird inhaltlich allerdings eingeschränkt. Eine

¹¹⁰ Jedermann ist schließlich frei, ob und an Gesellschaften welchen Typs er sich beteiligen will. Freilich könnte es sein, dass schon dabei nicht nur die gesellschaftsrechtlichen Gegebenheiten, sondern auch ihre verfassungsrechtliche Überformung mit zu bedenken sind.

¹¹¹ Näher dazu *Kalss/Nowotny/Schauer* (Fn 70) Rn 3/158 ff mit Übersicht über weitere Minderheitenrechte in Rn 3/167.

Verletzung der Eigentumsgarantie, die auch sonst keineswegs grenzenlos ist, lässt sich daraus aber nicht ableiten¹¹². Auch kann man nicht sagen, die Einführung von Minderheitsrechten sei generell unsachlich. So wäre die Einberufungsbefugnis als Individualrecht wegen des damit verbundenen Belästigungspotentials und der Kostenfolgen wohl ihrerseits nicht sachgerecht. Demnach kommt es auf den konkreten normativen Kontext an.

Nach § 16 Abs. 2 S 3 GmbHG kann auch ein Fremdgeschäftsführer durch gerichtliche Entscheidung abberufen werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. Die Bestimmung bezweckt, die Entfernung untauglicher, aber mehrheitsgestützter Geschäftsführer zu ermöglichen. Bei der Klagebefugnis handelt es sich um ein Individualrecht¹¹³. Seiner Effektivierung muss aber ein Gesellschafterbeschluss vorausgehen. Eine Gesellschafterversammlung oder die Ergänzung der Tagesordnung kann aber nur erzwingen, wer über die nach den §§ 37 Abs. 1, 38 Abs. 2 GmbHG erforderliche Beteiligungsquote verfügt. Die Möglichkeit, ein Individualrecht auszuüben, hängt demnach von einem Minderheitenrecht ab. Wer es ablehnt, das gesetzliche Quorum in diesem Fall für unmaßgeblich zu halten oder die sofortige Klage gegen Gesellschafter zuzulassen, die der Abberufungsklage nicht schon außergerichtlich zugestimmt haben¹¹⁴, wird § 16 Abs. 2 S 3 GmbHG daher für verfassungswidrig halten müssen.

Auch die §§ 130 Abs. 2 AktG, 45 Abs. 1 GmbHG dürften dem Sachlichkeitsgebot zuwiderlaufen. Demnach setzt die gerichtliche Bestellung neben einem ablehnenden Versammlungsbeschluss wiederum ein Quorum antragswilliger Gesellschafter und darüberhinaus voraus, dass glaubhaft gemacht wird, Unredlichkeiten oder grobe Verletzungen des Gesetzes oder des Gesellschaftsvertrages/der Satzung hätten stattgefunden. Dieses letzte Erfordernis stellt klar, dass die Sonderprüfung höchstwahrscheinlich im Interesse der Gesellschaft liegt, die Haltung der Mehrheit also obstruktiv ist. Unter diesen Umständen müsste ein folgerichtiger Gesetzgeber kein Minderheiten-, sondern ein Individualrecht vorsehen¹¹⁵.

Der Zweck der Sonderprüfung besteht darin, Minderheitsgesellschaftern die Informationen zu verschaffen, die sie brauchen, um auf möglicherweise pflichtwidriges Verhalten von

¹¹² Auch der VfGH sieht einen wesentlichen Unterschied zwischen den aus der Beteiligung resultierenden vermögensrechtlichen Individualansprüchen und den als Minderheitsrechte ausgestalteten Kontrollrechten.

¹¹³ Siehe *Koppensteiner/Rüffler* (Fn 64) § 16 Rn 30 b.

¹¹⁴ Vgl *Ratka* in *Straube* (Fn 99) § 16 Rn 56, *Koppensteiner/Rüffler* aaO § 16 Rn 30 b.

¹¹⁵ So schon *Koppensteiner/Rüffler* aaO § 45 Rn 1, allerdings ohne den verfassungsrechtlichen Aspekt. Die mit dem Informationsanspruch aus wichtigem Grund begründete Ablehnung eines Individualrechts auf Sonderprüfung de lege ferenda gebe ich auf. Sie ist schon mit dem Text § 22 Rn 38 nicht vereinbar.

Organmitgliedern oder anderen Gesellschaftern reagieren zu können¹¹⁶. Dazu gehört die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen der Gesellschaft. Insofern liegt es nahe, die verfassungsrechtliche Beurteilung des Minderheitsrechts auf Sonderprüfung auf das gleiche Recht nach § 48 GmbHG auszudehnen. Dagegen spricht, dass die Prozessunwilligkeit der Mehrheit ja begründet sein kann. Deshalb, soließe sich folgern, durfte der Gesetzgeber verlangen, dass auch die Gegenauffassung einigermaßen repräsentativ ist. Andererseits wirkt der Schadensersatzanspruch nach § 48 Abs. 5 GmbHG und die Sicherheitsleistung nach Abs. 4 darauf hin, dass keine Verfahren anhängig gemacht werden, von deren überwiegender Erfolgsaussicht der Kläger nicht überzeugt ist. Hinzukommt, dass Leistung in das Gesellschaftsvermögen verlangt werden muss, während der Kläger das volle Prozesskostenrisiko zu tragen hat. Für die Unsachlichkeit von § 48 GmbHG lässt sich schließlich noch die *actio pro socio* nach § 1188 ABGB ins Feld führen. Die Bestimmung könne – so die Materialien – als Grundlage „weiterer Institutionenbildung“ dienen. Dieser Hinweis kann sich nur auf Kapitalgesellschaften beziehen. Auf einfachgesetzlicher Ebene ist es dennoch nicht vertretbar, § 48 GmbHG als derogiert aufzufassen¹¹⁷. Aus verfassungsrechtlichen Gründen könnte es durchaus anders sein.

4 Gläubigerschutz

Den Interessen außenstehender Dritter trägt das Gesellschaftsrecht auf verschiedene Weise Rechnung: Unbeschränkte Haftung zumindest eines Teils der Gesellschafter bei den Personengesellschaften, strikte Regeln über Aufbringung eines grund-/stammkapitalentsprechende Vermögens bei den Kapitalgesellschaften, gekoppelt mit einem Verbot, Gesellschaftern mehr als periodische Gewinne (abzüglich gesetzlicher Rücklagen) zuzuwenden. Problematisch ist allerdings, dass GmbHs nach derzeitiger Rechtslage schon mit einem Kapital von 10 000 • gegründet werden können, wovon zunächst nur 5000 • eingezahlt werden müssen¹¹⁸. Erst nach Ablauf von 10 Jahren muss das Kapital auf den Regelbetrag von 35 000 • aufgestockt werden. Gegengewichtig wirken die obligatorischen Rechtsformzusätze nach den §§ 19, 14 UGB, die Eintragungen im Firmenbuch nach § 5 FBG, insbesondere dessen Z 2 a und 6 sowie die Einreichung der Jahresabschlüsse (bei Kleinstgesellschaften nur der Bilanz) zum Firmenbuch gemäß den §§ 277 ff UGB, wo

¹¹⁶ *Enzinger in Straube* (Fn 99) § 45 Rn 2, *Koppensteiner/Rüffler* aaO § 45 Rn 3.

¹¹⁷ Zum Vorstehenden *Koppensteiner*, wbl 2015, 307.

¹¹⁸ Dabei hat sicher auch eine Rolle gespielt, dass Österreich die Niederlassung von im Gebiet des EWR gegründeten Gesellschaften mit praktisch keinen Kapitalerfordernissen im Inland nach der Judikatur des EuGH dulden muss - zur Entwicklung dieser Judikatur mit Analyse statt vieler *Koppensteiner*, FS Nobel (2015) 235 ff. Praktisch nicht unwichtig ist immer noch die limited Company. Auch nach deutschem Recht (§ 5a dGmbHG) kann eine Variante der GmbH (Unternehmergesellschaft) mit einem Stammkapital von nur 1 • gegründet werden. Eine ähnliche Regelung gibt es in Frankreich.

sie, sofern nicht ohnehin zu veröffentlichen, von jedermann eingesehen werden können. Für unternehmenstragende GesBRs unterhalb der Schwellen der §§ 8 Abs. 3, 189 Abs. 1 UGB gilt das allerdings nicht¹¹⁹. Im Übrigen kann sich jeder potentielle Vertragsgläubiger aber darüber vergewissern, mit wem er es zu tun hat und auf dieser Grundlage sein Risiko abschätzen. Unfreiwilligen, insbesondere Deliktsgläubigern hilft das allerdings nichts. Auch Warengläubiger können meistens keine Sicherheitsleistung durchsetzen, sind aber häufig auf das Geschäft angewiesen¹²⁰. Natürlich diskutiert man über Korrekturen wie zB eine Durchgriffshaftung der Gesellschafter bei sog „Aschenputtelgesellschaften“. Das ändert aber nichts daran, dass der kapitalgesellschaftsrechtliche Gläubigerschutz recht unvollkommen ist. Ob sich verfassungsrechtlich begründete Korrekturoptionen begründen lassen, muss dennoch bezweifelt werden. Niemand ist davor gefeit, dass Schuldner nicht leistungsfähig sind. Helfen kann nur das Insolvenzrecht.

5 Arbeitnehmerrechte

Jede AG (§§ 23, 86 ff AktG), unter bestimmten Voraussetzungen auch eine GmbH (§ 29 GmbHG), muss einen Aufsichtsrat haben. In ihm müssen Arbeitnehmer zu einem Drittel vertreten sein (§ 110 ArbVG). Das schmälert das Recht der Gesellschafter, selbst (unmittelbar oder mittelbar) darüber zu entscheiden, wie sich die Organe der Gesellschaft zusammensetzen sollen. In Deutschland ist intensiv darüber diskutiert worden, ob Mitbestimmung mit der Koalitions – und Erwerbsfreiheit vereinbar ist, hauptsächlich allerdings konzentriert auf paritätische Mitbestimmung, die es in Österreich nicht gibt¹²¹. Arbeitnehmer haben ein legitimes Interesse daran, über die Lage des Unternehmens und Planungen für die Zukunft informiert zu werden und dabei mitreden zu können (vgl §§ 81 AktG, 28 a GmbHG). Auch die Gesellschaft mag davon profitieren. Insgesamt geht es nicht nur um Partikularinteressen, sondern um ein öffentliches Interesse daran, die Organisation von Verbänden so zu gestalten, dass von ihrem Wohlergehen vital Betroffene, hier: Arbeitnehmer, sich darin repräsentiert finden. Die geltende Mitbestimmungsregelung steht daher im Einklang mit der Verfassung, zumal sie auf Gesellschaften mit unbeschränkter Haftung nicht anwendbar ist. Dass AGs generell mitbestimmt sind, GmbHs aber erst ab einer bestimmten Größenordnung widerspricht weder dem im Gleichbehandlungsgrundsatz angelegten Willkürverbot noch dem Sachlichkeitsgrundsatz.

¹¹⁹ Kritik dieser Regelung bei *Koppensteiner*, wbl 2015, 304 mwN.

¹²⁰ Vgl *Koppensteiner* in *Bachner*, GmbH-Reform (2008) 97, 98 ff, umfassende Diskussion eines „binnenmarktkonformen Gläubigerschutzes“ bei *Teichmann*, Binnenmarktkonformes Gesellschaftsrecht (2006) 449 ff.

¹²¹ Dazu etwa KK-AktG³/Mertens/Cahn (2013) Anh § 117 B Rn 2. Das BVerfG (BVerfGE 50, 200) hat diese Diskussion iSd verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der Mitbestimmung (vgl *Mertens/Cahn* aaO Rn 3 f) beendet.

AGs sind die für Großunternehmen typische Gesellschaftsform. Wenn auch kleinere Unternehmen mit diesem Rechtskleid betrieben werden dürfen, so ist es doch nicht unzulässig, diese Möglichkeit in typisierender Betrachtung zu vernachlässigen.

IV BEFUNDE IN THESEN

1. Im Verhältnis unter Privaten, also auch im Gesellschaftsrecht, wirken die Grundrechte, wenngleich in abgeschwächter Form (mittelbare Drittwirkung).
2. Einschlägig sind die Eigentumsgarantie, die Vereinigungsfreiheit, die Erwerbsfreiheit, der Gleichbehandlungsgrundsatz einschließlich des an staatliches Handeln anzulegenden Sachlichkeitsgebots und die Privatautonomie.
3. Soweit österreichisches Gesellschaftsrecht wie bei der Umsetzung diesbezüglicher Richtlinien Unionsrecht „durchführt“ ist die GRC anwendbar, nationales Verfassungsrecht nur, wenn die Richtlinie einen Umsetzungsspielraum eröffnet. Bei der Würdigung möglicher Drittwirkungen kann das aber vernachlässigt werden.
4. Auf die Voraussehbarkeit künftiger Änderungen der Rechtslage (Gesetz, Vertrag/Satzung) kommt es nicht an.
5. Die Judikatur des OGH zum Informationsanspruch von GmbH-Gesellschaftern ist verfassungsrechtlich problematisch. Ebenso bedenklich ist die vom OGH verneinte Möglichkeit, einen Gesellschafter aus wichtigem Grund auszuschließen, wenn die Satzung dies nicht vorsieht und ihm ein Austrittsrecht (aus wichtigem Grund) zu versagen. Verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden sind dagegen die Grundsätze zum Schutz der Minderheit gegen beeinträchtigende Mehrheitsbeschlüsse. Ebenso sind gesetzliche Ausschlussmöglichkeiten nach dem GesAusG und dem UmwG einschließlich der via Analogie gleich zu behandelnden übertragenden Auflösung zu beurteilen.
6. Das Gesellschaftsrecht kennt neben Individualrechten auch Minderheitsrechte. Das ist nicht generell unsachlich, in Einzelfällen aber schon. Hierher gehören die Regelung der Antragsbefugnis in dem vom VfGH auf gehobenen § 225 c AktG aF, uU auch § 16 Abs. 2 S 3 GmbHG sowie die §§ 130 Abs. 2 AktG, 45 Abs. 1, 48 GmbHG.
7. Der gesellschaftsrechtliche Gläubigerschutz entspricht der Verfassung.

8. Die Mitbestimmung der Arbeitnehmer schmälert das Recht der Gesellschafter, selbst (unmittelbar oder mittelbar) darüber zu entscheiden, wie sich Organe der Gesellschaft zusammensetzen sollen. Dennoch ist sie nicht verfassungswidrig.
9. Insgesamt hat sich gezeigt, dass die Grundrechte im Gesellschaftsrecht eine nicht unerhebliche Rolle spielen. Einige Normen kollidieren mit der Verfassung. Grundrechtskonforme Auslegung des Weiteren Thesen, die sich auch aus richtig verstandenem Gesetzesrecht ableiten ließen.

Submissão em: 10 ago. 2017

Pareceres favoráveis em: outubro de 2017

N O R M A S T É C N I C A S
D E P U B L I C A Ç Ã O

- 1 O trabalhos a serem publicados pela *Revista Brasileira de Estudos Jurídicos* deverão ser inéditos em língua portuguesa e versar sobre temas da área jurídica e suas interfaces.
- 2 Deverão ser enviados via email (como arquivo anexo) para o endereço estudosjuridicos@santoagostinho.edu.br com cópia para eltondx@hotmail.com, em formato Word.
- 3 A Revista não se obriga a publicar os trabalhos enviados. Sua publicação pressupõe aprovação pelos seus Conselhos Editorial e Consultivo.
- 4 Os autores dos trabalhos selecionados, receberão, a título de direitos autorais, 2 exemplares da Revista Brasileira de Estudos Jurídicos, quanto à versão impressa. Não haverá pagamento de *pro labore* ou qualquer vantagem a título de direitos autorais.
- 5 Excepcionalmente o trabalho poderá conter imagens, gráficos ou tabelas, desde que essas sejam disponibilizadas pelo autor, em formato JPG, com definição de 72 dpis. Essas imagens deverão ser designadas como figuras, com numeração sequencial e indicação da fonte de onde foram extraídas.
- 6 O texto deverá ser digitado em fonte Times New Roman ou Arial, tamanho do papel A4, corpo 12, com espaço entre linhas de 1,5 linha.
 - 6.1 Artigos deverão ter, no mínimo, dez páginas, incluindo referências. A Revista considera como ideal entre quinze a vinte páginas. Mas, analisa outros trabalhos em outros tamanhos, em razão do conteúdo.

6.2 Entrevistas, Notas de Leitura e Resenhas devem ter entre cinco e dez páginas. Igualmente, a Revista analisa outros trabalhos em outros tamanhos, em razão do conteúdo.

7 A formatação do texto deverá obedecer às seguintes recomendações:

7.1 Título no alto da página, todo em maiúsculas e centralizado;

7.2 Nome do autor duas linhas abaixo do título, alinhado à direita e com as iniciais em maiúsculas;

7.3 Instituição a que o autor é vinculado logo abaixo do nome do autor, alinhada à direita e com as iniciais em maiúsculas;

7.4 Resumo, em Português e em Inglês, de no máximo 100 palavras, duas linhas abaixo da instituição a que o autor é vinculado, com alinhamento justificado e espaço entre linhas simples;

7.5 Palavras-chave e *keywords*, em número máximo de 5, deverão seguir, respectivamente, o resumo em Português e Inglês.

7.6 O corpo do texto deverá vir duas linhas abaixo do *abstract* e receber alinhamento justificado;

7.7 No corpo do texto, os parágrafos deverão vir sem recuo e com espaço duplo de um para outro;

7.8 As citações maiores do que três linhas deverão ser destacadas do texto, com distância de 4 cm da margem esquerda, e digitadas em corpo 11, sem aspas;

7.9 As notas explicativas deverão se restringir ao mínimo indispensável;

7.10 As referências de citações textuais deverão ser feitas no próprio texto, entre parênteses, conforme o seguinte modelo:

Isso mostra-se possível desde que os partidos atuem sem se agarrarem ao *status quo*, o qual hoje em dia “não é nada mais do que o turbilhão

de uma modernização que se acelera a si mesma e permanece abandonada a si mesma” (HABERMAS, 2001, p. 142).

7.11 As referências do trabalho deverão ser indicadas de modo completo ao final do texto, obedecendo ao seguinte padrão:

7.11.1 Publicações Impressas

7.11.1.1 Livros

HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional**: ensaios políticos. Tradução de Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001. 220p.

7.11.1.2 Artigos em publicações avulsas

XAVIER, Elton Dias . A identidade genética do ser humano como um biodireito fundamental e sua fundamentação na dignidade do ser humano. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Org.). **Grandes temas da atualidade**: bioética e biodireito. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 41-69.

7.11.1.3 Artigos em publicações periódicas

DWORKIN, Ronald. Elogio à teoria. Tradução de Elton Dias Xavier. **Revista Brasileira de Estudos Jurídicos**, Montes Claros, Ed. Santo Agostinho, v. 1. n. 1, p. 9-32, jul./dez. 2006. Título original: *In praise of theory*.

XAVIER, Elton Dias. A bioética e o conceito de pessoa: a resignificação jurídica do ser enquanto pessoa. **Bioética**, Brasília, Ed. CFM, v. 8, n. 2, p. 217-228, 2000.

7.11.2 Documentos eletrônicos disponibilizados na Internet

AVRITZER, Leonardo. Ação, fundação e autoridade em Hannah Arendt. Lua Nova, São Paulo, n. 68, 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452006000300006&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 30 nov. 2006.

7.11.3 Casos omissos nestas normas

Para os casos omissos, consultar as normas da ABNT referentes à publicação acadêmica.

7.12 As referências mencionadas no item acima deverão ser formatadas com espaço simples entre linhas, precedidas pela expressão “REFERÊNCIAS”, sendo que esta deverá ser colocada duas linhas após o fim do texto;

8 A remessa dos trabalhos implica o conhecimento e a total aceitação das normas aqui descritas.



Impressa

ISSN 1809-7278



9 771809 727009

Eletrônica

ISSN 2358-9744



9 772358 974005