

REVISTA
DE
DIREITO
FINANCEIRO
E DOS
MERCADOS
DE
CAPITAIS

2 RDFMC (2023)

Diretor
A. Barreto Menezes Cordeiro

Dezembro de 2023
Edição gratuita

Revista de Direito Financeiro e dos Mercados de Capitais
2 RDFMC (2023)

Diretor

A. Barreto Menezes Cordeiro

Subdiretores

Madalena Perestrela de Oliveira
Francisco Rodrigues Rocha

Comissão de Redação

A. Barreto Menezes Cordeiro
Ana Perestrela de Oliveira
Filipe Albuquerque Matos
Margarida Lima Rego
Paulo Câmara

Comissão Científica

António Menezes Cordeiro
António Pedro Ferreira
António Pinto Monteiro
Armindo Saraiva Matias
Carlos Ferreira de Almeida
Carlos Osório de Castro
Fernando Gravato Moraes
Frederico Lacerda da Costa Pinto
Gabriela Figueiredo Dias
Luís Menezes Leitão
Luís Moraes
Januário da Costa Gomes
Jorge Brito Pereira
Manuel Carneiro da Frada
Miguel Pestana de Vasconcelos
Paula Costa e Silva
Paulo Mota Pinto
Paulo Olavo Cunha
Pedro Maia
Pedro Romano Martinez
Rui Pinto Duarte

Comissão Executiva

Chen Chen
Dinis Braz Teixeira
Joana Costa Lopes
Maria Leonor Ruivo

Paginação

Jorge Neves

Proprietária

Blook, Lda.
NIPC: 513 900 276

Sócios

Pedro Francisco Bugalho Lacerda (50%)
António Barreto Menezes Cordeiro (50%)

Registo ERC

127257

ISSN: 2184-9358

ÍNDICE

A OPA Concorrente após a Revisão do Código dos Valores Mobiliários	147
<i>Jorge Brito Pereira</i>	
O Regime Europeu de Resolução de Contrapartes Centrais: a peça que faltava ao mercado dos derivados de balcão?	201
<i>André Mendes Barata</i>	
O impacto da Lei da Morte Medicamente Assistida nos seguros de vida	279
<i>Cláudia Carvalho</i>	
Produtos de investimento com base em seguros com ambições de sustentabilidade.	321
<i>Diogo Costa Seixas</i>	
Medidas restritivas no contexto da atividade seguradora.	341
<i>Hugo Moreira Isidro</i>	
Volta ao mundo dos <i>unit-linked</i>	367
<i>João Hespanha, Leonor Futscher de Deus</i>	
Sobre o <i>direito ao seguro</i>	433
<i>José Vasques</i>	
Liberdade contratual e seguros proibidos.	455
<i>Luís Poças</i>	
Pequenos riscos, grandes sinistros – o papel do seguro na proteção de habitações rurais contra incêndios.	507
<i>Maria Inês de Oliveira Martins</i>	
Sobre o seguro de acidentes de trabalho a prémio fixo e a prémio variável.	535
<i>Maria Leonor Ruivo</i>	
Nova norma de conduta de mercado de seguros e fundos de pensões . . .	591
<i>Miguel Duarte Santos</i>	
<i>ESG</i> no setor segurador – um panorama geral	643
<i>Rita Sousa Carlos</i>	



JORGE BRITO PEREIRA
Professor Convidado da UCP
Advogado e Sócio da J+Legal

A OPA Concorrente após a Revisão do Código dos Valores Mobiliários¹

Competing Takeovers in the Context of the Revised Portuguese Securities Code

RESUMO: O tema da OPA concorrente tem suscitado uma desproporcional atenção pela doutrina. Parte dessa atenção resulta, precisamente, de regras pouco claras que se mantêm em vigor entre nós há muitos anos. A recente revisão do Código dos Valores Mobiliários alterou várias dessas regras, procurando criar condições mais favoráveis para o surgimento de ofertas concorrentes. Este estudo faz um enquadramento abrangente do regime português sobre ofertas concorrentes, identificando também vários casos centrais que marcaram a sua aplicação nos últimos anos.

Palavras-chave: OPA, OPA concorrente, OPA hostil, *white knights*, *break-up fees*.

ABSTRACT: Competing takeover bids has been a popular subject among the academia, even though there were just a few cases of actual competing bids in

¹ A versão inicial deste texto foi preparada para apoio à intervenção na 4.^a Edição da Pós-Graduação em Direito dos Valores Mobiliários e Direito Bancário na Universidade Católica Portuguesa – Porto, e publicada na Revista de Direito das Sociedades, Ano XII, 2020, 9-44. Esta versão atualiza esse texto após as alterações introduzidas pela Lei n.º 99-A/2021, de 31 de dezembro, que reviu profundamente o Código de Valores Mobiliários. Aproveitámos a oportunidade para rever várias outras passagens não impactadas pela alteração do Código, mas que, por uma ou outra razão, não nos pareciam claras.

Portugal. One of the reasons for such popularity is the fact that a substantial portion of the regulation lacks clarity. The recent revision of the Portuguese Securities Code handled most of the problems arising from previous rules, intending to create more favorable conditions for competing bids. This paper analyses the set of Portuguese rules about competing bids together with a thorough description of different controversial disputes.

Keywords: takeover, competing takeover, hostile takeover, white knights, break-up fees.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. A concorrência de ofertas; 3. Termos e condições da oferta concorrente; 4. Prazo para lançamento de OPA concorrente; 5. A posição jurídica do oferente anterior; em particular sobre as revisões; 6. A posição jurídica da administração – white knights, break-up fees e outros.

1. Introdução

I. O interesse pelo regime da oferta pública de aquisição (OPA) concorrente revela, entre nós, uma relação de proporção inversa com a sua relevância prática.

Na verdade, o tema tem sido abordado com desenvolvimento em diversas monografias e artigos publicados nos últimos anos², tem sido objeto de várias teses de mestrado³ e, claro, merece destacado tratamento em obras de carácter geral sobre a dogmática dos valores

² Sem preocupações de exaustão, vd. Hugo Moredo Santos, *Ofertas Concorrentes* (Coimbra Editora, 2008); Manuel Reiquia Ferreira, “A OPA Concorrente”, *Cadernos do MVM* 30 (2008); Miguel Stokes, “Ensaio sobre os Requisitos Substantivos da Oferta Concorrente”, *Cadernos do MVM* 48 (2014).

³ São muitas as teses de mestrado apresentadas entre nós e que tratam o tema das OPA concorrentes e, aliás, tivemos ocasião de, na Universidade Católica Portuguesa, orientar várias dessas dissertações. Permitimo-nos destacar, ainda sem preocupação de exaustão, Domingos Homem de Sousa Salgado, *Admissibilidade da Fusão como Alternativa à OPA em Curso* (Tese não publicada (UCP), 2016); Eduardo Alfaro Crespo, *A oferta pública de aquisição concorrente: regime substantivo e seus efeitos sobre o mercado de controlo societário* (Teses não publicada (UCP), 2018); Natalia Nauceac, *A Admissibilidade da Procura de uma OPA Corrente e os Interesses Conjugados* (Tese não publicada (UCP), 2018).

mobiliários e das ofertas públicas⁴. No entanto, e por extraordinário que pareça, nos últimos 30 anos apenas há registo de cinco ofertas concorrentes lançadas ou anunciadas em Portugal, várias de pouca ou nenhuma materialidade: em 1991, pouco depois da entrada em vigor do revogado Código do Mercado de Valores Mobiliários, a Finantia lançou uma OPA concorrente à do Banco Comercial de Macau sobre a Sofinloc; em 1999, a Lusomundo lançou uma oferta concorrente à da Cofina e do BPI sobre a Investec; em 2002, já com o Código vigente, a Triângulo-Mor lançou uma OPA concorrente à da SIN sobre a Orey Antunes; em 2014, a José de Mello Saúde lançou uma OPA concorrente à dos mexicanos da Ángeles sobre a Espírito Santo Saúde; em 2021, a Pluris foi obrigada a lançar uma oferta concorrente àquela lançada pela Cofina sobre a Media Capital. Este é o pobre registo das ofertas concorrentes lançadas ou anunciadas em Portugal nos últimos trinta anos.

Apesar da evidente limitada relevância prática, não custa entender o interesse que a matéria da OPA concorrente suscita. Primeiro, porque é, provavelmente (a par da chamada OPA hostil), a situação de aplicação do regime das ofertas de aquisição que mais atenção suscita na opinião pública. Segundo, porque o regime nacional tem suscitado um conjunto interessante de questões e dúvidas interpretativas, parcialmente abordadas na revisão de dezembro de 2021 do Cód.VM, que provocam a atenção dos técnicos⁵. Terceiro, porque o confronto suscitado pela concorrência de ofertas, e a normal fricção que daí emerge, proporciona um verdadeiro “teste de pressão” às regras legais, sujeitando-as a novos e interessantes problemas, alguns dos quais nem sequer foram antecipados pelo legislador.

⁴ Paulo Câmara, *Manual de Direito dos Valores Mobiliários* (Almedina, 2018), 701-709; António Barreto Menezes Cordeiro, *Manual de direito dos valores mobiliários* (Almedina, 2018), 376-378.

⁵ Alguns destes problemas foram endereçados na revisão de dezembro 2021. A propósito desta, afirma a CMVM no seu Parecer à Proposta de Lei: “É disso exemplo a alteração ao regime das ofertas concorrentes, com o intuito de, em linha com outros ordenamentos jurídicos de referência, flexibilizar e promover o aparecimento de ofertas em concorrência, por essa via criando condições mais favoráveis de saída para os investidores”.

O mesmo se revela por vários processos, ocorridos fora de Portugal, de concorrência de ofertas, que ocuparam as páginas dos jornais económicos e da literatura especializada durante longos períodos, como é o exemplo, nos Países Baixos (2007), da disputa entre o Royal Bank of Scotland, o Santander e o Fortis, pelo controle do ABN AMRO Bank NV, na vizinha Espanha, das disputas pelo controlo da Abertis (2018) e, antes, da Endesa (2005-2007), ou, no Brasil, da disputa pelo controlo da Eletropaulo Metropolitana entre a Enel, Neoenergia e Energisa (2018)⁶.

II. A OPA concorrente é, antes de mais, uma OPA, o que significa que segue o regime previsto nos arts. 108.º e seguintes (ofertas públicas) e 173.º e seguintes (ofertas públicas de aquisição)⁷.

Da qualificação da oferta como concorrente decorre que a oferta siga essas regras com as especialidades que resultam dos arts. 185.º, 185-A e 185-B. Isso era, até à revisão do Cód.VM, expressamente afirmado pelo n.º 2 do art. 185.º, quando estatuiu que “as ofertas concorrentes estão sujeitas às regras gerais aplicáveis às ofertas públicas de aquisição, com as alterações constantes deste artigo e dos artigos 185-A e 185-B”⁸. A regra foi agora revogada em

⁶ Não deixa de ser interessante constatar que a pobreza do número de ofertas concorrentes não é exclusiva de Portugal. O caso brasileiro é, a este nível, paradigmático, já que a referida disputa pelo controlo da Eletropaulo revelou a primeira concorrência de ofertas de aquisição, naquele mercado, em 40 anos. O caso anterior remonta a 1978, quando a Companhia Força e Luz Cataguazes Leopoldina e a CEMIG formularam ofertas concorrentes sobre a Companhia Mineira de Eletricidade. Uma amostra de ofertas entre 2003 e 2010 revela que, no espaço europeu, cerca de 10% das ofertas provocaram uma oferta concorrente. Christophe Clerc, Fabrice Demarigny et al., “A Legal and Economic Assessment of European Takeover Regulation”, (2012), 164-165. O mercado inglês é, na Europa, aquele que regista mais casos de OPA concorrente. Para ter uma ideia da escala, nesse mercado, apenas no ano de 2020 foram registadas sete ofertas concorrentes (num universo de 51 ofertas públicas de aquisição).

⁷ Todos os artigos citados sem menção de fonte pertencem ao Código dos Valores Mobiliários.

⁸ O recorte de um regime especial para as ofertas concorrentes e a determinação do ponto até ao qual esse regime deve incentivar, ou não, o lançamento de ofertas concorrentes é objeto de acesa discussão a vários níveis que, aliás, ainda hoje transparece em regras como a abertura para a “procura” de *white knights* que resultou da Diretiva das OPA e que está transposta na alínea c) do n.º 3 do art. 182.º. Vd. os estudos clássicos de Lucian A Beb-

dezembro de 2021, muito embora o seu sentido normativo tenha sido mantido inalterado⁹.

O que acaba de escrever, que parece uma banalidade, tem, relevantes implicações, de natureza bidirecional, na construção do sistema. Por um lado, porque apenas se justifica a derrogação do regime geral – do regime geral das ofertas públicas e, mais em particular, do regime das ofertas públicas de aquisição – naquilo que seja suscitado e induzido pelas especialidades introduzidas pela concorrência de ofertas¹⁰. Por outro lado, porque essas especialidades podem importar, também elas próprias, recortes face ao regime geral; é o que veremos ocorrer em alguns casos de concorrência de ofertas com ofertas obrigatórias.

III. A Diretiva das OPA nada regula sobre o tema da concorrência de ofertas, deixando espaço livre para cada um dos Estados-Membros tratar o tema da forma que entenda mais adequada, limitando-se, na alínea c) do seu art. 13.º, a dispor que “os Estados-Membros devem (igualmente) estabelecer regras relativas às ofer-

chuk, “The Case for Facilitating Competing Tender Offers”, *Harvard Law Review* (1982) e Frank H Easterbrook e Daniel R Fischel, “The Proper Role of a Target’s Management in Responding to a Tender Offer”, *Harvard Law Review* (1981). Existe hoje vasta análise empírica que demonstra que a concorrência de ofertas faz o preço aumentar, assim beneficiando os acionistas (alienantes). Já os resultados sobre outros efeitos – nomeadamente para a oferente, para a visada ou no âmbito do chamado *pressure to tender* – são mais contraditórios. Vd. por todos, Federico M Mucciarelli, “White Knights and Black Knights-Does the Search for Competitive Bids always Benefit the Shareholders of Target Companies”, *ECFR* 3 (2006). Entre nós, sobre o tema, António Barreto Menezes Cordeiro, *Manual de direito dos valores mobiliários*, 376-377.

⁹ A revogação da regra resultará sobretudo da perceção da sua inutilidade, já que o n.º 1 do art. 185.º já qualifica a OPA concorrente como oferta pública e já dispõe que o seu regime segue as especialidades desse artigo. Claro que a técnica legislativa podia ser mais apurada, já que a oferta concorrente não segue apenas o disposto nesse artigo e, nesse sentido, melhor teria sido aproveitar a redação da regra revogada.

¹⁰ Daí que vários regimes limitem a regulamentação da oferta concorrente ao mínimo indispensável, como é o caso do regime alemão. O § 22 do WpÜG (*Wertpapiererwerbs-und Übernahmegesetz*) contém apenas três regras sobre concorrência de ofertas – a primeira qualifica as ofertas concorrentes; a segunda regula os períodos de aceitação; a terceira permite a revogação das aceitações.

tas, pelo menos nos seguintes domínios: (...) ofertas concorrentes”. O vigésimo segundo Considerando da Diretiva, que também aborda o tema, adianta pouco mais – “os Estados-Membros devem estabelecer regras que cubram os casos em que a oferta caduque, definam as condições em que o oferente tem o direito de rever a sua oferta, prevejam a possibilidade de ofertas concorrentes para os valores mobiliários de uma sociedade, estabeleçam a forma de divulgação dos resultados da oferta e o carácter irrevogável da oferta, bem como as condições admissíveis”¹¹. Por diferentes palavras – a Diretiva apenas dispõe que os Estados-Membros devem regular a matéria das ofertas concorrentes, deixando claro que a sua especialidade merece uma regulamentação segregada; não dá, no entanto, qualquer pista sobre o que deve ser o conteúdo dessa regulação.

¹¹ A especialidade da Diretiva das OPA revela-se em várias perspetivas. Uma é, claro, o baixo nível de harmonização da Diretiva (para além do tema da introdução da regra de obrigatoriedade de lançamento de OPA). Outra passa pelo próprio processo de aprovação que é, de facto, único na história da construção europeia. Depois de mais de doze anos de negociações (há quem relate a pré-história da Diretiva indo até datas mais remotas e, em particular, recuando ao Pennington Report dos anos 70), e de três versões (1989, 1996 e 1997) que foram vencendo as resistências de países como a Alemanha, o Reino Unido e a Holanda, o texto chegou a votação no Parlamento Europeu depois de aprovado pela Conciliation Committee meeting. A proposta de Diretiva era parte do *Financial Services Action Plan* e havia sido considerado uma prioridade na reunião de março de 2000 do Conselho em Lisboa. Levada a votação no Parlamento Europeu, a proposta mereceu 273 votos a favor, 273 votos contra e 22 abstenções, não sendo, assim, aprovada. Isso obrigou o legislador europeu a reiniciar o processo que foi, de novo, longo e atribulado, e apenas chegou a bom termo em 2004. Para desenvolvimentos, vd. Jorge Brito Pereira, “An Ocean Apart: The Mandatory Takeover Rule in Brazil and in Europe”, *Emory Corporate Governance and Accountability Review* 10, no. 1 (2022), 71-80; Klaus J Hopt, “Die internationalen und europarechtlichen Rahmenbedingungen der Corporate Governance”, *Hommelhoff, Peter/Hopt, Klaus J./Werder, Axel von (Hg.): Handbuch Corporate Governance* 2 (2009), 57-58; Eddy Wymeersch e Securities Supervisors CESR, “The Takeover Bid Directive Light and Darkness”, *Proprietà e controllo dell’impresa. Il modello italiano, stabilità o contendibilità? Atti del Convegno di studi (Courmayeur, 5 ottobre 2007)* 22 (2008), 933 e ss.; Christophe Clerc, Fabrice Demarigny et al., “A Legal and Economic Assessment of European Takeover Regulation”, 1-2; António Menezes Cordeiro, “OPAs obrigatórias: pressupostos e consequências da sua não-realização”, *Revista de Direito das sociedades* (2011), 933-938.

2. A concorrência de ofertas

I. OPA concorrente é a oferta que concorra com uma (ou com mais do que uma, caso em que todas as ofertas subsequentes serão qualificadas como concorrentes) oferta de aquisição já anunciada (oferta inicial). Concurso de ofertas pressupõe, então, que mais do que uma oferta de aquisição incida em simultâneo, total ou parcialmente, sobre os mesmos valores mobiliários, ou seja, considerando a fungibilidade do objeto da proposta, sobre valores mobiliários da mesma categoria¹².

Dispõe o n.º 1 do art. 185.º do Cód.VM que, a partir da publicação do anúncio preliminar de oferta pública de aquisição de valores mobiliários admitidos à negociação em mercado regulamentado, qualquer outra oferta pública de aquisição de valores mobiliários da mesma categoria só pode ser realizada através de oferta concorrente que cumpra o disposto nesse artigo¹³.

Isto significa que não é possível anunciar uma OPA sobre os valores mobiliários que são objeto de uma oferta cujo anúncio preliminar foi já publicado senão através de uma OPA concorrente. O regime quer assegurar, por esta forma, a comparabilidade de ofertas, tratando de forma igualitária e equitativa os oferentes, enquanto se assegura que os destinatários da oferta não são prejudicados. O objetivo da lei parece claro – assegurar que as ofertas públicas de aquisição que concorram com a oferta inicial sigam o regime especial que assegura uma equilibrada concorrência, assim prevenindo que, num mesmo momento, convivam no sistema ofertas de aquisição que não assegurem um *level playing field* aos oferentes e requisitos de comparabilidade aos destinatários.

¹² Vd. Jorge Brito Pereira, *O Voto Plural na Sociedade Anónima* (Almedina, 2022), 451-452.

¹³ A versão anterior da regra dispunha que “a partir da publicação do anúncio preliminar de oferta pública de aquisição de valores mobiliários admitidos à negociação em mercado regulamentado, qualquer outra oferta pública de aquisição de valores mobiliários da mesma categoria só pode ser realizada através de oferta concorrente lançada nos termos do presente artigo”. A diferença não parece ter real significado normativo, sendo antes um esclarecimento: a oferta tem não apenas de ser “lançada” nos termos do art. 185.º, mas tem, em todos os pontos do processo, de cumprir o disposto no art. 185.º

A lei não impõe, deve ser salientado, que sigam o regime das ofertas concorrentes todos os processos aquisitivos de ações de sociedade cujas ações sejam objeto de uma oferta anunciada ou lançada – nem o poderia em razoabilidade fazer, ou suspenderia todas as transações em mercado organizado até ao encerramento da oferta –, nem sequer que assim seja quando esses processos aquisitivos tenham materialidade ou sejam suscetíveis de fazer frustrar a oferta inicial. De igual modo, a lei não obriga a que sigam o regime da oferta concorrente outros processos de concentração não aquisitivos de ações da sociedade visada – é o caso das fusões, da cisão-fusão ou da aquisição de ativos à sociedade visada –, de novo, ainda que estes possam pôr em causa os objetivos ou o sucesso da oferta de aquisição inicial¹⁴.

O que acabamos de escrever – que parece claro face ao n.º 1 do art. 185.º – já foi objeto de acesa discussão entre nós e, objetivamente, tem por consequência colocar o oferente numa posição mais escrutinada e sindicada do que outros agentes, em particular partes que, não pretendendo lançar uma oferta concorrente, tenham o mero intuito de fazer a oferta aberta fracassar¹⁵. Merece por isso esclarecimentos adicionais.

¹⁴ No mesmo sentido, vd. Paulo Câmara, *Manual de Direito dos Valores Mobiliários*, 703-704; Hugo Moredo Santos, *Ofertas Concorrentes*, 59-65. O problema tem raízes antigas no nosso sistema. Vd. em particular, a propósito da OPA sobre o Banco Português do Atlântico, João Calvão Silva, *Estudos de Direito Comercial: Pareceres* (Almedina, 1999), 243-246.

¹⁵ Basta pensar num exemplo simples. Nos termos do art. 180.º, o oferente não pode negociar fora de mercado regulamentado ações objeto da oferta (exceto se autorizado pela CMVM), deve informar diariamente a CMVM sobre as transações realizadas e, caso adquira ações a preço mais alto que a contrapartida oferecida, fica obrigado a elevar essa contrapartida. Face ao comportamento normal das ações após o anúncio de uma OPA, isto significa, na generalidade dos casos, a inviabilidade de realização de compras em mercado. Já um terceiro que queira comprar ações com o objetivo de fazer a oferta falhar (mas não o queira fazer através de oferta pública, ou não o tenha de fazer dessa forma) pode comprar ações em mercado e fora de mercado, não está sujeito a deveres especiais de informação e o preço de cada aquisição não releva para quaisquer outros efeitos. É interessante notar que foi uma estratégia deste tipo, envolvendo uma OPA sobre a sociedade Venesta International, ocorrida em 1972 na praça londrina, que historicamente está na origem da adoção pelo *Takeover Panel* da primeira regra de OPA obrigatória. Para uma descrição desse processo, vd. Jorge Brito Pereira, “An Ocean Apart: The Mandatory Takeover Rule in Brazil and in Europe”, 71-73.

II. Em dezembro de 2009, a brasileira Companhia Siderúrgica Nacional (CSN) anunciou o lançamento de uma OPA sobre a Cimpor. A OPA foi recebida com forte oposição pela administração da sociedade visada, que a qualificou de “hostil porque oportunística, irrelevante e perturbadora da atividade da empresa”. Passado pouco tempo, em janeiro de 2010, a Cimpor divulgou ter recebido uma “proposta de fusão, preliminar e não vinculativa” da sociedade Camargo Corrêa, SA (CC). A CC publicou então um comunicado ao mercado dando conta dos termos principais dessa proposta, sendo que uma das condições a que a proposta estava sujeita era a aquisição pela CC de uma participação na Cimpor entre os 15% e os 25%.

Ainda durante o mês de janeiro, a CMVM informou o mercado ter “notificado a Camargo Corrêa, SA do início de procedimento administrativo com vista a que esta conforme a sua proposta de fusão com a Cimpor – Cimentos de Portugal, SGPS, SA ao regime das ofertas concorrentes previsto no artigo 185.^a do Código dos Valores Mobiliários, ou a retire, e se abstenha de a publicitar ou divulgar e de praticar quaisquer atos com ela relacionados, para além da comunicação referente a essa retirada”¹⁶. Na sequência dessa notificação, a CC fez uma comunicação ao mercado com o seguinte teor – “A Camargo Corrêa entregou hoje à Comissão do Mercado de Valores Mobiliários (CMVM) a resposta ao projecto de decisão relativo à proposta de fusão que apresentou à Cimpor. A Camargo Corrêa está segura da legalidade dessa proposta, que se encontrava em estudo há bastante tempo, bem como do valor que da fusão decorreria para ambas as empresas e respectivos accionistas. Porém, a circunstância de ter sido lançada uma OPA previamente à apresentação da proposta de fusão pela Camargo Corrêa veio criar uma situação inédita no mercado português, susceptível de gerar entendimentos incorrectos. Sem prejuízo da convicção que mantemos acerca da lisura, transparência e legalidade da actuação da Camargo Corrêa, e que reiterámos à CMVM na nossa resposta escrita, vimos informar que comunicámos hoje à administração da

¹⁶ <https://www.cmvm.pt/pt/Comunicados/Comunicados/Pages/20100116m.aspx>

Cimpor a retirada da nossa proposta de fusão, a qual fica sem quaisquer efeitos a partir da presente data”¹⁷.

A decisão da CMVM, e a resposta dada pela CC, fizeram com que, durante muito tempo, se tenha interiorizado entre nós que era entendimento do regulador que, após o anúncio de lançamento de uma OPA, qualquer outro negócio que almejasse a alteração do controlo da sociedade visada teria de seguir o regime da oferta concorrente, e que, por isso, em particular, não seria possível propor ou prosseguir processos de fusão durante a tramitação de uma OPA, não obstante as manifestas diferenças – a todos os níveis – entre os processos. Trata-se de entendimento com o qual, pelas razões já expostas, não poderíamos nunca concordar e que implica levar a regra do n.º 1 do art. 185.º a um limite de aplicação que está muito para além do seu escopo.

Não se nega, nem se quer desvalorizar, que aquilo que a CC pretendia levar a cabo não era apenas uma fusão. Ficou claro das respostas então dadas à CMVM que a CC pretendia adquirir ações da Cimpor e, após essa aquisição, implementar o processo de fusão, desse modo passando a controlar a sociedade sem o lançamento de uma OPA com recurso à derrogação prevista na alínea c) do n.º 1 do art. 189.º do Cód.VM. E, claro, pretendia-o sabendo que o sucesso desse projeto teria por necessária consequência o fracasso da OPA já anunciada pela CSN¹⁸. No entanto, e ainda assim, nada resulta do processo, pelo menos no que dele é público, que permita entender

¹⁷ Todos os documentos sobre esta OPA e sobre a proposta de fusão ainda estão disponíveis no site da CMVM.

¹⁸ As ricas particularidades do processo estão descritas em Domingos Homem de Sousa Salgado, *Admissibilidade da Fusão como Alternativa à OPA em Curso*, 51-54. O autor chega, no entanto, a uma conclusão que não partilhamos plenamente – que “o supervisor parece ter entendido que se tratava de uma utilização “abusiva” e formalmente artificial da operação de fusão, utilizada para atingir um fim, a aquisição de controlo, que naquele contexto concreto poderia (ou deveria) ser alcançado, em benefício dos acionistas, do mercado e da transparência, através do lançamento de OPA concorrente”. Não há qualquer dúvida que a proposta operação de fusão importava a alteração do controlo da Cimpor – sobretudo quando vemos a forma como a mesma foi construída e quando atentamos na aquisição de ações que era considerada “indissociável” à fusão – e não há qualquer dúvida que essa alteração de controlo, sendo bem-sucedida, teria como consequência inevitável a frustração da OPA já

que a CC estava abusivamente a utilizar o instituto da fusão; menos ainda parece aceitável concluir que uma estratégia que, em normais circunstâncias, podia ser implementada pela CC, estivesse inviabilizada por já estar anunciada a oferta da CSN.

Já posteriormente à descrita oferta sobre a Cimpor, a CMVM teve ocasião de, muito embora não revendo formalmente a sua posição, dar indicações de que o seu entendimento não corresponderia ao que, em 2009, foi percebido.

Em 2015, após a publicação do anúncio preliminar da primeira OPA do CaixaBank sobre o BPI, um dos acionistas deste – a Santoro Finance – enviou uma comunicação ao CaixaBank, BPI e BCP, em que propunha a análise e ponderação de uma fusão entre o BCP e o BPI. Conhecido o teor da comunicação pela comunicação social, a CMVM instruiu os dois bancos para que revelassem o teor da carta, o que veio a ser feito pelo BPI. Apesar de o BCP ter comunicado que, “havendo interesse do Banco BPI, a Comissão Executiva do BCP manifesta a sua disponibilidade para analisar a referida operação, com respeito pelo circunstancialismo regulamentar aplicável”, a administração do BPI manifestou a sua indisponibilidade para analisar a proposta de fusão. O processo veio por isso a morrer por falta de acordo, sem que o regulador tenha alguma vez manifestado que não seria possível a fusão no curso da OPA anunciada pelo CaixaBank por violação das regras sobre ofertas concorrentes.

Cabe ainda fazer referência a um terceiro processo com relevância para o tema e que revela uma das mais animadas e interessantes disputas pelo controlo de uma sociedade cotada que ocorreu em Portugal.

Em agosto de 2014, o grupo mexicano Angeles anunciou o lançamento de uma OPA sobre a ES Saúde, oferecendo € 4,3 por cada ação da visada. Logo no mês seguinte, a Mello Saúde publicou o anúncio preliminar de uma oferta concorrente, oferecendo € 4,4 por cada ação. Oito dias depois, a Angeles procedeu à revisão das condições da oferta e subiu o preço para € 4,5 e passados poucos

anunciada. Mas daí não se pode retirar que o fim pretendido “deveria” ser alcançado através de uma OPA concorrente, ou seja, que daí decorre um abuso de direito.

dias a Tranquilidade, controlada pela chinesa Fosum, lançou uma segunda OPA concorrente oferecendo € 4,72 por cada ação (preço que foi ainda revisto duas vezes, acabando em € 5,01 por ação, valor a que a OPA teve finalmente sucesso), o que levou as outras duas ofertas a soçobramem.

No meio deste complexo processo, num momento em que oferta da Fidelidade ainda estava em € 4,72 por ação e já não era possível lançar uma OPA concorrente (por razões de calendário), surgiu o grupo norte-americano UnitedHealth, oferecendo à acionista controladora € 4,75 euros por ação, em troca de 51% da ES Saúde e dando conhecimento público da proposta. O objetivo da UnitedHealth parecia claro – não podendo anunciar uma OPA que não seguisse o regime da oferta concorrente, porque estavam já três ofertas anunciadas, e já não podendo anunciar uma oferta concorrente, porque o calendário não o permitia, a proposta era dirigida ao acionista maioritário e, se aceite, geraria a obrigação de lançamento de uma OPA sobre as ações remanescentes. A CMVM pronunciou-se sobre o tema e, no essencial, entendeu – (i) que tendo sido a proposta anunciada após o registo de OPA da Fidelidade; (ii) tendo sido anunciada num momento em que não podia ser formulada como oferta concorrente; (iii) tendo por objetivo a aquisição de participação de 51% do capital da visada e sabendo-se que o sucesso da proposta implica o lançamento de uma OPA obrigatória subsequente; (iv) tendo a proposta sido divulgada publicamente; entendia a que a UnitedHealth tinha passado a estar em situação de factual concorrência com a OPA da Fidelidade, sem que a sua conduta se conformasse com o regime das ofertas concorrentes. Por tudo isto, a CMVM ordenou a retirada da proposta¹⁹.

Este atribulado processo tem características marcadamente diferentes daquele que descrevemos a propósito da OPA da CSN sobre a Cimpor – porque se trata de uma proposta de compra de ações que tem por consequência necessária, sendo bem sucedida, a geração da

¹⁹ Os documentos referentes a este processo, que teve outros episódios importantes, estão disponíveis em https://www.cmvm.pt/pt/AreadoInvestidor/rec_oper/Operacoes/Pages/OPA_ESS.aspx.

obrigação de lançamento de OPA sobre a ES Saúde; porque é apresentada num momento em que a lei já não permite o lançamento de uma OPA concorrente; porque a compra de ações seguida de uma OPA sobre as ações remanescentes é equivalente a uma OPA sujeita à condição de aquisição de 51% das ações. Aliás, a decisão da CMVM é muito clara nesta afinidade estrutural – que não existe no caso da fusão, podendo isso ser retirado *a contrario* da justificação da decisão – quando escreve que se ordena a retirada da oferta “na medida em que representa a realização, em simultâneo com a oferta pública em curso, de uma operação que, reconduzindo-se formalmente a um tipo legal diverso da oferta pública, envolve, ainda assim, a divulgação pública de uma intenção de contratar o mesmo número de ações que são objeto daquela”.

III. Do que antecede, resulta então que a disposição do n.º 1 do art. 185.º do Cód.VM segundo a qual “a partir da publicação do anúncio preliminar de oferta pública de aquisição de valores mobiliários admitidos à negociação em mercado regulamentado, qualquer outra oferta pública de aquisição de valores mobiliários da mesma categoria só pode ser realizada através de oferta que cumpra o disposto no presente artigo”, revela um ónus que obriga a qualificar como oferta concorrente outras ofertas lançadas sobre os mesmos valores mobiliários. Poderão ainda ser, para estes efeitos, equiparadas a ofertas de aquisição as aquisições de ações que tenham por consequência necessária o espoletar da obrigação de lançamento de uma OPA.

Não são assim abrangidos processos de diferente natureza – já demos os exemplos das operações de fusão, da aquisição de ações e da venda de ativos –, ainda que estes tenham por consequência necessária frustração da oferta inicial.

Não se nega, como referimos, que isto possa colocar o oferente numa posição de desvantagem relativa face a terceiros não oferentes, muito embora o regime tenha vindo a ser corrigido para, tanto quanto possível, atenuar esse efeito. Isto porque a publicação do anúncio preliminar da oferta gera um conjunto de obrigações para o oferente – pensamos em particular nas obrigações previstas pelo n.º 2 do art. 175.º, nas limitações à negociação de valores mobiliários da categoria dos que são objeto da oferta, ou dos que integram a contra-

partida, que resultam do n.º 1 do art. 180.º, da obrigação de revisão da contrapartida prevista no n.º 3 do mesmo artigo, ou das limitações à revisão da oferta após o registo – que o podem limitar fortemente. Isto quando outros agentes de mercado, porventura apenas interessados na frustração da oferta, têm um espaço de liberdade mais abrangente. Não excluimos mesmo que, quando a CMVM proferiu a decisão tomada a propósito da OPA da Cimpor, o tenha feito impressionada com essa disparidade de armas. Só que se foi assim fê-lo mal. É verdade que o oferente inicial está sujeito a regras que não são aplicáveis a entidades que não tenham tal qualidade. Mas isso faz parte da dinâmica normal de funcionamento do sistema.

IV. Como resulta do início do n.º 1 do art. 185.º, o momento relevante para a qualificação de uma OPA superveniente como concorrente é o da publicação do anúncio preliminar da oferta inicial. Daqui resultam duas decorrências.

Resulta, em primeiro lugar, que a oferta só é qualificada como concorrente se incidir sobre valores mobiliários que são objeto de uma oferta já anunciada nos termos do art. 175.º. Sabe-se que, nos termos dessa regra, o anúncio preliminar deve ser publicado pelo oferente “logo que tome a decisão de lançamento de oferta pública de aquisição”. Por isso, é apenas com esse anúncio que a oferta ganha dimensão jurídica, sendo, em particular, constituído o dever previsto na alínea a) do n.º 2 da mesma regra de “lançar a oferta em termos não menos favoráveis para os destinatários do que as constantes desse anúncio”. Ou seja – se o prospetivo oferente estiver a preparar o anúncio de uma OPA, não tendo ainda tomado a decisão definitiva de o fazer, ou se, tendo tomado essa decisão, não tiver ainda, como lhe impõe o n.º 1 do art. 175.º, publicado o anúncio preliminar, a OPA não existe enquanto tal no sistema jurídico, e uma oferta anunciada sobre os mesmos valores mobiliários não será qualificada de concorrente²⁰. Por outro lado, se uma oferta

²⁰ Tal como já defendemos a outro propósito (Jorge Brito Pereira, “A Limitação dos Poderes da Sociedade Visada durante o Processo da OPA”, *Direito dos Valores Mobiliários* 2 (2000), 182-184), não cremos que seja relevante no direito nacional o conhecimento que se possa ter

estiver anunciada, mas ainda não lançada – por exemplo, por não verificação de condições de que o lançamento dependa –, a oferta será sem qualquer dúvida relevante para efeitos de qualificação de outra oferta subsequente como concorrente. É assim, ainda que esta segunda oferta possa ser lançada antes (trata-se de hipótese de limitada viabilidade) por, por exemplo, não estar sujeita às mesmas condições regulatórias, ou até ainda que a primeira oferta, por qualquer razão, não seja lançada. Isso mesmo é confirmado pela redação (da revisão de dezembro de 2021) da parte final da alínea a) do n.º 3 do art. 185.º

Resulta, em segundo lugar, que é o anúncio preliminar da oferta concorrente o documento relevante para efeitos de aferimento das condições da oferta. Sabendo-se que as condições de lançamento da oferta não podem ser menos favoráveis para os destinatários do que as constantes do anúncio, dir-se-á que, em regra, será indiferente aferir as condições da oferta inicial e da oferta concorrente no momento do anúncio preliminar ou naquele do lançamento da oferta. Mas não é assim. Desde logo, porque o anúncio preliminar que contenha condições de oferta concorrente não aceitáveis deve ser retirado. Segundo, porque pode acontecer que a CMVM venha a aceitar, por alteração de circunstâncias nos termos do art. 128.º, a modificação das condições da oferta anunciada (seja da inicial, seja da concorrente).

Por fim, as condições do anúncio preliminar da oferta concorrente comparam com as condições da oferta inicial no estado em que esta esteja – comparam com o anúncio preliminar da oferta inicial, comparam com a oferta inicial registada, ou comparam com a oferta inicial revista, dependendo do caso.

V. O regime da OPA concorrente pode entrar em conflito com o regime da OPA obrigatória e gerar problemas de difícil solução. Pensamos em duas hipóteses.

sobre a iminência de uma oferta (mesmo quando se trata, como na regra 21.1 do Takeover Code, de *reason to believe that a bona fide offer might be imminent*).

Quando é feito o anúncio de uma OPA obrigatória e depois surge outra oferta de aquisição sobre os mesmos valores mobiliários, pergunta-se se a oferta obrigatória (inicial) pode ser retirada pelo facto de ter sido anunciada uma oferta concorrente.

Até à revisão do Cód.VM, a resposta era inquestionavelmente negativa, dispendo o n.º 4 do art. 185-B que o lançamento da oferta concorrente era fundamento de revogação de ofertas voluntárias anteriores – mas não de ofertas obrigatórias – nos termos do artigo 128.^o²¹. Com a revisão do Código, o n.º 4 do art. 185-B foi revogado, passando a alínea a) do n.º 1 do art. 185-B a dispor que, com o lançamento da oferta concorrente, “qualquer das demais ofertas anunciadas pode ser revogada, devendo a decisão ser publicada até ao final do quinto dia útil anterior ao termo do prazo da oferta anteriormente registada”. Ou seja, a revisão do Código dá-nos um fortíssimo argumento no sentido de a primeira oferta (obrigatória) poder ser retirada, já que não apenas deixa de limitar o direito de revogação às “ofertas voluntárias”, mas passa mesmo a dispor que o lançamento da oferta concorrente permite revogar “qualquer das demais ofertas anunciadas”, parecendo por isso incluir as ofertas voluntárias e as obrigatórias.

A solução agora adotada pela lei parece intuitiva, já que não parece que se justifique a manutenção da primeira oferta quando outra, com melhores condições, surgiu. É certo que poderia sempre ser afirmado que a natureza obrigatória da primeira oferta contraria formalmente a solução, já que o cumprimento da obrigação de lançamento de uma OPA não se esgota na publicação do anúncio preliminar, ou sequer no ato de lançamento (como o art. 187.^o poderia levar a crer), e estende-se por todo o processo até ao seu encerramento. Apesar disso, sabendo que a oferta concorrente terá, por natureza, condições semelhantes ou melhores, e oferece um preço superior em pelo menos 2%, parece que isso não justifica o peso, e os custos, que importa a manutenção da oferta aberta para o pri-

²¹ Sobre a interpretação da regra revogada, vd. Jorge Brito Pereira, “Ofertas Públicas de Aquisição concorrentes”, *Revista de Direito das Sociedades* (2021), 19-20.

meiro oferente. Esta será, cremos, a razão principal para a opção do legislador.

Não nos parece, no entanto, que esta seja uma boa opção ou, pelo menos, que seja uma boa opção em todos os casos, já que existem cenários em que a revogação da primeira oferta (obrigatória) pode importar um prejuízo para os interesses dos destinatários. Por exemplo, vicissitudes como, por exemplo, a alteração de circunstâncias, terão uma leitura em caso de ofertas voluntárias e outra em caso de ofertas obrigatórias, o que pode fazer com que, em concorrência, e perante uma alteração de circunstâncias, a CMVM pudesse aceitar a retirada (ou a modificação) da oferta concorrente, mas já não da oferta obrigatória (inicial). Ou seja: a retirada da oferta obrigatória pode, em certos casos, prejudicar os destinatários. Por isso, melhor teria estado o legislador se, pelo menos, desse à CMVM a possibilidade de sindicar se a primeira oferta deve ou não ser mantida.

Já a cronologia contrária – anúncio de oferta voluntária, constituição da obrigação de lançamento de OPA por terceiro e publicação do respetivo anúncio preliminar – é bem mais complexa e problemática. Isto porque a oferta obrigatória tem uma economia de funcionamento que nada tem que ver com aquela da OPA concorrente – constituída a obrigação de lançamento de OPA nos termos do art. 187.º, o participante tem, como forma de, sobretudo, tratar igualmente os acionistas da sociedade visada, a obrigação de lançar uma oferta com contrapartida não inferior àquela que resulta da aplicação dos critérios do art. 188.º. Ora, se já existir uma oferta anunciada, e se qualificássemos a segunda OPA (obrigatória) como concorrente, como o n.º 1 do art. 185.º parece fazer (“qualquer outra oferta pública de aquisição de valores mobiliários da mesma categoria”), isto significaria que esta teria de ser lançada pela mais alta de duas contrapartidas – aquela que resulta da aplicação do art. 188.º (porque se trata de uma oferta obrigatória) ou, nos termos da alínea a) do n.º 3 do art. 185.º, 2% acima do preço da oferta anterior (porque se trata de uma oferta concorrente). Parece ser solução manifestamente iníqua quando o obrigado tem um dever para cumprir e não tem qualquer intenção de concorrer com a oferta que está no mercado.

Tendemos, por isso, a não qualificar esta segunda oferta, obrigatória, como concorrente, sujeitando-a apenas ao regime da OPA obrigatória²².

Não se pode deixar de registar que, recentemente, a CMVM tomou uma decisão que parece ir em sentido contrário àquele que defendemos.

Tentando descrever de forma sucinta um processo bastante complexo: em setembro de 2019 foi divulgado um anúncio preliminar de uma OPA lançada sobre a Cofina sobre o capital social da Media Capital; face à pandemia de Covid-19, a Cofina apresentou um pedido de revogação da oferta por alteração de circunstâncias, nos termos do art. 128.º do Cód.VM; o pedido de revogação foi indeferido pela CMVM, sendo convertido num pedido de modificação da oferta, que foi aceite, sendo, em particular, alterados o objeto, as

²² O problema ganha uma relevância prática manifesta quando verificamos que qualquer agente do mercado poderia aproveitar-se da qualificação da segunda oferta, obrigatória, como concorrente, com ganhos próprios e com forte perturbação do mercado. A lei não fixa – nem o poderia fazer – um prazo para o cumprimento do dever de lançamento de OPA, apenas dispo no n.º 1 do art. 191.º que a publicação do anúncio preliminar da oferta deve ocorrer “imediatamente” após a verificação do facto constitutivo do dever de lançamento. Esta expressão significa que o anúncio deve ser publicado tão prontamente quanto seja razoavelmente possível. Pode, no entanto, acontecer que exista um lapso de tempo – que tem sempre de ser curto – entre a constituição da obrigação e a publicação do anúncio, causado por razões admissíveis, como seja a criação de condições internas para a oferta (obtenção de deliberações necessárias, constituição de veículo para a oferta ou contratação de financiamentos), a discussão do anúncio preliminar com a CMVM ou o desenvolvimento de contactos para a substituição do obrigado nos termos do n.º 2 do art. 191.º. Este período poderia facilmente ser aproveitado por um qualquer acionista para anunciar uma OPA sobre as mesmas ações, o que se revelaria muito proveitoso se tiver a confiança que o obrigado tem de anunciar outra oferta e tem a obrigação de subir em 2% o preço anunciado. Vd. Paulo Câmara, *Manual de Direito dos Valores Mobiliários*, 707-709. Com um entendimento diferente, Manuel Requiza Ferreira, “A OPA Concorrente”, 55-73 (sobretudo 60-73), que defende que “relativamente à contrapartida, ela terá que corresponder ao mais elevado dos montantes calculados nos termos do artigo 185.º, n.º 5 ou artigo 188.º, n.º 1. Ou seja, será necessário calcular, separadamente, o valor da contrapartida de acordo com a alínea a), do n.º 1, do artigo 188.º, com a alínea b) do mesmo preceito e de acordo com o artigo 185.º, n.º 5, para, em seguida, efetuar uma análise comparativa e fixar como contrapartida a que apresentar o valor mais elevado”. A decisão tomada pela CMVM no caso Media Capital, que descreveremos, parece adotar este entendimento.

condições e reduzindo a contrapartida para € 0,415 por ação, mas sujeitando a determinação final da contrapartida a avaliação a efetuar por auditor independente²³; entretanto, a CMVM considerou que a Pluris se tinha constituído no dever de lançamento de OPA nos termos do art. 187.º, mais considerando que a oferta, para além de obrigatória, devia ainda conformar-se com o regime das ofertas concorrentes, o que significava que a contrapartida devia ter cumulativamente em consideração os requisitos n.º 5 do art. 185.º, sendo superior em, pelo menos 2%, à contrapartida da oferta preliminarmente anunciada pela Cofina e aos requisitos do art. 188.º, sendo pelo menos igual ao maior preço pago, ou acordado pagar pela Pluris por ações da Media Capital.

Tendo o relatório do auditor independente entendido que a contrapartida a pagar no âmbito da oferta deveria ser não inferior a € 0,725 euros por ação, a CMVM entendeu que a contrapartida da OPA obrigatória deveria ser de € 0,7395 por ação, superior em 2% ao valor da contrapartida da OPA da Cofina²⁴.

Aqui, ao contrário do que defendemos, a CMVM entendeu que o oferente obrigado ao lançamento de OPA pode ser sujeito, em simultâneo, às regras de concorrência de ofertas. Não se deixa de assinalar, em todo o caso, que a constituição da Pluris no dever de lançamento de OPA é subsequente ao anúncio da OPA da Cofina. Este ponto está longe de ser irrelevante e permite de certa forma compatibilizar o que escrevemos com a posição da CMVM, já que outro entendimento levaria a concluir que a forma de “escapar” ao regime da OPA concorrente seria a constituição do dever de lançamento da OPA.

VI. Uma última nota para referimos a posição do oferente que, nos termos do n.º 2 do art. 185.º, não poderá ser pessoa que esteja “com o oferente inicial ou com oferente concorrente anterior em

²³ Para desenvolvimentos, e em particular para o detalhe das alterações introduzidas, remetemos para https://www.cmvm.pt/pt/AreadoInvestidor/Faq/Pages/faq_opa_modificada_media_capital.aspx.

²⁴ www.cmvm.pt/pt/AreadoInvestidor/rec_oper/Operacoes/opa_media_capital/Pages/opa_cofina_mediaCapital.aspx.

alguma das situações previstas no n.º 1 do artigo 20.º, salvo autorização da CMVM a conceder caso a situação que determina a imputação de direitos de voto cesse antes do registo da oferta”²⁵.

O sentido final da regra passa por evitar que o oferente inicial, através de uma pessoa próxima, use o regime da OPA concorrente para criar uma aparência de concorrência e, dessa forma, fosse habilitado a, por exemplo, rever as condições da oferta quando, segundo as regras gerais, essa revisão já não fosse possível²⁶. Sem prejuízo desse sentido, não se pode deixar de constatar que a lei vai longe de mais ao referir a regra ao n.º 1 do art. 20.º como critério de legitimidade e, mais ainda, ao parecer deixar claro que a CMVM apenas pode autorizar o lançamento de oferta concorrente por alguém abrangido pela regra de imputação “caso a situação que determina a imputação de direitos de voto cesse antes do registo da oferta”²⁷.

²⁵ A OPA sobre a Abertis, em Espanha, no ano de 2017, levantou problemas relevantes na interpretação da regra paralela (o art.41.2.a) do RD de OPA). Em maio de 2017, a sociedade italiana Atlantia anunciou uma OPA sobre a Abertis. Já depois do registo da oferta e durante o prazo de aceitação, a sociedade Hochstief, uma filial do grupo espanhol ACS, anunciou o lançamento de uma OPA concorrente. Depois do registo da OPA concorrente, mas ainda antes da abertura do prazo das duas ofertas, a Atlantia, a ACS e a Hochstief comunicaram ao mercado ter alcançado um acordo nos termos do qual a Atlantia desistia da sua oferta e Hochstief melhorava a sua oferta (com o compromisso de, em caso de sucesso da oferta, as partes dividirem os ativos adquiridos). O direito espanhol prevê expressamente a possibilidade de associação ou concertação com terceiro para melhorar a OPA (arts. 31.º e 41.º do Real Decreto sobre OPA). No entanto, suscitou-se a questão clara de saber se um oferente concorrente se podia concertar com outro oferente e introduzir alterações subjetivas, o que já tinha sido recusado pela CNMV, naquela que foi a mais disruptiva OPA ocorrida em Espanha – a concorrência entre a Gas Natural e a E-ON pelo controlo da Endesa – e que foi revista neste processo. Vd. sobre o tema Javier García de Enterría, “Algunas Cuestiones del Proceso de OPAs sobre Abertis: De Concierdos para la Modificación de la OPA y Mejoras de la Contraprestación en las OPAs de Canje”, *Revista de Derecho del Mercado de Valores* (2019).

²⁶ No âmbito do revogado Código do Mercado de Valores Mobiliários e do seu n.º 3 do art. 561.º, que era uma regra que, com uma técnica muito diferente, continha disposição paralela, vd. o nosso José Miguel Júdece, Maria Luisa Antas et al., *Ofertas Públicas de Aquisição (legislação comentada)* (Económico, 1992), 172 e ss.

²⁷ Cremos que uma boa interpretação da regra será a de entender que a autorização da CMVM terá uma natureza vinculada caso a situação que determine a imputação cesse antes do registo da oferta, sem prejuízo de poder ser dada em outros casos se a CMVM entender

3. Termos e condições da oferta concorrente

I. O ordenamento em que assenta a concorrência entre ofertas tem três diretrizes que não são necessariamente compatíveis entre si – primeira, a oferta concorrente deve ser mais favorável do que a oferta inicial, ou não faria sentido que o sistema aceitasse a perturbação causada no processo²⁸; segunda, a oferta concorrente e a oferta inicial devem ser objetivamente comparáveis, criando um *level playing field* para os oferentes; terceira, não deve resultar da concorrência de ofertas uma posição para os destinatários que seja pior que aquela que eles tinham antes da OPA concorrente.

II. A maior favorabilidade da oferta concorrente resulta de várias regras. Primeiro, como resulta da alínea a) do n.º 3 do art.

que não se justifica a proibição. Custa aceitar que a CMVM esteja inabilitada a autorizar o lançamento de uma oferta concorrente, que se pode presumir ser mais favorável aos destinatários que a oferta inicial, ainda que entenda que, apesar de o putativo oferente estar abrangido, face ao oferente inicial, pela regra de imputação, nada justifica a proibição. Uma alternativa (defendida por Manuel Requixa Ferreira, “A OPA Concorrente”, 31-32) seria de interpretar restritivamente o n.º 3 do art. 185.º para excluir os casos de imputação de direitos de voto que não consubstanciem uma atuação concertada, muito embora nos pareça que dela emergem riscos relevantes. Isto, note-se, concordando que os casos de imputação que não consubstanciem uma atuação concertada devem ser objeto de permissão pela CMVM.

²⁸ Existem outras razões para que a oferta concorrente deva ser mais favorável do que a oferta inicial. O anúncio da primeira oferta tem, como regra, maiores custos económicos e de oportunidade que aqueles suscitados pela oferta concorrente. O oferente inicial é aquele que “descobre” a oportunidade, aquele que teve custos diretos de análise, avaliação e monitoração da visada e é, muitas vezes, aquele que chama a atenção do mercado para aquela sociedade, assim aumentando a liquidez e facilitando a atração de outros investidores e *stakeholders* (como é o caso dos financiadores). Entende-se, por isso, que não seria equitativo se o oferente concorrente pudesse concorrer com a oferta inicial nos mesmos termos e condições, deixando para os destinatários a escolha entre duas ofertas equivalentes. Duas notas adicionais. Primeira para marcar que este “favorecimento” do oferente inicial se reflete em outras passagens do regime, a que voltaremos, sendo discutido até onde deve ir e, em particular, se deve ir até ao ponto de deixar para o oferente inicial a última palavra sobre o preço (solução que não é adotada entre nós). Segunda nota para assinalar que a possibilidade de convivência de ofertas equivalentes causaria problemas de diferente natureza, podendo ser penalizadora para os destinatários (pense-se em duas ofertas equivalentes e com a mesma condição de sucesso, podendo uma fazer com que a outra fracasse, e vice-versa).

185.º, a contrapartida da oferta concorrente deve ser superior à da oferta inicial em, pelo menos, 2% do seu valor; segundo, como resulta da alínea b) do mesmo artigo, a oferta concorrente não poderá ter por objeto “quantidade de valores mobiliários inferior àquela que é objeto da oferta anteriormente anunciada”; terceiro, nos termos da alínea c), a oferta concorrente não pode fazer depender a sua eficácia de uma “percentagem de aceitações por titulares de valores mobiliários ou de direitos de voto em quantidade superior ao constante da oferta anteriormente anunciada, salvo se, para efeitos do número anterior, essa percentagem se justificar em função dos direitos de voto na sociedade visada já detidos pelo oferente e por pessoas que com este estejam em alguma das situações previstas no n.º 1 do artigo 20.º”. Da versão revogada do Código constava ainda uma quarta dimensão, ao ser disposto que a oferta concorrente não podia ter condições que a tornassem menos favorável, o que obrigava a comparação a ser feita condição a condição²⁹.

III. A regra de aumento de preço da OPA concorrente é meridianamente clara – ao contrário do que acontece em outros ordenamentos, que deixam mais liberdade à posição do oferente concorrente, dispõe-se que a contrapartida da oferta concorrente deve ser superior à da oferta antecedente em, pelo menos, 2% do seu valor.

A regra do velho Código do Mercado de Valores Mobiliários, dando um exemplo, era muito diferente – dispunha o n.º 1 que a oferta concorrente devia “conter condições mais favoráveis para os seus destinatários do que as que, no momento do seu lançamento, resultem da oferta inicial e bem assim, se for o caso, da oferta ou ofertas concorrentes anteriores”, dispondo o n.º 2 que “se a concorrência entre a nova oferta e as anteriores respeitar apenas à contrapartida³⁰, o valor desta terá de ser superior em, pelo menos, 5%

²⁹ Jorge Brito Pereira, “Ofertas Públicas de Aquisição concorrentes”, 25-26.

³⁰ A interpretação da regra não era óbvia. Ao escrever “se a concorrência entre a nova oferta e as anteriores respeitar apenas à contrapartida”, a lei parecia estar a admitir duas hipóteses – a hipótese de a concorrência entre a nova oferta e as anteriores respeitar apenas à contrapartida, caso em que a oferta concorrente devia ter uma contrapartida pelo menos 5% superior; e o caso de a concorrência entre a nova oferta e as anteriores não respeitar

ao da contrapartida proposta em qualquer das ofertas precedentes que se encontrem em vigor”. Ou seja – parecia aceitar-se, ao contrário do que acontece no regime atual, que a oferta concorrente não implicasse uma subida de preço (desde que fosse globalmente mais favorável), o que não deixava de gerar dúvidas interpretativas ao nível da comparação entre ofertas. Essas dúvidas estão plenamente ultrapassadas com o Cód.VM – não pode haver oferta concorrente se o preço não for subido, pelo menos, 2% por referência ao preço oferecido na oferta anterior.

Apesar da clareza da regra, levantam-se dúvidas em certos termos de comparação, em particular quando as ofertas proponham contrapartidas de diferente natureza. Cumpre então analisar se a oferta concorrente pode oferecer uma contrapartida em valores mobiliários sem alternativa em dinheiro (com o inevitável aumento de 2% em relação à contrapartida da oferta inicial), quando a oferta inicial ofereça uma contrapartida em dinheiro; e ainda se a oferta concorrente pode oferecer uma contrapartida apenas em dinheiro (com o inevitável aumento de 2% em relação à contrapartida da oferta inicial), quando a oferta inicial ofereça uma contrapartida em valores mobiliários ou em valores mobiliários e dinheiro.

Sabe-se que, em sede geral, nos termos do art. 177.º a contrapartida da oferta pode consistir em dinheiro, em valores mobiliários, emitidos ou a emitir, ou ser mista, sendo que, nos termos n.º 3, caso a contrapartida consista em valores mobiliários, estes devem ter adequada liquidez e ser de fácil avaliação. Desta regra resulta então que a contrapartida em dinheiro é sempre aceitável e que a contrapartida em valores mobiliários é apenas aceitável se estes tiverem condições de liquidez e de avaliação que os tornem razoavelmente equivalentes ao dinheiro. Daqui retira-se, cremos, que caso a oferta inicial tenha uma contrapartida em valores mobiliários, a oferta concorrente pode ter uma contrapartida em valores mobiliários ou em dinheiro, já que a contrapartida em dinheiro deve ser conside-

apenas à contrapartida, sendo melhoradas outras condições, caso em que não tinha de cumprir a regra dos 5% mínimo (parecendo por isso que nesse caso a contrapartida podia ser mantida inalterada).

rada, se não melhor, pelo menos nunca pior do que a contrapartida em valores mobiliários. Igualmente, parece-nos claro que se a oferta inicial tiver uma contrapartida mista a oferta concorrente poderá ter, pelas mesmas razões, uma contrapartida mista ou apenas em dinheiro.

Já existem dois casos em que a comparação parece mais difícil.

O primeiro é o de a oferta inicial oferecer uma contrapartida alternativa em valores mobiliários ou dinheiro. Em rigor, para que a oferta concorrente tenha uma contrapartida necessariamente mais favorável para os destinatários (para que mantenham a liberdade de escolha), dir-se-ia que teria também de oferecer uma contrapartida alternativa, o que parece manifestamente violento e excessivo, devendo ser entendido que a contrapartida em dinheiro consome qualquer das demais opções.

Também por essa razão, não nos parece que quando o oferente inicial ofereça uma contrapartida em dinheiro, possa o concorrente oferecer uma contrapartida apenas em valores mobiliários (sem alternativa em dinheiro), já que isso revela uma alternativa pior para os destinatários – por fungíveis e líquidos que sejam os valores mobiliários, nunca poderão ser tão fungíveis e líquidos como dinheiro³¹.

³¹ Em sentido diferente, vd. Miguel Stokes, “Ensaio sobre os Requisitos Substantivos da Oferta Concorrente”, 31-32. O argumento não nos parece ser convincente, já que não é por o n.º 3 do art. 177.º aceitar que a contrapartida pode consistir em valores mobiliários, desde que estes tenham adequada liquidez e sejam de fácil avaliação, que se retira que a contrapartida em dinheiro não é mais favorável para os destinatários. Há, de facto, uma equiparação em sede geral entre ambas as contrapartidas; isto não significa que o dinheiro não seja por natureza mais líquido (e com menos custos de transação) do que valores mobiliários. Também em sentido diferente, vd. Manuel Requixa Ferreira, “A OPA Concorrente”, 37-38. Este autor aborda também o problema de aferir qual é o momento relevante para aferição da subida da contrapartida para cumprimento do n.º 3 do artigo 185.º, entendendo que é o do anúncio preliminar, já que solução diversa geraria uma enorme insegurança jurídica e instabilidade no mercado. Não temos dúvidas que, a ser aceite a contrapartida da oferta concorrente em valores mobiliários quando a oferta inicial oferecia contrapartida em dinheiro, o momento relevante para aferir a subida da contrapartida haveria de ser o do anúncio preliminar. Mas a própria existência desse problema revela a menor favorabilidade da contrapartida em valores mobiliários – como pode o sistema lidar com uma oferta concorrente que, no momento do lançamento, ao contrário do que acontecia no momento do

IV. Dispõe a alínea b) do n.º 3 do art. 185 que que as ofertas concorrentes não podem incidir sobre quantidade de valores mobiliários inferior àquela que é objeto da oferta inicial. Esta regra – que assegura uma equivalência mínima de comparabilidade entre as ofertas –, visa evitar que o oferente concorrente venha propor um preço por ação superior, em troca da redução do número de ações objeto da oferta, assim pondo em causa a posição dos destinatários da oferta que, podendo vender as suas ações por um preço superior, estariam agora sujeitos a um rateio.

V. Por fim, dispõe a alínea c) do n.º 1 do art. 185.º que a oferta concorrente não pode fazer depender a sua eficácia de uma percentagem de aceitações por titulares de valores mobiliários ou de direitos de voto em quantidade superior ao constante da oferta inicial ou de oferta concorrente anterior (salvo se, para efeitos do número anterior, essa percentagem se justificar em função dos direitos de voto na sociedade visada já detidos pelo oferente e por pessoas que com este estejam em alguma das situações previstas no n.º 1 do artigo 20.º). De novo, a regra visa preservar a posição dos destinatários da oferta, para que estes não sejam postos perante a difícil

anúncio preliminar, esteja a oferecer contrapartida inferior àquela oferecida pelo oferente inicial? Como pode o oferente inicial decidir se revê ou não a sua contrapartida se, quando termina o prazo para essa revisão, ele ainda não sabe qual será o valor final da contrapartida do oferente concorrente, já que este variará até ao momento da aceitação? São questões que, em nosso entender, deixam patente a não aceitabilidade da solução. Claro que, a aceitar solução diferente da proposta, se vai suscitar o problema de saber quando se avalia a melhoria da contrapartida em ações – se no momento do anúncio preliminar; se no momento do anúncio preliminar e do lançamento da oferta. O problema foi expressamente tratado em Espanha a propósito da OPA sobre a Abertis e, a aceitar que a oferta concorrente possa ter uma contrapartida apenas em ações nestes casos, não vemos como pode ser defendido que a avaliação desses valores mobiliários e a comparação com a contrapartida do oferente inicial, tendo sido feitas no momento do anúncio preliminar, não sejam feitas, de novo, no momento do lançamento. Defender o contrário implica aceitar que a oferta concorrente seja registada com uma contrapartida inferior à da oferta inicial. Isto é, claro, um perigo para o oferente concorrente, que fica sujeito a movimentos de mercado (por vezes circunstanciais) e a uma avaliação futura (no momento do registo) que ele não pode controlar. Vd. Javier García de Enterría, “Algunas Cuestiones del Proceso de OPAs sobre Abertis: De Concierdos para la Modificación de la OPA y Mejoras de la Contraprestación en las OPAs de Canje”, 31-34.

opção de escolher entre uma oferta com uma condição de sucesso mais acessível, mas com pior contrapartida, e outra com condição de sucesso mais exigente, e com melhor preço (no limite podendo a opção custar o fracasso das duas ofertas), e assegurar a comparabilidade das propostas nos seus termos e condições essenciais.

VI. A segunda parte do agora revogado n.º 5 do art. 185.º dispunha ainda que a oferta concorrente não podia conter condições que a tornassem menos favorável, o que visava deixar claro que as condições – toda e cada uma das condições – da oferta inicial e da oferta concorrente eram comparadas, não sendo aceites condições na oferta concorrente que fossem individualmente menos favoráveis, ainda que, na economia do sistema de condições, apesar dessas condições, e após uma análise global das mesmas, a oferta concorrente pudesse ser entendida como globalmente mais favorável³².

Esta regra de comparabilidade era aplicável a todas às condições de lançamento e às condições da oferta³³. É certo que as condições de

³² Esta interpretação parecia ser clara e era geralmente aceite entre nós. Vd. Paulo Câmara, *Manual de Direito dos Valores Mobiliários*, 105; Jorge Brito Pereira, “Ofertas Públicas de Aquisição concorrentes”, 25-26. O seu sentido final era o de assegurar transparência na comparação, não deixando à apreciação da CMVM uma comparação que podia suscitar dúvidas (desde logo porque a importância das condições não é igual para todos os acionistas da sociedade visada). A regra acabava por revelar um dos mais importantes pontos em que o sistema favorece o oferente inicial – era este que definia, no essencial, o quadro de condições a que a oferta ficava sujeita (que a partir daí só podem ser melhoradas). Apesar da revogação da regra, cabe notar que o sentido de favorecimento não foi eliminado, pois continua a ser o oferente inicial que estabelece os termos de comparação para a contrapartida, para o objeto da oferta e para a condição de sucesso (que a partir daí só podem ser melhorados).

³³ Não é, no entanto, aplicável às chamadas “pressuposições” ou *assumptions* do Oferente. Não é estranho que um anúncio preliminar de OPA elenque as condições a que o lançamento da OPA está sujeito (entre as quais estão por natureza a obtenção do registo prévio da junto da Comissão do Mercado de Valores Mobiliários e a obtenção das autorizações ou não oposições regulatórias que são necessárias à aquisição), as condições a que a oferta fica subordinada, e que se devem verificar até ao seu termo (entre as quais está por natureza a chamada “condição de sucesso”, ou seja, a aquisição de um número de ações que, adicionadas às detidas pelo oferente e por entidades que se encontrem com o oferente em alguma das outras situações previstas no n.º 1 do art. 20.º do Código dos Valores Mobiliários, represente certa percentagem de capital) e as pressuposições em que o oferente fundou a sua decisão de lançar a OPA, sendo que algumas dessas pressuposições dizem respeito ao passado e são

lançamento, por se terem de verificar ou frustrar entre o momento da publicação do anúncio preliminar e o do lançamento, não eram, em rigor, condições de uma oferta concorrente, mas apenas de uma OPA anunciada³⁴.

Defendemos a interpretação restritiva da regra agora revogada, entendendo que a lei estava a tomar como referência apenas as condições voluntárias. Alargar a regra a condições legais – o que parecia caber na letra da lei – significaria, na prática, vedar o acesso de certos agentes à possibilidade de lançamento de uma OPA concorrente³⁵.

A revogação da regra deixa claro que o problema interpretativo desapareceu. Agora, dúvidas não se levantam que condições regulamentárias da oferta concorrente são aceitáveis (desde que permitam satisfazer as regras de calendário do art. 185-A). No entanto, resolvido um problema, cria-se outro. Não sendo feita a comparação condição a condição, resulta que podem ser aceites condições (desde que não as previstas pela alínea c) do n.º 1 do art. 185.º) piores, ou seja, mais exigentes, do que outras condições da oferta inicial, o que pode implicar dificuldades de comparabilidade – por exemplo, como

referidas à qualidade da informação publicada e outras dizem respeito ao futuro e à prática ou não prática de certos atos. Estas “pressuposições” são apenas relevantes, no sistema da OPA, para efeitos de aferição de erro sobre a base do negócio e/ou alteração de circunstâncias, em particular para efeitos do art. 128.º que, como se sabe, integra um regime que é sempre intermediado pela CMVM. Assim, estas “pressuposições” são meras declarações do oferente sobre os termos de formação da vontade negocial e, por natureza, são os que sejam e nunca poderiam ser submetidos a uma regra de melhoria.

³⁴ Em sentido contrário, vd. Miguel Stokes, “Ensaio sobre os Requisitos Substantivos da Oferta Concorrente”, 28-29, referindo – “caso as referidas condições sejam condições de lançamento, de cuja eficácia depende o registo e lançamento da OPA concorrente, e não a eficácia da própria OPA concorrente – que apenas se considera efetivamente lançada com a publicação do anúncio de lançamento, após o registo da oferta – não deverão ser sujeitas à restrição supra referida, por se situarem em momento cronológico que ainda não justifica a aplicação do meio de tutela previsto do artigo 185.º, n.º 5 do Código dos Valores Mobiliários, por não haver ainda concretamente uma OPA concorrente, mas somente uma promessa pública do seu lançamento”. O argumento parece-nos ser estritamente formal, como explicamos no texto.

³⁵ Para desenvolvimentos, vd. Jorge Brito Pereira, “Ofertas Públicas de Aquisição concorrentes”, 26-27.

comprar uma condição de eliminação de uma regra estatutária de *voting caps* com uma condição de não distribuição de dividendos? Claro que, no global, terão de implicar uma oferta mais favorável (apesar de a lei não o dizer agora, regulando apenas a obrigação de melhorar a contrapartida em pelo menos 2%, não ter objeto menor e condição de sucesso mais exigente), já que aceitar o contrário seria negar o sentido funcional da regulação da oferta concorrente, mas ainda assim ficam evidentes as dificuldades da solução.

VII. O sistema é ainda construído por forma a que, na medida do possível, não resulte da concorrência de ofertas uma posição para os destinatários que seja pior do que aquela que tinham antes da OPA concorrente. Cabe afirmar que esse fim não é plenamente alcançado, já que existem casos em que o lançamento da OPA concorrente pode deixar os destinatários da oferta numa situação pior. O caso mais óbvio em que isso pode acontecer é o de ser lançada uma oferta concorrente com uma semelhante condição de sucesso (já que esta condição não pode, como vimos, ser mais exigente) – por exemplo, aceitação por acionistas representando pelo menos 66,66% –, dividindo-se as aceitações entre a oferta inicial e a oferta concorrente. Para que se perceba melhor a hipótese levantada, é importante ter em atenção que o lançamento da oferta concorrente não implica necessariamente a revogação da oferta inicial e que podem existir razões que justifiquem que os acionistas prefiram vender à oferta inicial, com um preço mais baixo, do que à oferta subsequente, com um preço mais alto (pensamos em razões como a existência de compromissos, formais ou informais, que obriguem à venda ao primeiro oferente ou tão-somente razões de diferente natureza, como seja entenderem que o primeiro acionista assegurará um melhor destino à sociedade visada (de que os vendedores, claro, já não farão parte)³⁶. Outros casos em que isto pode acontecer são aqueles, que

³⁶ Para que não se pense que a hipótese levantada – de os acionistas preferirem vender à oferta inicial, mais barata, e não à oferta concorrente, mais cara – é de verificação impossível, diga-se que, na curta história das OPA concorrentes em Portugal, já ocorreu. Em agosto de 2002 foi lançada uma OPA pela SIN – Sociedade de Investimentos e Navegação SGPS, Lda sobre a Orey Antunes. A Triângulo-Mor lançou uma OPA concorrente e a SIN reviu a oferta inicial e subiu o preço (no caso, para € 9,05 por ação). Ainda assim, a oferta con-

referiremos mais tarde, de o oferente inicial rever a sua condição de sucesso e não a contrapartida, assim fazendo com que os destinatários tenham de escolher entre uma oferta com menor condição de sucesso e preço mais baixo (a oferta inicial) e outra com maior condição de sucesso e preço mais alto (a oferta concorrente), causando, no limite, o fracasso de ambas as ofertas.

4. Prazo para lançamento de OPA concorrente

I. Nos termos do n.º 1 do art. 185-A, uma vez concedido o registo a uma oferta pública de aquisição, a OPA concorrente deve ser registada “até ao final do 5.º dia anterior àquele em que termine o prazo da oferta inicial”³⁷. A não ser possível observar esse prazo para o registo da oferta concorrente, dispõe a alínea b) da mesma regra que o seu registo deve ser feito apenas depois do apuramento do resultado da oferta inicial.

Assim, lei não estipula um prazo claro para o momento limite de publicação do anúncio preliminar da oferta concorrente, fixando antes o prazo por referência a dois momentos – o termo do prazo da oferta inicial (na verdade, o 5.º dia anterior) e o momento do registo da oferta concorrente –, o que faz supor que o oferente concorrente terá, até esse momento, ultrapassado os passos que a lei põe no

corrente (no caso, com o preço mais baixo do que a oferta inicial com preço e objeto revisto) teve sucesso e a oferta inicial falhou. Já não é fácil recuperar os documentos dessa oferta, mas veja-se <https://www.cmvm.pt/pt/Comunicados/Comunicados/Pages/20020826.aspx>.

³⁷ O DL n.º 219/2006, de 2 de novembro, que transpôs para o nosso ordenamento a Diretiva das OPA, encurtou o prazo que antes vigorava, passando a dispor-se que “a oferta concorrente deve ser lançada até ao 5.º dia anterior àquele em que termine o prazo da oferta inicial”. Na versão inicial do Cód.VM, e na ausência de regra sobre o tema, era aplicado o n.º 1 do art. 45.º do Regulamento da CMVM n.º 10/2000 que dispunha dever a oferta concorrente ser lançada até ao dia anterior àquele em que terminasse o prazo da oferta inicial. O encurtamento do prazo não era resultado da transposição da Diretiva e não era explicado pelo DL n.º 219/2006. Sobre o tema, com referências até ao anterior Código do Mercado de Valores Mobiliários, vd. Manuel Requixa Ferreira, “A OPA Concorrente”, 19-20. A regra foi agora de novo alterada na revisão de dezembro de 2022, muito embora se trate de alteração pouco material, passando a referir-se ao momento do registo da oferta, e não ao seu lançamento.

seu caminho, em particular a publicação do anúncio preliminar, a entrega de pedido de registo, a verificação das condições de que dependa o lançamento da OPA e o registo da OPA concorrente.

Na economia de prazos do processo regulado pelo Código, a solução parece permitir antecipar com alguma segurança a data-limite para que o oferente concorrente possa iniciar o processo. Senão veja-se: publicado o anúncio preliminar, o oferente tem, nos termos do n.º 2 do art. 175.º, 20 dias para requerer o registo da oferta (60 dias, em caso de OPT); no prazo de 8 dias a contar da receção dos projetos de documentos da oferta a sociedade visada tem, nos termos do n.º 1 do art. 181.º, 8 dias para publicar o seu relatório sobre a oferta; nos termos da alínea a) do n.º 1 do art. 118.º, o registo da oferta (ou a sua recusa) deve ser comunicado no prazo de 8 dias; registada a oferta, a mesma será lançada, tendo, nos termos do n.º 1 do art. 183.º, um prazo que pode variar entre 2 e 10 semanas; nos termos do n.º 5 do art. 185-A, quando o anúncio preliminar da oferta concorrente seja publicado após o registo da oferta inicial ou de ofertas concorrentes anteriores, são reduzidos para oito dias e quatro dias, respetivamente, os prazos fixados na alínea b) do n.º 2 do artigo 175.º e no n.º 1 do artigo 181.º. O oferente, com esta informação, e sabendo ainda, nos termos da alínea a) do n.º 2 do art. 185-A, que o último dia do prazo das ofertas deve ser coincidente, pode aparentemente antecipar qual a data-limite para iniciar um processo concorrente.

Sucedem que o encadeamento temporal que descrevemos nunca, ou quase nunca, se concretiza, já que, estando o lançamento da OPA habitualmente dependente da prévia verificação de condições de lançamento, nomeadamente de condições regulatórias, o processo fica suspenso após o cumprimento do prazo de 20 dias do n.º 2 do art. 175.º e do prazo de 8 dias do n.º 1 do art. 181.º. Fica suspenso, entenda-se, até que as condições se verifiquem ou sejam entendidas como recusadas, o que pode significar, na prática, períodos muito alargados que, com facilidade, se podem aproximar dos 12 meses³⁸.

³⁸ Um exemplo é o da OPA da Sonae sobre a PT e a PTM. A Sonae publicou o anúncio preliminar das ofertas no dia 6 de fevereiro de 2006, assim abrindo um prazo de dez dias, que se esgotou no dia 16 de fevereiro, para notificar o projeto de aquisição à Autoridade de Concorrência (AdC). A partir da notificação, a AdC abriu um prazo de 30 dias úteis para

Pior: períodos que são muito alargados e em que a suspensão será levantada com atos – autorizações ou não oposições, em particular – que ninguém sabe quando serão praticados, ou seja, em processos pouco controlados pelo oferente, o que deixa qualquer oferente, sobretudo quando também ele condicione a sua oferta às mesmas condições, numa posição de enorme fragilidade.

O que acaba de se escrever, e que descreve a enorme imprevisibilidade sobre o calendário da oferta inicial sujeita a condições regulatórias, agrava-se de forma significativa quando a oferta concorrente está, também ela, sujeita às mesmas, ou a outras, condições regulatórias, o que se pode admitir ser bastante normal.

A revisão de 2021 procurou limitar este período de suspensão, mas fê-lo em termos tais que dão ainda uma enorme margem de

aprovar, reprovar ou passar o processo a investigação aprofundada, o que ocorreu, fazendo com que o prazo de 90 dias úteis de análise da OPA pela AdC, em regime de investigação aprofundada, terminasse a 23 de junho. Sucede que o prazo se interrompe de cada vez que a AdC pede documentos ou informações e até que os receba. Isto fez com que a AdC só se pronunciasse nos últimos dias de dezembro de 2006, mais de dez meses depois do anúncio preliminar. A retoma do processo implicou a atualização dos documentos iniciais. Outro exemplo é o da OPA da China Three Gorges sobre a EDP Renováveis e a EDR Renováveis que, anunciada ao mercado no dia 11 de maio de 2018, e sujeita a uma lista de mais de 15 condições regulatórias, veio a cessar no dia 24 de abril de 2019, quando os acionistas da EDP não aceitaram uma alteração de estatutos que era condição da oferta, num momento em que a generalidade das condições regulatórias ainda estava por cumprir. Esta OPA teve uma particularidade de relevo, já que a CMVM, antes da assembleia, publicou um Esclarecimento em que dava conta que se os acionistas não aprovassem a proposta de alteração estatutária se consideraria que não estava verificada uma das condições para o lançamento e registo da oferta, o que, exceto no caso de o oferente exercer a faculdade de renúncia à referida condição, levaria à extinção da OPA; e – este é o ponto mais importante – que se os acionistas aprovassem a alteração estatutária, a CMVM notificaria o oferente, estabelecendo um prazo de 45 dias de calendário, dentro do qual se deveriam verificar as restantes condições de que depende o registo e lançamento das ofertas, nomeadamente a obtenção de todas as aprovações ou autorizações administrativas exigíveis, bem como a aprovação da restante alteração estatutária relevante. Que tenhamos conhecimento, foi a primeira vez que a CMVM entendeu fixar um prazo para verificação das condições regulatórias, durante o período de suspensão do processo, ao que não será alheio o facto de, nessa altura, já terem decorrido 11 meses após a divulgação dos anúncios preliminares sem que se vislumbrasse a data previsível para o termo do processo. Vd. <https://www.cmvm.pt/pt/Comunicados/Comunicados/Pages/20190412a.aspx>.

variação (e, na verdade, não vemos como poderia ser de maneira diferente, pois o óbice está na enorme extensão de prazos que esses processos autorizativo podem implicar, e não tanto na regra de regulação das ofertas públicas). O n.º 5 do art. 118.º veio dispor que “quando o oferente imponha condições para o lançamento de oferta pública de aquisição é aplicável o disposto no artigo 364.º-A, com as seguintes especificidades: a) O procedimento de registo extingue-se três meses após submissão do requerimento de registo da oferta previsto na alínea b) do n.º 2 do artigo 175.º, exceto se, em circunstâncias devidamente justificadas pelo interesse legítimo do oferente, e considerando o funcionamento regular do mercado, os interesses da sociedade visada e dos investidores, a CMVM prorogue aquele prazo, por uma ou mais vezes; b) O procedimento de registo extingue-se assim que uma condição de lançamento se der por não verificada; c) A extinção do procedimento prevista na alínea anterior é imediatamente divulgada ao público pela CMVM”.

Isto quando se sabe que a CMVM apenas registará a oferta concorrente quando as condições de lançamento estiverem verificadas, em particular as de natureza regulatória ou, sendo o caso, e sendo possível, a elas o oferente tiver renunciado, o que deixa evidente existirem cenários em que o oferente concorrente poderá ser, na prática, impossibilitado de sequer iniciar o processo. Pense-se no caso flagrante de o oferente inicial não estar sujeito a autorizações de natureza concorrencial e de o oferente concorrente estar sujeito a essas autorizações; ou, no caso menos flagrante, e porventura mais relevante na prática, de estarem ambos os oferentes sujeitos às mesmas autorizações regulatórias, mas o oferente inicial já ter feito uma boa parte do percurso processual quando é anunciada a oferta concorrente, sendo por isso razoável esperar que o regulador emita uma decisão próxima sobre a oferta inicial³⁹.

³⁹ Com muitas críticas à solução legal, algumas partilhadas no texto, e com vários exemplos de direito comparado, vd. Manuel Requiça Ferreira, “A OPA Concorrente”, 22-26. Não há qualquer dúvida que a CMVM – por função e porque, em regra, estará dessa forma a melhor proteger os interesses dos destinatários da oferta – procurará sempre, na medida do possível, compatibilizar os calendários para que a oferta concorrente seja viável. No entanto, e apesar disso, não temos qualquer dúvida que não há compatibilização que seja possível

II. No regime anterior à revisão de dezembro de 2021, resultava das regras dos n.ºs 2 e 4 do art. 185-A, que era proibida a publicação de anúncio preliminar em momento que já não permitisse o lançamento da oferta concorrente até ao 5.º dia anterior àquele em que termine o prazo da oferta inicial, e que o pedido de registo de oferta concorrente devia ser indeferido se a CMVM concluísse, em função da data da apresentação do pedido de registo da oferta e do exame deste último, pela impossibilidade de decisão em tempo que permita o lançamento tempestivo da oferta.

As duas regras visavam evitar a enorme perturbação no mercado que é inevitavelmente provocada por uma intenção não concretizada, mas conhecida, de lançamento de oferta concorrente – sabendo-se que a oferta concorrente, a concretizar-se, ofereceria um acréscimo de preço de, pelo menos, 2%, haveria uma irresistível tentação dos destinatários da oferta para não aceitarem a oferta inicial. Por isso, o sistema queria prevenir que surgisse um anúncio preliminar de uma oferta concorrente que não tivesse condições de vir a ser atempadamente lançada e, decorrendo essa inviabilidade de eventos constatados após o pedido de registo, o sistema quer retirar a intenção de oferta concorrente tão prontamente quanto possível.

Estas regras, sendo justificadas, tinham o óbvio inconveniente de retirar alternativas aos destinatários da oferta. Implicavam, por outro lado, uma dinâmica de prazos que podia estar fora das mãos do oferente – proibir a publicação do anúncio preliminar de uma oferta concorrente em momento que não permita fazer o respetivo lançamento até ao quinto dia anterior àquele em que termine a oferta inicial, parece assumir que o oferente concorrente tem controlo sobre esses prazos, o que, como já verificámos, não ocorre na maioria dos casos.

Estas regras foram alteradas na revisão de 2021. Primeiro, deixou de se proibir a publicação de anúncio preliminar em momento

em vários casos. Este sistema provoca ainda outra externalidade – ao obrigar o oferente concorrente a viver com tanta imprevisibilidade, este será dissuadido de avançar com a OPA concorrente pois, por um lado, não quererá avançar cedo demais e, por outro, não quererá arriscar os riscos reputacionais de uma não aceitação da oferta por parte da CMVM.

que já não permitisse o lançamento da oferta concorrente até ao 5.º dia anterior àquele em que termine o prazo da oferta inicial, e passou apenas a proibir-se, nos termos do n.º 4 do art. 185.º, a publicação “de anúncio preliminar de oferta pública voluntária de aquisição de valores mobiliários da mesma categoria de oferta pública de aquisição registada depois do final do quinto dia útil anterior ao termo do prazo desta oferta”. Segundo, deixou de se dispor que o pedido de registo de oferta concorrente devia ser indeferido se a CMVM concluísse pela impossibilidade de decisão em tempo que permitisse o lançamento tempestivo da oferta, e passou a dispor-se que a oferta concorrente (não abrangida pelo n.º 4 do art. 185-A) que não possa ser registada atempadamente deve ser registada após o apuramento dos resultados da oferta inicial. Mais se dispôs, para que os destinatários das ofertas possam tomar a sua decisão de aceitação ou não aceitação da primeira oferta que, neste caso, o oferente deve, até ao quinto dia útil anterior ao termo do prazo da oferta inicial, informar o mercado sobre: os termos definitivos da sua oferta e sobre o estado do processo de verificação dos factos de que depende o seu lançamento, bem como estimativa quanto à sua obtenção.

5. A posição jurídica do oferente anterior; em particular sobre as revisões

I. O anúncio de uma oferta concorrente revela uma das mais marcantes vicissitudes que podem ocorrer no processo de uma OPA, deixando transparecer uma disputa pública pelo controlo da sociedade visada que, normalmente, se desdobra em múltiplos capítulos subsequentes. Percebe-se por isso que tenha efeitos jurídicos relevantes, seja sobre a posição do oferente anterior, seja, a um nível diferente, sobre os destinatários da oferta que já tenham emitido a respetiva ordem de venda.

II. O anúncio de uma oferta concorrente implica uma oferta mais favorável para os acionistas que, pelo menos, verão a contrapartida oferecida ser aumentada em 2%. Por isso, dispõe a alínea b) do n.º 2 do art. 185-A que o registo de uma oferta concorrente permite a

revogação das aceitações que tenham sido emitidas até ao último dia do prazo das ofertas. Sabe-se que a prática revela que as aceitações da OPA surgem sempre nos últimos dois ou três dias do prazo da oferta, o que permite aos destinatários já darem a sua ordem de aceitação com pleno conhecimento do panorama de alternativas disponíveis. Para esse caso e, sobretudo, para aqueles outros em que as ordens já tenham sido dadas em momento anterior, a lei estabelece um regime de revogação que, na verdade, mais se aproxima de um verdadeiro “direito ao arrependimento” justificado pela complexidade emergente da concorrência de ofertas, já que ao estender o prazo até ao último dia do período de aceitações a lei admite que uma ordem dada já com pleno conhecimento da oferta seja concorrente seja, ainda assim, revogada. Por outro lado, nos termos da alínea c) da mesma regra, implica também que “os destinatários que tenham aceitado a oferta que não reúne condições para a respetiva liquidação podem, nos dois dias úteis seguintes ao apuramento de resultados, declarar a sua aceitação em relação a uma oferta que tenha reunido condições para o efeito”.

De forma algo paradoxal, a lei veio apenas estabelecer o direito de revogação das aceitações para o caso de a oferta concorrente ter sido registada até ao termo do prazo da oferta inicial (alínea a) do n.º 1 do art. 185-A), nada dispondo sobre a emergência desse direito no caso de a oferta concorrente ser registada depois do apuramento do resultado da oferta inicial (alínea b) do n.º 1 do art. 185-A), o que faz com que se aplique, neste caso, a regra geral do n.º 2 do art. 126.º, segundo a qual “a aceitação pode ser revogada através de comunicação ao intermediário financeiro que a recebeu até cinco dias antes de findar o prazo da oferta ou em prazo inferior constante dos documentos da oferta”. Cremos que se trata de um evidente lapso, pois também neste caso se justifica permitir ao destinatário da oferta reponderar a aceitação que tenha emitido.

III. A emergência de uma oferta concorrente perturba fortemente o projeto aquisitivo do oferente inicial que, subitamente, passa a contar com um rival no projeto aquisitivo, que se dispõe a oferecer melhores condições de aquisição aos destinatários. Ao oferente inicial abrem-se assim três alternativas de reação – o oferente

inicial pode nada fazer, mantendo a oferta inalterada; pode retirar a oferta, passando a OPA concorrente a ser a única oferta vigente; pode rever – melhorando – as condições da sua oferta, seja no que respeita à contrapartida oferecida, seja no que respeita a outros termos ou condições da oferta inicial, subindo a parada na disputa pelo controlo da sociedade visada. Analisaremos sucessivamente cada uma das alternativas de reação.

IV. A manutenção da oferta nos precisos termos que já haviam sido anunciados antes do conhecimento da oferta concorrente – o que pode ser feito por declaração expressa do oferente inicial ou pelo mero decurso do prazo previsto na alínea b) do n.º 1 do art. 185-B sem que tenha feito saber a sua intenção de rever a oferta⁴⁰ – será a estratégia mais excecional, apenas sendo justificável por especificidades do caso concreto.

Sabendo que a oferta concorrente importa condições mais favoráveis para os seus destinatários – desde logo no que respeita à contrapartida oferecida –, não será, em normalidade, racional esperar que os acionistas optem, entre duas alternativas, pela que é menos favorável. Por outro lado, do ponto de vista do oferente inicial, não podemos esquecer que a manutenção da oferta – independentemente do ponto em que ela esteja – tem custos relevantes⁴¹.

⁴⁰ Até à revisão de 2021, o n.º 2 do art. 185-B dispunha expressamente que oferente podia rever a sua oferta por publicação de anúncio nesse sentido, “considerando-se para todos os efeitos, na falta dessa publicação, que mantém os termos da sua oferta”. Com a revisão de 2021 essa menção foi eliminada, mas a solução é inequivocamente a mesma – não sendo a oferta revogada nos termos da alínea a), e não sendo revista nos termos da alínea b), a proposta manter-se-á nos mesmos termos.

⁴¹ Se a oferta inicial ainda não tiver sido registada quando seja anunciada a oferta concorrente, a diferença de custos será mais significativa – além dos custos de registo, dos custos de intermediação financeira e dos custos de assessoria, é no momento do registo que, nos termos do art. 179.º, o oferente é obrigado a depositar a contrapartida da oferta em dinheiro ou entregar a garantia bancária que caucione o pagamento da contrapartida da oferta. Se a oferta já tiver sido registada, a diferença de custos será menos relevante, mas, ainda assim, poderá ter alguma materialidade – desde logo porque, em normais circunstâncias, permite cancelar a garantia bancária prestada (ou fazer cessar o depósito). Além dos custos diretos, da natureza dos referidos, a manutenção da oferta pode ter custos de outra natureza, nomeadamente reputacionais – a concorrência de ofertas é sempre uma disputa pública

Apenas não será assim se, por força de vínculos obrigacionais, ou outros, o oferente inicial estiver obrigado a manter a oferta ou, diferentemente, puder razoavelmente assumir que, apesar de a sua oferta ter condições menos favoráveis do que a oferta concorrente, vai ter sucesso – é o caso de ter celebrado um contrato-promessa de compra e venda de ações que suponha a venda das ações na oferta, ou de acreditar que por alguma razão os vendedores, apesar de saírem da estrutura acionista (e nessa medida de se desinteressarem da sociedade), preferirão a sua oferta à de um terceiro (pense-se no caso de uma empresa familiar em que concorrem pela aquisição um membro da família e um fundo que tem a assumida intenção de desmembrar a sociedade).

V. Segunda reação possível do oferente inicial é a retirada da oferta, a qual, legalmente, nos termos do n.º 1 do art. 185-B, é sempre possível. Como referimos no ponto anterior, não existindo intenção de melhorar as condições da oferta inicial, a retirada da oferta será o comportamento racional para o oferente, reduzindo os custos, de diferente natureza, suscitados pelo processo. Por isso, dispõe a alínea a) do n.º 1 do art. 185-B que o lançamento de oferta concorrente constitui fundamento para a revogação de qualquer das demais ofertas anunciadas, o que, nos termos da mesma regra, deve ser comunicado por publicação até ao final do quinto dia útil anterior ao termo do prazo da oferta anteriormente registada⁴².

sobre o controlo da sociedade visada e, sendo certo que um dos concorrentes vai perder a disputa, é normalmente melhor, para esse, não querendo verdadeiramente melhorar as condições da oferta e manter o leilão, sair do processo até ao momento da sessão especial de bolsa, e não se manter sob os holofotes da atenção pública.

⁴² Antes da revisão do Código, a versão agora alterada do n.º 4 do art. 185-B dispunha que “o lançamento de oferta concorrente constitui fundamento de revogação de ofertas voluntárias nos termos do artigo 128.º” A remissão para o art. 128.º, na nova versão, desapareceu. Esteve bem o legislador, parecendo-nos que se tratava de uma remissão desastrada. Primeiro, porque, não fora esta remissão, muito dificilmente se entenderia que o anúncio de uma oferta concorrente se qualificaria como uma alteração imprevisível e substancial das circunstâncias que, de modo cognoscível pelos destinatários, hajam fundado a decisão de lançamento da oferta inicial, excedendo os riscos inerentes a esta. Segundo, porque a remissão para o art. 128.º implicava uma atuação da CMVM constitutiva, e não apenas

VI. Terceira reação possível do oferente inicial é a de alterar os termos da oferta inicial, melhorando-a. Esta alteração dos termos da oferta pode tomar uma de duas formas.

A primeira é, obviamente, a revisão da contrapartida oferecida. Sabe-se que, nos termos do n.º 5 do art. 185.º, o oferente concorrente, como condição para ver a sua oferta ser aceite, teve de aumentar a contrapartida em pelo menos 2% do valor. Por isso, sendo a contrapartida um óbvio *driver* da decisão dos acionistas, a revisão da contrapartida pelo oferente inicial será a forma mais normal de atuação para que a sua oferta recupere viabilidade.

A revisão da oferta pelo oferente inicial por ocorrência de uma oferta concorrente é, para todos os efeitos, uma revisão da oferta, sujeita ao respetivo regime, a que se aplicam, no entanto, algumas especialidades. Isso significa que está sujeita ao disposto no arts. 128-A e 129.º, de onde decorre que a revisão não poderá fazer com que a proposta se “torne globalmente menos favorável para os respetivos destinatários”, sendo ainda aplicado a essa revisão o disposto no art. 129.º – primeiro, a revisão constitui fundamento de prorrogação do respetivo prazo, decidida pela CMVM por sua iniciativa ou a requerimento do oferente; segundo, as declarações de aceitação da oferta anteriores à modificação consideram-se eficazes para a oferta modificada; terceiro, a modificação deve ser divulgada imediatamente, através de meios iguais aos utilizados para a divulgação do prospeto ou, no caso de este não ser exigível, de meio de divulgação fixado pela CMVM, através de regulamento. Este regime geral tem, no entanto, duas especialidades – nos termos da alínea b) do n.º 1 do art. 185-B, caso seja anunciada uma oferta concorrente, o oferente inicial pode sempre rever a sua contrapartida, desde que publique a sua decisão até ao final do segundo dia útil anterior ao termo da oferta; nos termos do n.º 2 do mesmo artigo, a CMVM pode mesmo, “caso o interesse dos investidores o justifique (...), mediante pedido fundamentado de qualquer dos oferentes, prorrogar o prazo das ofertas para permitir a revisão da contrapartida”.

declarativa. O problema está ultrapassado. Para desenvolvimentos, Jorge Brito Pereira, “Ofertas Públicas de Aquisição concorrentes”, 34.

Claro que – e este é um ponto importante – o art. 128-A, como ocorria antes com o agora revogado art. 184.º, é apenas aplicável após o registo da oferta. Sabe-se que, em sede geral, ou seja, sem que esteja em causa a vicissitude da oferta concorrente, se aplica às revisões da oferta introduzidas entre o anúncio preliminar e o registo o disposto no n.º 2 do art. 175.º, de onde resulta que a publicação do anúncio preliminar obriga o oferente a “lançar a oferta em termos não menos favoráveis para os destinatários do que as constantes desse anúncio”, assim permitindo que as condições da oferta anunciada, mas ainda não registada, sejam revistas as vezes que o oferente quiser (sendo no entanto necessário que toda e qualquer revisão seja mais favorável aos destinatários). Não há razão para que a mesma regra não seja aplicável à revisão da oferta inicial quando a oferta concorrente seja anunciada antes do registo, de onde resulta que, até esse momento, o oferente inicial (e o concorrente) tem uma ampla liberdade na revisão da contrapartida.

A revisão da contrapartida pelo oferente inicial pode levar o concorrente a rever também a sua contrapartida. Inexiste no nosso sistema qualquer regra que atribua ao oferente inicial, ou ao oferente concorrente, a última palavra (a chamada *best and final offer*) no que à revisão da contrapartida respeita que, assim, viverá da dinâmica de dois sistemas de regras diferentes – antes do registo da oferta, como referido, quer oferente inicial quer o oferente concorrente poderão rever a contrapartida as vezes que entendam; depois do registo das ofertas, apenas poderão rever a contrapartida nos termos do art. 185-B, ou seja, até ao final do segundo dia útil anterior ao termo da oferta. (sabendo que nos termos da alínea a) do n.º 2 do art. 185-A “o último dia do prazo das ofertas deve ser coincidente, devendo cada uma delas respeitar o prazo mínimo previsto no n.º 1 do artigo 183.”⁴³ e que, nos termos do n.º 2 do art. 185-A, a CMVM pode prorrogar o prazo das ofertas para permitir a revisão da con-

⁴³ Foi recentemente alterada a regra brasileira da ICVM 361, na sequência da OPA concorrente sobre a Eletropaulo. Isto porque no regime anterior os concorrentes não podiam rever o preço de sua oferta durante o leilão e, portanto, estavam limitados ao preço anunciado. Pior: um terceiro interessado poderia apresentar um lance durante o leilão. Este foi um problema relevante durante essa OPA e levou a CVM a decidir em maio de 2018 que

trapartida; o prazo das ofertas deve ser coincidente). Por isso, pode teoricamente ocorrer que oferente inicial e oferente concorrente guardem a sua última cartada para esse momento que, para ambos, marcará o limite do prazo para que a revisão seja aceite⁴⁴.

VII. Pode ainda acontecer que o oferente inicial pretenda rever a sua oferta inicial em pontos diferentes da contrapartida – por exemplo, no levantamento de condições a que o lançamento da oferta ou a própria oferta estejam sujeitos ou na subida da condição de sucesso da OPA. São vários os problemas que esta revisão provoca.

Como acabamos de referir, caso a revisão ocorra entre o momento da publicação do anúncio preliminar e o registo da oferta inicial, não há qualquer dúvida que o oferente está habilitado a rever as condições da oferta inicial desde que, repete-se, o faça

caso um terceiro fizesse sua oferta durante o leilão os concorrentes estariam autorizados a aumentar seus preços (contrariamente ao que dispunha o § 7.º do art. 12 da ICVM 361).

⁴⁴ Ao contrário do que poderia parecer numa primeira aproximação, nem um sistema de leilão puro, em que cada oferente pode, sem limite de lances, subir o preço face a uma revisão do outro oferente, nem um sistema como o descrito, que na prática faz com que os dois oferentes possam deixar a sua *final and best offer* para o limite do prazo (e limite da hora), assim fazendo com que nenhum dos oferentes conheça a proposta do outro quando a sua é formulada, fazem com que o preço suba mais que aquele em que o oferente concorrente tem apenas uma formulação de contrapartida e o oferente inicial tem a última palavra. Cada caso é um caso e, se é certo que o modelo de concorrência pode ter um efeito no preço, não é menos certo que inexistente um modelo que, em todos os casos, tenha o mesmo efeito. Isto pela razão óbvia que os primeiros sistemas fazem com que os oferentes cresçam a contrapartida de forma mais limitada, sobretudo nos lances iniciais, sempre esperando que o outro oferente desista, quando o último sistema obriga o oferente concorrente, porque apenas tem um lance, a apresentar a sua proposta máxima. Um bom exemplo dos efeitos diferentes é, em todo o caso, o risco de *overbidding*, ou seja, de um dos concorrentes fazer um lance muito maior que o outro (aquilo a que se chama *winner's curse*) – este último sistema, por permitir apenas um lance (ou dois, no caso do oferente inicial) tem maior risco de *overbidding*, o sistema de último lance simultâneo tem menor risco e o sistema de leilão sucessivo incremental tem ainda menos risco. Existe muita literatura sobre o tema. Vd., em particular sobre as ofertas concorrentes, Christophe Clerc, Fabrice Demarigny et al., “A Legal and Economic Assessment of European Takeover Regulation”, 161-163. Sobre os casos de pagamento excessivo, vd. Nikhil P Varaiya e Kenneth R Ferris, “Overpaying in Corporate Takeovers: The Winner’s Curse”, *Financial Analysts Journal* 43, no. 3 (1987).

em termos não menos favoráveis para os destinatários do que os constantes do anúncio preliminar (ou nas revisões anteriores). Assim, da mesma forma que, independentemente do anúncio de uma oferta concorrente, o oferente podia até ao registo renunciar livremente a condições da oferta (pensamos em condições de lançamento e em condições da oferta em sentido próprio), não se vê razões para que não o possa fazer perante a emergência de uma oferta concorrente.

Este tipo de revisões pode, no entanto, causar problemas de comparabilidade. Admita-se que a oferta inicial é lançada com uma condição segundo a qual a oferta depende da aquisição de um número de ações que, adicionadas às detidas pelo oferente e por entidades que se encontrem com este em alguma das situações previstas no n.º 1 do art. 20.º do Cód.VM, representem, pelo menos, 66,66% do capital da visada. Esta cláusula impõe-se ao oferente concorrente que, no que respeita a este tema, terá de igualar a condição de sucesso do oferente inicial (ou, sendo o caso, melhorá-la ou, pura e simplesmente, não a aplicar). Admitamos, assim, que o oferente concorrente sobe a contrapartida em 2% e apõe idêntica condição de sucesso (já que não pode piorar essa condição). Admitamos, por fim, que o oferente inicial, perante o anúncio da oferta concorrente, entende não rever a sua contrapartida, mas rever a condição de sucesso para 50,01%, ou seja, para uma percentagem mais favorável aos destinatários, ou até suprimir a condição que tinha apostado.

No caso apontado, sabe-se que o oferente concorrente teria de igualar a cláusula de 50,01% (ou viver sem essa cláusula) se o oferente inicial tivesse estabelecido tal regra inicialmente. Tendo-o feito após o anúncio da oferta concorrente, não se pode impor ao oferente concorrente que iguale essa condição. Daqui resulta então que, se nenhum dos oferentes revir a sua oferta, os acionistas terão de escolher entre uma oferta com pior contrapartida e uma condição de sucesso mais baixa, e uma oferta com melhor contrapartida e uma condição de sucesso mais alta.

No caso de a revisão de condições da oferta ocorrer após o registo, levantam-se problemas de diferente natureza. Antes da revisão do Código, decorria da regra do art. 184.º, que (...) o oferente podia rever

a contrapartida quanto à sua natureza e montante, que a oferta revista não podia conter condições que a tornem menos favorável e que a sua contrapartida devia ser superior em, pelo menos, 2%. Daqui resultava uma dúvida interpretativa que é discutida entre nós há muito – significava a regra que, após o registo, as condições da oferta, que não a contrapartida, podiam ser revistas; que as condições, que não a contrapartida, não podiam ser revistas (ainda que em termos mais favoráveis para os destinatários); ou que as condições podiam ser revistas desde que em termos não menos favoráveis para os destinatários se a contrapartida for aumentada?⁴⁵ O problema está hoje ultrapassado. A oferta pode ser revista, nos termos do art. 128-A, em qualquer dos seus “termos e condições”, desde que essa revisão não torne a oferta “globalmente menos favorável para os respetivos destinatários”⁴⁶.

Daqui resulta então que, após o registo, uma revisão das condições da oferta não tem de implicar uma revisão da contrapartida, o que pode provocar efetivos problemas de comparabilidade das ofertas.

De notar, por fim, que apesar da atual abertura do Código a revisões de termos e condições diferentes da contrapartida, continua a ser dado um regime mais favorável a revisões da contrapartida, uma vez que, nos termos do n.º 2 do art. 185-B, a possibilidade de prorrogação do prazo das ofertas apenas pode ser justificada por uma revisão da contrapartida, e não por revisão de outras condições.

⁴⁵ O problema está hoje ultrapassado. A nossa opinião face à regra anterior era que o princípio de estabilidade da oferta convivia mal com uma ideia de livre revisão das condições da oferta (ainda que em termos mais favoráveis para os destinatários) após o registo. Entendíamos por isso que a oferta ficava estável após o registo; a revisão da contrapartida permitia perturbar essa estabilidade; revista a contrapartida, as condições não podiam tornar a oferta menos favorável, mas nada obstava a que a tornem mais favorável. Jorge Brito Pereira, “Ofertas Públicas de Aquisição concorrentes”, 37-38.

⁴⁶ Afirma a CMVM no seu Parecer sobre a Proposta de Lei n.º 94/XIV/2.^a (GOV): “é alterado o regime de revisão das ofertas públicas, tendente a conferir mais clareza e flexibilidade, de acordo com o qual o oferente pode rever os termos e condições da oferta, os quais não terão de se circunscrever apenas à modificação da contrapartida, desde que a oferta em termos globais não se torne menos favorável para os respetivos destinatários”.

6. A posição jurídica da administração – *white knights*, *break-up fees* e outros

I. Dispõe o n.º 1 do art. 182.º que, a partir do momento em que tome conhecimento da decisão de lançamento de OPA que incida sobre mais de um terço dos valores mobiliários da respetiva categoria, o órgão de administração da sociedade visada não pode praticar atos suscetíveis de alterar de modo relevante a situação patrimonial da sociedade visada que não se reconduzam à gestão normal da sociedade e que possam afetar de modo significativo os objetivos anunciados pelo oferente. Nos termos do n.º 3 excetuam-se à regra de limitação de poderes da administração (i) os atos que resultem do cumprimento de obrigações assumidas antes do conhecimento do lançamento da oferta, (ii) os atos autorizados por força de assembleia geral convocada exclusivamente para o efeito durante o período da oferta e (iii) os atos destinados à procura de oferentes concorrentes⁴⁷.

⁴⁷ É sabido que esta regra foi o último, ou um dos últimos, pontos a ser fechado na Diretiva das OPA, tendo a acabado por ficar sujeita a um *opt-out* nos termos do art. 12.º (sobre o *The Portuguese Compromise*, vd. Christophe Clerc, Fabrice Demarigny et al., “A Legal and Economic Assessment of European Takeover Regulation”, 1). O mero confronto do art. 182.º com o art. 9.º da Diretiva mostra, para além disso, uma enorme diferença na forma (não tanto no conteúdo final) como os diplomas encaram o tema, já que o art. 182.º consagrava a regra de limitação da administração, dispondo depois que são excecionados os atos autorizados pelos acionistas (em assembleia geral convocada exclusivamente para o efeito durante o período da oferta), quando o art. 9.º dispõe que “o órgão de administração da sociedade visada é obrigado a obter a autorização prévia da assembleia-geral de acionistas para o efeito antes de empreender qualquer ação suscetível de conduzir à frustração da oferta, excetuando a procura de outras ofertas e, nomeadamente, antes de proceder a qualquer emissão de valores mobiliários suscetível de impedir de forma duradoura que o oferente assumo o controlo da sociedade visada”. O art. 9.º da Diretiva é claramente inspirado no *City code on takeover and mergers* que, na sua atual *Rule 21.1*, sob a epígrafe “When shareholders’ consent is required” dispõe que *during the course of an offer, or even before the date of the offer if the board of the offeree company has reason to believe that a bona fide offer might be imminent, the board must not, without the approval of the shareholders in general meeting, take any action which may result in any offer or bona fide possible offer being frustrated or in shareholders being denied the opportunity to decide on its merits (...)*. Esta regra já teve várias versões e, após a sua introdução em 1968, é considerada uma das pedras essenciais desta

O sentido final do art. 182.º é, cremos, claro (a forma, cumulativa ou alternativa, como os pressupostos da regra funcionam é bastante mais complexa), e passa por preservar na esfera dos acionistas a decisão sobre o mérito da oferta, ou seja, não permitir que a administração, atuando muitas vezes em conflito de interesses por antever que será substituída se a oferta tiver sucesso, possa, pelos seus atos, destruir uma oferta que, sendo dirigida aos acionistas da sociedade, deve, no fim do dia, ter o seu destino decidido por estes. E é também por isso que os atos autorizados por assembleia-geral convocada nos termos legais são excluídos da regra de limitação – porque, nesse caso, são os acionistas a autorizar a prática dos atos que, no limite, podem levar o oferente a modificar ou retirar a oferta⁴⁸.

Se este sentido geral é facilmente apreensível, a questão que ululantemente se coloca é o que fazem aqui “os atos destinados à procura de oferentes concorrentes” – ou, de outro modo, que atos são estes que podem ser praticados pela administração a partir do momento em que tome conhecimento da decisão de lançamento de OPA e que são, na letra da lei, uma exceção à proibição de praticar atos suscetíveis de alterar de modo relevante a situação patrimonial da sociedade visada que não se reconduzam à gestão normal da sociedade e que possam afetar de modo significativo os objetivos anunciados pelo oferente?

II. Parece-nos claro que a regra do n.º 1 do art. 182.º do Cód.VM, tal como a do art. 9.º da Diretiva, está mal formulada, porque em nenhuma circunstância se pode considerar que “os atos destinados à procura de oferentes concorrentes” representam uma exceção à proibição genérica de praticar atos suscetíveis de alterar de modo relevante a situação patrimonial da sociedade visada que não se reconduzam à gestão normal da sociedade e que possam afetar de

regulamentação. Vd. Andrew Johnston, “Takeover Regulation: Historical and Theoretical Perspectives on the City Code”, *Cambridge LJ* 66 (2007), 422-423.

⁴⁸ Vd. Jorge Brito Pereira, “A Limitação dos Poderes da Sociedade Visada durante o Processo da OPA”.

modo significativo os objetivos anunciados pelo oferente⁴⁹. Dito de outra forma, entendemos que se a regra da alínea c) do n.º 3 do art. 182.º não existisse, ainda assim a administração da sociedade poderia, caso entendesse ser essa a melhor forma de servir o interesse social⁵⁰, praticar os atos destinados à procura de oferentes concorrentes e, por essa via, à maximização do preço. Não há razão para entender de forma diferente e nem sequer o argumento segundo o qual a procura da oferta concorrente pode servir sobretudo para causar a frustração da OPA inicial é, cremos, relevante – pois se a frustração da oferta inicial ocorrer à custa do estabelecimento de melhores condições para os acionistas que queiram alienar a sua participação (e ainda para mais sendo causado um cenário que a

⁴⁹ Melhor estão regimes como o alemão que começam por prevenir a administração (e fiscalização) de praticar atos que possam impedir o sucesso da oferta (*“dürfen Vorstand und Aufsichtsrat der Zielgesellschaft keine Handlungen vornehmen, durch die der Erfolg des Angebots verhindert werden könnte”*), sem referência a outros critérios, para depois excluir os atos de procura de oferentes concorrentes. Vd. § 33b do WpÜG. Não é que uma formulação deste tipo deixe claro o que significa a procura de oferentes concorrentes, mas pelo menos tem o significado de deixar claro que não existe uma obrigação de princípio de preservação da oferta inicial.

⁵⁰ A permissão de “procurar” oferentes concorrentes não se confunde com uma obrigação fiduciária de “procurar” oferentes concorrentes. Não haja dúvida que, do ponto de vista dos acionistas que pretendam alienar as suas ações, a emergência de um oferente concorrente – sobretudo em sistemas como o nacional em que seja indispensável a subida da contrapartida – é sempre positiva. No entanto, o leque de interesses a que administração tem de atender está para além dos acionistas que pretendam alienar as ações e por isso aceita-se com naturalidade que a administração entenda que a oferta inicial corresponde aos melhores interesses da sociedade. O tema discute-se muito em Inglaterra – em que também não existe qualquer obrigação semelhante – sobretudo quando os administradores sejam também acionistas, entendendo-se que os seus deveres fiduciários enquanto administradores se sobrepõem à liberdade de disposição das ações. Vd. *Gower’s principles of modern company law*, (Sweet & Maxwell London, 2016), 953-954. É também interessante verificar que o direito norte-americano, e em particular os tribunais de Delaware, foram assumindo como natural o dever de maximização do preço (como se descreve no caso clássico *Revlon v. MacAndrews & Forbes*, perante uma oferta o Conselho deve atuar como *“auctioneers charged with getting the best price for the stockholders at a sale of the company”*). Esse dever não tem hoje uma leitura tão linear. Vd. Peter Cramton e Alan Schwartz, “Using Auction Theory to Inform Takeover Regulation”, *Journal of Law, Economics, & Organization* 7, no. 1 (1991), 1-2.

administração entende melhor servir os interesse da sociedade), não se vislumbra razão material para prevenir essa atuação da administração⁵¹.

O único cenário em que o intérprete poderia ter outro entendimento seria o de concluir que, por consagrar a exceção da alínea c) do n.º 3 do art. 182.º, a lei estaria a autorizar a administração a praticar atos suscetíveis de alterar de modo relevante a situação patrimonial da sociedade visada que não se reconduzam à gestão normal da sociedade e que possam afetar de modo significativo os objetivos anunciados pelo oferente, desde que a prática desses atos ocorresse no âmbito da procura de oferentes concorrentes. Esta interpretação, que pode facilmente ser retirada numa aproximação literal, e que revela a deficiente técnica do normativo, é, no entanto, manifestamente desapropriada e contrária ao sentido final da regra⁵².

⁵¹ Já referimos que podem ocorrer casos em que a existência de alternativas, por razões específicas como sejam a aposição de condições de sucesso ou pelo facto de terem sido celebrados acordos referentes à transmissão das ações, podem ter efeitos negativos para os destinatários, fazendo com que as duas alternativas caiam quando, a não existir a oferta concorrente, teria havido uma concentração de aceitações e a oferta poderia ter tido sucesso. Não o deixamos de ter presente, muito embora não se possa deixar de considerar que serão casos excecionais, já que, como descrito, o sistema está construído numa lógica de constante melhoria das condições da oferta para os destinatários. Por outro lado, não se deixa de ter presente que a chamada *pressure to tender* possa, em vários casos, aumentar, sobretudo naqueles casos em que surja uma oferta concorrente endossada pela administração. Vd. sobre este ponto Federico M Mucciarelli, “White Knights and Black Knights-Does the Search for Competitive Bids always Benefit the Shareholders of Target Companies”, 5 e ss.; Christophe Clerc, Fabrice Demarigny et al., “A Legal and Economic Assessment of European Takeover Regulation”, 136-137.

⁵² Esta interpretação implicaria aceitar, por exemplo, que a administração ficava habilitada a alienar ativos empresariais estratégicos e críticos para o oferente inicial, ou a encetar um programa de abertura de estabelecimentos físicos e contratação de pessoal que comprometa a oferta inicial (porque esses estabelecimentos seriam redundantes com aqueles do oferente inicial), desde que, num caso ou noutro, isso fosse feito na procura de oferentes concorrentes. Do mesmo modo, estratégias que são habituais nos Estados Unidos, como o acesso a ações ou a opções sobre em condições especiais, a contratação de opções sobre ativos com o *white knights*, ou a contratação de *break-up fees* com o oferente concorrente, seriam aceitáveis. Sobre estas estratégias, vd. Melissa M Kurp, “Corporate Takeover Defenses after QVC: Can Target Boards Prevent Hostile Tender Offers Without Breaching Their Fiduciary Duties”, *Loy. U. Chi. LJ* 26 (1994), 29-60; James Redmond, “A Com-

III. Face ao que acabamos de escrever, cabe notar então que a permissão de procurar oferentes concorrentes se traduz em, efetivamente, muito pouco.

Sabendo que, nos termos do n.º 1 do art. 112.º, “as ofertas públicas devem ser realizadas em condições que assegurem tratamento igual aos destinatários”; sabendo que, nos termos do n.º 7 do art. 185.º, “a sociedade visada deve assegurar igualdade de tratamento entre oferentes quanto à informação que lhes seja prestada”⁵³; fácil é perceber que está vedada à administração a prática de quaisquer atos que representem um tratamento diferenciado do (potencial) oferente concorrente, como seja o acesso a informação que não esteja disponível do mercado e que, por isso, não esteja disponível para o oferente inicial, a consagração de quaisquer condições que façam com que o sucesso da oferta inicial seja mais gravoso do que o sucesso da oferta concorrente (*poison pills* aplicáveis seletivamente), a estipulação de termos de financiamento para potenciais oferentes que sejam mais favoráveis do que aqueles à disposição do oferente inicial.

Daqui resulta, então, que esta procura de oferentes concorrentes acaba por ficar reduzida a muito pouco, ou mesmo a nada, traduzindo-se em níveis de informalidade com algum perigo para a integridade do sistema.

IV. A mera possibilidade de emergência de uma oferta concorrente representa um dos mais relevantes riscos a que um oferente

parative Assessment of the Law Relating to Hostile Takeovers in the US and EU”, *King’s Inns Student L. Rev.* 10 (2021), 107. Isto implicaria colocar ao mesmo nível a autorização dos acionistas prestada em assembleia-geral e a procura de oferentes concorrentes, sendo claro que a conclusão seria abusiva.

⁵³ A regra de igualdade de tratamento dos oferentes em sede de informação tem tradição no direito anglo-saxónico e densifica a regra geral de igualdade (entre nós, referimo-nos à relação entre o n.º 1 do art. 112.º e o n.º 7 do art. 185.º). Vd. sobre o tema Christophe Clerc, Fabrice Demarigny et al., “A Legal and Economic Assessment of European Takeover Regulation”, 39; *Gower’s principles of modern company law*, 953-961. Vários ordenamentos, aceitando o princípio, assumem que, efetivamente, será difícil cumprir a regra de igualdade de tratamento informativo, sobretudo naqueles casos em que OPA seja lançada em coordenação com a administração (sendo precedida de negociações, processos de *due diligence*, etc.) e depois surja uma OPA concorrente.

se sujeita – a partir do momento em que é anunciada a intenção de lançamento de uma OPA, muitas vezes na sequência de longos meses de análise e preparação, já depois de terem sido gastas quantias muito significativas com consultores, os holofotes do mercado incidem sobre a sociedade visada e, muitas vezes, passam vários a ver com clareza a oportunidade de negócio que, antes, não era percebida. Pior: como já vimos, o sistema favorece o lançamento de ofertas concorrentes por entender que as mesmas são, em regra, favoráveis aos interesses dos acionistas da sociedade visada. Parece, no entanto, claro que a abertura de um leilão, envolvendo muitas vezes entidades com capacidade financeira muito superior, é um cenário péssimo para o oferente inicial e, por isso, não é de admirar que o oferente tente dele proteger-se. São várias as formas de limitação deste risco.

O primeiro conjunto de estratégias que o oferente inicial pode prosseguir para minimizar este risco passa pela aquisição de ações e pela construção de uma posição relevante – aquilo a que se chama, *toehold*⁵⁴. Quanto maior for a posição acionista que o oferente tiver na sociedade visada, menor será o risco de emergência de uma oferta concorrente, já que o oferente concorrente sabe que o seu sucesso passa, em maior ou menor medida, pelo próprio oferente inicial e que se este não estiver disponível para vender a sua posição será muitas vezes difícil, ou até impossível, ter sucesso⁵⁵. Fica

⁵⁴ Existe muita literatura sobre estratégia de ofertas de aquisição sobre o tema, elencando as vantagens e desvantagens. Vd. por todos Brendan McSweeney, “Takeover Strategies, Competitive Bidding and Defence Tactics”, *Oxford Handbook of Mergers and Acquisitions* (2012), 292-293

⁵⁵ Há ainda outros efeitos relevantes. Primeiro, o oferente inicial com uma participação relevante na sociedade visada, em concorrência de preço com um terceiro, está, com a formulação do seu preço final, a marcar o valor pelo qual ou compra (porque a sua oferta tem sucesso) ou vende (porque a oferta concorrente tem sucesso e ele não quererá normalmente ficar na estrutura acionista da sociedade); daí que, ao contrário do normal, o próprio fracasso da OPA possa significar um encaixe financeiro relevante. Por outro lado, e como é óbvio, a detenção de participação reduz o custo da OPA, já que existirão menos ações em circulação e, sobretudo, reduz o delta de aumento de preço que resulta da concorrência de ofertas. Os efeitos de prevenção que uma estratégia deste tipo pode ter são relevantes, e serão ainda mais relevantes se existirem soluções que protejam a posição do acionista como

claro, no entanto, que construir uma posição acionistas de relevo não é tarefa fácil, barata, discreta nem isenta de riscos – porque o *free flow* disponível é normalmente incompatível com a construção de grandes posições (o que ainda ganha contornos mais marcados em bolsas com pouca liquidez como a nossa); porque a criação de uma forte pressão compradora leva ao inevitável aumento da cotação; porque as regras de divulgação de participações qualificadas fazem com que cedo essa estratégia fique transparente para os demais acionistas; porque o putativo oferente se arrisca a ficar com uma posição minoritária sem grande sentido estratégico e que pode pesar no seu balanço. Por isso, pode-se afirmar que serão poucos os casos em que a construção de uma posição acionista seja feita com o estrito objetivo de facilitar uma OPA ou prevenir ofertas concorrentes⁵⁶.

Outro conjunto de estratégias passa pela celebração de acordos, com níveis diferentes de vinculação, entre o putativo oferente e a sociedade visada, entre os quais o mais relevante é aquele que prevê o pagamento de *break-up fees* pela visada caso a oferta venha a fra-

a estipulação de maiorias qualificadas ou de *voting caps*. Para desenvolvimentos, vd. Jorge Brito Pereira, “The Dark Triad: Private Benefits of Control, Voting Caps and the Mandatory Takeover Rule”, *DePaul Business & Commercial Law Journal* 20, no. 1 (2022), 14-17.

⁵⁶ A construção de uma posição acionista – a aquisição de ações em mercado – como parte de uma estratégia que serve uma OPA (a lançar mais tarde) levanta problemas jurídicos de outra natureza. Primeiro, levanta problemas de *insider trading*. Alguns sistemas, como é o caso do inglês, foram especialmente cautelosos ao definir as regras sobre *insider trading*, deixando de fora casos como este em que a informação privilegiada (a intenção de lançar a OPA a um certo preço) é uma informação do próprio agente e que integra um processo de decisão. Vd. *Gower’s principles of modern company law*, 955. Há aliás sistemas, como o norte-americano, em que o recurso a estas estratégias foi levado ao limite com os designados *dawn-raids* em que, na manhã em que a oferta é anunciada, mas antes do anúncio, o oferente “limpava” as posições vendedoras no mercado até ao preço da OPA. Vd. Brendan McSweeney, “Takeover Strategies, Competitive Bidding and Defence Tactics”, 293. Isso não acontece, no entanto, entre nós, com o n.º 2 do art. 378.º que, na sua letra, abrange casos como este. Segundo, levanta problemas de cumprimento do dever de publicação do anúncio preliminar. Claro que será assim se a decisão de lançamento da oferta estiver tomada. Não o será se a decisão não estiver tomada ou se a aquisição de ações for condição para que a decisão seja tomada. Trata-se, em qualquer caso, de *gelo fino*.

cassar, em particular quando surja uma oferta mais vantajosa⁵⁷. O sentido final da penalidade é bastante óbvio – ressarcir o oferente pelas despesas suportadas como forma de anular, ou minimizar, o risco de surgimento de uma oferta concorrente. Parece claro, no entanto, que, dependendo do montante da penalidade, a celebração deste tipo de acordos acaba por ser, em si mesmo, dissuasora do surgimento de ofertas concorrentes – não apenas porque o oferente concorrente sabe à partida que contará com a oposição da administração da visada, já amarrada a outro adquirente, mas sobretudo porque o sucesso da oferta concorrente significa a emergência da obrigação de pagamento da compensação, o que transforma este *break-up fee* numa espécie de *poison-pill*.

O regime inglês, aquele em que este tipo de acordos ganhou mais popularidade, regula expressamente a figura, impondo um *cap* de 1% do valor total da oferta para penalidades deste tipo, tendo a revisão de 2010 deixado o campo de admissibilidade da figura ainda mais estreito. Já o direito português nada dispõe sobre o assunto, entendendo-se normalmente que a celebração deste tipo de contratos violaria o princípio do tratamento igualitário, além de poder deixar em causa a preservação dos deveres de lealdade dos administradores⁵⁸.

⁵⁷ Outra tipologia passa por acordos em que o *board* se obriga a dar a sua recomendação à OPA e, sendo o caso, a não procurar ativamente, ou encorajar, oferentes alternativos. Alguns destes acordos têm sido sujeitos a litigância nos tribunais ingleses, sendo entendido que estão sujeitos a uma condição implícita de não surgimento de uma oferta alternativa, sendo que, surgindo, os administradores devem estar livres para a analisar e, sendo o caso, atuarem no melhor interesse da sociedade. Vd., com várias referências jurisprudenciais, *Gower's principles of modern company law*, 956.

⁵⁸ Vd. Paulo Câmara, *Manual de Direito dos Valores Mobiliários*, 706. Não temos conhecimento de contratos deste tipo terem sido celebrados entre nós. Percebendo os riscos da figura – que, no limite, poderiam pôr em causa o regime da OPA concorrente – não excluímos que sejam admissíveis em alguns casos, especialmente naqueles em que a penalidade a pagar seja congruente com as despesas efetivamente suportadas pelo oferente e a celebração do acordo corresponda ao melhor interesse da sociedade, em particular por não existir oferta sem tal acordo.

Bibliografia citada

- Bebchuk, Lucian A. “The Case for Facilitating Competing Tender Offers.” *Harvard Law Review* (1982): 1028-56.
- Câmara, Paulo. *Manual De Direito Dos Valores Mobiliários*. Almedina, 2018.
- Clerc, Christophe, Fabrice Demarigny, Mirzha de Manuel, e Diego Valiante. “A Legal and Economic Assessment of European Takeover Regulation.” (2012).
- Cordeiro, António Barreto Menezes. *Manual De Direito Dos Valores Mobiliários*. Almedina, 2018.
- Cordeiro, António Menezes. “Opas Obrigatórias: Pressupostos E Consequências Da Sua Não-Realização.” *Revista de Direito das sociedades* (2011): 927-84.
- Cramton, Peter, e Alan Schwartz. “Using Auction Theory to Inform Takeover Regulation.” *Journal of Law, Economics, & Organization* 7, no. 1 (1991): 27-53.
- Crespo, Eduardo Alfaro. *A Oferta Pública De Aquisição Concorrente: Regime Substantivo E Seus Efeitos Sobre O Mercado De Controlo Societário*. Teses não publicada (UCP), 2018.
- Easterbrook, Frank H, e Daniel R Fischel. “The Proper Role of a Target’s Management in Responding to a Tender Offer.” *Harvard Law Review* (1981): 1161-204.
- Ferreira, Manuel Requixa. “A Opa Concorrente.” *Cadernos do MVM* 30 (2008).
- García de Enterría, Javier. “Algunas Cuestiones Del Proceso De Opas Sobre Abertis: De Conciertos Para La Modificación De La Opa Y Mejoras De La Contraprestación En Las Opas De Canje.” *Revista de Derecho del Mercado de Valores* (2019).
- Gower’S Principles of Modern Company Law*. Sweet & Maxwell London, 2016.
- Hopt, Klaus J. “Die Internationalen Und Europarechtlichen Rahmenbedingungen Der Corporate Governance.” *Hommelhoff, Peter/Hopt, Klaus J./Werder, Axel von (Hg.): Handbuch Corporate Governance* 2 (2009): 39-70.
- Johnston, Andrew. “Takeover Regulation: Historical and Theoretical Perspectives on the City Code.” *Cambridge LJ* 66 (2007): 422.

- Júdice, José Miguel, Maria Luisa Antas, António Artur Ferreira, e Jorge Brito Pereira. *Ofertas Públicas De Aquisição (Legislação Comentada)*. Económico, 1992.
- Kurp, Melissa M. “Corporate Takeover Defenses after Qvc: Can Target Boards Prevent Hostile Tender Offers without Breaching Their Fiduciary Duties.” *Loy. U. Chi. LJ* 26 (1994): 29.
- McSweeney, Brendan. “Takeover Strategies, Competitive Bidding and Defence Tactics.” *Oxford Handbook of Mergers and Acquisitions* (2012): 285-302.
- Mucciarelli, Federico M. “White Knights and Black Knights-Does the Search for Competitive Bids Always Benefit the Shareholders of Target Companies.” *ECFR* 3 (2006): 408.
- Nauceac, Natalia. *A Admissibilidade Da Procura De Uma Opa Corrente E Os Interesses Conjugados*. Tese não publicada (UCP), 2018.
- Pereira, Jorge Brito. “A Limitação Dos Poderes Da Sociedade Visada Durante O Processo Da Opa.” *Direito dos Valores Mobiliários* 2 (2000).
- Pereira, Jorge Brito. “Ofertas Públicas De Aquisição Concorrentes.” *Revista de Direito das Sociedades* (2021).
- Pereira, Jorge Brito. “An Ocean Apart: The Mandatory Takeover Rule in Brazil and in Europe.” *Emory Corporate Governance and Accountability Review* 10, no. 1 (2022): 67.
- Pereira, Jorge Brito. *O Voto Plural Na Sociedade Anónima*. Almedina, 2022.
- Pereira, Jorge Brito. “The Dark Triad: Private Benefits of Control, Voting Caps and the Mandatory Takeover Rule.” *DePaul Business & Commercial Law Journal* 20, no. 1 (2022): 1.
- Redmond, James. “A Comparative Assessment of the Law Relating to Hostile Takeovers in the Us and Eu.” *King’s Inns Student L. Rev.* 10 (2021): 100.
- Salgado, Domingos Homem de Sousa. *Admissibilidade Da Fusão Como Alternativa À Opa Em Curso*. Tese não publicada (UCP), 2016.
- Santos, Hugo Moredo. *Ofertas Concorrentes*. Coimbra Editora, 2008.
- Silva, João Calvão. *Estudos De Direito Comercial: Pareceres*. Almedina, 1999.
- Stokes, Miguel. “Ensaio Sobre Os Requisitos Substantivos Da Oferta Concorrente.” *Cadernos do MVM* 48 (2014).

Varaiya, Nikhil P, e Kenneth R Ferris. “Overpaying in Corporate Takeovers: The Winner’s Curse.” *Financial Analysts Journal* 43, no. 3 (1987): 64-70.

Wymeersch, Eddy, e Securities Supervisors CESR. “The Takeover Bid Directive Light and Darkness.” *Proprietà e controllo dell’impresa. Il modello italiano, stabilità o contendibilità? Atti del Convegno di studi (Courmayeur, 5 ottobre 2007)* 22 (2008): 153.



ANDRÉ MENDES BARATA
Assistente Convidado da FDUL.
Investigador do CIDEEFF.
Advogado

O Regime Europeu de Resolução de Contrapartes Centrais: a peça que faltava ao mercado dos derivados de balcão?

The European Resolution Regime of Central Counterparties: the missing piece to the over-the-counter derivatives market?

RESUMO: A crise financeira mundial de 2007 evidenciou os riscos e fragilidades então inerentes ao mercado dos instrumentos financeiros derivados de balcão, o que conduziu a uma conjugação de esforços de governos e supervisores no sentido de reformar a regulação em vigor. Nesse processo de reforma acabou por ser confiado às contrapartes centrais um papel de relevo tendo em vista o propósito de assegurar a solidez e a estabilidade do mercado. Importa assim analisar em que medida é que a compensação e liquidação de derivados de balcão com recurso a estas infraestruturas pode contribuir para a redução do risco de contraparte e do risco sistémico neste mercado, principalmente à luz das novas regras introduzidas pelo EMIR.

Porém, as CCP não estão elas próprias isentas de riscos, como demonstram os casos históricos de insolvências destas infraestruturas de mercado. Nesse sentido, as Instituições tentaram reforçar a estabilidade pretendida para o mercado dos derivados de balcão através da aprovação de um regime europeu de resolução de CCP. Em linha do que sucedeu com a implementação do Mecanismo Único de Resolução, é certo que a simples existência deste regime dota já o mercado de soluções que permitem proteger-se da ocorrência de um episódio cataclísmico. No entanto, este regime tem inerentes algumas potenciais fragilidades, nomeadamente as que podem resultar da atribuição de competências para a resolução, da aplicação dos instrumentos de resolução e da possível suspensão da obrigação de compensação decorrente do EMIR.

Palavras-Chave: Compensação/Contrapartes centrais/Derivados de balcão/EMIR

ABSTRACT: The 2007 global financial crisis highlighted the risks and weaknesses inherent to the OTC derivatives market, which led to a combination of efforts by governments and supervisors to reform the regulation in force. In this process the central counterparties were ultimately entrusted with an important role, in order to ensure the solidity and stability of the market. It is therefore important to analyze to what extent the clearing and settlement of OTC derivatives through these infrastructures can contribute to the reduction of counterparty risk and systemic risk in this market, particularly in light of the new rules introduced by EMIR.

However, CCPs are not themselves risk-free, as demonstrated by the historical cases of default of these market infrastructures. In this sense, the Institutions tried to reinforce the stability intended for the OTC derivatives market through the approval of a European CCP resolution regime. In line with what happened with the implementation of the Single Resolution Mechanism, it is certain that the mere existence of this regime already provides the market with solutions that allow it to protect itself from the occurrence of a cataclysmic episode. However, this regime has some potential weaknesses inherent, namely those that may result from the attribution of the resolution power, the application of the resolution instruments and the possible suspension of the clearing obligation arising from EMIR.

Keywords: Central counterparties/Clearing/EMIR/OTC Derivatives

SUMÁRIO: I. Introdução. 1. Objecto da análise; 2. Método de análise e sistematização. II. As contrapartes centrais no âmbito do mercado dos derivados de balcão. 1. As contrapartes centrais; 2. Enquadramento histórico; 3. Os instrumentos financeiros derivados; 4. A crise financeira mundial de 2007 e a sua relevância; no mercado dos derivados de balcão; 5. A infraestrutura do mercado europeu dos derivados de balcão; no pós-crise; 5.1. Antecedentes; 5.2. As contrapartes centrais no âmbito do EMIR; 5.3. Os membros das contrapartes centrais. III. A insolvência de contrapartes centrais: revisão de casos. 1. A *Caisse de Liquidation des Affaires en Marchandises*; 2. A *Kuala Lumpur Commodity Clearing House*; 3. A *International Commodities Clearing House Hong Kong Limited*; 4. A *Nasdaq OMX Clearing AB*. IV. A resolução das contrapartes centrais. 1. As contrapartes centrais como instituições *too big to fail*; 2. O desenvolvimento de um enquadramento de resolução; ao nível internacional; 3. O regime europeu de resolução das contrapartes centrais; 3.1. Os instrumentos de resolução; 3.1.1. A partilha das responsabilidades existentes

om os detentores do capital da CCP, membros compensadores e outros credores; 3.1.2. O recurso a soluções de mercado; 3.1.3. A criação de uma CCP de transição; 3.2. O recurso ao apoio público; 3.3. A suspensão da obrigação de compensação; 4 Aspectos a considerar; 4.1. A atribuição de competências para a resolução; 4.2. A aplicação dos instrumentos de resolução; 4.3. A suspensão da obrigação de compensação: possível marcha-atrás no regime do EMIR? V. Conclusão. Bibliografia.

LISTA DE ABREVIATURAS: AdR – Autoridade de Resolução; BES – Banco Espírito Santo; BIS – Bank for International Settlements; BOTCC – Board of Trade Clearing Corporation; CBOT – Chicago Board of Trade; CCP – contraparte central; CdR – Colégio de Resolução; CLAM – Caisse de Liquidation des Affaires en Marchandises; CUR – Conselho Único de Resolução; CVM – Código dos Valores Mobiliários; DMIF II – Diretiva 2014/65/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de maio de 2014; EM – Estado-Membro; EMIR – Regulamento (UE) n.º 648/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de Julho de 2012; ESMA – Autoridade Europeia dos Valores Mobiliários e dos Mercados; EUA – Estados Unidos da América; EUR – Euro; FSB – Financial Stability Board; HKFE – Hong Kong Futures Exchange; HKFGC – Hong Kong Futures Guarantee Corporation; ICCH HK – International Commodities Clearing House Hong Kong Limited; IOSCO – International Organization of Securities Commissions; KLCCH – Kuala Lumpur Commodity Clearing House; MUR – Mecanismo Único de Resolução; RMIF – Regulamento (UE) n.º 600/2014 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de maio de 2014; RRCCP – Regulamento (UE) n.º 2021/23 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de Dezembro de 2020; USD – Dólar americano.

I. Introdução¹

1. Objecto da análise

No final do ano de 2020 foi aprovado o novo regime europeu de resolução de contrapartes centrais (CCP). Esta aprovação seguiu-se

¹ Corresponde ao relatório elaborado para o Seminário de Investigação de Direito dos Valores Mobiliários, no âmbito do curso de Doutoramento em Ciências Jurídico-Económicas, na especialidade de Direito Financeiro e Económico Global, submetido a avaliação no dia 31 de agosto de 2021. O autor escreve segundo a antiga ortografia.

a vários anos de discussão das propostas existentes em torno da matéria, em virtude da importância que as CCP assumiram no mercado após a eclosão da crise financeira mundial de 2007. De entre as várias perspectivas que resultaram dessa crise, a presente análise centra-se nos riscos e fragilidades que foram identificados como estando então inerentes ao mercado dos derivados de balcão. Isto porque após uma intensa conjugação de esforços entre organizações internacionais, governos e supervisores no sentido de melhorar a regulação incidente sobre o sector, a reforma daí resultante acabou por confiar às CCP um papel de relevo na nova infraestrutura do mercado.

Tendo em conta as características inerentes tanto às CCP como ao mercado dos derivados de balcão, a missão de assegurar a solidez e a estabilidade do mercado que foi atribuída àquelas centra-se em grande medida ao nível do cumprimento das tarefas de compensação e de liquidação desses instrumentos financeiros. É esta a solução que resulta do *European Market Infrastructure Regulation* aprovado neste contexto, e que confere às CCP as atribuições necessárias para reduzirem o risco de contraparte e o risco sistémico nesse mercado através das referidas tarefas, de onde se destaca a regra geral da obrigatoriedade de compensação centralizada de derivados de balcão.

Ainda assim, mesmo um bem-sucedido desempenho das tarefas que lhes estão atribuídas não possibilita às CCP eliminarem os riscos que estão inerentes a esse mercado, na medida em que a sua missão será sobretudo a de realocar esses riscos. O que leva à seguinte questão: o que acontece à estabilidade do mercado na eventualidade de uma CCP se encontrar impedida de cumprir com as obrigações a que está vinculada? É certo que se tratam de ocorrências raras; porém, ao longo das últimas décadas, já várias CCP enfrentaram semelhante desafio.

Em virtude do que resulta dos parágrafos anteriores, os principais propósitos subjacentes à presente análise são os de (i) analisar o actual papel desempenhado pelas CCP no mercado dos derivados de balcão e as vias através das quais estas podem assegurar uma maior estabilidade ao mercado, e de (ii) analisar criticamente

o recém-aprovado regime europeu de resolução de CCP, de forma a identificar as suas regras de funcionamento e a questionar se estas salvaguardam devidamente o mercado e os seus intervenientes perante a hipotética insolvência de uma CCP.

2. Método de análise e sistematização

Para concretizar os objectivos supra indicados a presente análise repousará sobre a revisão da literatura existente sobre o tema e sobre a recolha e análise de dados empíricos relevantes.

No capítulo II iniciar-se-á a análise através do aprofundamento da figura das CCP, tendo em vista a delimitação da sua natureza jurídica e das suas principais atribuições, para de seguida se estabelecer uma ligação entre as mesmas e o mercado dos derivados de balcão. As características deste mercado e dos respectivos instrumentos financeiros serão também escalpelizados, tendo em vista apresentar os termos da actual infraestrutura do mesmo e o papel de relevo nela desempenhado pelas CCP.

No capítulo III será atribuído algum pendor empírico à presente análise através da identificação dos casos históricos de insolvência e de quase-insolvência de CCP, tendo em vista não só demonstrar a importância da existência de um regime jurídico que acautele devidamente estas ocorrências, como também analisar as causas que originaram essas situações.

Neste seguimento, o capítulo IV estará centrado na discussão que antecedeu a aprovação do novo regime europeu de resolução de CCP e nos seus termos. A partir daqui será feita uma exposição das suas regras, bem como uma análise crítica das mesmas. É certo que a principal limitação com que a presente análise se depara é a relativa escassez de outros contributos relacionados com o novo regime europeu de resolução de CCP, em virtude do carácter recente da sua aprovação. Porém, as demais fontes analisadas permitem desde já apontar alguns aspectos da proposta que devem ser seguidos com atenção no futuro.

II. As contrapartes centrais no âmbito do mercado dos derivados de balcão

1. As contrapartes centrais

Como ponto de partida para a presente análise afigura-se essencial tecer algumas considerações sobre a definição de CCP.

Começando pela sua natureza jurídica, as CCP podem ser qualificadas como uma infraestrutura de mercado. Conforme definido pelo *Bank for International Settlements* (BIS), por infraestrutura de mercado deve entender-se “*um sistema multilateral entre instituições participantes, incluindo o operador do sistema, utilizado para as finalidades de compensação, liquidação ou registo de pagamentos, valores mobiliários ou outras transacções financeiras*”². Integram-se nesta categoria diversas entidades: os sistemas de pagamentos, as centrais de valores mobiliários, os sistemas de liquidação de valores mobiliários, os repositórios de transacções e, conforme já referido, as CCP. O traço comum a todas estas entidades é o de fornecerem aos seus participantes³ a centralização das funções que lhes estão inerentes, nomeadamente os serviços de compensação, de liquidação e de registo, tendo por base regras e procedimentos aplicáveis a todas aquelas entidades que permitam atingir um maior grau de eficiência no funcionamento do mercado e que acarretem menos riscos para o seu funcionamento.

O artigo 2.º 1) do Regulamento Europeu de Infraestruturas de Mercado⁴ (EMIR) estabelece a seguinte definição de CCP: “*uma pessoa coletiva que se interpõe entre as contrapartes em contratos*

² BANK FOR INTERNATIONAL SETTLEMENTS – Principles for financial market infrastructures. 2012, p. 7

³ Qualificando-se como participante qualquer entidade que aceda directamente aos serviços prestados pelas infraestruturas de mercado. Neste âmbito, é interessante chamar à atenção a distinção existente entre participantes directos e participantes indirectos, acedendo estes últimos aos serviços em questão por via das entidades com acesso directo. Neste sentido, ver o artigo 2.º d. e e. do *Financial Market Infrastructure Act* de 19 de Junho de 2015, aprovado pela Assembleia Federal da Confederação Helvética.

⁴ Regulamento (UE) n.º 648/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de Julho de 2012.

negociados num ou mais mercados financeiros, agindo como comprador perante todos os vendedores e como vendedor perante todos os compradores". Por outras palavras, tudo se passa como se as partes contratantes estivessem a negociar directamente com a CCP e não entre si. Conforme resumido por CÂMARA⁵, a contraparte central apresenta-se "*como contraparte exclusiva dos participantes do sistema (...) figurando como adquirente relativamente a cada vendedor e vendedora em relação a cada adquirente*". Em termos jurídicos, esta interposição da contraparte central pode surgir por diversas vias, nomeadamente pela novação no âmbito de um negócio jurídico⁶ ou por via de uma transacção realizada por via de oferta aberta⁷.

Esta função pode ser desempenhada de forma relevante no âmbito de uma relação contratual com apenas duas partes, ainda que quanto mais complexa forem as relações jurídicas em causa maior poderá a sua relevância: em vez de existirem cinco compradores a falar com cinco vendedores, a actuação da contraparte central retiraria complexidade à execução desse contrato, pois representaria à vez ora todos os compradores ora todos os vendedores⁸. Daqui decorre que as CCP são entidades cujo principal propósito no mercado é o de reduzir os riscos decorrentes do potencial incumprimento das contrapartes no âmbito de uma relação contratual. Caso uma das partes incumpra com as suas obrigações contratuais, será a própria CCP a assegurar o cumprimento dessa obrigação através dos seus procedimentos previstos para o efeito e, se necessário, através dos seus próprios recursos, conforme se analisará infra.

⁵ CÂMARA, Paulo – Manual de Direito dos Valores Mobiliários. Almedina, 4.^a Edição, 2018, p. 585.

⁶ Tomando por base o Código Civil, estaria aqui em causa uma novação subjectiva, nos termos do artigo 858.º.

⁷ "*Em uma oferta aberta, a CPC é automática e imediatamente interposta na transacção no momento em que o comprador e o vendedor concordam com os termos do negócio. Em uma oferta aberta, se todas as condições pré-acordadas são atendidas, não há relacionamento contratual entre o vendedor e o comprador*". BANK FOR INTERNATIONAL SETTLEMENTS – Recomendações para contrapartes centrais. 2004, p. 14.

⁸ THE GIOVANNINI GROUP – Cross-Border Clearing and Settlement Arrangements in the European Union. 2001, p. 4.

2. Enquadramento histórico

Historicamente, as CCP começaram por cumprir as suas funções essencialmente no âmbito de bolsas onde existia a negociação de instrumentos financeiros derivados. Numa fase inicial, o cumprimento das tarefas de compensação e liquidação era atribuído a câmaras de compensação integradas na própria organização do mercado organizado em que essas transacções eram realizadas⁹. Com o passar dos anos, estas infraestruturas de mercado registaram vários e importantes desenvolvimentos. Não só ao nível da sua autonomização, assumindo-se hoje em muitos casos as CCP como entidades independentes, como também através da sua expansão para outros sectores além de mercados organizados de derivados: por exemplo, bolsas e sistemas de negociação de outros valores mobiliários e, com maior relevo nos últimos anos, na negociação de derivados de balcão¹⁰ – a qual corporiza o objecto da presente análise.

As origens das CCP têm vindo a ser traçadas até ao século XIX. Terão surgido na Europa, nos mercados do grão e do café¹¹, para ainda nesse século se estenderem de forma mais abrangente para os mercados de obrigações, acções, futuros e opções, tanto na Europa como nos Estados Unidos da América (EUA)¹². No caso americano, tome-se como exemplo a criação da primeira *clearing house*¹³ pela

⁹ RUSSO, Daniela; HART, Terry L.; SCHÖNENBERGER, Andreas – The evolution of clearing and central counterparty services for Exchange-traded derivatives in the United States and Europe: a comparison. Occasional Paper Series No. 5, European Central Bank, 2002, p. 12.

¹⁰ BANK FOR INTERNATIONAL SETTLEMENTS (2004), p. 1.

¹¹ KROSZNER, Randall S. – Central counterparty clearing: History, innovation, and regulation. Federal Reserve Bank of Chicago, European Central Bank, Issues Related to Central Counterparty Clearing, Frankfurt, Germany, April 3–4, 2006, p. 38.

¹² REHLON, Amandeep; NIXON, Dan – Central counterparties: what are they, why do they matter and how does the Bank supervise them?. Quarterly Bulletin, Bank of England, 2 (2013), p. 148.

¹³ As *clearing houses* (ou câmaras de compensação) poderão ou não reconduzir-se ao conceito já desenvolvido de CCP. A esse respeito, tenha-se em conta a distinção que foi apresentada na Directiva 98/26/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 19 de Maio de 1998 relativa ao carácter definitivo da liquidação nos sistemas de pagamentos e de liquidação de valores mobiliários: enquanto na alínea c) do artigo 2.º se definiu CCP como “*uma entidade intermediária entre as instituições de um sistema e que actua como contraparte exclusiva*”

Chicago Board of Trade (CBOT), em 1883¹⁴. Nas suas primeiras décadas de existência, esta *clearing house* não preenchia de forma completa todas as atribuições das CCP já analisadas: o seu principal objectivo não era a redução dos riscos de incumprimento de contraparte, mas apenas a redução dos custos de transacção a serem suportados pelos seus membros, assumindo para esse efeito o cálculo global das respectivas obrigações. No caso de ocorrência de um incumprimento, a *clearing house* não desempenharia nenhum papel directo ao nível do cumprimento das obrigações incumpridas e da absorção das potenciais perdas dos seus membros. Por estes motivos, KROSZNER sustentou que apenas em 1925 é que surgiu uma verdadeira CCP no âmbito da CBOT, com a criação da *Board of Trade Clearing Corporation* (BOTCC). Apenas os membros desta CCP poderiam aceder aos seus serviços, sendo que todos os membros tinham de ser accionistas desta entidade. Caso ocorresse um incumprimento por parte de um dos seus membros, em última linha o próprio capital da CCP poderia ser chamado no âmbito das operações de liquidação.

Estes recursos das CCP são a pedra de toque que conduz à mutualização do risco por si operada: por via de regra, todas as instituições que recorrem aos serviços prestados pelas CCP – os seus membros – são chamadas a pagar uma contribuição para o “*fundo de incumprimento*”¹⁵. Caso os procedimentos da CCP aplicáveis no caso de incumprimento de um dos seus membros não permitam a regularização integral das suas obrigações, estas serão cumpridas com recurso a esse *fundo de incumprimento* comum: o credor não será assim prejudicado pelo incumprimento da sua contraparte, através da solução fornecida por este mecanismo de mutualização de risco¹⁶.

dessas instituições no que respeita às suas ordens de transferência”, na alínea e) definiu-se câmara de compensação como “*uma entidade incumbida do cálculo das posições líquidas das instituições, uma eventual contraparte central e/ou um eventual agente de liquidação*”.

¹⁴ KROSZNER (2006), p. 38.

¹⁵ REHLON, NIXON (2013), p. 151.

¹⁶ Tal como reconhecido no considerando 85 do Regulamento (UE) n.º 575/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Junho de 2013: “*Um fundo de proteção de uma*

Em termos práticos, tudo se passará da seguinte forma: se a contraparte *A* se comprometer a entregar um determinado instrumento financeiro a *B*, ao passo que *B* irá entregar a *A* o respectivo pagamento, a interposição de uma contraparte central (*C*) nesta relação contratual irá conduzir a que cada uma das partes cumpra a sua obrigação perante esta entidade: tanto o instrumento financeiro como o pagamento serão entregues a *C* por *A* e *B*, respectivamente; paralelamente, *C* irá cumprir com as respectivas contraprestações perante cada uma das partes. Daqui decorre que mesmo em caso de incumprimento de uma das partes, a contraparte cumpridora não sairá prejudicada. Exemplificando: se *A* entregar o instrumento financeiro a *C*, mas *B* não entregar o respectivo pagamento, ainda assim *C* irá cumprir a obrigação por si assumida e canalizar os fundos para *A*.

Existem dois motivos principais que permitem explicar o porquê de os membros das CCP aceitarem contribuir para esse fundo comum, quando este pode ser canalizado para compensar as situações criadas por outros membros incumpridores. Primeiro, o facto de os membros saberem que a sua participação numa CCP os pode colocar a salvo de incumprimentos que os prejudiquem directamente a si. Por outro lado, porque os incumprimentos que afectem directamente outros membros os poderem afectar também a si de forma indirecta: outro membro que fique prejudicado com o incumprimento da sua contraparte pode ficar, em consequência, numa situação financeira frágil; essa fragilidade pode ditar o incumprimento das suas obrigações ao abrigo de outros contratos, colocando as suas contrapartes em situação semelhante, e assim sucessiva-

CCP é um mecanismo que permite a partilha (mutualização) de perdas entre os membros compensadores da CCP. É utilizado caso as perdas sofridas pela CCP na sequência do incumprimento de um membro compensador sejam superiores às margens e às contribuições para o fundo de proteção prestadas por esse membro e a qualquer outra cobertura que a CCP possa utilizar antes de recorrer às contribuições para o fundo de proteção dos restantes membros compensadores. À luz do que precede, o risco de perda associado a posições em risco decorrentes das contribuições para o fundo de proteção é maior do que o associado a riscos comerciais. Assim, este tipo de posições em risco deverá ser sujeito a um requisito de fundos próprios mais elevado”.

mente. Este risco sistémico pode assim também ser mitigado pelas CCP.

O papel desempenhado pelas CCP traz assim efeitos benéficos para o mercado. Na medida em que estas entidades assumem em nome próprio os riscos de crédito e de liquidez que originalmente impediam sobre as contrapartes nos negócios nos quais se inter põem¹⁷, as CCP assumem-se como um verdadeiro garante de cumprimento. Esta importante função não só possibilita uma gestão mais eficiente dos riscos no mercado, como por essa via também permite a existência de ganhos de liquidez¹⁸. Sendo de constatar que, tendencialmente, quanto maior for o número de participantes num determinado mercado a contarem com a interposição de uma CCP nas transacções em que participam, estes efeitos positivos far-se-ão sentir de forma mais intensa no mercado, nomeadamente em virtude do efeito de *netting*¹⁹ – o qual será objecto de melhor concretização infra. É a esta luz que tem de ser compreendido o princípio geral estabelecido para a actuação destas entidades pelo artigo 260.º n. 1 do Código dos Valores Mobiliários (CVM): “*a contraparte central deve adotar medidas adequadas à prevenção e gestão dos riscos, nomeadamente de crédito, de liquidez e operacionais, bem como medidas adequadas ao bom funcionamento dos mecanismos adotados e à proteção dos mercados*”.

Estas considerações sobre o esquema operacional das CCP conduzem assim à seguinte frase lapidar: *as CCP não fazem desaparecer o risco, apenas o realocam*²⁰.

¹⁷ BANCO CENTRAL EUROPEU – Central counterparty clearing houses and financial stability. Financial Stability Review, December, 2005, p. 178.

¹⁸ TEIXEIRA, Maria Emília – O Contrato de Swap: o credit default swap e o seguro de crédito. Almedina, 2017, p. 216.

¹⁹ “*O netting envolve a compensação de obrigações entre parceiros comerciais ou participantes. As CCP costumam compensar bilateralmente suas obrigações com cada participante. Esta rede reduz o número e valor das entregas e pagamentos necessários para liquidar um conjunto de transacções e reduz significativamente as potenciais perdas para a CCP no caso de incumprimento de um participante*”. BANK FOR INTERNATIONAL SETTLEMENTS (2004), p. 1.

²⁰ PIRRONG, Craig – The Economics of Central Clearing: Theory and Practice. Discussion Papers Series Number One, International Swaps and Derivatives Association, 2011, p. 10.

3. Os instrumentos financeiros derivados

Considerando que tanto o ponto de partida – o surgimento inicial das CCP em mercados regulamentados de negociação de derivados – como o ponto de chegada – a actual infraestrutura do mercado europeu de derivados de balcão – da presente análise, impõe-se neste momento que sejam tecidas algumas considerações tendo em vista aprofundar o conceito de instrumentos financeiros derivados.

Resulta da conjugação das disposições relevantes²¹ da Diretiva 2014/65/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de maio de 2014, relativa aos mercados de instrumentos financeiros (DMIF II) e do Regulamento (UE) n.º 600/2014 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de maio de 2014, relativo aos mercados de instrumentos financeiros (RMIF) que estão em causa instrumentos financeiros²² negociáveis nos mercados de capitais que confirmam o direito à compra ou venda desses instrumentos financeiros ou que deem origem a uma liquidação em dinheiro, determinada por referência a valores mobiliários, divisas, taxas de juro ou de rendimento, mercadorias ou outros índices ou indicadores²³.

Numa primeira abordagem, ASCENSÃO²⁴ indica que “*estes instrumentos designam-se derivados porque se estruturam por referência a uma realidade primária, que está sujeita a oscilação financeira. A esta realidade sujeita a risco chama a lei o activo subjacente*”.

²¹ Esta delimitação conceptual resulta da conjugação dos artigos 4.º n.º1 ponto 44 alínea c) e ponto 49 da DMIF II e do artigo 2.º n.º1 ponto 29 do RMIF. Refira-se a este respeito que o Legislador europeu redigiu estas normas de forma algo confusa: a uma primeira remissão da DMIF II para a RMIF segue-se uma nova remissão em sentido inverso.

²² Esta qualificação decorre directamente da letra do artigo 4.º n.º 1 15) da DMIF II.

²³ Acrescente-se ainda a definição de derivado que o Supremo Tribunal de Justiça apresentou no Acórdão proferido no dia 11 de Fevereiro de 2015 relativamente ao processo n.º 309/11.8TVLSB.L1.S1: “No direito financeiro designam-se instrumentos derivados, ou simplesmente derivados, os instrumentos financeiros resultantes de contratos a prazo cujo valor resulta de outros valores: os valores de base

²⁴ ASCENSÃO, José de Oliveira – Derivados. Instituto dos Valores Mobiliários, Direito dos Valores Mobiliários, IV (2003), p. 49.

Nas palavras de CÂMARA²⁵, estes instrumentos financeiros reconduzem-se a “*contratos cujo valor se encontra dependente de outro activo (financeiro ou não-financeiro), índice ou medida de valor económico*” que “*estruturam transacções a prazo, ao implicar a vinculação jurídica a prestações que devem ser cumpridas em momento diferido ao da sua celebração inicial*” e que “*envolvem uma técnica de derivação ao exporem as partes aos riscos ou benefícios inerentes a outro activo, índice ou medida de valor económico*”.

Neste contexto, CORDEIRO²⁶ sublinha que “*é este desfasamento temporal que leva a Ciência económico-financeira a afirmar que o valor ou a remuneração de cada derivado é calculado tendo por base o valor atribuído, num determinado momento, a um bem associado*”.

Articulado este desenvolvimento conceptual com o disposto no Anexo I²⁷ da DMIF II encontra-se a identificação dos concretos instrumentos financeiros reconduzíveis a esta tipologia, de onde se destacam as opções²⁸, os futuros²⁹ e os *swaps*³⁰ – podendo qualquer um deles ter por referência valores mobiliários, divisas, taxa de juro, entre outras possibilidades. Esta qualificação é espelhada

²⁵ CÂMARA (2018), 205-206.

²⁶ CORDEIRO, A. Barreto Menezes – Manual de Direito dos Valores Mobiliários. Almedina, 2.ª Edição, 2018, p. 215.

²⁷ Secção C pontos 4 a 10.

²⁸ “*Contrato de opção é a convenção mediante a qual, uma das partes (concedente) emite a favor da outra (optante) uma declaração negocial, que se consubstancia numa proposta contratual irrevogável referida a um certo contrato (principal), fazendo nascer, nesta última, o direito potestativo de decidir unilateralmente sobre a conclusão ou não do mesmo*”. FONSECA, Tiago Soares da – Do contrato de opção: esboço de uma teoria geral. Lex, 2001, p. 95.

²⁹ “*À semelhança de larga parte dos instrumentos financeiros derivados, os contratos de futuros recebem uma configuração geminada. Os futuros podem ser diferenciais, dando direito ao recebimento da diferença entre o valor inicial de um bem e o seu valor em data posterior, ou implicar a entrega do bem em data futura*”. CÂMARA (2018), p. 210.

³⁰ No Acórdão proferido pelo Supremo Tribunal de Justiça no dia 22 de Junho de 2017 no âmbito do processo n.º 40/11.6TVLSB.L2.S1, os *swaps* foram definidos como “*contratos gizados com a função de servir como meio de gestão de ativos e passivos das empresas e outras instituições, mediante os quais as partes contratantes se comprometem a trocar, entre si, fluxos de tesouraria, durante determinado período acordado, nomeadamente sobre taxas de juros, ações, obrigações, divisas, matérias-primas, mercadorias e outros ativos ou passivos financeiros compatíveis com esse tipo contratual*”.

pela legislação nacional através do disposto no artigo 2.º n.º 1 alínea e) do CVM.

Delimitado o conceito *chapéu*, refira-se ainda que os derivados se subdividem em duas categorias distintas: os derivados de mercado (*ETD derivatives*) e os derivados de balcão (*OTC derivatives*). A distinção fundamental entre estes conceitos reside no facto de os primeiros serem negociados num mercado regulamentado³¹. No entendimento de ANTUNES³², “os derivados de mercado organizado correspondem a contratos padronizados (assentes em condições contratuais gerais elaboradas pela entidade gestora do mercado e aprovadas pelas autoridades de supervisão), de estrutura plurilateral complexa (que contam necessariamente com a intervenção da entidade gestora do mercado como contraparte central, além dos intermediários financeiros e clientes ou investidores), e negociados de forma massificada em mercado regulamentado (dispondo de oferta permanente no mercado, além de sistema informático de negociação e câmara de compensação próprios): tal é o caso típico dos futuros e das opções padronizadas”. Neste seguimento, ASCENSÃO concluiu “que nestes tudo resulta da celebração de negócios unilaterais e não de contratos”³³.

Por outro lado, os derivados de balcão são negociados de forma autónoma entre as partes³⁴, sem com isso perderem a natureza de

³¹ O artigo 2.º n.º1 ponto 32 do RMIF define derivado de balcão como “*um derivado negociado num mercado regulamentado*”. Já o artigo 4.º n.º1 ponto 21 da DMIF II qualifica como mercado regulamentado “*um sistema multilateral, operado e/ou gerido por um operador de mercado, que permite o encontro ou facilita o encontro de múltiplos interesses de compra e venda de instrumentos financeiros manifestados por terceiros – dentro desse sistema e de acordo com as suas regras não discricionárias – por forma a que tal resulte num contrato relativo a instrumentos financeiros admitidos à negociação de acordo com as suas regras e/ou sistemas*”.

³² ANTUNES, José Engrácia – Os Instrumentos Financeiros. Almedina, 3.ª Edição revista e actualizada, 2017, pp. 195-196.

³³ ASCENSÃO (2003), p. 63.

³⁴ O artigo 2.º ponto 7 do EMIR define mercado de balcão como “*um contrato cuja execução não tenha lugar num mercado regulamentado*”.

instrumentos financeiros³⁵. Um dos principais factores que explica o interesse dos investidores pela negociação de derivados de balcão prende-se com o facto de estes produtos poderem ser contratualmente desenhados de forma a irem ao encontro das pretensões de cada um dos investidores envolvidos³⁶, contrariamente ao que sucederia no caso dos derivados de mercado, cujas características são iguais perante todos os investidores. Por este motivo, podem estar inerentes a estes derivados tanto funções de cobertura de risco³⁷, de arbitragem ou de investimento³⁸. Pode-se assim concluir que “os derivados de balcão são contratos, no mais puro sentido no termo³⁹”.

Esta última consideração não é afectada pela existência de diversos modelos contratuais que podem servir de base à celebração de contratos de derivados, nomeadamente de *swaps*⁴⁰, cujo volume

³⁵ Ainda que, de acordo com o entendimento de CORDEIRO, esta situação possa implicar desafios acrescidos para a obtenção de uma definição material da figura dos instrumentos financeiros: “a aparente inclusão dos derivados de balcão, ou seja, derivados negociados individualmente e fora de mercados regulamentados, na segunda categoria de instrumentos financeiros, parece impossibilitar qualquer preenchimento material, na medida em que afasta do núcleo identificador da figura, as três características principais dos valores mobiliários: documento, homogeneidade e negociabilidade em mercados regulamentados”. CORDEIRO, (2018) p. 145.

³⁶ HULL, John – OTC derivatives and central clearing: can all transactions be cleared? Financial Stability Review No. 14, Banque de France, 2010, p. 72

³⁷ “Esta função de garantia de riscos é muito clara em certas operações. Assim, o titular de uma carteira de valores mobiliários pode prevenir os riscos de uma evolução desfavorável através da celebração de contratos de futuros que previnam ou limitem as hipóteses de uma evolução desfavorável.

Da mesma forma, aquele que tem uma dívida em dólares pode, através da utilização de derivados, prevenir-se contra uma evolução desfavorável das cotações, de modo a prevenir situações críticas na altura do pagamento”. Ainda assim, “no plano subjectivo, há uma componente de especulação, de que não se pode abstrair. E há mesmo os casos em que tudo se resume a pura especulação”. ASCENSÃO, (2003), p. 45.

³⁸ CÂMARA (2018), p. 207.

³⁹ CORDEIRO, (2018), p. 224.

⁴⁰ Tome-se como exemplo o papel desempenhado pela *International Swaps and Derivatives Association* no desenvolvimento do *Master Agreement* cujas cláusulas *standard* podem servir de base à negociação de derivado. Ao nível europeu também é possível encontrar modelos semelhantes, sendo de referir a título de exemplo o *Contrato Marco de Operaciones Financieras* desenvolvido pela *Asociación Española de Banca*.

de utilização no mercado não é de todo despicendo. Mesmo sendo de reconhecer que a utilização generalizada destes modelos contratuais no mercado de derivados de balcão pode de certo modo limitar a liberdade contratual das partes, não a elimina, na medida em que as partes continuam a ter a possibilidade de moldar os termos contratuais à *sua medida*⁴¹ e ao arrepio das disposições standard⁴². Recorrendo novamente a ANTUNES⁴³, “*são ainda contratos de estrutura tipicamente bilateral no sentido em que possuem apenas como partes os investidores: todavia, tal não exclui a intervenção de intermediários financeiros especializados, a qual se tornou até frequente, seja no papel de mediador colocando em contacto as respectivas partes contratantes, seja directamente no papel de contraparte contratual. Enfim, trata-se de contratos negociados e executados caso a caso fora de um mercado regulamentado ou organizado, o que não exclui todavia, a existência de sistemas negociais e legais de compensação*”.

4. A crise financeira mundial de 2007 e a sua relevância no mercado dos derivados de balcão

Nas últimas décadas as funções desempenhadas pelas CCP tornaram-se particularmente relevantes para o mercado dos instrumentos financeiros derivados de balcão, ao nível da redução tanto do risco de contraparte existente em cada transacção, como do risco sistémico decorrente da globalidade das transacções. Desde o século XIX até à actualidade as CCP têm paulatinamente vindo a ganhar uma cada vez maior importância no âmbito do sistema financeiro:

⁴¹ Acórdão proferido pelo Supremo Tribunal de Justiça no dia 11 de Fevereiro de 2015 no âmbito do processo n.º 309/11.8TVLSB.L1.S1: *São negociados “over the counter” (em mercados de balcão, ou não organizados) sem intermediários sendo formatados casuisticamente (“tailor made”)*.

⁴² Tendo em conta os modelos citados, isso poderá ocorrer através do preenchimento do *Schedule* no caso do *Master Agreement* ou do Anexo I no caso do *Contrato Marco de Operaciones Financieras*.

⁴³ ANTUNES (2017), p. 197.

desde simples instituições destinadas a reduzir custos de transacção dos intervenientes no mercado, transformaram-se em infraestruturas de mercado qualificadas por PIRRONG⁴⁴ como essenciais para a mitigação dos riscos de incumprimento de contraparte e, em última análise, adquiriram uma relevância macro prudencial ao nível da manutenção da solidez e confiança do sistema em períodos de maior instabilidade financeira, transformando-se em instituições sistemicamente importantes.

Importa assim compreender porque motivo é que entre o século XIX e o início do século XXI as CCP passaram de inovadoras infraestruturas do mercado do grão e do café para verdadeiros garantes da solidez e estabilidade do mercado de derivados de balcão, cujo valor nocional global perfazia um valor de 640 mil biliões de Dólares americanos (USD) no final de Junho de 2019⁴⁵.

Em parte, esta alteração do paradigma das CCP está associada às próprias mudanças registadas no mercado de derivados a nível internacional nas últimas décadas do século XX. De acordo com a análise de TEIXEIRA⁴⁶, os instrumentos financeiros derivados beneficiaram da cada vez mais acelerada inovação tecnológica para se tornarem eles próprios também cada vez mais complexos e adaptados ao novo ambiente do mercado. Paulatinamente os produtos derivados mais tradicionais como os *swaps* de taxa de juro ou de câmbio passaram a repartir o mercado com instrumentos financeiros da mesma natureza ligados aos mais diversos indicadores, como, por exemplo, o próprio estado do clima. Por esse motivo, esta indústria deixou de assentar as suas bases no desempenho especializado de economistas e juristas para recrutar cérebros das áreas da matemática e da física. Tudo isto levou esta autora a afirmar que esta “*convergência de esforços permitiu conceber armas do sistema financeiro que tinham como alvo a estabilidade e o equilíbrio deste*”. Esta ideia

⁴⁴ PIRRONG (2011), p. 11.

⁴⁵ Disponível em: https://www.bis.org/publ/otc_hy1911.pdf [consultado pela última vez no dia 29 de Agosto de 2021].

⁴⁶ TEIXEIRA (2017), p. 88.

não pode ser desligada da famosa afirmação de BUFFET⁴⁷, quando no ano de 2003 qualificou os derivados como sendo verdadeiras armas de destruição maciça para o sistema financeiro.

Todas estas *armas*, cada vez mais complexas e transacionadas a um ritmo cada vez mais acelerado, acabaram por deflagrar à vista de todo o mercado – e até, diga-se, de todo o mundo – na crise financeira internacional que em 2007 teve início nos EUA. Esta crise colocou a nu a forma como os riscos de contraparte e o risco sistémico se alimentavam mutuamente no âmbito do mercado de derivados de balcão, sem que reguladores e supervisores dispusessem das ferramentas necessárias para evitar – ou mesmo para conter – a propagação de intensas ondas de choque ao nível nacional e internacional⁴⁸. Com base nas lições aprendidas em 2007, ALLEN⁴⁹ identificou os seguintes três cenários de risco no mercado de derivados de balcão:

- i. a insolvência de uma instituição com um peso relevante no mercado de derivados pode desencadear perdas inesperadas para os seus parceiros, concretizando o risco de contraparte e criando por essa via constrangimentos para os restantes intervenientes no mercado;
- ii. caso surja junto das instituições activas no mercado de derivados o receio da ocorrência de cenários de insolvência de outros agentes, uma das consequências prováveis será a tentativa generalizada de redução da exposição a potenciais perdas deste tipo de produtos, o que pode gerar uma verdadeira *self-fulfilling prophecy* conducente à verificação de perdas e de insolvências;
- iii. a partir do momento em que o risco de contraparte se transforme num risco sistémico, será este último a avolumar as

⁴⁷ Disponível em: <https://www.berkshirehathaway.com/letters/2002pdf.pdf>, p. 15 [consultado pela última vez no dia 29 de Agosto de 2021].

⁴⁸ THE HIGH-LEVEL GROUP ON FINANCIAL SUPERVISION IN THE EU – Report. 2009, p. 25.

⁴⁹ ALLEN, Julia Lees – Derivatives Clearinghouses and Systemic Risk: A Bankruptcy and Dodd-Frank Analysis. *Stanford Law Review*, 64 (2012), p. 1085.

dificuldades financeiras das entidades participantes no mercado de derivados, eventualmente potenciando os níveis de incumprimento aí existentes, o que por outras palavras quer dizer um avolumar do risco de contraparte inicialmente considerado.

A crise financeira mundial iniciada em 2007 permitiu assim identificar a necessidade de serem encontradas formas de mitigar o risco de contraparte e o risco sistémico existentes no mercado dos derivados de balcão de forma a evitar a fragilização de todo o mercado em períodos de maior incerteza e fragilidade financeira. E as CCP acabaram por ser incluídas numa parte fundamental da resposta que foi dada a esta questão ao nível regulatório, através do papel que lhes foi atribuído em dois processos inerentes às transações de derivados: a compensação e a liquidação.

5. A infraestrutura do mercado europeu dos derivados de balcão no pós-crise

5.1. Antecedentes

Após a eclosão da crise financeira mundial, cedo os decisores europeus compreenderam a séria necessidade de serem realizadas reformas no mercado dos instrumentos financeiros derivados.

Ainda que a atenção dada a este mercado no rescaldo da crise possa conduzir à ideia de que a *manta de retalhos*⁵⁰ criada no mercado pela crescente negociação desregulada de derivados foi a causa primária desse período de instabilidade, importa ter algumas cautelas perante tal conclusão. Conforme já foi apontado, mesmo que esse mercado não existisse teria ainda assim ocorrido uma recessão económica a nível mundial causada pela conjugação de causas como

⁵⁰ SCHOEN, Edward J. – The 2007–2009 Financial Crisis: An Erosion of Ethics: A Case Study. *Journal of Business Ethics*, 146 (2017), p. 807.

a actuação das instituições financeiras na concessão de empréstimos aliada ao contexto regulatório e macroeconómico então registado⁵¹.

Não sendo a causa primária da crise, os derivados desempenharam ainda um papel chave na disseminação das fragilidades existentes no sistema financeiro para o todo da economia. Por um lado, fragilizando de forma sensível o grau de resiliência das instituições financeiras perante um cenário de crise, em consequência do crescente volume de derivados negociados entre si e do aumento das interconexões daí resultantes⁵². Por outro lado, expondo aos efeitos adversos decorrentes do funcionamento do mercado um leque mais alargado de agentes económicos⁵³. No seguimento destas considerações, não é despidendo referir a segunda metade do ano de 2008 marcou o primeiro momento em que o valor nocional dos derivados de balcão negociados ao nível mundial sofreu uma queda desde o início do registo destes dados, em 1998⁵⁴.

Começou assim um aprofundado processo de reflexão sobre os aspectos do mercado de derivados de balcão que potenciaram os efeitos da crise tendo em vista a reformulação da infraestrutura então existente. Um dos principais eixos em que assentou esse esforço foi no papel que as CCP podiam desempenhar no âmbito dos procedimentos de compensação e liquidação tendo em vista a mitigação do risco de contraparte e do risco sistémico que então assombravam o mercado. Considere-se neste âmbito o documento publicado no ano de 2009 que ficou conhecido como *Relatório Larosiére*, e que se debruçou sobre formas de melhorar a supervisão e a resiliência nos mercados financeiros europeus. Uma das recomendações constantes desse relatório dirigia-se precisamente à importância de passar a ser exigida a intervenção de CCP em algumas transacções de

⁵¹ HULL (2010), p. 73

⁵² MURPHY, David – OTC Derivatives: Bilateral Trading & Central Clearing. Global Financial Markets, 2013, p. 94

⁵³ HULL (2010), p. 73.

⁵⁴ BANK FOR INTERNATIONAL SETTLEMENTS – OTC derivatives market activity in the second half of 2008. 2009, p. 1.

derivados⁵⁵. De forma conexa, tenha-se também presente a posição assumida nesse mesmo ano pelos membros do G20 na *Declaração de Pittsburgh*, que de forma decisiva estabeleceu que os derivados de balcão deveriam passar a ser compensados através de CCP até ao final do ano de 2012⁵⁶.

Outro importante passo rumo à revisão da infraestrutura do mercado dos instrumentos financeiros derivados foi dado com a apresentação em Novembro de 2011 daquele que ficou conhecido como o *1.º Relatório Giovaninni*⁵⁷. Esse relatório destacou as quatro fases essenciais⁵⁸ que compõem o procedimento de compensação e de liquidação de derivados: (i) a confirmação dos termos acordados entre as partes; (ii) a compensação mediante o cálculo das obrigações de cada uma das partes; a (iii) entrega dos instrumentos e dos valores necessários entre as partes; e (iv) o pagamento dos valores às partes que sejam credoras.

Considerando as suas funções tradicionais, as CCP poderiam desempenhar um importante papel em cada uma das quatro fases do procedimento de compensação e liquidação supra identificadas. Uma CCP, ao actuar na qualidade de vendedora perante todos os compradores e de compradora perante todos os vendedores, estará na posse de todos os elementos necessários para levar a cabo uma

⁵⁵ *Recommendation 8: Concerning securitised products and derivatives markets, the Group recommends to: – simplify and standardise over-the-counter derivatives; – introduce and require the use of at least one well-capitalised central clearing house for credit default swaps in the EU; – guarantee that issuers of securitised products retain on their books for the life of the instrument a meaningful amount of the underlying risk (non-hedged).* THE HIGH-LEVEL GROUP ON FINANCIAL SUPERVISION IN THE EU (2009). O Grupo foi presidido por Jacques de Larosière.

⁵⁶ Declaração dos Líderes Cúpula de Pittsburgh, Cimeira G20, Pittsburgh, 24-25 de setembro de 2009:

“Melhoria dos mercados de derivativos de balcão: Todos os contratos padronizados de derivativos de balcão devem ser negociados em bolsas de valores ou plataformas de negociação eletrônica, conforme seja o caso, e compensadas por meios de contrapartidas centrais até o final de 2012, no máximo. Os contratos de derivativos de balcão devem ser reportados aos repositórios de negociação e troca. Contratos não compensados de forma centralizada devem estar sujeitos a exigências mais altas de capital”.

⁵⁷ THE GIOVANNINI GROUP (2001).

⁵⁸ THE GIOVANNINI GROUP (2001), p. 4

apurada confirmação de todas as transacções de instrumentos financeiros derivados que fossem efectuadas com recurso aos seus serviços.

Após a confirmação, a CCP está igualmente em condições de calcular de forma eficaz o valor das obrigações assumidas pelos seus membros, inclusivamente através do já mencionado mecanismo de *netting*, através do qual a CCP pode compensar um valor devido por um membro numa determinada transacção com um valor devido a esse membro noutra operação – pois, recorde-se, a própria CCP substituiu os contratos bilaterais entre compradores e vendedores por contratos entre essas entidades e a própria CCP⁵⁹ –, tendo em vista atingir um valor de exposição líquida menor do que na hipótese de o cálculo ser realizado operação a operação⁶⁰. Uma das vias que permite às CCP efectuarem este processo de compensação de forma eficaz gira em torno da possibilidade de levarem a cabo um cálculo periódico das exposições dos seus membros de acordo a natureza dos instrumentos financeiros em causa e de acordo com o perfil de cada um dos investidores. Estes cálculos podem ser realizados diariamente ou mesmo várias vezes no mesmo dia, de forma a evitar a acumulação de exposições avultadas pelos seus membros⁶¹.

Na terceira fase, e de forma interligada com os cálculos de compensação, as CCP podem solicitar a entrega de garantias – *collateral* – aos seus membros, normalmente sob a forma de dinheiro ou de instrumentos financeiros, de acordo com o cálculo da sua exposição ao longo da duração das transacções⁶². De forma a dar cumprimento a esta atribuição, a CCP irá fazer solicitações de margem – *margin calls* – aos seus membros de acordo com o risco por si assumido em cada transacção. Estas margens podem ser solicitadas aquando da celebração da transacção – a *initial margin* – ou ao longo da sua execução, de acordo com a evolução da exposição associada – a *variation margin*. Em qualquer dos casos, o cálculo das

⁵⁹ PIRRONG (2011), p. 7.

⁶⁰ REHLON, NIXON (2013), p. 150.

⁶¹ REHLON, NIXON (2013), p. 150.

⁶² CARTER, Louise; COLE, Duke – Central Counterparty Margin Frameworks. Reserve Bank of Australia, Bulletin December (2017), pp. 85-87.

margens solicitadas pela CCP terá por base a estimativa das responsabilidades que poderão existir em cada transacção num cenário de incumprimento, de forma a que as garantias sejam suficientes para o cumprimento de todas as obrigações.

O objectivo associado a esta solicitação de garantias é o de a CCP assegurar que cada uma das partes numa transacção tenha contribuído com activos que garantam o cumprimento dos pagamentos que sejam devidos nos seus termos – quer nos prazos previstos em cada operação, quer no caso de ocorrer uma situação de incumprimento. Este procedimento é essencial em virtude da volatilidade da exposição das partes ao abrigo de uma transacção de instrumentos financeiros derivados, em que a atribuição dos papéis de credor-devedor não resulta directamente do contrato, mas sim das condições de mercado que lhe estão subjacentes. Nas palavras de ASCENSÃO⁶³, “*de facto, não basta a mera referência a outra realidade para caracterizar o derivado. O essencial é esse activo subjacente estar sujeito a oscilação financeira. Os derivados estruturam-se atendendo à variação de valor desse elemento de referência*”.

No caso da *initial margin*, o seu valor será calculado de acordo com a avaliação de risco que a CCP levar a cabo tendo em conta os contornos concretos da transacção e das partes envolvidas. Perante instrumentos financeiros derivados cujos termos assentem em preços mais voláteis ou que apresentem uma menor liquidez, a tendência será a de ser cobrado um valor mais elevado de *initial margin* que permita cobrir um maior volume de responsabilidades em caso de incumprimento⁶⁴.

Adicionalmente, as CCP podem solicitar o pagamento da *variation margin* destinado a acautelar exposições que se tenham agravado em virtude de alterações às condições de mercado relevantes durante a execução da transacção. Tal como analisado ao nível da compensação, as CCP realizarão os cálculos destinados a identificar tais exposições de acordo com os perfis de risco dos membros em

⁶³ ASCENSÃO (2003), p. 49.

⁶⁴ REHLON, NIXON (2013), p. 151.

causa, se necessário várias vezes ao dia⁶⁵. Os membros cujo valor de portfólio diminuiu em resultado dessas variações são chamados a entregar à CCP activos de valor equivalente a essa alteração no valor de mercado; no sentido contrário, a CCP estará obrigada a pagar àqueles membros cujo valor de portfólio tenha aumentado em valor equivalente a esse ganho de exposição⁶⁶.

5.2. O EMIR: a nova infraestrutura do mercado europeu

Conforme constatado por diversos autores, o EMIR foi um diploma legal europeu elaborado em virtude do circunstancialismo que contribuiu para a eclosão da crise financeira mundial, no seguimento da qual as Instituições viraram a sua atenção para a necessidade de limitar o risco sistémico associado ao mercado dos derivados de balcão⁶⁷. Um dos efeitos decorrentes da sua implementação identificados por ANTUNES⁶⁸ foi o de que partir da sua implementação “*os contratos derivados OTC padronizados passarão a ser objecto de compensação obrigatória através de contrapartes centrais, além da sua sujeição a regras especiais em sede da gestão do risco bilateral e do dever de comunicação a repositórios de transacções*”.

De facto, o EMIR foca a sua atenção de forma primordial nas matérias relativas à compensação e gestão de riscos ao nível dos contratos de derivados de balcão⁶⁹ celebrados por contrapartes financeiras e por contrapartes não financeiras estabelecidas na UE, bem como a derivados onde intervenham contrapartes oriundas de países terceiros que negociem com contrapartes europeias. Há assim que destacar de forma primordial a obrigação de compensação a que o EMIR sujeita as contrapartes financeiras e não financeiras que celebrem derivados de balcão; porém, há que referenciar

⁶⁵ REHLON, NIXON (2013), p. 151.

⁶⁶ PIRRONG (2011), p. 8.

⁶⁷ BARBOSA, Mafalda Miranda; GONÇALVES, José Luís – Instrumentos Financeiros. Gestlegal, 2020, p. 275.

⁶⁸ ANTUNES (2017), p. 197.

⁶⁹ Artigo 1.º n.º 1 do EMIR.

também a estipulação da obrigação de reporte dos contratos celebrados a um repositório de transacções⁷⁰ e a adopção de técnicas de atenuação de risco no âmbito dos contratos que não sejam sujeitos a compensação⁷¹.

O artigo 4.º n.º1 do EMIR sujeita à obrigação de compensação os contratos de derivados elegíveis que tenham sido celebrados (i) entre duas contrapartes financeiras⁷², (ii) entre duas contrapartes não financeiras⁷³ ou (iii) entre uma contraparte financeira e uma contraparte não financeira. Essencial para que esta obrigação seja aplicável é que ambas as contrapartes⁷⁴ excedam os limiares de

⁷⁰ Artigo 9.º do EMIR. O seu n.º 1 estabelece que *“as contrapartes e as CCPs devem assegurar que os elementos de todos os contratos de derivados que tenham celebrado, bem como qualquer eventual alteração ou cessação dos mesmos, sejam comunicados, nos termos dos n.ºs 1-A a 1-F, a um repositório de transacções registado nos termos do artigo 55.º ou reconhecido nos termos do artigo 77.º”*. A leitura do considerando 4 do Regulamento n.º 648/2012 ilustra bem a importância desta medida: *“os derivados do mercado de balcão («contratos de derivados OTC») são pouco transparentes, já que são contratos negociados de forma privada relativamente aos quais, normalmente, só as partes contratantes dispõem de informações. Criam uma complexa rede de interdependências que pode dificultar a identificação da natureza e do nível dos riscos envolvidos. A crise financeira veio demonstrar que essas características aumentam a incerteza em períodos de pressão sobre os mercados e, por conseguinte, provocam riscos para a estabilidade financeira”*.

⁷¹ Artigo 11.º do EMIR. Resulta deste artigo e das normas técnicas de regulamentação aprovadas pela Comissão sob proposta da ESMA (nos termos do n.º14 alínea a) através do Regulamento Delegado (UE) n.º 149/2013 da Comissão de 19 de Dezembro de 2012 e do Regulamento Delegado (UE) 2016/2251 da Comissão de 4 de Outubro de 2016 as seguintes técnicas de atenuação de riscos: (i) Confirmação atempada, (ii) reconciliação de carteiras, (iii) compressão de carteiras, (iv) identificação precoce e resolução de litígios entre as partes, (v) acompanhamento do saldo dos contratos vigentes e (vi) troca de garantias.

⁷² Nos termos do artigo 2.º ponto 8 do EMIR estão incluídas nesta categoria empresas de Investimento, instituições de crédito, seguradoras e organismos de investimento coletivo.

⁷³ Nos termos do artigo 2.º ponto 9 do EMIR será o caso de empresas estabelecidas na UE que não são Contrapartes Financeiras ou CCP.

⁷⁴ Na redacção original do Regulamento n.º 648/2012 este critério não se aplicava às contrapartes financeiras, que nos contratos celebrados entre si ficavam sujeitas ao cumprimento desta obrigação independentemente de qualquer ponderação ligada aos limiares de compensação. A actual solução resultou da aprovação do Regulamento (UE) n.º 2019/834 do Parlamento Europeu e do Conselho de 20 de maio de 2019 (EMIR Refit), que alterou o artigo 4.º n.º1 alínea a) ponto i) do EMIR. A fundamentação encontra-se no seu considerando 7: *“certas contrapartes financeiras têm um volume de atividade nos mercados de*

compensação estabelecidos pela Comissão⁷⁵ sob proposta da Autoridade Europeia dos Valores Mobiliários e dos Mercados (ESMA) ao abrigo do artigo 10.º n.º4 alínea b) do EMIR: mil milhões de euros em valor nocional bruto⁷⁶ de contratos de derivados de crédito ou de ações; três mil milhões de euros em valor nocional bruto de contratos de derivados de taxas de juro, de taxas de câmbio, de matérias-primas ou de contratos distintos dos anteriormente mencionados⁷⁷. Cada contraparte é responsável pelo cálculo periódico (de doze em doze meses) da sua posição média agregada em derivados de balcão, a qual será contraposta aos limiares de compensação que ditarão a sua classificação no âmbito do EMIR⁷⁸. Caso esse cálculo não seja realizado, as contrapartes em questão passarão a ter de cumprir com a obrigação de compensação.

O regime previsto no artigo 41.º do EMIR é essencial para compreender os termos em que funciona a mencionada obrigação de compensação. Nos termos do seu n.º1, *“as CCPs devem fixar, exigir e cobrar margens, que lhes permitam limitar as exposições em termos de crédito, aos seus membros compensadores”*. Estas margens constituirão assim valores que serão exigidos pelas CCP aos membros compensadores de acordo com as exposições que estes assumam nos derivados de balcão por si contratados, e que cuja cobrança pode assumir um carácter intradiário⁷⁹. O cumprimento desta obrigação

derivados OTC que é demasiado reduzido para representar um risco sistémico importante para o sistema financeiro e para a viabilidade económica da compensação centralizada. Essas contrapartes, geralmente referidas como pequenas contrapartes financeiras, deverão ficar isentas da obrigação de compensação, permanecendo contudo sujeitas à obrigação de troca de garantias para atenuar o risco sistémico”.

⁷⁵ Artigo 11.º do Regulamento Delegado (UE) n.º 149/2013.

⁷⁶ *“Somatório bruto resultante da soma das posições líquidas”* de cada contraparte, conforme exposto no considerando 22 do Regulamento Delegado n.º 149/2013.

⁷⁷ O artigo 10.º n.º 3 do EMIR demonstra a sensibilidade deste regime à possível utilização de derivados de balcão pelas contrapartes não financeiras para finalidades de cobertura de riscos *“diretamente relacionados com a atividade comercial ou com a gestão de tesouraria da contraparte não financeira ou do grupo em causa”*, caso em que esses contratos não serão incluídos neste cálculo. Os critérios que devem ser tidos em conta para essa qualificação constam do artigo 10.º Regulamento Delegado (UE) n.º 149/2013.

⁷⁸ Artigos 4.º-A n.º1 e 10.º n.º1 do EMIR

⁷⁹ Artigo 41.º n.º 3 do EMIR.

naturalmente pressupõe que as CCP monitorizem em permanência as condições de mercado⁸⁰ de acordo com os modelos de risco que tenham elaborado de acordo com as características dos contratos compensados junto de si⁸¹.

Recuperam-se agora dois conceitos já explorados neste capítulo: o de *initial margin* e o de *variation margin*. No âmbito do EMIR, a margem inicial é definida como “a margem constituída pela CCP para a cobertura de eventuais futuras exposições aos membros compensadores que depositam a margem”⁸² e a margem de variação como “a margem constituída ou depositada para refletir as exposições atuais resultantes de mudanças reais nos preços de mercado”⁸³.

É de salientar que para a cobrança da margem inicial relativa a derivados de balcão as CCP devem observar um intervalo de confiança⁸⁴ de 99,5%⁸⁵. Nesse momento inicial, os valores a serem pagos pelos membros compensadores a este título deverão ser aptos a cobrirem as exposições calculadas por referência ao histórico dos instrumentos financeiros em questão⁸⁶. Quanto ao horizonte temporal do pagamento de margens, para garantir a salvaguarda das CCP é essencial que o período de liquidação⁸⁷ seja o mais curto pos-

⁸⁰ Artigo 42.º n.º 1 do EMIR, parte final.

⁸¹ Artigo 42.º n.º 2 do EMIR.

⁸² Artigo 1.º ponto 5 do Regulamento Delegado (UE) n.º 153/2013 da Comissão de 19 de Dezembro de 2012.

⁸³ Artigo 1.º ponto 6 do Regulamento Delegado (UE) n.º 153/2013.

⁸⁴ Corresponde à “percentagem de movimentos respeitantes a todas as exposições de cada instrumento financeiro, apurada com referência a um período de retrospeção específico, que uma CCP tem de cobrir durante um determinado período de liquidação”, conforme decorre do artigo 1.º ponto 2 do Regulamento Delegado (UE) n.º 153/2013.

⁸⁵ Artigo 24.º n.º 1 alínea a) do Regulamento Delegado (UE) n.º 153/2013

⁸⁶ Este cálculo incidente sobre a volatilidade histórica deve abranger pelo menos os dados relativos aos doze meses anteriores, por aplicação do artigo 25.º n.º 1 do Regulamento Delegado (UE) n.º 153/2013. Nos termos do n.º 3 desta norma, caso ainda não existam tais dados históricos o cálculo deverá basear-se em “pressupostos prudentes”.

⁸⁷ Definido como “o período utilizado para o cálculo das margens que a CCP estima necessárias para gerir a sua exposição ao incumprimento de um membro e durante o qual se encontra exposta ao risco de mercado relacionado com a gestão das posições do insolvente” pelo artigo 1.º ponto 8 do Regulamento Delegado (UE) n.º 153/2013.

sível, sendo que o prazo indicado para os derivados de balcão é de cinco dias úteis⁸⁸.

Será por via da aplicação destas regras e procedimentos que as CCP poderão almejar o cumprimento do objectivo estabelecido no artigo 41.º n.º 1 do EMIR: *“as margens devem igualmente ser suficientes para cobrir as perdas resultantes de pelo menos 99 % dos movimentos respeitantes a todas as exposições num horizonte temporal adequado e para assegurar que a CCP garanta integralmente as suas exposições perante todos os seus membros compensadores”*.

Não se pode dar por encerrado o presente ponto sem analisar um dos mecanismos essenciais para o papel a ser desempenhado pelas CCP ao nível da mutualização do risco entre os participantes no mercado dos derivados de balcão: o fundo de incumprimento, designado como fundo de protecção no artigo 42.º do EMIR. Cada CCP que actue sob este regime deve *“manter um fundo de protecção pré-financiado para a cobertura de perdas que excedam as perdas a cobrir pelos requisitos de margens estabelecidos no artigo 41.º, decorrentes de situações de incumprimento, incluindo a abertura de processos de insolvência, de um ou mais membros compensadores”*⁸⁹.

O financiamento desse fundo tem por base as contribuições a serem pagas pelos membros compensadores de acordo com os seus níveis de exposição ao risco⁹⁰. Considerando que o objectivo último deste fundo de protecção é o de permitir *“à CCP suportar, em condições de mercado extremas, mas realistas, a insolvência do membro compensador em relação ao qual tenha as maiores exposições ou do segundo e terceiro membros compensadores em relação aos quais tenha as maiores exposições, se o total destas exposições for mais elevado”*, deverá ser estabelecido um valor mínimo abaixo do qual nunca se possa situar a liquidez do fundo⁹¹. Para a defini-

⁸⁸ Conforme decorre da alínea a) do n.º 1 do artigo 26.º do Regulamento Delegado (UE) n.º 153/2013. Este prazo deve ser considerando juntamente com *“as características do instrumento financeiro compensado, do tipo de conta em que o instrumento é detido, do mercado em que é comercializado”*.

⁸⁹ Artigo 42.º n.º 1 do EMIR.

⁹⁰ Artigo 42.º n.º 2 do EMIR.

⁹¹ Artigo 42.º n.º 1 e 3 do EMIR.

ção desse montante mínimo cada CCP deve considerar a hipotética verificação de um cenário de condições de mercado extremas, de forma a projectar quais seriam “*todos os riscos de mercado a que a CCP ficaria exposta após o incumprimento por um ou mais membros compensadores, incluindo oscilações desfavoráveis dos preços de mercado dos instrumentos compensados, a reduzida liquidez do mercado para esses instrumentos e a diminuição do valor de liquidação das garantias*”⁹².

Isto conduz a outra disposição da maior relevância constante do EMIR: a do procedimento de cascata em caso de insolvência de um membro compensador⁹³ (*default waterfall*). A finalidade desta regra é a de possibilitar que as perdas resultantes de tais ocorrências possam ser cobertas sem prejudicar a estabilidade da CCP. Para atingir esse fim, estabelece-se a seguinte ordem com que os diversos recursos confiados à CCP devem responder perante as perdas: em primeiro lugar as margens cobradas ao membro em incumprimento; em segundo a contribuição desse membro compensador para o fundo de protecção; em terceiro recursos próprios da CCP consignados para esse efeito (*skin in the game*)⁹⁴; em quarto as contribuições pagas pelos demais membros compensadores para o fundo de protecção, sendo que em caso de necessidade poderá ser exigido a estas entidades o pagamento de fundos adicionais⁹⁵;

É de notar que está vedada a possibilidade de os membros compensadores que não estejam em situação de incumprimento contribuírem para a cobertura das perdas por via das margens que lhes tenham sido cobradas⁹⁶, o que se compreende na medida em que a adopção de semelhante solução poderia acrescentar mais riscos ao mercado ao invés de contribuir para a salvaguarda da estabilidade da CCP e seus participantes.

⁹² Artigo 42.º n.º 3 do EMIR e artigo 30.º n.º 1 do Regulamento Delegado (UE) n.º 153/2013.

⁹³ Artigo 45.º do EMIR.

⁹⁴ Nos termos do artigo 35.º do Regulamento Delegado (UE) n.º 153/2013, o valor a consignar será obtido “*multiplicando o capital mínimo, incluindo os resultados retidos e as reservas (...) por 25%*”.

⁹⁵ Artigo 43.º n.º 3 do EMIR.

⁹⁶ Artigo 45.º n.º 4 do EMIR.

Por fim, e no que diz respeito às disposições que impõem que as CCP coloquem *skin in the game*⁹⁷ num eventual cenário de incumprimento, o EMIR tentou fazer um difícil equilíbrio entre a mutualização dos riscos a ser prosseguida por qualquer CCP e a prevenção do risco moral que pudesse ditar uma gestão ineficiente destas entidades. Quando se fala em mutualização dos riscos, naturalmente que o foco primordial da atenção não está na própria CCP, mas sim nos respectivos membros compensadores: são eles os agentes que se encontram a negociar no mercado, e que em última análise deverão aceitar a repartição dos inerentes riscos entre si, nomeadamente por via das contribuições a realizar para o fundo de incumprimento. No entanto, colocar todo o ênfase nesta mutualização poderia acabar por desresponsabilizar a própria CCP, conduzindo a eventuais cenários nefastos.

5.3. Os membros das contrapartes centrais

A partir da redacção do artigo 259.º n.º do CVM identificam-se desde logo dois tipos de membros que podem aceder aos serviços prestados pelas CCP: os “*membros compensadores*” e os “*membros negociadores*”.

Quanto aos primeiros, importa partir da definição constante da alínea 14) do artigo 2.º do EMIR: “*uma empresa participante numa CCP e que seja responsável pelo cumprimento de obrigações financeiras decorrentes dessa participação*”. Pode assim englobar-se neste conceito uma entidade que leve a cabo actividades de negociação no mercado, pelo que se poderá falar de uma situação de compensação directa (*direct clearing*). Paralelamente, pode também abranger entidades que mesmo que não compensem operações de negociação em nome próprio, exerçam essas funções em benefício de entidades com quem tenham acordado a prestação de serviços

⁹⁷ CARTER, Louise; GARNER, Megan – Skin in the Game – Central Counterparty Risk Controls and Incentives. Reserve Bank of Australia, Bulletin June (2015), pp. 87.

dessa natureza⁹⁸. Compreende-se deste modo a referência feita pelo n.º 4 do artigo 259.º do CVM ao facto de os membros compensadores assumirem perante a CCP o cumprimento “*das obrigações resultantes de operações por si assumidas, por sua conta ou por conta dos membros negociadores perante quem tenham assumido a função de compensação das operações*”.

Estes clientes dos membros compensadores corresponderão assim à qualificação de “*membros negociadores*”⁹⁹. Recorrendo à alínea 15) do artigo 2.º do EMIR, será a qualificação a atribuir a “*uma empresa que tem uma relação contratual com um membro compensador de uma CCP que lhe permite compensar as suas transações através dessa CCP*”. Esta forma de compensação indirecta (*indirect clearing*) visa assim acautelar o cumprimento das obrigações desta natureza que recaiam sobre participantes no mercado que não tenham possibilidade ou intenção de se tornarem eles próprios membros compensadores¹⁰⁰.

Tenha-se em atenção que o artigo 37.º n.º 1 do EMIR atribui às CCP o poder de definirem os critérios de admissão dos membros compensadores de forma a assegurar que estes dispõem dos “*recursos financeiros e capacidade operacional suficientes para cumprir as obrigações decorrentes da participação numa CCP*”. Tal como exigido pela ESMA¹⁰¹, esta redacção está em linha com as orien-

⁹⁸ Não obstante se encontrar revogado, o Regulamento CMVM n.º 95/9 que estabeleceu as Normas Gerais do Mercado de Futuros e Opções continha um elenco das funções a serem desempenhadas pelos membros compensadores, cuja leitura poderá ainda assim reputar-se como interessante para efeitos do tema em análise: “*a) A constituição, manutenção e reforço das garantias devidas pela realização de operações, bem como a sua liberação; b) O processamento dos movimentos resultantes do ajuste diário de ganhos e perdas; c) A participação nos procedimentos de liquidação física e financeira das operações; d) O pagamento das taxas devidas à entidade gestora pelas operações realizadas; e) O pagamento dos prémios das opções; f) A participação no processo de exercício das opções; g) O desempenho de outras actividades que venham a ser definidas em regulamento pela entidade gestora do mercado*”.

⁹⁹ Fazendo novamente referência à definição que constava do revogado Regulamento CMVM n.º 95/9: “*os membros negociadores intervêm na negociação em bolsa, introduzindo directamente as ofertas no sistema de negociação*”.

¹⁰⁰ EMIR – considerando 33.

¹⁰¹ “*Quando estejam a cumprir os deveres resultantes do EMIR para a autorização e supervisão de CCPs, as autoridades competentes devem garantir que as CCPs estabelecidas no*

tações previamente definidas pelo BIS para as infraestruturas de mercado quanto à previsão de critérios de admissão que permitam o livre acesso aos serviços por si prestados, mas sempre mediante a imposição de critérios de admissão que reflitam os riscos por si assumidos de forma a que não se coloque em perigo a segurança e a eficiência do mercado¹⁰².

O artigo 10.º n.º 1 alínea d) do Regulamento Delegado (UE) n.º 153/2013 da Comissão de 19 de Dezembro de 2012 estabelece que as CCP devem disponibilizar gratuitamente informação relativa aos “*critérios de admissão*” (...) “*aplicáveis à condição de membro compensador*”. Tendo por base a lista de CCP autorizadas pela ESMA para efeitos do EMIR¹⁰³, atente-se aos seguintes casos: a European Central Counterparty, estabelecida nos Países Baixos, estabelece na cláusula 5.3.1 do seu regulamento¹⁰⁴ que cada “*direct clearing participant*” tem de manter a todo um tempo um capital mínimo de 7.5 milhões de euros; já a OMIClear, estabelecida em Portugal, estabeleceu no ponto 21 da Circular B02/2014¹⁰⁵ que cada “*membro compensador directo*” tem de manter a todo o tempo um capital mínimo no valor de 7 milhões de euros.

Estes dados sustentam posições que destacam que apenas as entidades que exibam uma elevada capacidade técnica consigam satisfazer critérios tão exigentes em termos financeiros e operacio-

seu território cumprem com estes requisitos de acordo com os PFMI” (Principles for Financial Market Infrastructures publicados pelo BIS) “*e que operam de maneira consistente com eles*”. AUTORIDADE EUROPEIA DOS VALORES MOBILIÁRIOS E DOS MERCADOS – Guidelines and Recommendations regarding the implementation of the CPSS-IOSCO

Principles for Financial Market Infrastructures in respect of Central Counterparties. 2014.

¹⁰² BANK FOR INTERNATIONAL SETTLEMENTS; INTERNATIONAL ORGANIZATION OF SECURITIES COMMISSIONS – Principles for financial market infrastructures. 2012, p. 3, 167.

¹⁰³ Disponível em: https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/ccps_authorized_under_emir.pdf [consultado pela última vez no dia 29 de Agosto de 2021].

¹⁰⁴ Disponível em: <https://euroccp.com/document/euroccp-clearing-rule-book-2/?wpdmdl=5609&refresh=601156d59754a1611749077> [consultado pela última vez no dia 29 de Agosto de 2021].

¹⁰⁵ Disponível em: <https://www.omiclear.pt/pt/como-tornar-se-participante> [consultado pela última vez no dia 29 de Agosto de 2021].

nais, numa lógica tanto presente como futura¹⁰⁶. Nesta base, discute-se os propósitos subjacentes a esta regra não podem eles próprios colocar alguns problemas para o funcionamento do mercado. Não oferece grande discussão a ideia de que quanto mais sólida for a estrutura financeira e organizacional de uma CCP, maior será o contributo que esta poderá oferecer para a estabilidade do mercado. O problema coloca-se a montante: para as CCP cumprirem com estas metas, terão também de ser exigentes com os critérios aplicáveis à admissão de membros compensadores.

A CCP, ao colocar-se no meio de uma determinada transacção, vai transferir o risco de contraparte por si assumido para todos os seus membros. Daqui decorre que caso a CCP apenas admita instituições sólidas como seus membros, os riscos que lhe estão associados serão tendencialmente mais reduzidos. E tenha-se também em atenção a relevância deste tipo de critérios num eventual cenário de *default* de um membro compensador directo: quanto maior for a capitalização dos demais membros compensadores, maior será a capacidade destas entidades para a absorção das perdas daí decorrentes¹⁰⁷.

Origina-se assim um “*dilema de associação*”¹⁰⁸ às CCP: por um lado, entre contrapartes financeiras e contrapartes não financeiras o EMIR sujeita uma vasta gama de diferentes entidades ao cumprimento da obrigação de compensação a realizar pelos membros das CCP; por outro lado, os critérios de admissão às CCP têm de ter um grau de exigência que possibilite a sua estabilidade, o que acabará por impedir o acesso à qualidade de membro compensador a algumas entidades sujeitas à obrigação de compensação. Não é despidendo referir a este respeito que no início de 2020 a ESMA constatou que apenas 7 CCPs estabelecidas na UE

¹⁰⁶ BRAITHWAITE, Jo – The Dilemma of Client Clearing in the OTC Derivatives Markets. *European Business Organization Law Review*, 17 (2016), p. 361.

¹⁰⁷ LANE, Timothy; DION, Jean-Philippe; SLIVE, Joshua – Access to central counterparties: why it matters and how it is changing. *Financial Stability Review*, 17 (2013), p. 170.

¹⁰⁸ BRAITHWAITE (2016), p. 363.

admitem contrapartes não financeiras na qualidade de membros compensadores¹⁰⁹.

Estas entidades, nos casos em que não satisfaçam os critérios definidos pelas CCP para a admissão de membros compensadores directos, têm de cumprir a sua obrigação de compensação por intermédio de membros compensadores que tenham sido admitidos para esse efeito. Mais uma vez, atente-se à necessidade de estes membros compensadores terem índices financeiros sólidos com carácter permanente: ao prestarem serviços de compensação aos membros negociadores, estarão na prática a assumir as responsabilidades destes perante a CCP. Ora, isto pode acabar por conduzir a um desfecho algo contrário à intenção inicial do Legislador europeu, em virtude da concentração dos riscos decorrentes da negociação de instrumentos financeiros derivados num pequeno número de membros compensadores¹¹⁰.

A transição para um paradigma de compensação através das CCP pode assim afigurar-se como mais complexa e demorada do que o inicialmente pretendido, podendo também chegar-se a um cenário final em que o mercado não beneficie de todos os benefícios projectados, na medida em que a operacionalização de parte considerável da compensação estará dependente de entidades novamente reconduzíveis à adjectivação de *too big to fail*¹¹¹. De todo o modo, e tomando por assente a elevada exigência dos critérios de admissão de membros compensadores, a compensação indirecta assume-se como uma ferramenta indispensável para conciliar a o regular funcionamento com a estabilidade das CCP.

¹⁰⁹ AUTORIDADE EUROPEIA DOS VALORES MOBILIÁRIOS E DOS MERCADOS – CCPs' Membership Criteria and Due Diligence. Final Report. 2020, p. 6.

¹¹⁰ LANE, DION, SLIVE (2013), p. 171.

¹¹¹ FONTAINE, Jean-Sébastien; SAIZ, Héctor Pérez; SLIVE, Joshua – Access, Competition and Risk in Centrally Cleared Markets. Bank of Canada Review, Autumn (2012), p. 16.

III. A insolvência de contrapartes centrais: revisão de casos

O papel desempenhado pelas CCP na resposta à crise financeira mundial de 2007 foi fundamental para a posição de destaque que lhes foi concedida tendo em vista o reforço da solidez do mercado de derivados de balcão.

O exemplo paradigmático dessa actuação foi a eficiente contenção dos efeitos adversos que poderiam ter advindo da queda do *Lehman Brothers*. Chega-se mesmo a apontar que foi a pronta e eficaz actuação das CCP que evitou o colapso quase instantâneo dos mercados financeiros mundiais¹¹². Tal como noutros casos recentes, deve ser realçado o facto de as CCP que compensaram as transacções deste histórico banco terem desempenhado as funções que lhes estavam cometidas sem por regra terem utilizado para o efeito as margens e contribuições entregues por outros membros compensadores¹¹³.

Porém, urge não centrar atenções apenas nesta história de sucesso das CCP. Formular uma perspectiva sobre o desempenho futuro das CCP tendo por base exclusivamente os casos em que o exercício das suas funções acrescentou de facto maior solidez e transparência¹¹⁴ ao mercado poderia conduzir ao caminho da *falácia da mão quente*¹¹⁵. De forma a evitar essa via, será igualmente

¹¹² NORMAN, Peter – *The Risk Controllers: Central Counterparty Clearing in Globalised Financial Markets*. John Wiley & Sons, 2011.

¹¹³ WENDT, Froukelien – *Central Counterparties: Addressing their Too Important to Fail Nature*. Working Paper 15/21, International Monetary Fund, 2015, p. 11.

¹¹⁴ CUNLIFFE, Jon – *Central Clearing and Resolution – learning some of the lessons of Lehmans*. Central Clearing and Resolution – learning some of the lessons of Lehmans. FIA International Derivatives Expo 2018, London Tuesday 5, 2018, p. 3.

¹¹⁵ “*As pessoas por vezes preveem que sequências aleatórias se irão manifestar com persistência excessiva ao invés da ocorrência de revezes. Enquanto os fãs de basquetebol acreditam que os jogadores têm “mãos quentes”, sendo mais provável face à média que eles acertem o próximo lançamento quanto entram numa maré de sucesso, diversos estudos demonstraram que não existem sequências perceptíveis que justifiquem tais crenças*”. RABIN, Matthew; VAYANOS, Dimitri – *The Gambler’s and Hot-Hand Fallacies: Theory and Applications*. *Review of Economic Studies*, 77 (2010), p. 730.

importante considerar os casos em que as CCP não conseguiram proteger o mercado da ocorrência de resultados adversos.

Sem desconsiderar diversos cenários de quase-insolvência que ocorreram no passado¹¹⁶, no presente capítulo serão analisados os contornos daqueles que são consensualmente¹¹⁷ identificados como os três casos históricos de insolvências de CCP: (i) a *Caisse de Liquidation des Affaires en Marchandises* (CLAM), (ii) a *Kuala Lumpur Commodity Clearing House* (KLCCH) e (iii) a *International Commodities Clearing House Hong Kong Limited* (ICCH HK).

No final do capítulo, de forma a atingir objectivos semelhantes e considerando a sua grande proximidade com o enquadramento jurídico explanado no capítulo anterior, será abordado um caso de quase-insolvência ocorrido no recente ano de 2018 com epicentro junto da Nasdaq OMX Clearing AB (Nasdaq AB).

Os propósitos subjacentes à análise destes casos serão os de identificar as causas que originaram as situações de stress que perturbaram a estabilidade das CCP em questão, e de apurar de que forma as acções dessas mesmas entidades contribuíram quer para a criação das fragilidades do mercado, quer para a sua própria instabilidade.

¹¹⁶ “Também existiram várias quase-insolvências associadas a períodos de stress no mercado. No seguimento do crash do mercado de acções de Outubro de 1987, tanto a Chicago Mercantile Exchange como a Options Clearing Corporation encontraram dificuldades em colectar aumentos de margens aos seus membros. A CCP brasileira BM&F quase faliu em 1999 após uma desvalorização do real brasileiro ter causado o incumprimento de dois dos seus membros compensadores. Em alguns casos, as CCP enfrentaram dificuldades em condições de mercado relativamente benignas. Em Dezembro de 2013, uma CCP coreana teve de recorrer ao seu fundo de incumprimento em virtude do incumprimento de um dos seus membros – um pequeno broker-dealer – ter incumprido em virtude um erro ao nível da negociação. Os membros compensadores sobreviventes tiveram de absorver mais de \$40 milhões em perdas de forma a recapitalizarem o fundo”. FARUQUI, Umar; HUANG, Wenqian; TAKÁTS, Elód – Clearing risks in OTC derivatives markets: the CCP-bank nexus. BIS Quarterly Review, December (2018), p. 86.

¹¹⁷ FARUQUI, HUANG, TAKÁTS (2018), p. 86.

1. A *Caisse de Liquidation des Affaires en Marchandises*

A CLAM era uma CCP cujo funcionamento girava em torno da compensação das trocas negociadas na *Paris Commodity Exchange*. De entre os diversos activos cuja negociação passava por si há que destacar para efeitos da presente análise os futuros de açúcar¹¹⁸.

No ano que antecedeu o mês de Novembro de 1974, o valor de mercado deste activo sofreu uma prolongada valorização: o valor então registado equivalia a sensivelmente seis vezes o preço no início do período considerado¹¹⁹. A euforia causada por esta sucessão de valorizações – e consequente entrada em cena de investidores especulativos – começou a travar abruptamente nesse mês de Novembro, momento em que todo o cenário se inverteu em virtude do colapso dos preços¹²⁰.

Esta abrupta desvalorização teve naturalmente consequências para a negociação dos futuros de açúcar branco. Uma delas foi a necessidade de a CLAM efectuar *margin calls* aos respectivos membros compensadores de forma a que pudesse ser coberta a sua exposição à desvalorização do preço do activo. Entram aqui em equação as características relativas aos investidores presentes neste mercado. Em primeiro lugar, 56% das posições em aberto junto da CLAM pertenciam a um único investidor, Maurice Nataf¹²¹, o por si só demonstra que a solidez da sua posição era essencial para a estabilidade de todo o mercado. Em segundo lugar, uma preponderante parcela destes activos eram detidos por investidores não institucionais muitas vezes com pouco conhecimento sobre as características do produto em que investiam e sobre as responsabilidades que para si poderiam advir da respectiva negociação¹²². Seria esse o caso ao nível do desconhecimento da possível cobrança de margens por parte da CLAM caso ocorresse uma desvalorização do

¹¹⁸ BIGNON, Vincent; VUILLEMEY, Guillaume – The Failure of a Clearinghouse: Empirical Evidence. Working Paper 638, Banque de France, 2017, p. 2.

¹¹⁹ BIGNON, VUILLEMEY (2017), p. 10.

¹²⁰ BIGNON, VUILLEMEY (2017), p. 11.

¹²¹ BIGNON, VUILLEMEY (2017), p. 11.

¹²² BIGNON, VUILLEMEY (2017), p. 20

preço do activo¹²³. Por último, um aspecto igualmente importante e que liga as duas situações já mencionadas: Maurice Nataf encontrava-se a negociar uma parte substancial dos activos por si detidos por conta de investidores não institucionais¹²⁴. Daqui decorre que a CLAM não teria um conhecimento rigoroso sobre a real composição da estrutura de investidores que se encontravam a negociar neste mercado¹²⁵.

A estabilidade do mercado e a solvabilidade da CLAM começaram-se a desmoronar no momento em que Maurice Nataf entrou numa situação de incumprimento face ao pagamento das *margin calls* que lhe tinham sido exigidas, como consequência da severa depreciação do valor da posição por si detida neste mercado¹²⁶.

Para lá da explicação deste incumprimento com base nas condições então verificadas no mercado, ao longo dos anos tem sido igualmente escarpelizada a actuação da CLAM durante todo este processo, o que permitiu identificar alguns erros que permitem uma melhor compreensão sobre os motivos conducentes ao seu colapso. É certo que já foi de certo modo reconhecido que a CLAM se encontrava a fazer uma gestão relativamente eficiente das margens, pelo menos na medida em que o volume das *margin calls* por si apresentadas no período considerado se encontravam de um modo geral alinhadas com a evolução dos preços do mercado. Porém, o pressuposto que a CLAM colocava na base de todo o seu mecanismo de cobrança de margens não assegurava a necessária estabilidade para um mercado em que mais de metade das posições estavam centradas no mesmo investidor: o de que a percentagem a cobrar a título de margem deveria ser de 10% independentemente do perfil de risco do investidor associado¹²⁷.

Por outro lado, o incumprimento de Maurice Nataf não foi reconhecido de forma atempada: essa situação não foi oficialmente reconhecida pela CLAM após a primeira cobrança de margem

¹²³ BIGNON, VUILLEMEY (2017), p. 21.

¹²⁴ BIGNON, VUILLEMEY (2017), p. 11.

¹²⁵ BIGNON, VUILLEMEY (2017), p. 21-22.

¹²⁶ BIGNON, VUILLEMEY (2017), p. 11.

¹²⁷ BIGNON, VUILLEMEY (2017), p. 16.

malsucedida, algo que se prolongou por vários dias¹²⁸. Este atraso no reconhecimento da situação e na conseqüente mobilização dos procedimentos previstos para um caso de incumprimento tem sido apontado para um dos grandes motivos que fizeram a crise alastrar para um número mais elevado de investidores e para um maior volume de perdas¹²⁹.

Como conseqüência do incumprimento dos pagamentos de margens exigidos pela CLAM e pela ausência de outros investidores dispostos a assumir as respectivas posições dos agentes incumpridores, chegou-se a um ponto em que esta CCP deixou de ter capacidade financeira para assumir a liquidação dos activos que estavam à sua responsabilidade. Em virtude da sua situação de insolvência, a CLAM teve de ser resgatada, o que no caso concreto ocorreu de uma forma que possibilitou que pelo menos os custos directos fossem internalizados nos participantes desse mercado¹³⁰.

2. A *Kuala Lumpur Commodity Clearing House*

A insolvência da KLCCH ocorreu em virtude de perturbações registadas na *Kuala Lumpur Commodity Exchange*¹³¹, em virtude de uma súbita descida do preço dos futuros de óleo de palma que sucedeu a um período de valorização, à semelhança do que ocorreu relativamente ao açúcar branco no caso da CLAM.

¹²⁸ BIGNON, VUILLEMEY (2017), p. 23.

¹²⁹ E que inclusivamente fazem da insolvência da CLAM um modelo paradigmático de análise. Neste tipo de cenários, a CCP pode atrasar a declaração de *default* e/ou a cobrança de margens na esperança de que o mercado venha a evoluir em termos que favoreçam o realinhamento do membro compensador em falta com o cumprimento das suas obrigações. Porém, isto pode conduzir a que os membros incumpridores assumam maiores riscos de forma a tentarem garantir a sua sobrevivência no mercado, o que ao invés de solucionar a situação pode trazer perdas acrescidas tanto para os investidores como para a CCP. FARUQI, HUANG, TAKÁTS (2018), pp. 85-86.

¹³⁰ BIGNON, VUILLEMEY (2017), p. 32.

¹³¹ HILLS, Bob [et al.] – Central counterparty clearing houses and financial stability. Financial Stability Review, June (1999), p. 129.

O mencionado período de valorização atraiu muita atenção para os derivados em questão, especialmente de investidores que pretendiam especular em virtude das constantes subidas de preço então registadas. Em virtude desta nova dinâmica do mercado verificou-se a concentração¹³² de mercado após a aquisição de grandes posições por um reduzido número de investidores.

A quebra no valor do óleo de palma que marcou o início do fim da KLCCH surgiu precisamente partir das decisões de um dos principais investidores nesse mercado, Loo Cheng Ghee, que ao encetar uma operação de *short selling*¹³³ de futuros de óleo de palma mal sucedida abriu o caminho para uma quebra acentuada preço desse activo¹³⁴. Tendo a negociação continuado a ser permitida pelo mercado mesmo após esta ocorrência, a KLCCH exigiu o pagamento de margens aos investidores cujas posições estavam expostas a esta desvalorização, ainda que os pressupostos subjacentes ao seu cálculo não tenham sido revistos em virtude da maior volatilidade do mercado¹³⁵. Ora, tal como sucedeu no caso anterior, também a KLCCH se confrontou com o incumprimento dos principais investidores: seis investidores com grandes posições entraram numa situação de *default* avaliada em setenta milhões de USD¹³⁶. A KLCCH viu-se assim numa situação de insolvência em virtude da sua incapacidade em assegurar o cumprimento das obrigações assumidas perante os credores com base no capital que tinha disponível.

Num relatório técnico elaborado pelas autoridades da Malásia foram identificadas diversas falhas de acção imputáveis à KLCCH. Estando em causa uma CCP que tinha um período de existência

¹³² FRIESZ, Melinda; VÁRADI, Kata – The Role of Central Counterparties on the Energy Market. *International Journal of Multidisciplinary in Business and Science*, 5:8 (2019), p. 50.

¹³³ “Inclui todos os casos em que, no momento em que ordena a venda, o investidor não é titular (não é proprietário) das acções ou das obrigações”. MONTEIRO, Manuel – O Regime Europeu do Short Selling. In *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários, Ensaios de Homenagem a Amadeu Ferreira, Volume II*, p. 33.

¹³⁴ FRIESZ, VÁRADI (2019), p. 50.

¹³⁵ INTERNATIONAL MONETARY FUND – Global Financial Stability Report Meeting New Challenges to Stability and Building a Safer System. 2010, p. 108.

¹³⁶ GREGORY, Jon – Central Counterparties: Mandatory Central Clearing and Initial Margin Requirements for OTC Derivatives. John Wiley & Sons, 2014, p. 268.

ainda muito curto até então – tendo iniciado a sua actividade em 1980 –, os responsáveis pela sua gestão e operacionalização não tinham ainda um nível de experiência apropriado¹³⁷ para a devida contenção da crise despoletada no mercado do óleo de palma. Tal como no caso da CLAM, foi também assinalada a existência de um considerável desfasamento temporal entre o deflagrar do *crash* no mercado e a tomada de uma acção consonante pelas entidades competentes, nomeadamente a KLCCH, em virtude de ter decorrido um prazo de doze dias entre a quebra inicial dos preços e a concretização das primeiras situações de *default* dos investidores¹³⁸.

3. A *International Commodities Clearing House Hong Kong Limited*

No ano de 1987, a Hong Kong Futures Exchange (HKFE) estava a florescer a um ritmo muito promissor no contexto mundial: isso mesmo é ilustrado pelo facto de ter nesse ano atingido o seu record de celebração de quarenta mil contratos num único dia de negociação¹³⁹.

Esta dinâmica foi subitamente travada no dia 19 de Outubro de 1987, dia que ficou conhecido como a *segunda-feira negra* em função do *crash* registado nos mercados financeiros ao nível mundial. A HKFE tomou de imediato as rédeas da situação e determinou que a negociação seria suspensa durante uma semana¹⁴⁰, de forma a evitar a erosão do valor existente no mercado. Posto isto, e perante a mais do que certa quebra do preço dos futuros que seria registada aquando da reabertura do mercado, colocou-se a dúvida de saber se a ICCH HK – que era a CCP a actuar na HKFE – iria conseguir cobrar aos investidores as margens ditadas pela desvalorização dos

¹³⁷ FRIESZ, VÁRADI (2019), p. 50.

¹³⁸ HILLS [et al.] (1999), p. 129.

¹³⁹ SECURITIES REVIEW COMMITTEE – The Operation and Regulation of the Hong Kong Securities Industry. Report. 1988, p. 145.

¹⁴⁰ GREGORY (2014), p. 269.

activos¹⁴¹ – margens cuja calibração não foi devidamente revista durante o período de maior volatilidade registado no mercado¹⁴², em perfeita sintonia com o que se registou nos dois casos anteriores. O facto de grande parte das transações negociadas neste mercado estarem concentradas num reduzido número de membros compensadores aumentou ainda mais os receios de um possível colapso do mercado de futuros. Algo que neste caso concreto seria especialmente pernicioso, pelo possível contágio para o mercado acionista, o qual estava também já a braços com os efeitos da *segunda-feira negra*: as autoridades identificaram que para muitos investidores o propósito subjacente à venda de futuros de ações era o financiamento de operações de compra de acções¹⁴³.

Concretizando-se o temido incumprimento generalizado quanto ao pagamento de margens, o fundo de incumprimento – cuja gestão estava entregue a uma terceira entidade, a *Hong Kong Futures Guarantee Corporation* (HKFGC) – não estaria em condições de assumir os pagamentos devidos aos credores a partir do seu capital e das suas reservas. Não restou assim outra alternativa às autoridades de Hong Kong senão a de se articularem com outras entidades privadas de forma a criarem uma linha de financiamento cujo valor foi maioritariamente composto por dinheiros públicos¹⁴⁴.

No seguimento desta crise, e de forma a evitar a repetição de casos semelhantes, as autoridades de Hong Kong determinaram a elaboração de um relatório sobre as causas da situação em análise, o qual ficou conhecido *Relatório Davison*. Para além das fragilidades já identificadas, resultam deste documento fragilidades adicionais que podem ser imputadas aos membros compensadores e aos seus clientes: os primeiros não dispunham de capital para fazer face aos crescentes riscos a que se expuseram no mercado, tenho também falhado ao nível da atempada cobrança de margens junto dos seus clientes; quanto aos segundos, foram recolhidos dados demons-

¹⁴¹ SECURITIES REVIEW COMMITTEE (1988), p. 145.

¹⁴² INTERNATIONAL MONETARY FUND – Making Over-the-Counter Derivatives Safer: The Role of Central Counterparties. In Global Stability Report, 2010, p. 18.

¹⁴³ INTERNATIONAL MONETARY FUND (2010), p. 18.

¹⁴⁴ GREGORY (2014), p. 269.

trativos de que muitos desses clientes não compreenderam devidamente o seu grau de exposição ao risco em virtude na negociação de futuros¹⁴⁵.

Por fim, importa salientar que o facto de neste mercado existirem três entidades com responsabilidades distintas, ainda que conexas – a HFKE, a ICCH HK e a HKFGC – não facilitou a intervenção de nenhuma delas neste cenário de crise, em virtude de uma relação marcada por assimetrias informativas geradoras de risco moral. Ilustrativo disto é o facto de que embora a ICCH HK (a CCP) fosse a entidade responsável pela tarefa de compensação e inerente monitorização da evolução da posição dos membros compensadores, em última análise não seria ela a ter de responder por todas as perdas em caso de colapso do mercado, pois o fundo de incumprimento encontrava-se a cargo da HKFGC, ao passo que este último estaria sujeito a elevadas perdas embora não dispusesse de poderes ao nível da compensação¹⁴⁶.

4. A Nasdaq OMX Clearing AB

Mesmo estando aqui em causa uma situação de quase-insolvência de uma CCP, a sua análise revela-se particularmente pertinente na medida em que diz respeito a uma CCP que se encontra actualmente autorizada para exercer as suas funções de compensação ao abrigo do EMIR¹⁴⁷.

A origem deste episódio situa-se numa aposta feita por um investidor norueguês, Einar Aas, na Nasdaq Oslo ASA, mercado de futuros norueguês, cuja CCP responsável pelas tarefas de compensação é a Nasdaq AB. Este investidor delineou os seus investimentos nesse mercado com base na sua previsão de que os preços da energia nórdicos e alemães iriam passar por um fenómeno de convergência. Ora, não só não se verificou esta evolução no mer-

¹⁴⁵ INTERNATIONAL MONETARY FUND (2010), p. 18.

¹⁴⁶ HILLS [et al.] (1999), p. 129.

¹⁴⁷ Disponível em: https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/ccps_authorized_under_emir.pdf [consultado pela última vez no dia 29 de Agosto de 2021].

cado, como até sucedeu o exacto oposto: devido a uma conjugação de factores políticos e naturais, os preços em questão divergiram de forma súbita no dia 10 de Setembro de 2018¹⁴⁸.

Sendo uma evolução contrária à sua aposta, a exposição deste investidor às potenciais perdas inerentes conduziu a que nesse mesmo dia a Nasdaq AB lhe dirigisse uma *margin call* destinada ao pagamento de uma margem de variação de valor substancial, na medida em que excedia quase em metade o valor da margem inicial relativa aos contratos em questão.

Não tenho Einar Aas efectuado o pagamento dos valores que lhe foram exigidos a este título, a Nasdaq AB declarou prontamente no dia seguinte a sua situação de *default*. De acordo com os seus procedimentos em vigor para este tipo de situações, a Nasdaq AB encerrou a posição deste investidor por via da realização de um leilão das suas posições junto dos demais membros compensadores. Em face da mencionada da variação de preços e do conseqüente reduzido número de membros compensadores que se revelaram capazes de assumir as posições em causa, deste leilão resultaram perdas no valor de 114 milhões de euros (EUR), valor ao qual se encontram já subtraídas tanto as margens pagas por Aas como a sua contribuição para o fundo de incumprimento. De acordo com o procedimento cascata, o capital da Nasdaq AB respondeu com um valor de 7 milhões de EUR, ao passo que os remanescentes 107 milhões de EUR foram absorvidos pelo fundo de incumprimento – cuja capitalização era à data de 166 milhões de EUR¹⁴⁹.

O primeiro factor a destacar neste caso é o de não estar em causa uma situação de insolvência de CCP, na medida em que a Nasdaq AB conseguiu responder a esta crise de acordo com os seus procedimentos. Porém, não é de desconsiderar para efeitos futuros que uma aposta malsucedida de um único investidor, pessoa singular, delapidou praticamente dois terços do fundo de incumprimento existente¹⁵⁰.

¹⁴⁸ FARUQUI, HUANG, TAKÁTS (2018), p. 75.

¹⁴⁹ FARUQUI, HUANG, TAKÁTS (2018), p. 75.

¹⁵⁰ FARUQUI, HUANG, TAKÁTS (2018), p. 73.

De entre os motivos que foram já identificados como tendo possibilitado esta ocorrência, destaca-se antes de mais não tanto o facto de estar em causa um investidor não institucional, mas principalmente o facto de ele próprio ser um membro compensador¹⁵¹. Como tal, o senhor Aas encontrava-se tanto a negociar como a compensar contratos de futuros por sua exclusiva iniciativa, sem ter o apoio de qualquer intermediário financeiro.

Por outro lado, também se levantaram questões relativamente à ação da Nasdaq AB quanto ao procedimento existente em torno das margens, o que não é de estranhar uma vez que estas se revelaram exíguas para evitar o recurso ao capital da CCP e ao fundo de incumprimento¹⁵². Isto tanto ao nível do cálculo das margens, quanto a saber se a concentração de riscos revelada por um determinado investidor estaria a ser devidamente considerada, bem como quanto à sua cobrança, no que diz respeito à eventualidade de estarem em causa períodos de liquidação demasiado longos tendo em conta a elevada volatilidade de alguns produtos.

IV. A resolução das contrapartes centrais

1. As contrapartes centrais como instituições *too big to fail*

Da análise empreendida ao longo do capítulo anterior resulta que embora as CCP tenham vindo a desempenhar ao longo das últimas décadas e com importância crescente um papel central ao nível da manutenção da estabilidade do mercado de derivados, não estão imunes a riscos que possam colocar em causa a sua solvabilidade.

É certo que o facto de o mais recente cenário de crise analisado ter sido resolvido pela própria Nasdaq AB através dos procedimentos por si implementados para o efeito oferece algumas garantias

¹⁵¹ FUTURES INDUSTRY ASSOCIATION – Central Clearing: Recommendations for CCP Risk Management. 2018, p. 4.

¹⁵² FUTURES INDUSTRY ASSOCIATION (2018), p. 4.

em termos da solidez que as CCP autorizadas ao abrigo do EMIR apresentam face a impactos económicos adversos. Ainda assim, uma das importantes lições que se deve retirar da crise financeira mundial de 2007 e da subsequente crise das dívidas soberanas europeia é a de que a manutenção da estabilidade de uma determinada entidade não se poderá dar por absolutamente garantida durante severos períodos de crise. Após na última década se ter assistido à queda de diversos bancos, alguns dos quais com importância em termos tanto históricos como actuais, será perigoso aceitar como pressuposto que as *jovens* CCP que têm vindo a ser autorizadas para actuar ao abrigo do EMIR no mercado de derivados de balcão estão isentas de riscos.

Por mais improvável que se considere ser a hipótese de uma CCP poder vir a estar a braços com uma situação de insolvência nos anos vindouros, os custos associados à insolvência descontrolada destas infraestruturas do mercado seriam certamente superiores aos custos inerentes ao desenvolvimento e aprovação de um regime que evite e/ou que atenuie os efeitos decorrentes de uma hipotética concretização desse cenário. Considerando o papel por si actualmente desempenhado nos mercados, nomeadamente a compensação de derivados de balcão ao nível europeu, dificilmente se poderá conceber um cenário em que as CCP não sejam qualificadas como sendo instituições *too big to fail*¹⁵³, com todos os perigos associados a semelhante qualificação: num cenário de crise, a previsão da ocorrência de um resgate público em caso de necessidade seria o gatilho para a criação de uma situação de risco moral com efeitos perniciosos para o mercado, e cujos custos poderiam acabar por vir a ser suportados por todo e qualquer contribuinte, independentemente do seu grau de actividade nos mercados financeiros.

Da mesma forma que a aprovação de regras europeias destinadas à resolução de instituições de crédito se revelou um importante passo para conferir maior solidez ao mercado, a discussão actual-

¹⁵³ CANINI, Romualdo – Central Counterparties are Too Big for the European Securities and Markets Authority (Alone): Constructive Critique of the 2019 CCP Supervision Regulation. *European Business Organization Law Review*, 2021, p. 1.

mente existente em torno da implementação de regimes semelhantes aplicáveis às CCP tem de ser encarado de forma positiva. Neste capítulo serão assim analisados quer os seus antecedentes quer os termos do recém-aprovado regime de resolução de CCP ao nível europeu, de forma a que se possam destacar as suas virtudes e também os seus aspectos ainda passíveis de serem aprimorados.

2. O desenvolvimento de um enquadramento de resolução ao nível internacional

Desde a eclosão da crise financeira mundial de 2007 que diversos organismos internacionais têm centrado a sua atenção no desenvolvimento de regimes de resolução que possam ser aplicados a instituições financeiras. Considerando a acentuada sensibilidade com que os mercados financeiros reagiram perante as situações de insolvência que atingiram um limitado número de intervenientes, reconheceu-se que a aplicação dos regimes convencionais de insolvência não seria a forma mais adequada de lidar com este tipo de situações. Conforme já analisado em trabalhos anteriores¹⁵⁴, começaram assim a ser desenhados regimes de resolução que condesassem regras específicas aplicáveis a instituições financeiras que se encontrassem em situação de insolvência, ou muito próximas de deixarem de ter condições de cumprir os compromissos por si assumidos. O propósito fundamental seria o de evitar a cessação súbita da prossecução das actividades dotadas de importância sistémica destas instituições – cujo perigo de concretização conduziu no passado a avultados resgastes públicos¹⁵⁵ – e de garantir a estabilidade do mercado nessas circunstâncias.

No leque de instituições financeiras consideradas incluíram-se naturalmente as infraestruturas de mercado, atentando ao importante papel por si desempenhado para a solidez do mercado. No

¹⁵⁴ BARATA, André Mendes. *O Resgate do Sistema Bancário: a Intervenção Pública em Cenários de Crise*. Universidade de Lisboa, 2014. Dissertação de Mestrado.

¹⁵⁵ BARATA (2014), 38-90.

relatório *Key attributes of effective resolution regimes for financial institutions* elaborado pelo *Financial Stability Board* (FSB) em 2011 refere-se especificamente que “as infraestruturas dos mercados financeiros devem ser sujeitas a regimes de resolução que apliquem os objectivos e as regras destas *Key Attributes* de forma apropriada às *IMF* e às suas funções críticas nos mercados financeiros. A escolha dos poderes de resolução deve ser guiada pela necessidade de manter a continuidade das funções críticas das *IMF*”¹⁵⁶.

Numa revisão deste documento ocorrida em 2014, o FSB acrescentou que no caminho para atingir tais objectivos¹⁵⁷ seria essencial evitar que quaisquer prejuízos decorrentes da actividade das CCP acabasse por ser assumido pelo erário público. Para esse fim, os regimes de resolução deveriam ser desenhados de forma a viabilizar a recuperação das CCP de forma a que estas voltasse a conseguir cumprir as suas funções sem desrespeito pelos compromissos por si assumidos ou, caso tal não se revelasse possível, permitindo proceder à sua liquidação ordenada após as suas funções serem transferidas para outras instituições¹⁵⁸.

Importa também considerar neste contexto os contributos dados pela *International Organization of Securities Commissions* (IOSCO) e pelo BIS ao nível do desenvolvimento de princípios aplicáveis tanto à recuperação como à resolução das CCP.

No documento de 2012 intitulado *Principles for financial market infrastructures*, a IOSCO e o BIS reconheceram que perante a ocor-

¹⁵⁶ FINANCIAL STABILITY BOARD – *Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions*. 2011, p. 5.

¹⁵⁷ Os quais também foram melhor densificados no que diz respeito às *IMF*: (i) *achieve continuity and timely completion of critical payment, clearing, settlement and recording functions*; (ii) *facilitate the timely settlement of obligations of the FMI*; (iii) *maintain continuous access of participants to securities or cash accounts provided by the FMI and securities or cash collateral posted to and held by the FMI that is owed to such participants*; (iv) *avoid any disruption in the operation of links between the FMI in resolution and other FMIs that would have a material negative effect on financial stability or the functioning of markets*; and (v) *safeguard, preserve and enable continuous processing of, and access to, data stored in a TR*. FINANCIAL STABILITY BOARD – *Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions*. 2014, p. 58.

¹⁵⁸ FINANCIAL STABILITY BOARD (2014), p. 58.

rência de condições extremas de mercado é possível conceber um cenário em que as CCP deixem de conseguir manter o cumprimento das suas funções e obrigações. Nesse cenário, um processo de liquidação abrupto das mesmas poderia desencadear ondas de choque que funcionariam como gatilho para a insolvência de outras CCP e de outras instituições financeiras, especialmente quando as funções da entidade insolvente não fossem prontamente assumidas por outra CCP¹⁵⁹. Partindo dos trabalhos anteriormente desenvolvidos pelo FSB, destacou-se a importância de cada CCP preparar os seus planos de recuperação e de resolução, bem como de garantir que em cada momento estejam reunidas as condições para a sua execução em caso de necessidade¹⁶⁰.

Em 2014 estas organizações apresentaram outro relatório relevante intitulado *Recovery of financial market infrastructures*. Nele sustentou-se que caso a recuperação de uma CCP em dificuldades não se revele exequível, quer por o plano de recuperação não ter sido passível de execução ou não ter sido bem sucedido, quer por se antever que as medidas constantes do plano não serão suficientes para resgatar a CCP da sua situação de insolvência, as autoridades competentes devem sujeitá-la à aplicação de medidas de resolução da forma mais expedita quanto for possível¹⁶¹.

Tendo em conta a análise empreendida no capítulo interior é também de salientar que a IOSCO e o BIS reconheceram que de entre as várias causas que podem conduzir à insolvência de uma CCP¹⁶² a principal decorrerá da verificação de perdas não cobertas

¹⁵⁹ BANK FOR INTERNATIONAL SETTLEMENTS (2012), p. 14

¹⁶⁰ BANK FOR INTERNATIONAL SETTLEMENTS (2012), p. 15.

¹⁶¹ BANK FOR INTERNATIONAL SETTLEMENTS; INTERNATIONAL ORGANIZATION OF SECURITIES COMMISSIONS – *Recovery of financial market infrastructures*. 2014, p. 6.

¹⁶² Além da causa de seguida apresentada no parágrafo em questão, foram também identificadas como possíveis causas a ocorrência de (i) ocorrência de défices de liquidez não cobertos, de (ii) perdas decorrentes de investimentos e de serviços de custódia, e de (iii) perdas decorrentes do risco de negócio. BANK FOR INTERNATIONAL SETTLEMENTS; INTERNATIONAL ORGANIZATION OF SECURITIES COMMISSIONS (2014), p. 12 – 13

resultantes do incumprimento de um membro compensador¹⁶³, algo que se interliga com as causas que conduziram à queda da CLAM, da KLCCH e da ICCH HK, bem como com os factos mais recentes que criaram severos constrangimentos à Nasdaq AB.

3. O regime europeu de resolução das contrapartes centrais

Em linha com as preocupações e possíveis linhas de acção apresentadas pelo FSB, pela IOSCO e pelo BIS, entre as Instituições europeias teve também lugar uma crescente discussão sobre as medidas a serem aplicadas no caso de uma hipotética insolvência de uma CCP, que redundaram na apresentação pela Comissão da proposta de um enquadramento legal para a recuperação e resolução das CCP¹⁶⁴, e que acabou por conduzir à aprovação do Regulamento (UE) n.º 2021/23 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de Dezembro de 2020 relativo ao regime da recuperação e resolução das contrapartes centrais (RRCCP).

No RRCCP procede-se ao desenvolvimento de um regime de resolução em moldes semelhantes ao que resulta do MUR aplicável às instituições de crédito, ainda que com algumas diferenças sensíveis, naturalmente justificada pelas diferentes funções desempenhadas pelas CCP e pela sua dimensão. Desde logo, é possível identificar que os seus objectivos essenciais se encontram alinhados com o regime de resolução bancária preexistente: o de assegurar a prossecução das actividades críticas de uma CCP em situação de insolvência ou de pré-insolvência¹⁶⁵ e de evitar a criação de ondas de contágio para as demais instituições presentes no mercado, a partir da aplicação de medidas de resolução que permitam a canalização

¹⁶³ BANK FOR INTERNATIONAL SETTLEMENTS; INTERNATIONAL ORGANIZATION OF SECURITIES COMMISSIONS (2014), p. 12.

¹⁶⁴ Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo a um enquadramento para a recuperação e resolução das contrapartes centrais e que altera os Regulamentos (UE) n.º 1095/2010, (UE) n.º 648/2012 e (UE) n.º 2015/3265, COM/2016/0856.

¹⁶⁵ De acordo com as condições previstas no artigo 22.º do RRCCP.

de dinheiros públicos para a sua operacionalização se restrinja a casos extraordinários e com o menor valor possível¹⁶⁶.

Antes da aplicação de qualquer tipo de medida, constam do RRCCP diversas disposições que se interligam com a necessidade de existir o devido planeamento para o surgimento de uma hipotética situação de crise. As CCP deverão assim elaborar planos de recuperação onde elenquem as linhas de acção a seguir caso a sua situação financeira se deteriore de forma sensível ou caso estejam em risco de deixar de cumprir os requisitos prudenciais estabelecidos pelo EMIR¹⁶⁷. Paralelamente, as Autoridades de Resolução¹⁶⁸ (AdR) deverão elaborar planos de resolução onde sejam identificadas as medidas de resolução a aplicar no caso se ser necessário sujeitar uma determinada CCP à aplicação de instrumentos dessa natureza¹⁶⁹, ficando os mesmos dependentes de aprovação por decisão conjunta¹⁷⁰ a ser tomada pelo respectivo Colégio de Resolução¹⁷¹ (CdR).

Posteriormente, e caso a aplicação de medidas de intervenção precoce¹⁷² não cumpra o propósito de evitar a revogação de autorização da CCP ao abrigo do EMIR ou a sua incapacidade em prosseguir com o desempenho das suas funções críticas¹⁷³, ou caso as circunstâncias não permitam antever o sucesso da eventual aplicação de tais medidas¹⁷⁴, a instituição em questão poderá ser sujeita à

¹⁶⁶ Artigo 21.º n.º 1 do RRCCP.

¹⁶⁷ Artigo 9.º n.º 1 do RRCCP.

¹⁶⁸ A serem designadas pelos Estados-Membros entre os respectivos bancos centrais, ministérios, autoridades públicas administrativas ou outras autoridades com poderes públicos administrativos, desde que disponham dos conhecimentos, recursos e capacidade operacional necessários para exercerem de forma eficiente os poderes e competências em causa, nos termos do artigo 3.º n.º 1 e 2 do RRCCP.

¹⁶⁹ Artigo 12.º n.º 2 do RRCCP.

¹⁷⁰ Caso o plano de resolução apresentado não consiga obter a concordância conjunta dos membros do CdR, poderá ser solicitada a intervenção da ESMA tendo em vista a aproximação das partes em desacordo, nos termos do artigo 14.º n.º 4 da Proposta; caso ainda assim o acordo não seja possível, o n.º 5 estabelece que a decisão caberá à AdR competente.

¹⁷¹ Artigo 4.º do RRCCP.

¹⁷² Cujo elenco consta do artigo 19.º do RRCCP.

¹⁷³ Artigo 19.º n.º 1 do RRCCP.

¹⁷⁴ Artigo 22.º n.º 1 alíneas a) e b) e n.º 2 alíneas a) e b) do RRCCP.

aplicação de instrumentos de resolução, os quais deverão ser aplicados pela AdR competente para o efeito, coadjuvada pelo respectivo CdR¹⁷⁵.

3.1. Os instrumentos de resolução

De forma a possibilitar a obtenção simultânea destes propósitos, foram desenhados diversos instrumentos de resolução que podem ser aplicados isolada ou conjugadamente, e que se podem dividir nas seguintes categorias: (i) partilha das responsabilidades existentes com os detentores do capital da CCP, membros compensadores e outros credores, (ii) recurso a soluções de mercado e (iii) criação de uma CCP de transição.

3.1.1. A partilha das responsabilidades existentes com os detentores do capital da CCP, membros compensadores e outros credores

Destacam-se a este nível as primeiras medidas de resolução que são identificadas no RRCCP: a repartição de posições e de perdas¹⁷⁶ e a redução e conversão de instrumentos de propriedade e de instrumentos de dívida ou de outros passivos não garantidos¹⁷⁷. Os objectivos imediatos comuns¹⁷⁸ à aplicação destas medidas serão os de lograr a cobertura das perdas da CCP, de recuperar a sua capacidade para proceder ao cumprimento atempado das suas obrigações e, sendo necessário, de a recapitalizar para efeitos de cumprimento das suas condições de autorização.

No que diz especificamente respeito à imposição de perdas no âmbito de um procedimento de resolução, o RRCCP é claro ao definir a hierarquia a ser respeitada pela AdR: surgem em primeiro

¹⁷⁵ Artigo 4.º do RRCCP.

¹⁷⁶ Artigos 27.º n.º 1 alínea a) e 28.º a 31.º do RRCCP.

¹⁷⁷ Artigos 27.º n.º 1 alínea b) e 32.º a 39.º do RRCCP.

¹⁷⁸ Artigo 28.º n.º 3 alíneas a) a c) e artigo 32.º n.º 1 do RRCCP.

lugar os accionistas da CCP objecto de resolução, sendo sucedidos pelos demais credores da instituição de acordo com aquela que seria a graduação dos seus créditos no âmbito de um processo normal de insolvência¹⁷⁹. Interliga-se com esta hierarquia o importante princípio importado das normas de resolução bancária no sentido de que nenhum credor deverá ficar em pior situação do que aquela que se verificaria no caso de sujeição da respectiva CCP a um processo de insolvência normal¹⁸⁰ (*no creditor worse off*)¹⁸¹.

Avançando para os instrumentos concretos, ao nível da gestão das posições abertas junto da CCP objecto de resolução a AdR poderá proceder à resolução de diversos contratos tanto dos membros compensadores em situação de incumprimento, dos serviços de compensação ou categorias de activos afectados e ainda da própria CCP objecto de resolução¹⁸². Além disso, a AdR poderá repartir perdas por membros compensadores que não se encontrem em incumprimento, por uma de duas vias: (i) reduzindo o valor dos pagamentos a serem realizados pela CCP em seu favor quando “*resultarem de ganhos devidos em conformidade com os processos da CCP relativos ao pagamento da margem de variação ou a pagamentos que tenham o mesmo efeito económico*”¹⁸³ ou (ii) cobrando uma contribuição extraordinária destinada à recapitalização da CCP, cujo valor não poderá exceder um montante equivalente ao dobro da respectiva contribuição para o fundo de protecção¹⁸⁴.

A aplicação de qualquer destas medidas deverá ser norteadada por critérios de proporcionalidade¹⁸⁵, até em função da declaração de incumprimento que poderá ser tomada caso um membro compensador não consiga efectuar o pagamento desta contribuição extraordinária¹⁸⁶.

¹⁷⁹ Artigo 23.º n.º 1 alíneas b) e c) do RRCCP.

¹⁸⁰ Artigos 23.º n.º 1 alínea e) ponto ii) e 60.º do RRCCP.

¹⁸¹ Artigos 23.º alínea e) ponto i) e 6.º alínea a) do RRCCP.

¹⁸² Artigo 29.º n.º 1 do RRCCP.

¹⁸³ Artigo 30.º n.º 1 do RRCCP.

¹⁸⁴ Artigo 31.º n.º 1 do RRCCP.

¹⁸⁵ Artigos 30.º n.º 2 e 31.º n.º 1 do RRCCP.

¹⁸⁶ Artigo 31.º n.º 2 do RRCCP.

No que diz respeito à redução e à conversão dos instrumentos de propriedade e instrumentos de dívida emitidos pela CCP, terão de ser respeitados os seguintes passos: em primeiro lugar, proceder à redução do valor nominal dos instrumentos de propriedade de forma proporcional às perdas¹⁸⁷; em segundo lugar, e sendo necessário para alcançar os propósitos da resolução, promover a redução e/ou a conversão do montante de capital dos instrumentos de dívida e demais passivos não garantidos da CCP¹⁸⁸. Em qualquer dos casos, a aplicação destas medidas terá de ser feita de acordo com a graduação de créditos que teria lugar caso a CCP fosse sujeita a um processo normal de insolvência, até de forma a que o princípio *no creditor worse off* possa ser respeitado¹⁸⁹.

3.1.2. O recurso a soluções de mercado

O mercado poderá revelar-se como uma das vias de aplicação de uma medida de resolução a uma CCP, contexto em que importa considerar o importante instrumento de alienação de actividade¹⁹⁰. É através dele que é concedida à AdR a prerrogativa de determinar a alienação de instrumentos de propriedade emitidos pela CCP ou dos seus direitos, activos, obrigações e passivos¹⁹¹. Estes elementos da actividade da CCP podem ser vendidos num único momento ou poderão ser utilizados para compor cabazes de activos e passivos a serem alienados em momentos distintos¹⁹². Essencial é que a urgência subjacente à aplicação das medidas de resolução não prejudique as operações de venda, devendo a AdR agir de forma a maximizar o valor das respectivas contrapartidas tendo em conta as condições de mercado¹⁹³.

¹⁸⁷ Artigo 33.º n.º 2 do RRCCP.

¹⁸⁸ Artigo 33.º n.º 3 do RRCCP.

¹⁸⁹ Artigo 33.º n.º 1 do RRCCP.

¹⁹⁰ Artigos 27.º n.º 1 alínea c), 40.º e 41.º do RRCCP.

¹⁹¹ Artigo 40.º n.º 1 do RRCCP.

¹⁹² Artigos 40.º n.º 5 e 41.º n.º 1 do RRCCP.

¹⁹³ Artigos 40.º n.º 2 e 41.º n.º 2 alínea e) do RRCCP.

Deste modo garantir-se-ia a continuidade das actividades vitais até então desempenhadas pela CCP objecto de resolução ao nível da compensação de derivados de balcão, na medida em que o adquirente seria considerado como uma extensão dessa instituição para efeitos da prestação dos serviços abrangidos pelo EMIR relativamente aos activos e passivos adquiridos¹⁹⁴. Simultaneamente, seriam recolhidos fundos passíveis de serem distribuídos pela CCP, pelos membros compensadores e pelos titulares dos instrumentos de propriedade, conforme os casos, e sempre de acordo com a hierarquia constante quer do procedimento de cascata previsto no EMIR quer com as regras constantes dos regimes normais de insolvência¹⁹⁵.

3.1.3. A criação de uma CCP de transição

Nesta última hipótese, a AdR poderá determinar que seja criada uma CCP de transição (a *CCP boa*) sujeita ao seu controlo¹⁹⁶ e para a qual possam ser transferidos todos ou parte dos instrumentos de propriedade da CCP objecto de resolução (a *CCP má*) e seus activos e passivos¹⁹⁷. À semelhança do que ocorre no caso da alienação de actividade, também por via desta transferência se garante a continuidade das funções que tenham sido transmitidas para a *CCP boa*, sendo esta última entidade considerada também como uma extensão da *CCP má* para efeitos da prestação de serviços ao abrigo do EMIR¹⁹⁸.

Tal como já anteriormente se constatou, esta medida – à semelhança das restantes – poderá ser conjugada com a aplicação de outros instrumentos que facilitem a criação da *CCP boa* e o processo de transferência de instrumentos de propriedade, activos e passi-

¹⁹⁴ Artigo 40.º n.º 10 do RRCCP.

¹⁹⁵ Artigo 40.º n.º 3 e 4 do RRCCP.

¹⁹⁶ Artigo 42.º n.º 2 alínea a) do RRCCP.

¹⁹⁷ Artigo 42.º n.º 1 e n.º 2 alínea b) do RRCCP. Nestes casos, por aplicação do n.º 3 da norma referida, “a autoridade de resolução deve assegurar que o valor total dos passivos e obrigações transferidos para a CCP de transição não exceda o valor total dos direitos e ativos transferidos a partir da CCP objeto de resolução”.

¹⁹⁸ Artigos 42.º n.º 2 alínea b) e n.º 11 e 43.º n.º 1 alínea b) do RRCCP.

vos¹⁹⁹. Às AdR é também atribuído o chamado *poder de retransmissão*, de acordo com o qual poderá transferir novamente para a *CCP má* activos e passivos que entretanto tenham sido atribuídos à *CCP boa*, podendo fazer o mesmo perante os titulares iniciais de instrumentos de propriedade em iguais circunstâncias²⁰⁰.

Esta *CCP boa* disporá de um tempo de vida de dois anos – ainda que prorrogáveis por prazos suplementares de um ano – contados a partir da data em que tenha sido efectuada a última transferência para o seu balanço. Durante esse período, a sua actividade deverá dirigir-se ao cumprimento dos propósitos subjacentes à resolução, devendo a AdR ter também em vista a criação de condições para a sua alienação²⁰¹.

3.2. O recurso ao apoio público

Para lá dos instrumentos de resolução já analisados, existe ainda uma última linha de acção que pode ser mobilizada pelas AdR num cenário de resolução de uma CCP: o recurso a instrumentos públicos de estabilização financeira. Trata-se de uma matéria especialmente sensível no âmbito do RRCCP, considerando que um dos principais propósitos do regime em questão é o de garantir uma eficiente resolução das CCP sem para tanto onerar os contribuintes, conforme já analisado. Deste modo, para que possa ser concedido apoio público no âmbito da resolução de uma CCP será necessário preencher quatro condições²⁰²: (i) esse apoio terá de ser qualificado como indispensável para que os propósitos subjacentes à resolução sejam alcançados, (ii) terá de ser concedido sempre em último recurso²⁰³ e

¹⁹⁹ No que diz respeito aos instrumentos de repartição de posições e de perdas bem como de redução e conversão de instrumentos de propriedade e de instrumentos de dívida ou de outros passivos não garantidos, vide artigos 28.º n.º 3 e 32.º n.º 1 do RRCCP, respectivamente.

²⁰⁰ Artigo 42.º n.º 6 e 7 do RRCCP.

²⁰¹ Artigos 42.º n.º 2 alínea b) e 43.º n.º 3 alínea e) e n.º 5 e 6 do RRCCP.

²⁰² Artigo 45.º n.º 1 do RRCCP.

²⁰³ Devendo essa análise ser levada a cabo pelas autoridades públicas competentes de acordo com os termos definidos no artigo 45.º n.º 3 do RRCCP.

após terem sido analisadas todas as alternativas viáveis; (iii) terá de ser limitado no tempo; (iv) terá de respeitar o regime europeu aplicável à concessão de auxílios de Estado e (v) terá de existir uma prévia definição de mecanismos exaustivos e credíveis para a recuperação dos fundos utilizados por parte do respectivo EM.

Nos casos em que estas condições se encontrem preenchidas, os EM poderão prestar este apoio financeiro extraordinário em duas modalidades distintas: (i) através da recapitalização da CCP²⁰⁴, recebendo em contrapartida instrumentos de propriedade que deverão ser alienados para entidades privadas com a maior brevidade que o contexto comercial e financeiro permita²⁰⁵, ou (ii) procedendo à sujeição da CCP a propriedade pública mediante a transferência dos seus instrumentos de propriedade para uma empresa pública totalmente detida pelo EM ou para um representante nomeado para o efeito²⁰⁶, devendo aquela ser alienada em moldes semelhantes aos descritos na hipótese anterior²⁰⁷.

3.3. A suspensão da obrigação de compensação

Para lá dos instrumentos de resolução ao dispor da AdR e da possibilidade de concessão de apoio público, não se pode olvidar a inserção de um novo artigo 6.º-B ao EMIR por via do RRCCP²⁰⁸. No caso de uma CCP preencher os pressupostos necessários para que lhe possa ser aplicada uma medida de resolução poderá vir a ser determinada a suspensão da obrigação de compensação relativa a derivados de balcão, nomeadamente quando a AdR formule essa pretensão perante a Comissão. Esta arma poderá ser especialmente relevante nos casos em que a CCP objecto de resolução esteja a enfrentar constrangimentos ao nível da manutenção da sua actividade neste âmbito.

²⁰⁴ Artigo 46.º n.º 1 do RRCCP.

²⁰⁵ Artigo 46.º n.º 3 do RRCCP.

²⁰⁶ Artigo 47.º n.º 1 do RRCCP.

²⁰⁷ Artigo 47.º n.º 2 do RRCCP.

²⁰⁸ Artigo 87.º 1) do RRCCP.

Para que essa decisão venha ser tomada terá de ser demonstrada a sua necessidade para evitar a concretização de um cenário de instabilidade financeira na UE. Sendo esse o caso, a obrigação de suspensão poderá ser determinada por um prazo renovável cuja duração inicial máxima é de três meses, sendo que o respectivo prazo total nunca poderá ultrapassar o total de doze meses.

4. Aspectos a considerar

A simples aprovação do recente RRCCP já condensa um importantíssimo efeito positivo: o de consagrar um acervo normativo passível de vir a ser aplicado num momento de grave instabilidade no mercado como aquele em que se prevê que poderia vir a ocorrer a insolvência de uma CCP. Num tal momento de fragilidade dos mercados e dos seus intervenientes, é essencial que já existam regras e ferramentas de intervenção bem definidas que previnam a ocorrência de atrasos e incertezas geradores de camadas adicionais de instabilidade.

Em linha com o dissecado no ponto anterior, reconhece-se que os poderes e os instrumentos de contidos no RRCCP permitirão guiar o procedimento de resolução de uma CCP, assegurando a prossecução das funções críticas destas infraestruturas de mercado de forma a evitar a criação de efeitos sistémicos adversos e internalizando os inerentes custos nas instituições intervencionadas e nos respectivos membros compensadores. Centrando-se a presente análise das tarefas desempenhadas pelas CCP no mercado europeu de derivados de balcão, dificilmente se pode conceber que essa função não seja considerada como crítica, em face de todo o contexto que conduziu ao nascimento do EMIR. A obrigação de compensação nele inscrita conduziu naturalmente a que os riscos de contraparte fossem em grande medido transferidas para as CCP a operar nesse mercado²⁰⁹, tornando-se assim infraestruturas que desempenham

²⁰⁹ SINGH, Manmohan; TURING, Dermot – Central Counterparties Resolution —An Unresolved Problem. Working Paper 18/65, International Monetary Fund, 2018, p. 16.

funções essenciais para o funcionamento do mesmo e para o cumprimento das obrigações legais que recaem sobre os seus participantes. Tudo aponta assim para que as CCP se revelem neste âmbito como entidades *too big to fail*, cuja insolvência se poderia traduzir num choque severo para o mercado²¹⁰.

Paralelamente, é também de reconhecer que o RRCCP abraçou alguns ensinamentos resultantes de anteriores casos de insolvência de CCP, nomeadamente a importância de reconhecer a possibilidade de uma resolução ser desencadeada pelo incumprimento de um único membro compensador, ocorrência transversal a todos os casos analisados no capítulo anterior. O RRCCP demonstra esse reconhecimento nomeadamente ao exigir que tal cenário seja considerado ao nível da elaboração dos planos de resolução²¹¹.

Porém, e mesmo sem desconsiderar o importante papel que a simples aprovação do RRCCP já desempenhou ao nível da construção de um enquadramento europeu de resolução de CCP, têm ainda assim de ser identificadas algumas fragilidades que lhe estão inerentes, e que, não obstante terem sido já anteriormente apontadas à Proposta inicialmente apresentada pela Comissão, ainda são visíveis no texto final.

4.1. A atribuição de competências para a resolução

Um dos pontos que conduz à formulação de algumas reservas é a atribuição de poderes e de competências para a resolução. Começando pelos CdR, veja-se que uma das suas atribuições é a de contribuir para o desenvolvimento dos planos de resolução²¹². É neste contexto que se estabelece que os planos de resolução, embora sejam propostos pelas AdR²¹³, devem ser adoptados após ser tomada uma decisão conjunta do CdR nesse sentido²¹⁴.

²¹⁰ WENDT (2015), p. 22.

²¹¹ Artigo 12.º n.º 3 alínea a) ponto i) do RRCCP.

²¹² Artigo 4.º n.º1 alínea b) do RRCCP.

²¹³ Artigo 14.º n.º 1 do RRCCP.

²¹⁴ Artigo 14.º n.º 2 do RRCCP.

Questiona-se assim a orgânica dos CdR, na medida em que esta pode dificultar não só o cumprimento da sua missão de prestar um adequado contributo para as AdR, como até a simples tarefa de alcançar decisões conjuntas²¹⁵. Veja-se que os CdR são constituídos por quinze categorias distintas de entidades, que vão desde a AdR competente até bancos centrais, à EBA e à ESMA, apenas para citar alguns exemplos²¹⁶. Regressando ao exemplo dos planos de resolução, o RRCCP reconhece o possível surgimento de entraves à tomada de decisões conjuntas, prevendo que nesse cenário a ESMA poderá intervir tendo em vista mediar as posições em conflito de forma a obter um consenso²¹⁷. Caso em última instância isso não seja possível, caberá às AdR a decisão final sobre os planos de resolução a serem aprovados²¹⁸.

Por outro lado, resulta da Proposta que é à AdR que compete a tomada de uma decisão dirigida à resolução de uma determinada CCP²¹⁹, remetendo-se os CdR para um papel de apoio à implementação desse procedimento. Não se propõe assim a implementação de uma solução semelhante à que consta do Regulamento MUR, nos termos do qual o desencadeamento da resolução de uma instituição de crédito poderá partir do próprio Conselho Único de Resolução (CUR)²²⁰. Mesmo admitindo que pudesse existir uma maior proximidade entre as AdR nacionais e as CCP – o que neste prisma facilitaria a identificação de uma situação de insolvência –, tem vindo a apontar-se a existência de um maior grau de permissividade entre instituições sediadas no mesmo EM, efeito especialmente sensível nos casos em que à AdR compitam também funções ao nível da supervisão²²¹. Ao deixar-se o poder de decisão exclusivamente na

²¹⁵ NABILOU, Hossein; ASIMAKOPOULOS, Ioanis G. – In *CCP We Trust ... Or Do We? Assessing the Regulation of Central Clearing Counterparties in Europe*. Law Working Paper number 2019-013, Université du Luxembourg, 2019, p. 20.

²¹⁶ Artigo 4.º n.º 2 alíneas a) a o) do RRCCP.

²¹⁷ Artigo 14.º n.º 4 do RRCCP.

²¹⁸ Artigo 14.º n.º 5 do RRCCP.

²¹⁹ Artigo 22.º n.º 1 do RRCCP.

²²⁰ Artigo 18.º Regulamento MUR.

²²¹ NABILOU, ASIMAKOPOULOS (2019), p. 22.

esfera nacional, a verificação de atrasos na implementação de procedimentos de resolução poderá acarretar sérias dificuldades para o cumprimento dos seus propósitos e para a contenção dos respectivos custos.

Paralelamente a ambas as situações ilustradas surge um terceiro problema: estando em causa uma CCP, cuja acção muitas das vezes poderá assumir um carácter transfronteiriço²²² que se pauta mais por categorias de instrumentos financeiros do que fronteiras nacionais, acaba por ser paradoxal que os poderes quer para a elaboração dos planos de resolução quer para a sua posterior implementação possam ficar exclusivamente ao dispor de AdR nacionais.

4.2. Os instrumentos de resolução

Questões também se levantam ao nível dos instrumentos de resolução ao dispor das AdR, e que podem desencadear consequências sensíveis no mercado dos derivados de balcão.

Quanto aos instrumentos concedidos às AdR conducentes à rescisão de contratos à redução de ganhos, veja-se que poderão vir a ser rescindidos contratos que tenham sido celebrados com a CCP tanto pelos membros compensadores em *default* como pelos restantes membros²²³; por outro lado, o RRCCP é claro ao indicar que o instrumento de redução de ganhos pode atingir as margens de variação que tenham como destinatários membros compensadores que não estejam numa situação de incumprimento. É certo que estas ferramentas poderão ser utilizadas pelas AdR como uma forma de estabilizar a situação da CCP objecto de resolução. A pergunta que surge é sobre os custos que podem estar associados a essa via de estabilização; ou, reformulando, se esse instrumento de resolução poderá ser aplicado sem criar instabilidade para os demais agentes de mercado.

²²² NABILOU, ASIMAKOPOULOS (2019), p. 20.

²²³ Artigo 29.º n.º 1 do RRCCP.

No que diz respeito à rescisão de contratos, e mesmo admitindo as posições que apenas concebem que este instrumento venha a ter uma incidência parcial sobre os contratos celebrados pela CCP em resolução²²⁴, surgem preocupações sobre se isto não poderá fragilizar a posição dos membros compensadores afectados. Já perante a Proposta apresentada pela Comissão tinham sido feitas alertas no sentido de que a adopção de uma prática de rescisão de contratos – tanto de membros cumpridores como de membros em *default* – poderia ter efeitos contraproducentes. Em termos práticos, estas rescisões conduziriam a que durante um período de aguda instabilidade no mercado alguns membros compensadores se vissem simultaneamente desprovidos de contratos cujo propósito seria exactamente o de cobrir a sua exposição ao risco. E isto obviamente para lá dos problemas dos problemas que este instrumento acarretaria para a transparência *ex ante* das soluções a aplicar e para a eliminação de fenómenos geradores de incerteza²²⁵. Mesmo estando estabelecido que a AdR deverá aplicar este instrumento de “*de forma semelhante, sem discriminação entre as contrapartes nos contratos*”²²⁶, aquela continuará a dispor de um poder de decisão dotado de alguma discricionariedade.

Virando a atenção para a possível redução de valores detidos pela CCP a título de margem de variação para os membros compensadores beneficiários levantam-se ainda mais questões. No capítulo inicial da presente análise destacou-se que um dos principais factores que tornam a compensação realizada por via de CCP como uma importantíssima ferramenta para a estabilidade do mercado é o facto de esta se assumir como a verdadeira de contraparte de cada um dos intervenientes envolvidos numa transacção. No caso de ocorrência de um incumprimento imputável a uma das contrapartes, a CCP assumiria o cumprimento das respectivas obrigações perante a parte cumpridora. No mercado de derivados de balcão, é essencial para o desempenho desta tarefa que a CCP cobre margens

²²⁴ NABILOU, ASIMAKOPOULOS (2019), p. 17

²²⁵ PRIEM, Randy – CCP recovery and resolution: preventing a financial catastrophe. *Journal of Financial Regulation and Compliance*, 26:3 (2018), p. 360.

²²⁶ Artigo 29.º n.º 1 do RRCCP.

de variação que possam vir revelar-se suficientes para acautelar qualquer cenário de incumprimento. Ocorrendo o *default* de um membro compensador, a CCP estaria em condições de salvaguardar a posição da sua contraparte ao transferir as margens entretanto cobradas. Caso uma AdR venha a reduzir os valores destinados a serem transferidos a esse título durante um procedimento de resolução, há que equacionar até que ponto não se estará também a reduzir o grau de protecção que as funções da CCP conferem aos seus membros compensadores que não estejam em incumprimento.

É certo que este cenário também poderá ser visto de uma perspectiva oposta, na medida em que ele poderá aumentar o grau de análise dos membros compensadores no momento de optarem por cumprir as suas obrigações de compensação junto de uma determinada CCP: a procura por CCP mais robustas em detrimento de CCP com maiores fragilidades poderia em última análise reforçar a eficiência do mercado. Porém, torna-se também aqui difícil afirmar que a estabilidade do mercado não possa ficar prejudicada, na medida em que os membros compensadores nunca saberiam ao certo se as margens de variação cobradas exactamente para salvaguardar a sua exposição ao risco de contraparte não seriam cortadas durante um procedimento de resolução, nem em que medida isso poderia ocorrer²²⁷.

O instrumento de alienação de actividade de uma CCP objecto de resolução também se poderá confrontar com dificuldades resultantes do contexto de mercado. Num momento de incerteza no mercado motivada pela insolvência de uma CCP, não se antevê que se possa dar por garantido que exista um elevado número de agentes que tenham interesse e, acima de tudo, capacidade para levarem a cabo uma operação de tal monta. Até porque não é de excluir que os motivos que ditaram a sujeição de uma CCP à aplicação de instrumentos de resolução tenham igualmente originado dificuldades de negócio para outras CCP. Resulta dos casos analisados no capítulo anterior bem como do próprio RRCCP que a insolvência

²²⁷ DUFFIE, Darrell – Resolution of Failing Central Counterparties. Stanford University, 2014, p. 5.

de uma CCP pode ser originada pelo incumprimento de um único membro compensador, sendo esse perigo tanto maior quanto maior for exactamente o peso dessa entidade nas posições por si compensadas. Caso um membro compensador tenha um volume considerável de contratos a serem compensados junto de diferentes CCP, a ocorrência de um *default* perante todas essas entidades poderia gerar efeitos sistémicos – mesmo que por hipótese se admitisse que apenas geraria a sujeição de uma única CCP a um procedimento de resolução. Neste contexto, provavelmente as demais CCP que à partida estariam em condições de absorver as actividades a alienar por via da resolução acabariam por estar também elas próprias a braços com o desafio de evitarem a sua própria sujeição a semelhante procedimento²²⁸.

É certo que o RRCCP admite que esta aquisição possa ser levada a cabo por uma entidade que ainda não esteja autorizada para actuar enquanto CCP ao abrigo do EMIR, e que possa ter eventualmente ficado a salvo dos efeitos mencionados no final do parágrafo anterior. Ainda assim, não basta que outros intervenientes no mercado disponham de capacidade financeira para concluir tal aquisição: será também necessário que tenham capacidade operacional para cumprirem de forma eficiente as funções adquiridas²²⁹. O simples facto de o RRCCP considerar esse adquirente como uma extensão da CCP primitiva para efeitos da compensação de derivados de balcão exercida ao abrigo do EMIR²³⁰ não bastará para garantir a estabilidade do mercado, se os beneficiários desta norma não estiverem em condições de cumprir com as suas atribuições de forma cabal.

Resta saber até que ponto poderão estas dificuldades ser transpostas o cenário de venda de uma CCP de transição, considerando que também nesse cenário teriam de ser encontrados interessados com capacidade financeira e operacional para levarem semelhante transacção a bom porto. Poderá argumentar-se que a venda de uma

²²⁸ PRIEM (2018), p. 365.

²²⁹ PRIEM (2018), p. 361.

²³⁰ Artigo 40.º n.º 10 do RRCCP.

CCP de transição poderá ter melhores perspectivas de sucesso face à hipótese levantada no parágrafo anterior na medida em que a AdR poderá aguardar até que estejam reunidas as condições ideais de mercado para proceder à sua alienação. Porém, e mesmo que o RRCCP não estabeleça um limite para as prorrogações do período de actividade da CCP – nomeadamente quando estejam subjacentes a essas medidas propósitos destinados à salvaguarda dos contribuintes²³¹ –, há que ter em conta o propósito de que “*a CCP de transição não poderá existir para sempre*”²³². Não se podem assim olvidar os ensinamentos decorrentes de cenários de resolução bancária em que mesmo o fosso temporal existente entre a criação de instituições de transição e a sua venda não evitou a criação de riscos consideráveis para os contribuintes²³³.

Neste seguimento, importa também equacionar se as soluções constantes do RRCCP permitem afirmar com segurança que futuras insolvências de CCP não voltarão a conduzir à ocorrência de resgates públicos no sistema financeiro.

A manutenção desse perigo tem sido indicada com base em dois factores principais. Por um lado, porque no momento em que uma CCP for sujeita à aplicação de instrumentos de resolução será muito provável que grande parte ou mesmo a totalidade dos recursos passíveis de mobilização no procedimento de cascata já tenham sido

²³¹ Nos termos do RRCCP, o artigo 43.º n.º 6 estabelece que poderá prorrogar o período de actividade por prazos de um ano até que sejam atingidos os objectivos da resolução, de acordo com a remissão efectuada para o artigo 43.º n.º 3 alínea a). Ora, o objectivo definido expressamente definido no artigo 21.º n.º 1 alínea d) é precisamente o de “*proteger as finanças públicas, minimizando o recurso ao apoio financeiro público extraordinário e o potencial risco de perdas para os contribuintes*”.

²³² PRIEM (2018), p. 361.

²³³ Recordem-se as considerações anteriormente tecidas relativamente à venda do Novo Banco (até então um banco de transição) no âmbito da resolução do Banco Espírito Santo ocorrida em Portugal, em que se apurou que “*a contrapartida financeira prestada pela entidade compradora do Novo Banco é 3.9 mil milhões de euros inferior ao valor inicial que foi mobilizado pelo Fundo de Resolução para a intervenção no BES. Mais, o valor da intervenção do Fundo de Resolução no Novo Banco poderá continuar a aumentar em virtude da manutenção da sua participação e também por força dos compromissos assumidos ao nível de futuras subscrições e injeções de capital*”. AMB OA, p. 148.

utilizados²³⁴ para fazer face a perdas cujo carácter provavelmente se assumiu como súbito e imprevisto²³⁵. Por outro lado, porque ainda que diversas soluções decalcadas pelo RRCCP do regime de resolução bancária constituído por via da Diretiva 2014/59/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de maio de 2014 que estabelece um enquadramento para a recuperação e a resolução de instituições de crédito e de empresas de investimento e do MUR possam revelar-se aptar a conter os efeitos adversos da insolvência de uma CCP, estarão em última análise a ser aplicadas a instituições cuja natureza distinta: em última análise, “as CCP não são bancos”²³⁶.

Veja-se que embora tanto CCP como instituições de crédito possam ser qualificadas como entidades de importância sistémica, os critérios subjacentes a ambas as qualificações são distintos: enquanto os bancos estarão mais dependentes de uma ponderação centrada na sua dimensão e na complexidade das suas operações, a avaliação das CCP estará intimamente ligada à especificidade das funções que desempenha no mercado²³⁷. Atentando às funções clássicas associadas a ambas as entidades, não se colocam dúvidas de que no mercado europeu existem consideravelmente mais instituições de crédito a captarem poupanças e a concederem empréstimos do que CCP a desempenhar funções de compensação, especialmente no mercado dos derivados de balcão. Também as estruturas de riscos que ambos enfrentam têm diferenças fundamentais: ao passo que as instituições de crédito terão exposições ao risco durante períodos mais longos durante os quais a crescente detenção de activos ilíquidos no seu balanço poderá original fragilidades, as CCP estão expostas a riscos de curtíssimo prazo que poderão ser concretizados caso um único membro compensador registre perdas avolumadas nas suas posições²³⁸.

²³⁴ DUFFIE (2014), p. 8.

²³⁵ SINGH, TURING (2018), p. 9.

²³⁶ SINGH, TURING (2018), p. 8.

²³⁷ HUGHES, David; MANNING, Mark – CCPs and Banks: Different Risks, Different Regulations. Reserve Bank of Australia Bulletin, December Quarter (2015), p. 78.

²³⁸ HUGHES, MANNING (2015), p. 78.

Isto conduziu a que fossem já equacionados diversos cenários nos quais as medidas de resolução inicialmente desenhadas para uma resolução no sector bancária se podem a vir a revelar desadequadas no momento de serem aplicadas a uma CCP. Por exemplo, as CCP que centrem a sua actividade em tarefas de compensação não dispo- rão de um balanço composto pelas dicotomias activos bons/tóxicos e por credores garantidos/não garantidos, mas sim de margens e de outras contribuições que tenham sido cobradas aos membros com- pensadores, o que pode dificultar a decisão a tomar sobre os activos a transferir para uma CCP de transição²³⁹, especialmente se a sua actuação estiver concentrada num único mercado (de derivados de balcão, por exemplo). Também na hipótese de alienação de activi- dade se podem antever dificuldades resultantes não só do menor número de entidades que à partida reunirão condições para adquirir e prosseguir as actividades de uma CCP quando comparado com o cenário do sector bancário.

Caso no futuro o enquadramento de resolução fornecido pelo RRCCP não venha a permitir proceder a uma resolução atempada e eficiente de uma CCP, poderá colocar-se um último problema: o de que os contribuintes se venham uma vez mais a assumir como *paga- dores de último recurso* no âmbito de um procedimento de resolução.

Se é possível antever uma das consequências inerentes a um procedimento de resolução de uma CCP, essa será a de que alguém terá de assumir os respetivos encargos: sejam os titulares dos ins- trumentos de propriedade dessa entidade, os seus membros com- pensadores ou membros negociadores²⁴⁰. Trata-se de um equilíbrio que nem sempre será fácil de encontrar. Ao longo da presente aná- lise foram identificados vários mecanismos que podem permitir fazer face às perdas de uma CCP, nomeadamente através dos seus membros compensadores: quer através das suas contribuições para o fundo de protecção, quer através da aplicação de instrumentos de resolução. Porém, tem de se assumir que estas não serão medidas que possam ser aplicadas em todos os casos e sempre com a mesma

²³⁹ SINGH, TURING (2018), p. 11-12.

²⁴⁰ PRIEM (2018), p. 362.

amplitude. Uma das justificações para isso é a interconexão que existe entre o sector bancário e as CCP: caso os principais membros compensadores de uma CCP objecto de resolução sejam instituições bancárias também elas com importância sistémica no mercado bancário²⁴¹, o pagamento da *factura* da resolução por estas entidades poderá dar azo a perturbações sistémicas a montante.

Poderá argumentar-se que este perigo se encontra acautelado a partir dos termos do RRCCP: um dos seus objectivos expressos é o de “*proteger as finanças públicas, minimizando o recurso ao apoio financeiro público extraordinário e o potencial risco de perdas para os contribuintes*”²⁴². Este propósito surge concretizado por diversas formas ao longo do RRCCP. Caso um EM venha a recapitalizar uma CCP ou a colocá-la sob propriedade pública temporária, terá de dispor dos correspondentes instrumentos de propriedade que permitam levar a cabo uma gestão “*comercial e profissional*”²⁴³ dessa entidade tento em vista a sua alienação “*logo que as circunstâncias comerciais e financeiras o permitam*”²⁴⁴. Acresce que o recurso a este tipo de instrumentos públicos de estabilização apenas poderá ter lugar “*na situação totalmente extraordinária de uma crise sistémica*”, “*após terem sido avaliados e equacionados, tanto quanto possível, todos os instrumentos de resolução*” e sempre em conformidade com o “*regime da União para os auxílios estatais*”²⁴⁵.

Salvo melhor entendimento, estas disposições legais não afastam por si só as preocupações levantadas nos parágrafos precedentes. O regime europeu de resolução bancária, norteador por princípios e regras semelhantes, não conseguiu em todos os casos cumprir este desígnio. Recorde-se o caso português da resolução do BES, em que os contribuintes têm até agora pago a *factura* não de forma directa, mas sim de modo indirecto, por via de um empréstimo público concedido ao Fundo de Resolução nacional e de garantias acordadas no âmbito do processo de venda do Novo Banco, as quais foram aceites

²⁴¹ NABILOU, ASIMAKOPOULOS (2019), p. 23.

²⁴² Artigo 21.º n.º 1 alínea d) do RRCCP.

²⁴³ Artigos 46.º n.º 2 e 47.º n.º 2 do RRCCP.

²⁴⁴ Artigos 46.º n.º 3 e 47.º n.º 2 do RRCCP.

²⁴⁵ Artigo 45.º n.º 1 do RRCCP.

inclusivamente admitidas ao abrigo das regras europeias de auxílios de Estado²⁴⁶. O RRCCP parece não fechar completamente a porta à ocorrência de um cenário semelhante. De facto, quando se refere que as AdR podem “*celebrar contratos para contrair empréstimos ou obter outras formas de apoio financeiro*”, a possível natureza pública destes financiamentos não será de excluir. Tudo isto com a agravante de não existirem fundos de resolução de natureza nacional ou europeia que possam ser mobilizados nestas circunstâncias²⁴⁷.

4.3. A suspensão da obrigação de compensação: possível marcha-atrás no regime do EMIR?

Numa nota final, também a possível suspensão da obrigação de compensação prevista no RRCCP merece a apresentação de algumas cautelas.

Esta solução surge no seguimento de posições que sustentam que a realização da compensação obrigatória de derivados de balcão através de uma CCP pode não conduzir ao reforço da estabilidade do mercado, especialmente em momentos de crise como os que provavelmente seriam causa e/ou consequência da resolução de tais entidades²⁴⁸. De facto, existem perspectivas que já sustentaram que a preponderância que as CCP assumiram no mercado de derivados de balcão em função das funções que lhes foram atribuídas pelo EMIR não só não permitem aumentar a solidez do mercado, como podem até ao invés acentuar os riscos inerentes à insolvência de uma CCP.

²⁴⁶ BARATA, André Mendes. O Mecanismo Único de Resolução: análise à luz do caso BES. Revista da Ordem dos Advogados, I/II (2017), pp. 141-142.

²⁴⁷ Não obstante terem sido já formuladas propostas destinadas à criação de mecanismos assentes numa lógica semelhante, em cujos termos as CCP e os respectivos membros compensadores constituiriam fundos detidos em *escrow* – além dos fundos de protecção – que pudessem ser mobilizados na eventualidade de ser desencadeado um procedimento de resolução. DUFFIE (2014), p. 9.

²⁴⁸ SINGH, TURING (2018), pp. 16-17

Não obstante, não pode deixar de ser considerada como paradoxal uma solução que num momento de crise do mercado deixa de tornar obrigatória uma das principais medidas de salvaguarda da sua estabilidade adotadas no seguimento da crise financeira mundial de 2007. Para efeitos de reflexão futura, questiona-se se a inscrição desta possibilidade de suspensão no RRCCP não virá a conduzir à reapreciação e eventual alteração do regime de compensação obrigatória constante do EMIR.

V. Conclusão

As CCP passaram a desempenhar um papel extremamente relevante na infraestrutura do mercado europeu de derivados de balcão por força das reformas que se seguiram à crise financeira mundial de 2007. No contexto do EMIR, é de destacar a regra geral de obrigação de compensação através de CCP a que ficaram sujeitos os derivados de balcão. As CCP ficaram assim encarregues de mitigar os riscos de contraparte e o risco sistémico neste mercado através do cumprimento das tarefas de compensação e liquidação destes instrumentos financeiros.

Para darem cumprimento a esta tarefa, as CCP são responsáveis pela cobrança de margens iniciais e de variação aos seus membros compensadores, devendo igualmente promover a devida capitalização do fundo de protecção destinado a cobrir eventuais perdas decorrentes de situações de incumprimento. De modo a internalizar os custos dessas ocorrências nos intervenientes do mercado, as contribuições para esse fundo deverão ser cobradas aos membros compensadores em função do seu nível de exposição ao risco.

Quanto aos procedimentos a aplicar em caso de insolvência de um membro compensador, refira-se o procedimento de cascata previsto no EMIR que estabelece uma hierarquização das entidades que devem responder pelas perdas decorrentes de situações de incumprimento: em primeiro lugar surgem o(s) membro(s) incumpridor(es), para apenas depois poderem vir a ser responsabilizados os demais membros compensadores. Neste âmbito, refiram-se igualmente as preocupações do EMIR dirigidas à necessidade de

mitigar o risco moral que poderia minar a gestão eficiente das CCP caso estas não respondessem com os seus recursos próprios em caso de incumprimento. Daí que o procedimento de cascata preveja uma solução de *skin in the game*, determinando que em caso de insolvência de um membro compensador os recursos próprios da CCP terão de responder imediatamente a seguir à utilização das margens e contribuições cobradas a esse membro em situação de *default*.

De forma a evitar a probabilidade de vir a ocorrer a insolvência de um membro compensador – e, por seu intermédio, a insolvência das próprias CCP –, o EMIR abriu a porta ao estabelecimento de rigorosas condições de admissão desse tipo de agentes por parte das CCP. Admitindo-se que quanto maior forem os indicadores de solidez exigidos aos membros compensadores maior será a solidez das próprias CCP, não se pode olvidar que esta solução dá origem a um *dilema de associação*. A concentração da compensação indirecta dos membros negociadores num pequeno número de membros compensadores pode conduzir a uma concentração de riscos nestes últimos que não seria inicialmente pretendida pelo Legislador europeu.

Se por um lado a maior importância do papel desempenhado pelas CCP no mercado dos derivados de balcão lhe veio conferir um maior grau de segurança e estabilidade, por outro lado abriu a porta à qualificação destas infraestruturas de mercado como instituições *too big to fail*. A discussão internacional em torno das CCP passou assim do seu papel no mercado dos derivados de balcão para a necessidade de serem estabelecidos regimes de resolução passíveis de serem aplicados a estas instituições de importância sistémica, de modo a evitar a cessação súbita da sua actividade num cenário de insolvência. O estabelecimento de semelhantes regimes seria assim não só essencial para conter os efeitos sistémicos decorrentes da insolvência de uma CCP, como também para evitar que dessa ocorrência resultassem avultados custos para os contribuintes.

Foi neste contexto que foi aprovado o RRCCP, diploma que condensa o regime europeu de resolução aplicável às CCP, e cujos objectivos essenciais se encontram em linha com aqueles que já anteriormente tinham norteadado a aprovação do MUR dirigido às instituições de crédito.

Quanto às regras decorrentes deste regime, o RRCCP atribui às AdR – devidamente coadjuvadas pelos respectivos CdR – poderes para implementarem os seguintes instrumentos de resolução: (i) a repartição de posições e de perdas; (ii) a redução e conversão de instrumentos de propriedade e de instrumentos de dívida ou de outros passivos não garantidos; (iii) a alienação de instrumentos de propriedade emitidos pela CCP ou dos seus direitos, activos, obrigações e passivos; e (iv) a criação de uma CCP de transição.

É certo que o RRCCP permite ainda que exista o recurso a um apoio público nos casos em que este se revele ser indispensável para a devida resolução de uma CCP em situação de insolvência. Porém, este regime tenta ainda assim salvaguardar os contribuintes nesses cenários ao estabelecer que essa deve ser uma solução extraordinária de último recurso, cuja aplicação deve ser sempre limitada no tempo e que deve ser acompanhada da previsão de mecanismos destinados à recuperação dos dinheiros públicos injectados.

Nos casos em que as AdR considerem que tal é necessário para poderem levar a bom porto a resolução de uma determinada CCP, o RRCCP também introduziu uma alteração ao EMIR nos termos da qual aquelas autoridades poderão requerer à Comissão a suspensão da obrigação de compensação relativa aos derivados de balcão, desde que demonstrem que daí não resultarão perturbações para a estabilidade do mercado e sempre de uma forma limitada no tempo.

A aprovação do RRCCP marcou assim já um importante passo rumo a uma maior salvaguarda do mercado europeu dos derivados de balcão, ao estabelecer regras e procedimentos que seriam aplicáveis num período de séria perturbação financeira como aquele que envolveria a hipotética insolvência de uma CCP, evitando assim camadas adicionais de instabilidade que seriam decorrentes da ausência de um regime de resolução aplicável a estas infraestruturas de mercado de importância sistémica.

Ainda assim, a partir da análise do RRCCP podem já ser levantadas algumas questões passíveis de nortear futuras investigações sobre a matéria, as quais poderão vir a ser especialmente relevantes num momento em que as regras decorrentes deste regime tenham já observado uma implementação prática.

No que diz respeito à atribuição de competências para a resolução, estas acabam por estar concentradas na esfera das AdR. Não só porque serão estas a ter a última palavra quanto à elaboração dos planos de resolução – caso não seja possível obter consensos com os CdR, o que poderá vir a ocorrer em virtude da composição complexa destas entidades –, como também por ser sua a competência para a decisão sobre a aplicação dos instrumentos de resolução. Nota-se aqui desde já uma diferença de regime em relação ao MUR, cujos termos atribuem ao CUR poderes decisivos para a implementação de procedimentos de resolução. Fica assim por esclarecer se os possíveis ganhos decorrentes da proximidade entre as AdR competentes e as CCP sujeitas à sua alçada não serão suplantados por uma maior permissividade no que diz respeito à aplicação das regras do RRCCP.

Por seu lado, também os termos previstos para a aplicação de alguns instrumentos de resolução levantam reservas. A possibilidade de virem a ser resolvidos contratos e/ou reduzidos ganhos de membros não incumpridores poderá vir a criar focos de instabilidade e de incerteza junto de instituições que até ao início do procedimento de resolução se encontravam em pleno cumprimento das suas obrigações.

Também o instrumento de alienação de actividade e a previsão de que uma CCP de transição deve ser alienada a breve trecho e em boas condições de mercado poderão ser interessantes soluções teóricas, mas de difícil aplicação prática. Importa reconhecer a este nível que as CCP são instituições encarregues de uma operação complexa e de elevada envergadura financeira, pelo que se antecipa que apenas outras instituições já presentes no mercado estejam em condições de assumir as operações de uma CCP objecto de resolução. Ocorrendo essa resolução num contexto marcado por instabilidade no mercado, questiona-se assim (i) se existiriam interessados nessa aquisição, e, em caso afirmativo, (ii) se estariam dispostos a pagar um preço que estivesse em linha com as regras e princípios do RRCCP.

Compreendendo-se que os princípios que norteiam o RRCCP estejam em linha com aqueles que também se encontram na base do MUR, o último ponto focado permite ainda questionar se o aproveitamento de diversas soluções de resolução inicialmente pensadas para serem aplicadas a instituições de crédito serão as mais

adequadas para serem igualmente mobilizadas no cenário de insolvência de uma CCP. Isto porque existem substanciais diferenças na missão, na actividade e na estrutura das instituições de crédito por um lado, e das CCP por outro.

Caso as soluções contidas no RRCCP não se venham a revelar suficientes para impedir o recurso a financiamento público no contexto da insolvência de uma CCP, há que questionar se as condicionantes estabelecidas em torno da concessão de apoio público extraordinário serão suficientes para impedir que sejam de facto apresentadas novas facturas aos contribuintes decorrentes de crises nos mercados financeiros. Assumindo a importância sistémica das CCP, não será de afastar a hipotética ocorrência de cenários em que os EM acabem por ter de financiar operações de resolução de CCP. Tome-se como exemplo o caso da resolução do BES, no âmbito da qual o Estado português acabou por se tornar credor do Fundo de Resolução pela via de empréstimos que lhe foram concedidos – o que é especialmente relevante, na medida em que o RRCCP prevê exactamente que a obtenção de empréstimos poderá ser uma das fontes de financiamento a serem utilizadas pelas AdR.

Por fim, a possibilidade de a obrigação de compensação de derivados de balcão decorrente do EMIR vir a ser suspensa no âmbito de um procedimento de resolução apresenta-se como uma solução algo paradoxal. Isto porque, em última análise, uma das formas de garantir a subsistência da actividade de uma CCP será suspender a prossecução da tarefa essencial por si prosseguida no âmbito do EMIR tendo em vista garantir a estabilidade do mercado. Questiona-se assim se esta solução não poderá marcar um primeiro passo rumo à redefinição da obrigação de compensação no futuro próximo.

Bibliografia

• Livros e artigos científicos

ALLEN, Julia Lees – Derivatives Clearinghouses and Systemic Risk: A Bankruptcy and Dodd-Frank Analysis. *Stanford Law Review*, 64 (2012).

- ANTUNES, José Engrácia – Os Instrumentos Financeiros. Almedina, 3.^a Edição revista e actualizada, 2017.
- ASCENSÃO, José de Oliveira – Derivados. Instituto dos Valores Mobiliários, Direito dos Valores Mobiliários, IV (2003), pp. 41-68.
- BARATA, André Mendes. O Mecanismo Único de Resolução: análise à luz do caso BES. *Revista da Ordem dos Advogados*, I/II (2017), pp. 117-159.
- BARATA, André Mendes. O Resgate do Sistema Bancário: a Intervenção Pública em Cenários de Crise. Universidade de Lisboa, 2014. Dissertação de Mestrado.
- BARBOSA, Mafalda Miranda; GONÇALVES, José Luís – Instrumentos Financeiros. Gestlegal, 2020.
- BIGNON, Vincent; VUILLEMEY, Guillaume – The Failure of a Clearinghouse: Empirical Evidence. Working Paper 638, Banque de France, 2017.
- BRAITHWAITE, Jo – The Dilemma of Client Clearing in the OTC Derivatives Markets. *European Business Organization Law Review*, 17 (2016), pp. 355-378.
- CÂMARA, Paulo – Manual de Direito dos Valores Mobiliários. Almedina, 4.^a Edição, 2018, p. 585.
- CANINI, Romualdo – Central Counterparties are Too Big for the European Securities and Markets Authority (Alone): Constructive Critique of the 2019 CCP Supervision Regulation. *European Business Organization Law Review*, 2021.
- CARTER, Louise; COLE, Duke – Central Counterparty Margin Frameworks. Reserve Bank of Australia, Bulletin December (2017), pp. 85-94.
- CARTER, Louise; GARNER, Megan – Skin in the Game – Central Counterparty Risk Controls and Incentives. Reserve Bank of Australia, Bulletin June (2015), pp. 79-88.
- CORDEIRO, A. Barreto Menezes – Manual de Direito dos Valores Mobiliários. Almedina, 2.^a Edição, 2018.
- CUNLIFFE, Jon – Central Clearing and Resolution – learning some of the lessons of Lehmans. Central Clearing and Resolution – learning some of the lessons of Lehmans. FIA International Derivatives Expo 2018, London Tuesday 5, 2018.
- DUFFIE, Darrell – Resolution of Failing Central Counterparties. Stanford University, 2014.

- FARUQUI, Umar; HUANG, Wenqian; TAKÁTS, Előd – Clearing risks in OTC derivatives markets: the CCP-bank nexus. *BIS Quarterly Review*, December (2018), pp. 73-90.
- FONSECA, Tiago Soares da – Do contrato de opção: esboço de uma teoria geral. *Lex*, 2001.
- FONTAINE, Jean-Sébastien; SAIZ, Héctor Pérez; SLIVE, Joshua – Access, Competition and Risk in Centrally Cleared Markets. *Bank of Canada Review*, Autumn (2012), pp. 14-22.
- FRIESZ, Melinda; VÁRADI, Kata – The Role of Central Counterparties on the Energy Market. *International Journal of Multidisciplinary in Business and Science*, 5:8 (2019), pp. 48-56. ~
- GREGORY, Jon – Central Counterparties: Mandatory Central Clearing and Initial Margin Requirements for OTC Derivatives. *John Wiley & Sons*, 2014.
- HILLS, Bob [et al.] – Central counterparty clearing houses and financial stability. *Financial Stability Review*, June (1999), pp. 122-134.
- HUGHES, David; MANNING, Mark – CCPs and Banks: Different Risks, Different Regulations. *Reserve Bank of Australia Bulletin*, December Quarter (2015), pp. 67-80.
- HULL, John – OTC derivatives and central clearing: can all transactions be cleared? *Financial Stability Review No. 14*, Banque de France, 2010, pp. 71-80.
- KROSZNER, Randall S. – Central counterparty clearing: History, innovation, and regulation. *Federal Reserve Bank of Chicago, European Central Bank, Issues Related to Central Counterparty Clearing*, Frankfurt, Germany, April 3–4, 2006.
- LANE, Timothy; DION, Jean-Philippe; SLIVE, Joshua – Access to central counterparties: why it matters and how it is changing. *Financial Stability Review*, 17 (2013), pp. 169-177.
- MONTEIRO, Manuel – O Regime Europeu do Short Selling. In *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários, Ensaios de Homenagem a Amadeu Ferreira*, Volume II, p. 33, pp. 29-55.
- MURPHY, David – *OTC Derivatives: Bilateral Trading & Central Clearing*. *Global Financial Markets*, 2013.
- NABILOU, Hossein; ASIMAKOPOULOS, Ioanis G. – In CCP We Trust ... Or Do We? Assessing the Regulation of Central Clearing Counterparties in

Europe. Law Working Paper number 2019-013, Université du Luxembourg, 2019.

NORMAN, Peter – *The Risk Controllers: Central Counterparty Clearing in Globalised Financial Markets*. John Wiley & Sons, 2011.

PIRRONG, Craig – *The Economics of Central Clearing: Theory and Practice*. Discussion Papers Series Number One, International Swaps and Derivatives Association, 2011.

PRIEM, Randy – CCP recovery and resolution: preventing a financial catastrophe. *Journal of Financial Regulation and Compliance*, 26:3 (2018), pp.351-364.

RABIN, Matthew; VAYANOS, Dimitri – The Gambler's and Hot-Hand Fallacies: Theory and Applications. *Review of Economic Studies*, 77 (2010), pp. 730–778.

REHLON, Amandeep; NIXON, Dan – Central counterparties: what are they, why do they matter and how does the Bank supervise them?. *Quarterly Bulletin*, Bank of England, 2 (2013).

RUSSO, Daniela; HART, Terry L.; SCHÖNENBERGER, Andreas – The evolution of clearing and central counterparty services for Exchange-traded derivatives in the United States and Europe: a comparison. *Occasional Paper Series No. 5*, European Central Bank, 2002.

SCHOEN, Edward J. – The 2007–2009 Financial Crisis: An Erosion of Ethics: A Case Study. *Journal of Business Ethics*, 146 (2017), pp. 805–830.

SINGH, Manmohan; TURING, Dermot – *Central Counterparties Resolution —An Unresolved Problem*. Working Paper 18/65, International Monetary Fund, 2018.

TEIXEIRA, Maria Emília – *O Contrato de Swap: o credit default swap e o seguro de crédito*. Almedina, 2017, p. 216.

WENDT, Froukelien – *Central Counterparties: Addressing their Too Important to Fail Nature*. Working Paper 15/21, International Monetary Fund, 2015.

• **Relatórios e documentos oficiais**

AUTORIDADE EUROPEIA DOS VALORES MOBILIÁRIOS E DOS MERCADOS – *CCPs' Membership Criteria and Due Diligence*. Final Report. 2020.

- AUTORIDADE EUROPEIA DOS VALORES MOBILIÁRIOS E DOS MERCADOS – Guidelines and Recommendations regarding the implementation of the CPSS-IOSCO Principles for Financial Market Infrastructures in respect of Central Counterparties. 2014.
- BANCO CENTRAL EUROPEU – Central counterparty clearing houses and financial stability. *Financial Stability Review*, December, 2005, pp. 177-182.
- BANK FOR INTERNATIONAL SETTLEMENTS – OTC derivatives market activity in the second half of 2008. 2009.
- BANK FOR INTERNATIONAL SETTLEMENTS – Principles for financial market infrastructures. 2012.
- BANK FOR INTERNATIONAL SETTLEMENTS – Recomendações para contrapartes centrais. 2004.
- BANK FOR INTERNATIONAL SETTLEMENTS; INTERNATIONAL ORGANIZATION OF SECURITIES COMMISSIONS – Principles for financial market infrastructures. 2012.
- BANK FOR INTERNATIONAL SETTLEMENTS; INTERNATIONAL ORGANIZATION OF SECURITIES COMMISSIONS – Recovery of financial market infrastructures. 2014.
- FINANCIAL STABILITY BOARD – Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions. 2011.
- FINANCIAL STABILITY BOARD – Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions. 2014.
- FUTURES INDUSTRY ASSOCIATION – Central Clearing: Recommendations for CCP Risk Management. 2018.
- INTERNATIONAL MONETARY FUND – Global Financial Stability Report Meeting New Challenges to Stability and Building a Safer System. 2010.
- INTERNATIONAL MONETARY FUND – Making Over-the-Counter Derivatives Safer: The Role of Central Counterparties. In *Global Stability Report*, 2010.
- SECURITIES REVIEW COMMITTEE – The Operation and Regulation of the Hong Kong Securities Industry. Report. 1988.
- THE GIOVANNINI GROUP – Cross-Border Clearing and Settlement Arrangements in the European Union. 2001.
- THE HIGH-LEVEL GROUP ON FINANCIAL SUPERVISION IN THE EU – Report. 2009.



CLÁUDIA CARVALHO*

Responsável Jurídico e de Verificação do Cumprimento da VICTORIA
Membro da AIDA Portugal

O impacto da Lei da Morte Medicamente Assistida nos seguros de vida

The impact of the Medically Assisted Death Act on life insurance

RESUMO: No presente artigo, abordaremos o tema da despenalização da morte medicamente assistida em Portugal, em particular o impacto da recente Lei n.º 22/2023, de 25 de maio, nos seguros de vida. Por via da análise do seu artigo 29.º, será feita uma reflexão sobre as soluções adotadas pelo legislador e sobre as incertezas e dificuldades que a sua redação coloca.

Palavras-chave: Morte medicamente assistida; eutanásia; suicídio medicamente assistido; seguro de vida; cobertura do risco; beneficiários

ABSTRACT: In this article, we will address the issue of the decriminalisation of medically assisted death in Portugal, in particular the impact of the recent Law no. 22/2023, of 25 May, on life insurance. By analyzing its article 29, we will reflect on the solutions adopted by the legislator and the uncertainties and difficulties that its wording poses.

Keywords: medically assisted death; euthanasia; physician-assisted suicide; life insurance; risk coverage; beneficiaries

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. A Lei da Morte Medicamente Assistida: traços gerais; 3. O risco de morte medicamente assistida nos seguros de vida; 3.1. As

* As opiniões expressas no presente texto são exclusivamente pessoais e vinculam unicamente a autora.

soluções no direito comparado; 3.2. O regime jurídico português; 3.2.1. A Lei do Contrato de Seguro; 3.2.2. As soluções na Lei da Morte Medicamente Assistida; 4. A repartição do risco com os resseguradores; 5. Outras repercussões; 6. Conclusão.

ABREVIATURAS: ASF = Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões; APS = Associação Portuguesa de Seguradores; CADA = Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos; CC = Código Civil, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 47344/66, de 25 de novembro, com as sucessivas alterações; CCom = Código Comercial, aprovado por Carta de Lei de 28 de junho de 1888, com as sucessivas alterações; CNPD = Comissão Nacional de Proteção de Dados; CP = Código Penal, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de março, com as sucessivas alterações; CRP = Constituição da República Portuguesa; CVA = Comissão de Verificação e Avaliação; LADA = Regime de acesso à informação administrativa e ambiental e de reutilização dos documentos administrativos, aprovado pela Lei n.º 26/2016, de 22 de agosto, com as sucessivas alterações; LCCG = Regime Jurídico das Cláusulas Contratuais Gerais, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro; LCS = Regime Jurídico do Contrato de Seguro (ou Lei do Contrato de Seguro), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 72/2008, de 16 de abril, com as sucessivas alterações; LERGPD = Lei de Execução do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados, aprovada pela Lei n.º 58/2019, de 08 de agosto; RGPD = Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados, aprovado pelo Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, com as sucessivas alterações; RJASR = Regime Jurídico de Acesso e Exercício da Atividade Seguradora e Resseguradora, aprovado pela Lei n.º 147/2015, de 09 de setembro, com as sucessivas alterações; RJFP = Regime Jurídico da Constituição e do Funcionamento dos Fundos de Pensões e das Entidades Gestoras de Fundos de Pensões, aprovado pela Lei n.º 27/2020, de 23 de julho.

1. Introdução

I. Como bem se compreenderá, o tema da morte medicamente assistida é controverso e delicado: entre o direito à vida e a liberdade individual quanto a decidir o seu *terminus*, para que lado devemos pender?

Dogmaticamente, podemos falar de três tipos de morte assistida: **i)** a eutanásia ativa, que implica que o médico participe, atue, nomeadamente, através da injeção de uma dose letal no paciente, com a intenção de causar a morte; **ii)** a eutanásia passiva (ou indi-

reta), quando um paciente morre devido à inação ou omissão de um médico, como a retenção de hidratação e nutrientes ou a recusa de iniciar terapias; e *iii*) o suicídio assistido, o qual não requer a ação ou omissão do médico, mas sim a sua assistência, oferecendo os seus conhecimentos médicos.¹

II. No plano internacional, encontramos exemplos de países que, por um lado, admitem a eutanásia (Bélgica, Canadá, Espanha, Luxemburgo, Nova Zelândia, Países Baixos e Portugal), a toleram, no sentido de prática observada nos tribunais superiores (Colômbia, Japão e Uruguai) ou, pelo contrário, a punem (Alemanha, Áustria, Brasil, Dinamarca, Finlândia, França, Grécia, Itália, Reino Unido, Suíça e Suécia). Por outro lado, admitem o suicídio assistido (Áustria, Canadá, Espanha, alguns estados federados dos E.U.A., Finlândia, Luxemburgo, Nova Zelândia, Países Baixos, Portugal, Suíça e Suécia), o toleram, no sentido de prática observada nos tribunais superiores (Alemanha, Itália e Japão) ou, pelo contrário, o punem (Bélgica, Brasil, Dinamarca, alguns estados federados dos E.U.A., França, Grécia, Reino Unido). Apesar da diversidade, a maioria dos países do mundo ainda tipifica a eutanásia e o suicídio assistido como crime.²

III. Em Portugal, foi recentemente publicada a Lei n.º 22/2023, de 25 de maio, que regula as condições em que a morte medicamente assistida não é punível e altera o Código Penal.

A discussão nacional sobre a despenalização da morte medicamente assistida durou quase trinta anos³, com um histórico de

¹ Abel B. Veiga Copo, *Eutanasia, Derecho a Morir, Suicidio, Paliativos, Homicidio y su Aseguramiento em Seguro de personas e inteligencia artificial*, coord. Miguel Martínez Muñoz, 1.ª ed., Editorial Civitas, Madrid, 2022, 819-873.

² Abordaremos, com maior detalhe, o quadro legal de alguns destes países, *infra* 3.1. Para maior desenvolvimento, vd. Divisão de Informação Legislativa e Parlamentar da Assembleia da República, *Eutanásia e Suicídio Assistido: Enquadramento Internacional*, Coleção Temas n.º 60, Lisboa, 2022, acessível em: www.parlamento.pt

³ A este propósito vd. Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, *Parecer sobre Aspectos Éticos dos Cuidados de Saúde relacionados com o Final da Vida (11/CNECV/95)*, 1995, acessível em: www.cnecv.pt

sucessivos Projetos de Lei falhados e declarações de inconstitucionalidade (vd. Acórdãos do Tribunal Constitucional n.º 123/2021 e n.º 5/2023). Apesar de aprovadas, as soluções encontradas e vertidas na Lei da Morte Medicamente Assistida mereceram inúmeras críticas por parte das comunidades científica, ética, jurídica e de associações profissionais, num país em que o sistema público de saúde apresenta graves carências na prestação efetiva de cuidados paliativos⁴.

À data da elaboração do presente artigo, algumas matérias carecem de regulamentação pelo Governo⁵, o que condiciona a entrada em vigor do diploma, tendo, ainda, sido requerida a fiscalização abstrata sucessiva da constitucionalidade de determinadas normas, da qual se aguarda a decisão do Tribunal Constitucional. A relevância e a pertinência do estudo do tema não ficam, no entanto, prejudicadas.

2. A Lei da Morte Medicamente Assistida: traços gerais

I. A Lei n.º 22/2023 vem regular as condições em que a morte⁶ medicamente assistida não é punível, alterando o Código Penal.

⁴ Segundo a Organização Mundial de Saúde, os cuidados paliativos visam melhorar a qualidade de vida dos doentes e seus familiares, face a uma doença que ameace a vida, através da prevenção e alívio do sofrimento, com recurso à identificação precoce, adequada avaliação e tratamento da dor e demais sintomas físicos, psicossociais e espirituais. Os cuidados paliativos afirmam a vida e consideram a morte como um processo natural, não pretendendo antecipar nem adiar, oferecendo um sistema de apoio que ajuda os doentes a viver tão ativamente quanto possível, até à morte. De acordo com a alínea *a*) da Base II da Lei n.º 52/2012, de 5 de setembro (“Lei de Bases dos Cuidados Paliativos”), consideram-se *cuidados paliativos* «os cuidados ativos, coordenados e globais, prestados por unidades e equipas específicas, em internamento ou no domicílio, a doentes em situação de sofrimento decorrente de doença incurável ou grave, em fase avançada e progressiva, assim como às suas famílias, com o principal objetivo de promover o seu bem-estar e a sua qualidade de vida, através da prevenção e alívio do sofrimento físico, psicológico, social e espiritual, com base na identificação precoce e do tratamento rigoroso da dor e outros problemas físicos, mas também psicossociais e espirituais;».

⁵ *infra* 2.III.

⁶ Nos termos do artigo 2.º da Lei n.º 141/99, de 28 de agosto, a morte corresponde à cessação irreversível das funções do tronco cerebral.

Conforme definido na alínea a) do seu artigo 2.º, considera-se *morte medicamente assistida*, «a morte que ocorre por decisão da própria pessoa, em exercício do seu direito fundamental à autodeterminação e livre desenvolvimento da personalidade,⁷ quando praticada ou ajudada por profissionais de saúde».

⁷ Trata-se do direito fundamental ao desenvolvimento da personalidade, previsto no n.º 1 do artigo 26.º da CRP. No Acórdão n.º 5/2023 do Tribunal Constitucional podemos ler: «A doutrina portuguesa tem também vindo a acentuar as dimensões de liberdade e de autodeterminação que se encontram associadas a este direito. Como escrevem GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA relativamente ao mesmo: «na qualidade de expressão geral de uma esfera de liberdade pessoal, ele constitui um direito subjetivo fundamental do indivíduo, garantindo-lhe um direito à formação livre da personalidade ou liberdade de ação como sujeito autónomo dotado de autodeterminação decisória, e um direito de personalidade fundamentalmente garantidor da sua esfera jurídico-pessoal e, em especial, da integridade deste» (Autores *cits.*, *Constituição...*, *cit.*, anot. III ao artigo 26.º, pp. 463-464). Os mesmos Autores acrescentam que o âmbito normativo de proteção deste direito compreende três dimensões: 1) a formação livre da personalidade, sem planificação ou imposição estatal de modelos de personalidade; 2) a proteção da liberdade de ação de acordo com o projeto de vida, vocação e capacidades pessoais próprias; e 3) a proteção da integridade da pessoa em vista a garantir a esfera jurídico-pessoal no processo de desenvolvimento (*ibidem*).

Em sentido próximo, RUI MEDEIROS e ANTÓNIO CORTÊS salientam que aquele direito compreende uma tutela abrangente da personalidade enquanto substrato da individualidade (nos seus diversos aspetos) e uma tutela da liberdade (Autores *cits.*, *Constituição...*, *cit.*, anot. XIV ao artigo 26.º, p. 614). Estes Autores assinalam ainda a interligação que se verifica entre o direito em apreço e outros direitos e interesses constitucionalmente tutelados, afirmando que «o respeito pela dignidade humana, pelo pluralismo democrático, pela identidade pessoal e pelo desenvolvimento da personalidade de cada um implica o reconhecimento de um espaço legítimo de liberdade e realização pessoal liberto de constrangimentos jurídicos» (*ibidem*).

A mencionada liberdade geral de ação traduz-se essencialmente num espaço próprio de autonomia que confere a cada pessoa a liberdade de conduzir a sua própria existência de acordo com as características específicas da sua personalidade e do seu projeto de vida. Como este Tribunal já frisou a propósito de tal dimensão, a mesma consiste numa «liberdade de exteriorização da personalidade ou liberdade de ação de acordo com o projeto de vida e a vocação e capacidades pessoais próprias» (Acórdão n.º 225/2018), assegurando-se «a cada um a liberdade de traçar o seu próprio plano de vida» (Acórdão n.º 288/98). Já a capacidade de autodeterminação traduz-se essencialmente num espaço próprio de autonomia decisória que confere a cada pessoa a liberdade de fazer escolhas relevantes para a sua vida enquanto ser racional e o ónus de assumir a responsabilidade pelas mesmas. Também esta vertente tem vindo a ser enfatizada na jurisprudência constitucional e na doutrina, que a descrevem como a «liberdade de ação necessária à autoconformação da identidade própria

A morte medicamente assistida pode ocorrer por suicídio medicamente assistido, por via de autoadministração de fármacos letais pelo próprio doente, sob supervisão médica, ou, subsidiariamente, por eutanásia, através da administração de fármacos letais pelo médico ou profissional de saúde devidamente habilitado para o efeito, a qual apenas poderá ocorrer quando o suicídio medicamente assistido for impossível por incapacidade física⁸ do doente. A lei veio, assim, admitir a *eutanásia ativa*.

Não é punível a morte medicamente assistida que ocorra sob determinados requisitos (artigo 3.º), a saber:

- i) decisão da própria pessoa⁹;
- ii) maior e de nacionalidade portuguesa ou legalmente residente em território nacional;

de um sujeito autodeterminado» (Acórdão n.º 225/2018), ou ainda a como a «liberdade de ação como sujeito autónomo dotado de autodeterminação decisória» (v. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição...*, cit., anot. III ao artigo 26.º, p. 463).

Estas duas dimensões do direito ao desenvolvimento da personalidade conferem a cada pessoa o poder de tomar decisões cruciais sobre a forma como pretende viver a própria vida e, por inerência, a forma como não a pretende continuar a viver. O espaço irredutível de autonomia individual para conduzir a sua própria existência de acordo com as características específicas da sua personalidade e o seu projeto de vida decorrente da liberdade geral de ação pode, assim, integrar um projeto de fim de vida delineado em função das conceções e valorações relativas ao significado da própria existência para cada pessoa. Por sua vez, a liberdade de cada um fazer escolhas relevantes para a própria vida enquanto ser dotado de racionalidade e de responsabilidade, que é própria da autonomia decisória, também pode proteger a decisão de uma pessoa pôr termo à própria vida, desde que tomada de forma capaz, livre, consciente e esclarecida. Vai nesse sentido o entendimento do TEDH de que «o direito de uma pessoa decidir de que modo e em que momento a sua vida deve terminar, desde que esteja em condições de formar livremente a sua vontade a esse respeito e de agir em conformidade é um dos aspetos compreendidos no direito ao respeito pela vida privada consagrado no artigo 8.º da Convenção» (v. o Acórdão [Sec.] de 20 de janeiro de 2011, Haas c. Suisse, Queixa n.º 31322/07, § 51; confirmando esta jurisprudência, v. os Acórdãos [Sec.] de 19 de julho de 2012, Koch c. Allemagne, Queixa n.º 497/09, § 52; e de 14 de maio de 2013, Gross c. Suisse, Queixa n.º 67810/10, § 59).», acessível em: www.tribunalconstitucional.pt

⁸ Neste sentido, fica por esclarecer o que se deva entender por “incapacidade física” e quais os requisitos a que a mesma deva obedecer.

⁹ A Lei n.º 22/2023 exige, em qualquer fase do procedimento, uma decisão «estritamente pessoal e indelegável» do doente. Caso o doente que solicita a morte medicamente assistida

- iii) cuja vontade seja atual e reiterada, séria, livre e esclarecida¹⁰;
- iv) em situação de sofrimento de grande intensidade¹¹;
- v) com lesão definitiva de gravidade extrema¹² ou doença grave e incurável¹³;
- vi) quando praticada ou ajudada por profissionais de saúde.

não saiba ou esteja impossibilitado fisicamente de escrever e assinar, pode, em todas as fases do procedimento em que seja requerido, fazer-se substituir por pessoa da sua confiança, por si designada apenas para esse efeito, aplicando-se as regras do reconhecimento de assinatura a rogo na presença de profissional legalmente competente, devendo a assinatura ser efetuada na presença do médico orientador, com referência expressa a essa circunstância, e na presença de uma ou mais testemunhas.

¹⁰ Pretende-se, assim, que a vontade não seja passageira ou irrefletida, mas sim insistente, verdadeira, ponderada, consciente, não influenciada ou inquinada por vícios da vontade (coação, erro). Nos termos do artigo 7.º da lei da morte medicamente assistida, é obrigatório o parecer de um médico psiquiatra quando: «a) O médico orientador e ou o médico especialista tenham dúvidas sobre a capacidade da pessoa para solicitar a morte medicamente assistida revelando uma vontade séria, livre e esclarecida; b) O médico orientador e ou o médico especialista admitam que a pessoa seja portadora de perturbação psíquica ou condição médica que afete a sua capacidade de tomar decisões.». Em caso de parecer desfavorável do médico psiquiatra, o procedimento é cancelado.

¹¹ Definido na alínea f) do artigo 2.º como «o sofrimento decorrente de doença grave e incurável ou de lesão definitiva de gravidade extrema, com grande intensidade, persistente, continuado ou permanente e considerado intolerável pela própria pessoa». Ao contrário do que seria desejável, ficou por concretizar o conceito “grande intensidade”, parecendo deixá-lo ao critério e sensibilidade de cada doente, profissionais de saúde e outros aplicadores da lei e, em última análise, aos tribunais.

¹² Definida na alínea e) do artigo 2.º como «a lesão grave, definitiva e amplamente incapacitante que coloca a pessoa em situação de dependência de terceiro ou de apoio tecnológico para a realização das atividades elementares da vida diária, existindo certeza ou probabilidade muito elevada de que tais limitações venham a persistir no tempo sem possibilidade de cura ou de melhoria significativa».

¹³ Definida na alínea d) do artigo 2.º como «a doença que ameaça a vida, em fase avançada e progressiva, incurável e irreversível, que origina sofrimento de grande intensidade». Fazemos notar que, para esta definição de doença grave e incurável, não assume relevância o prognóstico do tempo de vida do doente (“prognóstico vital”), o que parece desfasado da Lei n.º 31/2018, de 18 de julho, que estabelece um conjunto de direitos das pessoas em contexto de doença avançada e em fim de vida. Nos termos do artigo 2.º da Lei n.º 31/2018: «considera-se que uma pessoa se encontra em contexto de doença avançada e em fim de vida quando padeça de doença grave, que ameaça a vida, em fase avançada, incurável e irreversível e exista prognóstico vital estimado de 6 a 12 meses.».

II. O procedimento clínico tem início com o pedido de abertura, efetuado pelo doente, ou por pessoa por si designada, podendo ser livremente revogado, a todo o tempo. Ao exigir o pedido, a lei parece indiciar que não basta o simples consentimento do doente ou uma atitude passiva por parte deste, como seja a de tolerar, aceitar, suportar ou concordar, tendo de intervir ativamente no processo de formação desta (sua) decisão. A revogação do pedido de morte medicamente assistida põe termo ao procedimento clínico em curso.

Após o pedido de abertura, segue-se o parecer do médico orientador, que carece de posterior confirmação por médico especialista e, em alguns casos, de confirmação por médico especialista em psiquiatria (artigos 5.º a 7.º). Sendo estes pareceres favoráveis e reconfirmada a vontade do doente, caberá à CVA emitir parecer, nos termos do artigo 8.º. No caso de também este ser favorável e confirmando-se, novamente, a vontade do doente, é concretizada a decisão, por via da administração dos fármacos letais (artigos 9.º e 10.º).

A escolha do local para a prática da morte medicamente assistida cabe ao doente, podendo ocorrer nos estabelecimentos de saúde do Serviço Nacional de Saúde e dos setores privado e social que estejam devidamente licenciados e autorizados para a prática de cuidados de saúde, disponham de internamento e de local adequado e com acesso reservado, ou outro local, desde que o médico orientador certifique que o mesmo dispõe de condições clínicas e de conforto adequadas para o efeito, cfr. artigo 13.º.

De acordo com o n.º 5 do artigo 4.º, desde a data do pedido de abertura do procedimento clínico até à concretização da morte medicamente assistida, terá de decorrer um período mínimo de dois meses, sem prejuízo dos prazos fixados na lei para cada etapa do processo.

III. Algumas matérias carecem de regulamentação, nomeadamente o modelo de Registo Clínico Especial¹⁴ e o modelo de Rela-

¹⁴ De acordo com o n.º 1 do artigo 16.º da Lei, do Registo Clínico Especial devem constar: «a) Todas as informações clínicas relativas ao procedimento em curso; b) Os pareceres e relatórios apresentados pelos médicos e outros profissionais de saúde intervenientes no processo; c) O parecer da CVA; d) As decisões do doente sobre a continuação do procedimento

tório Final¹⁵, a serem aprovados pelo Governo no prazo de noventa dias após a publicação da lei, o qual já se encontra ultrapassado.

Perante o incumprimento, foi anunciado o Projeto de Resolução n.º 923/XV/2, de 28 de setembro de 2023, que recomenda ao Governo que proceda à regulamentação da lei que regula a morte medicamente assistida.¹⁶ À data da elaboração do presente estudo, é sabido o adiamento da respetiva regulamentação para o ano de 2024.¹⁷

A sua publicação marcará, assim, o início da contagem do prazo de trinta dias para a entrada em vigor da lei.

IV. Não menos importante para a operacionalização do procedimento clínico da morte medicamente assistida, assumindo um papel central no mesmo, trata-se da designação dos membros da CVA, composta por: dois juristas, um designado pelo Conselho Superior da Magistratura e outro pelo Conselho Superior do Ministério Público; um médico designado pela Ordem dos Médicos¹⁸; um enfer-

ou a revogação do pedido; e) A decisão do doente sobre o método de morte medicamente assistida; f) Outras ocorrências consideradas relevantes.».

¹⁵ De acordo com o n.º 3 do artigo 17.º da Lei, do Relatório Final, emitido após a morte do doente, devem constar, entre outros: «a) A identificação do doente e dos médicos e outros profissionais intervenientes no processo, incluindo os que praticaram ou ajudaram à morte medicamente assistida, e das pessoas consultadas durante o procedimento; b) Os elementos que confirmam o cumprimento dos requisitos exigidos pela presente lei para a morte medicamente assistida; c) A informação sobre o estado clínico, nomeadamente sobre o diagnóstico e prognóstico, com explicitação da natureza grave e incurável da doença ou da condição definitiva e de gravidade extrema da lesão e das características e intensidade previsível do sofrimento; d) O método e os fármacos letais utilizados; e) A data, a hora e o local onde se praticou o procedimento de morte medicamente assistida e a identificação dos presentes; f) Os fundamentos do encerramento do procedimento.».

¹⁶ Acessível em: www.parlamento.pt

¹⁷ Cfr. informação acessível em: www.expresso.pt

¹⁸ Determina o n.º 2 do artigo 65.º do Código Deontológico da Ordem dos Médicos (aprovado pelo Regulamento n.º 707/2016 da Ordem dos Médicos) que ao médico é vedada a ajuda ao suicídio, a eutanásia e a distanásia. No âmbito do Projeto de Lei n.º 5/XV/1, a Ordem dos Médicos informou a Assembleia da República da sua posição de recusa em indicar ou nomear médicos para a CVA e emitiu o seu Parecer: «O Código Deontológico da Ordem dos Médicos não é um simples regulamento administrativo, mas um recetáculo de valores éticos fundamentais, suprapositivos e enraizados a consciência ético-jurídica dos Médicos. Se a lei da eutanásia entrar em vigor não pode por si mesma determinar ou obrigar

meiro designado pela Ordem dos Enfermeiros; e um especialista em bioética designado pelo Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida. Esta designação deverá ocorrer no prazo de vinte dias úteis a contar da entrada em vigor da lei. Será esta mesma Comissão que, administrativamente, terá a “última palavra” sobre se, no caso em concreto, estão reunidas as condições e requisitos legais para a prática da morte medicamente assistida: em caso de parecer desfavorável, o procedimento em curso é cancelado, podendo ser reiniciado com um novo pedido de abertura. Compete, igualmente, à CVA a avaliação sistemática da aplicação desta lei, apresentando à Assembleia da República, anualmente, um relatório com informação estatística e eventuais recomendações.

V. A lei vem, ainda, alterar o artigo 134.º (*Homicídio a pedido da vítima*)¹⁹, o artigo 135.º (*Incitamento ou ajuda ao suicídio*)²⁰ e o artigo 139.º (*Propaganda do suicídio*), todos do CP, despenalizando as condutas realizadas no cumprimento das condições estabelecidas na Lei da Morte Medicamente Assistida.

à adulteração dos princípios éticos e deontológicos da Medicina, através da alteração do nosso código de conduta.».

Esta posição encontra-se alinhada com o entendimento da Associação Médica Mundial (*World Medical Association*), que se opõe firmemente à eutanásia e ao suicídio assistido, conforme Declaração adotada na 70.ª Assembleia Geral em outubro de 2019, acessível em: www.wma.net

¹⁹ A propósito do crime previsto no artigo 134.º do CP, Manuel da Costa Andrade entende que: «A exigência da realização do ilícito típico do Homicídio determina, por um lado, a exclusão do âmbito do Homicídio a pedido da vítima dos factos que possam levar-se à conta do suicídio, auxílio ao suicídio ou mesmo à chamada eutanásia indireta (ortotanásia). Também a eutanásia indireta não cai sobre a área de tutela do crime de Homicídio. (...) a conduta do agente não configura aqui um matar no sentido da ação típica do Homicídio.» – Manuel da Costa Andrade, anotação ao artigo 134.º, no *Comentário Conimbricense do Código Penal Anotado – Parte Especial*, t. I, coord. Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, 60.

²⁰ O médico que, respeitando a vontade do doente de recusa de tratamento ainda que provoque a sua morte, não intervém e não o salva (eutanásia passiva ou indireta), não comete a infração prevista neste artigo. Cfr. Manuel da Costa Andrade, anotação ao artigo 135.º, no *Comentário Conimbricense do Código Penal Anotado – Parte Especial* cit. –, t. I, 81.

VI. Sintomático da controvérsia do tema e das soluções adotadas pelo legislador, é o facto de ter sido requerida a fiscalização abstrata sucessiva da constitucionalidade de determinadas normas, da qual se aguarda a decisão do Tribunal Constitucional.

3. O risco de morte medicamente assistida nos seguros de vida

3.1. As soluções no direito comparado

I. Apesar de a morte medicamente assistida ser, em regra, proibida e punida nos E.U.A., existem alguns estados federados que permitem o suicídio assistido, como é o caso do Oregon, desde outubro de 1997, através do *The Oregon Death With Dignity Act – Oregon Revised Statutes*, que determina que a eficácia e validade dos contratos de seguro de vida, de saúde e de acidentes não são afetadas pela decisão de a pessoa pôr fim à sua vida por meio do suicídio assistido.²¹

II. Nos Países Baixos, tanto a eutanásia, como o suicídio assistido, são permitidos, encontrando-se regulados na *Wet toetsing levensbeëindiging op verzoek en hulp bij zelfdoding*²² – Lei sobre o controlo da interrupção da vida a pedido e do suicídio assistido [tradução livre] – que entrou em vigor em abril de 2002.²³

²¹ «127.875 §3.13. Insurance or annuity policies. The sale, procurement, or issuance of any life, health, or accident insurance or annuity policy or the rate charged for any policy shall not be conditioned upon or affected by the making or rescinding of a request, by a person, for medication to end his or her life in a humane and dignified manner. Neither shall a qualified patient's act of ingesting medication to end his or her life in a humane and dignified manner have an effect upon a life, health, or accident insurance or annuity policy. [1995 c.3 §3.13]», acessível em: <https://euthanasia.procon.org>

²² Acessível em: <https://wetten.overheid.nl>

²³ Decorridos 20 anos desde a entrada em vigor da lei, em 2022, a morte medicamente assistida representou 5,1% do total de mortes declaradas no país, conforme o relatório anual elaborado pelo *Regional Euthanasia Review Committees*, acessível em: <https://english.euthanasiecommissie.nl>

A lei não prevê qualquer disposição em matéria de contratos, em especial nos seguro de vida. No entanto, o que a prática neerlandesa demonstra é que o mercado segurador garante o pagamento do capital seguro em caso de morte medicamente assistida: ora definindo expressamente que, para efeitos de exclusão do suicídio ocorrido nos dois primeiros anos de vigência da apólice, a eutanásia, efetuada nos termos fixados na lei e/ou na jurisprudência, não é considerada suicídio; ora prevendo expressamente que, para efeito de cobertura do seguro, há lugar à cobertura do sinistro e à realização da prestação do segurador em caso de eutanásia realizada de acordo com os critérios fixados na lei e na jurisprudência.²⁴

III. Na Bélgica, desde a entrada em vigor da *Loi relative à l'euthanasie*²⁵, em 20 de setembro de 2002, é permitida a eutanásia.²⁶

A lei esclarece, no seu artigo 15.º, que a morte de uma pessoa na sequência de uma eutanásia praticada ao abrigo daquele normativo é considerada como morte natural, para efeitos dos contratos de que é parte, em particular dos contratos de seguro, e que os profissionais que intervêm no processo de eutanásia não podem beneficiar de disposições *inter vivos* ou testamentárias feitas a seu favor pelo doente no decurso do procedimento.²⁷

²⁴ A este propósito, veja-se os exemplos das Condições Gerais *Personal Life Insurance*, da TAF (alínea c) da cláusula 6.1.), Condições Gerais do Seguro de Vida n.º 2423, da Nationale Nederlanden (cláusula sob o título *Wanneer keren we uit?*) e Condições Gerais do Seguro de Vida 2023.03, da ASR (cláusula 3.4.), acessíveis em: www.taf.nl, www.nn.nl e www.asr.nl, respetivamente.

²⁵ Acessível em: www.ejustice.just.fgov.be

²⁶ Decorridos quase 20 anos desde a entrada em vigor da lei, em 2021, a morte medicamente assistida representou 2,4% do total de mortes declaradas no país, conforme o relatório anual elaborado pela *Commission fédérale de Contrôle et d'Évaluation de l'Euthanasie*, acessível em: <https://organesdeconcertation.sante.belgique.be>

²⁷ «Art. 15. La personne décédée à la suite d'une euthanasie dans le respect des conditions imposées par la présente loi est réputée décédée de mort naturelle pour ce qui concerne l'exécution des contrats auxquels elle était partie, en particulier les contrats d'assurance. Les dispositions de l'article 909 du Code civil sont applicables aux membres de l'équipe soignante visés à l'article 3».

O suicídio assistido não é permitido e não foi incluído na noção de morte medicamente assistida que consta no artigo 2.º daquela lei. O contrato de seguro não cobre, salvo convenção em contrário, o pagamento do capital seguro em caso de suicídio ocorrido no primeiro ano de vigência da apólice, recaindo sobre o segurador o ónus da prova da existência de suicídio, conforme decorre do §1.º, do artigo 164.º, da *Loi relative aux assurances*, de 4 de abril de 2014.²⁸

IV. O Luxemburgo despenalizou a eutanásia e o suicídio assistido, com a publicação da *Loi du 16 mars 2009 sur l'euthanasie et l'assistance au suicide*²⁹, que entrou em vigor a 20 de março de 2009.³⁰

Com a alteração introduzida pela Lei de 2 de março de 2021 foi aditado o artigo 15.º-A, sendo considerada morte natural, para efeitos dos contratos de que é parte, a morte de uma pessoa na sequência de eutanásia ou suicídio assistido praticados ao abrigo daquele normativo.³¹

V. No Canadá, desde 2016,³² é permitida a morte medicamente assistida (tanto a eutanásia, como o suicídio assistido), encontran-

²⁸ «Risques exclus

Art. 164. § 1er. Sauf convention contraire, l'assurance ne couvre pas le suicide de l'assuré survenu moins d'un an après la prise d'effet du contrat. L'assurance couvre le suicide survenu un an ou plus d'un an après la prise d'effet du contrat. La preuve du suicide incombe à l'assureur. (...), acessível em: www.ejustice.just.fgov.be.

²⁹ Acessível em: <https://legilux.public.lu>

³⁰ Decorridos mais de 10 anos desde a entrada em vigor da lei, em 2022 registaram-se 34 óbitos por morte medicamente assistida, conforme o relatório anual elaborado pela *Commission Nationale de Contrôle et d'Évaluation de l'application de la loi du 16 mars 2009 sur l'euthanasie et l'assistance au suicide*, acessível em: <https://sante.public.lu>

³¹ «Art. 15bis.

La personne décédée à la suite d'une euthanasie ou d'une assistance au suicide dans le respect des dispositions de la présente loi est réputée décédée de mort naturelle pour ce qui concerne l'exécution des contrats auxquels elle était partie.», acessível em: <https://legilux.public.lu>

³² Em 2021, a morte medicamente assistida representou 3,3% do total de mortes declaradas no país, conforme o relatório anual elaborado pela *Health Canada*, acessível em: www.canada.ca

do-se esta matéria regulada pelo *An Act to amend the Criminal Code and to make related amendments to other Acts (medical assistance in dying)*.³³

Sem prejuízo de esta lei ser omissa quanto aos efeitos nos contratos de seguro, em novembro de 2016, a *Canadian Life and Health Insurance Association* publicou a sua posição relativamente a este tema, no sentido de considerar que, se a morte medicamente assistida (“MAID”) ocorrer no cumprimento dos requisitos previstos na lei, então tal não será considerado suicídio para efeitos de exclusão nos seguros de vida.³⁴

VI. Em Espanha, a *Ley Orgánica 3/2021*, de 24 de março³⁵, veio regular a morte medicamente assistida (tanto a eutanásia, como o suicídio assistido), tendo entrado em vigor em 25 de junho de 2021.³⁶

Num dos seus artigos, esclarece que a morte medicamente assistida será considerada, para todos os efeitos, como morte natural, o que se reflete, naturalmente, nos contratos de seguro de vida celebrados pelo doente, para efeito de pagamento do sinistro.³⁷

³³ Acessível em: <https://laws-lois.justice.gc.ca>

³⁴ «1. If MAID takes place and it is in accordance with the rules and processes set out by the government(s), then MAID will not be considered to be “suicide” for the purposes of life insurance.

2. Where the MAID process takes place in accordance with paragraph 1, an insurer would not be prevented from relying upon any other defences (not related to accessing MAID) that may otherwise be applicable. For example:

a. any misrepresentation that may have been made in applying for coverage, or
b. any medical conditions specifically excluded at the time the policy was issued.

3. Where the MAID process takes place, it will still generally be necessary to know the underlying illness. For this reason, we recommend that any death certificate issued following MAID should also indicate the underlying cause of death.» acessível em: www.clhia.ca

³⁵ Acessível em: www.boe.es

³⁶ De acordo com o relatório anual elaborado pelo *Ministerio de Sanidad*, em 2021 registaram-se em Espanha 71 óbitos por morte medicamente assistida, acessível em: www.sanidad.gob.es

³⁷ «Disposición adicional primera. Sobre la consideración legal de la muerte.

La muerte como consecuencia de la prestación de ayuda para morir tendrá la consideración legal de muerte natural a todos los efectos, independientemente de la codificación realizada en la misma.»

A lei espanhola determina, ainda, que não podem intervir no procedimento de morte medicamente assistida quem se encontre em situação de conflito de interesses ou obtenha algum benefício com o procedimento.³⁸

3.2. O regime jurídico português

3.2.1. A Lei do Contrato de Seguro

I. Apesar de a LCS não definir *contrato de seguro*, o artigo 1.º indica os seus elementos característicos: o segurador cobre um determinado risco do tomador do seguro ou de outrem, obrigando-se a realizar a prestação convencionada em caso de ocorrência do evento aleatório previsto no contrato, em contrapartida do pagamento do prémio.

Na esteira de José Vasques, os conceitos de álea e de risco não se confundem, porquanto o primeiro indica a probabilidade de uma vantagem com a inerente probabilidade de perda, em contraposição com o segundo que reflete apenas o aspeto negativo da situação de incerteza, na medida em que significa a possibilidade da ocorrência do evento danoso: «O risco é normalmente caracterizado como o evento danoso, lícito, fortuito e incerto, isto é, que não seja contrário à lei ou ofensivo da ordem pública ou dos bons costumes [...], que não tenha ainda ocorrido [...] ou cessado [...], e relativamente ao qual exista uma possibilidade absoluta ou relativa de ocorrência, consoante a incerteza se refira à própria verificação do evento [...], ao momento da sua certa ocorrência [...] ou quanto ao seu montante [...]».³⁹

Já Menezes Cordeiro explica: «Tecnicamente, considera-se que a álea exprime uma margem de flutuação nos eventos futuros, impli-

³⁸ «Artículo 14. Prestación de la ayuda para morir por los servicios de salud.

(...) No podrán intervenir en ninguno de los equipos profesionales quienes incurran en conflicto de intereses ni quienes resulten beneficiados de la práctica de la eutanasia.»

³⁹ José Vasques, anotação ao artigo 44.º, na *Lei do Contrato de Seguro – Anotada*, Pedro Romano Martínez *et al.*, 4.ª ed., Almedina, Coimbra, 2023 (reimpr.), 260.

cando uma possibilidade de vantagens, com a inerente probabilidade de uma perda. Sendo assim, o risco exprimiria a vertente negativa da álea: a de um perigo de um mal. Risco pode, deste modo, ser definido como a probabilidade de diminuição, numa situação previamente considerada. Toma corpo numa de cinco eventualidades:

- na supressão ou na diminuição de uma vantagem;
- no não-surgimento de uma vantagem;
- no aumento de uma desvantagem;
- no não-desaparecimento de uma desvantagem;
- no desaparecimento menor de uma desvantagem.

O risco não tem de ser reportado a eventos futuros; mas quando assente em factos passados (ou presentes), estes não podem ser do conhecimento de quem corra o risco: ou já não haverá probabilidades, mas certezas.»⁴⁰, concluindo que uma definição do contrato de seguro que dispensasse o risco redundaria numa simples aposta.

Por seu turno, Margarida Lima Rego esclarece o seguinte: «O contrato de seguro é habitualmente caracterizado como um contrato aleatório por se desconhecer à partida qual das duas partes desembolsará maior pecúlio. É habitual referir-se, por simplicidade, o caso mais frequente em que é certo o pagamento do prémio pelo tomador e meramente eventual o pagamento da indemnização pelo segurador. [...] Em qualquer dos casos, importante é o desconhecimento, aquando da contratação, de qual das duas partes desembolsará, a final, maior pecúlio.»⁴¹

O *evento aleatório* a que o artigo 1.º da LCS se refere é o sinistro. Prevê o seu artigo 99.º que o sinistro corresponde à verificação, total ou parcial, do evento que desencadeia o acionamento da cobertura do risco prevista no contrato.

⁴⁰ António Menezes Cordeiro, *Direito dos Seguros*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2017 (reimpr.), 539-541.

⁴¹ Margarida Lima Rego, *Contrato de Seguro e Terceiros – Estudo de direito civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, 395-396.

II. Nos termos do artigo 183.º da LCS, no seguro de vida, o segurador cobre um risco relacionado com a morte ou a sobrevivência da pessoa.⁴² Neste tipo de seguro, garantem-se, essencialmente, prestações de valor predeterminado, através do pagamento de um capital convencionado, não dependendo da existência de um dano ou do seu efetivo montante (n.º 2 do artigo 175.º da LCS), pelo que o princípio do indemnizatório, plasmado nos artigos 128.º a 136.º da LCS, não é aplicável ao seguro de vida, na medida em que assenta naquelas prestações.⁴³

III. Conforme decorre do artigo 191.º, n.º 1, da LCS, salvo convenção em contrário, a cobertura da morte em caso de suicídio ocorrido até um ano após a celebração do contrato encontra-se excluída. Esta limitação temporal, para efeito de exclusão, aplica-se, ainda, em caso de aumento do capital seguro por morte, bem como na eventualidade de a vigência do contrato ser repostada, respeitando a exclusão apenas ao acréscimo de cobertura relacionado com essas circunstâncias, nos termos do artigo 191.º, n.º 2, da LCS.

Esta disposição é supletiva (cfr. artigos 12.º e 13.º da LCS, *a contrario*), pelo que vigorando o princípio da liberdade contratual, previsto no artigo 11.º da LCS e decorrente do princípio geral do artigo 405.º do CC, o segurador tanto pode aumentar o prazo da exclusão⁴⁴, como até decidir eliminá-la.

A fixação desta limitação temporal pelo legislador teve como objetivo prevenir situações de fraude e o próprio ato de suicídio, desen-

⁴² De acordo com o artigo 9.º do RJASR, o ramo vida inclui: «a) Seguro de vida: i) Em caso de morte, em caso de vida, misto e em caso de vida com contrasseguro; ii) Renda; iii) Seguros complementares dos seguros de vida, nomeadamente, os relativos a danos corporais, incluindo-se nestes a incapacidade para o trabalho, a morte por acidente ou a invalidez em consequência de acidente ou doença (...)».

⁴³ Cfr. José Alves de Brito, anotação ao artigo 175.º, na *Lei do Contrato de Seguro – Anotada* cit., 534, Luís Poças, *Problemas e Soluções de Direito dos Seguros* cit., 207. Para maior desenvolvimento sobre aquele princípio, e.g. Francisco Rodrigues Rocha, *Do princípio indemnizatório no seguro de Danos*, Almedina, Coimbra, 2015.

⁴⁴ Fixando aquele limite em dois anos, encontramos como exemplos as Condições Gerais Seguro de Vida e as Condições Gerais e Especiais Allianz Vida Segura, acessíveis em: www.fidelidade.pt e www.allianz.pt, respetivamente.

corajando a contratação do seguro por aquele que, já com a intenção ou previsão de vir a cometer suicídio, pretendesse acautelar a situação financeira das pessoas que designasse como beneficiários.

Ainda assim, ao contrário do regime anterior⁴⁵, a LCS não distingue o suicídio voluntário do suicídio involuntário, de maneira que, o disposto no artigo 191.º aplica-se a ambos, quer o contrato de seguro de vida tenha sido celebrado pelo próprio, quer por terceiro.

Nos termos gerais do n.º 2 do artigo 342.º do CC, caberá ao segurador o ónus da prova, para efeitos de exclusão e não realização da prestação devida em caso de sinistro.

IV. Em linha com o previsto no n.º 2 do artigo 46.º da LCS, que determina que o beneficiário que tenha causado dolosamente o dano não tem direito à prestação, o artigo 192.º da LCS estabelece que o autor, cúmplice, instigador ou encobridor do homicídio doloso da pessoa segura, ainda que não consumado, perde o direito à prestação, aplicando-se, salvo convenção em contrário, o regime da designação beneficiária, previsto no n.º 2 do artigo 198.º da LCS.⁴⁶

⁴⁵ O antigo n.º 1 e § único do Artigo 458.º do CCom previam: «O segurador não é obrigado a pagar a quantia segura: 1.º Se a morte da pessoa, cuja vida se segurou, é resultado de duelo, condenação judicial, suicídio voluntário, crime ou delito cometido pelo segurado, ou se este foi morto pelos seus herdeiros; (...) § único. A disposição do n.º 1 deste artigo não é aplicável ao seguro de vida contratado por terceiro». Pelo interesse histórico do anterior regime, vd. J. C. Moitinho de Almeida, *O Contrato de Seguro no Direito Português e Comparado*, Livraria Sá da Costa Editora, Lisboa, 1971, Luiz da Cunha Gonçalves, *Comentário ao Código Comercial Português*, 3 Vol, Empresa Editora José Bastos, Lisboa, 1914-1918, Adriano Anthero, *Comentário ao código commercial portuguez*, Artes e Letras, Porto, 1915, Pedro Soares Martínez, *Teoria e prática dos seguros*, 2.ª ed., s.n., Lisboa, 1961. Já na vigência da LCS, vd. J. C. Moitinho de Almeida, *O novo regime jurídico do contrato de seguro. Breves considerações sobre a protecção dos segurados*, em *Contrato de Seguro – Estudos*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009; Maria Inês Oliveira Martins, *O seguro de vida enquanto tipo contratual legal*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010.

⁴⁶ No antigo n.º 2 do Artigo 458.º do CCom, previa-se um fator de exclusão, ao invés de uma causa de caducidade da designação beneficiária: «O segurador não é obrigado a pagar a quantia segura: (...) 2.º Se aquele que reclama a indemnização foi autor ou cúmplice do crime da morte da pessoa, cuja vida se segurou (...)». Pelo interesse histórico, vd. anotação anterior. Para maior desenvolvimento sobre o tema dos seguros de vida e, em particular,

No caso de designação conjunta, a caducidade da designação, relativamente ao criminoso, tem como consequência, não a reversão da prestação para os demais designados, mas sim a atribuição daquela prestação para os herdeiros da pessoa segura, como se não tivesse existido designação do beneficiário, nos termos da alínea a) do n.º 2 do artigo 198.º.⁴⁷

«Enquanto não houver notícia de processo penal o segurador só poderá sustentar o pagamento da indemnização se houver fundadas suspeitas do crime».⁴⁸ Tendo o segurador conhecimento de que está em curso um processo-crime, poderá fazer depender o pagamento da prestação do seu desfecho, para determinar, entre outras, a eventual participação do(s) beneficiário(s) no homicídio. Poderá, assim, aguardar por despacho de arquivamento que se tenha tornado definitivo, ou despacho de acusação que indicie outrem pela prática do crime que não o(s) beneficiário(s) ou decisão judicial transitada em julgado. Após o que, ficará determinado, em definitivo, o titular do direito à prestação do segurador – artigo 102.º, n.º 1, da LCS – iniciando-se o prazo de vencimento de trinta dias da obrigação do segurador de satisfazer a prestação contratual, previsto no artigo 104.º da LCS. Em matéria de prescrição, nos termos e para os efeitos do n.º 2 do artigo 121.º da LCS, «[e]stando a constituição do direito do titular dependente de uma decisão judicial condenatória do homicida, só na data do respetivo trânsito em julgado começará a contar o prazo prescricional».⁴⁹

Com a previsão do artigo 192.º *supra*, o legislador pretendeu, por razões de ordem pública e como bem se compreenderá, não beneficiar aquele que atenta contra a vida da pessoa segura, desconsiderando-o como titular do direito à prestação. Refira-se que a parte final do artigo é supletiva (cfr. artigos 12.º, n.º 1, e 13.º, n.º 1 da

a problemática do homicídio nos seguros de vida, vd. Luís Poças, *Problemas e Soluções de Direito dos Seguros*, Almedina, Coimbra, 2019, 201-235.

⁴⁷ Cfr. Arnaldo Costa Oliveira, anotação ao artigo 192.º, na *Lei do Contrato de Seguro – Anotada cit.*, 575.

⁴⁸ Cfr. Arnaldo Costa Oliveira, anotação ao artigo 192.º, na *Lei do Contrato de Seguro – Anotada cit.*, 576.

⁴⁹ Neste sentido, vd. Luís Poças, *Problemas e Soluções de Direito dos Seguros cit.*, 218.

LCS, *a contrario*), pelo que, ao abrigo do princípio da liberdade contratual, pode a mesma ser afastada, mediante convenção em sentido contrário, prevendo-se uma regra de atribuição da prestação do segurador diversa, em consequência daquela caducidade.

V. A designação dos beneficiários do contrato de seguro é efetuada, em regra, pelo tomador do seguro ou por quem este indique (n.º 1 do artigo 198.º da LCS), ou, nos seguros de grupo, pela pessoa segura (artigo 81.º da LCS), feita na proposta, em declaração escrita posterior ou em testamento. A pessoa que designa os beneficiários do contrato de seguro pode, a qualquer momento, revogar ou alterar a sua designação, salvo nos casos de designação irrevogável do beneficiário (artigo 199.º da LCS).

Havendo beneficiários designados, serão estes os titulares do direito a receber o capital seguro por falecimento da pessoa segura, seguindo-se as regras previstas nas alíneas *b*) a *d*) do n.º 2 do artigo 198.º da LCS e de acordo com a interpretação da cláusula beneficiária, nos termos do artigo 201.º da LCS; na falta de designação, o capital seguro será pago aos herdeiros da pessoa segura, seguindo-se o regime da sucessão legítima (alínea *a*) do n.º 2 do artigo 198.º e, por analogia, alínea *a*) do n.º 3 do artigo 201.º da LCS).

3.2.2. As soluções na Lei da Morte Medicamente Assistida

I. A regulação da morte medicamente assistida relativamente aos seguros de vida seria, idealmente: *(i)* suficientemente garantística, acautelando os interesses daqueles que pretendam iniciar o procedimento clínico; *(ii)* neutra, no sentido em que não devia, nem encorajar, nem desencorajar a tomada de decisões relativas aos seus seguros de vida; *(iii)* segura, garantindo ao doente (pessoa segura) que a sua decisão não prejudicaria os beneficiários do seguro de vida no recebimento da prestação; isto, sem nunca lesar os interesses dos restantes indivíduos que não ponderam recorrer a este procedimento clínico.

II. No decurso de anteriores trabalhos legislativos e perante a ausência de previsão expressa sobre seguros de vida nos Proje-

tos de Lei associados, no ano de 2020 a APS teve a oportunidade de demonstrar as suas preocupações junto do Grupo de Trabalho – Despenalização da Morte Medicamente Assistida, da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias. Nessa audição parlamentar⁵⁰, a APS deu nota de algumas matérias que caberia ponderar, face ao impacto da despenalização da morte medicamente assistida nos seguros de vida, entre elas:

- i) A informação a constar das certidões de óbito de quem recorre à morte medicamente assistida, uma vez que a causa da morte é relevante nos seguros de vida, nomeadamente para efeitos de apuramento do capital a pagar;
- ii) A possibilidade de os profissionais de saúde que intervêm no procedimento e os seus familiares diretos, bem como os estabelecimentos de saúde, poderem ser beneficiários no contrato de seguro de vida do doente;
- iii) O possível conflito entre o princípio da aleatoriedade e incerteza da verificação do evento de morte, que é próprio dos seguros de vida, e a morte medicamente assistida, assente no pressuposto da vontade, intenção e decisão da pessoa segura, associado a um procedimento programado e longo;
- iv) Os riscos de tal fomentar um comércio de seguros de vida, em que, para antecipar o recebimento de um capital, é vendida a alteração do beneficiário designado, assistindo-se a um aproveitamento da situação de debilidade dos doentes em prejuízo de familiares diretos, à semelhança do que se assiste nos E.U.A.;⁵¹
- v) A limitação temporal das alterações de designação de beneficiário.

⁵⁰ Audição parlamentar de 15 de julho de 2020, acessível em: www.canal.parlamento.pt

⁵¹ Cremos que a APS se referia ao denominado *viatical settlement*: o acordo através do qual alguém, com uma doença terminal ou crónica, aliena onerosamente a sua posição contratual num contrato de seguro de vida a um terceiro (dito “investidor”). O acordo permite a quem vende receber um valor único e imediato em dinheiro (valor superior ao resgate da apólice, mas inferior ao benefício por morte), que muitas das vezes é utilizado para pagar cuidados de saúde, e a quem compra assumir a posição de tomador do seguro, pagando

III. O impacto da despenalização da morte medicamente assistida nos seguros de vida acabou por ficar plasmado nos posteriores Projetos de Lei:

«Artigo 29.º

Seguro de vida

1 – Para efeitos do contrato de seguro de vida, a antecipação da morte não é fator de exclusão.

2 – Os profissionais de saúde que participam, a qualquer título, no procedimento clínico de antecipação da morte de uma pessoa segura perdem o direito a quaisquer prestações contratualizadas.

3 – Para efeitos de definição de causa de morte da pessoa segura, deve constar da certidão de óbito a antecipação da morte.

4 – Uma vez iniciado o procedimento clínico de antecipação da morte, a pessoa segura não pode proceder à alteração das cláusulas de designação dos beneficiários.»⁵²

Durante este mesmo processo legislativo, em 2022, a APS apresentou o seu contributo⁵³ para o que entendia ser a melhoria da redação do artigo referente aos seguros de vida, e que se traduzia em:

- i) Na parte inicial do n.º 2, substituir «Os profissionais de saúde (...)» por «As pessoas (...)», optando-se, assim, por um conceito mais lato, o que incluía, nomeadamente, os sacerdotes que prestem assistência espiritual ao doente durante o procedimento clínico, em sintonia com o previsto no artigo 2194.º do CC;

os prémios daí em diante, e de único beneficiário, recebendo o capital seguro aquando da morte do alienante (pessoa segura). Quanto menor a esperança de vida de quem aliene, maior será o valor de alienação da sua posição. Apesar de poder parecer bizarra, esta é uma prática permitida nos E.U.A. O mercado de seguros de vida «em segunda mão» é analisado por Margarida Lima Rego, *Contrato de Seguro e Terceiros – Estudo de direito civil* cit, 617.

⁵² vd. Projeto de Lei 5/XV/1, acessível em: www.parlamento.pt

⁵³ *Contributos APS: Projetos de Lei sobre a Despenalização da Morte Medicamente Assistida*, de 23 de junho de 2022, acessível em: www.parlamento.pt

- ii) Na parte final do n.º 3, acrescentar «(...), sem prejuízo de, para todos os efeitos contratuais, o óbito ser considerado como decorrente da patologia que esteve na origem da abertura do procedimento clínico previsto na presente lei.», por forma a evitar possível litigância, uma vez que a causa da morte não será o próprio procedimento clínico, mas sim a patologia que conduziu ao mesmo. A determinação da causa da morte terá consequências ao nível dos capitais seguros na apólice, que podem divergir consoante a morte decorra de doença, acidente ou acidente de trabalho;
- iii) Acrescentar um novo n.º 5, segundo o qual «[a]s empresas de seguros têm acesso à informação necessária para dar cumprimento ao disposto no presente artigo nos termos estabelecidos em regulamentação a aprovar pelo Governo.», com o objetivo de acelerar o processo de pagamento das prestações e evitar possível litigância.

No entanto, os contributos da APS não foram acolhidos na redação final do artigo.

IV. Publicada a Lei n.º 22/2023, o artigo 29.º fixou-se nos seguintes termos:

«Artigo 29.º
Seguro de vida

1 – Para efeitos do contrato de seguro de vida, a morte medicamente assistida não é fator de exclusão.

2 – Os profissionais de saúde que participam, a qualquer título, no procedimento clínico de morte medicamente assistida de uma pessoa segura perdem o direito a quaisquer prestações contratualizadas.

3 – Para efeitos de definição de causa de morte da pessoa segura, deve constar da certidão de óbito a realização de procedimento de morte medicamente assistida.

4 – Uma vez iniciado o procedimento clínico de morte medicamente assistida, a pessoa segura não pode proceder à alteração das cláusulas de designação dos beneficiários.»

A redação final do artigo não deixa de gerar algumas incertezas e dificuldades, que desenvolveremos, de seguida, apresentando possíveis soluções, a partir da letra da lei e à luz do que nos parece ser a melhor interpretação, tendo em vista a sua aplicação prática.

V. Em primeiro lugar, questiona-se se a referida norma tem carácter imperativo? Em nossa opinião, a resposta é afirmativa, tendo em conta: *i*) a redação fixada pelo legislador, que determina o regime legal aplicável nesta matéria, não deixando solução diversa na disponibilidade das partes; *ii*) a tutela dos interesses (da parte débil na relação de seguro – pessoa segura e beneficiários) que o legislador terá pretendido acautelar, evitando, inclusive, potenciais conflitos de interesses. Diríamos, inclusive, que a imperatividade absoluta se impõe teleológica ou racionalmente, i.e., ainda que a referida disposição não se encontre plasmada no n.º 1 do artigo 12.º da LCS, cujo elenco não é, de resto, taxativo. Nessa medida, a inobservância das regras aqui previstas, tem como consequências: *i*) a nulidade das cláusulas abusivas, mas com o aproveitamento do contrato, por via da redução, da conversão ou da repriminção da regra que a cláusula indevida tenha pretendido afastar (artigos 292.º do CC, 293.º do CC, 13.º da LCCG, respetivamente); *ii*) a nulidade de todo o contrato, quando o seu (re)aproveitamento não seja possível; *iii*) o aproveitamento de todo o contrato, embora não como seguro.⁵⁴ De resto, estabelece o n.º 1 do artigo 9.º da LCS que as disposições imperativas em matéria de contrato de seguro que tutelem interesses públicos, designadamente de consumidores ou de terceiros, regem imperativamente a situação contratual.

VI. Conforme os n.ºs 1 e 3 do artigo 29.º da Lei n.º 22/2023, que acima transcrevemos, para efeito do contrato de seguro de vida, a morte medicamente assistida não é causa de exclusão de cobertura, devendo constar da certidão de óbito a realização de procedimento

⁵⁴ Sobre o tema da imperatividade no contrato de seguro, e.g. António Menezes Cordeiro, *Direito dos Seguros* cit., 512-516, Joana Galvão Teles, *Liberdade contratual, e seus limites: imperatividade absoluta e imperatividade relativa*, *Temas de Direito dos Seguros*, 2.ª ed., Almedina/MLGTS, Coimbra, 2020, 103-115.

de morte medicamente assistida, para definição da causa da morte da pessoa segura. Ora, poder-se-ia questionar se a intencionalidade subjacente a esta causa de morte colidiria com os princípios-base e características do contrato de seguro, incluindo com a própria definição de sinistro. Em nossa opinião, a resposta é negativa, uma vez que encontramos na própria LCS outras disposições que conferem cobertura a atos dolosos ou intencionais. São exemplos disso:

- i) A primeira parte do n.º 1 do artigo 46.º: «Salvo disposição legal ou regulamentar em sentido diverso, assim como convenção em contrário não ofensiva da ordem pública quando a natureza da cobertura o permita, o segurador não é obrigado a efectuar a prestação convencionada em caso de sinistro causado dolosamente pelo tomador do seguro ou pelo segurado»;
- ii) O artigo 148.º: «1 – No seguro obrigatório de responsabilidade civil, a cobertura de actos ou omissões dolosos depende do regime estabelecido em lei ou regulamento. 2 – Caso a lei e o regulamento sejam omissos na definição do regime, há cobertura de actos ou omissões dolosos do segurado»⁵⁵;
- iii) O n.º 1 do artigo 191.º, decorrido o limite temporal aí estabelecido: «Está excluída a cobertura da morte em caso de suicídio ocorrido até um ano após a celebração do contrato, salvo convenção em contrário».

VII. Ao contrário do previsto na LCS para o caso de suicídio, na Lei da Morte Medicamente Assistida o legislador optou por não consagrar qualquer limitação temporal para a cobertura do sinistro, nomeadamente: «Está excluída a cobertura por morte em caso de

⁵⁵ São exemplos da previsão legal expressa da cobertura de atos ou omissões dolosos, sem prejuízo do direito de regresso do segurador: o n.º 3 do artigo 79.º da Lei n.º 98/2009, de 04 de setembro, em caso de atuação culposa do empregador; o n.º 2 do artigo 15.º do Decreto-Lei n.º 291/2007, de 21 de agosto, em caso de acidente de viação dolosamente provocado. São exemplos da cobertura de atos ou omissões dolosos, resultante da omissão legal ou regulamentar na definição do regime: o artigo 10.º do Decreto-Lei n.º 315/2009, de 29 de outubro e a Portaria n.º 585/2004, de 29 de maio; artigo 7.º e Anexo I da Lei n.º 15/2013, de 8 de fevereiro.

morte medicamente assistida ocorrida até um ano após a celebração do contrato, salvo convenção em contrário.».

Apesar de discutível, tal poderá ser explicado pelo facto de, ao contrário do suicídio, a morte medicamente assistida depender não só da vontade do próprio, mas também, forçosamente e em todos os casos, da verificação de uma prévia condição médica: *lesão definitiva de gravidade extrema* ou *doença grave e incurável*, assente num concreto regime legal fixado e, futuramente, regulamentado. Adicionalmente, nos termos do artigo 190.º da LCS, o regime do agravamento do risco, previsto nos artigos 93.º e 94.º, não é aplicável aos seguros de vida.

Em nossa opinião, no caso da morte medicamente assistida, não há que aplicar analogicamente o limite temporal previsto no n.º 1 do artigo 191.º da LCS, face à tutela dos interesses em causa. Creemos não existir qualquer lacuna, não tendo o legislador pretendido replicar, para este regime legal especial, a solução prevista naquele outro artigo da LCS, pretendendo, outrossim, distinguir as duas realidades. Neste sentido, entendemos não admissível a convenção daquele limite no contrato de seguro de vida.

VIII. Outra questão para a qual a Lei da Morte Medicamente Assistida não veio dar resposta diz respeito à existência ou não de um limite temporal para a contratação do seguro de vida: será válido um tal contrato celebrado após o pedido de abertura do procedimento clínico de morte medicamente assistida?

Sendo aquela lei omissa, a questão deverá ser dirimida por via do regime da declaração inicial do risco e das omissões ou inexactidões dolosas, previsto nos artigos 24.º e 25.º da LCS.⁵⁶

⁵⁶ Para um estudo mais aprofundado sobre o tema, vd. Luís Poças, *O dever de declaração inicial do risco no contrato de seguro*, Almedina, Coimbra, 2020, *passim*. Da leitura conjugada do n.º 2 do artigo 42.º e do n.º 2 do artigo 44.º da LCS resulta que, nada obsta a que as partes convençionem a cobertura de riscos anteriores à data de celebração do contrato, desde que, até ao momento da conclusão deste, não se tenha verificado sinistro de que o tomador ou o segurado tenham conhecimento. A preexistência de doenças conhecidas pela pessoa segura à data da celebração do contrato não corresponde à ocorrência do sinistro,

Como facilmente se alcança, face aos requisitos de elegibilidade previstos no artigo 3.º da Lei da Morte Medicamente Assistida⁵⁷, as lesões ou patologias sofridas pelo doente jamais poderão ser levianamente desconsideradas pelo futuro tomador do seguro ou pessoa segura aquando do preenchimento da proposta e dos questionários clínicos associados. O mesmo se diga quanto ao facto de, em razão daquela condição, ter dado entrada do pedido de abertura do procedimento clínico de morte medicamente assistida. Neste aspeto, importa referir que a obrigação declarativa é igualmente aplicável a circunstâncias cuja menção não seja solicitada em questionário eventualmente fornecido pelo segurador (n.º 2 do artigo 24.º da LCS).

Por cautela e como medida preventiva, poderá o segurador incluir, nas suas propostas ou nos questionários clínicos, uma pergunta ou uma declaração, no intuito de confirmar se, até àquela data, foi iniciado algum procedimento clínico de morte medicamente assistida, vinculando, assim, o futuro tomador do seguro e pessoa(s) segura(s) à informação inicialmente prestada.

Sendo as lesões ou patologias em causa declaradas com exatidão pelo futuro tomador do seguro e/ou pessoa segura, estamos em crer que tal resultaria, muito provavelmente, na não aceitação do risco pelo segurador.⁵⁸

mas pode ser (e a prática demonstra que, habitualmente, é) excluída, genérica ou especificamente, no contrato de seguro.

⁵⁷ Cumpre recordar os requisitos que, para aqui, se mostram relevantes: pessoa que se encontre com lesão definitiva de gravidade extrema – «grave, definitiva e amplamente incapacitante que coloca a pessoa em situação de dependência de terceiro ou de apoio tecnológico para a realização das atividades elementares da vida diária, existindo certeza ou probabilidade muito elevada de que tais limitações venham a persistir no tempo sem possibilidade de cura ou de melhoria significativa» – ou doença grave e incurável – «que ameaça a vida, em fase avançada e progressiva, incurável e irreversível, que origina sofrimento de grande intensidade».

⁵⁸ De acordo com o n.º 4 do artigo 15.º da LCS, em caso de recusa de celebração de um contrato de seguro em razão de deficiência ou de risco agravado de saúde, o segurador deve, com base nos dados estatísticos e atuariais relevantes, prestar ao proponente, sem dependência de pedido nesse sentido, informação sobre o rácio entre os fatores de risco específicos e os fatores de risco de pessoa em situação comparável, mas não afetada por aquela deficiência ou risco agravado de saúde. Nos termos da alínea c) do artigo 3.º da Lei n.º 46/2006, de 28 de

Pelo contrário, omitindo ou declarando com inexactidão tais circunstâncias, conseguindo alcançar, dessa forma, a celebração do contrato de seguro, tendemos a considerar tal comportamento como doloso, o que legitimará a anulação do contrato e, sendo o caso, a recusa do sinistro participado, o que, naturalmente, terá de ser provado pelo segurador.⁵⁹

Neste sentido e sobretudo para os contratos de seguro recentemente celebrados⁶⁰, participado o sinistro e constando da certidão de óbito, como causa da morte, a realização de procedimento de morte medicamente assistida, será recomendável que o segurador, antes do pagamento do capital seguro, inicie uma averiguação, por forma a afastar a hipótese de falsas declarações na contratação.

No âmbito da averiguação levada a cabo pelo segurador, poder-se-á afigurar útil tomar em linha de conta o prazo mínimo de dois

agosto, entende-se por *peçoas com risco agravado de saúde* as «peçoas que sofrem de toda e qualquer patologia que determine uma alteração orgânica ou funcional, de longa duração, evolutiva, potencialmente incapacitante e que altere a qualidade de vida do portador a nível físico, mental, emocional, social e económico e seja causa potencial de invalidez precoce ou de significativa redução de esperança de vida». Sobre o tema, e.g. Leonor Cunha Teles e Arnaldo Costa Oliveira, anotação ao artigo 15.º, na *Lei do Contrato de Seguro – Anotada cit.*, 79-86, Margarida Lima Rego, *A segmentação do mercado para avaliação dos riscos: Que futuro?*, *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Pamplona Corte-Real*, org. António Menezes Cordeiro/Eduardo Paz Ferreira/M. Januário da Costa Gomes/Jorge Duarte Pinheiro, Almedina, Coimbra, 2016, 703-729, Margarida Torres Gama, *Proibição de práticas discriminatórias, Temas de Direito dos Seguros*, 2.ª ed., Almedina/MLGTS, Coimbra, 2020 (reimpr.), 135-149, Arnaldo Costa Oliveira, *Contrato de seguro: proibição de discriminação em razão de deficiência e risco agravado de saúde*, *O Direito* 146 (2014) 1, 245-273, Francisco Luís Alves, *O regime jurídico da discriminação aplicável aos seguros – presente e futuro*, *Forum XIV/31* (2012), 28-59, id., *A discriminação e a avaliação do risco nos seguros*, *RDES* 52 (2011) 3/4, 213-309, João Calvão da Silva, *Apólice “Vida Risco – Crédito Habitação”: as peçoas com deficiência ou risco agravado de saúde e o princípio da igualdade na Lei n.º 46/2006*, *RLJ* 136/3942 (2007) 158-170, ou Maria Inês de Oliveira Martins, *Sobre a discriminação dos portadores de VIH/SIDA na contratação de seguros de vida*, *BFD* 89 (2013), 749-800.

⁵⁹ Para maior desenvolvimento sobre o tema da prova, vd. abaixo ponto **XI**.

⁶⁰ Reforçamos que o regime do agravamento do risco não é aplicável aos seguros de vida. Com efeito, não releva aqui o agravamento do estado de saúde da pessoa segura já durante a execução do contrato, sendo o enfoque as situações em que as patologias ou lesões se verificavam à data da contratação do seguro.

meses, contados desde a data do pedido de abertura do procedimento clínico até à concretização da morte medicamente assistida, fixado no n.º 5 do artigo 4.º da Lei n.º 22/2023. Assim, a celebração de um contrato de seguro nos dois meses anteriores à data do óbito, sem que tenha sido declarada qualquer patologia ou lesão que se enquadre nos parâmetros fixados na Lei da Morte Medicamente Assistida, poderá constituir aqui um forte indício.

IX. Debrucemo-nos, agora, sobre a realização da prestação do segurador, em particular, os limites fixados na Lei da Morte Medicamente Assistida:

- i) A pessoa designada pelo doente para o substituir na formalização da sua decisão⁶¹ não pode vir a obter benefício direto ou indireto da sua morte, nomeadamente vantagem patrimonial, nem ter interesse sucessório (cfr. n.º 3 do artigo 11.º);
- ii) É vedada a prática ou ajuda no procedimento de morte medicamente assistida aos profissionais de saúde que possam vir a obter qualquer benefício direto ou indireto da morte do doente, nomeadamente vantagem patrimonial (cfr. n.º 1 do artigo 18.º);
- iii) Os profissionais de saúde que participam, a qualquer título, no procedimento clínico de morte medicamente assistida de uma pessoa segura perdem o direito a quaisquer prestações contratualizadas (cfr. n.º 2 do artigo 29.º).⁶²

⁶¹ Apesar de a decisão do doente, em qualquer fase do procedimento clínico de morte medicamente assistida, ser estritamente pessoal e indelegável, caso o doente não saiba ou esteja impossibilitado fisicamente de escrever e assinar, pode, em todas as fases do procedimento em que seja requerido, fazer-se substituir por pessoa da sua confiança, por si designada apenas para esse efeito. Aplicam-se as regras do reconhecimento de assinatura a rogo na presença de profissional legalmente competente, devendo a assinatura ser efetuada na presença do médico orientador, com referência expressa a essa circunstância, e na presença de uma ou mais testemunhas.

⁶² Não podemos deixar de assinalar que, com a redação fixada pelo legislador, ficam de fora, por exemplo, os familiares destes profissionais de saúde, o próprio estabelecimento de saúde onde decorre o procedimento, ou os sacerdotes que, eventualmente, prestem assistência espiritual ao doente, o que não deixa de merecer críticas.

Com efeito, as pessoas suprarreferidas não poderão beneficiar do pagamento do capital seguro por falecimento da pessoa segura.

Para os seguradores, tal implicará a necessidade de apurar, previamente ao pagamento do capital seguro, se o beneficiário designado na apólice ou, não existindo, o herdeiro legal da pessoa segura, assumiu algum daqueles papéis no âmbito do procedimento clínico de morte medicamente assistida.⁶³

Não podendo aquele que, de alguma forma, interveio no procedimento de morte medicamente assistida receber qualquer prestação, para o apuramento dos titulares do direito, em seu lugar, propomos o recuso ao regime legal da designação beneficiária, de acordo com as regras previstas no n.º 2 do artigo 198.º da LCS. No caso de designação conjunta, a impossibilidade de beneficiar do recebimento do capital seguro, tem como consequência, não a reversão da prestação para os demais designados, mas sim a atribuição daquela prestação para os herdeiros da pessoa segura, como se não tivesse existido designação do beneficiário, nos termos da alínea a) do n.º 2 do artigo 198.º da LCS.⁶⁴

E se o capital seguro for pago (indevidamente) a quem tenha, de alguma forma, intervindo no procedimento de morte medicamente assistida? Nesse caso, tendemos a considerar o referido pagamento como um ato nulo, cfr. n.º 2 do artigo 280.º do CC, por remissão do artigo 295.º do CC, havendo lugar à restituição do valor recebido (artigos 286.º e 289.º do CC).

X. O n.º 4 do artigo 29.º da Lei n.º 22/2023 vem estabelecer um limite temporal, para efeitos de designação beneficiária: uma vez iniciado o procedimento clínico de morte medicamente assistida, a pessoa segura não pode proceder à alteração das cláusulas de designação dos beneficiários.

⁶³ Para maior desenvolvimento sobre o tema da prova, vd. abaixo ponto **XI**.

⁶⁴ Propomos, assim, uma solução semelhante à prevista na parte final do artigo 192.º da LCS. Parecendo rejeitar uma solução de “direito de acrescer” típica do Direito das Sucessões (artigo 2301.º do CC) e do contrato de renda vitalícia (artigo 1241.º do CC), vd. Arnaldo Costa Oliveira, anotação ao artigo 192.º, na *Lei do Contrato de Seguro – Anotada cit.*, 575.

O termo “alteração” deverá ser entendido num sentido lato, aplicando-se a proibição tanto para o caso de ser alterada a cláusula de designação dos beneficiários já anteriormente comunicada ao segurador, como para o caso de, pela primeira vez, serem designados os beneficiários. Consideramos ser esta a interpretação que melhor salvaguarda os interesses que o legislador pretendeu proteger.

Desta forma, o limite temporal aqui consagrado derroga o previsto no n.º 1 do artigo 199.º da LCS, pelo qual se admite que, salvo nos casos de designação irrevogável do beneficiário, a pessoa possa, a qualquer momento, revogar ou alterar a designação dos beneficiários do contrato de seguro.

Por cautela e como medida preventiva, poderá o segurador incluir, nos seus formulários de designação de beneficiários (inicial e alterações), uma pergunta ou uma declaração, no intuito de confirmar se, até àquela data, foi iniciado algum procedimento clínico de morte medicamente assistida, vinculando, assim, o tomador do seguro e/ou pessoa(s) segura(s) à informação ali prestada.

Aquando da participação do sinistro e antes do pagamento do capital seguro, constando da certidão de óbito, como causa da morte, a realização de procedimento de morte medicamente assistida, deverá o segurador apurar se, à data da designação (inicial ou alteração) de beneficiários, já tinha sido iniciado o procedimento clínico.⁶⁵ Em caso afirmativo, aquela designação não poderá ser considerada válida.

Para estes efeitos, poder-se-á afigurar útil tomar em linha de conta o prazo mínimo de dois meses, contados desde a data do pedido de abertura do procedimento clínico até à concretização da morte medicamente assistida, fixado no n.º 5 do artigo 4.º da Lei n.º 22/2023. Assim, não será válida a designação (inicial ou alteração) de beneficiários realizada nos dois meses anteriores à data do óbito.

Não sendo válida aquela designação, para o apuramento dos titulares do direito, em seu lugar, propomos o recuso ao regime legal da designação beneficiária, de acordo com as regras previstas no n.º 2 do artigo 198.º da LCS.

⁶⁵ Para maior desenvolvimento sobre o tema da prova, vd. abaixo ponto **XI**.

XI. Por último, abordemos um tema comum às três questões que acima expusemos: a prova. O ónus da prova dos factos constitutivos do direito de anular o contrato, bem como, em caso de sinistro, dos factos impeditivos ou extintivos do direito invocado pelo beneficiário, compete ao segurador, de acordo com os n.ºs 1 e 2 do artigo 342.º do CC, respetivamente. Desta forma, terão os seguradores de apurar:

- i) Quando tenha tido início o procedimento clínico da morte medicamente assistida, qual a *lesão definitiva de gravidade extrema* ou a *doença grave e incurável* de que padecia a pessoa segura e há quanto tempo a mesma se verificava, para confirmar a existência de falsas declarações na contratação e, conseqüentemente, anular o contrato de seguro e recusar realizar a prestação acordada; ou
- ii) Quem, de alguma forma, tenha intervindo no procedimento clínico da morte medicamente assistida e, caso tenha havido designação de beneficiários, quando se tenha iniciado aquele procedimento, para garantir o correto pagamento do capital seguro.

No entanto, a execução desta tarefa revela-se dificultada pelo facto de não ter sido acolhida a proposta da APS de acrescentar um n.º 5 ao artigo 29.º da Lei da Morte Medicamente Assistida, que garantiria, sem margem para dúvidas, a legitimidade do segurador no acesso à informação necessária.⁶⁶ Adicionalmente, o artigo 20.º da lei da morte medicamente assistida determina o sigilo profissional e a confidencialidade da informação, indicando que o acesso, a proteção e o tratamento da informação relacionada com o procedimento de morte medicamente assistida se processam de acordo com a legislação em vigor. Resta-nos, então, recorrer à “legislação em vigor” nessa matéria.

⁶⁶ Relembramos a proposta da APS, no âmbito do Projeto de Lei 5/XV/1: «5 – As empresas de seguros têm acesso à informação necessária para dar cumprimento ao disposto no presente artigo nos termos estabelecidos em regulamentação a aprovar pelo Governo».

No que concerne às pessoas falecidas, é proibido o tratamento de dados relativos à saúde por parte dos seguradores, salvo se existir uma fonte de licitude para o seu tratamento prevista no n.º 2 do artigo 9.º do RGPD (n.º 1 do artigo 17.º da LERGPD).

Neste sentido e em particular quanto aos seguros facultativos (nomeadamente, de vida, saúde e acidentes pessoais), salvo melhor opinião, entendemos que apenas o consentimento explícito do titular dos dados, nos termos da alínea *a*) do n.º 2 do artigo 9.º do RGPD, será fonte de licitude para o tratamento dos dados pessoais de saúde por parte do segurador.^{67 68}

⁶⁷ A LERGPD não veio enquadrar o tratamento de dados de saúde por parte dos seguradores no fundamento de licitude previsto na alínea *g*) do n.º 2 do artigo 9.º do RGPD, reconhecendo-o como um “motivo de interesse público importante”, ou na alínea *b*) do n.º 2 do mesmo artigo, considerando-o necessário ao cumprimento de obrigações legais do responsável em matéria de legislação laboral, de segurança social e de proteção social. Na verdade, era esta a posição defendida pela APS, no documento *Regulamento Geral de Proteção de Dados – Fundamentos de Licitude para o Tratamento de Dados de Saúde no Âmbito da Atividade Seguradora*, de 03.05.2018, acessível em: www.parlamento.pt, mas que não vingou na versão final da LERGPD, atualmente em vigor. A propósito deste tema, a CNPD entendeu: «Não pode a CNPD deixar de assinalar o facto de o RGPD, no seu artigo 9.º, não legitimar diretamente o tratamento de dados de saúde no âmbito dos contratos de seguro, aspeto que a Proposta de Lei não acautelou apesar dos alertas emitidos pelo setor da atividade seguradora. Sendo certo que a consequência desta ausência de disciplina legal é o dever de eliminação dos dados de saúde tratados pelas seguradoras. Com efeito, o contrato por si só não é condição de licitude para tratar dados sensíveis, e a alínea *b*) do n.º 2 daquele artigo limita a intervenção do legislador nacional às matérias de legislação laboral, de segurança social e de proteção social. Deste modo, apenas se poderia enquadrar aqui os seguros de saúde, na medida em que se possa considerá-los ainda como uma forma de proteção social. No mais, sobraria ainda a hipótese de o legislador, nos termos da alínea *g*) do mesmo número, considerar de interesse público importante o tratamento de dados de saúde na atividade seguradora. Ora, se se consegue acompanhar que no âmbito dos seguros obrigatórios é já reconhecido o interesse público importante, já o mesmo não acontece relativamente aos restantes seguros, designadamente os seguros de vida. Note-se que ainda que se possa reconhecer à atividade seguradora algum interesse público (enquanto atividade sujeita a regulação pública), muito dificilmente é suscetível de ser um interesse público qualificado, como exige aquela alínea *g*). Assim, a CNPD entende que para os seguros que não sejam obrigatórios ou de saúde, apenas o n.º 4 do artigo 9.º poderá servir para legitimar os Estados-Membros a prever em lei novas condições do tratamento. A seguir-se qualquer dos caminhos aqui apontados, é imperioso que a lei nacional preveja não apenas a possibilidade de efetuar o tratamento de dados

No mercado segurador, é habitual que a recolha deste consentimento, com menor ou maior detalhe, seja efetuada na proposta de seguro: o tomador do seguro/pessoa segura consente(m) no tratamento dos seus dados de saúde pelo segurador e autoriza(m) a recolha de informação clínica adicional, mesmo após a sua morte, nomeadamente, para efeitos de formação do contrato, de gestão da relação contratual e de gestão de sinistros.

Ora, no que respeita a documentos administrativos (máxime a documentos nominativos, que é o caso dos registos clínicos), de acordo com a alínea a) do n.º 5 do artigo 6.º da LADA⁶⁹, um terceiro só terá direito de acesso aos mesmos se estiver munido de autorização escrita do titular dos dados que seja explícita e específica quanto à sua finalidade e quanto ao tipo de dados a que quer aceder.

Nessa medida, poderá o segurador, na qualidade de terceiro e por intermédio de médico, exercer o direito de acesso aos registos clínicos, o qual estará, em todo o caso, limitado à informação

de saúde, mas também o respetivo regime do mesmo, designadamente, os limites a que necessariamente tem de estar sujeito e as medidas de segurança e de mitigação do impacto sobre os direitos dos titulares dos dados – o que, na perspetiva da CNPD, terá mais sentido ser concretizado na legislação que regula este setor de atividade» – vd. Parecer n.º 20/2018, acessível em www.cnpd.pt

⁶⁸ Cremos ser também esta a orientação acolhida nas diversas decisões administrativas que se debruçam sobre os pedidos de acesso a registos clínicos por parte dos seguradores, pelo que, à cautela e para salvaguarda dos seus interesses, deverá o segurador munir-se de tal consentimento. No sentido que seguimos, Diana Nogueira Pires, *O tratamento de dados de saúde na atividade seguradora*, RDES LXI (2020) 1/4, 185-221. Em sentido contrário, defendendo que a alínea b) do n.º 2 do artigo 9.º do RGPD consagra uma fonte de licitude apta a legitimar o tratamento de dados de saúde por seguradores, quer nos seguros obrigatórios, quer nos seguros facultativos, tanto em vida do seu titular como no período *post mortem*, vd. Luís Poças, *O tratamento de dados pessoais de pessoas falecidas*, RDES LXI (2019) 1/4, 237-279. Ainda sobre o RGPD e o tratamento de dados de saúde no setor segurador, vd. Luís Poças, *Problemas e Soluções de Direito dos Seguros*, Almedina, Coimbra, 2019, 243-305.

⁶⁹ Face ao âmbito subjetivo definido no artigo 4.º da LADA, esta lei não é aplicável aos hospitais do setor privado. Trata-se de uma dualidade de regimes. Ao acesso a registos clínicos detidos por hospitais do setor privado aplica-se a LERGPD, sendo competente para se pronunciar, nesse âmbito, a CNPD.

expressamente abrangida pelo instrumento de consentimento em seu poder (cfr. artigo 17.º da LADA).⁷⁰

Caso lhe seja recusado o acesso aos registos clínicos ou a informação disponibilizada se revele insuficiente, face ao âmbito do instrumento de consentimento em seu poder, restará ao segurador solicitar aos herdeiros que obtenham aqueles elementos, ficando, assim, o sucesso da sua pretensão na disponibilidade daqueles e das eventuais entidades que apreciem os seus pedidos – solução que não deixa de merecer críticas e que poderá vir a revelar-se uma fonte de litigância.^{71 72}

⁷⁰ É competente para se pronunciar em matéria de acesso aos documentos nominativos na posse de hospitais do setor público a CADA. A propósito do acesso a registos clínicos por parte de seguradores, veja-se o decidido no Parecer n.º 261/2022: «- Deverá ser prestada a informação que integre os exatos termos do consentimento; – Fora desses estritos termos, não havendo, pois, consentimento, deve considerar-se que a seguradora não é detentora de um interesse direto, pessoal, legítimo e constitucionalmente protegido suficientemente relevante que justifique o acesso à informação.», acessível em: www.cada.pt

⁷¹ Nos termos do n.º 2 do artigo 17.º da LERGPD, os direitos previstos no RGPD relativos a dados pessoais sensíveis de pessoas falecidas, nomeadamente os direitos de acesso, retificação e apagamento, são exercidos por quem a pessoa falecida haja designado para o efeito ou, na sua falta, pelos respetivos herdeiros. Na opinião de Luís Poças, que acompanhamos, não deve ser feita qualquer distinção entre os herdeiros legais e os herdeiros testamentários, tendo ambos legitimidade para estes efeitos. O exercício do direito de acesso, retificação e apagamento, poderá ser efetuado solidariamente por qualquer herdeiro; pelo contrário, a prestação de consentimento para o tratamento de dados do titular falecido requer a atuação conjunta de todos os herdeiros. – *O tratamento de dados pessoais de pessoas falecidas* cit., 270-271.

Debruçando-se sobre o pedido de um segurador de acesso ao processo clínico da pessoa segura falecida, que se encontrava arquivado num estabelecimento de saúde público, a CADA concluiu: «A autorização pelo titular a acesso por terceiros aos seus dados de saúde tem de ser escrita explícita e específica, tem de ser inequívoca; – Não se revela que a requerente do acesso seja detentora dessa autorização como é exigido no artigo 6.º, n.º 5, a), da LADA; (...) – Se os titulares do direito de acesso, nos termos definidos no artigo 17.º da Lei n.º 58/2019, de 8 de agosto, requererem, eles mesmos, o acesso ou autorizarem o acesso pela seguradora, deverá este ser facultado» – Parecer n.º 407/2023, acessível em: www.cada.pt Ainda que ao abrigo do anterior regime de proteção de dados, a CNPD tem manifestado um entendimento mais restritivo quanto aos requisitos a que deve obedecer o consentimento, o que determina a recusa dos pedidos de acesso aos dados de saúde da pessoa falecida, quer aos seguradores, quer aos seus familiares para futura disponibilização aos seguradores, tendo em vista o pagamento do capital seguro no caso de morte: a título de exemplo, vd.

4. A repartição do risco com os resseguradores

Nos termos do artigo 72.º da LCS, o resseguro é o contrato mediante o qual o ressegurador cobre os riscos de um segurador (ou de outro ressegurador). Assim, mediante remuneração, o ressegurador assume toda ou parte do risco coberto pelo segurador, obrigando-se a reembolsá-lo da prestação realizada em caso de ocorrência do sinistro. Para garantir a solvência do segurador, o risco é “transferido” para o ressegurador, no que exceda o montante máximo que considera suportar em caso de sinistro. Desta forma, o segurador consegue subscrever contratos cujo risco excede o seu

Deliberações da CNPD n.ºs 1656/2016, 1484/2016, 971/2016 e 1059/2016, que assentam na anterior Deliberação n.º 72/2006, acessíveis em: www.cnpd.pt

⁷² Embora anteriores à entrada em vigor do RGPD, vd. os Entendimentos da ASF, de 09-10-2008 e de 10-11-2009, a propósito do acesso a dados pessoais de saúde da pessoa falecida com vista ao pagamento das indemnizações, no sentido de que, cabendo ao segurador o ónus da prova das possíveis exclusões ou limitações de cobertura, bem como de prestação de declarações inexatas ou reticentes, aptas à desobrigação do pagamento do capital seguro, não poderão os beneficiários ser onerados com atos que só ao segurador competem. Deve, assim, o segurador garantir, logo na celebração do contrato, a autorização para o acesso aos dados pessoais de saúde em questão. Acessíveis em: www.asf.com.pt

Nos termos da alínea g) do artigo 21.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, são em absoluto proibidas as cláusulas contratuais gerais que modifiquem os critérios de repartição do ónus da prova ou restrinjam a utilização de meios probatórios legalmente admitidos: «[u]m campo fértil de casos deste tipo é o da exigência pelo segurador de documentos comprovativos no âmbito dos seguros de vida em caso de morte: é lícito exigir documentos comprovativos da morte da pessoa segura (por ex. certidão de óbito) e da qualidade de beneficiário (habilitação de herdeiros, testamento); é, porém, duvidoso que o seja pedir o segurador outros documentos, como relatórios ou atestados médicos com especificação das causas da morte. (...) O problema continua por resolver à luz do RGPD, cujo artigo 7.º⁴ parece pouco consentâneo com o consentimento dado por via de cláusulas gerais em contratos de seguro e que, no considerando 27, se declara inaplicável aos dados pessoais de pessoas falecidas, mas também perante o enigmático artigo 17.º da LERGPD.» – Francisco Rodrigues Rocha, *Protecção do Consumidor no Direito dos Seguros. Algumas Notas*, RDFMC 3/ 12 (2021), 838-840.

Veja-se, ainda, o recente exemplo da litigância associada à dificuldade de acesso aos dados de saúde do falecido por parte do segurador e à falta de colaboração dos herdeiros na obtenção de tais elementos, prejudicando a capacidade de o segurador avaliar o enquadramento do sinistro morte participado, vd. acórdão da Relação de Coimbra, de 10-10-2023, proc. n.º 720/23.1T8VIS-A.C1.

“pleno de retenção”, bem como aceitar riscos novos ainda sem dados estatísticos sólidos ou que não se inserem na sua habitual política de subscrição.⁷³

De acordo com um estudo do RGA (*Reinsurance Group of America*), a participação de sinistros por morte medicamente assistida é rara, acreditando-se ser pouco provável que a taxa dessa causa de morte aumente drasticamente no futuro, de modo que, não é provável uma exposição ao risco significativa. Sendo admitida a morte medicamente assistida, deve o segurador envidar todos os esforços para garantir que foram cumpridos os requisitos legais relacionados com essa prática. Uma das preocupações será garantir que o beneficiário do seguro de vida não interveio no procedimento de morte medicamente assistida. Em caso de dúvida, deverá ser solicitado apoio jurídico, no âmbito da regularização do sinistro. Por razões de clareza, devem ser introduzidas cláusulas na apólice especificamente sobre a cobertura da morte medicamente assistida.⁷⁴

Para a Munich Re, na gestão destes sinistros, o foco dos seguradores deverá ser clarificar a causa subjacente (i.e. a lesão ou a doença) que levou à morte medicamente assistida e determinar se tal terá impacto na validade na apólice. Entre janeiro de 2016 e maio de 2019, a Munich Re recebeu 28 participações de sinistros por morte medicamente assistida, representando apenas 0,1% do total de sinistros nesse período. Em média, à data da morte, as apólices encontravam-se em vigor há já quinze anos.⁷⁵

⁷³ Entende-se por “pleno de retenção” a parte do capital seguro relativo a um dado risco que o segurador ou ressegurador conserva exclusivamente a seu cargo, sendo a diferença ressegurada ou retrocedida. O segurador estabelece, assim, «o montante máximo que pode suportar em resultado da ocorrência de um sinistro referente a um determinado risco de forma a não comprometer a mutualidade dos riscos cobertos» – Eduarda Ribeiro, anotação ao artigo 72.º, na *Lei do Contrato de Seguro – Anotada cit.*, 327. Quando o ressegurador ressegura, ele próprio, a sua responsabilidade assume a qualidade de “retrocedente” e o ressegurador que assume aquela responsabilidade, a qualificação de “retrocessionário”. Sobre o tema, vd. também Maria Leonor Ruivo, *Do resseguro*, RDES LX (2019) 1/4, 303-373.

⁷⁴ Peter Barrett / Jennie Calder Brown, *Global Claims Views: Assisted Suicide and Euthanasia. Claims management considerations*, 2015, acessível em: www.rgare.com

⁷⁵ Colin Sproat / Michael Orr, *Individual Life Claims Suicide Study*, 2021, 19, acessível em: www.munichre.com

Apesar de poder estar em causa um risco residual, face às alterações introduzidas pela Lei n.º 22/2023, que tivemos oportunidade de percorrer no presente estudo, não será despropositada uma análise (e revisão, se for o caso) por parte dos seguradores aos seus tratados de resseguro, garantindo, nomeadamente: *i*) um alinhamento entre as partes, no que respeita à interpretação desta matéria; *ii*) na medida da cedência do risco que tenham contratado, a cobertura de eventuais sinistros cuja causa da morte da pessoa segura tenha sido a realização de procedimento de morte medicamente assistida; *iii*) eventuais procedimentos e diligências exigidos pelo ressegurador que devam ser respeitados pelo segurador na regularização destes sinistros.

5. Outras repercussões

I. Naturalmente, a entrada em vigor da Lei da Morte Medicamente Assistida não terá unicamente impacto nos seguros de vida.

A este propósito, não podemos descurar, nomeadamente:

- i) Os planos de poupança (PPR, PPE e PPR/E), cujo n.º 7 do artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 158/2002, de 2 de julho, com sucessivas alterações, prevê a morte como fundamento de reembolso do valor;⁷⁶
- ii) Os fundos de pensões, cujos planos de pensões podem prever o pagamento de benefícios em caso de morte – alínea e) do artigo 4.º, n.º 2 do artigo 17.º e n.º 1 do artigo 59.º, todos do RJFP.

Por maioria de razão e tendo em conta o disposto no n.º 1 do artigo 10.º do Decreto-Lei n.º 158/2002, bem como no artigo 6.º do RJFP,

⁷⁶ Na verdade, os fundos de poupança que constituem os PPR, PPE e PPR/E, terão a forma de fundo de investimento mobiliário, de fundo de pensões ou, equiparadamente, de fundo autónomo de uma modalidade de seguro do ramo «Vida» (n.º 3 do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 158/2002).

entendemos que, também para estes casos, se aplicam as restrições ao recebimento dos benefícios que detalhámos anteriormente.

II. Importa, por fim, fazer uma referência ao seguro de saúde, pelo qual o segurador cobre riscos relacionados com a prestação de cuidados de saúde (cfr. artigo 213.º da LCS)⁷⁷. Conforme supracitado, o procedimento de morte medicamente assistida pode ser praticado nos estabelecimentos de saúde do setor privado. Neste sentido questiona-se: os custos relacionados com o procedimento, encontram-se cobertos pelos seguros de saúde? Salvo melhor opinião, sendo a lei omissa e vigorando o princípio da liberdade contratual, previsto no artigo 11.º da LCS e decorrente do princípio geral do artigo 405.º do CC, ficará na disposição das partes (máxime do segurador) a modulação do conteúdo do contrato de seguro, em particular a cobertura ou exclusão da comparticipação/reembolso dos fármacos letais, dos atos médicos e despesas que possam estar associadas ao procedimento, nomeadamente, a diária hospitalar.^{78 79}

⁷⁷ «No seguro de saúde, o segurador cobrirá os riscos relacionados com a prestação de cuidados de saúde, compreendendo-se assim não só as modalidades tradicionais do seguro de doença mas também as despesas resultantes de tratamentos e outras realidades (parto e outras).» – cfr. José Alves de Brito, anotação ao artigo 213.º, na *Lei do Contrato de Seguro – Anotada cit.*, 636. A propósito da noção de sinistro prevista no artigo 99.º da LCS e, em particular, do sinistro do contrato de seguro de saúde, «a utilização das garantias do contrato pode não estar relacionada com um evento súbito e imprevisto. O sinistro num seguro de saúde será, assim, qualquer utilização das garantias do contrato ainda que esteja em causa um evento previsível, como seja uma consulta e análises de *check-up* anual.» – cfr. Francisco Luís Alves, *Seguro de saúde: regime legal e novos desenvolvimentos, Estudos de Direito do Consumo II* (Jan. 2023), 569-624.

⁷⁸ Uma das críticas apontadas por aqueles que se posicionam contra a despenalização da morte medicamente assistida é a da prevalência dos interesses económicos associados à redução de despesas, por comparação com os potenciais custos assumidos com o prolongamento da vida e de eventuais tratamentos mais dispendiosos. A este respeito, vd. a opinião da associação francesa *Alliance VITA, End-of-life: Why Are Insurance Companies Promoting Euthanasia*, acessível em: www.alliancevita.org

⁷⁹ Da análise aos relatórios anuais anteriormente citados, podemos verificar um padrão noutros países: a maioria dos procedimentos de morte medicamente assistida foi realizada em casa.

Por outro lado, no caso de o contrato de seguro ser omissivo ou dúbio nesta matéria, aquelas despesas poderão vir a ser consideradas como cobertas, por via da aplicação dos critérios de interpretação dos negócios jurídicos e das cláusulas contratuais gerais, estabelecidos no Código Civil e na LCCG, respetivamente. Nos termos do n.º 1 do artigo 236.º do CC, a cláusula inserida num contrato de seguro deve ser interpretada em sentido objetivo: «[a] declaração negocial vale com o sentido que um declaratório normal, colocado na posição do real declaratório, possa deduzir do comportamento do declarante, salvo se este não puder razoavelmente contar com ele» e, na falta de disposição especial, deve ser «integrada de harmonia com a vontade que as partes teriam tido se houvessem previsto o ponto omissivo, ou de acordo com os ditames da boa fé, quando outra seja a solução por eles imposta», de acordo com o artigo 239.º do CC. Também a LCCG determina que «[a]s cláusulas contratuais gerais são interpretadas e integradas de harmonia com as regras relativas à interpretação e integração dos negócios jurídicos, mas sempre dentro do contexto de cada contrato singular em que se incluam» (artigo 10.º) e «[a]s cláusulas contratuais gerais ambíguas têm o sentido que lhes daria o contratante indeterminado normal que se limitasse a subscrevê-las ou a aceitá-las, quando colocado na posição de aderente real», sendo que, na dúvida, prevalece o sentido mais favorável ao aderente (n.ºs 1 e 2 do artigo 11.º).

6. Conclusão

Sendo a morte medicamente assistida um tema controverso, verificamos que, no plano internacional, a maioria dos países do mundo ainda tipifica como crime a eutanásia e/ou o suicídio medicamente assistido.

A recente Lei n.º 22/2023, fruto de um longo processo legislativo, veio regular as condições em que a morte medicamente assistida não é punível, podendo a mesma ocorrer por suicídio medicamente assistido ou, subsidiariamente, por eutanásia, alterando o Código Penal. A entrada em vigor do diploma fica condicionada à publica-

ção de regulamentação pelo Governo, encontrando-se já ultrapassado o prazo que havia sido fixado para esse efeito.

A despenalização da morte medicamente assistida tem impacto nos seguros de vida. Nessa medida e à semelhança do que encontramos noutros ordenamentos jurídicos, consagraram-se expressamente os seus efeitos nestes seguros. O legislador optou pela sua previsão diretamente na Lei da Morte Medicamente Assistida e não por via de alteração à LCS.

Analisámos o seu artigo 29.º e apresentámos possíveis soluções para as questões que a sua redação coloca, numa perspetiva de futura aplicação prática do regime. Em particular, as questões relacionadas com a sua imperatividade, a cobertura da morte medicamente assistida, a ausência de uma limitação temporal para a cobertura do sinistro, a contratação do seguro de vida quando já tenha iniciado o procedimento clínico, os limites à realização da prestação do segurador e à designação de beneficiários e o tema do ónus da prova a cargo do segurador.

Abordámos, igualmente, o impacto desta matéria nas relações com os resseguradores. Embora, a nível internacional, o número de participações de sinistros por morte medicamente assistida pareça pouco expressivo, mostra-se conveniente o alinhamento de posições entre seguradores e resseguradores.

Ainda que os números relatados por outros países, onde a prática é permitida, pareçam residuais, não podemos, à partida, afastar eventuais impactos atuariais, nomeadamente nas tábuas de mortalidade, na medida em que o seguro de vida visa cobrir o risco demográfico associado à duração da vida humana.

Tendo em conta que a Lei da Morte Medicamente Assistida ainda não se encontra em vigor à data da elaboração do presente estudo, não identificámos no mercado segurador nacional o reflexo desta matéria na documentação pré-contratual ou contratual, publicada nos respetivos sítios da internet. No entanto e seguindo os exemplos internacionais, cremos ser benéfica a devida clarificação na referida documentação, no sentido de confirmar que a morte medicamente assistida não se encontra excluída do seguro de vida: por via da expressa previsão de cobertura ou por via da delimitação do conceito de suicídio, afastando deste âmbito a morte medicamente assistida.



DIOGO COSTA SEIXAS*
Jurista

Produtos de investimento com base em seguros com ambições de sustentabilidade

Insurance-based investment products with sustainability ambitions

RESUMO: *O presente texto começa por apresentar os critérios para que um investimento seja considerado sustentável. De seguida, analisa-se a natureza de produtos financeiros com ambições de sustentabilidade.*

Palavras-chave: Produtos de investimento com base em seguros; Sustentabilidade; Taxonomia da União Europeia; Investimentos sustentáveis; Promoção de características ambientais ou sociais.

ABSTRACT: *This text begins by presenting the criteria to consider an investment as sustainable. Subsequently, the nature of financial products with sustainability ambitions is analysed.*

Keywords: Insurance-based investment products; Sustainability; European Union Taxonomy; Sustainable investment; Promotion of environmental or social characteristics.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. A natureza do investimento sustentável; 3. Produto financeiro que promova, entre outras, características ambientais ou sociais; 4. Produto financeiro que tem como objetivo investimentos sustentáveis

* As posições manifestadas no presente artigo não vinculam a entidade patronal do autor, sendo da exclusiva responsabilidade do mesmo. O autor agradece a Genoveva Dias o amável apoio na recolha de bibliografia.

1. Introdução

Em 2018, a Comissão Europeia aprovou o “Plano de Ação: Financiar um crescimento sustentável”, que visava reorientar os fluxos de capitais para investimentos sustentáveis, a fim de assegurar um crescimento sustentável e inclusivo, gerir os riscos financeiros decorrentes das alterações climáticas, do esgotamento dos recursos, da degradação do ambiente e das questões sociais e promover a transparência e a visão a longo prazo nas atividades económicas e financeiras¹. De acordo com o referido Plano, a Comissão Europeia ficou incumbida de apresentar uma proposta legislativa que aumentasse a transparência perante os investidores finais quanto à forma como os investidores institucionais e os gestores de ativos integram os fatores de sustentabilidade nas suas decisões de investimento². Neste quadro, foi aprovado o Regulamento (UE) 2019/2088 relativo à divulgação de informações relacionadas com a sustentabilidade no setor dos serviços financeiros. O referido regulamento estabelece um regime de divulgação de informações relativas à integração dos riscos em matéria de sustentabilidade, consideração dos impactos

¹ Cf. Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho Europeu, ao Conselho, ao Banco Central Europeu, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, *Plano de Ação: Financiar um crescimento sustentável*, 8 de março de 2018, COM(2018) 97, Comissão Europeia, disponível em <https://eur-lex.europa.eu>. Posteriormente, em dezembro de 2019, a Comissão Europeia aprovou o Pacto Ecológico Europeu que prevê diversas iniciativas visando transformar a União Europeia numa sociedade equitativa e próspera que, em 2050, tenha zero emissões líquidas de gases com efeito de estufa. Neste quadro prevê-se, em particular, a adoção da taxonomia para classificação de atividades sustentáveis do ponto de vista ambiental. Cf. Comunicação da Comissão, Pacto Ecológico Europeu, COM(2019) 640 final, acessível em <https://eur-lex.europa.eu>. Sobre os impactos legislativos do Pacto Ecológico Europeu, vd. Edoardo Chiti, *Managing the Ecological Transition of the EU: The European Green Deal as a Regulatory Process*, em *Common Market Law Review* 59 (2022), 19-48, Carlos Trias Pintó, *Finanzas sostenibles y pacto verde europeo, La sostenibilidad y el nuevo marco institucional y regulatorio de las finanzas sostenibles*, org. José María López Jiménez et al., Thomson Reuters Aranzadi (2021), 231-234, André Alfar Rodrigues, *O Desenvolvimento Sustentável e a Sustentabilidade na União Europeia*, AAFDL: Lisboa (2022), 23-39, e Nuno Lacasta, *Pacto ecológico europeo: o compromisso coletivo para o desenvolvimento sustentável da EU*, 130 *Cadernos de economia* (2020), 8-10.

² Cf. Plano de ação cit., 10.

negativos para a sustentabilidade, objetivos de investimento sustentável e promoção de características ambientais ou sociais³.

O presente texto foca-se no regime aplicável aos produtos financeiros que têm como objetivo investimentos sustentáveis ou que promovem características ambientais ou sociais. Consequentemente, não me pronunciarei sobre outros deveres de informação previstos no Regulamento (UE) 2019/2088, em particular, a divulgação de informações relativas aos riscos em matéria de sustentabilidade em sede pré-contratual⁴. Começarei por apresentar o sentido e o alcance da definição de *investimentos sustentáveis*. Apesar de ser um conceito central do regime, um produto financeiro com *ambições de sustentabilidade* pode não realizar investimentos sustentáveis.

No atual quadro legal, as ambições de sustentabilidade de um produto financeiro⁵ são apresentadas por referência ao disposto

³ As alterações ao quadro legal, no seguimento da aprovação do “Plano de Ação: Financiar um crescimento sustentável” e do Pacto Ecológico Europeu, manifestaram-se também no regime da governação das empresas de seguros e de resseguros, na supervisão e governação dos produtos e no aconselhamento de investimento para os produtos de investimento com base em seguros. Cf. o Regulamento Delegado (UE) 2021/1256, de 21 de abril, que altera o Regulamento Delegado (UE) 2015/35 no que respeita à integração dos riscos de sustentabilidade no governo das empresas de seguros e de resseguros e Regulamento Delegado (UE) 2021/1257, de 21 de abril, que altera os Regulamentos Delegados (UE) 2017/2358 e (UE) 2017/2359 no que respeita à integração dos fatores, riscos e preferências de sustentabilidade nos requisitos de supervisão e governação dos produtos aplicáveis às empresas de seguros e aos distribuidores de seguros, bem como nas regras relativas ao exercício das atividades e ao aconselhamento de investimento para os produtos de investimento com base em seguros. Sobre o regime aplicável à governação das empresas de seguros e de resseguros, vd. *Sustentabilidade e governação das empresas de seguros e de resseguros*, em *Desenvolvimentos Regulatórios do Setor Segurador e do Setor dos Fundos de Pensões | 2021*, Departamento de Política Regulatória, Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões (ASF) (2022), 77-84, acessível em <https://www.asf.com.pt>. Sobre o regime relativo ao aconselhamento de investimento para os produtos de investimento com base em seguros, vd. Pierre-Grégoire Marly, *Vers l'introduction de la durabilité dans le conseil en assurance-vie*, 81 *Bulletin Juridique des Assurances* (2022), 1-6.

⁴ Cf. o artigo 6.º do Regulamento (UE) 2019/2088. Não serão também considerados produtos financeiros *sem ambições de sustentabilidade*, ainda que abrangidos pelo referido Regulamento.

⁵ Refiro-me ao elenco de produtos financeiros previstos no ponto 12) do artigo 2.º do Regulamento (UE) 2019/2088.

nos artigos 8.º e 9.º do Regulamento (UE) 2019/2088⁶. Uma leitura atenta do regime leva-nos a crer que não basta considerar os produtos financeiros como (apenas) *mais ou menos sustentáveis*, isto é, que a aplicação de um ou outro regime dependa exclusivamente de uma questão de *grau*. A chave para a aplicação do regime legal previsto nos artigos 8.º e 9.º do Regulamento (UE) 2019/2088 reside nos conceitos de *promover* e de *objetivo de investimentos sustentáveis*. São estes conceitos que medeiam entre uma realidade juridicamente relevante e um bloco de consequências jurídicas potencialmente aplicáveis, em particular, deveres de informação.

Por outro lado, o Regulamento (UE) 2019/2088 não se limita a prever regras para a prestação de informações relacionadas com a sustentabilidade. Com efeito, para além do conteúdo destes deveres, os artigos 8.º e 9.º do referido Regulamento estabelecem requisitos aplicáveis aos investimentos realizados pelos intervenientes no mercado financeiro. Neste quadro, o exercício interpretativo que o presente texto propõe assenta, em grande medida, nos instrumentos de *soft law* publicados pela Comissão Europeia e pelas Autoridades Europeias de Supervisão. Tomando por base o disposto nestes instrumentos, procurarei densificar as categorias de produtos financeiros com ambições de sustentabilidade.

Por último, demonstrarei que, apesar da aparente densidade do quadro legal, as categorias consagradas nos referidos artigos 8.º e 9.º apresentam uma grande amplitude, no que diz respeito à natureza dos produtos financeiros potencialmente subsumidos às mesmas. Na verdade, verifica-se uma acentuada margem de liberdade na conformação dos negócios com ambições de sustentabilidade, em particular, a respetiva estratégia de investimento, e no preenchimento dos conceitos previstos no regime legal.

⁶ Vd. *Targeted Consultation Document, Implementation of the Sustainable Finance Disclosures Regulation (SFDR)*, Directorate-General for Financial Stability, Financial Services and Capital Markets Union, Comissão Europeia, 20 e 30, disponível em <https://finance.ec.europa.eu/>, *Progress Report on Greenwashing*, Autoridade Europeia dos Valores Mobiliários e dos Mercados, 31 de maio de 2023, 45, acessível em www.esma.europa.eu, e *Relatório do Investidor 2023*, Comissão do Mercado de Valores Mobiliários, 17-18, disponível em www.cmvm.pt.

2. A natureza do investimento sustentável

Os *produtos financeiros* reúnem o capital de investidores e investem-no através de instrumentos financeiros, em particular, ações, obrigações e outros valores mobiliários⁷. O Regulamento (UE) 2019/2088 aplica-se a diversos *produtos financeiros*, nomeadamente produtos de investimento com base em seguros, fundos de investimento alternativo e produtos individuais de reforma pan-europeus⁸⁻⁹. Para este efeito, integram a referida categoria de produtos de investimento com base em seguros (PIBS)¹⁰: (i) um PIBS, na aceção do ponto 2) do artigo 4.º do Regulamento (UE) n.º 1286/2014¹¹; e (ii) um produto de seguros, que é proposto a um investidor profissional e prevê um prazo de vencimento ou um valor de resgate que está total ou parcialmente exposto, de forma direta ou indireta, a flutuações de mercado.

O presente regime assume natureza *horizontal*. Ou seja, aplica-se transversalmente a produtos financeiros sujeitos a regimes distintos, prevendo deveres de natureza análoga – em particular,

⁷ Cf. a Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo à divulgação de informações relacionadas com investimentos sustentáveis e riscos em matéria de sustentabilidade e que altera a Diretiva (UE) 2016/2341, 24 de maio de 2018, COM(2018) 354 final, 2, acessível em <https://ec.europa.eu>.

⁸ Cf. o ponto 12) do artigo 2.º do Regulamento (UE) 2019/2088.

⁹ Para uma descrição sintética do Regulamento (UE) 2019/2088, vd. *Sustentabilidade no setor dos serviços financeiros em Desenvolvimentos Regulatórios do Setor Segurador e do Setor dos Fundos de Pensões | 2020*, Departamento de Política Regulatória, ASF (2021), 91-97, acessível em <https://www.asf.com.pt> e Antonio Marcacci, *Global Finance and the Anthropocene*, 34 *European Business Law Review*, 4 (2023), 640-641.

¹⁰ Cf. o ponto 3) do artigo 2.º do Regulamento (UE) 2019/2088. Sobre a natureza e o regime dos produtos de investimento com base em seguros, vd. Luís Poças, *Produtos de Investimento com Base em Seguros (PIBS)*, em *Estudos de Direito do Consumo*, II, org. Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas Ataíde/Francisco Rodrigues Rocha/Vítor Palmela Fidalgo, Almedina: Coimbra (2023), 1169-1208, Mafalda Miranda Barbosa/José Luís Dias Gonçalves, *Instrumentos Financeiros – Valores mobiliários. Valores monetários. Derivados de crédito. Produtos de bancassurance*, Gestlegal (2020), 294-297.

¹¹ Regulamento (UE) n.º 1286/2014, de 26 de novembro, sobre os documentos de informação fundamental para pacotes de produtos de investimento de retalho e de produtos de investimento com base em seguros (PRIIPs).

deveres de informação – que se manifestam no quadro legal especialmente previsto para cada produto financeiro. No caso específico dos PIBS, o regime distingue entre as informações pré-contratuais divulgadas por (i) empresas de seguros e (ii) mediadores de seguros e as empresas de seguros que prestem aconselhamento sobre PIBS. No primeiro caso, as informações devem ser divulgadas na comunicação a que se refere o n.º 2 do artigo 185.º da Diretiva 2009/138/CE¹² ou, se for caso disso, nos termos do n.º 1 do artigo 29.º da Diretiva (UE) 2016/97^{13,14}. No segundo caso, em conformidade com o n.º 1 do artigo 29.º da Diretiva (UE) 2016/97^{15,16}. É neste quadro legal que as empresas e os mediadores de seguros devem informar (e demonstrar) se e em que medida os produtos de investimento com base em seguros têm ambições de sustentabilidade, por referência às categorias referidas *infra*¹⁷, bem como se são realizados investimentos sustentáveis.

O Regulamento (UE) 2019/2088 consagra uma definição de investimento sustentável¹⁸. Para que um *investimento* seja considerado *sustentável* deve: (i) realizar-se numa atividade económica que contribui para um objetivo ambiental ou social (*e.g.*, combater as desigualdades ou promover a coesão social, a integração social e as relações laborais); (ii) não prejudicar significativamente nenhum desses objetivos; e (iii) assegurar que as empresas beneficiárias do investimento seguem boas práticas de governação, em particular,

¹² Directiva 2009/138/CE, de 25 de novembro, relativa ao acesso à actividade de seguros e resseguros e ao seu exercício (Solvência II).

¹³ Diretiva (UE) 2016/97, de 20 de janeiro, sobre a distribuição de seguros.

¹⁴ Cf. a alínea *b*) do n.º 3 do artigo 6.º do Regulamento (UE) 2019/2088.

¹⁵ Cf. a alínea *j*) do n.º 3 do artigo 6.º do Regulamento (UE) 2019/2088.

¹⁶ As informações pré-contratuais devem ser divulgadas em conformidade com os modelos constantes dos anexos II e III do Regulamento Delegado (UE) 2022/1288 (cf. o n.º 3 do artigo 6.º do Regulamento (UE) 2019/2088 e o n.º 1 do artigo 14.º e n.º 1 do artigo 18.º do Regulamento Delegado (UE) 2022/1288). Sobre o preenchimento destes modelos, vd. *Produtos financeiros que realizam investimentos sustentáveis em Desenvolvimentos Regulatórios do Setor Segurador e do Setor dos Fundos de Pensões | 2022*, Departamento de Política Regulatória, ASF (2023), 89 e 91, acessível em <https://www.asf.com.pt>

¹⁷ Vd. cap. 3 e 4.

¹⁸ Cf. ponto 17) do artigo 2.º do Regulamento (UE) 2019/2088.

quanto às relações laborais, remuneração de empregados e cumprimento de legislação fiscal¹⁹. Antes de mais, a definição de investimento sustentável não concretiza o instrumento jurídico subjacente à realização do investimento (e.g., compra e venda de ações). Com efeito, a definição legal de investimento sustentável não estabelece qualquer *abordagem específica* para aferir a contribuição de um investimento para os objetivos sociais ou ambientais. Cabe aos intervenientes no mercado financeiro²⁰ divulgar a metodologia aplicada para avaliar os investimentos sustentáveis, incluindo de que forma é que determinaram o contributo dos investimentos para os objetivos ambientais ou sociais, como é que os investimentos não prejudicam significativamente qualquer objetivo ambiental ou social²¹, e que as empresas beneficiárias do investimento cumprem as boas práticas de governação²².

Por outro lado, o regime legal estabelece que o destinatário do *investimento sustentável* é uma *atividade económica*. Consequentemente, poderíamos ser levados a crer que o investimento deve ser alocado a um projeto ou atividades *em concreto* ou numa empresa que realize uma única atividade. No entanto, os intervenientes no mercado financeiro podem investir em instrumentos que não especifiquem a utilização dos montantes investidos, em particular, participações sociais²³. Assim, o preenchimento dos requisitos previstos na definição legal de investimento sustentável pode ser aferido ao nível da empresa beneficiária do investimento, em vez de se considerar somente uma atividade económica²⁴.

¹⁹ Vd. *Answers to questions on the interpretation of Regulation (EU) 2019/2088, submitted by the European Supervisory Authorities on 9 September 2022*, 3, acessível em <https://www.esma.europa.eu>. Para uma discussão sobre a natureza jurídica dos instrumentos de *soft law*, vd. Heikki Marjosola, Marloes van Rijsbergen, Miroslava Scholten, *How to exhort and to persuade with(out legal) force: Challenging soft law after FBF*, 59 *Common Market Law Review* (2022), 1523-1542 e Marcacci, *Global cit.*, 644-645 e 660.

²⁰ Vd. o ponto 1) do artigo 2.º do Regulamento (UE) 2019/2088.

²¹ Sobre o *princípio de não prejudicar significativamente*, vd. texto junto à n. 31.

²² Cf. *Answers to questions on the interpretation of Regulation (EU) 2019/2088 cit.*, 2 e 3.

²³ Cf. *Answers to questions on the interpretation of Regulation (EU) 2019/2088 cit.*, 2.

²⁴ *Ibid.* Sobre a definição legal de investimento sustentável, vd., desenvolvidamente, *Produtos financeiros que realizam investimentos sustentáveis cit.*, 86-87.

Adicionalmente, cumpre distinguir entre um *investimento sustentável* e uma *atividade económica sustentável*. Referimos *supra* os requisitos legalmente previstos para o primeiro; quanto à segunda, dispomos dos critérios para que uma atividade seja considerada sustentável do ponto de vista ambiental (*vulgo*, a Taxonomia da União Europeia)²⁵. A definição de *investimento sustentável* inclui investimentos em atividades económicas que contribuam para um objetivo de natureza ambiental, em particular, investimentos em *atividades económicas sustentáveis do ponto de vista ambiental* que preencham os critérios previstos no Regulamento (UE) 2020/852²⁶. Neste quadro, os investimentos em *atividades económicas susten-*

²⁵ Cf. o artigo 3.º do Regulamento (UE) 2020/852, de 18 de junho, relativo ao estabelecimento de um regime para a promoção do investimento sustentável. Para que uma atividade seja considerada sustentável do ponto de vista ambiental deve: (i) contribuir substancialmente para um ou mais dos objetivos ambientais estabelecidos no artigo 9.º do Regulamento (UE) 2020/852 nos termos dos artigos 10.º a 16.º desse regulamento; (ii) não prejudicar significativamente nenhum dos objetivos ambientais estabelecidos no artigo 9.º do Regulamento (UE) 2020/852 nos termos do artigo 17.º desse regulamento; (iii) ser exercida em conformidade com as salvaguardas mínimas previstas no artigo 18.º do Regulamento (UE) 2020/852; e (iv) satisfizer os critérios técnicos de avaliação que tenham sido estabelecidos pela Comissão. Os referidos critérios técnicos de avaliação encontram-se no Regulamento Delegado (UE) 2021/2139, de 4 de junho, que completa o Regulamento (UE) 2020/852 mediante o estabelecimento de critérios técnicos de avaliação para determinar em que condições uma atividade económica é qualificada como contribuindo substancialmente para a mitigação das alterações climáticas ou para a adaptação às alterações climáticas e estabelecer se essa atividade económica não prejudica significativamente o cumprimento de nenhum dos outros objetivos ambientais. A Comissão Europeia apresentou a Proposta de Regulamento Delegado que estabelece os critérios técnicos de avaliação relativos aos seguintes objetivos ambientais previstos no artigo 9.º do Regulamento (UE) 2020/852: (i) utilização sustentável e proteção dos recursos hídricos e marinhos; (ii) transição para uma economia circular; (iii) prevenção e o controlo da poluição; e (iv) prevenção e o controlo da poluição, acessível em <https://finance.ec.europa.eu>. Vd., ainda, Assunção Cristas, *A Sustentabilidade no Centro da Evolução Legislativa Europeia. Os Novos Princípios Estruturantes da Taxonomia Climática e Ambiental e os seus Reflexos*, em *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Maria Helena Brito*, II, org. Anabela Sousa Gonçalves *et al.*, Gestlegal (2022), 846-850, Juan Andrés Salido Villatoro, *Sistemas de clasificación (taxonomias) relacionados con las finanzas sostenibles*, em *La sostenibilidad* cit., 927-947, Aaron Ezroj, *Carbon Risk and Green Finance*, Routledge (2021), 53-65, e Marcacci, *Global* cit., 641-642.

²⁶ Cf. o considerando (19) do Regulamento (UE) 2020/852.

táveis do ponto de vista ambiental alinhadas com a Taxonomia da União Europeia são qualificados como *investimentos sustentáveis* no contexto dos requisitos de divulgação a nível do produto estabelecidos no Regulamento (UE) 2019/2088²⁷. Como se referiu, o regime legal não obsta a que o investimento seja realizado numa empresa que não especifique a utilização das receitas. Nesses casos, deve verificar-se o preenchimento dos elementos adicionais previstos no Regulamento (UE) 2019/2088, tendo em vista considerar *todo* o investimento nessa empresa um investimento sustentável, a saber, (i) verificar se as restantes atividades económicas da empresa cumprem os elementos ambientais do “princípio de não prejudicar significativamente”; e (ii) determinar se a contribuição para o objetivo ambiental é suficiente²⁸.

A dita Taxonomia da União Europeia é um sistema de classificação em permanente evolução. Com efeito, nem todas as atividades económicas estão refletidas nos critérios técnicos de avaliação estabelecidos pela Comissão Europeia, os quais se encontram sujeitos a atualização²⁹. Ora, um investimento pode ser considerado sustentável ainda que invista em atividades económicas não previstas na Taxonomia da União Europeia, devendo o interveniente no mercado financeiro divulgar em que medida os critérios previstos na definição de investimento sustentável se encontram preenchidos³⁰.

²⁷ Cf. a *Comunicação da Comissão sobre a interpretação e a aplicação de determinadas disposições jurídicas do Regulamento Taxonomia da UE e as ligações com o Regulamento Divulgação de Informações sobre Sustentabilidade dos Serviços Financeiros* (2023/C 211/01), 16 de junho de 2023, acessível em <https://eur-lex.europa.eu>.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ Vd. os considerandos (50) e (59) do Regulamento (UE) 2020/852 e *Questions and Answers: Taxonomy Climate Delegated Act and Amendments to Delegated Acts on fiduciary duties, investment and insurance advice*, Comissão Europeia, 21 de abril de 2021, acessível em <https://ec.europa.eu>.

³⁰ Cf. *Question related to Regulation (EU) 2019/2088 of the European Parliament and of the Council of 27 November 2019 on sustainability-related disclosures in the financial services sector (Sustainable Finance Disclosure Regulation 2019/2088)*, Ref.Ares(2021)4556843, 14 de julho de 2021, 8, acessível em <https://www.esma.europa.eu>. No entanto, o interveniente no mercado financeiro não deve interpretar o ponto 17) do artigo 2.º do Regulamento (UE) 2019/2088 de forma diferente para os diferentes produtos financeiros por si comercializados. Cf. *Questions and answers (Q&A) on the SFDR Delegated Regulation (Commission Delega-*

Um dos critérios previsto na definição legal de investimento sustentável é o de *não prejudicar significativamente nenhum dos outros objetivos* (i.e., objetivos ambientais e sociais referidos no ponto 17) do artigo 2.º do Regulamento (UE) 2019/2088³¹. Nos termos do artigo 2.º-A do Regulamento (UE) 2019/2088, cabe às Autoridades Europeias de Supervisão elaborar projetos de normas técnicas de regulamentação que especifiquem em pormenor o teor e a apresentação das informações à luz do “princípio de não prejudicar significativamente” a que se refere o ponto 17) do artigo 2.º do referido Regulamento, em conformidade com o conteúdo, as metodologias e a apresentação dos indicadores de sustentabilidade relacionados com os impactos negativos a que se referem os n.ºs 6 e 7 do artigo 4.º do referido Regulamento. Os referidos indicadores encontram-se atualmente no anexo I do Regulamento Delegado (UE) 2022/1288 (e.g., emissões de gases com efeito de estufa). No entanto, na ausência de critérios legais que permitam determinar de que forma um investimento respeita o princípio de não prejudicar significativamente, cabe aos intervenientes no mercado financeiro proceder a esta avaliação^{32,33}.

ted Regulation (EU) 2022/1288), Autoridade Bancária Europeia, Autoridade Europeia dos Seguros e Pensões Complementares de Reforma, Autoridade Europeia dos Valores Mobiliários e dos Mercados, JC 2022 62 (2022), 17, acessível em <https://www.esma.europa.eu>.

³¹ Sobre o princípio de não prejudicar significativamente, vd. *Produtos financeiros que realizam investimentos sustentáveis* cit., 91-93.

³² Cf. *Answers to questions on the interpretation of Regulation (EU) 2019/2088* cit., 3 e *Advice to the European Commission on Greenwashing, Progress Report*, Autoridade Europeia dos Seguros e Pensões Complementares de Reforma (2023), 49 e 50, acessível em <https://www.eiopa.europa.eu>.

³³ De acordo com a *Comunicação da Comissão* cit., considera-se que os investimentos em atividades económicas alinhadas pela Taxonomia da União Europeia cumprem integralmente o “princípio de não prejudicar significativamente” e o requisito de assegurar que uma empresa beneficiária do investimento respeite práticas de boa governação previstos no Regulamento (UE) 2019/2088, tendo em conta que as referidas atividades cumprem as salvaguardas mínimas da Taxonomia (vd. o artigo 18.º do Regulamento (UE) 2020/852).

3. Produto financeiro que promova, entre outras, características ambientais ou sociais

Nem todos os produtos financeiros têm o mesmo grau de ambição de sustentabilidade. Neste quadro, para efeitos da divulgação de informações pré-contratuais, o Regulamento (UE) 2019/2088 estabelece duas categorias: (i) produtos financeiros que promovem características ambientais ou sociais e (ii) produtos financeiros que têm como objetivo um impacto positivo no ambiente e na sociedade³⁴, previstos respetivamente nos artigos 8.º e 9.º do Regulamento (UE) 2019/2088. Caso sejam promovidas as referidas características e desde que as empresas em que são efetuados os investimentos respeitem as práticas de boa governação³⁵ (e.g., Princípios do Pacto Global das Nações Unidas³⁶), devem ser divulgadas as seguintes informações pré-contratuais: (i) o modo como essas características são alcançadas; e (ii) se tiver sido designado um índice de referência, se e de que forma este índice corresponde a tais características³⁷⁻³⁸. Estas informações são divulgadas de acordo com o modelo previsto no anexo II do Regulamento Delegado (UE) 2022/1288, o qual estabelece que devem ser prestadas diversas informações adicionais, designadamente indicadores de sustentabilidade utilizados para avaliar a concretização de cada uma das características ambientais ou sociais promovidas pelo produto financeiro, estratégia de investimento seguida e alocação de ativos prevista.

Para a Comissão Europeia, o sentido e o alcance de *promover* resulta essencialmente do conteúdo dos *documentos* relativos ao

³⁴ Cf. o considerando (21) do Regulamento (UE) 2019/2088.

³⁵ O regime legal não identifica as fontes de boas práticas de governação, ficando a sua densificação consagrada em instrumentos de *soft law*. Vd. *Questions and answers (Q&A) on the SFDR Delegated Regulation (Commission Delegated Regulation (EU) 2022/1288)* cit., 16.

³⁶ Disponíveis em <https://unglobalcompact.org/>

³⁷ Cf. o n.º 1 do artigo 8.º do Regulamento (UE) 2019/2088.

³⁸ O artigo 8.º do Regulamento (UE) 2019/2088 não *limita* as características que podem ser *promovidas* por produtos financeiros (e.g., um produto financeiro desta natureza pode promover a redução de emissões de carbono). Cf. *Answers to questions on the interpretation of Regulation (EU) 2019/2088* cit., 5.

produto financeiro. Com efeito, um produto *promove* as referidas características através, designadamente de afirmações diretas ou indiretas, informação, reporte e divulgações, bem como a impressão de que os investimentos realizados por determinado produto financeiro também consideram características ambientais ou sociais em termos designadamente de políticas de investimento, objetivos ou ambição genérica, divulgada em documentos de informação pré-contratual, comunicações de *marketing* e anúncios, bem como informação sobre a adesão a rótulos relacionados com sustentabilidade³⁹⁻⁴⁰. Caso as características ambientais ou sociais sejam *promovidas* nos termos descritos, aplica-se o regime de deveres de informação previsto no artigo 8.º do Regulamento (UE) 2019/2088. Consequentemente, para efeitos de aplicação do referido artigo 8.º, não se exige uma *percentagem mínima* de investimentos com ambições de sustentabilidade.

Assim, em primeira instância, o conceito *promover* não está diretamente relacionado com o *investimento*, mas com eventuais referências a sustentabilidade, cuja presença dita a divulgação das informações legalmente previstas. No entanto, o regime não se basta com a imposição de meros deveres de informação. Com efeito, prevêem-se requisitos adicionais para que seja possível afirmar que um produto financeiro promove características ambientais sociais.

³⁹ Cf. *Question related to Regulation (EU) 2019/2088* cit. 8., Vd., também, Produtos financeiros que realizam investimentos sustentáveis cit., 87-88.

⁴⁰ Face à interpretação da Comissão Europeia, o *Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht* (BaFin) publicou um documento de perguntas e respostas relativas ao Regulamento (UE) 2019/2088, de acordo com o qual o termo *bewerden* (na versão alemã do Regulamento (UE) 2019/2088 refere-se *beworden*) não deve ser interpretado no sentido de *divulgar* (*Werbung betreiben*), mas como *fördern*. Consequentemente, não é necessário que um produto financeiro anuncie as características ambientais ou sociais, designadamente através de comunicações de *marketing*, para que se considere que *promove* as referidas características, bastando o cumprimento dos deveres de informação legalmente previstos. Adicionalmente, a promoção (*fördern*) deve ser direcionada e comunicada externamente. Cf. *Fragen und Antworten zur EU-Offenlegungsverordnung*, BaFin, 10 de julho de 2023, acessível em <https://www.bafin.de>.

Por um lado, as empresas em que são efetuados os investimentos devem respeitar *as boas práticas de governação*⁴¹. Assim, os intervenientes no mercado financeiro estão condicionados na escolha das empresas beneficiárias do investimento. Por outro, devem ser divulgadas as características ambientais ou sociais promovidas pelo produto financeiro e os indicadores de sustentabilidade utilizados para avaliar a concretização dessas características⁴². Logo, deve ser apresentado e medido o impacto dos investimentos. No entanto, a indeterminação dos conceitos legalmente previstos confere uma ampla margem de liberdade na configuração dos investimentos. Com efeito, o regime não densifica as boas práticas de governação⁴³, nem aponta um elenco de características e de indicadores.

Podem ainda surgir dúvidas sobre o *efetivo* impacto dos investimentos. Na verdade, as características ambientais ou sociais poderão ser asseguradas por uma parte reduzida dos investimentos realizados⁴⁴. Adicionalmente, os restantes investimentos não se encontram sujeitos aos requisitos referidos *supra* (isto é, no texto da lei, são investimentos *não alinhados com as características ambientais ou sociais*⁴⁵)⁴⁶.

Por último, ainda que o produto financeiro promova características ambientais ou sociais podem ser realizados *investimentos sustentáveis*⁴⁷ e os intervenientes no mercado financeiro devem

⁴¹ Vd. o texto junto à n. 35.

⁴² Cf. o anexo II do Regulamento Delegado (UE) 2022/1288.

⁴³ Ainda que os intervenientes no mercado financeiro devam descrever nos sítios da Internet as políticas de avaliação das práticas de boa governação das empresas beneficiárias do investimento, incluindo no que respeita às estruturas de gestão, relações laborais e práticas de remuneração do pessoal sãs e ao cumprimento das obrigações fiscais (cf. alínea (b) artigo 28.º do Regulamento Delegado (UE) 2022/1288).

⁴⁴ Vd. *Advice to the European Commission on Greenwashing* cit., 51.

⁴⁵ Cf. o anexo II do Regulamento Delegado (UE) 2022/1288.

⁴⁶ No entanto, devem ser prestadas informações quanto à eventual aplicação de *salvaguardas mínimas* em matéria ambiental ou social. Cf. o anexo II do Regulamento Delegado (UE) 2022/1288.

⁴⁷ No caso de investimentos em atividades económicas sustentáveis do ponto de vista ambiental, vd. o artigo 6.º do Regulamento (UE) 2020/852. Cf. *Question related to Regulation (EU) 2019/2088* cit., 8. Sobre a natureza dos *investimentos sustentáveis*, vd. cap. 1.

informar se serão realizados investimentos desta natureza⁴⁸. No entanto, realizar investimentos sustentáveis é distinto de ter como *objetivo a realização de investimentos sustentáveis*⁴⁹. Com efeito, os investimentos de produtos financeiros que preenchem os requisitos previstos no artigo 8.º do Regulamento (UE) 2019/2088 podem corresponder parcialmente a investimentos sustentáveis – designadamente em *atividades económicas sustentáveis do ponto de vista ambiental*⁵⁰ –, ainda que não tenham como objetivo a realização destes investimentos.

4. Produto financeiro que tem como objetivo investimentos sustentáveis

Um produto financeiro sujeito ao disposto no artigo 9.º do Regulamento (UE) 2019/2088 deve realizar *investimentos sustentáveis* na aceção do ponto 17) do artigo 2.º do referido regulamento⁵¹. Neste quadro, coloca-se a questão de saber *em que medida* devem ser realizados estes investimentos. Para a Comissão Europeia, podem ser realizados investimentos em diversos ativos, desde que sejam qualificados como investimentos sustentáveis. No entanto, de forma a cumprir requisitos de natureza prudencial ou setorial, podem ainda ser realizados investimentos para outros fins, designadamente de liquidez, que devem estar alinhados com o objetivo de investi-

⁴⁸ Cf. a alínea *a*) do n.º 3 do artigo 14.º do Regulamento Delegado (UE) 2022/1288.

⁴⁹ Sobre a natureza dos produtos financeiros que têm como objetivo realizar investimentos sustentáveis, vd. cap. 4.

⁵⁰ Cf. o artigo 3.º do Regulamento (UE) 2020/852 e artigo 15.º e o anexo II do Regulamento Delegado (UE) 2022/1288. Vd. *Questions related to Regulation (EU) 2019/2088 of the European Parliament and of the Council of 27 November 2019 on sustainability-related disclosures in the financial services sector (SFDR)*, 9, acessível em <https://www.esma.europa.eu>. Sobre a fórmula de cálculo para determinar em que medida um investimento é sustentável quando os investimentos são realizados em atividades económicas sustentáveis do ponto de vista ambiental que cumpram os critérios previstos no artigo 3.º do Regulamento (UE) 2020/852, vd. cap. 4.

⁵¹ Cf. *Questions related to Regulation (EU) 2019/2088* cit., 7.

mento sustentável⁵². Como tal, na ausência de uma percentagem mínima ou outro critério, a qualificação de um produto financeiro como tendo como objetivo investimentos sustentáveis deve ser apreciada casuisticamente e demonstrada no âmbito das informações pré-contratuais⁵³.

Um produto financeiro pode ter como objetivo a redução de emissões de carbono⁵⁴. Este objetivo corresponde a uma categoria especial de investimento sustentável legalmente prevista. Consequentemente, devem estar preenchidos os critérios previstos no ponto 17) do artigo 2.º do Regulamento (UE) 2019/2088⁵⁵. Adicionalmente, no âmbito da divulgação de informações pré-contratuais, o regime legal prevê o seguinte: (i) nos termos do primeiro parágrafo do n.º 3 do artigo 9.º do Regulamento (UE) 2019/2088, caso o produto financeiro tenha o referido objetivo, as informações a divulgar devem incluir o objetivo de exposição a baixas emissões de carbono, a fim de alcançar os objetivos de longo prazo relativos ao aquecimento global do Acordo de Paris; ou (ii) nos termos do segundo parágrafo do referido n.º 3, se não estiver disponível nenhum índice de referência da União Europeia para a transição climática ou índice de referência da União Europeia alinhado com o Acordo de Paris de acordo com o Regulamento (UE) 2016/1011⁵⁶, as informações devem incluir uma explicação pormenorizada da forma como é assegurado o esforço continuado para alcançar o objetivo de redução das emissões de carbono, a fim de alcançar os objetivos de longo prazo relativos ao aquecimento global do Acordo de Paris⁵⁷.

O regime legal estabelece uma *fórmula de cálculo* para determinar em que medida um investimento é sustentável, mas somente

⁵² Cf. *Question related to Regulation (EU) 2019/2088* cit., 5. Vd., também, *Produtos financeiros que realizam investimentos sustentáveis* cit., 87.

⁵³ *Ibid.* Vd. anexo III do Regulamento Delegado (UE) 2022/1288.

⁵⁴ Cf. o n.º 3 do artigo 9.º do Regulamento (UE) 2019/2088.

⁵⁵ Cf. *Question related to Regulation (EU) 2019/2088* cit., 5.

⁵⁶ Regulamento (UE) 2016/1011, de 8 de junho, relativo aos índices utilizados como índices de referência no quadro de instrumentos e contratos financeiros ou para aferir o desempenho de fundos de investimento.

⁵⁷ Estas informações devem ser divulgadas nos termos do anexo III do Regulamento Delegado (UE) 2022/1288.

para os investimentos em atividades económicas sustentáveis do ponto de vista ambiental que cumpram os critérios previstos no artigo 3.º do Regulamento (UE) 2020/852. Nos termos do n.º 1 do artigo 17.º do Regulamento Delegado (UE) 2022/1288, no cálculo da medida em que os investimentos são realizados em atividades económicas sustentáveis do ponto de vista ambiental, o numerador corresponde ao “valor de mercado de todos os investimentos do produto financeiro em atividades económicas sustentáveis do ponto de vista ambiental” e o denominador ao “valor de mercado de todos os investimentos do produto financeiro”. Adicionalmente, os *investimentos do produto financeiro em atividades económicas sustentáveis do ponto de vista ambiental* correspondem à soma dos valores de mercado dos investimentos do produto financeiro descritos no referido n.º 1. O n.º 1 do artigo 17.º do Regulamento Delegado (UE) 2022/1288 estabelece taxativamente um rol de *investimentos em atividades económicas sustentáveis do ponto de vista ambiental*⁵⁸. Consequentemente, os investimentos que não sejam qualificados como um dos investimentos aí previstos não podem integrar o numerador da fórmula descrita⁵⁹. Inversamente, o regime não estabelece qualquer elenco de investimentos para efeitos de preenchimento do denominador. Assim, o valor de mercado de *todos os investimentos* do produto financeiro deverá ser integrado no denominador⁶⁰.

Por outro lado, o regime estabelece regras específicas para determinar o *valor de mercado* dos investimentos que integram o numerador. O valor de mercado a considerar é estabelecido por referência à natureza do investimento. Assim, para os títulos de dívida e de capital das sociedades beneficiárias de investimento, quando uma parte das suas atividades estiver associada a atividades económicas sustentáveis do ponto de vista ambiental, deve ser considerado o valor de mercado dessa proporção desses títulos de dívida ou de

⁵⁸ Vd. *Questions and answers (Q&A) on the SFDR Delegated Regulation (Commission Delegated Regulation (EU) 2022/1288)* cit., 5.

⁵⁹ Por exemplo, não existe uma metodologia adequada para calcular em que medida a exposição a dívida soberana esteja ligada a atividades económicas sustentáveis do ponto de vista ambiental. Cf. o considerando (34) do Regulamento Delegado (UE) 2022/1288.

⁶⁰ Cf. *Questions and answers (Q&A) on the SFDR Delegated Regulation* cit., 5.

capital e para os investimentos em ativos imobiliários qualificados como atividades económicas sustentáveis do ponto de vista ambiental, o valor de mercado desses investimentos⁶¹.

No caso de investimentos em títulos de dívida e de capital é ainda necessário considerar os indicadores-chave de desempenho. Com efeito, como estabelece o n.º 2 do artigo 17.º do Regulamento Delegado (UE) 2022/1288, a proporção das atividades das sociedades beneficiárias de investimento associadas a atividades económicas sustentáveis do ponto de vista ambiental deve ser calculada com base nos indicadores-chave de desempenho. Adicionalmente, o referido n.º 2 determina que o indicador-chave de desempenho a considerar deve ser o *mais adequado para o investimento do produto financeiro*. Para este efeito, deve distinguir-se entre *empresas não financeiras* e *empresas financeiras*. No primeiro caso, o cálculo da proporção das atividades associadas a atividades económicas sustentáveis do ponto de vista ambiental deve considerar o volume de negócios⁶². No entanto, poderão ser utilizados como indicadores-chave de desempenho as *despesas de capital* ou as *despesas de funcionamento* se, devido às características do produto financeiro, permitirem um cálculo mais representativo da medida em que um investimento seja realizado nas referidas atividades económicas⁶³. No segundo caso, o referido cálculo deve utilizar os indicadores-chave de desempenho referidos no Regulamento Delegado (UE) 2021/2178⁶⁴.

O regime não estabelece uma fórmula de cálculo para determinar em que medida os investimentos não realizados em atividades económicas sustentáveis do ponto de vista ambiental são consi-

⁶¹ Cf. alíneas *a*), *c*) e *d*) no n.º 1 do artigo 17.º do Regulamento Delegado (UE) 2022/1288.

⁶² Cf. o n.º 3 do artigo 17.º do Regulamento Delegado (UE) 2022/1288.

⁶³ Cf. o n.º 4 do artigo 17.º do Regulamento Delegado (UE) 2022/1288.

⁶⁴ *Ibid.* Quando as empresas beneficiárias do investimento sejam empresas de seguros ou de resseguros, devem ser considerados os investimentos, os prémios brutos emitidos ou, se for caso disso, o rendimento total de seguros, resultantes do cálculo do indicador-chave de desempenho do investimento baseado no volume de negócios e nas despesas de capital, combinado, quando aplicável, com o indicador-chave de desempenho de subscrição das empresas de seguros e de resseguros no ramo não-vida que beneficiam do investimento em conformidade com os anexos IX e X do Regulamento Delegado (UE) 2021/2178.

derados sustentáveis. Aqui revela-se mais um elemento-chave da liberdade das partes ao qualificarem a natureza dos investimentos. Com efeito, não excluindo a possibilidade de existirem outros investimentos sustentáveis, além dos potencialmente sujeitos à fórmula de cálculo descrita, cabe aos intervenientes no mercado financeiro determinar as metodologias para este efeito, devendo, no entanto, ser preenchidos os critérios previstos no ponto 17) do artigo 2.º do Regulamento (UE) 2019/2088⁶⁵.

Bibliografia

- Aaron Ezroj, *Carbon Risk and Green Finance*, Routledge (2021)
- André Alfar Rodrigues, *O Desenvolvimento Sustentável e a Sustentabilidade na União Europeia*, AAFDL: Lisboa (2022)
- Antonio Marcacci, *Global Finance and the Anthropocene*, 34 *European Business Law Review*, 4 (2023)
- Assunção Cristas, *A Sustentabilidade no Centro da Evolução Legislativa Europeia, Os Novos Princípios Estruturantes da Taxonomia Climática e Ambiental e os seus Reflexos em Estudos em Homenagem à Professora Doutora Maria Helena Brito, II*, org. Anabela Sousa Gonçalves et al, Gestlegal (2022)
- Carlos Trias Pintó, *Finanzas sostenibles y pacto verde europeo em La sostenibilidad y el nuevo marco institucional y regulatorio de las finanzas sostenibles*, Org. José María López Jiménez et al, Thomson Reuters Aranzadi (2021)
- Edoardo Chiti, *Managing the Ecological Transition of the EU: The European Green Deal as a Regulatory Process* em *Common Market Law Review* 59 (2022)
- Heikki Marjosola, Marloes van Rijsbergen, Miroslava Scholten, *How to exhort and to persuade with(out legal) force: Challenging soft law after FBF*, 59 *Common Market Law Review* (2022)

⁶⁵ Sobre os elementos que devem estar reunidos para que um investimento seja considerado sustentável, vd. cap. 2. Vd., ainda, n. 30 e *Question related to Regulation (EU) 2019/2088* cit. 5.

- Juan Andrés Salido Villatoro, Sistemas de clasificación (taxonomias) relacionados com las finanzas sostenibles em La sostenibilidad y el nuevo marco institucional y regulatorio de las finanzas sostenibles, Org. José María López Jiménez et al, Thomson Reuters Aranzadi (2021)
- Luís Poças, Produtos de Investimento com Base em Seguros (PIBS) em Estudos de Direito do Consumo, II, org. Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas Ataíde/Francisco Rodrigues Rocha/Vítor Palmela Fidalgo, Almedina: Coimbra (2023)
- Mafalda Miranda Barbosa/José Luís Dias Gonçalves, Instrumentos Financeiros – Valores mobiliários. Valores monetários. Derivados de crédito. Produtos de bancassurance, Gestlegal (2020)
- Nuno Lacasta, Pacto ecológico europeu: o compromisso coletivo para o desenvolvimento sustentável da EU, 130 Cadernos de economia (2020)
- Pierre-Grégoire Marly, Vers l'introduction de la durabilité dans le conseil en assurance-vie, 81 Bulletin Juridique Des Assurances (2022)
- Produtos financeiros que realizam investimentos sustentáveis em Desenvolvimentos Regulatórios do Setor Segurador e do Setor dos Fundos de Pensões | 2022, Departamento de Política Regulatória, Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões (2023)
- Sustentabilidade e governação das empresas de seguros e de resseguros, em Desenvolvimentos Regulatórios do Setor Segurador e do Setor dos Fundos de Pensões | 2021, Departamento de Política Regulatória, Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões (2022)
- Sustentabilidade no setor dos serviços financeiros em Desenvolvimentos Regulatórios do Setor Segurador e do Setor dos Fundos de Pensões | 2020, Departamento de Política Regulatória, ASF (2021)



HUGO MOREIRA ISIDRO
Responsável pela Função de Verificação do Cumprimento
na Lusitania e Lusitania Vida
Membro da AIDA Portugal

Medidas restritivas no contexto da atividade seguradora

*Trade and Economic Sanctions in the context
of the Portuguese Insurance Industry*

RESUMO: O presente texto visa explorar o enquadramento legal das medidas restritivas no âmbito da atividade seguradora em Portugal. Tratando-se de um tema relativamente inexplorado em Portugal, o objetivo deste trabalho visa facilitar aos interessados um brevíssimo contexto histórico, assim como uma visão geral sobre os objetivos subjacentes à aplicação de medidas restritivas, sobre o processo de adoção das medidas restritivas, o(s) seu(s) objeto(s) e tipos, sobre o regime legal aplicável no nosso ordenamento jurídico, sobre o impacto das medidas restritivas na atividade seguradora e nas relações de resseguro e, por último, uma sugestão de abordagem no âmbito do programa de cumprimento normativo.

Palavras-Chave: medidas restritivas, sanções comerciais e económicas, seguros

ABSTRACT: The following text aims to explore the legal framework of trade and economic sanctions within the insurance activity in Portugal. Given that this is a relatively unexplored topic in Portugal, the objective of this work is to provide a brief historical context and an overview of the underlying objectives for the application of trade and economic sanctions, the process of adopting these measures, their subject(s) and types, the legal framework applicable in our legal system, the impact of trade and economic sanctions on the insu-

rance activity and reinsurance relationships, and finally, a suggestion for an approach within the scope of compliance programs.

Keywords: restrictive measures, trade and economic sanctions, insurance

“A nation that is boycotted is a nation that is in sight of surrender. Apply this economic, peaceful, silent, deadly remedy and there will be no need for force. It is a terrible remedy. It does not cost a life outside the nation boycotted but it brings a pressure upon the nation which, in my judgment, no modern nation could resist”

Woodrow Wilson, *Discurso no Coliseu da Feira do Estado de Indianápolis*, Indiana, 4 de setembro de 1919

LISTA DE ABREVIATURAS: ASF – Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões; IAIS – Associação Internacional de Supervisores de Seguros; CSONU – Conselho de Segurança das Nações Unidas; DR – Diário da República; EIOPA – *European Insurance and Occupational Pensions Authority*; FATF – *Financial Action Task Force*; ISP – Instituto de Seguros de Portugal; *HM Treasury – His Majesty’s Treasury*; JOUE – Jornal Oficial da União Europeia; LPBC/FT – Regime Jurídico da Prevenção do Branqueamento de Capitais e Financiamento do Terrorismo; PBC/FT – Prevenção do Branqueamento de Capitais e Financiamento do Terrorismo; PESC – Política Externa e de Segurança Comum; OFAC – *Office of Foreign Assets Control*; OIC – Organização Internacional do Comércio; OIT – Organização Internacional do Trabalho; OMC – Organização Mundial do Comércio; ONU – Organização das Nações Unidas; TFUE – Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia; TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia; TUE – Tratado da União Europeia; UE – União Europeia.

I. Introdução

Este estudo propõe-se a aprofundar o entendimento do enquadramento legal sobre as medidas restritivas no âmbito da atividade seguradora em Portugal.

Apesar da crescente relevância do tema, é notória a escassez da sua exploração na vertente jurídica em Portugal, ao contrário de vários estudos de perspetiva económica dedicados à matéria. Neste

contexto, a nossa abordagem visa preencher essa lacuna, começando por um breve excursão histórica que traça as origens e a evolução das medidas restritivas.

O período pós 1.^a Guerra Mundial assume um papel central neste estudo, sendo a primeira vez na história do continente europeu em que um tratado internacional formalizou um mecanismo para a aprovação de medidas restritivas. A análise estender-se-á à evolução subsequente deste contexto no pós 2.^a Guerra Mundial e os reflexos que essa evolução teve para Portugal.

Após esta incursão histórica, dedicaremos a nossa atenção ao papel desempenhado pela Organização das Nações Unidas e pela União Europeia na imposição de medidas restritivas. Dada a importância para o nosso estudo das medidas restritivas no âmbito da União Europeia, realizaremos uma breve análise do processo de imposição de medidas restritivas, do seu objeto e dos diferentes tipos existentes.

A próxima secção focar-se-á especificamente no enquadramento legal e regulamentar em Portugal relacionado com a atividade seguradora. A questão de saber se este enquadramento é aplicável de maneira uniforme aos ramos de vida e não vida, será, porventura, a pedra de toque do nosso estudo.

Posteriormente, tentaremos identificar os impactos práticos que as medidas restritivas impõem às seguradoras, explorando as nuances destas influências no cenário nacional.

Finalmente, delinearemos uma proposta de abordagem prática no âmbito do programa de cumprimento normativo, oferecendo uma resposta aos desafios suscitados pelas medidas restritivas.

Este estudo pretende não apenas proporcionar uma visão abrangente do tema, mas também estabelecer as bases para futuras investigações e discussões neste domínio em constante evolução.

II. Breve contexto histórico e precedentes

A aplicação de medidas restritivas é um instrumento diplomático milenar cujo registo histórico mais antigo e relevante que

encontrámos na nossa pesquisa remonta à Guerra do Peloponeso travada entre as cidades-estado de Atenas e Esparta.

A Guerra do Peloponeso encontra-se documentada, de entre outros, pelo historiador Tucídides na sua obra *História*¹ da Guerra do Peloponeso². De acordo com os registos históricos, como resposta ao rapto de três mulheres aspasianas, Péricles propôs o denominado Decreto Megárico nos termos do qual Atenas impôs sanções económicas e comerciais à cidade-estado de Mégara, aliada de Esparta, a grande rival de Atenas à data.

As principais restrições do Decreto Megárico incluíam medidas que impediam os Megarenses de efetuar comércio em águas atenienses e no seu mercado, prejudicando severamente a economia de Mégara, que dependia do comércio com Atenas e outras cidades-Estado da Liga de Delos. De igual modo, foram impostas restrições de circulação consubstanciadas na proibição dos Megarenses entrarem em território ateniense, o que acabou, também, por afetar as respetivas atividades comerciais e económicas.

Ao longo da história as medidas restritivas foram sendo utilizadas por nações como um instrumento de imposição da política externa sobre outras nações, sendo possível encontrar exemplos significativos.³

Na Era dos Descobrimentos, desenvolveu-se o conceito de colonialismo, que consiste no exercício do controlo ou de autoridade sobre um território ocupado e administrado por um grupo de indivíduos com poder militar, ou por representantes do governo de um país ao qual esse território não pertencia, contra a vontade dos seus habitantes.

¹ Paulo Caridade Freitas, *História do Direito Internacional Público*, Princípia

² Raul M. Rosado Fernandes e M. Gabriela P. Granwehr, *História da Guerra do Peloponeso*, 2.^a Edição, Fundação Calouste Gulbenkian

³ Gary Clyde Hufbauer, Jeffrey J. Schott, Kimberly Ann Elliott, Barbara Oegg, 2007, *Economic Sanctions Reconsidered*. 3.^a ed. Washington, DC, Peter G. Peterson Institute for International Economics;

Jeremy Matam Farrall, *United Nations Sanctions and the Rule of Law*, Cambridge University Press

Também durante esta época assistiu-se à imposição de medidas restritivas do comércio⁴ por parte das grandes potências contra os seus inimigos e colónias, tais como a proibição de circulação de navios inimigos nas águas territoriais e a proibição da utilização de portos e navios de países rivais ou inimigos.

De igual modo, com o Pacto Colonial, assistiu-se à aplicação de leis e regulamentos que restringiam a capacidade de as colónias efetuarem comércio com outras nações, ficando à mercê do colonizador para poder comprar e vender matérias-primas.

III. As medidas restritivas no século XX

No século XX⁵ assiste-se a um incremento do recurso às medidas restritivas como instrumento de política externa limitadora do comércio.

No final da Primeira Guerra Mundial, com a celebração a 28 de junho de 1919 do Tratado de Versalhes, assistiu-se à criação da Sociedade das Nações, também conhecida como Liga das Nações. A criação desta nova organização intergovernamental tinha como objetivo principal de assegurar o entendimento político e a paz entre os países e, assim, evitar que se repetisse tragédia semelhante à Primeira Guerra Mundial. No artigo 11.º do Pacto da Sociedade das Nações pode ler-se:

“qualquer guerra ou ameaça de guerra, que diretamente atinja ou não um dos Membros da Sociedade, interessa à Sociedade inteira, e esta tomará as providências necessárias para salvaguardar eficazmente a paz das Nações. Em semelhante emergência o Secretário Geral convocará imediatamente o Conselho a pedido de qualquer Membro da Sociedade.

⁴ Ruy de Albuquerque, *As Represálias: Estudo da História do Direito Português*, Vol.I

⁵ Margaret P. Doxey, *International Sanctions in Contemporary Perspective*, Palgrave Macmillan UK; Drezner, *The Hidden Hand of Economic Coercion*, International Organization; Pape, *Why Economic Sanctions Do Not Work*, International Security.

Declara-se, além disso, que qualquer Membro da Sociedade tem o direito de amigavelmente chamar a atenção da Assembleia ou do Conselho para qualquer circunstância capaz de afetar as relações internacionais e que por consequência ameacem perturbar a paz ou o bom entendimento entre as Nações, de que essa paz depende.”.

Sucedo, porém, que as providências necessárias a que se aludiu, e que potencialmente poderiam resultar em medidas restritivas, requeriam a unanimidade dos membros da Sociedade das Nações representados no Conselho, pelo que o consenso nem sempre foi fácil de obter, daí que apenas se tenha assistido à imposição de medidas restritivas em quatro ocasiões, a saber, à Rússia, à Jugoslávia, à Grécia e à Itália⁶. Se a isto juntarmos a eclosão da Segunda Guerra Mundial, facilmente conseguimos deslindar os motivos de declínio da Sociedade das Nações⁷.

Não obstante, a mesma desempenhou um papel relevante na medida em que, por intermédio da OIT, ajudou a melhorar as condições laborais em todo o mundo e, por intermédio da Organização de Saúde, promoveu a investigação sobre epidemias.

No cenário pós Segunda Guerra Mundial, a comunidade internacional sentiu a necessidade de estabelecer um denominador comum de regulação e estabilização do comércio internacional, tendo a primeira aproximação sido a OIC. Pese embora se tenha revelado um projeto gorado, a OIC lançou as bases para o Acordo Geral sobre Pautas Aduaneiras e Comércio de 1947, o qual tinha por objeto estabelecer um conjunto de normas destinadas à promoção do livre comércio e ao combate de práticas protecionistas nas relações comerciais internacionais.

Os artigos XX e XXI do sobredito Acordo estabelecem os regimes de exceção próprios, sendo que o XXI se reveste de particular relevância para o nosso trabalho.

⁶ Gary Clyde Hufbauer, Jeffrey J. Schott, Kimberly Ann Elliott, Barbara Oegg, 2007, *Economic Sanctions Reconsidered*. 3.^a ed. Washington, DC Peter G. Peterson Institute for International Economics., p. 34.

⁷ Jorge Miranda, Curso de Direito Internacional Público, Princípios

O artigo XXI do Acordo estabelece:

“Nada neste Acordo deverá ser interpretado

(a) como exigindo que qualquer parte contratante forneça qualquer informação cuja divulgação considere contrária aos seus interesses essenciais de segurança; ou

(b) como impedindo que qualquer parte contratante tome qualquer medida que considere necessária para a proteção dos seus interesses essenciais de segurança

(i) relacionados com materiais físsíveis ou os materiais dos quais são derivados;

(ii) relacionados com o tráfico de armas, munições e implementos de guerra e com tal tráfico de outros bens e materiais conduzido direta ou indiretamente com o propósito de abastecer um estabelecimento militar;

(iii) tomadas em tempos de guerra ou outras emergências nas relações internacionais; ou

(c) como impedindo que qualquer parte contratante tome qualquer medida em cumprimento das suas obrigações nos termos da Carta das Nações Unidas para a manutenção da paz e segurança internacional.”

Destarte, a alínea *b)* e respetivas subalíneas preveem a possibilidade de um país aderente ao Acordo, por razões de segurança, adotar as medidas necessárias à defesa dos seus interesses, isto é, adotar medidas restritivas.

A adesão de Portugal ao referido Acordo deu-se em 1962⁸, pese embora tenha sido precedida de eventos que levaram à aplicação de medidas restritivas, por exemplo, como veremos, por parte do Gana.

Durante o regime do Estado Novo, mais precisamente em janeiro de 1961, começaram a ocorrer vários protestos e sublevações das comunidades camponesas ligadas ao cultivo de algodão na Baixa de Cassanje, na região Nordeste⁹ de Angola. Fruto da reação portu-

⁸ Nuno Valério, *A acessão de Portugal ao GATT, Notas Económicas*, n.º 16, Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra

⁹ Miguel Domingos Júnior, *Início da Guerra em Angola 1961. Uma Visão Angolana*, Revista Portuguesa de História Militar, Ano I, n.º 1

guesa à revolta angolana e ao conflito bélico que se estava a desenrolar, a Assembleia Geral da ONU condenou as ações portuguesas, ao aprovar duas resoluções, a saber:

- a) A resolução n.º 1742 decorrente da reunião n.º 1102, de 30 de janeiro de 1962, onde reafirma o inalienável direito do povo angolano à autodeterminação e à independência; e
- b) A resolução n.º 1806 decorrente da reunião n.º 1194, de 14 de dezembro de 1962 onde exige o reconhecimento imediato, por Portugal, do direito dos povos dos seus territórios não autónomos à autodeterminação e à independência.

Em 1962, Portugal formalizou o respetivo pedido de adesão ao Acordo Geral sobre Pautas Aduaneiras e Comércio e foi, no âmbito deste processo, que se assistiu a uma reação de solidariedade, designadamente, do Gana para com Angola, que invocou a exceção de segurança, prevista no artigo XXI do Acordo, mais concretamente a subalínea *iii*) da alínea *b*), contra Portugal, aplicando-lhe medidas restritivas relativamente a produtos oriundos da sua metrópole.

Importa, nesta sede, assinalar que o Acordo, incluindo o seu artigo XXI, se manteve em vigor até 1994, tendo posteriormente sido incorporado nas regras de funcionamento da OMC.

IV. O papel da Organização das Nações Unidas

De acordo com o artigo 24.º, n.º 2, da Carta das Nações Unidas¹⁰ e o Estatuto da Tribunal Internacional de Justiça, assinados em São Francisco, a 26 de junho de 1945, o Conselho de Segurança tem, entre outros, os poderes necessários para a prossecução da sua missão (manutenção da paz e da segurança internacionais), os quais se encontram vertidos nos capítulos VI, VII, VIII e XII da Carta.

¹⁰ Jorge Bacelar Gouveia, *Direito Internacional da Segurança*, Almedina

Dentre estes poderes, destacamos os previstos no artigo 41.^o¹¹, ao abrigo do qual o Conselho de Segurança decidirá sobre as medidas que deverão ser adotadas para tornar efetivas as suas decisões, podendo instar os membros da ONU a aplicarem essas medidas¹², as quais podem incluir a interrupção completa ou parcial das relações económicas, dos meios de comunicação ferroviários, marítimos, aéreos, postais, telegráficos, radioelétricos, ou de outra qualquer espécie, e o rompimento das relações diplomáticas¹³.

É justamente por via deste artigo que o CSONU tem competências para determinar a aplicação de medidas restritivas para fazer face à existência de qualquer ameaça à paz, rutura da paz ou ato de agressão.

O processo de aplicação de medidas restritivas encontra-se regulado no capítulo VII da Carta e, em linhas gerais, inicia-se com a identificação por parte do CSONU de uma ameaça à paz, rutura da paz ou ato de agressão, a qual pode ocorrer por via de uma chamada de atenção por parte da Assembleia Geral, nos termos do n.º 3 do artigo 11.º, ou do Secretário-Geral, conforme disposto no artigo 99.º, denúncia de um Estado-membro ou de um não membro, de acordo com o previsto no n.º 1 do artigo 35.º, ou por via de um relatório de um órgão da ONU encarregue da elaboração pelo CSONU, conforme previsto no artigo 29.º.

O CSONU inicia o processo de deliberação para determinar se as medidas restritivas são necessárias e apropriadas. As discussões podem envolver consultas com as partes envolvidas, análise de evidências e avaliação da situação.

Confirmando-se a necessidade e adequação das medidas restritivas, o CSONU decide impor sanções, adotando uma resolução que

¹¹ André Gonçalves Pereira, Fausto de Quadros, Manual de Direito Internacional Público, Almedina; Jorge Bacelar Gouveia, Manual de Direito Internacional Público – Uma Perspetiva de Direito Lusófono; Wladimir Brito, Direito Internacional Público; Eduardo Correia Baptista, Direito Internacional Público Vols. I e II, AAFDL EDITORA; Dinh Nguyen Quoc, Patrick Daillier, Alain Pellet, Direito Internacional Público, Fundação Calouste Gulbenkian

¹² Vera Gowlland-Debbas, United Nations Sanctions and International Law, Brill

¹³ Eduardo Correia Baptista, O Poder Público Bélico em Direito Internacional: O Uso da Força pelas Nações Unidas em Especial, Almedina

estabelece as medidas específicas a serem tomadas, os alvos das sanções, os prazos e outras condições.

A implementação das sanções ou medidas restritivas é da responsabilidade dos Estados-membros da ONU que devem adotar as medidas necessárias para as cumprir, o que pode incluir a promulgação de leis e regulamentos nacionais de aplicação das medidas restritivas.

Posteriormente o CSONU monitoriza o cumprimento das sanções e revê a sua eficácia periodicamente, o que pode conduzir à alteração das medidas restritivas, dependendo da evolução da situação que lhes deu origem.

Os Estados ou entidades alvo das sanções têm o direito de recorrer aos comités de sanções instituídos por resoluções do CSONU ou, relativamente às listas que envolvem membros ou associados à “Al-Qaeda” ou “Daesh”, ao Provedor designado por meio de resolução, com o objetivo de remoção das medidas restritivas ou para apelar contra a inclusão em listas de sanções.

As medidas restritivas impostas pelo CSONU têm sempre como objetivo último a promoção da paz e segurança internacional, pelo que a sua aplicação deve estar sempre orientada pelo princípio da proporcionalidade e pelo respeito dos direitos humanos.

V. O papel da União Europeia

As medidas restritivas ou “sanções” são uma ferramenta importante da Política Externa e de Segurança Comum (PESC) da União Europeia (UE)¹⁴, sendo utilizadas como parte de uma abordagem política integrada e abrangente, envolvendo diálogo político, esforços complementares e o uso de outros instrumentos à sua disposição.

Os principais objetivos das medidas restritivas, enquanto instrumento da PESC, de acordo com artigo 11.º do Tratado da União

¹⁴ Clara Portela, *European Union Sanctions and Foreign Policy: When and why Do They Work?*, Routledge; Masahiko Asada, *Economic Sanctions in International Law and Practice*, Taylor & Francis

Europeia (TUE), passam por salvaguardar os valores, os interesses fundamentais e a segurança da UE, preservar a paz, consolidar e apoiar a consolidação e apoio da democracia, do Estado de direito, dos direitos humanos e dos princípios do direito internacional e prevenir conflitos e fortalecer a segurança internacional.

A aplicação de medidas restritivas, ou sanções, procura provocar uma mudança na política ou na conduta dos visados, com vista a promover os objetivos da PESC. Neste sentido, podem ser visados pela aplicação de medidas restritivas os governos de países não pertencentes à UE, fruto das suas políticas desconformes com os objetivos da PESC, as pessoas coletivas que fornecem os meios de concretização dessas políticas desconformes, grupos ou organizações, tais como grupos terroristas e, bem assim, pessoas singulares que apoiam as políticas desconformes ou estejam envolvidas em atividades terroristas.

Nos termos do artigo 215.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), no âmbito da PESC, a UE pode impor medidas restritivas quer por iniciativa própria, quer em aplicação de resoluções do CSONU.

V.1. Imposição de medidas restritivas por iniciativa própria

O processo de aprovação de medidas restritivas na UE¹⁵ é regido pelo TFUE (artigos 21.º e 215.º) e pelo direito da UE¹⁶. O objetivo dessas medidas é apoiar a PESC da UE e contribuir para a manutenção da paz, da segurança internacional e do respeito pelos direitos humanos.

¹⁵ Richard Gordon, Michael Smyth, Tom Cornell, *Sanctions Law*, Bloomsbury Publishing

¹⁶ Sofia Oliveira Pais, *Estudos de Direito da União Europeia*, Almedina; José Luís Caramelo Gomes, *Lições de Direito da União Europeia*, Almedina; Ana Maria Guerra Martins, *Manual de Direito da União Europeia – Após o Tratado de Lisboa*, Almedina; Pedro Madeira Froufe, Mariana Canotilho, Alessandra Silveira, *Direito da União Europeia*, Almedina; Miguel Gorjão-Henriques, *Direito da União – História, Direito, Cidadania, Mercado Interno e Concorrência*, Almedina

As medidas restritivas podem ser propostas por um Estado-membro da UE ou pelo Alto Representante da UE para os Negócios Estrangeiros e a Política de Segurança.

A proposta é apreciada pelos Estados-membros e por grupos de trabalho específicos, sendo analisados aspetos como a justificação das medidas, a sua eficácia, impacto económico e questões jurídicas.

A decisão sobre a imposição de medidas restritivas é tomada pelo Conselho da UE, conforme previsto no n.º 2 do artigo 215.º do TFUE, sendo geralmente adotada por consenso, mas, em casos urgentes, pode ser tomada por maioria qualificada.

Depois da decisão do Conselho, é elaborado um regulamento de implementação que estabelece as medidas restritivas específicas a serem aplicadas, bem como os critérios para sua implementação, sendo o mesmo publicado no Jornal Oficial da União Europeia (JOUE).

As pessoas e entidades sujeitas a congelamento de bens ou restrições de viagem (pessoas e entidades listadas) são notificadas das medidas que foram tomadas contra elas, individualmente por carta, se o endereço estiver disponível, ou através de um aviso publicado pelo Conselho na Série “C” do JOUE.

Os Estados-membros da UE são responsáveis por implementar as medidas restritivas nos ordenamentos jurídicos respetivos o que pode resultar na aprovação de legislação e regulamentação que garanta que as medidas sejam aplicadas eficazmente.

As pessoas singulares e coletivas objeto de medidas restritivas têm o direito de recorrer perante o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), nos termos previstos no artigo 275.º do TFUE para solicitar a anulação das medidas ou respetiva revisão e alteração.

Cumprido, contudo, assinalar que esse recurso apenas pode acontecer em circunstâncias especiais porquanto o TJUE não dispõe de competência no que diz respeito às disposições relativas à política externa e de segurança comum, nem no que diz respeito aos atos adotados com base nessas disposições.

Assim, o recurso terá, nos termos do segundo parágrafo do sobre-dito preceito, de incidir sobre incompetência, violação de formalidades essenciais, violação dos Tratados ou de qualquer norma jurídica relativa à sua aplicação, ou em desvio de poder, e ser interposto por

pessoa singular ou coletiva contra os atos de que seja destinatária ou que lhe digam direta e individualmente respeito, bem como contra os atos regulamentares que lhe digam diretamente respeito e não necessitem de medidas de execução.

V.2. Aplicação de resoluções do Conselho de Segurança das Nações Unidas

No que respeita à aplicação de resoluções do CSONU¹⁷, a UE segue um processo específico de incorporação daquelas no seu sistema jurídico e político.

Há que ter em consideração que a UE, como uma organização internacional, não é um Estado-membro das Nações Unidas, mas os seus Estados-membros são membros individuais da ONU. Assim, a UE e os seus Estados-membros trabalham em conjunto para aplicar as resoluções do CSONU.

A base legal para o processo de incorporação das resoluções do CSONU no sistema jurídico e político da UE é fornecida pelos Tratados da UE, especificamente TUE e pelo TFUE. Estes tratados estabelecem as regras e os procedimentos para a política externa e de segurança comum da UE, os quais incluem a implementação das resoluções do CSONU.

Sempre que o CSONU adota uma resolução que exige implementação pelos Estados-membros da UE, o primeiro passo é o de coordenação entre estes, que devem acordar uma abordagem comum para implementar as resoluções, conforme previsto no artigo 29.º, conjugado com o artigo 31.º, ambos do TUE.

O passo seguinte é o da formalização da decisão do Conselho da UE, que é composto por representantes dos Estados-membros da UE. O Conselho da UE deve aprovar as medidas necessárias para cumprir a resolução do CSONU, o que se pode consubstan-

¹⁷ Christina Eckes, *EU Counter-Terrorist Policies and Fundamental Rights: The Case of Individual Sanctions*, OUP Oxford

ciar na adoção de regulamentos, diretrizes ou outras medidas de implementação.

Após a decisão do Conselho da UE, cada Estado-membro da UE deve adotar medidas no próprio ordenamento jurídico por forma a garantir que a resolução do CSONU seja cumprida, o que pode justificar a aprovação de legislação nacional e regulamentação específica.

Assinale-se, contudo e conforme referido, que cabe a todos os Estados-membros da UE a adoção das resoluções do CSONU, desempenhando a UE um papel coordenador nesse processo.

V.3. Objeto e tipos de medidas restritivas no contexto da União Europeia

As *medidas restritivas*, ou *sanções*, são medidas preventivas que permitem à UE responder rapidamente aos desafios e desenvolvimentos políticos que vão contra os seus objetivos e valores, podendo visar, nomeadamente, o combate ao terrorismo, a atividades de proliferação nuclear, violações dos direitos humanos, a anexação de território(s) estrangeiro (s), a destabilização deliberada de um país soberano e ataques cibernéticos.

As *sanções em sentido amplo*, ou *sanções diplomáticas*, incluem ações como a interrupção das relações diplomáticas com o país-alvo ou a retirada coordenada de representantes diplomáticos da UE e seus Estados-membros.

As *sanções em sentido estrito* pressupõem a existência de uma base jurídica específica nos Tratados da UE e incluem os embargos de armas, as restrições à admissão de pessoas listadas (proibição de viagem) nas quais as pessoas-alvo não podem entrar na UE ou viajar para além do seu estado-membro de nacionalidade se forem cidadãos da UE, o congelamento de ativos pertencentes a pessoas singulares ou coletivas listadas (que impede igualmente as pessoas singulares e coletivas da UE de disponibilizarem fundos às pessoas listadas), e sanções económicas ou restrições relativas a setores específicos da atividade económica, tais como proibições de importação ou exportação de determinados bens, proibições de investimento, proibições de fornecer determinados serviços, ou outras.

VI. Enquadramento legal em Portugal

A Lei n.º 97/2017, de 23 de agosto, que revogou a Lei n.º 11/2002, de 16 de fevereiro, regula a aplicação e a execução de medidas restritivas aprovadas pela ONU ou pela UE, e estabelece o regime sancionatório aplicável à violação destas medidas.

De acordo com o artigo 2.º do referido diploma, tem-se por *medida restritiva* a restrição temporária do exercício de um determinado direito, através da imposição de uma proibição ou de uma obrigação, aprovada pela ONU ou pela UE.

No âmbito subjetivo de aplicação das medidas restritivas, encontram-se, nos termos do artigo 3.º: (i) as pessoas singulares de nacionalidade portuguesa ou com residência em Portugal e as pessoas que se encontrem ou pretendam ser admitidas em território nacional; (ii) as pessoas coletivas públicas e privadas registadas ou constituídas de acordo com a lei portuguesa, com sede, direção efetiva ou com estabelecimento estável em Portugal; (iii) as sucursais de pessoas coletivas com sede em Portugal que se encontrem estabelecidas no estrangeiro; e, ainda, (iv) os bens, fundos e recursos económicos que se encontrem em território nacional, independentemente da nacionalidade, residência ou sede dos seus proprietários, beneficiários ou intervenientes.

Neste sentido, as *empresas de seguros*, independentemente de atuarem no ramo vida ou não vida, encontram-se abrangidas pelo âmbito de aplicação deste regime jurídico.

As pessoas singulares e coletivas abrangidas pelo âmbito de aplicação do diploma encontram-se adstritas à observância dos *deveres de cooperação* aí previstos, mas não se esgota aqui o alcance das suas obrigações, conforme veremos.

O artigo 10.º introduz o conceito de *entidades executantes*, sendo abrangidas pelo mesmo as pessoas e entidades, públicas ou privadas, competentes para os atos materiais de execução necessários à aplicação da medida restritiva aprovada, o que se reconduz ao âmbito de aplicação do diploma, conforme referido.

Este preceito determina ainda a extensão do sobredito conceito às entidades sujeitas a supervisão ou fiscalização em matéria de prevenção do branqueamento de capitais e do financiamento do

terrorismo (PBC/FT), as quais devem adotar os meios e mecanismos adequados para cumprir as medidas restritivas aprovadas pela ONU ou pela UE, sem prejuízo de observarem integralmente os deveres que, nos termos Lei n.º 97/2017, especificamente se aplicam às entidades executantes.

Sobre o universo de entidades executantes e de entidades sujeitas a supervisão ou fiscalização em matéria de PBC/FT, recaem, nos termos do capítulo V do diploma referido: (i) o *dever de cooperar* com as autoridades nacionais competentes para garantir o cumprimento das medidas restritivas (artigo 22.º), (ii) o *dever de comunicar* às autoridades nacionais competentes quaisquer informações de que disponham e que possam facilitar o cumprimento das medidas restritivas (artigo 23.º, n.º 1), (iii) o *dever de informar* de imediato as autoridades nacionais competentes sempre que executem uma medida restritiva (artigo 23.º, n.º 2), (iv) o *dever de informar* de imediato o Procurador-Geral da República e as autoridades nacionais competentes sempre que tenham notícia ou suspeitem de que houve ou está em curso um ato ou uma omissão suscetível de configurar a violação de uma medida restritiva (artigo 24.º), e (v) o *dever de* (manter a) *confidencialidade* sobre execução de medidas restritivas (artigo 25.º).

Em paralelo com estes deveres, nos termos do n.º 3 do artigo 27.º do mencionado diploma, as entidades com responsabilidades em matéria de PBC/FT observam os deveres previstos na legislação específica, tendo igualmente em vista o cumprimento das medidas restritivas aprovadas pela ONU ou pela UE, incluindo as especificidades e os deveres previstos na presente lei.

Posto isto, as entidades com responsabilidades em matéria de PBC/FT não só estão adstritas ao cumprimento dos deveres enunciados, como têm de observar os deveres especificamente previstos na Lei n.º 83/2017, de 18 de agosto, tendo em vista o cumprimento das medidas restritivas.

Chegados a este ponto, torna-se necessário aclarar quem são as entidades com responsabilidades em matéria de PBC/FT. A resposta a esta questão encontra-se nos artigos 3.º a 7.º da Lei n.º 83/2017, que delimitam o âmbito de aplicação do diploma.

Com relevância para o nosso trabalho, destacamos como *entidades obrigadas* ao cumprimento da LPBC/FT as *empresas e mediadores de seguros* que exerçam atividades no âmbito do ramo vida, nos termos da alínea *k*) do n.º 1 do artigo 3.º.

Uma vez que o escopo do trabalho em questão não versa diretamente sobre a LPBC/FT, mas antes sobre o cumprimento de medidas restritivas, não abordaremos o conjunto de deveres gerais previstos naquele regime. Ao invés, destacaremos os artigos daquele regime que têm repercussão no cumprimento de medidas restritivas.

Assim, com relevância para o presente escrito, realçamos o dever previsto no artigo 18.º da LPBC/FT de as entidades obrigadas aplicarem “ferramentas” ou sistemas de informação necessários à gestão eficaz do risco de branqueamento de capitais e de financiamento do terrorismo que, simultaneamente, permitam, nos termos da sua alínea *g*), a deteção de quaisquer pessoas ou entidades identificadas em medidas restritivas.

Por seu turno, o artigo 21.º da Lei n.º 83/2017 dispõe que as entidades obrigadas adotem os meios e os mecanismos necessários para assegurar o cumprimento das medidas restritivas de congelamento de bens e recursos económicos relacionadas com o terrorismo, a proliferação de armas de destruição em massa, e o respetivo financiamento, contra pessoa ou entidade designada, em especial: (i) os meios adequados a assegurar a imediata e plena compreensão do teor das medidas restritivas; e (ii) os mecanismos de consulta necessários à imediata aplicação daquelas medidas.

Dito isto, as empresas e mediadores de seguros que exerçam atividades no âmbito do ramo vida, estão obrigadas, por um lado, a implementar mecanismos de deteção de pessoas ou entidades sancionadas, e, por outro, a adotar os meios e mecanismos necessários ao cumprimento das medidas restritivas de congelamento de bens e recursos económicas, nomeadamente, os que lhes permitam a compreensão do teor das medidas restritivas e a sua consulta, tendo em vista a sua imediata aplicação. Falamos, portanto, dos comumente denominados *mecanismos de “screening”* ou *filtragem* das medidas restritivas e listas de sanções.

VI.1. Extensão dos artigos 18.º e 21.º da LPBC/FT às empresas de seguros e mediadores não vida

Serão estes deveres exclusivos das *empresas e mediadores de seguros* que exerçam atividades no âmbito do *ramo vida*, ou serão, porventura, também aplicáveis, ainda que indiretamente, às empresas e mediadores de seguros que exerçam atividades no âmbito do *ramo não vida*?

Creemos que, apesar de não existir fonte normativa específica que imponha, expressamente, às seguradoras não vida a dispor e a recorrer a mecanismos de filtragem, os mesmos são recomendáveis, encontrando-se vários indícios nesse sentido.

No *Application Paper on Combating Money Laundering and Terrorist Financing* da *International Association of Insurance Supervisors* (IAIS), podemos encontrar o seguinte excerto:

“Sempre que determinados indivíduos ou organizações são alvo de sanções relacionadas com o financiamento do terrorismo (TF) ou com o financiamento da proliferação (PF), a obrigação das empresas de cumprir tais sanções financeiras direcionadas (TFS), incluindo a triagem contínua de clientes e beneficiários, não está sujeita a uma Abordagem Assente no Risco (RBA). A violação de tais sanções pode resultar em infrações criminais ou em sanções se fundos ou serviços financeiros forem disponibilizados a um alvo ou a um seu representante. Adicionalmente, de acordo com as Recomendações do Grupo de Ação Financeira (FATF), as seguradoras e mediadores devem identificar e avaliar o seu “risco de PF”, referindo-se estrita e exclusivamente à potencial violação, não implementação ou evasão das obrigações de TFS, e tomar ações eficazes para mitigar os seus riscos de PF.”

“As seguradoras e mediadores devem utilizar fontes de informação adequadas disponíveis ao considerar se aceitam ou não o risco de BC/FT associado ao contrato, tendo em mente que o cumprimento de TFS relacionado com TF e PF não está sujeito a uma Abordagem Assente no Risco.

A IAIS reconhece, à semelhança da *Financial Action Task Force* (FATF), que os riscos de PBC/FT estão, sobretudo, no ramo vida. Sem prejuízo de existir maior exposição ao risco de PBC/FT no ramo vida,

no *paper* referido são avançados alguns exemplos práticos em que o ramo não vida poderá ser utilizado para branquear capitais ou financiar o terrorismo.

Nas orientações da FATF para uma abordagem assente no risco no ramo vida, pode ler-se que: *“Esta Orientação não se destina a atividades de seguros não vida. O Glossário do GAFI exclui as atividades de seguros não vida das atividades realizadas por ‘instituições financeiras’ que se encontram no âmbito dos requisitos do GAFI. Como resultado, as Recomendações do GAFI não se aplicam aos seguros não vida (mesmo que as atividades de seguros não vida estejam no âmbito dos regimes de sanções financeiras) e uma minoria de jurisdições incluiu atividades de seguros não vida no seu quadro de PBC/FT, com base nas suas avaliações específicas de risco nacionais. Neste caso, os supervisores de seguros e outras autoridades competentes devem fornecer às partes interessadas informações sobre riscos e tipologias específicos de BC/FT potenciais e fornecer. No entanto, como acontece com quase todas as atividades comerciais, pode haver alguns cenários em que produtos de seguros não vida podem ser utilizados indevidamente para fins de BC e FT. Por isso, é necessária orientação específica para a aplicação de medidas de LBC/FT às atividades de seguros não vida. Um exemplo em que produtos de seguros não vida podem ser utilizados indevidamente para BC e FT é a utilização de fundos ilícitos para o pagamento de prémios, ou um pagamento significativamente excessivo de prémios seguido de um pedido de reembolso do montante total ou do montante pago a mais.”*

Em nota de rodapé, pode ainda ler-se: *“As obrigações de congelamento de ativos dos regimes direcionados de sanções financeiras para o financiamento do terrorismo e financiamento da proliferação aplicam-se, por meio de legislação de implementação relevante, a todas as pessoas naturais e jurídicas no país que detenham ou recebam fundos e outros ativos, incluindo todas as instituições financeiras e sujeitos obrigados não financeiros designados (DNFBPs), e seguradoras não vida.”*, termos em que se delimitam as obrigações das empresas de seguros e distribuidores no ramo não vida em matéria de cumprimento de medidas restritivas.

No âmbito da atividade seguradora, com relevância para a tese que desenvolvemos, encontramos a Circular n.º 11/2005, de

29 de abril, do ISP, relativa à prevenção do branqueamento de capitais.

Nesta Circular, o regulador previu que: “ainda que o campo de aplicação da legislação atualmente em vigor se limite às empresas de seguros “vida”, não devem as empresas de seguros “não vida” descurar a situação, pelo que, no âmbito das operações suspeitas, haverá que comunicá-las às autoridades competentes”. Assim, o ISP estabeleceu, em relação às empresas de seguros “não vida”, um dever, não fazendo qualquer referência relativamente aos meios que devem ser empregues para o seu cumprimento.

Dentro das *operações suspeitas* a que o ISP se reportava, encontravam-se, fruto do disposto no n.º 2 do artigo 18.º da Lei n.º 11/2004, de 27 de março, as relações com um determinado país ou jurisdição sujeito a contramedidas adicionais decididas pelo Conselho da UE.

De resto, podemos encontrar previsões semelhantes que obrigavam à comunicação de operações desta natureza nas versões ulteriores do regime legal de prevenção do branqueamento de capitais e financiamento do terrorismo, tais como o artigo 27.º da Lei n.º 25/2008, de 5 de junho e, no quadro legal vigente, o artigo 21.º da Lei n.º 83/2023, conjugado com os artigos 23.º e 24.º da Lei n.º 97/2017.

Por seu turno, a Norma Regulamentar do ISP n.º 14/2005-R, de 29 de novembro, aplicável a empresas de seguro do ramo vida como não vida, referia que o controlo interno compreende um conjunto coerente, abrangente e contínuo de procedimentos concretizados pelo órgão de administração, pelos diretores de topo e por todos os restantes colaboradores da empresa de seguros com o objetivo de assegurar o cumprimento da legislação e demais regulamentação, assim como das políticas e procedimentos internos.

No âmbito do *sistema de controlo interno*, o órgão de administração é responsável por proporcionar orientação e controlo prudencial adequados que permitam garantir uma gestão e um controlo da empresa de seguros apropriados e eficazes e que assegurem a conformidade da sua atividade com a legislação e demais regulamentação em vigor.

Compete ao órgão de administração, entre outros aspetos, definir e aprovar orientações de controlo interno que sirvam de base para o sistema de controlo interno e definir, aprovar e rever programas, procedimentos e controlos internos específicos para combater o branqueamento de capitais, competindo, por seu turno, aos diretores de topo assegurar a implementação dos programas, procedimentos e controlos definidos pelo órgão de administração no âmbito do combate ao branqueamento de capitais e garantir que esses procedimentos são executados eficientemente.

A sobredita Norma Regulamentar é posteriormente complementada pela orientação técnica relativa ao desenvolvimento dos sistemas de gestão de riscos e de controlo interno das empresas de seguros, divulgada por meio da Circular do ISP n.º 7/2009, de 23 de abril, aplicável a empresas do ramo vida e não vida, onde se prevê a necessidade de implementação de medidas relacionadas especificamente com a PBC/FT e com o cumprimento das sanções financeiras internacionais aplicáveis.

Apesar de as aludidas Norma Regulamentar e Circular se encontrarem revogadas por meio do artigo 120.º da Norma Regulamentar da ASF n.º 4/2022-R, de 26 de abril, a verdade é que, ao contrário do previsto no preâmbulo desta última Norma Regulamentar, os procedimentos específicos para o combate ao branqueamento de capitais e financiamento do terrorismo, nos termos da Lei n.º 83/2017, de 18 de agosto, até então concretizados nas Norma e Circular sobreditas, não foram regulados em normativos próprios, criando-se uma lacuna regulamentar.

Apesar da lacuna a nível regulamentar, face ao teor dos diplomas sobre os quais discorreremos, a empresa de seguros (vida ou não vida) deve desenvolver, implementar e manter mecanismos apropriados à monitorização do sistema de controlo interno, de forma a assegurar o cumprimento das políticas definidas e dos procedimentos estabelecidos e garantir a sua eficácia e adequação face à atividade da empresa, termos em que, para as seguradoras do ramo vida, existe um dever de desenvolver políticas e procedimentos tendo em vista o cumprimento da legislação em matéria de PBC/FT e de cumprimento das medidas restritivas, enquanto que, para as seguradoras do ramo não vida, parece fazer sentido desenvolver

políticas e procedimentos que facilitem o cumprimento das medidas restritivas e o cumprimento do dever de comunicação de operações suspeitas de PBC/FT.

Por último, há que ter presente que as medidas restritivas são aplicadas por meio de Decisões ou Regulamentos da Comissão Europeia, sendo ambos os atos vinculativos e diretamente aplicáveis no ordenamento jurídico nacional, não necessitando, por esse motivo, de qualquer ato de transposição.

As obrigações de “congelamento” de fundos associadas às medidas restritivas aplicam-se às seguradoras não vida, na qualidade de entidades executantes, pelo que é natural, e até recomendável, que disponham de meios que lhes permitam identificar situações que possam constituir um risco de violação das obrigações decorrentes das medidas restritivas impostas pela União Europeia.

Veja-se, a título ilustrativo, que no âmbito da guerra entre a Rússia e a Ucrânia, a UE aprovou, entre 2022 e 2023, um conjunto alargado de medidas restritivas contra a Rússia, num total de 11 “pacotes”, com os objetivos de reduzir a capacidade do Kremlin de financiar a guerra, de impor custos económicos e políticos à elite política da Rússia e de diminuir a base económica da Rússia.

Estima-se que até à data tenham sido congelados bens no valor de cerca de 21 mil milhões de euros.

VII. Impacto das medidas restritivas na atividade seguradora

Considerando os diferentes tipos e alcance das medidas restritivas, os deveres decorrentes do regime jurídico aplicável, bem como as coimas potencialmente aplicáveis (que podem ascender, consoante os casos, aos 5 milhões de euros, nos termos do artigo 29.º da Lei n.º 97/2017), ou as consequências a nível reputacional (artigo 30.º do mesmo diploma), as seguradoras devem implementar os meios necessários para garantir o seu cumprimento, tanto ao nível dos procedimentos de subscrição de risco, como de gestão de sinistros, evitando, desse modo, cobrir riscos de pessoas e entidades sancionadas, assim como colocar à disposição destas qualquer tipo de pagamento, seja

por meio de indemnização ou estorno de prémio de seguro em caso de cessação antecipada do contrato de seguro, nos termos do artigo 107.º do Decreto-Lei n.º 72/2008, de 16 de abril (RJCS).

Para tal, devem as seguradoras definir os meios, processos de negócio e procedimentos que permitam identificar as situações de risco a que se encontram expostas e implementar as medidas de mitigação ou controlos adequados a evitar a concretização do risco de incumprimento das medidas restritivas.

O estabelecimento de “parcerias” com resseguradores representa um desafio acrescido no que respeita ao cumprimento das medidas restritivas, sendo comum os resseguradores exigirem, por parte das seguradoras que resseguam, o cumprimento de medidas restritivas das jurisdições sem que aqueles operam (onde normalmente se incluem os regimes de sanções do Reino Unido e dos Estados Unidos da América), impondo-lhes esforços redobrados no controlo deste risco, nomeadamente através da ampliação do universo de pessoas e entidades sujeitas aos processos e procedimentos de filtragem.

Com efeito, é comum verificar-se a inclusão nos tratados de resseguro de cláusulas relativas ao cumprimento de medidas restritivas que visam desresponsabilizar o ressegurador da cobertura de riscos ou do pagamento de indemnizações decorrentes de sinistros quando sejam suscetíveis de colocar o ressegurador numa posição de incumprimento de medidas restritivas da ONU, da UE ou de outras jurisdições aplicáveis ao Ressegurador, onde muitas das vezes se encontram o Reino Unido e os Estados Unidos da América, que têm, naturalmente, regimes legais específicos de medidas restritivas e listas de pessoas e entidades sancionadas próprias.

Por outro lado, as seguradoras devem procurar conformar a redação das respetivas condições gerais no sentido de acautelarem não só (diretamente) a sua posição relativamente ao cumprimento de medidas restritivas, como (indiretamente) a posição dos resseguradores.

Nos termos do artigo 10.º do RJCS¹⁸, os contratos de seguro obrigatórios na ordem jurídica portuguesa regem-se pelo direito portu-

¹⁸ Arnaldo Costa Oliveira, *Lei do Contrato de Seguros Anotada*, Almedina

guês, pelo que, à partida, apenas seria admissível a limitação de cobertura relativamente a medidas restritivas aplicáveis na ordem jurídica nacional¹⁹. Sucede, porém, que, à semelhança do regime relativo às medidas restritivas vigente no nosso ordenamento jurídico, também os regimes do Reino Unido e dos Estados Unidos da América têm aplicação extraterritorial, pelo que, pelo menos em teoria, podem os mesmos ser simultaneamente aplicáveis a um contrato de seguro regido pela lei portuguesa.

Assim, tem-se assistido, gradualmente, à inserção, por parte dos operadores do setor segurador nacional, de uma *cláusula* (tipicamente *de exclusão de responsabilidade*) alusiva ao cumprimento de medidas restritivas e da legislação em matéria de branqueamento de capitais, onde se determina que nos casos em que a cobertura fornecida pelo contrato implique a violação de quaisquer embargos ou sanções financeiras ou económicas – emitidos pela União Europeia, pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas (medidas restritivas aplicáveis nos termos da Lei n.º 97/2017), pelo OFAC (*Office of Foreign Assets Control*) ou pelo *HM Treasury* (medidas restritivas potencialmente aplicáveis fruto do âmbito de aplicação extraterritorial dos regimes dos Estados Unidos da América e do Reino Unido), desde que aplicáveis na ordem jurídica portuguesa, – a cobertura será considerada nula, não produzindo quaisquer efeitos.

VIII. Sugestão de abordagem no âmbito do programa de cumprimento normativo

Conforme vimos, as seguradoras devem evitar cobrir risco e proceder a pagamentos a pessoas ou entidades sujeitas a medidas restritivas, sendo para tal necessário que adotem os meios e os

¹⁹ Nuno Andrade Pissarra, Breves Considerações sobre a Lei Aplicável ao Contrato de Seguro, Cuadernos de Derecho Transnacional, Vol. 3, n.º 2; Florbela de Almeida Pires, Da lei aplicável ao contrato de seguro, Revista Jurídica, Nova Série, 18-19; Luís de Lima Pinheiro, Sobre a lei aplicável ao contrato de seguro perante o Regulamento Roma I; António Menezes Cordeiro, Direito dos Seguros; J. C. Moitinho de Almeida, O contrato de seguro – Estudos, Coimbra Editora

mecanismos que permitam assegurar a imediata e plena compreensão do teor das medidas restritivas e os mecanismos de consulta necessários à imediata aplicação daquelas medidas.

Por forma a assegurar que tais meios e mecanismos de consulta se encontram efetivamente implementados e que são eficazes no seu modo de funcionamento, devem encontrar-se integrados num conjunto mais alargado de controlos e medidas de mitigação do risco de incumprimento legal e regulamentar que compõem um programa de cumprimento normativo de medidas restritivas.

Enunciamos, assim, alguns exemplos de controlos e medidas de mitigação que podem ser implementados no âmbito da atividade de uma seguradora do ramo vida ou não vida, por forma a facilitar o cumprimento das medidas restritivas.

A avaliação do risco inerente é um exercício teórico de avaliação do grau de exposição ao risco do incumprimento das medidas restritivas, pressupondo a inexistência de qualquer tipo de controlo ou medida de mitigação desse risco.

Este exercício viabiliza a identificação dos processos e áreas de negócio expostos, por natureza, ao risco, e deve focar-se essencialmente na análise de fatores como o país, localização geográfica ou jurisdição em que atua a seguradora, os produtos ou linhas de negócio por si exploradas, as atividades, bens, equipamentos, serviços ou negócios subjacentes aos produtos ou linhas de negócio por si exploradas, os canais de distribuição utilizados no âmbito da atividade, as tipologias de clientes, beneficiários ou terceiros, a natureza dos colaboradores envolvidos nos processos de negócio e, bem assim, os processos de negócio associados ao pagamento de indemnizações e estornos dos prémios.

Estando delimitados os processos e áreas de negócios expostos ao risco de incumprimento, torna-se mais simples identificar as oportunidades de melhoria, controlos e medidas de mitigação do risco potencialmente implementáveis tendo em vista a redução da exposição ao risco.

As oportunidades de melhoria, controlos e medidas de mitigação do risco que vierem a ser definidas como resposta à exposição ao risco devem posteriormente ser vertidas nas normas e procedimen-

tos internos que conformam a atuação dos colaboradores e áreas expostos ao risco.

Por forma a garantir que os *colaboradores* são conhecedores dos riscos associados à sua atividade e, bem assim, dos procedimentos que devem observar na sua execução, as empresas devem desenvolver ações de formação e sensibilização que, de algum modo, reflitam ou aclarem a conduta prevista nas normas internas.

A efetividade e eficácia dos controlos e medidas de mitigação deve ser posta à prova através de exercícios de monitorização do cumprimento normativo e procedimentos internos, permitindo identificar eventuais falhas e oportunidades de melhoria ao nível do cumprimento das medidas restritivas, dos quais podem resultar, nomeadamente, a necessidade de revisão das medidas e controlos implementados ou dos procedimentos e normativos internos, completando-se, destarte, um ciclo de melhoria contínua no âmbito do sistema de controlo interno da empresa.

Tal como referido anteriormente, o programa de cumprimento normativo em matéria de medidas restritivas deve ser complementado com meios e procedimentos que permitam a consulta diária das listas de sanções e a filtragem de pessoas e entidades a partir do nome (temperados com outros elementos informativos, como a naturalidade e data de nascimento), isto é, permitir a comparação do nome de clientes, beneficiários, terceiros lesados e outros, com os nomes de pessoas e entidades sancionadas constantes das listas de sanções elaboradas pela ONU, UE, OFAC e *HM Treasury*.

Considerando a natureza dinâmica das listas de sanções, recomenda-se que a solução de filtragem a adotar permita a utilização pontual ou *ad hoc*, assim como a utilização sistemática ou permanente, isto é, por um lado, permita ao negócio efetuar consultas às listas de antes de tomar a decisão de cobrir risco ou de efetuar pagamentos a pessoa ou entidade para excluir a possibilidade de violação medidas restritivas e, por outro, permita a deteção de pessoas ou entidades na base de dados da empresa que estejam, ou se tornem, sujeitas a medidas restritivas.



JOÃO ESPANHA
Advogado



LEONOR FUTSCHER DE DEUS
Advogada

Volta ao mundo dos *unit-linked* em 60 (e tal) páginas

Around the unit-linked world in 60 (or more) pages

RESUMO: Os seguros *unit-linked*, enquanto modalidade dos seguros de capitalização, têm vindo a assumir uma crescente importância no âmbito do mercado de seguros portugueses. Na medida em que este tipo de produtos de seguro suscita desafios no domínio do respectivo enquadramento legal e tributário, nas páginas seguintes procuramos analisar e dar resposta a tais desafios.

Palavras-Chave: *unit-linked*, PRIIPs, produtos de investimento com base em seguros, PIBS, seguro de vida, regime tributário

ABSTRACT: Unit-linked insurance, as a modality of capitalisation insurance, has become increasingly important in the Portuguese insurance market. Given that this type of insurance product raises challenges in what regards their legal and tax framework, on the following pages we seek to analyse and provide answers to these challenges.

Keywords: unit-linked, PRIIPs, insurance-based investment products, IBIP, life insurance, tax framework

SUMÁRIO: Parte I – Regime Jurídico: 1. Introdução; 2. Enquadramento histórico; 3. Actual enquadramento legislativo; Parte II – Regime Tributário – Contratos celebrados por pessoas singulares: 1. O rendimento obtido com seguros e operações do ramo «Vida»; 2. A tributação indirecta; 3. Sinistro morte.

LISTA DE ABREVIATURAS: ASF – Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões; CC – Código Civil; CIRC – Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas; CIRS – Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares; CIS – Código do Imposto do Selo; CIVA – Código do Imposto sobre o Valor Acrescentado; CMVM – Comissão do Mercado de Valores Mobiliários; CRP – Constituição da República Portuguesa; DL 60/2004 – Decreto-Lei n.º 60/2004, de 22 de Março, que altera o Decreto-Lei n.º 176/95, de 26 de Julho; DL 94-B/98 – Decreto-Lei n.º 94-B/98, de 17 de Abril, que regula as condições de acesso e de exercício da actividade seguradora e resseguradora no território da Comunidade Europeia, incluindo a exercida no âmbito institucional das zonas francas (revogado pela Lei n.º 147/2015, de 9 de Setembro); DL 176/95 – Decreto-Lei n.º 176/95, de 26 de Julho, o qual estabelece regras de transparência para a actividade seguradora e disposições relativas ao regime jurídico do contrato de seguro; DL 211-A/2008 – Decreto-Lei n.º 211-A/2008, de 3 de Novembro, o qual procede ao reforço dos deveres de informação e transparência no âmbito do sector financeiro, quer para com as autoridades de supervisão quer para com os clientes das instituições financeiras; DL 357-A/2007 – Decreto-Lei n.º 357-A/2007, de 31 de Outubro, o qual transpõe para a ordem jurídica interna a Directiva n.º 2004/39/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de Abril, relativa aos mercados de instrumentos financeiros, que altera as Directivas n.ºs 85/611/CEE e 93/6/CE, do Conselho, e a Directiva n.º 2000/12/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, e que revoga a Directiva n.º 93/22/CE, do Conselho; EBF – Estatuto dos Benefícios Fiscais; IRC – Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas; IRS – Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares; IS – Imposto do Selo; IVA – Imposto sobre o Valor Acrescentado; Lei 35/2018 – Lei n.º 35/2018, de 20 de Julho, que procede à alteração das regras de comercialização de produtos financeiros e de organização dos intermediários financeiros, e transpõe as Directivas 2014/65, 2016/1034 e 2017/593

LGT – Lei Geral Tributária; NR 5/2004-R – Norma Regulamentar n.º 5/2004-R da ASF, de 10 de Setembro, Instrumentos de Captação de Aforro Estruturados no âmbito da actividade seguradora; OC / OCs – Operação de Capitalização/Operações de Capitalização; Regime Nacional dos PRIIPs – Regime jurídico dos pacotes de produtos de investimento de retalho e de produtos de investimento com base em seguros, aprovado e publicado como anexo II à Lei 35/2018; Regulamento PRIIPs – Regulamento (UE) n.º 1286/2014 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Novembro de 2014, sobre os documentos de infor-

mação fundamental para pacotes de produtos de investimento de retalho e de produtos de investimento com base em seguros; RJASR – Regime Jurídico de Acesso e Exercício da Atividade Seguradora e Resseguradora, aprovado e publicado como anexo I à Lei n.º 147/2015, de 9 de Setembro; RJCS – Regime Jurídico do Contrato de Seguro, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 72/2008, de 16 de Abril; STJ – Supremo Tribunal de Justiça; TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia.

PARTE I

REGIME JURÍDICO

1. Introdução

Os seguros *unit-linked* (também designados como seguros de vida *ligados*) têm vindo a assistir a um destacado crescimento no âmbito do mercado segurador português¹, enquanto instrumentos de poupança e/ou para a reforma. O envelhecimento demográfico (fenómeno que, embora não sendo uma novidade, tem vindo a acentuar-se) e as preocupações gerais em torno da sustentabilidade dos sistemas de segurança social têm conduzido, nos últimos anos, a um incremento na procura de seguros *unit-linked* em Portugal, numa óptica de aforro e complemento de protecção social.

Paralelamente, tem-se verificado um forte crescimento na oferta deste tipo de produtos em território nacional, tanto por empresas de seguros portuguesas, como por empresas de seguros estrangeiras, em particular, empresas de seguros estabelecidas noutros Estados Membros que aqui actuam em regime de livre prestação de serviços.

Em que consistem os seguros *unit-linked*?

Os seguros *unit-linked*, enquanto modalidade dos seguros de capitalização, correspondem a seguros de vida ligados – tal como o próprio nome indica – a (um ou mais) (i) fundos de investimento ou (ii) fundos autónomos constituídos por activos do segurador

¹ Veja-se, por exemplo, o Relatório de Regulação e Supervisão da Conduta de Mercado referente ao ano de 2022, publicado pela ASF no seu sítio da Internet, disponível em www.asf.com.pt.

representativos das provisões matemáticas². A particularidade dos seguros *unit-linked* radica no facto de o respectivo capital seguro se expressar numa unidade de conta (“*unit*”), constituída por unidades de participação dos fundos aos quais o seguro se encontra ligado. No presente texto, debruçar-nos-emos especificamente sobre os seguros *unit-linked*, pese embora muitas das considerações aqui tecidas sejam extensíveis aos seguros de capitalização.

Os seguros *unit-linked* qualificam-se como seguros do ramo «Vida», nos termos e para os efeitos previstos no artigo 9.º, alínea c), do RJASR. Dependendo da oferta disponibilizada por cada empresa de seguros, os seguros *unit-linked* podem apresentar-se nas seguintes modalidades^{3 4}:

- 1) Seguro de vida em caso de morte (a realização da prestação por parte do segurador encontra-se condicionada à morte da pessoa segura. O evento garantido pelo seguro é a morte da pessoa segura);
- 2) Seguro de vida em caso de vida (a realização da prestação por parte do segurador depende de a pessoa segura se encontrar viva. O evento garantido pelo seguro corresponde, genericamente, à sobrevivência da pessoa segura a uma determinada idade ou data);
- 3) Seguro misto (procede à cobertura simultânea dos riscos referidos nas alíneas anteriores: morte e vida. A prestação do segurador é devida quer a pessoa segura se encontre viva no termo do contrato, quer, entretanto, morra. Neste tipo de produto, a empresa de seguros obriga-se ao pagamento de um capital seguro no caso de a pessoa segura morrer dentro de certo prazo e outro no caso de a este sobreviver, podendo

² Cfr. terminologia adoptada pelo mercado segurador nacional e pelo legislador português.

³ Por expressa remissão do artigo 9.º, alínea c), do RJASR, para as subalíneas i) e ii) da alínea a) do mesmo artigo.

⁴ Sobre esta matéria, amplamente desenvolvida, vide Maria Inês de Oliveira Martins, *O seguro de vida enquanto tipo contratual legal*, Coimbra Editora / Wolters Kluwer Portugal, 2010, p. 86 e segs.

- o capital seguro em caso de morte e em caso de vida ser de igual ou diferente montante).
- 4) Seguro de vida em caso de vida com cláusula de contra-seguro (o segurador obriga-se ao pagamento do capital seguro se a pessoa segura se encontrar viva numa determinada data, mas, caso morra antes da data fixada no contrato, há lugar ao reembolso da provisão matemática no nível atingido aquando da morte)⁵.
 - 5) Seguro de renda (o segurador obriga-se ao pagamento de uma renda nos moldes que forem contratualmente acordados).

Em função da oferta do mercado, os seguros *unit-linked* podem encontrar-se associados (i) a fundos de investimento mobiliários ou imobiliários, geridos por sociedades gestoras devidamente autorizadas para o efeito⁶, ou (ii) a fundos autónomos constituídos por activos representativos das provisões matemáticas do segurador, geridos pelo próprio segurador ou por entidade devidamente habilitada para o efeito e autorizada pelo segurador.

Em termos de funcionamento, e sem termos a pretensão de entrar em rigorosos detalhes técnicos, diremos, resumidamente que, no âmbito de um seguro *unit-linked*, o segurador – deduzidas as comissões eventualmente aplicáveis ao contrato – investe o prémio⁷ entregue pelo tomador do seguro em unidades de participação de um ou de vários fundos de investimento (ou fundos autónomos constituídos por activos do segurador), em função dos objectivos de

⁵ O capital seguro corresponde ao valor a pagar pelo segurador ao beneficiário em caso de sinistro. A provisão matemática (nome que é dado à provisão técnica no ramo «Vida») corresponde à parte do prémio que o segurador deve reservar para a cobertura dos riscos que assume. No caso dos seguros *unit-linked* em que o risco de capital corre por conta do tomador do seguro, os valores do capital seguro e da provisão matemática são idênticos, sendo que o ganho do segurador não corresponde a uma parcela do prémio não consumida pela cobertura do risco, mas às comissões que este cobra ao tomador (de subscrição, de gestão, de resgate, entre outras).

⁶ Com relevo para o presente tema no âmbito nacional, chama-se a atenção para o Decreto-Lei n.º 27/2023, de 28 de Abril, que aprova o Regime da Gestão de Activos.

⁷ Os prémios podem ser únicos, regulares ou flexíveis, consoante contratualizado com o segurador nos termos da apólice.

investimento do tomador do seguro e do seu nível de tolerância ao risco.

A cada unidade de participação de cada fundo⁸ corresponde um valor de referência, o qual é periodicamente actualizado em função da evolução dos mercados financeiros. O valor do capital seguro (ou de parte do capital seguro, consoante a respectiva modalidade) de um seguro *unit-linked* é calculado através da multiplicação do número de unidades de participação do fundo alocadas à apólice pelo respectivo valor (em conformidade com as regras de cálculo das unidades de participação aplicáveis ao fundo em questão) e, caso o tomador do seguro tenha seleccionado vários fundos, pela soma dos diferentes valores que desta forma sejam obtidos por cada fundo.

Significando isto que a prestação a realizar pelo segurador ao abrigo de um seguro *unit-linked* é variável, encontrando-se directamente dependente do valor das unidades de participação de cada um dos fundos aos quais o seguro se encontra ligado – unidades de participação essas que, por sua vez, estão dependentes do valor dos activos subjacentes aos fundos de investimento ou fundos autónomos do segurador alocados ao seguro⁹. A apólice pode ou não prever um capital garantido ou um rendimento mínimo garantido, nos termos que forem contratualizados com o segurador¹⁰.

A natureza do seguro *unit-linked*, é, em nosso entender, a de um seguro de vida.

Esta singela proposição não olvida a existência de controvérsia doutrinal sobre o tema. Entre nós, Margarida Lima Rego¹¹ entende que os seguros de vida de pura capitalização apenas nominalmente serão seguros, por não se circunscreverem ao círculo do que designa «*contratos de seguro verdadeiros e próprios*», porquanto “(...) não

⁸ Cada unidade de participação representa uma fracção do património do fundo.

⁹ Quanto ao tipo de fundo ligado ao seguro, dependerá dos produtos de seguro que, em cada momento, forem comercializados por cada segurador.

¹⁰ Ao abrigo do princípio geral da liberdade contratual que rege os contratos de seguro, previsto no artigo 11.º do RJCS, os seguros *unit-linked* podem prever ou não um capital garantido ou um rendimento mínimo garantido.

¹¹ *Contrato de Seguro e Terceiros. Estudo de Direito Civil*, Wolters Kluwer Portugal/Coimbra Editora, 2010, p. 171.

obstante terem por referência um dado risco primário, perde sentido a ideia de um risco seguro. Estes correspondem a puros contratos de aforro ou de investimento, faltando-lhes a natureza aleatória característica dos verdadeiros contratos de seguro.»¹² ¹³

Ora, o que está aqui em causa é a determinação da natureza jurídica dos contratos de seguro de vida de capitalização em que o risco do capital seguro corre apenas por conta do tomador do seguro, ou seja, quando este aceita correr o risco de depreciação de valor dos activos que o segurador adquiriu para a representação das provisões matemáticas da apólice (ou grupo de apólices) em causa. Nesta medida, defende Margarida Lima Rego¹⁴ que não existe uma verdadeira assunção de risco por parte do segurador, pelo que este tipo de seguro não configura um contrato de seguro em sentido verdadeiro e próprio.

Respeitosamente, discordamos.

O contrato é aleatório, pois o segurador só está obrigado ao pagamento do capital seguro se e quando se verificar o sinistro, que pode ser a morte ou a sobrevivência da pessoa segura a uma determinada data. E há, em nossa opinião, transferência de risco para o segurador, na medida em que a este compete a curadoria dos investimentos, assegurando a sua realização e manutenção – o que, aliás, lhe é imposto legal e regulamentarmente. É certo que não se trata da cobertura de um risco do ponto de vista tradicional do termo, mas toda a demais dinâmica da actividade do segurador é convocada para o efeito e para a constituição, vida e termo da relação contratual de seguro, assente na cobertura do risco de vida ou de morte da pessoa segura.

¹² Mafalda Miranda Barbosa e José Luís Dias Gonçalves fazem um interessante excuroso sobre o tema, apontando inclusive uma incipiente divergência jurisprudencial, in *Instrumentos Financeiros – Valores mobiliários. Valores monetários. Derivados de crédito. Produtos de bancassurance*, Gestlegal, 2020, p. 289.

¹³ Cfr. ainda, a este respeito, Eduarda Ribeiro, anotação ao artigo 206.º, *Lei do Contrato de Seguro Anotada*, Almedina, Coimbra, 4.ª edição, 2020, p. 617. E Luís Poças, *Seguros e Impostos*, Almedina, Coimbra, 2022, p. 227.

¹⁴ Ob. cit.

Aliás, se assim não fosse, mal se compreenderia que os seguros de vida de capitalização, designadamente na modalidade *unit-linked*, tenham sempre sido tratados pelo legislador comunitário e nacional, bem como pelo regulador, como contratos de seguro; se não fossem *verdadeiros e próprios* contratos de seguro, há muito que provavelmente teriam sido classificados ou definidos de forma distinta, até porque, no âmbito do ramo «Vida», a lei permite às empresas de seguros a realização de operações puramente financeiras, procedendo a mesma lei à clara distinção entre as operações financeiras que encerram álea e transferência de risco daquelas que não o fazem – é o caso das OCs que, pese embora a sua inclusão expressa no elenco de operações permitidas no âmbito do ramo «Vida»¹⁵, não se encontram ligadas a um risco relacionado com a vida ou com a morte da pessoa segura, sendo tal característica expressamente assumida pelo legislador¹⁶.

Tememos que a reclassificação doutrinal de produtos sujeitos a classificação legal, mesmo que dela se discorde, seja passível de conduzir a uma interpretação correctiva, a qual não tem lugar na nossa ordem jurídica, porquanto, nas palavras de Oliveira Ascensão¹⁷, *«Por mais desejável que se apresente uma alteração do sistema normativo, essa alteração pertence às fontes de direito, não ao intérprete. Este capta o sentido da fonte como ele objectivamente se apresenta no momento actual, não lhe antepõe qualquer outro sentido. Razões ponderosas de segurança e de defesa contra o arbítrio alicerçam esta conclusão»*.

Não se discorda que este tipo de seguros possui características financeiras que os destacam no universo dos seguros. Não são seguros de vida tradicionais, é certo, contudo, não deixam de ser seguros de vida por causa das suas particulares características (conservando vários dos traços típicos de um seguro de vida). Veja-

¹⁵ Cfr. artigo 9.º, alínea d), do RJARS.

¹⁶ A OC é definida, nos termos do artigo 9.º, alínea d), do RJARS, como a *«operação de poupança, baseada numa técnica actuarial, que se traduza na assunção de compromissos determinados quanto à sua duração e ao seu montante, como contrapartida de uma prestação única ou de prestações periódicas previamente fixadas»*.

¹⁷ *O Direito – Introdução e Teoria Geral*, 13.ª Edição refundida, Almedina, 2009, p. 427.

-se, a este respeito, o que estabelece o STJ, no seu Acórdão de 12 de Novembro de 2013, no âmbito do processo n.º 530/10.6TJPRT. P1.S1¹⁸ (pese embora a questão controvertida não ser especificamente relacionada com um seguro *unit-linked*, outrossim, com um seguro de capitalização):

«Revertendo ao caso em apreço, o contrato sob análise claramente exhibe os elementos formalmente caracterizadores do seguro de vida, tal como resultam dos normativos acima enunciados: o prémio, o capital e o evento fortuito de que depende a prestação do segurador.

Pela sua estrutura, não se trata de um seguro “tipo puro”, mas de um seguro “misto” que inclui garantias em caso de morte ou em caso de vida. O segurador obrigou-se ao pagamento de um capital, quer em caso de morte do segurado durante a vigência do contrato (à beneficiária designada), quer em caso de vida do mesmo no termo contrato. Revela tal contrato pela sua estrutura maior flexibilidade que os de “tipo puro”, conciliando a vertente de risco puro (em caso de morte) com outra de capitalização.

Não configura o mesmo, é certo, um tradicional seguro de vida risco, pois que incorpora uma vertente de rendimento, denunciada logo na sua designação, mas, não obstante, consubstancia em simultâneo um contrato de seguro, qualidade que também integra a mesma designação (“seguro de vida grupo contributivo do tipo capitalização”), pelo qual a seguradora, mediante a entrega de prémio único ou prémios adicionais a pagar pelo tomador do seguro, se obrigou, a favor do segurado ou de terceiro, a proceder ao pagamento de um valor pré-definido, correspondente ao valor da respectiva Conta de Investimento, no caso de morte do segurado, evento futuro e incerto (...).

Ou seja, apesar de não consubstanciar um contrato do ramo vida tout court, não deixa o contrato em apreço de cobrir o risco de vida e de morte da pessoa segura, pois que, ocorrendo a sua morte durante a vigência do contrato, a prestação do segurador decorrente desse risco reverte a favor da pessoa singular designada como “Beneficiário”, (...), pelo que é, em rigor e também, um contrato de seguro de vida.

¹⁸ Disponível em www.dgsi.pt

Portanto, qualificar o contrato em causa como uma aplicação financeira destinada à poupança só porque incorpora uma vertente de rendimento permitindo o resgate em vida do segurado, é ignorar que na sua valência nuclear se comporta tal e qual como o clássico seguro de vida. E foi isso que aconteceu precisamente no caso. Nesta circunstância tal qualificação peca por de todo inadequada.

A capitalização das entregas feitas, só por si, não tem virtualidade para anular e converter o seguro de vida em causa, sem dúvida o núcleo determinante do objecto contratualizado, num simples contrato de colocação de capitais ou de investimento.

Nem o contra-seguro invocado, que se traduz “num seguro acessório através do qual o segurado garante o risco de não-realização do risco principal, isto é: caso a pessoa segura sobreviva ao termo do contrato haverá lugar ao reembolso dos prémios pagos”, o descaracteriza como tal, como pretende o recorrente nas suas alegações recursivas, uma vez que tal direito é até próprio dos seguros de vida que prevejam a possibilidade de pagamento em caso de vida»¹⁹.

Resumindo, pese embora o risco de investimento (e só este) poder ser, neste tipo de produtos, total ou parcialmente suportado pelo tomador do seguro (na medida em que a apólice não preveja um capital garantido ou um rendimento mínimo garantido), compete ao segurador assegurar a existência do capital seguro e suportar o risco decorrente da ocorrência do evento aleatório previsto na apólice (o sinistro): a morte e/ou a sobrevivência da pessoa segura, nos termos contratualmente acordados.

Ademais, são numerosos os argumentos formais ou sistemáticos que permitem concluir pela qualificação dos seguros *unit-linked* como contratos de seguro e, em particular, seguros do ramo «Vida». Destacamos, nomeadamente, os seguintes:

¹⁹ Atento o conteúdo desta longa citação, compreende-se que Mafalda Miranda Barbosa/José Luís Dias Gonçalves, ob. cit, p. 290, qualifiquem este aresto como “contundente”. Contudo, conclui o STJ no mencionado acórdão que, apesar de o contrato em apreço não consubstanciar um contrato do ramo «Vida» *tout court*, não deixa o mesmo de ser um contrato de seguro de vida.

- 1) Desde logo, tal como já referido, correspondem a produtos expressamente enquadráveis no elenco de seguros do ramo «Vida», nos termos e para os efeitos previstos no artigo 9.º, alínea c), do RJASR, podendo assumir a forma de seguro em caso de morte, em caso de vida, misto (morte e vida), em caso de vida com cláusula de contra-seguro ou renda (cfr. remissão efectuada pela referida alínea para as subalíneas i) e ii) da alínea a) do mesmo artigo)²⁰;
- 2) Ademais, são-lhes expressamente aplicáveis as regras legais referentes ao seguro de vida previstas na secção I do Capítulo II do RJCS²¹;
- 3) O próprio Regulamento PRIIPs, ao definir «Produto de Investimento com Base em Seguros» como “*um produto de seguros que oferece um valor de vencimento ou resgate total ou parcialmente exposto, directa ou indirectamente, às flutuações do mercado*”, não deixa margem para dúvidas quanto à qualificação destes produtos como seguros, sem prejuízo de conterem uma componente de investimento total ou parcial;
- 4) Por fim, mesmo quando, durante algum tempo, os seguros *unit-linked* estiveram sujeitos à supervisão conjunta da ASF²² e da CMVM em virtude do enquadramento legal resultante do DL 357-A/2007, nunca a qualificação dos seguros *unit-linked* enquanto seguros de vida foi posta em causa pelas mencionadas autoridades de supervisão. No entendimento conjunto emitido pela ASF e pela CMVM em 14 de Novembro de 2008 referente à regulação e supervisão de fundos de pensões abertos de adesão individual e operações e contratos de seguro ligados a fundos de investimento, esclarecem estes reguladores que «(...) *por contrato de seguro ligado a fundos de investimento, correntemente designado por “unit linked”, deve entender-se o contrato de seguro de vida (em*

²⁰ Era também já este o enquadramento legal no âmbito do DL 94-B/98 (artigo 124.º, n.º 3), o qual regulava as condições de acesso e de exercício da actividade seguradora e resseguradora, actualmente revogado pela Lei n.º 147/2015, que aprovou o RJASR.

²¹ Cfr. artigo 184.º, n.º 2, do RJCS.

²² Na altura, ainda denominada Instituto de Seguros de Portugal (“ISP”).

caso de morte, em caso de vida, misto, em caso de vida com contra-seguro e renda) cujo capital se expressa numa unidade de conta, constituída por unidades de participação em fundos autónomos constituídos por activos do segurador ou por unidades de participação de um ou vários fundos de investimento e cuja rendibilidade, por conseguinte, está dependente da evolução do valor das unidades de participação em que se expressa.»²³

Tem sido este também o entendimento dominante da jurisprudência nacional mais recente – o de que os seguros *unit-linked* assumem a qualificação jurídica de contratos de seguro de vida –, extraíndo dessa qualificação as respectivas consequências, designadamente, no domínio do direito sucessório²⁴.

2. Enquadramento histórico

Os seguros *unit-linked* qualificam-se actualmente como Produtos de Investimento com Base em Seguros (PIBS)²⁵ ²⁶ e como Instrumentos de Captação de Aforro Estruturados (ICAE)²⁷, tendo o seu enquadramento legal e regulatório enfrentado várias modificações até aos dias de hoje.

Procederemos, de seguida, a um enquadramento histórico dos seguros *unit-linked* na ordem jurídica portuguesa.

²³ A matéria da repartição de competências entre estas duas autoridades de supervisão será objecto de desenvolvimento na secção I.2 *infra*.

²⁴ Além do já citado Acórdão do STJ, de 12/11/2013 (Processo 530/10.6TJPR.T.P1.S1), vejam-se ainda Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 5/3/2013 (Processo 930/11.4T2AVR.C1), Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 12/6/2019 (Processo 1092/13.8TBCTX-A.E1), Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 25/6/2019 (Processo 1472/17.0T8GRD.C1) e Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 21/11/2019 (Processo 3345/16.4T8AVR.P1).

²⁵ Na língua inglesa, “*Insurance-Based Investment Products*” (“*IBIP*”).

²⁶ Cfr. Regulamento PRIIPs e Regime Nacional dos PRIIPs.

²⁷ Cfr. artigo 206.º, n.º 2, do RJCS.

A regulamentação dos seguros *unit-linked* surge no âmbito do DL 60/2004.

A crescente sofisticação dos mercados financeiros e o aumento da concorrência e da internacionalização na altura, constituem, segundo o legislador, factores que justificam a introdução de novos instrumentos de captação de aforro no panorama nacional. É neste contexto que surgem os ICAE – instrumentos que combinam as características de um produto clássico (segurador, bancário ou do mercado de valores mobiliários) com as de outro ou outros instrumentos financeiros, formando assim um produto materialmente novo – e, em particular, os seguros *unit-linked* (produtos que, no âmbito da actividade seguradora, constituem ICAE).

Com a publicação do DL 60/2004, o legislador propõe-se assegurar que o consumidor de seguros, enquanto aforrador, tenha acesso a toda a informação relevante que lhe permita tomar uma decisão de investimento esclarecida no que respeita à contratação de seguros *unit-linked*²⁸. Em face disto, o DL 60/2004 vem introduzir diversas alterações ao DL 176/95 (diploma que, à época, estabelecia regras em sede de transparência e informação a prestar pelas empresas de seguros aos tomadores de contratos de seguro)²⁹ tendo em vista a previsão de novas regras próprias dos seguros *unit-linked*³⁰. Em resultado: os deveres de informação pré-contratuais neste tipo de seguro são reforçados, passa a exigir-se ao segurador a elaboração e disponibilização de um prospecto informativo (cujo conteúdo e suporte são definidos por norma regulamentar da ASF) e é estabelecido um regime de resolução específico para os seguros *unit-linked*.

O DL 60/2004 atribui ainda à ASF³¹ competências para a fixação dos deveres de informação e de publicidade que se revelem necessários para a compreensão efectiva pelo tomador deste tipo de produtos de seguro – a definir por norma regulamentar emitida por esta autoridade de supervisão³².

²⁸ Cfr. preâmbulo do DL 60/2004.

²⁹ Hoje, quase totalmente revogado pelo Decreto-Lei n.º 72/2008, que aprovou o RJCS.

³⁰ Cfr. Artigo 5.º-A do DL 176/95.

³¹ Na altura, ISP.

³² Cfr. artigo 5.º-A, n.ºs 2, 3 e 4, do DL 176/95, na redacção dada pelo DL 60/2004.

Neste seguimento, é emitida pela ASF a NR 5/2004-R, aplicável aos ICAE comercializados em Portugal no âmbito da actividade seguradora, quer presencialmente quer à distância, e emitidos por empresas de seguros legalmente autorizadas a exercer a actividade seguradora em território português³³. São qualificados como ICAE, para efeitos desta norma, os seguros e operações ligados a fundos de investimento³⁴.

Tendo em vista, por um lado, a harmonização e a padronização do nível mínimo de prestação de informação pré-contratual no âmbito dos ICAE no sector segurador e, por outro, o incremento do nível de transparência do mercado e a sã concorrência entre as empresas de seguros, a NR 5/2004-R define regras em sede de deveres de informação aplicáveis à publicidade e à comercialização dos seguros *unit-linked*.

Alicerçada na defesa dos interesses dos tomadores de seguros, pessoas seguras e beneficiários, esta Norma define conteúdos mínimos aplicáveis quer às mensagens publicitárias relativas a ICAE, quer à informação pré-contratual a disponibilizar pelas empresas de seguros previamente à contratação destes produtos. As empresas de seguros passam a ter de disponibilizar aos tomadores de seguro um prospecto informativo em suporte duradouro, devidamente actualizado, com o conteúdo mínimo definido pela NR 5/2004-R. São ainda estabelecidos por esta Norma deveres de informação periódicos aplicáveis às empresas de seguros durante a vigência do contrato.

Em finais de 2007, por força das alterações produzidas pelo DL 357-A/2007 no Código dos Valores Mobiliários, a supervisão e regulamentação da publicidade e dos deveres de informação relativos à comercialização de seguros *unit-linked* passa a ser uma atribuição da CMVM³⁵. O DL 357-A/2007 altera igualmente o DL 176/95 e o

³³ Cfr. artigo 1, n.º 1, da NR 5/2004-R.

³⁴ Cfr. artigo 1, n.º 2, da NR 5/2004-R.

³⁵ Por força destas alterações legais, passam a ser igualmente sujeitos à supervisão da CMVM a publicidade e os deveres de informação relativos à comercialização de contratos de adesão individual a fundos de pensões abertos. As presentes notas, contudo, restringem-se aos seguros *unit-linked*.

DL 94-B/98, de forma a reflectir a referida transferência de competências na legislação aplicável à actividade seguradora³⁶.

Tal transferência de competências para a CMVM, nos termos do preâmbulo do DL 357-A/2007, justifica-se, nas palavras do legislador, atenta a proximidade da função que os seguros *unit-linked* desempenham face aos instrumentos financeiros, tendo por objectivo eliminar «*assimetrias na regulação e supervisão de instrumentos que exibem nítidas semelhanças do ponto de vista substancial*».

As disposições do Código dos Valores Mobiliários referentes à supervisão dos seguros *unit-linked*, na redacção dada pelo DL 357-A/2007, entram em vigor em 21 de Dezembro de 2007, com a adopção do Regulamento da CMVM n.º 8/2007³⁷. Neste seguimento, é revogada a NR 5/2004 – acima referida – com efeitos à mesma data³⁸.

Com a entrada em vigor do Código dos Valores Mobiliários na redacção dada pelo DL 357-A/2007, passa a existir uma supervisão partilhada entre a ASF³⁹ e a CMVM no que diz respeito à comercialização dos seguros *unit-linked*⁴⁰: a supervisão e a regulação dos deveres de conduta das entidades que se proponham celebrar ou mediar seguros *unit-linked* passa a ser uma atribuição da CMVM⁴¹, recaindo sob a supervisão e regulação da ASF tudo aquilo que não esteja compreendido no âmbito das competências de supervisão da CMVM.

Em consequência da verificação de dúvidas no mercado sobre a partilha de competências, vieram estas duas autoridades de supervisão clarificar o âmbito das respectivas competências, através de

³⁶ E ainda o Decreto-Lei n.º 12/2006, tendo em vista reflectir esta mudança na legislação aplicável aos fundos de pensões.

³⁷ Regulamento da CMVM n.º 8/2007, de 15 de Novembro de 2007, relativo à comercialização de fundos de pensões abertos de adesão individual e de contratos de seguro ligados a fundos de investimento.

³⁸ Cfr. Circular do ISP n.º 1/2008, de 14 de Fevereiro de 2008 – Instrumentos de Captação de Aforro Estruturados.

³⁹ Na altura, ISP.

⁴⁰ E, conforme referido, aos contratos de adesão individual a fundos de pensões abertos.

⁴¹ Nos termos da alínea c) do n.º 1 do artigo 353.º do Código dos Valores Mobiliários, na redacção dada pelo DL 357-A/2007.

um entendimento conjunto emitido em 14 de Novembro de 2008⁴². Nele é esclarecido que, na delimitação das atribuições e competências das duas autoridades sobre os seguros *unit-linked*, deve atender-se, em primeira linha, ao conceito de “deveres de conduta”, que circunscreve a esfera de actuação da CMVM sobre os mesmos. Face ao exposto, concluem estas duas autoridades de supervisão o seguinte por via do referido entendimento conjunto⁴³:

- A actuação da CMVM circunscreve-se aos deveres de conduta das entidades distribuidoras de seguros *unit-linked* no seu relacionamento com os clientes, em particular em matéria de prestação de informação, consultoria, publicidade, prospecção, comercialização e mediação;
- Sob a regulação e supervisão da ASF mantêm-se as restantes matérias, nomeadamente em tudo o que diga respeito ao acesso à actividade seguradora, estruturas e mecanismos de governação, *fit and proper*, garantias financeiras, investimentos, participações qualificadas, «passaporte comunitário», exigências contabilísticas, entre outras;
- Como tal, a CMVM é competente para a apreciação de reclamações contra as entidades que celebrem, intermediem ou comercializem seguros *unit-linked* quando as mesmas se relacionem com a violação de deveres de conduta, bem como para a prática, por iniciativa própria, de actos de supervisão e *enforcement* relativos àqueles deveres;
- Em contrapartida, a ASF é competente para a apreciação das reclamações e para os actos de supervisão e *enforcement* quando respeitem a outras matérias não incluídas no conceito de deveres de conduta acima indicados.

Posteriormente, o DL 211-A/2008 vem estabelecer um regime de informação específico para produtos financeiros complexos.

⁴² Entendimento conjunto ISP/CMVM, de 14 de Novembro de 2008 – Regulação e supervisão de fundos de pensões abertos de adesão individual e operações e contratos de seguro ligados a fundos de investimento.

⁴³ Cfr. ponto 13 do Entendimento conjunto ISP/CMVM *supra* citado.

Qualificam-se como produtos financeiros complexos, para efeitos deste regime, «os instrumentos financeiros que, embora assumindo a forma jurídica de um instrumento financeiro já existente, têm características que não são directamente identificáveis com as desse instrumento, em virtude de terem associados outros instrumentos de cuja evolução depende, total ou parcialmente, a sua rendibilidade, têm que ser identificados na informação prestada aos aforradores e investidores e nas mensagens publicitárias como produtos financeiros complexos.»⁴⁴ – qualificação que compreende os seguros *unit-linked*.

Nessa sequência, a CMVM emite o Regulamento n.º 1/2009, tendo em vista regular os deveres de informação e publicidade sobre produtos financeiros complexos sujeitos à supervisão da CMVM. Ficam de fora deste Regulamento os seguros *unit-linked*, que continuam a ser regulados pelo *supra* referido Regulamento da CMVM n.º 8/2007, pese embora a sua qualificação como produtos financeiros complexos⁴⁵.

Subsequentemente, a CMVM publica o Regulamento n.º 2/2012⁴⁶. Este Regulamento vem estabelecer deveres relativos a (i) informação no âmbito da comercialização de produtos financeiros complexos, (ii) publicidade a produtos financeiros complexos e (iii) comercialização de seguros⁴⁷ ligados a fundos de investimento – voltando a concentrar num único regulamento a disciplina dos produtos financeiros complexos sujeitos à supervisão da CMVM. O Regulamento

⁴⁴ Cfr. artigo 2.º, n.º 1, do DL 211-A/2008.

⁴⁵ Cfr. referido no n.º 2 do preâmbulo do Regulamento da CMVM n.º 1/2009 («*Cabem igualmente no âmbito da competência da CMVM os contratos e as operações de seguro ligados a fundos de investimento (conhecidos por unit linked). Todavia, como a informação e a comercialização desses produtos complexos foi disciplinada pelo ainda recente Regulamento n.º 8/2007 da CMVM, optou-se por conservar esse regime, fazendo nesse local próprio os ajustamentos de pormenor necessários, com o objectivo de assegurar o tratamento igualitário de todos os produtos financeiros complexos*»).

⁴⁶ Regulamento da CMVM n.º 2/2012, de 25 de Outubro de 2012 – Deveres informativos relativos a produtos financeiros complexos e comercialização de operações e seguros ligados a fundos de investimento.

⁴⁷ As operações de capitalização ligadas a fundos de investimento estão também incluídas no escopo do Regulamento 2/2012.

n.º 2/2012 procede à revogação do Regulamento n.º 1/2009 e à revogação parcial do Regulamento n.º 8/2007 em tudo o que diga respeito aos seguros *unit-linked*⁴⁸.

São várias as alterações regulatórias introduzidas pelo Regulamento da CMVM n.º 2/2012, assentes na protecção dos investidores de retalho – em regra não qualificados – face à comercialização de produtos financeiros complexos cada vez mais sofisticados e, em particular, seguros *unit-linked*.

Ao nível da informação pré-contratual, passa a ser exigível a entrega ao tomador do seguro de um documento informativo intitulado «Informações Fundamentais ao Investidor» (IFI), de formato estandardizado e conteúdo mínimo pré-determinado, em conformidade com o modelo estabelecido no anexo I do Regulamento da CMVM n.º 2/2012. O IFI é objecto de notificação à CMVM previamente ao início da comercialização e subsequentemente publicado no sistema de difusão de informação desta autoridade de supervisão, disponível no seu sítio da Internet⁴⁹.

O IFI deve conter todas as informações necessárias para que o tomador do seguro possa tomar uma decisão de investimento esclarecida, nomeadamente, no que concerne às características e riscos do produto. Passa a exigir-se igualmente a inclusão, quer no IFI, quer na publicidade, de alerta gráfico que desperte a atenção dos tomadores de seguro para a possibilidade de o produto implicar a perda de parte ou da totalidade do capital investido. Outras alterações relevantes dizem respeito ao alargamento e tipificação das advertências aos investidores, uniformização da linguagem usada nos documentos informativos e na publicidade e obrigatoriedade de apresentação de cenários em função da sua probabilidade de ocorrência (cenário pessimista, central e optimista).

O Regulamento n.º 2/2012 estabelece ainda novos deveres de reporte de informação à CMVM no âmbito da comercialização dos

⁴⁸ Passando o Regulamento 8/2007 a abranger exclusivamente os contratos de adesão individual a fundos de pensões.

⁴⁹ Cfr. artigo 6.º do Regulamento da CMVM n.º 2/2012.

seguros *unit-linked*, os quais vêm a ser regulamentados pela Instrução n.º 3/2013⁵⁰.

Em 2014, é publicado o Regulamento PRIIPs, de aplicação directa em todos os Estados-Membros a partir de 1 de Janeiro de 2018⁵¹, com o propósito de melhorar a transparência do mercado de investimento para os investidores não profissionais e, conseqüentemente, eliminar as assimetrias decorrentes das diversas regulamentações nacionais no que concerne aos produtos de investimento de retalho e aos produtos de investimento com base em seguros⁵². Para efeitos deste Regulamento, entende-se por “produto de investimento com base em seguros” (PIBS), «*um produto de seguros que oferece um valor de vencimento ou resgate total ou parcialmente exposto, directa ou indirectamente, às flutuações do mercado,*» – definição que abarca os seguros *unit-linked*.

Através do Regulamento PRIIPs, o legislador comunitário visa estabelecer regras uniformes de transparência ao nível da União Europeia que se apliquem a todos os participantes no mercado de produtos de investimento de retalho e aos produtos de investimento com base em seguros (PRIIPs) e assim reforçar a protecção dos investidores não profissionais e a sua confiança nos mercados financeiros. Nessa medida, o Regulamento PRIIPs é aplicável a todos os produtos (independentemente da sua forma ou construção) criados pelo sector dos serviços financeiros sempre que o montante a reembolsar ao investidor não profissional esteja sujeito a flutuações devidas à exposição a valores de referência ou sujeito ao desempenho de um ou mais activos que não sejam directamente adquiridos pelo investidor não profissional.

⁵⁰ Instrução da CMVM n.º 3/2013, de 21 de Junho de 2013 – Informação a prestar pelas entidades emitentes, gestoras e comercializadores no âmbito da comercialização de produtos financeiros complexos.

⁵¹ Em face do adiamento operado pelo Regulamento (UE) 2016/2340 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de Dezembro de 2016, que altera o Regulamento PRIIPs no que diz respeito à sua data de aplicação.

⁵² Cfr. Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho sobre os documentos de informação fundamental para produtos de investimento/*COM/2012/0352 final – 2012/0169 (COD)*, disponível em www.eur-lex.europa.eu

O Regulamento PRIIPs estabelece o dever de os produtores de PRIIPs – nomeadamente, gestores de fundos, empresas de seguros, instituições de crédito e empresas de investimento – elaborarem documentos de informação fundamental (DIF) sobre os produtos que concebem, de acordo com um formato normalizado, de molde a permitir a comparação entre diferentes produtos disponíveis no mercado. O DIF, que constitui informação de natureza pré-contratual, deve obedecer ao formato e conteúdo estabelecidos pelo Regulamento PRIIPs (e regulamentação relacionada) e deve ser publicado pelo produtor do PRIIP no respectivo sítio da Internet.

O Regulamento permite que os Estados-Membros exijam a notificação do DIF previamente ao início da respectiva comercialização no seu território⁵³, prerrogativa que foi seguida pelo legislador português.

Na sequência do Regulamento PRIIPs, é publicada a Lei 35/2018, a qual visa, entre outros objectivos, adaptar a ordem jurídica portuguesa ao Regulamento PRIIPs, estabelecendo (no seu anexo II) o actual Regime Nacional dos PRIIPs.

Com este diploma, procede-se à redistribuição de competências entre a CMVM e a ASF: a ASF volta a ser a única autoridade competente no que diz respeito à supervisão dos seguros *unit-linked*, quer no que respeita à sua produção e comercialização, quer no que respeita à publicidade sobre os mesmos^{54 55}. A ASF é ainda a autoridade competente para a emissão das normas regulamentares que se revelem necessárias à regulamentação dos deveres impostos pelo Regulamento PRIIPs, bem como para o processamento dos ilícitos

⁵³ Cfr. artigo 5.º, n.º 2, do Regulamento PRIIPs.

⁵⁴ Cfr. artigo 2.º, alínea c), subalínea i), do Regime Nacional dos PRIIPs, a qual estabelece que a ASF é a autoridade competente relativamente «à produção, à comercialização e à prestação de serviços de consultoria referentes a operações e contratos de seguros ligados a fundos de investimento (*unit-linked*);»

⁵⁵ Concomitantemente, são revogadas as disposições legais do Código dos Valores Mobiliários que atribuem à CMVM poderes de «supervisão e regulação dos deveres de conduta das entidades que se proponham a celebrar ou mediar contratos de seguro ligados a fundos de investimento ou a comercializar contratos de adesão individual a fundos de pensões abertos» – cfr. artigo 3.º da Lei 35/2018. É ainda revogado o artigo 2.º do DL 211-A/2008, o qual continha a definição de produtos financeiros complexos.

de mera ordenação social, a aplicação de coimas e sanções acessórias e a aplicação de medidas administrativas relativamente a seguros *unit-linked*.

No âmbito do Regime Nacional dos PRIIPs, a CMVM é designada a entidade competente para a supervisão do cumprimento dos deveres impostos pelo Regulamento PRIIPs relativamente à produção, à comercialização e à prestação de serviços de consultoria referentes a:

- a) Organismos de investimento colectivo (OIC);
- b) Fundos de titularização de créditos (FTC);
- c) Obrigações titularizadas;
- d) Instrumentos financeiros derivados, incluindo derivados do mercado de balcão negociados em plataformas de negociação electrónica;
- e) Valores mobiliários de estrutura derivada;
- f) Outros valores mobiliários representativos de dívida com possibilidade de reembolso abaixo do valor nominal por efeito da sua associação a outro produto ou evento, nomeadamente, *Notes*;
- g) Produtos duais: produtos que compreendem a comercialização combinada de dois ou mais produtos financeiros, resultando, da combinação, um produto com a designação e com características específicas e incidíveis em relação aos elementos que o compõem; e
- h) Produtos semelhantes aos previstos nas subalíneas anteriores e que não se encontrem excluídos do âmbito de aplicação do Regulamento PRIIPs.

A ASF, por sua vez, é designada a entidade competente para a supervisão do cumprimento dos deveres impostos pelo Regulamento PRIIPs relativamente:

- a) À produção, à comercialização e à prestação de serviços de consultoria referentes a operações e contratos de seguros ligados a fundos de investimento (*unit-linked*);

- b) À produção, à comercialização e à prestação de serviços de consultoria referente às operações e aos produtos de seguro de vida com participação nos resultados financeiros, excluindo a participação nos resultados estritamente relativos à gestão dos riscos biométricos ou à gestão não financeira da empresa de seguros, bem como outros produtos de seguro de vida, com excepção daqueles em que as prestações previstas no contrato são exclusivamente pagas por morte ou incapacidade causada por acidente, doença ou invalidez; e
- c) Produtos semelhantes aos previstos nas subalíneas anteriores e que não se encontrem excluídos do âmbito de aplicação do Regulamento PRIIPs.

Na sequência do Regulamento PRIIPs, o Regime Nacional dos PRIIPs consagra o dever de notificação prévia à ASF do DIF relativo a um seguro *unit-linked*. A disponibilização deste tipo de seguros em território português⁵⁶ depende da notificação do correspondente DIF à ASF com pelo menos dois dias úteis de antecedência relativamente à data pretendida para a respectiva disponibilização⁵⁷. As alterações ao DIF estão igualmente dependentes de notificação à ASF^{58 59}.

Em concretização do novo enquadramento legal, a CMVM publica o Regulamento n.º 8/2018⁶⁰, o qual estabelece deveres informativos e de comercialização relativos aos PRIIPs sujeitos à sua supervisão, conforme definidos no Regime Nacional dos PRIIPs. O Regulamento da CMVM n.º 2/2012 e a Instrução n.º 3/2013 – apli-

⁵⁶ Seja por entidade estabelecida em Portugal, seja por entidade que aqui actua através de sucursal ou em regime de livre prestação de serviços.

⁵⁷ Cfr. artigo 5.º, n.º 1, do Regime Nacional dos PRIIPs.

⁵⁸ Cfr. artigo 5.º, n.º 3, do Regime Nacional dos PRIIPs.

⁵⁹ Entre outras matérias previstas no artigo 10.º do Regime Nacional dos PRIIPs, a violação dos deveres referentes à notificação prévia do DIF constitui uma contra-ordenação muito grave, punível com coima entre €4.000,00 e €1.000.000,00 ou entre €10.000,00 e €5.000.000,00, consoante seja aplicada a pessoa singular ou colectiva.

⁶⁰ Regulamento da CMVM n.º 8/2008, de 21 de Dezembro de 2018,

cáveis no anterior contexto aos seguros *unit-linked* – são revogados pelo Regulamento n.º 8/2018⁶¹.

3. Actual quadro legislativo

Decorridas quase duas décadas desde a publicação do DL 60/2004, o enquadramento legal e regulatório dos seguros *unit-linked* na ordem jurídica portuguesa decorre actualmente, nomeadamente, dos seguintes normativos:

⁶¹ No entanto, no que diz respeito seguros *unit-linked* que tenham sido comercializados antes de 1/1/2018, o Regulamento n.º 8/2018, na sua versão actualizada (artigo 18.º) estabelece o seguinte:

«Artigo 18.º

Regime aplicável aos produtos comercializados antes de 1 de janeiro de 2018

1 – O Regulamento da CMVM n.º 2/2012 mantém-se aplicável aos produtos financeiros complexos exclusivamente comercializados nos termos daquele Regulamento antes de 1 de janeiro de 2018.

2 – A informação relativa aos produtos referidos no número anterior é enviada à CMVM, em ficheiro informático, de acordo com o previsto nos Anexos 9, 10 e 11 ao presente regulamento, nos termos do Regulamento da CMVM n.º 3/2016.

3 – Na inexistência de informação a enviar nos termos previstos no Anexo 9, o referido Anexo é enviado no mesmo prazo, de acordo com as instruções aí previstas.»

Através da sua Circular sobre PRIIPs sujeitos à supervisão da CMVM, de 4/1/2018, esta entidade reguladora esclarece (ponto 3 da Circular) que os produtos financeiros complexos continuam sujeitos a reporte à CMVM até à respectiva extinção, nos seguintes termos:

«3. Regime aplicável aos produtos financeiros complexos que, até 31 de dezembro de 2017, reportavam ao abrigo da Instrução da CMVM n.º 3/2013

As entidades que reportavam informação à CMVM ao abrigo da Instrução da CMVM n.º 3/2013 continuam a cumprir os deveres de reporte aplicáveis até à extinção dos produtos financeiros complexos relevantes nos exatos termos em que as obrigações de reporte ali se encontram previstas.»

Nestes termos, seguros *unit-linked* comercializados até 31/12/2017 que fossem objecto de reporte à CMVM devem continuar a ser reportados à CMVM ao abrigo da Instrução n.º 3/2013, até à respectiva extinção. Do mesmo modo, deve continuar a ser enviada aos titulares destes contratos a informação pós-contratual prevista no Regulamento n.º 2/2012.

- RJCS⁶².
- Regulamento PRIIPs, o qual estabelece requisitos relativamente ao formato e conteúdo do documento de informação fundamental (DIF)⁶³;
- Regulamento Delegado (UE) 2016/1904 da Comissão, de 14 de Julho de 2016, que complementa o Regulamento PRIIPs no que diz respeito à intervenção sobre produtos;
- Regulamento Delegado (UE) 2017/653 da Comissão, de 8 de Março de 2017, que complementa o Regulamento PRIIPs, estabelecendo normas técnicas de regulamentação no que diz respeito à apresentação, ao conteúdo, ao reexame e à revisão dos documentos de informação fundamental, bem como às condições para o cumprimento do requisito de fornecer esses documentos;
- Regulamento Delegado (UE) 2017/2358 da Comissão, de 21 de Setembro de 2017, que complementa a Directiva (UE) 2016/97 do Parlamento Europeu e do Conselho no que diz respeito aos requisitos de supervisão e governação de produtos aplicáveis às empresas de seguros e aos distribuidores de seguros;
- Regulamento Delegado (UE) 2017/2359 da Comissão, de 21 de Setembro de 2017, que complementa a Directiva (UE) 2016/97 do Parlamento Europeu e do Conselho no que diz respeito aos requisitos em matéria de informação e às normas de conduta aplicáveis à distribuição de produtos de investimento com base em seguros;
- Regime Nacional dos PRIIPs, o qual define regras em sede de publicidade e notificação prévia do DIF à ASF, bem como o enquadramento contra-ordenacional aplicável no contexto dos deveres impostos pelo Regulamento PRIIPs e pelo Regime Nacional dos PRIIPs;
- Regime Jurídico da Distribuição de Seguros, o qual estabelece requisitos específicos referentes à distribuição de produtos de

⁶² Título III – Seguros de Pessoas (artigos 175.º e seguintes) do RJCS, sem prejuízo das regras estabelecidas no Título I – Regime Comum.

⁶³ Com especial interesse, destaca-se ainda a Comunicação da Comissão 2017/C 218/02, contendo Orientações relativas à aplicação do Regulamento PRIIPs.

investimento com base em seguros (sem prejuízo dos deveres de carácter geral aplicáveis aos distribuidores de seguros), designadamente, em sede de avaliação da adequação do produto ao perfil do tomador do seguro e em matéria de prevenção e tratamento de conflitos de interesse⁶⁴;

- Regulamento (UE) 2019/2088 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de Novembro de 2019, relativo à divulgação de informações relacionadas com a sustentabilidade no sector dos serviços financeiros.

Com relevância ao nível de deveres de reporte a efectuar junto da ASF pelas empresas de seguros produtoras de seguros *unit-linked*, destacam-se as Normas Regulamentares da ASF n.º 7/2022-R (Conduta de mercado)⁶⁵ e n.º 4/2023-R (Prestação de informação à ASF por empresas de seguros e resseguros)⁶⁶.

PARTE II

REGIME TRIBUTÁRIO – CONTRATOS CELEBRADOS POR PESSOAS SINGULARES

O enquadramento tributário dos seguros *unit-linked* não se basta com o tratamento dos seguros em que o tomador é pessoa singular. Na verdade, o seu tratamento em sede de IRC é vasto, complexo e muito interessante, colocando problemas e questões da mais variada natureza, muitos deles ainda sem solução estável⁶⁷.

⁶⁴ Artigos 40.º e seguintes do Regime Jurídico da Distribuição de Seguros.

⁶⁵ Cfr. artigo 30.º da Norma Regulamentar da ASF n.º 7/2022-R.

⁶⁶ Cfr., nomeadamente, artigos 32.º e 36.º, n.º 4, da Norma Regulamentar da ASF n.º 4/2023-R.

⁶⁷ Note-se que a nossa aproximação ao tema não é rigorosa: os sujeitos passivos de IRS que auferem rendimentos de natureza comercial (categoria B) e que apuram o seu rendimento tributável de acordo com o regime de contabilidade organizada também poderão ver os seguros de vida por si individualmente contratados ser submetidos à disciplina do IRC, *ex vi* do artigo 32.º do CIRS, se efectuarem contratos de seguro no âmbito da sua actividade.

Nesta sede cingir-nos-emos aos seguros *pessoais* e não *empresariais*⁶⁸. Mesmo assim, há muito para dizer, seja em sede de IRS, seja em sede de impostos indirectos – e estes são mais do que se pensa. Começemos pelo IRS.

1. O rendimento obtido com seguros e operações do ramo «Vida»

1.1. Introdução ao tema

O IRS possui uma estrutura que podemos designar híbrida: embora fundado no princípio do rendimento-acrécimo, encontra-se estrangido por dificuldades técnicas e materiais que, conjugadas com a necessária observância do princípio da legalidade⁶⁹, demandam uma abordagem cedular: apenas as categorias de rendimentos previstas nas suas normas de incidência se encontram sujeitas a imposto. Entre estas, e com interesse para o nosso caso, figura a categoria E – rendimentos de capitais, consagrada no artigo 5.º do CIRS.

Ora, na redacção original do CIRS⁷⁰, as regras de incidência quanto aos rendimentos de capitais não possuíam uma cláusula geral (hoje constante do artigo 5.º, n.º 1, do CIRS) onde se estabelecesse que, como regra, os frutos da aplicação de capital (ou seja, a contrapartida obtida em troca da disponibilização de capitais a terceiro) estavam sujeitos a imposto. O artigo 6.º possuía uma longa lista, com natureza enunciativa, de várias tipologias de fontes de rendimentos de capitais, a qual concluía com uma norma aberta, de acordo com a qual:

⁶⁸ Por seguros *pessoais* entendemos seguros contratados por pessoas singulares fora do exercício de actividade comercial, industrial ou agrícola.

⁶⁹ *Nullum tributum sine lege* – entre nós constitucionalmente consagrado no artigo 103.º, n.º 2, da CRP.

⁷⁰ Era o artigo 6.º – foi renumerado para artigo 5.º pelo DL 198/2001, de 3 de Julho, na sequência da “Reforma” de 2000.

«(Consideram-se rendimentos de capitais:) o) Quaisquer outros rendimentos derivados da simples aplicação de capitais.»

Nessa lista original não constavam nem os rendimentos de seguros de vida nem os rendimentos obtidos com OCs⁷¹.

Estribados nessa putativa lacuna, os operadores da indústria seguradora procederam, nos primeiros (dois) anos da Reforma de 1989, a uma vasta captação de aforro com base no argumento fiscal, pois assegurou-se à clientela que os rendimentos destes produtos estariam fora do plano de incidência de IRS. Ora, pelo menos no que respeita às OCs, tal não correspondia, a nosso ver, à correcta interpretação da lei⁷².

⁷¹ Em termos muito genéricos, OCs são contratos de *depósito* de capitais em seguradores. Titulam mútuos, e não incluem álea. São o equivalente segurador aos certificados de depósito da Banca.

⁷² Na verdade, alinhava-se então o argumento de que as OCs se encontravam fora do âmbito de incidência do (então) artigo 6.º, por os mesmos não constarem do elenco da respectiva alínea c), que referia serem sujeitos a imposto:

«Os juros, prémios de amortização ou de reembolso e outras formas de remuneração de títulos da dívida pública, obrigações, títulos de participação, certificados de consignação, certificados de depósito, obrigações de caixa ou outros títulos análogos, emitidos por entidades públicas ou privadas, e os demais instrumentos de aplicação financeira.»

Contudo, e como defendemos no nosso *Regime Fiscal dos Produtos do Ramo Vida* (Revista Fiscalidade, n.º 59/60, p. 56 e segs.:

«No contrato de Operação de Capitalização, a seguradora obriga-se apenas a, em determinada data, reembolsar ao portador do título de OC o capital investido, acrescido da taxa técnica e da eventual participação nos resultados da seguradora. Como se verifica, nestes contratos inexistente a álea inerente a qualquer contrato de seguro, não se visa, nem se realiza, a garantia de qualquer risco, uma vez que o capital deverá ser pago no termo do contrato, sem sujeição à condição da ocorrência de um sinistro. (...) O título que substancia a operação de capitalização constitui, portanto, um vulgar valor mobiliário, de conteúdo semelhante aos certificados de depósito bancários, não sujeito às regras do Código de Mercado de Valores Mobiliários (...). A incidência de imposto sobre os rendimentos de Operações de Capitalização deve, portanto, ser determinada nos mesmos termos dos rendimentos de títulos, maxime de títulos de dívida, entendidos estes como títulos que conferem ao seu titular, pelo menos em primeira linha, um ou mais direitos de crédito, por contraposição aos títulos que conferem essencialmente direitos de participação social ou de outra natureza.»

Mas no que respeita aos rendimentos que se poderiam obter de um contrato de seguro *unit-linked*, pensamos que seria correcto defender que estes não se encontravam previstos na incidência do IRS. Sendo certo que, nesses tempos, estes produtos possuíam uma taxa de juro garantida, o seu rendimento era muito variável e dependente dos activos com que os seguradores faziam a representação das provisões matemáticas. Dificilmente se conseguiria encontrar, na lista do (então) artigo 6.º do CIRS, uma previsão que conseguisse enquadrar quer este produto, quer este tipo de rendimento, até porque, considerada a estrutura de um contrato de seguro e atentas as suas peculiares características, dificilmente se poderia considerar qualquer ganho positivo obtido pelo tomador como um rendimento derivado de uma *simples* aplicação de capitais. Quem celebra um contrato de seguro tem sempre por foco a aquisição de uma garantia, a qual convoca toda a dinâmica da empresa seguradora – o que não é, de todo, uma mera aplicação financeira. As OCs, sim; os seguros, não.

A verdadeira explosão, no final dos anos 80 e início dos anos 90 do século passado, dos seguros de capitalização enquanto instrumento de aforro, tornava difícil que o legislador fiscal assistisse, passivo, a algo que ameaçava tornar-se uma distorção da actividade de captação de poupanças – o vazio legislativo proporcionaria todo o tipo de abusos. Pelo que, logo em 1991, foi introduzida, pelo Decre-

Ou seja, e ao contrário do que defendiam os promotores da tese da lacuna da norma de incidência quanto aos rendimentos de OC (que a dado passo argumentavam que o texto da alínea c) se devia ter por aplicável apenas a títulos de crédito, no elenco dos quais, em resultado da respectiva tipicidade, não se enquadram as OCs), sempre entendemos que as OCs se encontravam abrangidas porquanto, sendo títulos representativos de dívida do segurador, constituíam títulos *análogos* aos enumerados na alínea c) do artigo 6.º do CIRS na sua redacção original – analogia prevista na norma e que seguramente não podia deixar de abranger as OCs, por estas mais não serem do que uma espécie de *certificados de depósito*, com a diferença de o depositário não ser uma instituição de crédito mas uma empresa de seguros.

De referir que, neste particular, estávamos acompanhados por Paulo Pitta e Cunha – cf. *O regime fiscal das “Operações de capitalização” das empresas seguradoras*, Fisco n.º 25, p. 3 e segs.

to-Lei n.º 267/91⁷³, um novo n.º 2 ao artigo 6.º do CIRS – que corresponde, grosso modo, ao que hoje se estabelece no artigo 5.º, n.º 3, do CIRS. O regime em causa é, para os padrões portugueses, surpreendentemente estável, pese embora os (naturais) *teething problems*, que levaram a alterações em 1994 e 2000, respectivamente, pela Lei do Orçamento de Estado para 1995⁷⁴ e pela Lei n.º 30-G/2000^{75 76}.

1.2. As regras do artigo 5.º/3 do CIRS

E que nos diz actualmente o n.º 3 do artigo 5.º do CIRS?

«3 – Consideram-se ainda rendimentos de capitais a diferença positiva entre os montantes pagos a título de resgate, adiantamento ou vencimento de seguros e operações do ramo ‘Vida’ e os respectivos prémios pagos ou importâncias investidas, (...), sem prejuízo do disposto nas alíneas seguintes, quando o montante dos prémios, importâncias

⁷³ Decreto-Lei n.º 267/91, de 6 de Agosto, que altera o CIRS.

⁷⁴ Lei n.º 39-B/94, de 27 de Dezembro, que aprova o Orçamento do Estado para 1995.

⁷⁵ Lei n.º 30-G/2000, de 29 de Dezembro, que reforma a tributação do rendimento e adopta medidas destinadas a combater a evasão e fraude fiscais, alterando o CIRS, o CIRC, o EBF, a LGT, o Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais, o Código de Procedimento e de Processo Tributário e legislação avulsa.

⁷⁶ O n.º 2 do artigo 6.º do CIRS entrou em vigor apenas para o período tributário de 1992. A previsão de normas de direito transitório ou de fixação da entrada em vigor das novas regras constitui um verdadeiro dever de um legislador prudente quando altera o regime de um imposto periódico durante o seu decurso, prática que, lamentavelmente, tantas vezes se olvida. No caso, porém, a sucessão de normas de direito transitório, constantes dos três referidos diplomas, deu origem a uma assinalável confusão – bem descrita por Luís Poças no seu *A tributação dos rendimentos de capitais nos seguros e operações do ramo “Vida” e fundos de pensões*, in *Cadernos de Justiça Tributária*, n.º 9, p. 35 e segs. (onde aliás nos faz crítica – certa – quanto à questão do eventual carácter retroactivo da norma transitória do DL 267/91 – vide p. 38). Confusão essa que é exponencial quando tais normas são aplicadas a um contrato celebrado antes de 1992 e com prémios pagos durante os períodos a que as várias versões do artigo se referem.

De referir que Luís Poças retoma o tema do citado artigo no seu *Seguros e Impostos*, Almeida, 2022, obra que tardava – e se saúda. A ela voltaremos.

ou contribuições pagos na primeira metade da vigência dos contratos representar pelo menos 35% da totalidade daqueles:

- a) *São excluídos da tributação um quinto do rendimento, se o resgate, adiantamento, remição ou outra forma de antecipação de disponibilidade, bem como o vencimento, ocorrerem após cinco e antes de oito anos de vigência do contrato;*
- b) *São excluídos da tributação três quintos do rendimento, se o resgate, adiantamento, remição ou outra forma de antecipação de disponibilidade, bem como o vencimento, ocorrerem depois dos primeiros oito anos de vigência do contrato.»*

Trata-se, num primeiro olhar, de uma verdadeira amálgama de regras, de diferente natureza, que bem podiam estar mais bem distribuídas pelo CIRS e mesmo em legislação extravagante. Com efeito, neste texto, e numa primeira leitura, encontramos:

- a) Uma regra de incidência real – incide IRS sobre o rendimento de *seguros e operações do ramo «Vida»*, rendimento esse que é qualificado como rendimento de capitais;
- b) Uma regra de determinação do rendimento tributável – este é dado pela diferença *entre os montantes pagos a título de resgate, adiantamento ou vencimento de seguros e operações do ramo «Vida» e os respectivos prémios pagos ou importâncias investidas;*
- c) Um benefício fiscal – redução do rendimento tributável de acordo com o prazo de vigência do contrato quando se verifica o facto tributável, benefício que se encontra condicionado ao facto de *o montante dos prémios, importâncias ou contribuições pagos na primeira metade da vigência dos contratos representar pelo menos 35% da totalidade daqueles.*

Mas não é assim, como tentaremos demonstrar.

1.3. A incidência e a determinação da matéria colectável

A primeira regra é a de incidência, a qual integra a lacuna que se verificava quanto aos rendimentos obtidos de seguros do ramo

«Vida» na redacção original do CIRS⁷⁷, e consagra a sujeição a IRS, enquanto rendimento de capitais, dos obtidos com OCs.

Uma primeira questão que se coloca diz respeito à qualificação destes rendimentos como rendimentos de capitais. Na verdade, poderia a opção do legislador ser outra, qual fosse, a sua qualificação como rendimento de mais-valias, na medida em que verificamos dois elementos que são típicos destoutra categoria: o seu carácter diferencial (o rendimento tributável é uma diferença entre o pago

⁷⁷ Trata-se, pois, de uma norma de sujeição distinta do elenco do artigo 5.º, n.º 2, do CIRS, o que possui impacto em sede de tributação dos rendimentos de seguros e operações do ramo «Vida» obtidos com fonte no estrangeiro. Aqui sujeitos a IRS ao abrigo do princípio do rendimento mundial (*worldwide income* – artigo 15.º, n.º 1, do CIRS), estes rendimentos não são juros para efeitos de aplicação das regras constantes das Convenções de Dupla Tributação (“*CDT*”) celebradas pelo Estado Português, pelo que as regras de soberania partilhada que, por regra, são estabelecidas nessas Convenções no que respeita a juros (de acordo com as quais o Estado da fonte pode tributar tais rendimentos até um certo limite), não são aplicadas, sendo o rendimento tributado apenas no Estado de residência (a regra geral). Na verdade, e de acordo com o artigo 3.º, n.º 2, da Convenção-Modelo da OCDE:

«As regards the application of the Convention at any time by a Contracting State, any term not defined therein shall, unless the context otherwise requires or the competent authorities agree to a different meaning pursuant to the provisions of Article 25, have the meaning that it has at that time under the law of that State for the purposes of the taxes to which the Convention applies, any meaning under the applicable tax laws of that State prevailing over a meaning given to the term under other laws of that State.»

O Comentário n.º 11 a este preceito, na Versão de 2017, refere o seguinte:

«11. This paragraph provides a general rule of interpretation for terms used in the Convention but not defined therein. However, the question arises which legislation must be referred to in order to determine the meaning of terms not defined in the Convention, the choice being between the legislation in force when the Convention was signed or that in force when the Convention is being applied, i.e. when the tax is imposed. The Committee on Fiscal Affairs concluded that the latter interpretation should prevail, and in 1995 amended the Model to make this point explicitly.»

Assim, e uma vez que Portugal não terá, tanto quanto saibamos, acordado em sentido diferente no âmbito das CDT por si celebradas, e porque decorre do artigo 5.º, n.º 3, que os rendimentos de seguros e operações do ramo «Vida» são rendimentos de capitais previstos em norma de incidência distinta daquela que prevê a sujeição dos juros a IRS, tais rendimentos não são juros para efeitos das CDT – sendo, como se referiu, sujeitos a imposto apenas no Estado de residência.

e o recebido) e o facto de constituírem mais um rendimento-acrécimo que um rendimento-produto^{78 79} – até porque o facto tributário depende de um fenómeno de *realização* – porquanto, de acordo com o corpo do n.º 3 do artigo 5.º, só os rendimentos *pagos* (e não os latentes) são tributáveis, momento esse que, de acordo com o artigo 7.º, n.º 3, alínea b), do CIRS, corresponde afinal ao momento da sua *colocação à disposição* do sujeito passivo. Acresce que, no que concerne aos rendimentos de OCs, verifica-se hoje uma dissonância no regime em relação aos demais títulos de dívida, cujo reembolso é, desde a reforma de 2015 (Lei n.º 82-E/2014, de 31 de Dezembro), rendimento de mais-valias, enquanto o reembolso de OCs ficou esquecido no âmbito do artigo 5.º, n.º 3, e permanece rendimento de capitais.

Em nossa opinião, parece-nos que a opção do legislador é correcta. De uma perspectiva substancial, e pese embora a forma contratual seja a de um seguro ou operação do ramo «Vida», não só o que se remunera é a indisponibilidade de um capital a favor do segurador, como não se verifica qualquer alienação ou transmissão do activo que é fonte do rendimento. Este permanece (em caso de resgates ou levantamentos parciais) ou desaparece (em caso de vencimento ou sinistro)⁸⁰.

Quanto ao sujeito passivo do imposto, não temos dúvidas que só pode ser o tomador do seguro ou o subscritor da OC (original ou secundário). A regra está construída na lógica de que o rendimento é o ganho de uma aplicação de capitais, pelo que só quem paga o prémio/subscrição e recebe uma diferença positiva se coloca no plano de incidência subjectiva. E isto parece-nos verdadeiro

⁷⁸ Tese que ouvimos defender a Ricardo da Palma Borges, em recentes conferências sobre este tema (realizadas em Junho e Setembro de 2023 e nas quais tivemos o privilégio de participar como orador), mas com a qual não concordamos.

⁷⁹ Sobre a distinção rendimento-acrécimo vs. rendimento-produto no âmbito do IRS, cf., por todos, Paula Rosado Pereira, *Manual de IRS*, Almedina, 2018, p. 10 e segs.

⁸⁰ E caso um subscritor aliene a terceiro uma operação de capitalização? Neste caso, pensamos que o rendimento não poderá deixar de ser qualificável como mais-valia, pois não apenas há uma transmissão do título, como a fonte do rendimento é o adquirente, e não o emitente. Mas persiste a dúvida, até pela escassa ocorrência deste tipo de negócios.

mesmo em caso de cessão de posição contratual por parte do tomador/subscritor, pois o cessionário, quando receber do segurador o rendimento sujeito nos termos do artigo 5.º, n.º 3, do CIRS, será tributado, neste particular, pela mesma diferença (valor entregue vs. valor colocado à disposição) pela qual seria tributado o tomador/subscritor original⁸¹.

Quanto ao facto tributário, e no que respeita em particular aos seguros de vida, são três os fenómenos consagrados na previsão da norma: *resgate*, *adiantamento* ou *vencimento*. Efectivamente, estes três eventos constituem, do ponto de vista técnico, as três possibilidades pelas quais o tomador do seguro pode receber rendimento do segurador, ainda que com diferentes naturezas.⁸²

⁸¹ Pelo que não vemos aqui qualquer fenómeno de “*extensão objectiva da noção de rendimento de capitais*”, como defende Luís Poças (in *Seguros e Impostos*, cit., p. 228/229).

⁸² Da conjugação das regras do artigo 5.º, n.º 3, do CIRS com o disposto no artigo 7.º, n.º 3, alínea b), do mesmo Código, resulta que só se verifica a constituição da relação jurídico-tributária aquando dos eventos enumerados na lei (resgate, adiantamento ou vencimento), conjugados com a colocação à disposição dos valores pagos pelo segurador. Isto tem assinalável relevância no que respeita às vantagens tributárias que o aforrador obtém, ao optar por poupar ou providenciar por via de um *unit-linked*, em comparação com a detenção de um *portfolio* de activos em nome próprio.

Com efeito, e enquanto não se verificar qualquer daqueles três eventos, os activos subjacentes à apólice (representativos das provisões matemáticas constituídas pelo segurador em resultado da celebração do contrato e pagamento do prémio) são propriedade do segurador, pelo que todos os eventos tributáveis possíveis (vencimento de rendimento de capitais, realização de mais-valias, etc.) ocorrem na esfera do segurador e não são sujeitos a IRC/Imposto sobre as Sociedades pois tais incrementos de valor são compensados pelo incremento simétrico da provisão matemática (em Portugal, com excepção dos valores do IRC sobre lucros/dividendos retidos na fonte ao segurador e “(...) *directa ou indirectamente imputáveis aos tomadores de seguros(...)*”, *ex vi* do estabelecido no artigo 51.º, n.º 6, do CIRC. Este valor é deduzido ao valor dos activos/da provisão matemática, no que constitui uma entorse ao sistema deliberadamente introduzida pelo legislador com a Lei do Orçamento do Estado para 2016 – Lei n.º 7-A/2016, de 30 de Março).

Daqui resulta que, para além da redução de imposto resultante do disposto no artigo 5.º, n.º 3, do CIRS, anotam-se ainda dois efeitos tributários favoráveis:

- a) O diferimento da tributação dos rendimentos gerados pelos activos financeiros para o momento da verificação do facto tributário previsto no artigo 5.º, n.º 3, do CIRS;
- b) A compensação entre mais e menos-valias, de diferentes naturezas, e entre juros positivos e negativos, que ocorre naturalmente na carteira de activos que subjaz à apólice.

O resgate é um direito de crédito típico do seguro de vida (embora possa ser afastado pelas partes). Trata-se do direito do tomador de resolver, total ou parcialmente, o contrato de seguro, exigindo do segurador a parcela do prémio pago que, levado às provisões matemáticas do segurador (e representado por activos), ainda não foi consumido pela garantia do risco. No caso de seguros de capitalização puros (i.e., em que o montante das provisões equivale ao capital seguro e o risco de capital corre por conta do tomador), o valor de resgate equivale, por regra, ao valor do capital seguro. Ora, ao proceder ao resgate, o tomador recebe do segurador, ainda que antecipadamente, o valor equivalente ao capital seguro, pelo que estão reunidas as condições para a sujeição a imposto.

O vencimento, no caso de um seguro de vida, nada mais é do que a verificação do sinistro em caso de vida, ou seja, a *sobrevivência* da pessoa segura na data fixada no contrato – o que espoleta o pagamento do capital seguro. Mesmo que a pessoa segura não seja o tomador, a sobrevivência daquela constitui a verificação do sinistro e o tomador/beneficiário recebe do segurador o capital seguro, logo, aufero o rendimento tributável nos termos e de acordo com o artigo 5.º, n.º 3, do CIRS.

Já o adiantamento possui natureza distinta. Não é um pagamento por parte do segurador, seja antecipado (resgate), seja à data do sinistro (vencimento). O adiantamento é, como o resgate, algo típico da indústria dos seguros de vida, mas possui, em nosso entender, a natureza de um empréstimo contra a cessão dos direitos de resgate e de vencimento a favor do próprio segurador. É mesmo disso que se trata: não lhe sendo conveniente ou não lhe sendo permitido o resgate, o tomador pode propor ao segurador com quem celebrou o contrato de seguro de vida que lhe seja emprestado um valor pecuniário, oferecendo como colateral o próprio contrato de seguro. Ora, quando o adiantamento é feito com vista a antecipar a disponibilidade do valor do capital seguro, passando o direito ao

Assim, o regime do artigo 5.º, n.º 3, do CIRS possui mais virtualidades do que a simples redução do valor do imposto a pagar, as quais se revelam muito vantajosas para o aforrador de médio/longo prazo, mesmo quando estamos perante poupanças de valores significativos aplicadas por investidores sofisticados.

mesmo a integrar a esfera do segurador⁸³, não pode deixar de se entender que o rendimento do dito contrato de seguro integrou, por essa via, a esfera jurídico-patrimonial do tomador – pelo que deve ser tributado.

Quanto à determinação da matéria colectável, a primeira nota é a estranheza inicial quanto ao facto de que esta regra se encontre amalgamada com a regra de incidência. Mas, passada tal estranheza, concluímos rapidamente que, da forma como se concebe a incidência de imposto sobre este tipo de rendimento, a mesma não pode deixar de incluir a determinação da matéria colectável. Afinal, ao definir o rendimento de seguros e operações do ramo «Vida» como um rendimento diferencial (diferença positiva entre a soma dos prémios pagos e a soma dos valores resgatados, adiantados ou vencidos), o método de matéria colectável constitui um elemento da incidência⁸⁴.

O que até aqui referimos não deixa de ser, para o leitor atento e com alguma experiência de seguros, uma abordagem algo simplista do tema. Deixámos em aberto, propositadamente, uma série de questões que são permitidas pelas características do contrato e pelas regras dos seguros, na medida em que muitas de tais questões, pese embora a perenidade das regras que estamos a analisar, não conhecem solução estabilizada (aliás, algumas, como os fenómenos de cessão da posição contratual do tomador⁸⁵ ou a determinação de um beneficiário distinto do tomador no caso de seguros em caso

⁸³ Note-se que o seguro não se extingue, permanecendo na ordem jurídica até ao seu termo.

⁸⁴ Questão bem diferente é saber se esta regra de incidência satisfaz. Cremos que não, como se deduz da *vaexata questio* do resgate parcial.

⁸⁵ Basta atentar ao que referem Antunes Varela e Pires de Lima em comentário ao artigo 435.º do CC, no seu *Código Civil anotado*, I, 4.ª edição revista e actualizada, Coimbra, 1987, p. 408:

«A cessão é um contrato de causa variável, podendo ter por base um contrato de compra e venda, de doação, uma dação em cumprimento, etc. Portanto, o regime jurídico da cessão pode variar, pelo que respeita à forma, à capacidade, à falta ou vícios da vontade e às relações entre as partes, pois lhe são aplicáveis as disposições relativas ao respectivo negócio.»

de vida, não foram, ao que sabemos, objecto de análise doutrinal ou jurisprudencial na perspectiva do seu enquadramento tributário).

Outro tema “quente” diz respeito à determinação do rendimento tributável em caso de resgate parcial, onde se alinham pelo menos três soluções possíveis e radicalmente distintas; sendo certo que temos opinião sobre este tema⁸⁶ (antiga e, a nosso ver, bem fundada), desenvolvimentos recentes no que se refere à posição adoptada pela Administração Tributária em informações vinculativas emitidas sobre o tema⁸⁷ aconselham prudência e reserva.

A respeito do tema, destaca-se um parecer do Centro de Estudos Fiscais, que aqui chamamos a propósito de algo que nos pareceria pacífico: o facto de o disposto no artigo 5.º, n.º 3, do CIRS ser aplicável a todos os seguros de vida, independentemente do seu tipo, natureza ou características, sejam eles de risco, de capitalização, com juro garantido ou em que o risco de capital corre por conta do tomador. Efectivamente, através da Informação n.º 1141/05, tomou-se conhecimento de que o Centro de Estudos Fiscais, através de um Parecer não publicado (59/2005), defendia (entre outras questões controversas) que os seguros de capitalização, por não terem risco (posição com a qual discordamos, conforme explanado *supra*), não deveriam enquadrar-se no disposto no artigo 5.º, n.º 3, do CIRS. Citamos da informação (sublinhado nosso):

«10. Por determinação do Senhor Director-Geral compete a esta Direcção de Serviços emitir um parecer final sobre esta matéria. Assim, e tendo presente o exposto, entende-se dever apenas formular as seguintes considerações:

- Concorda-se, em termos gerais, com as conclusões atrás elencadas, reforçando-se a constante do ponto 2. relativa à qualificação jurídico-tributária dos rendimentos derivados do produto finan-*

Este raciocínio parece-nos igualmente aplicável no que respeita ao enquadramento tributário de uma operação de cessão de posição contratual, incluindo no que respeita a seguros e operações do ramo «Vida».

⁸⁶ A este respeito, pode consultar-se o nosso *PIT on partial redemption: the tide has turned*, Private Life Insurance, Farad International (Luxembourg), 2017, p. 312.

⁸⁷ Até à data, infelizmente, não publicadas.

ceiro em causa na medida em que é também nossa convicção que se estará em presença de um produto exclusivamente de carácter financeiro que, muito embora possa ser comercializado por empresas seguradoras, pouco ou nada terá a ver com um verdadeiro contrato de seguro.

- *No contrato em apreciação apenas parece existir uma obrigação de em determinada data reembolsar o capital investido acrescido da taxa técnica e da eventual participação nos resultados da seguradora. Não se visa, nem se realiza a garantia de qualquer risco uma vez que o capital poderá ser pago no termo do contrato (ou em qualquer momento) sem sujeição à condição da ocorrência de sinistro.*
- *Esta diferente natureza em relação aos seguros de vida tem, deste modo, consequências na subsunção às normas de incidência do Código do IRS e, conseqüentemente, no regime fiscal aplicável: os rendimentos daí derivados devem qualificar-se como rendimentos de capitais nos termos dos n.ºs 1 e 2, alínea p) do actual artigo 5.º do Código, fora portanto do regime mais favorável do n.º 3 do mesmo artigo, ficando sujeitos a tributação na sequência do seu resgate, adiantamento ou vencimento, nos termos do n.º 3) alínea a) do n.º 3 do actual artigo 7.º do CIRS, sendo feito uma retenção na fonte, com natureza de imposto por conta à taxa de 15% (art. 97.º, n.º 3, e 101.º, n.º 1, alínea a) do CIRS).»*

Posição com a qual discordamos, conforme passamos a refutar.

A letra da lei refere-se expressamente a *seguros e operações do ramo Vida*, e nela não se verifica qualquer distinção, derrogação ou especificação. Devemos supor, de acordo com o artigo 9.º do CC, que o legislador se expressou correctamente – e tomar por bom que, onde a lei não distingue, não cabe ao intérprete distinguir.

Além disso, de acordo com o artigo 11.º, n.º 2, da LGT:

«Sempre que, nas normas fiscais, se empreguem termos próprios de outros ramos de direito, devem os mesmos ser interpretados no mesmo sentido daquele que aí têm, salvo se outro decorrer diretamente da lei.»

Ora, se compararmos a expressão *seguros e operações do Ramo Vida* com o que é utilizado nas regras portuguesas e da União

Europeia relativas ao tipo de contratos que as empresas de seguros de Vida podem oferecer, a conclusão inevitável é a de que o texto do CIRS se refere a todos os tipos de contratos oferecidos pelas empresas de seguros de Vida, nomeadamente seguros e OCs. Em particular, se verificarmos o estabelecido no Anexo II da Directiva 2009/138/CE, de 25 de Novembro de 2009^{88 89}, relativa ao acesso à actividade de seguros e resseguros e ao seu exercício (Solvência II), verificamos que o ramo «Vida» inclui *expressamente* seguros de vida e OCs. Ora, se consideramos que as OCs são operações do ramo «Vida» sem álea e apenas de natureza financeira, e que estas operações constituem parte do elenco das operações do ramo «Vida»,

⁸⁸ «ANEXO II – RAMOS DE SEGUROS DE VIDA

I. Os seguros de vida mencionados no artigo 2.º, n.º 3, alínea a), subalíneas i), ii) e iii), com exclusão dos referidos nos pontos II e III.

(...)

III. Os seguros mencionados no artigo 2.º, n.º 3, alínea a), subalíneas i) e ii), ligados aos fundos de investimento.

(...)

VI. As operações de capitalização mencionadas no artigo 2.º, n.º 3, alínea b), subalínea ii)

(...))»

⁸⁹ Entre nós, e em consequência da transposição da mencionada Directiva Solvência II, rege o artigo 9.º do RJARS:

«O ramo Vida inclui os seguintes seguros e operações:

a) Seguro de vida:

i) Em caso de morte, em caso de vida, misto e em caso de vida com contrasseguro;

ii) Renda;

iii) Seguros complementares dos seguros de vida, nomeadamente, os relativos a danos corporais, incluindo-se nestes a incapacidade para o trabalho, a morte por acidente ou a invalidez em consequência de acidente ou doença;

(...)

c) Seguros ligados a fundos de investimento, que incluem os seguros das modalidades previstas nas subalíneas i) e ii) da alínea a) quando ligados a um fundo de investimento;

d) Operações de capitalização, que abrangem a operação de poupança, baseada numa técnica atuarial, que se traduza na assunção de compromissos determinados quanto à sua duração e ao seu montante, como contrapartida de uma prestação única ou de prestações periódicas previamente fixadas;

(...))»

de acordo com o Direito Comunitário e doméstico, entendemos não ser possível entender-se, como o fez a AT, que “(...) os rendimentos daí derivados devem qualificar-se como rendimentos de capitais nos termos dos n.ºs 1 e 2, alínea p) do actual artigo 5.º do Código, fora portanto do regime mais favorável do n.º 3 do mesmo artigo.”

Bem ao invés: sendo claro que, de acordo com o Direito Comunitário e doméstico, os seguros e as OCs são produtos do ramo «Vida», e na ausência de norma expressa em sentido oposto, o regime fiscal previsto no artigo 5.º, n.º 3, do CIRS aplicar-se-á a rendimentos decorrentes de todo e qualquer seguro de vida, independentemente do tipo, natureza ou estrutura. Ou, por outras palavras, se existirem rendimentos decorrentes de uma apólice de seguro de vida atribuíveis a uma pessoa física fiscalmente residente em Portugal, estes devem sempre ser tratados de acordo com o artigo 5.º, n.º 3, do Código do CIRS⁹⁰.

Aliás, que sentido faria criar uma norma de incidência com vista à tributação do rendimento obtido com seguros e operações do ramo «Vida» de (ou com elementos de) capitalização, para depois as excluir da norma que para eles foi criada, com o fundamento de que são produtos meramente... de capitalização? Tal conclusão, a nosso ver, desafia a mais elementar lógica, pelo que deverá ser afastada.

Para rematar, diremos que não estamos sós nesta interpretação que fazemos do alcance da norma de incidência do artigo 5.º, n.º 3, do CIRS (por nós já avançada no nosso *Life Insurance and Tax Planning for Portuguese Clients*)⁹¹. Quer o Professor Xavier de Basto⁹², quer Teresa Soares Gomes⁹³, quer Luís Poças⁹⁴ (*inter alia*), na sua análise da tributação dos seguros de vida, afirmam claramente que

⁹⁰ No mesmo sentido, com profunda sustentação do ponto de vista financeiro, António Martins, *Aspetos do tratamento fiscal dos seguros unit-linked em sede de IRS*, Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra, 2013, Vol. LXXXIX, Tomo II, p. 801 e segs.

⁹¹ In Revista *Fiscalidade*, n.º 25, p. 137-148.

⁹² *IRS – Incidência Real e Determinação dos Rendimentos Líquidos*, Coimbra, 2007, p. 324-337.

⁹³ *O Agravamento Crescente da Tributação dos Seguros de Vida com Componente de Investimento*, in Revista *Fisco*, nr. 103/104, p. 55-83.

⁹⁴ *Seguros e Impostos*, cit., p. 227.

o mesmo regime é aplicável aos seguros de vida de risco, aos seguros de vida mistos (com finalidades de poupança/investimento associadas), aos seguros *unit-linked* e às OCs.

1.4. O benefício fiscal

Como vimos *supra*, de acordo com o artigo 5.º, n.º 3, do CIRS, verificada que seja a condição de que o montante dos prémios, importâncias ou contribuições pagos na primeira metade da vigência dos contratos representa pelo menos 35% da totalidade daqueles, há lugar a uma redução da sujeição a imposto, nos seguintes termos:

- a) *São excluídos da tributação um quinto do rendimento, se o resgate, adiantamento, remição ou outra forma de antecipação de disponibilidade, bem como o vencimento, ocorrerem após cinco e antes de oito anos de vigência do contrato;*
- b) *São excluídos da tributação três quintos do rendimento, se o resgate, adiantamento, remição ou outra forma de antecipação de disponibilidade, bem como o vencimento, ocorrerem depois dos primeiros oito anos de vigência do contrato.*

Ou seja, e em termos práticos, quando o contrato completa 5 anos de vigência, temos uma redução da taxa autónoma de 28%⁹⁵ para 22,4%, e quando completa 8 anos de vigência, uma redução para 11,2%.

Luís Poças alerta para dois detalhes de aplicação prática desta regra que cabe referir, pela sua recorrência:

- A contagem dos prazos: generalizou-se no mercado a fixação de prazos “5 anos e um dia” e “8 anos e um dia”, para evitar quaisquer equívocos em resultado da (equivoca) redacção das citadas alíneas⁹⁶. Como o referido autor, sempre entendemos

⁹⁵ Artigo 72.º, n.º 1, alínea b), do CIRS.

⁹⁶ Terá tido origem em Duarte Galhardas, *A tributação em sede de imposto sobre o rendimento dos regimes complementares de segurança social*, in Fisco 76/77, p. 46.

tal cautela desnecessária e, mesmo, incorrecta, hoje em face do disposto no artigo 39.º do RJCS. Citando Luís Poças: «Assim, se um contrato de seguro financeiro iniciar vigência às 0 horas do dia 1 de Janeiro do ano n e for celebrado pelo prazo de 8 anos, atingirá o termo às 24 horas do dia 31 de Dezembro do ano $n+7$ (...) o vencimento e liquidação sempre se produzirão fora do período dos oito anos iniciais do contrato.»⁹⁷

- A condição dos 35%: igualmente concordando com Luís Poças, que alinha pela nossa posição de sempre⁹⁸, entendemos que «(...) a primeira metade da vigência do contrato há-de apurar-se pelo período decorrido entre a respectiva data de início e a data do resgate, sendo o cômputo dos 35% efectuado em função de todos os prémios efetivamente pagos e não estornados no âmbito do contrato, tenham eles carácter periódico ou suplementar.»^{99 100}

Ultrapassados estes *pormenores*, cumpre debater este regime de vantagem fiscal enxertado na norma de incidência.

O objectivo do tratamento fiscal vantajoso deste tipo de produtos, *rectius*, do seu rendimento, parece-nos evidente: a promoção da poupança de médio/longo prazo, preferencialmente com vista à reforma. Ter-se-á em vista não apenas a promoção do simples aforro, mas sobretudo o facto de estes produtos terem, em geral, uma função previdencial, de reforço do terceiro pilar¹⁰¹.

É fácil compreender as razões que animam o Estado a favorecer fiscalmente a contratação de seguros de vida. Como escrevemos em 1993:

⁹⁷ *Seguros e Impostos*, cit, p. 243.

⁹⁸ Embora provavelmente nos tenhamos expressado incorrectamente em 1993. Vidé *Seguros e Impostos*, cit., p. 244, nota 331.

⁹⁹ *Seguros e Impostos*, cit, p. 245.

¹⁰⁰ E sem computar eventuais resgates parciais entretanto ocorridos – acrescentamos nós.

¹⁰¹ Remetemos para a famosa teoria dos “três pilares” cuja conjugação se pretende essencial para a obtenção de um sistema de previdência equilibrado e viável: os pilares de previdência estatal, empresarial e individual.

«No plano social, os seguros de vida, seja na sua vertente risco, seja na vertente capitalização, revelam-se excelentes instrumentos de previdência privada, de âmbito individual ou colectivo, designadamente quando contratados por empresas a favor dos seus funcionários. Tal característica ganha crescente importância num quadro de progressiva e inevitável insuficiência dos sistemas estatais de segurança social.

No plano económico, a importância dos seguros de vida surge também evidente. A capitalização das poupanças individuais através das seguradoras resulta, num primeiro momento, no desvio de recursos do consumo para a poupança e, num segundo momento, da poupança para o investimento, protagonizado por investidores institucionais de envergadura como o são as seguradoras.

(...)

Pelo que o factor de incentivo à contratação de seguros que a criação de vantagens fiscais constitui será o principal motivo para o peculiar enquadramento fiscal destes produtos, sendo este aspecto particularmente relevante, quando sabemos quão baixo é o nível de securização da população portuguesa»¹⁰².

Aliás, já nos anos 70 do século passado, Moitinho de Almeida assinalava, na sua seminal obra, que (*Os seguros de vida*)

«Desempenham uma função social inestimável, na medida em que garantem a segurança económica das famílias, libertam o homem de preocupações sobre o futuro dos seus e contribuem para o progresso dos Estados fomentando a poupança e o investimento, este pela aplicação das reservas matemáticas. As vantagens sociais, económicas e políticas do seguro de vida são hoje unânimemente reconhecidas pelos Poderes Públicos, que o rodeiam de isenções fiscais e de disciplina jurídica adequadas à sua rápida expansão.»¹⁰³

¹⁰² *Regime Fiscal dos Produtos do Ramo Vida*, cit., p. 39.

¹⁰³ *O Contrato de Seguro no Direito Português e Comparado*, Sá da Costa, Lisboa, 1971, p. 314.

Xavier de Basto alinha pelo mesmo diapasão:

«No fundo, trata-se de um regime de protecção à poupança de longo prazo, atendendo às finalidades sociais que esta pode servir, num período histórico em que mercê de circunstâncias demográficas, sociais e económicas várias, (...) os sistemas de segurança social públicos estão sujeitos a fortes pressões financeiras, quando não vêem ameaçada a sua solvência a médio prazo.»¹⁰⁴

De igual modo, mas numa perspectiva, como a nossa, mais ampla, Luís Poças declara:

«Ora, desde logo, as modalidades contratuais em análise, com uma inegável componente previdencial, são perspectiváveis como um regime complementar à segurança social. Nesta medida, proporcionam a constituição de um fundo que, por seu turno, permite a aquisição de um complemento de reforma – dando suporte ao segundo e, sobretudo, terceiro pilares de financiamento das reformas – ou a formação de uma reserva que acautela riscos futuros, nomeadamente de perda de rendimento. (...)

Por outro lado, ao constituírem, pela sua natureza, um meio privilegiado de poupança, os seguros financeiros são igualmente um instrumento de política macroeconómica, contribuindo para regular o consumo e a inflação. Simultaneamente – atendendo à composição dos fundos subjacentes às modalidades em causa – a referida poupança é também uma fonte de financiamento dos sectores público e privado e, logo, um estímulo ao investimento e à própria economia.»¹⁰⁵

Atento o exposto, mal se compreende a preocupação de José Carlos Gomes dos Santos com a possibilidade de violação de um princípio de neutralidade¹⁰⁶ em relação aos demais produtos financeiros de poupança, designadamente os oferecidos pela Banca. É certo que

¹⁰⁴ IRS – Incidência Real e Determinação dos Rendimentos Líquidos, cit., p. 330.

¹⁰⁵ Seguros e Impostos, cit, p. 232-233.

¹⁰⁶ Tributação dos Seguros de Vida – que evolução, in Fisco, n.º 25.

quer Xavier de Basto quer Luís Poças abordam este assunto nas obras que vimos citando, mas não alcançamos a questão: as diferenças são óbvias, e se uns merecem favor, os outros não. Todavia, este tema fez o seu caminho e encontramos no artigo 20.º-A do EBF a seguinte estipulação:

«1 – Os rendimentos obtidos por sujeitos passivos de IRS e derivados da remuneração de depósitos ou de quaisquer aplicações em instituições financeiras ou de títulos de dívida pública podem beneficiar do regime previsto no n.º 3 do artigo 5.º do Código do IRS, desde que tenha sido contratualmente fixado que:

- a) O capital investido deve ficar imobilizado por um período mínimo de cinco anos; e*
- b) O vencimento da remuneração ocorra no final do período contratualizado.*

2 – A fruição do benefício previsto no número anterior fica sem efeito caso o reembolso do capital investido ocorra em violação das condições aí previstas.»

Este preceito (que repesca benefícios mais antigos) foi aditado pela Lei n.º 82-E/2014, de 31 de Dezembro e estabelece um favor fiscal para os produtos de aforro de todo o sector financeiro.

A magna questão, contudo, ainda não foi aflorada: estamos perante um benefício fiscal ou perante um desagravamento estrutural, que integra o tecido do tributo?

A questão não é de somenos. De acordo com o artigo 10.º do EBF, as normas que estabeleçam benefícios fiscais não são susceptíveis de integração analógica, mas admitem interpretação extensiva. Esta regra, que à primeira vista parece meramente proclamativa, e em linha com o estabelecido no artigo 11.º da LGT, tem sido objecto de aplicação cautelosa por parte do Supremo Tribunal Administrativo. A jurisprudência constante deste tribunal afirma que as normas que conferem benefícios fiscais são normas excepcionais, pelo que podem ser interpretadas extensivamente, mas na medida em que contrariam os princípios da generalidade e da igualdade da tributação, são insusceptíveis de aplicação a casos que não tenham sido expressamente contemplados no benefício concedido, devendo,

como regra, ser objecto de interpretação estrita ou declarativa¹⁰⁷. Já os desagravamentos estruturais não sofrem desta limitação interpretativa¹⁰⁸.

E o que são uma coisa e outra? Hoje, a lei responde.

O conceito de benefício fiscal consta do artigo 2.º do EBF:

«Artigo 2.º Conceito de benefício fiscal e de despesa fiscal e respectivo controlo

1 – Consideram-se benefícios fiscais as medidas de carácter excepcional instituídas para tutela de interesses públicos extrafiscais relevantes que sejam superiores aos da própria tributação que impedem.

2 – São benefícios fiscais as isenções, as reduções de taxas, as deduções à matéria colectável e à colecta, as amortizações e reintegrações aceleradas e outras medidas fiscais que obedeçam às características enunciadas no número anterior.

(...).»

Já o conceito de desagravamento fiscal (estrutural) é definido pelo artigo 4.º do mesmo diploma:

Artigo 4.º Desagravamentos fiscais que não são benefícios fiscais

1 – Não são benefícios fiscais as situações de não sujeição tributária.

2 – Para efeitos do disposto no número anterior, consideram-se, genericamente, não sujeições tributárias as medidas fiscais estruturais de carácter normativo que estabeleçam delimitações negativas expressas da incidência.

(...).»

Estes conceitos legais não nos parecem isentos de crítica. Contudo, somos sensíveis aos argumentos da natureza especial dos

¹⁰⁷ Vidé, *inter alia*, Acórdãos n.º 26797, de 30/04/2002, n.º 0592/11, de 23/11/2011, e Acórdão n.º 0174/17, de 08/11/2017.

¹⁰⁸ Vidé Nuno Sá Gomes, *Teoria Geral dos Benefícios Fiscais*, CTF n.º 165, p. 267 e segs. Impressiona que, apesar da sua relevância, tão pouca atenção seja dedicada a esta matéria por parte da nossa doutrina. A obra de Nuno Sá Gomes data já de 1991, e não conhecemos outra tão compreensiva.

benefícios fiscais face às normas de não sujeição¹⁰⁹, as quais, pela sua função, serão de natureza estrutural. Como refere Guilherme Waldemar d'Oliveira Martins:

*«O benefício fiscal representa todo o desagravamento fiscal derogatório do princípio da igualdade tributária, instituído para a tutela de interesses extrafiscais de maior relevância.»*¹¹⁰

Por outro lado, como afirma Maria Teresa Barbot Veiga de Faria:

*«As exclusões tributárias constituem situações de não tributação introduzidas no sistema por via de delimitações negativas de incidência. Definem portanto um campo de não incidência, estruturante do próprio sistema de tributação-regra. Pelo contrário, um benefício fiscal, como resulta da definição dada no número anterior, pressupõem, como condição, necessária, a verificação de uma situação abrangida pelo âmbito de incidência (delimitação positiva).»*¹¹¹

Do exposto resulta para nós claro que o estabelecido na segunda parte do artigo 5, n.º 3, do CIRS, constitui norma estrutural de desagravamento fiscal e não um benefício fiscal, não porque esteja incluída no CIRS (o argumento formal ou sistemático não nos convence), mas porque foi estabelecido como elemento da regra de incidência. Ou, por outras palavras, ainda que motivado por realidades não tributárias, o favor fiscal resultante do regime estabelecido no artigo 5.º, n.º 3, do CIRS não constitui qualquer desvio ao princípio da igualdade em razão de interesses extrafiscais; ao invés, os interesses extrafiscais a que acima nos referimos levaram o legislador a conceber a incidência de IRS sobre este tipo de rendimentos de forma distinta em relação aos demais rendimentos de capitais, ainda que de natureza similar (ou mesmo idêntica, no caso das OCs), o que não constitui distorção ao sistema – mas sim o próprio sistema.

¹⁰⁹ Ou na formulação, que nos parece mais correcta, de Maria Teresa Barbot Veiga de Faria, normas de *exclusão tributária – Estatuto dos Benefícios Fiscais – notas explicativas*, 4.ª Edição, Rei dos Livros, 1998, p. 20.

¹¹⁰ *Os Benefícios Fiscais: Sistema e Regime*, Cadernos IDEFF n.º 6, Almedina, 2006, p. 15.

¹¹¹ *Estatuto dos Benefícios Fiscais – notas explicativas*, cit., p. 20.

A doutrina está longe de ser unânime a este respeito¹¹², mas cremos ser esta a posição correcta quanto à qualificação da regra. Posição que surge, a nosso ver, reforçada pelo facto de o artigo 20.º-A do EBF, que remete para o artigo 5.º, n.º 3, do CIRS, criar um benefício fiscal temporário – o que nos faz concluir que, para o legislador, o que está no artigo 5.º, n.º 3, do CIRS, é estrutural e perene, logo, um elemento do imposto para o qual se pode recorrer e remeter, e não um desvio ao seu sistema.

E com esta conclusão fechamos o ciclo.

1.5. Conclusão quanto à natureza do artigo 5.º, n.º 3, do CIRS

Afinal, aquilo que numa primeira leitura parecia uma amálgama de regras de diferente natureza não o é: trata-se de uma norma de incidência composta por uma *harmonia* de regras, a qual possui elementos positivos (sujeição ao imposto dos rendimentos de seguros e operações do ramo «Vida» e sua definição como rendimento diferencial) e elementos negativos (não sujeição parcial atenta a relevância destes produtos no âmbito previdencial e financeiro).

É nesta perspectiva, em nossa opinião, que se compreende a estabilidade desta regra no sistema do IRS. E é nesta perspectiva que a mesma deve ser trabalhada, ou seja, na sua interpretação e aplicação devemos utilizar os cânones hermenêuticos gerais, designadamente aqueles postulados no artigo 9.º do CC e no artigo 11.º da LGT, sem curar das restrições interpretativas operadas pelo artigo 10.º do EBF e pela jurisprudência dos tribunais superiores quanto à interpretação de benefícios fiscais.

2. A tributação indirecta

No que tange aos produtos e operações do ramo «Vida» – em particular nos seguros *unit-linked* –, a tributação indirecta possui

¹¹² Vidé Luís Poças, *Seguros e Impostos*, cit., p. 231.

mais relevância do que se possa pensar. Tal relevância surge proporcional aos valores investidos, porquanto há um pequeno número de *taxas e taxinhas* que o investidor prudente deve ter presente quando pondera aforrar através deste tipo de produtos.

O ponto de partida resulta do Direito Comunitário, conforme transposto pelo artigo 15.º, n.º 1, do RJSR:

«Os prémios dos contratos de seguro que cubram riscos situados em território português ou em que Portugal seja o Estado membro do compromisso estão sujeitos aos impostos indirectos e taxas previstos na lei portuguesa, independentemente da lei aplicável ao contrato e sem prejuízo da legislação especial aplicável ao exercício da actividade seguradora no âmbito institucional das zonas francas.»

Assim, estão sujeitos aos impostos indirectos nacionais os seguradores com sede ou sucursal em Portugal e os seguradores comunitários que aqui exercem a sua actividade em regime de livre prestação de serviços.

2.1. IVA

Pouco há a referir: todas as operações de seguro e resseguro, bem assim a sua intermediação¹¹³, estão isentas de imposto (isenção incompleta, *i.e.*, que não confere direito à dedução do imposto suportado a montante), como resulta do estabelecido no artigo 9.º, n.º 27, do CIVA.

2.2. IS

Já quanto ao IS muito há a dizer, como veremos já no ponto 3 seguinte, mas não a respeito do produto em si mesmo: há sujeição

¹¹³ Quanto à aplicação do IVA na intermediação de seguros há extensa e complexa doutrina e jurisprudência do TJUE, mas tal é tema para um tratado; felizmente, não tem relevância na perspectiva do presente trabalho.

de IS quanto à operação (apólice, na terminologia da Tabela Geral) e quanto à sua distribuição, *ex vi* do estabelecido no artigo 1.º do CIS e no ponto 22 da Tabela Geral. Contudo, nos termos do artigo 7.º, n.º 1, alínea b), do CIS, estão isentos de imposto *os prémios e comissões relativos a seguros do ramo «Vida»*.

2.3. A Contribuição Financeira para a ASF

Esta contribuição, criada pelo Decreto-Lei n.º 156/83¹¹⁴, tem como sujeito activo a ASF e como sujeito passivo as empresas de seguros autorizadas a exercer a sua actividade em Portugal. Encontra-se hoje prevista no artigo 38.º dos Estatutos da ASF¹¹⁵, e é regulada pela Portaria n.º 74-B/2016¹¹⁶.

A contribuição incide sobre a totalidade da receita processada, líquida de estornos e anulações, relativa aos seguros directos em que Portugal seja o Estado-Membro em que se situa o risco ou o Estado-Membro do compromisso, sendo as taxas as seguintes:

- a) 0,048% relativamente aos seguros directos do ramo «Vida»;
- b) 0,242% relativamente aos seguros directos dos restantes ramos.

A sua periodicidade é anual, embora seja, de acordo com a regulamentação da ASF, paga em duas prestações semestrais.

A respeito da sua natureza, não temos dúvidas em qualificar este tributo como uma contribuição financeira, de acordo com a classificação tripartida que resulta do artigo 165.º, n.º 1, alínea i), da CRP. Trata-se, aliás, de um exemplo de escola. A este respeito, veja-se a lição de Sérgio Vasques:

¹¹⁴ Decreto-Lei n.º 156/83, de 14 de Abril, que regulava o pagamento de taxas por parte das empresas de seguros ao ISP.

¹¹⁵ Aprovados em anexo ao Decreto-Lei n.º 1/2015, de 6 de Janeiro.

¹¹⁶ Portaria n.º 74-B/2016, de 24 de Março, que fixa as taxas devidas à ASF pelas empresas de seguros, entidades gestoras de fundos de pensões, mediadores de seguros ou de resseguros e entidades promotoras de cursos de formação sobre seguros.

«As «contribuições financeiras a favor das entidades públicas» (...) surgem por isso como «taxas colectivas» (...) querendo isto dizer, de um ponto de vista estritamente jurídico, que elas assentam em prestações cuja provocação ou aproveitamento se podem dizer seguros quando referidos ao grupo mas apenas prováveis quando referidos aos indivíduos que o integram. (...) não dão corpo a uma troca entre o sujeito passivo e a administração, tal como as taxas, mas a uma troca entre a administração e o grupo em que o sujeito passivo se integra.»¹¹⁷

Os seguradores e a sua actividade exigem regulação e supervisão estadual, cuja despesa deve ser por aquelas suportada. Este será o racional desta contribuição, ou o seu sinalagma colectivo.

Está por estabilizar qual o regime destas contribuições quanto à sua criação – se, enquanto não é criado o regime geral a que se refere a CRP e a LGT, as mesmas devem ser objecto de reserva parlamentar, ou se podem ser livremente criadas pelo Governo. Os mais recentes desenvolvimentos não são auspiciosos quanto à (des) protecção dos contribuintes.

Um dos pontos que mais questões tem suscitado refere-se à aplicação da lei no espaço, designadamente porque, por razões bem conhecidas, muitos cidadãos de outros Estados-Membros fixaram residência em Portugal e trouxeram consigo os seus seguros de vida. Como se aplica, nestes casos (e nos seus recíprocos), esta contribuição?

Em recente entendimento, aprovado por deliberação do Conselho de Administração em 15 de Março de 2022¹¹⁸, a ASF estabelece que o local do compromisso é definido, nos seguros do ramo «Vida», pela residência do tomador à data da celebração do contrato. Acrescenta ainda a ASF que, após o término de um contrato ou da sua renovação, o novo contrato terá como local do compromisso o Estado-Membro da nova residência habitual do tomador (sem prejuízo dos casos em que o local do risco não seja fixado pela residência do tomador). Este novo entendimento difere da posição defendida

¹¹⁷ *Manual de Direito Fiscal*, Almedina, 2013, p. 221 e segs.

¹¹⁸ Disponível em www.asf.com.pt

no Parecer emitido pela ASF em 2010 sobre o mesmo tema, o qual referia, expressamente, que a residência habitual para efeitos da determinação do Estado-Membro do compromisso devia ser aferida apenas à data da celebração do contrato de seguro (uma vez que é em tal data que são fixados os termos e pressupostos do contrato), desconsiderando eventuais situações de mudança de residência durante a vigência do contrato.

Salvo o devido respeito, somos de opinião que quer o pretérito quer o actual entendimento da ASF são, com a sua perspectiva estática (ou, agora, semi-estática), contrários à perspectiva dinâmica que a jurisprudência do TJUE consagrou no Acórdão RVS Levensverzekeringen¹¹⁹. Neste aresto, considerou o TJUE que, para efeitos de pagamento de prémios de seguro, o Estado-Membro do compromisso deveria ser determinado à data do pagamento do prémio de seguro que é sujeito a tributação, por o direito aplicável ser omissivo quanto ao momento a considerar para determinação da residência habitual do tomador. Concordamos com a perspectiva dinâmica adoptada pelo TJUE: a relação jurídico-tributária constitui-se, no nosso entendimento, em razão do pagamento do prémio, pelo que a contribuição é devida sempre que um prémio seja pago por um tomador que seja residente em Portugal no momento do pagamento do prémio.

2.4. INEM

De acordo com o artigo 9.º, n.º 2, alínea a) do Decreto-Lei n.º 34/2012¹²⁰, diploma que aprova a estrutura orgânica do Instituto Nacional de Emergência (INEM), constitui receita própria deste Instituto:

¹¹⁹ Processo C-243/11: “Com efeito, uma interpretação «dinâmica» do conceito de Estado-Membro do compromisso, ao qual se refere o artigo 50º, n.º 1, da Diretiva 2002/83 permite alcançar melhor os objetivos da prevenção da dupla tributação e das distorções da concorrência, sendo ao mesmo tempo compatível com o objetivo geral desta diretiva, de completar o mercado interno no setor do seguro direto de vida, em particular no respeitante à livre prestação de serviços.”

¹²⁰ Decreto-Lei n.º 34/2012, de 14 de Fevereiro.

«A percentagem de 2,5% dos prémios ou contribuições relativos a contratos de seguro, em caso de morte, do ramo ‘Vida’ e respetivas coberturas complementares, e contratos de seguros dos ramos ‘Doença’, ‘Acidentes’, ‘Veículos terrestres’ e ‘Responsabilidade civil de veículos terrestres a motor’, celebrados por entidades sediadas ou residentes no continente.»

Esta regra suscita várias dificuldades, de que salientamos uma de carácter geral e outra bem específica dos seguros *unit-linked*.

Desde logo, temos as mais sérias dúvidas quanto à natureza deste tributo no que respeita à sua incidência sobre os prémios de seguro de vida. De facto, sendo evidente que não se trata de uma taxa, parece-nos aceitável que se lhe atribua a natureza de contribuição financeira no que respeita aos seguros dos ramos ‘Doença’, ‘Acidentes’, ‘Veículos terrestres’ e ‘Responsabilidade civil de veículos terrestres a motor’. Todos estes produtos de seguros possuem uma relação, mais ou menos próxima, com as atribuições do INEM, suas funções e inerentes gastos, pelo que o sinalagma difuso e geral que caracteriza uma contribuição financeira poderá ter cabimento.

Já quanto aos seguros de vida em caso de morte, escapa-nos a relação entre o INEM e estes produtos, seus tomadores, pessoas seguras, beneficiários e os seguradores, pelo que nos parece estar-mos perante um verdadeiro imposto – e se tivermos razão quanto a este ponto, poderá colocar-se uma questão quanto à sua constitucionalidade. Dizemos isto com a consciência de que se trata de uma afirmação, no mínimo, audaz, pois estamos perante um tributo vetusto e aplicado pela indústria sem qualquer sobressalto – suportado pelo tomador, embora não resulte sequer claro da lei quem é o sujeito passivo.

No que respeita em particular aos seguros *unit-linked*, o problema que se coloca resulta do facto de estes poderem ser (como referimos já) seguros de vida em caso de vida ou em caso de morte. De acordo com a letra do citado preceito, só os seguros em caso de morte estão sujeitos a este tributo, o que poderia condicionar as opções dos seguradores quanto à tipologia dos produtos a oferecer – pois 2,5% do prémio é, num seguro *unit-linked*, amputação pesada. Estranhamente, o mercado parece ser indiferente a este facto, sendo

aliás comum muitos dos seguros de capitalização que circulam no mercado, e em particular os *unit-linked*, serem seguros de vida em caso de morte ou seguros mistos.

Entramos assim no universo do esquivo “Direito Circulatório”, bem conhecido por todos os que se dedicam ao Direito Fiscal, mas que no caso não respeita a decisões ou regulamentos da Administração Tributária. Falamos da vetusta Circular da ASF¹²¹ n.º 233/87, de 18 de Dezembro de 1987, cujo assunto se refere a “RAMO VIDA – TAXA A FAVOR DO INEM”. E diz esta Circular:

- 1 – *Deverão ser classificadas como “seguros em caso de morte” as modalidades em que seja possível o pagamento de uma importância, em caso de morte, superior ao montante capitalizado até à data do falecimento.*
- 2 – *Deverão ser classificadas como “seguros em caso de vida” as modalidades cuja importância segura nunca seja superior ao montante capitalizado até à data do falecimento.*
- 3 – (...).

Sucede que, nos seguros *unit-linked*, o capital seguro nunca excede o montante capitalizado, pelo que, de acordo com esta decisão/ regulamento/ doutrina/ esclarecimento e sua classificação dos seguros de vida, sempre um seguro de vida *unit-linked* será um seguro de vida em caso de vida, pelo que nunca será devida a *taxa* a favor do INEM¹²².

As nossas dúvidas a respeito deste tema são muitas.

Em primeiro lugar, embora seja verdade que este tributo é pago através da ASF, não foi esta entidade que criou ou lançou o imposto, nem sequer é credora do mesmo. Assim, temos algumas dúvidas quanto à legitimidade desta autoridade para se pronunciar sobre

¹²¹ À data, ISP.

¹²² Excepto quando exista uma cobertura complementar de risco puro, como sucede, por exemplo, nos seguros de vida do tipo *Universal Life*. Nesse caso, a parcela do prémio destinada ao prémio da cobertura tradicional (não capitalizável), parece-nos indubitavelmente sujeita a este tributo.

o tema ou exercer qualquer tipo de “interpretação autêntica”¹²³ da sua regra de incidência.

Em segundo lugar, e de acordo com a nossa experiência directa, pelo menos em 1989 (quando esta Circular já estava em vigor) o seguro *de vida inteira*, mesmo no caso em que a importância segurada fosse igual ao valor capitalizado dos prémios líquidos pagos, estava sujeito a esta *taxa* a favor do INEM.

Mais importante ainda, as definições declaradas por esta Circular não nos parecem corresponder a nenhuma classificação de seguro de vida, seja a classificação doutrinária, seja a listagem legal de tipos e modalidades de seguro de vida feita pela legislação europeia ou nacional.

Fica, pois, o registo das nossas perplexidades.

3. Sinistro morte – tratamento tributário

Nos seguros *unit-linked* construídos como seguros em caso de morte, mistos ou vida com contra-seguro, verificando-se a morte da pessoa segura (o sinistro morte), o segurador coloca à disposição do beneficiário designado um capital seguro, cujo valor corresponde, por regra, ao valor da provisão matemática¹²⁴. Neste caso, o contrato de seguro caracteriza-se, como é bom de ver, como um contrato a favor de terceiro, cujo regime informa o disposto no RJCS.

Ora, neste particular é comum dizer-se (pelo menos ouvimo-lo um sem número de vezes) que o beneficiário não paga nem IRS nem IS. Explicar porquê é que raras vezes é ouvido, muito menos estudado. Honra, pois, a Luís Poças, que (finalmente) se atreve a traba-

¹²³ A *interpretação autêntica* de determinada norma acontece quando o autor da regra emite uma interpretação da mesma, em regra por via da sua alteração, a qual é, por isso, obrigatória e retroactiva (devendo o carácter interpretativo da alteração ser afirmado). A figura da *lei interpretativa* encontra-se prevista no CC – artigo 13.º.

¹²⁴ Não cuidamos, aqui, dos casos em que a pessoa segura é distinta do tomador e este último é o beneficiário, pois neste particular entendemos que se aplica o artigo 5.º, n.º 3, do CIRS, sendo este sinistro, nesse caso e a nosso ver, um *vencimento*, embora o termo seja impróprio neste quadro.

lhar o regime tributário deste evento na perspectiva do beneficiário, exercício que nos parece original, pelo menos da forma sistemática como o autor o ensaia¹²⁵. Desde já aconselhamos a leitura integral e atenta da Parte VI da sua obra *Seguros e Impostos*, à qual nos referiremos em abundância e para a qual evitaremos remeter pontualmente, sob pena de multiplicarmos à exaustão as notas de rodapé.

3.1. IRS

O ponto de partida para o enquadramento desta realidade é, necessariamente, o facto de, pese embora o tributo assente no princípio do rendimento-acrécimo, a estrutura do IRS apelar a uma configuração cedular das normas de incidência, fenómeno a que nos referimos *supra* e que é amplamente confirmado pela doutrina.

Nessa medida, só podemos considerar sujeito a IRS aquilo que se surpreender como previsto nas normas de incidência, sendo que, pelo menos até à “reforma” de 2000, em nenhuma das categorias de imposto se poderia enquadrar este tipo de incremento patrimonial por parte do beneficiário do seguro de vida. Ora, com a dita reforma, o legislador veio alargar a incidência do imposto¹²⁶, alterando a regra que anteriormente estipulava a incidência de imposto sobre as mais-valias, mudando a sua epígrafe para *incremento patrimonial*, incluindo nesta nova categoria os rendimentos de mais-valias e enunciando novos rendimentos sujeitos a imposto, em particular os que hoje constam da alínea b) do n.º 1 do artigo 9.º do CIRS:

¹²⁵ No nosso *Regime Fiscal do Ramo Vida*, esboçámos tratamento em sede de Imposto sobre as Sucessões e Doações, mas o tempo encarregou-se de inutilizar o nosso trabalho. Embora não totalmente.

¹²⁶ E não mais do que isso. Qualquer tentativa de criação de uma categoria residual, onde se integrassem todos os rendimentos auferidos por sujeitos passivos de IRS que não se enquadrem nas demais normas de incidência, encontra-se necessariamente destinada ao fracasso, atenta a forma como o tributo é estruturado. Aliás, esta entorse ao princípio do rendimento-acrécimo, bem assim o carácter semi-dual do mesmo (englobamento apenas parcial dos rendimentos tributáveis, sendo os demais sujeitos a *flat rates* autónomas), é a regra (inescapável?) nos países desenvolvidos quanto aos tributos sobre o rendimento das pessoas singulares.

«As indemnizações que visem a reparação de danos não patrimoniais, exceptuadas as fixadas por decisão judicial ou arbitral ou resultantes de acordo homologado judicialmente, de danos emergentes não comprovados e de lucros cessantes, considerando-se neste último caso como tais apenas as que se destinem a ressarcir os benefícios líquidos deixados de obter em consequência da lesão,»

Ora, a primeira tentação é considerar que o valor pago pelo segurador ao beneficiário em caso de morte de um seguro de vida é uma *indemnização*, logo sujeita a IRS ao abrigo do citado preceito. É o caminho que Luís Poças decide trilhar, até porque o resultado é reconfortante e, à primeira vista, harmonioso, isto se entrarmos em linha de conta com o que estabelece o artigo 12.º do CIRS, uma vez que, de acordo com a conjugação do corpo do seu n.º 1 com a respectiva alínea b):

«O IRS não incide (...) sobre as indemnizações devidas em consequência de lesão corporal, doença ou morte, pagas ou atribuídas (...) ao abrigo de contrato de seguro, decisão judicial ou acordo homologado judicialmente,»

Assim, de acordo com a posição do autor, e resumidamente:

- O benefício em caso de morte é uma indemnização sujeita a IRS;
- Mas excluída da incidência do imposto por ser devida, em consequência de morte, ao abrigo de contrato de seguro.

Parece fácil, mas o percurso que Luís Poças realiza para chegar a esta conclusão é tudo menos simples. Começa por nos esclarecer quanto ao conceito e conteúdo de indemnização, vise esta reparar ou compensar um dano, concluindo que, em ambos os casos, o seu pagamento não dá lugar a um acréscimo patrimonial na esfera do lesado, pelo que não deve ser tributada – no que nos esclarece quanto à *ratio* do artigo 9.º, n.º 1, alínea b) do CIRS. Nada a opor neste particular, pois.

Seguidamente, porém, não pode deixar de se ensaiar o enquadramento do benefício em causa tendo em conta as regras e classificações de direito dos seguros.

Na verdade, só nos seguros de danos e nalguns seguros de pessoas podemos, em nossa opinião, falar do pagamento de uma indemnização, ou melhor, de um pagamento realizado, em cumprimento do contrato por parte do segurador, cujo valor corresponderá ao valor de uma indemnização¹²⁷. Num seguro de vida, e em caso de sinistro morte, a obrigação do segurador é convencionada, não obedecendo, na sua quantificação, a qualquer princípio indemnizatório.

Contudo, tal facto não constitui necessário travão para a eventual caracterização do pagamento do capital seguro como tendo uma função pelo menos parcialmente indemnizatória, porquanto o facto de se tratar de uma prestação convencionada não lhe afecta a eventual função indemnizatória. Como o autor refere, e bem, «(...) *o dano biológico (ou corporal) pode assumir uma vertente patrimonial e/ou não patrimonial, comportando, portanto, na tradicional classificação, danos patrimoniais e/ou não patrimoniais. Desta forma, quanto ao dano corporal, a sua ressarcibilidade global depende necessariamente de critérios contingentes e sujeitos, portanto, a alguma discricionariedade, assim como a quantificação do valor ressarcitório que deles resulta*¹²⁸. (...) Isso não é, porém, de molde

¹²⁷ Também aqui nos afastamos de Luís Poças, que sugere que o contrato de seguro é fonte de uma obrigação de indemnizar (p. 300). Discordamos: a obrigação do segurador é, por regra, proceder ao pagamento do capital seguro ao beneficiário (podendo, em casos específicos, fazer prestações em espécie, como sucede no seguro de assistência). Mas não constitui, em nosso entender, uma obrigação de indemnizar como esta é configurada no Direito: a obrigação de pagamento do benefício em que o segurador se constitui em caso de sinistro resulta do contrato de seguro celebrado com o tomador, sendo a sua função indemnizatória (quando exista) chamada apenas para regular e aferir do valor da prestação contratual a realizar, nesse caso, pelo segurador. Nessa medida, julgamos excessivo pretender que o contrato de seguro é fonte de uma obrigação contratual de indemnização, mesmo quando o seguro é de responsabilidade. Por outras palavras, pensamos que, neste particular, o autor sobrevaloriza as regras, legais e contratuais, de determinação do *quantum* da prestação, atribuindo-lhes a capacidade de subverter ou determinar a natureza da obrigação. É, para nós, uma obrigação contratual *tout court*, embora (nem sempre) com regras próprias, mas que não alteram a sua natureza.

¹²⁸ *Seguros e Impostos*, cit., p. 303-304.

a comprometer o carácter ressarcitório e compensatório de tal prestação, que cabe na noção de indemnização em sentido amplo. (...)»

Mas será assim quanto falamos do capital seguro de um seguro de vida *unit-linked* pago em caso de morte? Luís Poças entende que sim, defendendo que a sua função previdencial a tal conclusão conduz, que passamos a citar:

«Em suma, atendendo à natureza previdencial (e não especulativa) do seguro, quer as prestações indemnizatórias, quer as convenionadas (de valor predeterminado), assumem uma função reparatória – indemnizatória em sentido amplo – de danos. (...) Concluindo, será de reconhecer à generalidade das prestações por sinistros pagas por seguradores – em execução, portanto, de contratos de seguro, qualquer que seja o seu ramo ou modalidade – a natureza de indemnizações (em sentido amplo), quer na modalidade de reparação natural, quer de indemnização por equivalente ou em dinheiro, quer de compensação de danos não patrimoniais, quer ainda na conjugação cumulativa destas modalidades.»¹²⁹

Respeitosamente, discordamos.

Na verdade, e no que respeita aos seguros *unit-linked*, é nosso entender que os mesmos servem uma função de aforro e previdência e, *por isso mesmo*, não possuem nem natureza, nem carácter, nem causa, nem função indemnizatória, mesmo que em *latissimu sensu*. Quem decide poupar em favor de alguém, seja ele quem for, não tem em vista indemnizar ou compensar, muito menos indemniza ou compensa um dano. Não conseguimos conceber como indemnização um pagamento que visa deixar conforto a alguém por morte de alguém, e isto por duas razões: nem a morte que é o sinistro pode ser configurada como causando um dano indemnizável ou compensável, nem o pagamento visa indemnizar ou compensar a morte.

Podemos, evidentemente, compreender o ponto de partida do autor: a morte é um evento que causa dano, e tal dano, de natureza não patrimonial, pode ser compensado com uma indemniza-

¹²⁹ *Seguros e Impostos*, cit., p. 306.

ção. Quando alguém morre por causas não naturais, provocadas, de forma dolosa ou negligente, por um terceiro, ou mesmo por um acidente cuja ocorrência possa ser imputada a qualquer pessoa ou entidade, por acção ou omissão, pode alguém sofrer dano, e ficar credor de uma obrigação de indemnizar – a qual pode ser cumprida, naturalmente, por via de um contrato de seguro.

Mas, no nosso entender, não é isso que se passa no universo dos seguros *unit-linked*. Nestes, o que está presente, o que é causa e função do contrato são, como se referiu, as suas vertentes de aforro e de previdência, ainda que a favor de terceiros quando falamos de coberturas em caso de morte. *Providenciar* a alguém não é *indemnizar* ou *compensar*, é isso e apenas isso: providenciar. Se alguém decide fazer uma poupança para deixar aos filhos, e o faz através de um seguro *unit-linked*, faz isso e só isso. Nem a morte da pessoa segura causa, por si só, um dano compensável ou indemnizável a esse terceiro beneficiário¹³⁰, nem o pagamento que o beneficiário recebe pode ser encarado como uma indemnização ou compensação. Pense o leitor, pessoa previdente e cautelosa, no seguro de vida que fez a favor dos seus filhos, para que eles possam encarar um futuro confortável sem a sua presença. Será que a sua morte causa um dano aos seus filhos que *tenha* de ser compensado ou indemnizado? Ou *deva* sê-lo? Parece-nos que não.

Acresce que, para além de compreendermos o ponto de partida do autor, compreendemos igualmente o seu ponto de chegada: a conjugação das regras de incidência e não-incidência do CIRS, no que respeita ao pagamento do benefício morte dos seguros de vida, faz deveras sentido se entendermos que (i) o pagamento em causa é uma indemnização, (ii) sujeita a IRS nos termos do artigo 9.º, n.º 1, alínea b) do CIRS, mas (iii) afastada da sujeição pela regra do artigo 12.º, n.º 1, alínea b), do mesmo Código – a qual, de forma assaz conveniente, até menciona a *morte*. Funciona: não há lugar a

¹³⁰ Que pode nem sequer ter qualquer relação relevante com o tomador ou a pessoa segura – basta pensar no caso em que se designa como beneficiário um filho com o qual não se tem relação significativa ou uma instituição de caridade. Pense-se nos sistemas anglo-saxónicos, em que até um animal pode ser beneficiário.

pagamento de IRS por parte do beneficiário de um seguro de vida, mesmo quando este é um seguro *unit-linked*.

Mas a nossa perspectiva é distinta: a conjugação das regras em causa, e o seu resultado, só é de aplicar quando o pagamento recebido pelo beneficiário em caso de morte possui natureza indemnizatória. No caso de um seguro de vida *unit-linked*, o problema resolve-se, parece-nos, a montante: pura e simplesmente, em nossa opinião, inexistente norma de incidência, pois nestes casos, não havendo qualquer tipo de prestação com natureza ou função indemnizatória/compensatória/indemnizatória *latissimu sensu*, a regra de incidência do artigo 9.º, n.º 1, alínea b), do CIRS não vê preenchida a sua previsão¹³¹.

Embora porventura antiquada, mantemos assim a posição que exprimimos no nosso *Regime Fiscal dos Produtos do Ramo Vida* e que o próprio Luís Poças confessa já ter perfilhado¹³². Os nossos argumentos entretanto evoluíram, e para tanto temos também de agradecer ao compreensivo estudo que Luís Poças colocou à disposição de quem se interessa por estes temas.

E, tudo visto, o nosso resultado é o mesmo: o beneficiário do pagamento do capital seguro em caso de morte de um seguro *unit-linked* não tem de pagar IRS sobre esse valor. Contudo, chegamos lá por um caminho distinto e, a nosso ver, mais estável – pois mesmo que o legislador decida alterar a previsão do artigo 12.º, n.º 1, do CIRS, na nossa tese, o IRS continua a não ser devido.

E este é o nosso contributo para a explicação da afirmação, tantas vezes proclamada, de que *os seguros de vida unit-linked não pagam IRS*.

3.2. IS

O tema não é novo: já existia na vigência do Imposto sobre as Sucessões e Doações (ISD), e persiste após a *fuga* da tributa-

¹³¹ Nunca esquecendo que, como é sabido, a analogia é recurso não admitido na interpretação de regras de incidência tributária.

¹³² *Seguros e Impostos*, cit., p. 305.

ção sobre as transmissões gratuitas para o CIS. E o tema é, justamente, compreender que o benefício recebido pelo beneficiário em caso de morte de um seguro de vida *unit-linked* (de qualquer seguro de vida, aliás), não constitui uma transmissão gratuita sujeita a imposto – o que resulta evidente do estudo da doutrina que sobre o tema se debruçou, mas resulta complicado pela lei tributária, seja a do tempo do ISD, seja a actual do IS.

Vejamos.

Um contrato de seguro é, indubitavelmente, um contrato oneroso, sendo a contrapartida do segurador, contraface do prémio pago pelo tomador, a prestação de uma garantia/a cobertura de um risco. O sinalagma contratual é o descrito, resultando da natureza aleatória do contrato que o pagamento do capital em caso de sinistro constitui uma das modalidades de cumprimento do contrato por parte do segurador. Não havendo sinistro até ao termo do contrato de seguro, o segurador nada tem de pagar, mas o contrato igualmente se cumpriu.

Mas o contrato de seguro pode ser um mero negócio jurídico bilateral ou, como adiantámos já, um contrato a favor de terceiro. Nesse caso, da celebração do contrato nascem não uma, mas duas relações jurídicas, coevas: uma, entre o tomador e o segurador, e outra entre o segurador e o beneficiário. Na teorização dos contratos a favor de terceiro, chama-se à segunda relação de *cobertura* ou de *provisão*.

Contudo, existe ainda um interesse juridicamente relevante (porque com consequências jurídicas, seja na disciplina civil, seja na disciplina específica dos seguros), que é a relação que subjaz ou se cria em razão das relações contratuais e de cobertura: a relação entre o tomador e o beneficiário, que se designa por relação de *valuta*. Ora, esta última relação não constitui direitos adquiridos para o beneficiário, a não ser *se e quando* (podendo) o beneficiário aderir ao benefício consagrado no contrato celebrado entre o tomador e o segurador¹³³.

¹³³ De acordo com o artigo 119.º do RJCS, «A pessoa que designa o beneficiário pode a qualquer momento revogar ou alterar a designação, excepto quando tenha expressamente renunciado a esse direito ou, no seguro de sobrevivência, tenha havido adesão do beneficiário.»

Ou seja: estamos perante um contrato oneroso, celebrado entre o tomador e o segurador, do qual resultam direitos para o tomador (direito ao cumprimento por parte do segurador) e para o beneficiário: imediatamente, nos casos previstos no artigo 119.º do RJCS, e após a morte da pessoa segura fora desses casos.

A onerosidade do contrato parece-nos manifesta, pelo que não se pode falar de qualquer fenómeno de transmissão gratuita em resultado do contrato de seguro. O valor que o beneficiário recebe por morte (seja por morte ou por contra-seguro) é resultado de um contrato oneroso, ainda que por ele não celebrado. Por essa razão, a doutrina assinala que o direito do beneficiário ao valor em caso de morte não transita (gratuita ou onerosamente) da esfera jurídica do tomador para a do beneficiário, mas nasce *ex novo* na esfera do beneficiário¹³⁴; em particular, não estamos perante qualquer valor que integre a massa da herança do tomador, com todas as consequências daí resultantes¹³⁵. É certo que pode à relação de valuta subjazer *animus donandi*, e que tal facto levou o legislador a acautelar os direitos dos herdeiros do tomador, ao mandar aplicar «(...) *as disposições relativas à colação, à imputação e à redução de liberalidades, assim como à impugnação pauliana (...)*», mas “(...) *só no que corresponde às quantias prestadas pelo tomador do seguro ao segurador.*»¹³⁶

Resumindo, no nosso entendimento:

- a) O benefício por morte é pago ao beneficiário do seguro em razão de um contrato oneroso;
- b) O direito do beneficiário ao valor em caso de morte não transita (gratuita ou onerosamente) da esfera jurídica do tomador para a do beneficiário, mas nasce *ex novo* na esfera do beneficiário;

¹³⁴ Cfr., por todos, Diogo Leite de Campos, *Contrato a favor de terceiro*, 2.ª Edição, Almedina, 1991, p. 140.

¹³⁵ Cfr., por todos, Lopes Cardoso, *Partilhas Judiciais*, I, 4.ª Edição, Almedina, 1990, p. 434-435.

¹³⁶ Cfr. artigo 200.º do RJCS.

- c) Mesmo que haja intenção de doar por parte do tomador ao beneficiário, o capital seguro é resultado de uma relação jurídica onerosa;
- d) O eventual *animus donandi* apenas releva nos termos do artigo 200.º do RJCS, regime que se aplica ao prémio pago e apesar de não estarmos perante uma qualquer transmissão do tomador para o beneficiário.

À luz do exposto, forçoso é concluir que o capital recebido pelo beneficiário de um seguro de vida, em caso de morte da pessoa segura, não resulta de qualquer transmissão do tomador para a sua esfera jurídico-patrimonial, mas é, outrossim, um direito que nasce directamente na sua esfera em razão do contrato de seguro, oneroso. Logo, entendemos não existir aqui qualquer transmissão gratuita, pelo que estamos fora do plano de incidência do IS, *ex vi* do disposto no artigo 1.º do CIS e na verba 1.2 da Tabela Geral.

Mas então por que razão se estabelece, no artigo 1.º, n.º 5, alínea a), do CIS, que não são sujeitas a IS as transmissões gratuitas de créditos provenientes de seguros de vida?

Para Luís Poças, mais uma vez, estamos perante uma situação em que é da conjugação entre as normas de incidência e não incidência do imposto que obtemos o resultado adequado: não sujeição a IS do benefício recebido em caso de morte.

Para o mencionado autor, «*Quanto a este (terceiro beneficiário) a «transmissão» – aquisição de um crédito (direito ao capital) – é gratuita porque não resultou de qualquer atribuição patrimonial a cargo do terceiro. (...) nos termos literais da presente norma, os capitais (na verdade, quaisquer créditos) provenientes de seguros de vida são considerados transmissões gratuitas, mas não ficam sujeitos ao imposto do selo.*» Isto porque, de acordo com Luís Poças, o CIS passou a «*(...) reconhecer que os créditos dele emergentes constituem uma transmissão gratuita.*»

Também quanto a este ponto, divergimos do referido autor.

Se bem atentarmos, o que o autor nos está a dizer é que a regra de não incidência do artigo 1.º, n.º 5, alínea a), do CIS é, afinal, uma norma que, a um tempo, cria uma *ficção jurídica* – o benefício em caso de morte é uma transmissão gratuita para efeitos da sua sujei-

ção a IS e, simultaneamente exclui tal transmissão da incidência do tributo. Mas como pode isto ser? Ou, por outras palavras, que sentido tem estabelecer na mesma regra a incidência e a não incidência de uma dada realidade?

A alternativa é ainda pior – seria crer que, para o legislador do IS, o benefício em caso de morte se subsume à previsão da verba 1.2. da Tabela Geral. Mas esta apenas se refere a *Aquisição gratuita de bens* – o que, como vimos, não é o que sucede, pois a aquisição resulta de um contrato oneroso.

Concedemos que a exegese da regra da verba 1.2. da Tabela Geral admite o entendimento de que o benefício auferido pelo beneficiário em caso de morte fique abrangido pela incidência do imposto, porquanto, literalmente, o beneficiário nada despendeu para receber o capital seguro e, nessa perspectiva, para ele trata-se de uma *Aquisição gratuita* de bens. Mas a letra não é o único elemento de partida para a interpretação da lei, apenas o seu ponto de partida e limite hermenêutico. Este entendimento meramente literal parece *atropelar* todo o regime jurídico do contrato a favor de terceiro em geral, e o do seguro de vida em particular. Mesmo considerando que este tributo não incide sobre o rendimento, mas sobre manifestações indirectas de rendimento ou riqueza¹³⁷, parece-nos que esta solução atenta contra o objectivo do tributo e, portanto, não pode proceder.

Acresce que, do ponto de vista do sistema do tributo em causa, o termo *aquisição* aparece apenas nesse preceito da Tabela Geral – o CIS refere-se, na regra de incidência do artigo 1.º, a *transmissões gratuitas*, só falando em *aquisição* para estabelecer ficções jurídicas em ordem a alargar a incidência a realidades que não são transmissões – o que, manifestamente, não é o caso dos créditos resultantes de seguro de vida, pois aí o que estará a fazer é a afastar a incidência... não a alargá-la.

Contudo, não podemos deixar de atender ao comando do n.º 3 do artigo 9.º do Código Civil, de acordo com o qual “*Na fixação do sentido e alcance da lei, o intérprete presumirá que o legislador consa-*

¹³⁷ Neste sentido, cf., por todos, Saldanha Sanches, *Manual de Direito Fiscal*, 3.ª Edição, Coimbra, 2007, p. 431 e segs.

grou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados.” Pode concluir-se, no limite e por via de interpretação ab-rogante valorativa, que a regra em causa é vácuca e sem sentido útil. Mas, como nos ensina Oliveira Ascensão¹³⁸, mesmo nos casos em que a regra parece inútil ou absurda, em obediência ao citado n.º 3 do artigo 9.º do Código Civil e ao que o autor designa de princípios de aproveitamento das leis e da racionalidade da legislação, é dever do intérprete “*partindo do princípio de que a lei é acertada, procurar(á) de todos os modos chegar a um sentido útil.*”

A nosso ver, pois, o sentido útil a retirar da regra do artigo 1.º, n.º 5, alínea a), do CIS é que se trata de uma regra pedagógica, que visa esclarecer a realidade pré-existente: a de que o benefício em caso de morte auferido pelo beneficiário de um seguro de vida não resulta de uma transmissão (gratuita) a seu favor, mas sim um direito de crédito que nasce directamente na sua esfera jurídica em resultado de um negócio jurídico oneroso.

Tudo visto, e mais uma vez, chegamos ao mesmo resultado prático: não há IS sobre o capital recebido, por morte, pelo beneficiário de um seguro de vida. Contudo, o nosso caminho parece-nos mais conforme ao regime jurídico do contrato a favor de terceiro/do contrato de seguro de vida, o qual tem de informar as regras de incidência dos tributos que lhes sejam eventualmente aplicáveis – é isso que nos impõe o artigo 9.º do CC e o artigo 11.º da LGT. Ou seja, e para nós, é este o caminho que melhor capta a *mens legis* e, por isso, deve prevalecer. Acresce que, mais uma vez, é trilho mais seguro, porque igualmente menos dependente dos caprichos do legislador tributário.

¹³⁸ *O Direito – Introdução e Teoria Geral*, cit., p. 428 e segs.



JOSÉ VASQUES
Jurista

Sobre o direito ao seguro

On the right to insurance

Em memória do Professor Doutor Pedro Romano Martinez†

RESUMO: O regime jurídico do contrato de seguro assenta no princípio da liberdade contratual, mas a proibição das práticas discriminatórias e a existência de seguros obrigatórios suscitam a questão da eventual existência de um *direito ao seguro*.

Palavras-Chave: Direito ao seguro, princípio da igualdade, práticas discriminatórias, seguros obrigatórios.

ABSTRACT: The insurance contract law is based on contractual freedom, but the prohibition of discriminatory practices and the existence of mandatory insurance raise the question of the possible existence of a *right to insurance*.

Keywords: Right to insurance, principle of equality, discriminatory practices, mandatory insurance.

† Em memória do senhor Professor Doutor Pedro Romano Martinez, recentemente falecido, com quem tive o privilégio de trabalhar no âmbito da Comissão de Revisão do Regime Jurídico do Contrato de Seguro, por ele coordenada, nomeada pelo Despacho n.º 22409/2006, de 22 de setembro de 2006, do Secretário de Estado do Tesouro e das Finanças, publicado no *Diário da República*, 2.ª Série, n.º 213, de 6 de novembro de 2006.

SUMÁRIO: Introdução. Proibição de práticas discriminatórias. Fundamentação do direito ao seguro no princípio da igualdade e nos serviços públicos essenciais. Direito à conta e direito ao seguro. Direito ao seguro e seguros obrigatórios. Direito ao seguro e seguros facultativos. Conclusões.»

Introdução

O regime jurídico do contrato de seguro assenta na ideia de que a celebração de contratos de seguro depende da obrigação do tomador do seguro ou o segurado, antes da celebração do contrato, declarar com exatidão todas as circunstâncias que conheça e razoavelmente deva ter por significativas para a apreciação do risco pelo segurador, e na correspondente avaliação, seleção e aceitação, efetuada pelo segurador, do risco a cobrir¹.

Por outro lado, resulta do referido regime o princípio de que na celebração, na execução e na cessação do contrato de seguro *são proibidas as práticas discriminatórias em violação do princípio da igualdade*²; admitindo-se que a violação dessa proibição ocorre quando as práticas e técnicas de avaliação, seleção e aceitação de riscos próprias do segurador para efeitos de celebração, execução e cessação do contrato de seguro conduzam a um tratamento menos favorável do que aquele que seja dado a outra pessoa em situação comparável³.

¹ As ideias referidas no texto estão disseminadas pelo regime jurídico do contrato de seguro, aprovado e publicado como anexo pelo Decreto-Lei n.º 72/2008, de 16 de abril, em especial nos artigos 16.º a 38.º, dedicados à *Formação do contrato*, e que constituem o capítulo II do título I daquele regime – ao qual, salvo indicação em contrário, pertencem, na sua redação em vigor, todas as disposições legais de que se não indique outra fonte; sobre a ligação entre o *risco*, o *prémio do seguro* e a *garantia* v. JEAN BIGOT (dir.), *Traité de droit des assurances*, Paris, LGDJ, 2002, tomo 3, pág. 40.

² Embora a proibição das práticas discriminatórias seja genericamente estabelecida nos termos reproduzidos no texto (artigo 15.º, n.º 1), não se desconhece que a mesma é, depois, recortada sobre a discriminação em razão da deficiência ou de risco agravado de saúde (n.º 2), bem como a relativa a pessoas que superaram situações de risco agravado e que, apesar de terem comprovadamente cessado a fase de tratamentos ativos, ainda tenham de realizar tratamentos coadjuvantes (artigo 15.º-B, n.º 1); a questão interessa, portanto, os artigos 15.º, 15.º-A e 15.º-B.

³ Artigo 15.º, n.º 2, que remete expressamente para a Lei n.º 46/2006, de 28 de agosto, que

Finalmente, mas não menos importante, *o contrato de seguro rege-se pelo princípio da liberdade contratual*⁴, isto é, *vigora a regra da liberdade de celebrar contratos de seguro, de escolha da contraparte e de modulação do conteúdo do contrato*⁵.

Em síntese, a lei reconhece ao segurador o direito de apenas subscrever contratos de seguro que se enquadrem nas práticas e técnicas de avaliação, seleção e aceitação de riscos que tenha adotado para efeitos de celebração, execução e cessação do contrato de seguro, e estabelece que destas práticas e técnicas não podem resultar discriminações em violação do princípio da igualdade.

O que se discutirá neste texto é a questão de saber se é possível basear no que precede – ou em quaisquer outras disposições legais e regulamentares – um eventual *direito ao seguro*, procurando, igualmente, similitudes com realidades próximas.

O *direito ao seguro* pode ser, para os efeitos deste texto, descrito como o poder, em que qualquer pessoa estaria investida, de exigir que o segurador com ela celebre um contrato de seguro, sem que este o possa recusar; eventualmente, esse direito poderia ser limitado a alguns tipos de seguros ou a determinadas coberturas e limites, nomeadamente aos seguros obrigatórios.

Proibição de práticas discriminatórias

Independentemente de, na celebração, na execução e na cessação do contrato de seguro, serem proibidas as práticas discriminatórias

proíbe e pune a discriminação em razão da deficiência e da existência de risco agravado de saúde.

⁴ Artigo 11.º, primeira parte; naturalmente, o princípio da liberdade contratual – que é seminalmente enunciado no artigo 405.º do Código Civil – não consagra uma liberdade absoluta, havendo que considerar os limites em que se inscreve, nomeadamente os que resultam da própria lei; o tema não poderá aqui ser desenvolvido, remetendo-se, por todos, para JORGE MORAIS CARVALHO, *Os limites à liberdade contratual*, Coimbra, Almedina, 2016.

⁵ PEDRO ROMANO MARTINEZ, anotação ao artigo 11.º do regime jurídico do contrato de seguro in PEDRO ROMANO MARTINEZ *et al.*, *Lei do contrato de seguro anotada*, 4.ª ed., Coimbra, Almedina, 2020, pág. 68.

rias em violação do princípio da igualdade⁶, a lei admite a existência de práticas e técnicas de avaliação, seleção e aceitação de riscos próprias do segurador para efeitos de celebração, execução e cessação do contrato de seguro⁷; essas práticas e técnicas – que estão sujeitas a supervisão da Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões (ASF) – devem ser objetivamente fundamentadas, tendo por base dados estatísticos e atuariais rigorosos considerados relevantes nos termos dos princípios da técnica seguradora, devendo o segurador, com base naqueles dados, prestar ao proponente, sem dependência de pedido nesse sentido, informação sobre o rácio entre os fatores de risco específicos e os fatores de risco de pessoa em situação comparável mas não afetada por aquela deficiência ou risco agravado de saúde^{8 9}.

No entanto, apenas na contratação de seguros obrigatórios ou facultativos associados à contratação de crédito à habitação e crédito aos consumidores por parte de pessoas que tenham superado ou mitigado situações de risco agravado de saúde ou de deficiência¹⁰ estão previstos mecanismos específicos para garantir o *acesso sem discriminação a contratos de seguro*¹¹.

⁶ Artigo 15.º, n.º 1.

⁷ Artigo 15.º, n.º 3, primeira parte.

⁸ Artigo 15.º, n.ºs 3, segunda parte, e 4.

⁹ Sobre a discriminação no contexto do contrato de seguro v., entre outros, FRANCISCO LUÍS ALVES, «A discriminação e a avaliação do risco nos seguros», *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Ano 52.º (2011), n.º 3-4, pág. 213 e segs., FRANCISCO LUÍS ALVES, «O regime jurídico da discriminação aplicável aos seguros – Presente e futuro», *Fórum*, Ano XVI (2012), n.º 31, pág. 29 e segs., LUÍS POÇAS, «A Lei 75/2021, o direito ao esquecimento e os seguros», *Revista de Direito Comercial*, 2022, págs. 129-149, e, embora mais focado no direito ao esquecimento, LUÍS POÇAS, «Declaração do risco seguro e direito ao esquecimento», *Revista de Direito Financeiro e do Mercado dos Capitais*, n.º 15 (2022), pág. 635 e segs.; embora ainda não contemplando as alterações introduzidas pela Lei n.º 75/2021, v., também o comentário de LEONOR CUNHA TORRES ao artigo 15.º do regime jurídico do contrato de seguro, bem como os comentários complementares de ARNALDO COSTA OLIVEIRA in PEDRO ROMANO MARTINEZ *et al.*, *Lei do contrato de seguro anotada*, respetivamente, págs. 79-81 e 81-86.

¹⁰ Artigo 15.º-A, n.º 3.

¹¹ Artigo 15.º-A, n.ºs 1 a 3.

Em articulação com a proibição das práticas discriminatórias deve referir-se também o *direito ao esquecimento* na contratação de seguros obrigatórios ou facultativos associados a contratos de crédito à habitação e crédito aos consumidores¹², que vem a consistir em as pessoas que tenham superado ou mitigado situações de risco agravado de saúde ou de deficiência não poderem ser sujeitas a um aumento de prémio de seguro ou exclusão de garantias de contratos de seguro, nem delas poder ser recolhida ou objeto de tratamento nenhuma informação de saúde relativa à situação médica que originou o risco agravado de saúde ou a deficiência desde que tenham decorrido, de forma ininterrupta determinados prazos fixados na lei^{13 14}.

A conjugação da proibição da discriminação em razão de deficiência ou de risco agravado de saúde (que, no entanto, não significa, em regra, a desconsideração da deficiência ou do estado agravado de saúde na determinação do prémio de seguro), com o dever de o segurador fundamentar a recusa da celebração do contrato de seguro ou o agravamento do respetivo prémio em razão de deficiência ou de risco agravado de saúde, parece *a contrario sensu* desobrigar o segurador de fundamentar quaisquer outras recusas de celebração de contratos de seguro^{15 16} – do que decorreria, face à possibilidade

¹² Lei n.º 75/2021, de 18 de novembro, que reforça o acesso ao crédito e contratos de seguros por pessoas que tenham superado ou mitigado situações de risco agravado de saúde ou de deficiência, proibindo práticas discriminatórias e consagrando o direito ao esquecimento, alterando a Lei n.º 46/2006, de 28 de agosto, e o regime jurídico do contrato de seguro.

¹³ Artigo 3.º da Lei n.º 75/2021.

¹⁴ Sobre o *direito ao esquecimento* v. ÉMILE LINGLIN, «“L’assurance pour tous”? Réflexion juridique sur un dessein politique», *Les Petites Affiches*, n.º 123 (2017), tomo 7, págs. 5-7, e, entre nós, FRANCISCO RODRIGUES ROCHA, «O “direito ao esquecimento” na Lei n.º 75/2021, de 18 de novembro. Breves notas», *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. LXIII (2022), n.ºs 1-2, págs. 341 e segs., LUÍS POÇAS, “A Lei 75/2021, o direito ao esquecimento e os seguros” e LUÍS POÇAS, «Declaração do risco seguro e direito ao esquecimento».

¹⁵ Neste sentido v. LUÍS POÇAS, “A Lei 75/2021, o direito ao esquecimento e os seguros”, pág. 148, louvando-se em FRANCISCO LUÍS ALVES, «A discriminação e a avaliação do risco nos seguros», p. 250.

¹⁶ Extravasaría o âmbito deste texto a disquisição do entendimento sumariamente descrito no texto, mas sempre se dirá que, muito provavelmente, estaremos perante o frequente erro lógico em que o argumento *a contrario sensu* pode induzir: qualificar como excepcional (isto é, oposta à que disciplina a generalidade das relações do mesmo tipo) uma norma que

de recusa (devidamente fundamentada nos casos de deficiência ou de risco agravado de saúde, e infundamentada nos restantes), a inexistência de qualquer *direito ao seguro*.

Deve ainda notar-se que a legislação que proíbe e sanciona a discriminação em função do sexo no acesso a bens e serviços e seu fornecimento¹⁷, apesar de incluir disposições relativas ao regime geral dos contratos de seguro e outros serviços financeiros¹⁸, limita-se a prever a proibição da consideração do sexo como fator de cálculo dos prémios e prestações de seguros, sem, no entanto, prever qualquer *direito ao seguro*.

o não seja; e, efetivamente, prevendo que, em caso de recusa de celebração de um contrato de seguro ou de agravamento do respetivo prémio em razão de deficiência ou de risco agravado de saúde, o segurador deve, com base nos dados obtidos nos termos do número anterior, prestar ao proponente, sem dependência de pedido nesse sentido, informação sobre o rácio entre os fatores de risco específicos e os fatores de risco de pessoa em situação comparável mas não afetada por aquela deficiência ou risco agravado de saúde, não pode daí deduzir-se, sem mais, que o segurador não deva (e, necessariamente, não possa) fundamentar a recusa de celebração ou agravamento do prémio nos restantes casos, designadamente por estar, na celebração, na execução e na cessação de qualquer contrato de seguro submetido ao princípio da igualdade (cfr. artigo 15.º, n.º 1, e artigo 13.º da Constituição da República Portuguesa) – sobre esta questão, entre a inabarcável bibliografia, v. ULRICH KLUG, *Lógica jurídica*, Bogotá, Editorial Temis, 2004 (1951-1982), 185-188 e 196-199, CHAÏM PERELMAN e LUCIE OLDBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation*, Bruxelas, Editions de la Université de Bruxelles, 2008 (1958), págs. 325 e segs., CHAÏM PERELMAN, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, 2.ª ed., Paris, Dalloz, 1979 (1976), págs. 8-10 e 55-58, e, entre nós, JOÃO DE CASTRO MENDES, *Introdução ao estudo do direito*, Lisboa, Faculdade de Direito de Lisboa, 1977, págs. 358-361, e MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução ao direito*, Coimbra, Almedina, 2012, págs. 439-442.

¹⁷ Lei n.º 14/2008, de 12 de março.

¹⁸ Artigo 6.º da Lei n.º 14/2008 – sobre estas disposições v. MARGARIDA TORRES GAMA, «Proibição de práticas discriminatórias» in MARGARIDA LIMA REGO (coord.), *Temas de direito dos seguros. A propósito da nova lei do contrato de seguro*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2016 (2012), pág. 147-149, e ARNALDO COSTA OLIVEIRA, comentários complementares ao artigo 15.º do regime jurídico do contrato de seguro in PEDRO ROMANO MARTINEZ *et al.*, *Lei do contrato de seguro anotada*, págs. 82-84.

Fundamentação do *direito ao seguro no princípio da igualdade e nos serviços públicos essenciais*

Na falta de fundamento legal específico, haveria a tentação de buscar no *princípio da igualdade* ou nos *serviços públicos essenciais* a base em que assentaria o *direito ao seguro*.

Não parece, no entanto, convincente a tese que fundamente o *direito ao seguro* (mas, também, qualquer outro direito análogo) no *princípio da igualdade*, partindo do direito subjetivo, individual, e tornando-o num direito destinado à satisfação de uma necessidade social: *o desejo de igualdade torna-se cada vez mais insaciável quanto maior for a igualdade* e o espectro do igualitarismo nunca está longe¹⁹; acresce que o *princípio da igualdade* sempre teria, neste contexto, de ser conjugado, entre outros, com o direito da livre iniciativa privada²⁰ e do funcionamento eficiente dos mercados^{21 22}.

¹⁹ ALEXIS DE TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, tomo II, capítulo XIII, 2.^a parte, 1981, Garnier-Flammarion, pág. 174, citado por ÉMILIE LINGLIN, «“L’assurance pour tous”? Réflexion juridique sur un dessein politique», pág. 4, de quem é também a conclusão quanto ao igualitarismo, todas as traduções incluídas neste texto são da nossa responsabilidade:

[...] ces avancées [l’amélioration de l’assurabilité des personnes porteuses d’un risque aggravé de santé] au nom de la réduction des inégalités ne sont pas sans danger car «le désir de l’égalité devient toujours plus insatiable à mesure que l’égalité est plus grande». Le spectre de l’égalitarisme n’est donc jamais loin.

[...] estes avanços [melhorar a segurabilidade das pessoas que apresentam um risco acrescido para a saúde] em nome da redução das desigualdades não são isentos de perigo porque «o desejo de igualdade torna-se cada vez mais insaciável à medida que a igualdade é maior». O espectro do igualitarismo, portanto, nunca está longe.

Cfr., para mais desenvolvimentos, ÉMILIE LINGLIN, ob. cit., pág. 14 e segs.

²⁰ Artigo 61.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa.

²¹ Artigo 81.º, n.º 1, alínea f), da Constituição da República Portuguesa.

²² Sobre esta conjugação v. LEONOR CUNHA TORRES, anotação ao artigo 15.º do regime jurídico do contrato de seguro in PEDRO ROMANO MARTINEZ *et al.*, *Lei do contrato de seguro anotada*, págs. 79-81; anteriormente à publicação da Lei n.º 75/2021, MARGARIDA TORRES GAMA, «Proibição de práticas discriminatórias», págs. 139-140, referia-se aos princípios da igualdade e da autonomia privada nos seguintes termos:

[...] o princípio da igualdade surge assim, por força deste artigo 15.º da LCS, essencialmente como uma forma de limitação da autonomia privada das seguradoras na celebração de negócios jurídicos (princípio que é também constitucionalmente protegido, como corolário do direito à iniciativa privada – art. 61.º CRP –, direito de carácter análogo aos Direitos, Liberdades e Garantias, nos termos dos arts. 17.º e 18.º CRP, e que, adicionalmente, vem consagrado no art. 52.º da LCS).

Por outro lado, embora as empresas de seguros sejam qualificadas como *entidades de interesse público*²³, a celebração, pelas mesmas, de contratos de seguro (obrigatórios ou facultativos) não figura entre os *serviços públicos essenciais*²⁴, pelo que também aí se não encontra fundamento para o *direito ao seguro*.

Direito à conta e direito ao seguro

É tentador procurar uma figura paralela, na qual buscar arrimo para um alegado *direito ao seguro*.

Releva, no contexto da atividade bancária, o designado direito à *conta*, cujo fundamento reside na essencialidade de dispor de uma conta bancária para concretizar – por vezes sem outras alternativas – operações básicas da vida diária²⁵.

Ainda que se admitisse basear esse *direito à conta* (e, por extensão, o *direito ao seguro*) na regulação da concorrência, designada-

²³ Artigo 2.º, alínea g), do Decreto-Lei n.º 225/2008, de 20 de novembro, que cria o Conselho Nacional de Supervisão de Auditoria e aprova os respetivos Estatutos, procedendo à transposição parcial da Diretiva n.º 2006/43/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de maio, relativa à revisão legal das contas anuais e consolidadas.

²⁴ Cfr. Lei n.º 23/96, de 26 de julho, que cria no ordenamento jurídico alguns mecanismos destinados a proteger o utente de serviços públicos essenciais.

²⁵ O *direito à conta* terá sido tratado pioneiramente entre nós por ALBERTO LUÍS, *Direito bancário. Temas críticos e legislação conexa*, Coimbra, Almedina, 1985, págs. 127-128; v., também, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Manual de direito bancário*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2001 (1998), págs. 506-508, JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Direito bancário*, Coimbra, Almedina, 2001, págs. 336-342; v. também, CARLOS FILIPE COSTA, «Há um direito a (ter) conta bancária? – a conta de serviços mínimos bancários», 2021, MIGUEL DE AZEVEDO MOURA, «Ainda sobre o direito a (ter) uma conta bancária», 2021 (os dois últimos autores discutem a descrição jurídica da relação estabelecida entre o cliente e o banqueiro no contexto dos serviços mínimos bancários, partindo do princípio que estamos perante uma restrição à autonomia privada da instituição de crédito, mas parecem não levar em linha de conta que, pelo menos quando a obrigatoriedade da abertura de conta resulte da lei, estaremos, também, perante uma restrição à autonomia privada do cliente), e CLÁUDIA M. ALVES, «As Contas de Serviços Mínimos Bancários» in *Anuário da Nova Consumer Lab*, ano 3 (2021), págs. 195-234 – a disponibilidade das três últimas espécies bibliográficas em <https://novaconsumerlab.novalaw.unl.pt> foi confirmada em 15 de novembro de 2023.

mente na proibição da recusa da venda de bens ou de prestação de serviços²⁶, tal proibição aplica-se, atualmente, apenas nas relações entre empresas²⁷, deixando, assim, de ser potencialmente aplicável ao problema²⁸. Não falta, no entanto, quem admita que *proporcionar a todos os cidadãos ter uma conta é lutar também pela proteção do consumidor*²⁹.

Na realidade, pese embora a *feroz concorrência entre as instituições financeiras*³⁰, a possibilidade da abertura de uma conta bancária não é um dado adquirido, e a sua necessidade resulta já hoje, além da prática quotidiana experienciada pelos cidadãos, da limi-

²⁶ Esse eventual fundamento era referido por ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, ob. cit., pág. 507, referindo-se ao artigo 4.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 370/93, de 29 de outubro, que proibia as práticas individuais restritivas do comércio:

Artigo 4.º

Recusa de venda de bens ou de prestações de serviços

1 – É proibido recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, segundo os usos normais da respetiva atividade ou de acordo com as disposições legais ou regulamentares aplicáveis, ainda que se trate de bens ou de serviços não essenciais e que da recusa não resulte prejuízo para o regular abastecimento do mercado.

.....

²⁷ O diploma referido na nota anterior foi revogado pelo Decreto-Lei n.º 166/2013, de 27 de dezembro, cujo artigo 6.º trata a recusa de venda de bens ou de prestação de serviços nos seguintes termos (os sublinhados foram adicionados):

Artigo 6.º

Recusa de venda de bens ou de prestação de serviços

1 – Sem prejuízo dos usos normais da respetiva atividade ou de disposições legais ou regulamentares aplicáveis, é proibido a uma empresa recusar a venda de bens ou a prestação de serviços a outra empresa, ainda que se trate de bens ou de serviços não essenciais e que da recusa não resulte prejuízo para o regular abastecimento do mercado, exceto quando se verifique causa justificativa de recusa.

.....

²⁸ Neste sentido v. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO e A. BARRETO MENEZES CORDEIRO, *Manual de direito bancário*, 7.ª ed., Coimbra, Almedina, 2023 (1998), vol. I, págs. 462.

²⁹ Neste sentido, identificando o conceito de *consumidor* com o sentido lato de *cidadão*, v. ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, «A resposta do ordenamento jurídico português à contratação bancária pelo consumidor» in LUIS PEDRO CUNHA, JOSÉ MANUEL QUELHAS e TERESA ALMEIDA (org.), *Homenagem ao Prof. Doutor António José Avelãs Nunes*, Boletim de ciência Económica, volume LVII, tomo II (2014), pág. 2325 – a disponibilidade desta espécie bibliográfica em <https://digitalis-dsp.uc.pt/> foi confirmada em 15 de novembro de 2023.

³⁰ JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Direito bancário*, pág. 336.

tação dos pagamentos em numerário³¹ e de imposições legislativas expressas³².

Na esteira do direito comunitário³³ e de outros ordenamentos jurídicos³⁴, o legislador português adotaria um sistema de *serviços*

³¹ Cfr. artigo 63.º-E da Lei geral tributária, que lhe foi aditado pela Lei n.º 92/2017, de 22 de agosto, que obriga à utilização de meio de pagamento específico em transações que envolvam montantes iguais ou superiores a € 3 000:

Artigo 63.º-E

Proibição de pagamento em numerário

1 – É proibido pagar ou receber em numerário em transações de qualquer natureza que envolvam montantes iguais ou superiores a € 3 000, ou o seu equivalente em moeda estrangeira.

2 – Os pagamentos realizados pelos sujeitos passivos a que se refere o n.º 1 do artigo 63.º-C respeitantes a faturas ou documentos equivalentes de valor igual ou superior a € 1 000, ou o seu equivalente em moeda estrangeira, devem ser efetuados através de meio de pagamento que permita a identificação do respetivo destinatário, designadamente transferência bancária, cheque nominativo ou débito direto.

3 – O limite referido no n.º 1 é de € 10 000, ou o seu equivalente em moeda estrangeira, sempre que o pagamento seja realizado por pessoas singulares não residentes em território português e desde que não atuem na qualidade de empresários ou comerciantes.

4 – Para efeitos do cômputo dos limites referidos nos números anteriores, são considerados de forma agregada todos os pagamentos associados à venda de bens ou prestação de serviços, ainda que não excedam aquele limite se considerados de forma fracionada.

5 – É proibido o pagamento em numerário de impostos cujo montante exceda € 500.

6 – O disposto neste artigo não é aplicável nas operações com entidades financeiras cujo objeto legal compreenda a receção de depósitos, a prestação de serviços de pagamento, a emissão de moeda eletrónica ou a realização de operações de câmbio manual, nos pagamentos decorrentes de decisões ou ordens judiciais e em situações excecionadas em lei especial..

³² Sirva de exemplo o artigo 63.º-C da Lei geral tributária, que lhe foi aditado pela Lei n.º 55-B/2004, de 30 de dezembro:

Artigo 63.º-C

Contas bancárias exclusivamente afetas à atividade empresarial

1 – Os sujeitos passivos de IRC, bem como os sujeitos passivos de IRS que disponham ou devam dispor de contabilidade organizada, estão obrigados a possuir, pelo menos, uma conta bancária através da qual devem ser, exclusivamente, movimentados os pagamentos e recebimentos respeitantes à atividade empresarial desenvolvida.

2 – Devem, ainda, ser efetuados através da conta ou contas referidas no n.º 1 todos os movimentos relativos a suprimentos, outras formas de empréstimos e adiantamentos de sócios, bem como quaisquer outros movimentos de ou a favor dos sujeitos passivos.

.....

³³ A nível comunitário, o direito de acesso a uma conta de pagamento com características básicas é regulado pelos artigos 15.º a 20.º da Diretiva n.º 2014/92/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de julho de 2014, relativa à comparabilidade das comissões relacionadas com as contas de pagamento, à mudança de conta de pagamento e ao acesso a

contas de pagamento com características básicas; o direito de acesso a uma conta de pagamento com características básicas é, fundamentalmente, previsto no artigo 16.º, n.º 1, da referida diretiva:

Artigo 16.º

Direito de acesso a uma conta de pagamento com características básicas

1 – Cada Estado-Membro assegura que são oferecidas aos consumidores contas de pagamento com características básicas por todas as instituições de crédito ou por um número suficiente de instituições de crédito a fim de garantir o acesso por parte de todos os consumidores no respetivo território e evitar distorções de concorrência. Os Estados-Membros asseguram que as contas de pagamento com características básicas não sejam oferecidas apenas por instituições de crédito que disponibilizam essas contas unicamente através de sistemas em linha.

.....

³⁴ Anteriormente ou na sequência da legislação comunitária referida na nota anterior, a generalidade dos Estados membros da União Europeia instituíram um direito à abertura de uma conta bancária; ilustrativamente, refiram-se os exemplos espanhol e francês. Em Espanha, o *Real Decreto-ley* 19/2017, de 24 de novembro, sobre contas de pagamento básicas, transferência de contas e comparabilidade de comissões, dispõe no seu artigo 3.º

Artículo 3

Derecho de acceso a una cuenta de pago básica

Las entidades de crédito que ofrezcan cuentas de pago estarán obligadas a ofrecer cuentas de pago básicas a aquellos potenciales clientes que:

- a) Residan legalmente en la Unión Europea, incluidos los clientes que no tengan domicilio fijo;*
- b) sean solicitantes de asilo;*
- c) no tengan un permiso de residencia pero su expulsión sea imposible por razones jurídicas o de hecho.*

Artigo 3.º

Direito de acesso a uma conta de pagamentos básica

As entidades de crédito que ofereçam contas de pagamento estão obrigadas a oferecer contas de pagamento básicas aos potenciais clientes que:

- a) residam legalmente na União Europeia, incluindo os clientes que não tenham domicílio fixo;*
- b) sejam solicitantes de asilo;*
- c) não tenham autorização de residência, mas a sua expulsão seja impossível por razões jurídicas ou de facto.*

No ordenamento francês o *direito à conta* resulta, em primeira linha, do artigo L312-1 do *Code monétaire et financier*, aprovado pela *Loi* n.º 99-1071 de 16 de dezembro de 1999, pela *ordonnance* n.º 2000-1223, de 14 de dezembro de 2000, e pelo *décret* n.º 2005-1007 de 2 de agosto de 2005:

Article L312-1

I. – A droit à l'ouverture d'un compte de dépôt dans l'établissement de crédit de son choix, sous réserve d'être dépourvu d'un tel compte en France:

Artigo L312-1

1 – Tem o direito de abrir uma conta de depósito na instituição de crédito da sua escolha, desde que não possua tal conta em França:

mínimos bancários que, na sua versão inicial³⁵ instituía um *regime de adesão voluntária das instituições de crédito, em detrimento de um sistema impositivo*, em que alguns reconheciam já um *direito à conta*³⁶; esse sistema viria, a partir das alterações que lhe foram introduzidas³⁷, a prever a obrigatoriedade de as instituições de crédito disponibilizarem os *serviços mínimos bancários*.

É difícil, porém, defender que, à semelhança do que sucede com a disponibilidade de uma conta bancária, o fundamento do *direito ao seguro* residiria na essencialidade de dispor de um seguro para concretizar operações básicas da vida diária, o que pode ser exemplificado com a obrigatoriedade da celebração de um contrato de seguro de responsabilidade civil automóvel, essencial à circulação desses veículos³⁸, ou a obrigatoriedade da subscrição de um seguro de acidentes de trabalho³⁹, imprescindível no contexto da presta-

2° Toute personne physique résidant légalement sur le territoire d'un autre Etat membre de l'Union européenne n'agissant pas pour des besoins professionnels ainsi que toute personne physique de nationalité française résidant hors de France.

.....

b) Qualquer pessoa singular que resida legalmente no território de outro Estado-Membro da União Europeia que não atue com fins profissionais, bem como qualquer pessoa singular de nacionalidade francesa que resida fora de França.

.....

V., também, os artigos D312-5 e R312-6 a R312-8-2 do mesmo *Code monétaire et financier*, bem como os *Arrêté* de 31 de julho de 2015, que estabelece a lista de documentos comprovativos do exercício do direito de conta junto do *Banque de France*, e *Arrêté* de 18 de dezembro de 2008, que aprova a carta de acessibilidade para reforçar a efetividade do direito à conta.

³⁵ Decreto-Lei n.º 27-C/2000, de 10 de março, que cria o sistema de acesso aos serviços mínimos bancários.

³⁶ ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, «A resposta do ordenamento jurídico português à contratação bancária pelo consumidor», pág. 2327.

³⁷ O diploma referido na nota anterior foi alterado pela Lei n.º 19/2011, de 20 de maio, pelo Decreto-Lei n.º 225/2012, de 17 de outubro, pela Lei n.º 66/2015, de 6 de julho, pelo Decreto-Lei n.º 107/2017, de 30 de agosto, pela Lei n.º 21/2018, de 8 de maio, pela Lei n.º 44/2020, de 19 de agosto, pelo Decreto-Lei n.º 56/2021, de 30 de junho, e pela Lei n.º 24/2023, de 29 de maio.

³⁸ Artigo 4.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 291/2007, de 21 de agosto, que aprova o regime do sistema do seguro obrigatório de responsabilidade civil automóvel.

³⁹ Cfr., quanto aos trabalhadores por conta de outrem, artigo 283.º, n.º 5, da Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro, que aprova o Código do Trabalho – v., também, Portaria n.º 256/2011, de 5 de julho; quanto ao seguro de acidentes de trabalho para empregadas domésticas, artigo 26.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 235/92, de 24 de outubro, e Portaria n.º 256/2011, de 5 de julho; e quanto ao seguro de acidentes de trabalho dos praticantes desportivos

ção de trabalho, uma vez que, enquanto o *direito à conta* consubstanciado nos *serviços mínimos bancários*, é de aplicação universal, no contexto segurador, ocorre a circunscrição garantística a duas espécies contratuais e não a todas as modalidades abrangidas pelo contrato de seguro⁴⁰; ao que acresce que, naqueles casos específicos, o legislador instituiu mecanismos de superação do direito de recusa da aceitação do contrato de seguro pelo segurador (que é expressamente reconhecido no caso do seguro de responsabilidade civil automóvel⁴¹).

Não existe, no entanto, relativamente ao contrato de seguro, qualquer mecanismo equiparável aos *serviços mínimos bancários*⁴².

Direito ao seguro e seguros obrigatórios

No domínio da atividade seguradora ou, mais exatamente, do contrato de seguro, pode suscitar-se a questão de saber se, quando a celebração de determinado contrato de seguro seja obrigatória por lei, tal configura, do ponto de vista do respetivo tomador, um *direito ao seguro*, no sentido de que, sendo aquela contratação obrigatória para a pessoa singular ou coletiva que se inscreva entre os *sujeitos da obrigação de segurar*, estaria também esta investida no *direito*

profissionais, artigo 9.º da Lei n.º 27/2011, de 16 de junho, e Portaria n.º 256/2011, de 5 de julho, e, quanto aos trabalhadores independentes, artigo 4.º, n.º 2, do Código do Trabalho, Decreto-Lei n.º 159/99, de 11 de maio, e Norma Regulamentar n.º 3/2009-R, de 5 de março, da ASF publicada no Diário da República, 2.ª série, n.º 57, de 23 de março de 2009.

⁴⁰ De um argumento semelhante se serve ÉMILIE LINGLIN, «"L'assurance pour tous"? Réflexion juridique sur un dessein politique», pág. 13, para defender, no sistema jurídico francês, a inexistência de um *direito ao seguro* face à instauração limitada do *direito ao esquecimento* e à generalização da cobertura complementar de saúde.

⁴¹ Artigo 18.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 291/2007.

⁴² E o mesmo sucede, pelo menos, na França e na Bélgica; na França, onde, como se assinalou na nota anterior, existe um *direito à conta*, não existe um *direito ao seguro*, cfr. JEAN BIGOT (dir), *Traité de droit des assurances*, Paris, LGDJ, 2017, tomo 5, págs. 912-913, e ÉMILIE LINGLIN, «"L'assurance pour tous"? Réflexion juridique sur un dessein politique», págs. 7-15, *maxime* pág. 13 e nota 81; relativamente à Bélgica v. CLAUDE DEVOET, *Les assurances de personnes*, Bruxelas, Anthemis, 2006, págs. 180-181.

de contratar o seguro^{43 44}, com a correlativa obrigação de o segurador aceitar a sua celebração⁴⁵.

E, ainda quando não estejam em causa práticas discriminatórias, a situação pode decorrer, de forma mais ampla, das práticas e técnicas de avaliação, seleção e aceitação de riscos próprias do segurador⁴⁶ – neste caso, como no anterior, está em causa o prejuízo dos segurados, nomeadamente quando, para efeitos de garantia de contratos de crédito à habitação, as instituições de crédito mutuantes fazem depender a celebração do contrato do reforço da garantia de hipoteca da habitação adquirida, construída ou objeto das obras

⁴³ É este *direito de contratar o seguro*, que caracteriza o *direito ao seguro*, que temos em vista no texto, e não com o sentido utilizado por MARGARIDA LIMA REGO, *Contrato de seguro e terceiros. Estudo de direito civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, pág. 206, quando, a propósito do interesse (em segurar) do proprietário, do usufrutuário ou do credor hipotecário, refere que *todos eles teriam algo a perder com a destruição ou deterioração da coisa segura, pelo que a todos deveria reconhecer-se um direito ao seguro* – afigurando-se que este *direito ao seguro* está mais próximo da efetiva titularidade de um interesse (para utilizar palavras da autora, ob. cit., pág. 25: *se quem se arroga a titularidade de um interesse – quem aparece no contrato como segurado – o tem realmente*) e, nessa medida, da *legitimidade*, do tomador do seguro ou do segurado, para contratar.

⁴⁴ No direito francês distingue-se a *obligation de s'assurer* (que se poderia traduzir, de forma menos elegante, por *obrigação de se segurar*) e a *obligation d'assurer* (*obrigação de segurar*), impendendo esta última sobre os seguradores.

⁴⁵ Sem prejuízo de ulteriores desenvolvimentos, assinale-se que, quando, por exemplo, no artigo 6.º do regime do sistema do seguro obrigatório de responsabilidade civil automóvel, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 291/2007, de 21 de agosto, se identificam os *sujeitos da obrigação de segurar*, não se incluem entre eles os seguradores, o que poderia abrir margem para se entender que a lei os não obriga a aceitar a celebração aqueles contratos de seguro (naturalmente, quando disponham da necessária autorização administrativa para tal), mas esse entendimento colide com o previsto no artigo 18.º, n.º 2, daquele mesmo regime, segundo o qual, quando a aceitação do seguro tenha sido recusada por três empresas de seguros, a Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões indica a empresa de seguros que *fica obrigada a aceitar o referido seguro*.

⁴⁶ Enquadrando a questão na concorrência entre seguradores e da procura das melhores condições tarifárias pelos segurados, que originaria a segmentação dos melhores riscos, originando a recusa ou a aceitação em condições desvantajosas dos outros riscos, v. CLAUDE DEVOET, *Les assurances de personnes*, pág. 177.

financiadas, incluindo o terreno, de seguro de vida do mutuário e cônjuge e de seguro do imóvel^{47 48}.

Ainda que um eventual *direito ao seguro* se coloque relativamente à celebração de qualquer seguro, a questão ganha particular relevância quando se têm em vista os seguros obrigatórios.

A questão que se coloca é a de saber se, para dar apenas um exemplo, estabelecendo a lei a obrigatoriedade do seguro contra o risco de incêndio dos edifícios em propriedade horizontal, quer quanto às frações autónomas, quer relativamente às partes comuns⁴⁹, tal obrigatoriedade configuraria simultaneamente o que se poderia designar *direito ao seguro*, uma vez que a obrigação, que impende sobre o proprietário de uma fração em propriedade horizontal, de contratar o seguro só se pode cumprir se o mesmo tiver o *direito* de celebrar com um segurador (e este a obrigação de aceitar) o seguro contra o risco de incêndio dessa fração.

Importa averiguar, preliminarmente, os fundamentos da obrigatoriedade dos seguros, para o que se considerará, não cuidando da sua exaustividade, a listagem de seguros obrigatórios publicada pela ASF^{50 51}; desprezando uma análise individual, atende-se às categorias em que aquela listagem agrupa os seguros obrigatórios:

⁴⁷ Artigo 23.º-A, n.º 1, alínea *a*), do Decreto-Lei n.º 349/98, de 11 de novembro, aditado pelo artigo 2.º da Lei n.º 59/2012, de 9 de novembro, que cria salvaguardas para os mutuários de crédito à habitação – v., também, artigo 23.º, n.º 2, do mesmo diploma.

⁴⁸ Ainda que não se trate de seguros obrigatórios, admite a lei que os contratos de seguro de vida possam resultar de uma imposição das instituições de crédito como condição necessária à celebração de contratos de crédito à habitação, tendo por objetivo o reforço de garantia destes contratos, cfr. artigo 2.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 222/2009, de 11 de setembro, que estabelece medidas de proteção do consumidor na celebração de contratos de seguro de vida associados ao crédito à habitação; note-se que o artigo 3.º, n.º 1, proémio, da Lei n.º 75/2021, abrange os *seguros obrigatórios ou facultativos*, e que o artigo 15.º-A do regime jurídico do contrato de seguro, que lhe foi aditado pela citada Lei n.º 75/2021, se refere igualmente, no seu n.º 3, aos *seguros obrigatórios ou facultativos*.

⁴⁹ Artigo 1429.º, n.º 1, do Código Civil.

⁵⁰ Acessível no sítio na internet da ASF.

⁵¹ Além dos seguros a que se fará seguidamente referência no texto, a ASF divulga igualmente uma listagem de seguros obrigatórios não sujeitos à sua apreciação por, não sendo possível determinar a cobertura ou o capital mínimo obrigatório, não estarem suficientemente densificados para permitir aquela supervisão, cfr. artigo 39.º, n.º 5, do regime jurídico

- a) responsabilidade civil;
- b) acidentes pessoais;
- c) acidentes de trabalho;
- d) incêndio;
- e) assistência; e
- f) outros.

Os seguros de responsabilidade civil conjugam o duplo objetivo de proteger o segurado do risco de constituição, no seu património, de uma obrigação de indemnizar terceiros⁵², e o interesse público, materializado na proteção de terceiros lesados⁵³ – a doutrina jus-seguradora tende a entender, aliás, que é o seguro de responsabilidade civil a dotar de efetividade prática o instituto da responsabilidade civil⁵⁴.

Relativamente aos seguros de acidentes pessoais, relevam as consequências patrimoniais adversas resultantes do exercício de determinadas profissões – designadamente, bombeiros⁵⁵ ou tripulantes de embarcações de pesca⁵⁶ – ou atividades – nomeadamente dos praticantes desportivos no regime de alto rendimento⁵⁷, participantes em provas ou manifestações desportivas abertas ao público⁵⁸, agentes desportivos⁵⁹, utilizadores de instalações desportivas⁶⁰, par-

de acesso e exercício da atividade seguradora e resseguradora, aprovado e publicado como anexo I pela Lei n.º 147/2015, de 9 de setembro.

⁵² Artigo 137.º.

⁵³ Sirva de exemplo o preâmbulo do Decreto-Lei n.º 291/2007, de 21 de agosto, que aprova o regime do sistema do seguro obrigatório de responsabilidade civil automóvel.

⁵⁴ Cfr., por todos, sobre o seguro e a responsabilidade civil e a função social do seguro, JOSÉ VASQUES, *Contrato de seguro*, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, págs. 21-22.

⁵⁵ Artigo 5.º, n.º 1, alínea f), do Decreto-Lei n.º 241/2007, de 21 de junho – cfr., também, artigos 23.º a 26.º do mesmo diploma.

⁵⁶ Artigo 33.º do Lei n.º 15/97, de 31 de maio.

⁵⁷ Artigos 5.º, n.º 3, e 11.º, do Decreto-Lei n.º 10/2009, de 12 de janeiro.

⁵⁸ Artigos 2.º, n.º 1, e 15.º, do Decreto-Lei n.º 10/2009, de 12 de janeiro.

⁵⁹ Artigos 2.º, n.º 1, e 7.º, do Decreto-Lei n.º 10/2009, de 12 de janeiro.

⁶⁰ Artigo 2.º, n.º 1, e 14.º, do Decreto-Lei n.º 10/2009, de 12 de janeiro.

participantes de campos de férias⁶¹, mergulhadores amadores⁶², dirigentes associativos voluntários⁶³ ou dadores de sangue⁶⁴ – ou visa-se a proteção dos interesses e segurança dos utentes de determinados serviços – sirvam de exemplo as empresas de animação turística⁶⁵, os operadores marítimo-turísticos⁶⁶ e as amas⁶⁷.

No âmbito laboral, o seguro de acidentes de trabalho visa reparar ou indemnizar os trabalhadores relativamente aos acidentes ocorridos no exercício da sua atividade, quer se trate de trabalhadores por conta de outrem⁶⁸ quer de trabalhadores independentes⁶⁹.

A obrigatoriedade da celebração do seguro de incêndio dos edifícios em regime de propriedade horizontal⁷⁰ funda-se no interesse geral e no interesse particular do coletivo dos condóminos, garantindo que, no caso de destruição parcial ou total do edifício, ocasionada por um incêndio, a sua reparação ou reconstrução não dependa da vontade e disponibilidade financeira de todos e de cada um dos condóminos.

Ocorrem ainda seguros obrigatórios de menor relevância para a presente análise, designadamente seguros de assistência⁷¹, de

⁶¹ Artigo 18.º do Decreto-Lei n.º 32/2011, de 7 de março – v., também, Portaria n.º 629/2004, de 12 de junho.

⁶² Artigo 13.º do Decreto-Lei n.º 24/2013, de 20 de março – v., também, Portaria n.º 1340/2007, de 11 de outubro.

⁶³ Artigo 9.º, n.º 1, da Lei n.º 20/2004, de 5 de junho.

⁶⁴ Artigo 5.º, n.º 1, alínea *d*), do Estatuto do Dador de Sangue, aprovado pela Lei n.º 37/2012, de 27 de agosto.

⁶⁵ Artigo 27.º, n.º 1, alínea *a*), do Decreto-Lei n.º 108/2009, de 15 de maio, republicado pelo Decreto-Lei n.º 186/2015, de 3 de setembro.

⁶⁶ Artigo 27.º, n.º 1, alínea *a*), do Decreto-Lei n.º 108/2009, de 15 de maio, republicado pelo Decreto-Lei n.º 186/2015, de 3 de setembro.

⁶⁷ Artigo 18.º, n.º 1, alínea *b*), do Decreto-Lei n.º 115/2015, de 22 de junho – v., também, Portaria n.º 226/2015, de 31 de julho.

⁶⁸ Cfr., acima, primeira parte da nota 40.

⁶⁹ Cfr., acima, segunda parte da nota 40.

⁷⁰ Artigo 1429.º, n.º 1, do Código Civil – v., também, Norma Regulamentar n.º 16/2008-R, de 18 de dezembro, da ASF publicada no Diário da República, 2.ª série, n.º 5 de 8 de janeiro de 2009; v., ainda, adiante, nota 76.

⁷¹ Para os destinatários dos serviços das empresas de animação turística e dos operadores marítimoturísticos que viajem do território nacional para o estrangeiro no âmbito ou por força do serviço prestado, cfr. artigo 27.º, n.º 1, alínea *b*), do Decreto-Lei n.º 108/2009, de 15 de maio, republicado pelo Decreto-Lei n.º 186/2015, de 3 de setembro.

vida⁷², de créditos marítimos⁷³, de saúde⁷⁴, de transporte⁷⁵ ou de roubo⁷⁶.

Desta breve exposição resulta que os seguros obrigatórios perseguem o objetivo de salvaguardar direta ou indiretamente o interesse público; diretamente quando visam a indemnização de terceiros lesados (de que é exemplo maior o seguro de responsabilidade civil automóvel, que assim viabiliza a circulação de veículos automóveis, acautelando as consequências perversas dessa circulação) e indiretamente quando acautelam interesses particulares específicos, afetados por atividades de interesse público (sirva de exemplo o seguro de acidentes pessoais dos bombeiros, cuja atividade se exerce por óbvio interesse público); em regra, portanto, e mesmo quando não é especificamente fixado o *tipo de seguro*, o objetivo dos seguros obrigatórios é a *proteção das vítimas*⁷⁷.

Outro aspeto que importa evidenciar é o dos mecanismos específicos previstos por alguns seguros obrigatórios para obviar à recusa da celebração desses contratos de seguro por parte dos seguradores⁷⁸.

⁷² Para o dador vivo de órgãos, cfr. artigo 9.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 168/2015, de 21 de agosto.

⁷³ Artigo 4.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 50/2012, de 2 de março.

⁷⁴ Para os praticantes desportivos no regime de alto rendimento, cfr. artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 10/2009, de 12 de janeiro.

⁷⁵ Artigo 158.º do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 63/85, de 14 de março – disposição que, além do seguro de transporte, obriga ainda as entidades promotoras de exposições de obras de arte a fazer o seguro das mesmas contra incêndio, roubo e quaisquer outros riscos de destruição ou deterioração – este seguro não figura na listagem de seguros obrigatórios divulgada pela ASF, nem pela listagem acima referida na nota 52, eventualmente pelas razões também aí mencionadas.

⁷⁶ Cfr. nota anterior.

⁷⁷ A *proteção das vítimas* é expressamente referida, por exemplo, pelo considerando (4) da Diretiva 2009/20/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de abril de 2009, relativa ao seguro dos proprietários de navios em matéria de créditos marítimos, publicada no *Jornal Oficial da União Europeia*, série L, n.º 131, de 28 de maio de 2009, transposta para a ordem jurídica nacional pelo Decreto-Lei n.º 50/2012, de 2 de março.

⁷⁸ Embora os mecanismos referidos no texto sejam, por vezes, tratados, pela doutrina francesa a propósito da *obligation d'assurer* – cfr., entre outros, JEAN BIGOT (dir.), *Traité de droit des assurances*, tomo 3, págs. 165-167 –, trata-se de realidades distintas, como se demonstra, adiante, no texto; sobre a *obligation d'assurer* v., acima, nota 45.

A regulamentação do regime de reparação de acidentes de trabalho e de doenças profissionais determina, no contexto do sistema de seguro adotado, que a ASF estabelece por norma regulamentar as disposições relativas à colocação dos riscos recusados pelas seguradoras⁷⁹; as referidas disposições determinam que os contratos de seguro obrigatório do ramo Acidentes, modalidade de Acidentes de Trabalho (trabalhadores por conta de outrem e trabalhadores independentes) que sejam recusados por, pelo menos, três empresas de seguros, serão colocados por intermédio do Fundo de Acidentes de Trabalho (FAT)^{80 81}, sendo todas as empresas de seguros, com exceção das mútuas de seguros, autorizadas a exercer a atividade seguradora em Portugal, e aqui estabelecidas, no ramo Acidentes, modalidade de Acidentes de Trabalho, obrigadas a aceitar os riscos que lhes venham a ser atribuídos pelo FAT, no âmbito dos *riscos recusados*⁸².

Também relativamente ao seguro obrigatório de responsabilidade civil automóvel prevê a lei que sempre que a aceitação do seguro seja recusada, pelo menos por três empresas de seguros, o proponente de seguro pode recorrer à ASF para que esta defina as condições especiais de aceitação, ficando a empresa de seguros indicada por aquela autoridade de supervisão obrigada a aceitar o referido seguro nas condições definidas por aquela autoridade de supervisão, sob pena de lhe ser suspensa a exploração do ramo

⁷⁹ Artigo 83.º, n.º 1, da Lei n.º 98/2009, de 4 de setembro.

⁸⁰ N.º 1, da Norma regulamentar n.º 1/2000-R, de 14 de janeiro, da ASF, publicada como Regulamento n.º 3/2000, no *Diário da República*, 2.ª série, n.º 29, de 4 de fevereiro de 2000; a habilitação específica para a adoção desta norma resultava do artigo 60.º do Decreto-Lei n.º 143/99, de 30 de abril, que regulamentava a Lei n.º 100/97, de 13 de setembro, no que respeita à reparação de danos emergentes de acidentes de trabalho, estando hoje prevista pelo artigo 83.º, n.º 1, da Lei n.º 98/2009.

⁸¹ O Decreto-Lei n.º 142/99, de 30 de abril, que cria o Fundo de Acidentes de Trabalho, limita-se a prever entre as competências desse Fundo *ressegurar e retroceder os riscos recusados*, cfr. artigo 1.º, n.º 1, alínea *d*) – v., também, artigos 3.º, n.º 1, alínea *e*), e 4.º, alínea *c*).

⁸² N.º 11 da Norma regulamentar n.º 1/2000-R.

«Responsabilidade civil de veículos terrestres a motor» durante um período de seis meses a três anos⁸³.

Inexiste, relativamente aos restantes seguros obrigatórios, qualquer mecanismo semelhante aos acima descritos, limitando a ASF a determinar que sempre que uma seguradora decline a aceitação de um seguro obrigatório para o qual se encontre autorizada, deverá, no ato da recusa, fornecer ao proponente uma declaração devidamente preenchida⁸⁴.

Os mecanismos sumariamente descritos não configuram, no entanto, um *direito ao seguro*; na realidade trata-se apenas da superação da situação resultante do direito de os seguradores recusarem a celebração de seguros; é justamente por aos seguradores ser reconhecido o direito de não aceitar seguros, que os referidos mecanismos permitem concretizar o objetivo visado pelos seguros em questão – trata-se, assim, de uma mera forma de compatibilizar a obrigatoriedade que recai sobre os tomadores dos seguros com a possibilidade de recusa da celebração desses contratos de seguro pelos seguradores.

Direito ao seguro e seguros facultativos

No domínio dos contratos de seguro facultativamente celebrados pelos tomadores de seguros cabe referir a legislação que estabelece medidas de proteção do consumidor na celebração de contratos de seguro de vida associados ao crédito à habitação⁸⁵, que enfrenta a generalizada prática de as instituições de crédito exigirem, como condição *sine qua non* da concessão de crédito à habitação, a contratação,

⁸³ Artigo 18.º, n.ºs 1 e 2, do regime do sistema do seguro obrigatório de responsabilidade civil automóvel, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 291/2007, de 21 de agosto; v., também, Norma n.º 9/2006-R, de 24 de outubro, da ASF, publicada como Regulamento n.º 215/2006, no *Diário da República*, 2.ª série, n.º 228, de 27 de novembro de 2006, aplicável por força do artigo 94.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 291/2007.

⁸⁴ N.º 1, da Norma regulamentar n.º 26/1993, de 23 de setembro, da ASF, publicada no *Diário da República*, 3.ª série, n.º 245, de 19 de outubro de 1993.

⁸⁵ Decreto-Lei n.º 222/2009, de 11 de setembro.

em paralelo, por quem solicite este crédito, de um contrato de seguro de vida que garanta àquelas o pagamento das importâncias devidas em caso de morte e ou invalidez do devedor⁸⁶; isto é, têm-se em vista, não seguros obrigatórios por lei, mas contratos de seguro de vida cuja contratação tenha por objetivo o reforço de garantia dos contratos de crédito à habitação, quer resultem de uma imposição das instituições de crédito como condição necessária à celebração destes últimos contratos quer resultem de uma opção do consumidor⁸⁷.

Ora, também relativamente a estes seguros não estabelece a lei um *direito ao seguro*, limitando-se a prever *deveres de informação* (que acrescem àqueles a que já estão obrigados os seguradores, as instituições de crédito e os mediadores de seguros)⁸⁸, deveres de proposição de contratos de seguro de vida com um conteúdo mínimo⁸⁹, bem como a articular o montante em dívida à instituição de crédito com o capital seguro e o cálculo do prémio⁹⁰.

Conclusões

Parece, assim, poder concluir-se que:

- a) relativamente a alguns seguros obrigatórios a lei associa mecanismos destinados a assegurar a respetiva contratação pelos seguradores;
- b) para os restantes seguros obrigatórios não existem quaisquer mecanismos de superação da recusa da aceitação da celebração de seguros pelos seguradores;

⁸⁶ Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 222/2009, de 11 de setembro; note-se que o Decreto-Lei n.º 349/98, de 11 de novembro, que estabelece o regime jurídico de concessão de crédito à habitação própria, faz depender de acordo entre o mutuante e o mutuário a existência de seguro de vida do mutuário e cônjuge, como reforço da garantia por hipoteca da habitação adquirida, construída ou objeto das obras financiadas, incluindo o terreno, cfr. artigos 23.º, n.º 2, e 23.º-A, n.º 1, alínea a).

⁸⁷ Artigo 2.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 222/2009.

⁸⁸ Artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 222/2009.

⁸⁹ Artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 222/2009.

⁹⁰ Artigos 7.º e 8.º do Decreto-Lei n.º 222/2009.

- c) a proibição das práticas discriminatórias e o direito ao esquecimento, bem como as regras específicas para a utilização de dados genéticos, favorecem o acesso aos seguros, estão focados nos seguros de pessoas e assemelham-se fundamentalmente a uma garantia de acesso mínimo a determinados seguros;
- d) aquela proibição está direta ou indiretamente ligada aos seguros associados ao crédito à habitação, independentemente de se tratar de seguros obrigatórios ou facultativos;
- e) a generalidade dos restantes tipos de contratos de seguro não dispõem de qualquer mecanismo de superação da recusa da celebração de seguros pelos seguradores.

A proibição das práticas discriminativas nos seguros e os mecanismos de superação da recusa de aceitação de alguns seguros obrigatórios parecem avançar no sentido do *acesso de todos aos seguros*, mas não são ainda um *direito ao seguro*, uma vez que, respetivamente, ou estão principalmente ligados aos seguros associados ao crédito ou são apenas previstos para determinados seguros obrigatórios, não abrangendo, em nenhum caso, um generalizado *direito ao seguro*; ainda assim, deve reconhecer-se que a pressão social e a influência comunitária (bem como das experiências mais avançadas de alguns países) parecem apontar um caminho que, em qualquer caso, deve ser percorrido com cautela.



LUÍS POÇAS

Doutor em Direito pela FDUL; Diretor Jurídico e de *Compliance* da Una Seguros; Investigador do DINÂMIA' CET (ISCTE-IUL)

Liberdade contratual e seguros proibidos

Freedom of contract and prohibited insurance

RESUMO: Tendo por base o princípio da liberdade contratual, expressamente acolhido na LCS, o presente texto identifica, no domínio do contrato de seguro, várias linhas de limitação a esse princípio. No plano da limitação à liberdade de estipulação, o texto incide sobre o regime dos seguros proibidos, previsto no artigo 14.º da LCS. Neste quadro, analisam-se as regras gerais sobre a licitude do conteúdo negocial – para as quais remete o citado preceito – após o que o estudo se foca no sentido, âmbito e alcance de cada uma das proibições estabelecidas no referido artigo, avaliando a sua necessidade e buscando o respetivo fundamento.

Palavras-chave: Liberdade contratual, conteúdo negocial, seguros proibidos, contrariedade à lei, ordem pública

ABSTRACT: Based on the principle of the freedom of contract, expressly accepted in the LCS (Insurance Contract Act), the present text identifies, in the domain of the insurance contract law, several lines of limitation to this principle. Regarding the limitations to the freedom of bargaining, the text focuses on the prohibited insurance regime, provided for in section 14 of the LCS. In this framework, the text analyses the general rules on the legality of the contract content – to which the aforementioned section refers – after which the study focuses on the meaning and scope of each of the prohibitions established in the aforementioned section, evaluating their utility and seeking the respective normative grounds.

Keywords: Freedom of contract, contract content, prohibited insurance, contravention to the law, public order

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Autonomia privada e limites à liberdade contratual; 2.1. *Princípio da autonomia privada e âmbito da liberdade contratual: a LCS*; 2.2. *Limites à liberdade de celebração*; 2.3. *A liberdade de escolha da contraparte*; 2.4. *A liberdade de forma*; 2.5. *Limitações à liberdade de estipulação*; 2.6. *Ponto de ordem: a liberdade contratual e os seguros proibidos*; 3. Aspectos introdutórios ao artigo 14.º da LCS; 3.1. *Os antecedentes*; 3.2. *O âmbito territorial da proibição*; 3.3. *O carácter excecional do artigo 14.º da LCS*; 4. As regras gerais sobre a licitude do conteúdo negocial; 4.1. *O corpo do n.º 1 do artigo 14.º da LCS*; 4.2. *Conteúdo e objeto negocial*; 4.3. *Possibilidade física e determinabilidade*; 4.4. *Possibilidade jurídica e conformidade à lei*; 4.5. *Conformidade à ordem pública*; 4.6. *Conformidade aos bons costumes*; 5. As situações previstas na LCS; 5.1. *Responsabilidade criminal, contraordenacional ou disciplinar*; 5.2. *Crimes contra a liberdade pessoal*; 5.3. *Posse ou transporte de substâncias psicotrópicas*; 5.4. *Morte de crianças ou de maiores acompanhados*; 6. As consequências do incumprimento; 7. Considerações conclusivas.

1 – Introdução

I – O quadro legal aplicável ao contrato de seguro surpreende-nos com a previsão de várias situações que as partes estão impedidas de contemplar no conteúdo do contrato de seguro. Nuns casos – como é paradigmaticamente o das regras gerais de Direito Civil –, essas previsões provêm de fontes de âmbito transversal, sendo, portanto, aplicáveis à generalidade dos contratos. No plano oposto, as proibições resultam especificamente do Regime Jurídico do Contrato de Seguro, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 72/2008, de 16 de abril (Lei do Contrato de Seguro, doravante LCS).

Em qualquer dos casos, estamos perante restrições legais à liberdade contratual das partes, as quais se coadunam, aliás, com outros dispositivos e medidas, igualmente restritivos, que o tecido legal aplicável ao contrato de seguro estabelece com alguma abundância. Comportando desvios a um dos princípios basilares de Direito Privado – o princípio da autonomia privada – o estudo das situações de seguros proibidos revela-se de grande relevância.

O presente texto assume precisamente por objeto a previsão normativa específica, estabelecida no artigo 14.º da LCS, atinente aos conteúdos vedados ao contrato de seguro. O estudo esquivar-se-á a

uma perspetiva descritiva, procurando densificar o sentido, âmbito e alcance de cada uma das proibições ali previstas, tentando estabelecer ligações entre elas e identificar fundamentos que lhes sejam comuns e, bem assim, interrelacioná-las com os requisitos gerais de licitude do conteúdo negocial, estabelecidos na lei civil, e para os quais remete o próprio artigo 14.º da LCS.

II – Não obstante o interesse e relevância do tema que nos ocupa, escassa atenção tem o mesmo vindo a merecer à doutrina, pelo que é relativamente pobre o respetivo estado da arte. Entre os textos que consagraram a sua análise ao presente tema, cumpre referenciar, desde logo, as anotações de Leonor Cunha Torres e de Pedro Romano Martinez ao artigo 14.º da LCS¹. Quanto a estudos especificamente dedicados à matéria, apenas podemos contar com o artigo de João Matos Viana, sob o título “Seguros proibidos”², e com a dissertação de mestrado de Beatriz Sobral, intitulada *A Ratio Legis do Regime Jurídico dos Seguros Proibidos*³.

Creemos que os contributos citados, todos de grande relevância, estão longe de esgotar o tema, abrindo, não obstante, pistas de investigação que suscitem outras perspetivas de abordagem e que potenciam um maior aprofundamento do objeto. É esse o mote para o presente texto.

¹ Leonor Cunha Torres, “Artigo 14.º – Seguros proibidos – Anotação”, in Pedro Romano Martinez *et al.*, *Lei do Contrato de Seguro Anotada*, 3.ª Ed., Coimbra, Almedina, 2016, pp. 67-68; e Pedro Romano Martinez, “Artigo 14.º – Seguros proibidos – Comentários complementares”, *idem*, pp. 68-70.

² João de Matos Viana, “Seguros proibidos”, in Margarida Lima Rego (Coord.), *Temas de Direito dos Seguros*, 2.ª Ed., Coimbra, Almedina, 2016, pp. 117-134.

³ Maria Beatriz Dias Sobral, *A Ratio Legis do Regime Jurídico dos Seguros Proibidos* – Dissertação de Mestrado, Lisboa Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, 2018 (polic.) – disponível em https://run.unl.pt/bitstream/10362/38759/1/Sobral_2018.pdf (consult. 27/08/2023). Tivemos o gosto de acompanhar, como orientador, a investigação materializada nesta dissertação.

2. Autonomia privada e limites à liberdade contratual

2.1. Princípio da autonomia privada e âmbito da liberdade contratual: a LCS

I – Entre os princípios fundamentais do Direito privado destaca-se o princípio da autonomia privada (ou da autonomia da vontade), o qual postula que a participação das pessoas no tráfego jurídico privado deve corresponder à expressão de uma vontade autónoma e, portanto, livre. Neste contexto, deverá ser assegurada aos sujeitos a autorregulação dos seus interesses mediante o livre estabelecimento de relações jurídicas, permitindo-lhes negociar livremente, celebrar contratos e estabelecer a disciplina das relações negociais pelas quais se vinculam. O princípio da autonomia privada – que se encontra, aliás, refletido no n.º 1 do artigo 405.º do Código Civil (doravante, CC) – reporta-se, assim, à livre configuração das relações jurídicas privadas, assentando no negócio jurídico como instrumento privilegiado de realização desse fim⁴.

⁴ Heinrich Lehmann, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches*, 7.ª Ed., 1952 – trad. espanhola, *Tratado de Derecho Civil: Parte General*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1956, p. 210. Cfr. também, por exemplo, Eduardo Santos Júnior, *Direito das Obrigações I – Sinopse Explicativa e Ilustrativa*, Lisboa, AAFDL, 2010, p. 27; e Eva Moreira da Silva, *Da Responsabilidade Pré-contratual por Violação dos Deveres de Informação*, Coimbra, Almedina, 2003, p. 85. Flume faz decorrer a autonomia privada do princípio geral da autodeterminação das pessoas, entendendo-a como «o princípio de autoconfiguração das relações jurídicas pelos particulares conforme a sua vontade» – Werner Flume, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, Vol. II – Das Rechtsgeschäft, 4.ª Ed., Springer-Verlag, Berlin, 1992 – trad. espanhola, *El Negocio Jurídico*, Vol II – Parte General del Derecho Civil, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1998, p. 23 (tradução nossa). Por seu turno, Joaquim de Sousa Ribeiro distingue a autonomia da vontade da autodeterminação, no sentido de que, enquanto aquela se reporta à fonte normativa de que promanam regras negociais autónomas, esta coloca-se num plano pré-jurídico com relevância política, designando «o poder de cada indivíduo gerir livremente a sua esfera de interesses, orientando a sua vida de acordo com as suas preferências» – Joaquim de Sousa Ribeiro, *O Problema do Contrato – As Cláusulas Contratuais Gerais e o Princípio da Liberdade Contratual*, Coimbra, Almedina, 1999, p. 22.

Na medida em que o contrato constitui a principal forma de expressão da autonomia privada, a expressão *liberdade contratual* é frequentemente usada como sinónimo de *autonomia privada*⁵. Em sentido estrito, a liberdade contratual constitui uma situação especial da autonomia privada, designando a faculdade de as partes: (i) decidirem celebrar ou não um contrato; (ii) escolherem livremente a contraparte; (iii) estipularem livremente o conteúdo do contrato (o que se traduz na livre escolha do tipo negocial a adotar, ou na combinação de tipos diferentes, ou na modificação da regulação legal supletiva, ou no recurso a modelos contratuais atípicos); e (iv) adotarem livremente a forma do contrato (se não houver prescrição legal obrigatória de forma)⁶.

II – Paradoxalmente, a autonomia privada dá origem à autolimitação voluntária dos sujeitos quanto à sua liberdade de ação, na medida em que se vinculam reciprocamente perante a contraparte⁷. Exercida a autonomia privada, o fundamento para a vinculação de cada uma das partes, mesmo que venha a mudar o sentido da sua vontade, assenta na segurança do tráfico jurídico e no princípio da tutela da confiança da contraparte⁸.

Noutra perspetiva, a autonomia privada encontra-se também subordinada ao ordenamento jurídico, no sentido de que o conteúdo dos atos jurídicos dela dimanados haverá de ser reconhecido pelo ordenamento, e de que a mesma só opera onde o ordenamento reco-

⁵ Sobre as diferenças entre as expressões *autonomia privada*, *autonomia da vontade*, *liberdade* (ou autonomia) *contratual* e *liberdade* (ou autonomia) *negocial*, Jorge Morais Carvalho, *Os Limites à Liberdade Contratual*, Coimbra, Almedina, 2016, pp. 14 ss.

⁶ Dieter Medicus, *Schuldrecht I – Allgemeiner Teil*, 6.^a Ed., München, 1992; e *Schuldrecht II – Besonderer Teil*, 5.^a Ed., München, 1992 – trad. espanhola, *Tratado de las Relaciones Obligatorias*, Vol. I, Barcelona, Bosch, 1995, p. 39.

⁷ A propósito, afirma Flume que «o princípio da autonomia privada assenta numa combinação de liberdade e vinculação» – Werner Flume, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, Vol. II, *cit.*, p. 41 (tradução nossa).

⁸ Joaquim de Sousa Ribeiro, *O Problema do Contrato – As Cláusulas Contratuais Gerais e o Princípio da Liberdade Contratual*, *cit.*, p. 68.

nheça permissões de atuação, isto é, onde ele não imponha condutas nem estabeleça proibições de agir⁹.

III – O artigo 11.º da LCS proclama expressamente que o contrato de seguro se rege pelo princípio da liberdade contratual, pelo que, como regra, os preceitos do regime firmado por essa mesma lei assumem caráter supletivo. Não obstante, o próprio artigo 11.º ressalva, como limites à liberdade contratual, os estabelecidos na Secção II (*Imperatividade*) do Capítulo I (*Disposições Preliminares*) do Título I (*Regime Comum*) da LCS. Esses limites referem-se à atribuição de caráter total ou parcialmente injuntivo a várias disposições da LCS (designadas, respetivamente, absoluta ou relativamente imperativas, e a que abaixo voltaremos), ao regime dos seguros proibidos, que constitui o cerne do presente texto, e à interdição de práticas discriminatórias.

Para além das ressalvas expressas efetuadas pelo artigo 11.º da LCS, encontramos, quer em regimes de aplicação geral, quer noutras disposições da própria LCS, limitações à liberdade contratual das partes. Em grande medida, tais limitações visam proteger a posição do tomador do seguro, do segurado ou do beneficiário face ao segurador, considerando que este é, no plano económico (e, logo, também no plano técnico e jurídico) a parte forte do contrato¹⁰. Esta circunstância requer, assim, a intervenção do legislador no sentido de assegurar uma igualdade material entre as partes.

Sem preocupações de exaustividade, passaremos em revista várias dessas limitações em função de cada uma das mencionadas vertentes da liberdade contratual.

2.2. Limitações à liberdade de celebração

I – A generalidade dos contratos de seguro são de celebração facultativa. Assim, por um lado, fica na margem de liberdade do

⁹ Werner Flume, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, Vol. II, *cit.*, p. 24.

¹⁰ Sobre este contexto, cfr. Joana Galvão Teles, “Liberdade contratual e seus limites – Imperatividade absoluta e imperatividade relativa”, in Margarida Lima Rego (Coord.), *Temas de Direito dos Seguros*, 2.ª Ed., Coimbra, Almedina, 2016, pp. 106 ss.

tomador do seguro a decisão de fazer cobrir ou não um determinado risco através de contrato de seguro.

Por seu turno, também o segurador é livre de solicitar ou não autorização para a exploração de determinado ramo de seguros¹¹ e, obtida essa autorização, de aceitar ou não os riscos que lhe são propostos.

II – Nalguns casos, porém, atendendo à relevância social e econômica de determinados riscos, e ponderando também a necessidade de tutela dos sujeitos expostos aos mesmos, considera o legislador, como solução adequada a tais preocupações, a imposição da celebração de contratos de seguro, seja às pessoas ou entidades associadas à produção de tais riscos (ou que deles diretamente beneficiam), seja àquelas que aos mesmos ficam expostas.

Falamos, neste contexto, dos *seguros obrigatórios*. É ampla a lista de situações para as quais o legislador exige a celebração de contratos de seguro, estendendo-se a mesma a múltiplos ramos (acidentes de trabalho, acidentes em serviço, acidentes pessoais, assistência a pessoas, danos, doença, caução, responsabilidade civil, roubo e vida)¹². Entre as situações de maior visibilidade social encontram-se o seguro obrigatório de responsabilidade civil automóvel (doravante, SORCA) e o seguro de acidentes de trabalho para trabalhadores por conta de outrem.

Relativamente aos seguros obrigatórios, não há, naturalmente, liberdade contratual para as pessoas ou entidades sujeitas à obrigação de seguro, mas apenas para o segurador, a quem é permitido não explorar o ramo em causa ou recusar o risco proposto.

¹¹ Como resulta dos n.ºs 3 e 8 do artigo 48.º do Regime Jurídico de Acesso e Exercício da Atividade Seguradora e Resseguradora (doravante, RJASR), aprovado pela Lei n.º 147/2015, de 9 de setembro, a autorização para o exercício da atividade seguradora é concedida ramo a ramo. Os ramos de seguros são os estabelecidos nos artigos 8.º e 9.º do RJASR.

¹² Cfr. a lista atualizada em <https://www.asf.com.pt/NR/exeres/121FAB2D-E3DB-4517-A4E1-1F63774D8DFC.htm> (consult. 05/10/2023).

2.3. A liberdade de escolha da contraparte

Sobre a liberdade de escolha da contraparte não se suscitam especiais limitações. Haverá apenas que considerar que, como já atrás referimos, o exercício da atividade seguradora depende de autorização prévia, por ramo, da Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões (ASF), sendo nulo o contrato celebrado com segurador não autorizado (n.º 2 do artigo 16.º da LCS¹³). A escolha da contraparte pelo tomador do seguro está, portanto, obviamente limitada aos seguradores autorizados.

Quanto ao segurador, como referimos, o mesmo pode livre e discricionariamente recusar-se a contratar com quem lhe dirija uma proposta contratual, ressalvados dois casos. Desde logo, quando essa recusa assente, à luz do artigo 15.º da LCS, numa prática discriminatória, isto é, quando a mesma decorra injustificadamente de critérios inaceitáveis face aos valores fundamentais do ordenamento, designadamente os previstos no n.º 2 do artigo 13.º da Constituição da República Portuguesa (doravante, CRP).

Por outro lado, a recusa não é também possível quando, para salvaguarda da eficácia do sistema de seguro obrigatório, a lei estabeleça uma solução que impõe ao segurador a aceitação do risco proposto. Assim, no SORCA, o artigo 18.º do Decreto-Lei n.º 291/2007, de 21 de agosto (LSORCA), estabelece no seu n.º 1 que, sempre que a aceitação do seguro seja recusada, pelo menos, por três empresas de seguros, o proponente do seguro pode recorrer à ASF para que esta defina as condições especiais de aceitação, acrescentando o n.º 2 que o segurador consequentemente indicado pela ASF fica obrigado a aceitar o referido seguro nas condições por esta definidas, sob pena de lhe ser suspensa a exploração do respetivo ramo durante um período de seis meses a três anos.

¹³ A disposição, no entanto, ressalva a obrigatoriedade, para o “segurador” não autorizado, do cumprimento das obrigações por si assumidas, salvo havendo má fé do tomador do seguro.

2.4. A liberdade de forma

I – Dizem-se formais os contratos para os quais a lei exige forma especial ou, por outras palavras, um modo minimamente solene de exteriorização da vontade¹⁴. Pelo contrário, são consensuais os contratos que se concluem apenas por consenso das partes, e sem necessidade de forma especial.

É também frequente a distinção entre a forma *ad substantiam* e a forma *ad probationem*. Enquanto a primeira consubstancia o próprio negócio, constituindo um requisito de validade do mesmo (a falta de cumprimento do requisito de forma importa a nulidade do contrato, nos termos do artigo 220.º do CC), a segunda é requerida apenas como meio de prova do negócio, não afetando a validade deste¹⁵.

Diversamente do que sucedia no regime do Código Comercial, em que o contrato de seguro era formal *ad substantiam*¹⁶, no âmbito da LCS acolhe-se agora a regra geral do consensualismo, estabelecendo-se no n.º 1 do artigo 32.º deste diploma que a validade do contrato de seguro não depende da observância de forma especial¹⁷. Não obstante, dispõem os n.ºs 2 e 3 do mesmo artigo que o segurador é obrigado a formalizar o contrato num instrumento escrito datado e assinado por si – a apólice de seguro – e a entregá-lo ao tomador

¹⁴ António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, I – Parte Geral, Tomo I, 3.ª Ed., Coimbra, Almedina, 2005, p. 565; José Oliveira Ascensão, *Direito Civil – Teoria Geral*, Vol. II, Coimbra, Coimbra Ed., 1999, pp. 48 ss.; Carlos Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3.ª Ed., Coimbra, Coimbra Ed., 1985, pp. 393 ss.

¹⁵ António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, I – Parte Geral, Tomo I, *cit.*, p. 566. Nos termos do n.º 2 do artigo 364.º do CC, o negócio formal *ad probationem* sempre poderá ser provado, na falta do cumprimento dos requisitos legais de forma, por confissão expressa, judicial ou extrajudicial, desde que, neste caso, constante de documento de igual ou superior valor probatório. Cfr. também José Vasques, “Contrato de seguro: Elementos essenciais e características”, *Scientia Iuridica*, Tomo LV, n.º 307 (jul.-set. 2006), p. 518.

¹⁶ Cfr. José Carlos Moitinho de Almeida, *O Contrato de Seguro no Direito Português e Comparado*, Lisboa, Livraria Sá da Costa, 1971, pp. 37 ss.; e José Bento, *Direito de Seguros*, Lições Policopiadas, Lisboa, 2003, p. 121.

¹⁷ Pedro Romano Martinez, “Artigo 32.º – Comentários complementares”, in Pedro Romano Martinez *et al.*, *LCS Anotada*, *cit.*, p. 210.

do seguro. Mantém-se, assim, a exigência de forma escrita – como documento escrito particular (n.º 2 do artigo 363.º do CC) – desta feita como requisito de prova do contrato de seguro (contrato formal *ad probationem*)¹⁸.

II – Por outro lado, em nome da transparência e em benefício da posição do tomador do seguro, a lei impõe requisitos formais a serem observados pelo contrato, domínio que não é, portanto, deixado à plena liberdade contratual das partes.

Assim, o n.º 1 do artigo 36.º da LCS estabelece que a apólice é redigida de modo compreensível, conciso e rigoroso, e em caracteres bem legíveis, usando palavras e expressões da linguagem corrente sempre que não seja imprescindível o uso de termos legais ou técnicos. Por outro lado, o n.º 3 do artigo 37.º dispõe que, para além dos elementos que obrigatoriamente devem constar da apólice, nos termos do n.º precedente, a mesma deve incluir, escritas em caracteres destacados e de maior dimensão do que os restantes: (i) as cláusulas que estabeleçam causas de invalidade, de prorrogação, de suspensão ou de cessação do contrato por iniciativa de qualquer das partes; (ii) as cláusulas que estabeleçam o âmbito das coberturas, designadamente a sua exclusão ou limitação; e (iii) as cláusulas que imponham ao tomador do seguro ou ao beneficiário deveres de aviso dependentes de prazo¹⁹.

¹⁸ José Vasques, “Artigo 32.º – Anotação”, in Pedro Romano Martinez *et al.*, *LCS Anotada*, *cit.*, p. 209. Dir-se-á, assim, com Lambert-Faivre, que «a apólice de seguro é o documento [...] que constata a existência e as condições do contrato e que constitui, portanto, o respetivo elemento de prova» – Yvonne Lambert-Faivre, *Droit des Assurances*, 11.ª Ed., Paris, Dalloz, 2001, p. 188 (trad. nossa). A atual opção da LCS pela exigência de forma *ad probationem* constitui, de resto, um caso singular no nosso ordenamento – Carlos Ferreira de Almeida, *Contratos*, Vol. I, 4.ª Ed., Coimbra, Almedina, 2008, p. 103; António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, I – Parte Geral, Tomo I, *cit.*, p. 567.

¹⁹ Adicionalmente, nos termos do artigo 179.º da LCS, e no que respeita a seguros de acidentes pessoais e de saúde de longa duração, a apólice deve, em especial, quando seja o caso, precisar, em caracteres destacados: (i) a extinção do direito às garantias; (ii) a eventual extensão da garantia para além do termo do contrato; e (iii) o regime de evolução e adaptação dos prémios na vigência do contrato.

Para além destas e de outras limitações formais, cumpre evidenciar especialmente – até pelas dúvidas e incoerências de regime que suscitam – as restrições de tamanho de letra e de espaçamento entre linhas recentemente introduzidas na Lei das Cláusulas Contratuais Gerais (Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, doravante LCCG)²⁰.

2.5. Limitações à liberdade de estipulação

I – Deixamos propositadamente para o fim a vertente da liberdade contratual mais limitada no contexto do contrato de seguro: a liberdade de estipulação. Se essas limitações são pouco sensíveis nos seguros de grandes riscos²¹ celebrados com profissionais, o mesmo já não sucede nos seguros de riscos de massa.

Algumas limitações decorrem de regimes transversais a vários tipos contratuais. É o que sucede, nomeadamente, com as regras injuntivas definidas na LCCG, nos diplomas de proteção do consumidor (como a Lei n.º 24/96, de 31 de julho – Lei de Defesa do Consumidor, ou o Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de março – Lei das Práticas Comerciais Desleais), ou no regime aplicável aos contratos celebrados à distância (Decretos-Leis n.º 7/2004, de 7 de janeiro; n.º 95/2006, de 29 de maio; e n.º 24/2014, de 14 de fevereiro). Para todos estes regimes remete o artigo 3.º da LCS. Não obstante, é bem mais amplo o leque de diplomas de aplicação transversal contendo regras injuntivas – limitadores, portanto, da liberdade de estipulação.

II – Para além delas, porém, o regime do contrato de seguro encerra outros mecanismos específicos limitadores da liberdade de estipulação das partes. Desde logo, o caráter injuntivo (*absolutamente imperativo*, na expressão do artigo 12.º da LCS) que esta dis-

²⁰ Sobre o tema, cfr. Luís Poças, “Os novos requisitos formais das cláusulas contratuais gerais (Lei 32/2021): Implicações, em particular, no contrato de seguro”, *Revista de Direito Comercial*, 2021, pp. 897-927.

²¹ Cfr. n.º 2 do artigo 5.º do RJASR.

posição expressamente atribui a um importante leque de regras da LCS.

Por outro lado, o carácter parcialmente injuntivo (*relativamente imperativo*, na expressão do artigo 13.º da LCS) que expressamente classifica um extenso número de regras da LCS. Neste caso, admite-se a parcial supletividade destas regras, mas apenas no sentido em que sejam derogadas com conteúdo mais favorável ao tomador do seguro, ao segurado ou ao beneficiário.

III – Outra vertente da limitação à liberdade de estipulação das partes surge associada aos seguros obrigatórios, a que já fizemos referência. Relativamente a estes, e como resulta do n.º 1 do artigo 39.º do RJASR, a ASF pode, no exercício das suas atribuições, impor, por norma regulamentar, a utilização de cláusulas ou apólices uniformes²², relativamente a cujo teor é inexistente qualquer margem de liberdade de estipulação.

Mesmo nos seguros obrigatórios em que a ASF não emita clausulado uniforme – caso em que, nos termos do n.º 5 do artigo 146.º da LCS, as partes podem convencionar o âmbito da cobertura, desde que o contrato de seguro cumpra a obrigação legal e não contenha exclusões contrárias à natureza dessa obrigação – cabe àquela entidade a verificação da conformidade legal das condições gerais e especiais previamente comunicadas, para o efeito, pelo segurador (n.ºs 2 e 3 do referido artigo 39.º do RJASR). Desta feita, é o próprio espartilho do diploma legal criador do seguro obrigatório a limitar a liberdade de estipulação²³.

²² Como exemplos mais relevantes de apólices uniformes, temos a *parte uniforme das condições gerais, e das condições especiais uniformes, da apólice de seguro obrigatório de acidentes de trabalho para trabalhadores por conta de outrem*, aprovada pela Norma Regulamentar do então Instituto de Seguros de Portugal (ISP) n.º 1/2009-R; a *parte uniforme das condições gerais da apólice de seguro obrigatório de responsabilidade civil automóvel*, aprovada pela Norma Regulamentar do ISP n.º 14/2008-R; ou a *parte uniforme das condições gerais, e das condições especiais uniformes, da apólice de seguro obrigatório de incêndio*, aprovada pela Norma Regulamentar do ISP n.º 16/2008-R.

²³ Como se esclarece no n.º 5 do mesmo artigo, só não estão sujeitos à definição de clausulado uniforme nem ao controlo da conformidade os seguros relativamente aos quais não seja possível determinar a cobertura ou o capital mínimo obrigatório.

IV – Se, da conjugação das várias vertentes analisadas, resulta já uma reduzida liberdade de estipulação na esfera do segurador (praticamente limitada à determinação do prémio, no caso dos seguros com clausulado uniforme), essa liberdade é ainda mais reduzida na esfera do tomador do seguro.

Com efeito, tratando-se de contratos regulados por cláusulas contratuais gerais, predispostas pelo segurador²⁴, a margem de liberdade de estipulação deixada ao tomador do seguro é também muito limitada, restringindo-se aos aspetos de concretização do risco proposto, do prazo do contrato, e de eventuais coberturas opcionais e outras opções eventuais (franquias aplicáveis, por exemplo).

2.6. Ponto de ordem: a liberdade contratual e os seguros proibidos

Vimos de percorrer as várias vertentes da liberdade contratual e as limitações que as mesmas encontram no contexto do contrato de seguro e do regime legal que lhe é aplicável.

É precisamente neste quadro que se situa o nosso objeto de estudo. Com efeito, as situações de *seguros proibidos* correspondem, como melhor veremos, a conteúdos vedados à contratação pelas partes.

Desta forma, a proibição de tais conteúdos limita a própria liberdade de celebração pelas partes (quando o projeto contratual visado por estas se esgote nos ditos conteúdos ou não possa subsistir sem os mesmos), ou, pelo menos, a respetiva liberdade de estipulação

²⁴ O princípio da adequação entre o risco e o prémio, imposto pelo n.º 2 do artigo 52.º da LCS, implica a uniformização da amplitude do risco coberto pelo segurador – isto é, que o recorte positivo e negativo de tal risco, expresso, respetivamente, pelas cláusulas de cobertura e de exclusão, seja idêntico entre os vários contratos, de modo que o prémio resultante da tarifa reflita apenas as especificidades do risco concreto assumido pelo segurador. Só nesta medida (*ceteris paribus*, isto é, em idênticas condições de recorte positivo e negativo de cobertura) é que o prémio exprimirá o risco concreto incorrido. Sobre a delimitação do risco coberto, cfr. Luís Poças, “A delimitação do risco coberto no seguro de mercadorias transportadas”, in *Januário da Costa Gomes (Coord.), Temas de Direito dos Transportes*, Vol. V, Coimbra, Almedina, 2020, pp. 499 ss.

(quando o conteúdo contratual visado pelas partes seja mais amplo e a matéria proibida corresponda apenas a uma parte daquele conteúdo, não essencial para os contraentes).

Analisaremos de seguida quais os conteúdos interditos à contratação pelas partes, tal como são definidos pelo artigo 14.º da LCS, começando por uma breve caracterização prévia de algumas vertentes do preceito.

3. Aspetos introdutórios ao artigo 14.º da LCS

3.1. Os antecedentes

I – O artigo 14.º da LCS tem por epígrafe *seguros proibidos* e, como referimos, estabelece interdições de contratação de seguros em função do respetivo conteúdo. Para o efeito, dispõe o n.º 1 do artigo 14.º que, *sem prejuízo das regras gerais sobre licitude do conteúdo negocial, é proibida a celebração de contrato de seguro que cubra os seguintes riscos* – passando depois a identificá-los em quatro alíneas.

II – Como melhor veremos, as situações discriminadas nas referidas alíneas têm por antecedente e fonte próxima o n.º 3 do artigo 192.º do Decreto-Lei n.º 94-B/98, de 17 de abril (Regime Geral da Atividade Seguradora, doravante RGAS). Aí se determinava que *são tidos como contrários à ordem pública os contratos de seguro que garantam, designadamente, qualquer dos seguintes riscos* – que a seguir se definiam em várias alíneas (adiante traremos à colação cada uma delas, sempre que pertinente). Da articulação com a primeira parte do n.º 2 do artigo 280.º do CC resultava, consequentemente, que, sendo contrários à ordem pública, tais contratos eram nulos. Sendo ilícitos²⁵ – por violação das regras injuntivas que os previam e da própria ordem pública – tais contratos eram também, consequentemente, proibidos.

²⁵ José Alberto Vieira, *Negócio Jurídico: Anotação ao regime do Código Civil (Artigos 217.º a 295.º)*, Coimbra, Coimbra Ed., 2006, p. 96.

Do nosso ponto de vista – adiantemos, desde já – um dos méritos da formulação do RGAS face à da LCS era o de, conduzindo à mesma solução (a proibição de celebração do contrato, por ilicitude do mesmo), fornecer um enquadramento à matéria sob um fundamento comum: a violação da ordem pública²⁶.

Note-se que nem todas as situações previstas no n.º 3 do artigo 192.º do RGAS foram replicadas no artigo 14.º da LCS. Assim, a alínea d) daquele preceito considerava *contrários à ordem pública os seguros que garantissem os riscos de inibição de conduzir veículos*, previsão que, face à LCS, constituiria uma desnecessária redundância, pelo que não foi para esta transplantada²⁷.

III – Os antecedentes mais remotos do regime em análise, encontramos no Decreto-Lei n.º 29.868, de 1 de setembro de 1939²⁸. O respetivo artigo 1.º proibia os contratos que, de qualquer modo, confessada ou dissimuladamente, tivessem por fim seguros contra apreensões de bens, imposições de penas e seus efeitos ou condenações em imposto de justiça e seus acréscimos, resultantes de responsabilidade criminal ou disciplinar e emanadas de qualquer tribunal ou autoridade pública.

²⁶ Discordamos, assim, da perspetiva de Leonor Cunha Torres, que assinala uma divergência de abordagem entre o RGAS e a LCS, concluindo criticamente, face ao regime anterior: «de facto não é um problema de ordem pública mas de proibição legal de contratar» – Leonor Cunha Torres, “Artigo 14.º – Seguros proibidos – Anotação”, *cit.*, p. 68.

²⁷ Com efeito, nos termos do n.º 1 do artigo 147.º do Código da Estrada (CE), a inibição de conduzir corresponde à sanção acessória aplicável aos condutores pela prática de contraordenações graves ou muito graves previstas no CE e legislação complementar. Logo, dificilmente se configura um caso em que a própria inibição de conduzir pudesse constituir um risco segurável (eventualmente, tal sucederia num contrato em que, se o segurado viesse a ficar inibido de conduzir, o segurador se obrigasse a pagar-lhe um capital ou uma prestação periódica durante o período de inibição, ou a reembolsá-lo de despesas de transporte incorridas nesse período). Em qualquer caso, como melhor veremos, a alínea a) do n.º 1 do artigo 14.º da LCS proíbe atualmente a cobertura do risco de responsabilidade contraordenacional, pelo que, sendo a inibição de conduzir uma sanção acessória prevista precisamente no quadro da responsabilidade contraordenacional do condutor, a respetiva proibição de cobertura por um contrato de seguro já se encontra agora estabelecida na LCS.

²⁸ Maria Beatriz Dias Sobral, *A Ratio Legis do Regime Jurídico dos Seguros Proibidos*, *cit.*, p. 12.

O diploma punia com pena de multa, quer os contraentes, quer o intermediário do contrato, determinando igualmente a nulidade das sociedades (seguradoras) que subscrevessem ou angariassem os ditos seguros. Quanto aos próprios seguros, estabelecia o artigo 2.º a respetiva nulidade.

3.2. O âmbito territorial da proibição

Como resulta do artigo 9.º da LCS, a interdição estabelecida pelo artigo 14.º aplica-se ao contrato de seguro que, em seguros de danos, cubra riscos situados em território português, ou em que, tratando-se de seguros de pessoas, o tomador do seguro tenha em Portugal a sua residência habitual ou o estabelecimento a que o contrato respeita, mesmo que, por vontade das partes, o contrato se reja por lei estrangeira (n.º 4 do artigo 9.º).

3.3. O carácter excecional do artigo 14.º da LCS

I – Como referimos, o princípio geral da liberdade contratual – proclamado no artigo 405.º do CC – assume carácter estruturante em Direito Civil. Por outro lado, e não obstante as várias limitações que o afetam e que atrás assinalámos, trata-se também de um princípio geral expressamente acolhido pela LCS e inequivocamente propalado no artigo 11.º deste diploma. Aí se afirma, precisamente sob a epígrafe *princípio geral*, que «o contrato de seguro rege-se pelo princípio da liberdade contratual, tendo carácter supletivo as regras constantes do presente regime, com os limites indicados na presente secção e os decorrentes da lei geral».

Se consideramos incontroversa a submissão do contrato de seguro ao princípio geral da liberdade contratual, não menos incontroverso será, conseqüentemente, o carácter *excecional* da regra que disciplina os seguros proibidos. Ora, tendo o regime dos seguros proibidos a natureza de regra excecional, daí decorrem vários corolários de grande relevância para a análise que nos propomos efetuar.

II – Quanto à interpretação do âmbito e escopo das quatro situações de proibição elencadas nas várias alíneas do n.º 1 do artigo 14.º da LCS, importa atender a que, nos termos do artigo 11.º do CC, as normas excepcionais não comportam aplicação analógica, mas admitem interpretação extensiva. Cumpre ressaltar, não obstante, que a regra do artigo 11.º atende *apenas* à excecionalidade substancial (assente no *ius singulare*), e não à mera excecionalidade formal²⁹. Teremos esta ressalva em conta na interpretação das situações de proibição previstas³⁰.

Antes, porém, de nos debruçarmos sobre as quatro situações de interdição previstas no artigo 14.º da LCS, importa que nos foque-mos na mencionada remissão para as regras gerais sobre a licitude do conteúdo negocial. É esse o propósito da próxima secção.

4. As regras gerais sobre a licitude do conteúdo negocial

4.1. O corpo do n.º 1 do artigo 14.º da LCS

Como vimos, para além das situações especificamente elencadas no n.º 1 do artigo 14.º, esta disposição salvaguarda expressamente a aplicabilidade *das regras gerais sobre licitude do conteúdo negocial*.

É certo que essa referência sempre seria dispensável, na medida em que a pretensão de aplicação dessas regras à generalidade dos negócios jurídicos – e, portanto, também ao contrato de seguro, não requer o aval da LCS. Porém, a ressalva é relevante, na medida em que enfatiza essa aplicabilidade e suscita também a questão da articulação entre aquelas regras gerais e as situações consagradas no artigo 14.º. Por outras palavras, suscita-se a questão de

²⁹ Miguel Teixeira de Sousa, *Introdução ao Direito*, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 400-401. Reitere-se, porém, que se tais situações nada acrescentarem, em substância, às regras gerais sobre a licitude do conteúdo negocial, sendo meras decorrências destas, poderá carecer de utilidade prática, para o presente caso, o teor do artigo 11.º do CC.

³⁰ Por outro lado, também relativamente às situações de proibição expressamente elencadas no artigo 14.º, o respetivo carácter (formalmente) excecional permitirá, quando pertinente, a interpretação enunciativa com base no argumento *a contrario*.

saber se estas situações acrescentam algo às ditas regras gerais ou se são meros exemplos concretizados dessas regras, das quais já decorreriam.

Por ora, importa que analisemos, ainda que sumariamente, as várias regras sobre licitude do conteúdo negocial, começando por distinguir o conteúdo do objeto negocial.

4.2. Conteúdo e objeto negocial

I – Como é sabido, o *conteúdo* negocial, ou *objeto jurídico* do negócio, designa o conjunto de regras em que o negócio assenta, das quais decorre a constituição, modificação ou extinção de direitos, obrigações, situações jurídicas, etc. Dito de outra forma, o conteúdo negocial consiste na autorregulação de interesses das partes, no complexo de comandos, de origem legal ou convencional, que as vincula reciprocamente³¹.

A doutrina mais tradicional³² distinguia frequentemente o *objeto imediato* (conteúdo) do *objeto mediato* do negócio jurídico – também designado por *objeto material* ou objeto *stricto sensu*. Este constitui o *quid* sobre que recai a disciplina do negócio, ou seja, uma ou várias coisas, corpóreas ou incorpóreas, prestações ou pessoas. O objeto designa, assim, «os próprios bens que são atingidos pela autorregulação de interesses»³³ ou, noutras palavras, «o bem ou valor apto direta ou indiretamente à satisfação de necessidades humanas, e sobre o qual incide o interesse que o direito subjetivo, integrado na relação, permite prosseguir»³⁴.

II – As regras gerais sobre a licitude do conteúdo do negócio verem, fundamentalmente, do artigo 280.º do CC. A respetiva epígrafe

³¹ José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil – Teoria Geral*, Vol. II, *cit.*, p. 263; António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, I – Parte Geral, Tomo I, *cit.*, p. 672.

³² P. ex., Manuel Domingues de Andrade, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, Vol. II, Coimbra, Almedina, 1983, p. 327.

³³ José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil – Teoria Geral*, Vol. II, *cit.*, p. 275.

³⁴ João de Castro Mendes, *Direito Civil – Teoria Geral*, Vol. I, Lisboa, AAFDL, 1978, p. 381.

(*requisitos do objeto negocial*) e a letra do n.º 1 sugerem, a uma primeira leitura, que o preceito versa apenas sobre os requisitos de validade do objeto material (ou mediato) do negócio.

Porém, tal como assinala a doutrina³⁵ e decorre de uma leitura mais atenta, tal não é o caso. A disposição utiliza o termo *objeto* num sentido muito amplo, abrangendo, quer o objeto material, quer o conteúdo do negócio, com especial enfoque na prestação que o devedor se obriga a realizar³⁶. Vejamos de seguida cada um dos requisitos ali estabelecidos.

4.3. Possibilidade física e determinabilidade

I – O n.º 1 do artigo 280.º dispõe que é nulo o negócio jurídico cujo objeto (no sentido amplo que assinalámos acima) seja física ou legalmente impossível, contrário à lei ou indeterminável. Analisemos cada uma destas situações aduzindo exemplos do domínio do Direito dos Seguros³⁷.

II – Desde logo, o objeto do negócio é fisicamente impossível se, à data da constituição da obrigação, for certo que a realização da prestação não é nem será factual, real, objetiva ou materialmente possível, designadamente porque respeite a uma coisa que não exista ou a uma ação fora do alcance das partes. A obrigação de percorrer a pé 200 Km em 30 minutos, ou de entrega de uma coisa inexistente, são exemplos de impossibilidade física, assim como o é, numa situação do domínio securitário, a celebração de um contrato de seguro de incêndio sobre uma construção que consabidamente já foi demo-

³⁵ António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, I – Parte Geral, Tomo I, *cit.*, pp. 674 e 677; Carlos Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3.ª Ed., Coimbra, Coimbra Ed., 1985, p. 553; José Alberto Vieira, *Negócio Jurídico: Anotação ao regime do Código Civil (Artigos 217.º a 295.º)*, *cit.*, p. 96.

³⁶ João Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, 10.ª Ed., Coimbra, Almedina, 2000, p. 801.

³⁷ Estes exemplos serão, naturalmente, simplificações.

lida³⁸; ou a estipulação (no âmbito do n.º 6 do artigo 54.º da LCS) visando o pagamento de um prémio de seguro de vida mediante entrega de um planeta.

III – Por outro lado, o objeto negocial terá de ser determinável, ainda que possa não se encontrar determinado à data da celebração. De algum modo, poderá dizer-se que um negócio com objeto indeterminável, mesmo com recurso às regras legais supletivas para o efeito estabelecidas, é fisicamente impossível.

Assim, não poderá estipular-se num seguro de saúde que o mesmo cobre um qualquer indivíduo de apelido Silva (sem que o mesmo surja concretamente identificado) ou que num seguro multirriscos se cobre uma habitação secundária do tomador do seguro, sabendo-se que o mesmo possui várias, ou que, num outro seguro multirriscos, se cobrem alguns riscos incidindo sobre um determinado imóvel, sem se identificar que riscos são esses.

4.4. Possibilidade jurídica e conformidade à lei

I – Como referimos, o n.º 1 do artigo 280.º requer ainda a *possibilidade legal* (ou, com mais propriedade, a *possibilidade jurídica*) e a *conformidade à lei* (ou *licitude*, em sentido estrito³⁹) do objeto, dois requisitos aparentemente sinónimos, mas cujo sentido útil cumpre destringer⁴⁰.

³⁸ Neste caso, e dado o disposto no n.º 1 do artigo 44.º da LCS, estamos também, em virtude da inexistência do risco, perante uma situação de nulidade por contrariedade à lei.

³⁹ Em rigor, a licitude não se esgota na conformidade à lei, mas abrange igualmente a conformidade à ordem pública e aos bons costumes – João Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, *cit.*, p. 804; José Alberto Vieira, *Negócio Jurídico: Anotação ao regime do Código Civil (Artigos 217.º a 295.º)*, *cit.*, p. 96. Atendendo ao teor do n.º 2 do artigo 280.º do CC, analisaremos mais abaixo estas duas vertentes do requisito da licitude.

⁴⁰ José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil – Teoria Geral*, Vol. II, *cit.*, p. 317; Carlos Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, *cit.*, p. 556; Elsa Vaz de Sequeira, “Artigo 280.º – Comentário”, in Luís Carvalho Fernandes e José Brandão Proença (Coords.), *Comentário ao Código Civil – Parte Geral*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2014, p. 691; Jorge Morais Carvalho, *Os Limites à Liberdade Contratual*, *cit.*, p. 37.

Por um lado, a impossibilidade jurídica ocorre quando a lei não admite, pelo menos, parte de um determinado conteúdo negocial, isto é, quando esse conteúdo está fora da esfera de situações que o Direito aceita, regula e valora. Situando-se fora dessa esfera de juridicidade, tal conteúdo não é juridicamente reconhecido nem suscetível de realização ou de produção de efeitos. Essa *não permissão* não resultará, em regra, de uma norma proibitiva (cuja violação nos colocaria no âmbito do requisito de licitude), mas de uma norma precativa que não admite o dito conteúdo, deixando-o fora da margem de permissibilidade jurídica. Ora, quando o Direito não admite, não reconhece, a possibilidade jurídica de tais situações, estas são *juridicamente impossíveis*.

Essa não admissibilidade pode surgir expressamente cominada, como no caso do n.º 2 do artigo 2028.º do CC. Aí, o n.º 1 do artigo 280.º não tem efeito útil, nada acrescentando àquela cominação. Noutros casos, porém, a referida inadmissibilidade legal não é acompanhada de cominação específica. E é sobretudo para esses casos que releva o n.º 1 do artigo 280.º. Vejamos dois exemplos do domínio segurador.

O n.º 1 do artigo 38.º da LCS dispõe que a apólice de seguro só pode ser nominativa ou à ordem, sendo nominativa na falta de estipulação das partes quanto à respetiva modalidade. Logo, uma apólice ao portador não é admissível à luz da LCS (não obstante esta não o referir expressamente), pelo que a mesma será nula, nos termos do n.º 1 do artigo 280.º do CC, por impossibilidade legal.

Noutro exemplo, o n.º 1 do artigo 54.º da LCS estabelece que o prémio de seguro só pode ser pago em numerário, por cheque bancário, transferência bancária ou vale postal, cartão de crédito ou de débito ou outro meio eletrónico de pagamento. Neste caso, a LCS não admite, portanto, que as partes acordem na entrega de uma coisa móvel para liquidação de um prémio de seguro. Logo, um tal acordo seria nulo por impossibilidade legal. Também aqui a nulidade não resulta diretamente de cominação da LCS, mas da circunstância de se tratar de uma situação legalmente impossível, ao que o n.º 1 do artigo 280.º associa a cominação de nulidade.

Em suma, o sentido útil do requisito da possibilidade legal face ao de licitude redundante nos casos em que o negócio é inválido (ao menos, por força do n.º 1 do artigo 280.º) sem ser ilícito⁴¹.

II – Por seu turno, o objeto do contrato terá de ser conforme ao Direito – isto é, *lícito*, em sentido amplo – o que, como já referimos, abrange a conformidade à ordem pública e aos bons costumes, que analisaremos adiante. Por ora, fixemo-nos na conformidade à lei.

Ora, o negócio é contrário à lei (isto é, ilegal, ou ilícito em sentido estrito), quando viole princípios ou normas injuntivos, portanto inderrogáveis por vontade das partes⁴². Caso não se verifique essa conformidade, o negócio será nulo (ao menos, por força do n.º 1 do artigo 280.º).

O requisito de conformidade à lei tem de articular-se com o disposto no artigo 294.º do CC (sob a epígrafe *negócios celebrados contra a lei*), nos termos do qual são nulos os negócios jurídicos celebrados contra disposição legal de carácter imperativo (injuntivo, entenda-se, abrangendo-se aí, quer as normas proibitivas, quer as precetivas), salvo nos casos em que outra solução resulte da lei. Assim, a ilicitude por contrariedade à lei apenas será cominada com a nulidade prevista no n.º 1 do artigo 280.º se a própria disposição legal injuntiva violada não definir cominação diversa⁴³.

Como exemplos de estipulações contrárias à lei, temos a assunção de obrigações que se traduzam na prática de um crime.

Num outro exemplo, resulta do n.º 2 do artigo 16.º da LCS que, se o contrato de seguro for celebrado, na qualidade de segurador, por entidade que não esteja autorizada a exercer a atividade segu-

⁴¹ Como refere José Alberto Vieira, «se toda a ilicitude do objeto negocial acarreta a invalidade, o inverso não é verdadeiro: pode haver invalidade legal sem ilicitude» – José Alberto Vieira, *Negócio Jurídico: Anotação ao regime do Código Civil (Artigos 217.º a 295.º)*, cit., p. 97.

⁴² Como refere Jorge Morais Carvalho, «a palavra *lei* é utilizada em sentido amplo, abrangendo qualquer diploma legal, independentemente da sua natureza: pode tratar-se de uma lei, DL, portaria, decreto regulamentar, etc.» – Jorge Morais Carvalho, *Os Limites à Liberdade Contratual*, cit., p. 157. Aqui cabem, designadamente, as Normas Regulamentares emitidas pela ASF.

⁴³ José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil – Teoria Geral*, Vol. II, cit., p. 319.

radora em Portugal (como é exigido pela disposição injuntiva do n.º 1 do mesmo artigo, e por várias outras do RJASR), o contrato é nulo. Neste caso, o próprio n.º 2 do artigo 16.º estabelece a cominação de nulidade, mas, se não fosse o caso, a cominação decorreria da regra geral do n.º 1 do artigo 280.º do CC.

Vejamus ainda um outro exemplo: nos termos do n.º 1 do artigo 43.º da LCS, o segurado deve ter um interesse digno de proteção legal relativamente ao risco coberto, sob pena de nulidade do contrato⁴⁴. Um seguro carecido de interesse segurável será, assim, anti-jurídico por contrariedade à lei.

III – No mesmo plano se coloca o negócio em fraude à lei⁴⁵, que o ordenamento português não regula autonomamente através de uma previsão geral. Neste caso, pratica-se um ato, em si mesmo aparentemente lícito, com o propósito (ou, pelo menos, com o efeito)⁴⁶ de contornar e frustrar uma regra legal injuntiva e de obter um resultado proibido por lei⁴⁷. Estamos perante uma atuação indiretamente – e substancialmente – contrária à lei, que configura, portanto, uma vertente da ilicitude do negócio jurídico⁴⁸. Quanto às consequências, as mesmas serão as que resultam especificamente

⁴⁴ O n.º 1 do artigo 12.º da LCS classifica o preceito como regra absolutamente imperativa (injuntiva), que não pode, portanto, ser derogada por vontade das partes, nem sequer em sentido mais favorável ao tomador do seguro.

⁴⁵ José Alberto Vieira, *Negócio Jurídico: Anotação ao regime do Código Civil (Artigos 217.º a 295.º)*, cit., p. 97.

⁴⁶ Podemos, assim, distinguir um plano subjetivo de um objetivo de fraude à lei – Pedro Pais Vasconcelos e Pedro Leitão Pais Vasconcelos, *Teoria Geral do Direito Civil*, 9.ª Ed., Coimbra, Almedina, 2019, pp. 588 ss.

⁴⁷ A questão remete-nos para a interpretação da lei: se esta proíbe um determinado resultado, estão proibidos os meios de o alcançar. Cfr. António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, I – Parte Geral, Tomo I, cit., pp. 694 ss.; Carlos Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, cit., p. 557.

⁴⁸ A generalidade da doutrina enquadra o tema em sede de ilicitude por contrariedade à lei – Cfr., por exemplo, Elsa Vaz de Sequeira, “Artigo 280.º – Comentário”, cit., p. 693. Em sentido diverso, Pedro Pais Vasconcelos e Pedro Leitão Pais Vasconcelos enquadram-no em sede de ilicitude por contrariedade à ordem pública: «na fraude à lei, o conteúdo negocial não agride diretamente a lei defraudada, mas antes colide com a intencionalidade normativa que lhe está subjacente e que justifica a sua imperatividade. Esta intencionalidade nor-

da regra injuntiva violada, ou, na falta de previsão, a nulidade do negócio⁴⁹.

4.5. Conformidade à ordem pública

Nos termos do n.º 2 do artigo 280.º, é nulo o negócio contrário à ordem pública ou ofensivo dos bons costumes⁵⁰.

Na ausência de uma definição legal de ordem pública, estamos perante um conceito indeterminado⁵¹. Ainda assim, situando-nos numa noção de ordem pública interna (por contraposição à ordem pública internacional), a mesma não consubstancia o conjunto das normas jurídicas injuntivas (que nos remeteria para a esfera da lei), mas de princípios ou interesses assentes em valores superiores, fundamentais, da vida em sociedade e do bem público, que caracterizam cada sistema jurídico⁵². Nas palavras de Oliveira Ascensão, está em causa «um círculo de exigências da própria ordem objetiva

mativa subjacente à imperatividade da lei é a Ordem Pública, como portadora dos critérios ordenantes do sistema» – *Teoria Geral do Direito Civil, cit.*, pp. 588-589.

⁴⁹ Sobre o tema, cfr. José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil – Teoria Geral*, Vol. II, *cit.*, pp. 323 ss.; António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, I – Parte Geral, Tomo I, *cit.*, pp. 694 ss. Pedro Pais Vasconcelos e Pedro Leitão Pais Vasconcelos consideraram excessivos os efeitos da nulidade, defendendo, diversamente, a ineficácia do ato: «a solução consistente na desconsideração do artifício fraudulento através da sanção da sua ineficácia específica, que se limite a privar a manobra fraudulenta do seu efeito fraudatório é absolutamente eficiente» – *Teoria Geral do Direito Civil, cit.*, p. 593.

⁵⁰ A relevância da ordem pública suscita-se, assim, na sua vertente negativa (ou proibitiva) e não positiva (ou prescritiva) – Elsa Vaz de Sequeira, “Artigo 280.º – Comentário”, *cit.*, p. 694.

⁵¹ Manuel Carneiro da Frada, “A ordem pública no direito dos contratos”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Ano IV (2007), p. 288; Jorge Morais Carvalho, “A ordem pública como limite à autonomia privada”, in Eduardo Paz Ferreira, Heleno Taveira Torres e Clotilde Celorico Palma (Orgs.), *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Alberto Xavier*, Vol. III, Coimbra, Almedina, 2013, p. 351.

⁵² Não obstante, como sublinham Pedro Pais Vasconcelos e Pedro Leitão Pais Vasconcelos, todas as regras injuntivas são de ordem pública: «a razão da inderrogabilidade da lei injuntiva reside precisamente [em] ser de ordem pública, reger sobre matérias de interesse público, que são tidas como hierarquicamente superiores às regulações privadas negociais» – Pedro Pais Vasconcelos e Pedro Leitão Pais Vasconcelos, *Teoria Geral do Direito Civil, cit.*, p. 586.

que representa limite aos negócios das partes – mesmo quando não há propriamente a ofensa de um concreto preceito da lei ou a contrariedade aos bons costumes»⁵³.

Suscitando dificuldades de exemplificação, a ordem pública haverá de assumir caráter subsidiário face à lei, funcionando como uma cláusula de recurso ou salvaguarda, ou, por outras palavras, como um patamar – subsequente à conformidade legal – de aferição da admissibilidade de um negócio jurídico à luz dos valores e princípios fundamentais que enformam a ordem pública (e, sob este prisma, de avaliação da respetiva licitude)⁵⁴.

Por outro lado, a ordem pública é evolutiva e opera em concreto, isto é, será perante as circunstâncias concretas do caso que é formulado o juízo de contrariedade à mesma e, por esta via, de ilicitude⁵⁵.

4.6. Conformidade aos bons costumes

Como referimos, nos termos do n.º 2 do artigo 280.º é nulo o negócio ofensivo dos bons costumes⁵⁶. Também aqui se assinalam dificuldades de conceptualização, tratando-se de um conceito indeterminado. Desta feita, releva especialmente o fundo moral dos

⁵³ José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil – Teoria Geral*, Vol. II, *cit.*, p. 320.

⁵⁴ José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil – Teoria Geral*, Vol. II, *cit.*, pp. 320-321; Manuel Carneiro da Frada, “A ordem pública no direito dos contratos”, *cit.*, p. 291; Jorge Morais Carvalho, “A ordem pública como limite à autonomia privada”, *cit.*, p. 364. Deste mesmo prisma, o efeito útil da autonomização conceptual da ordem pública implicará que a mesma não se confunda com o tecido de normas legais injuntivas, ou seja, com a contrariedade à lei – Manuel Carneiro da Frada, “A ordem pública no direito dos contratos”, *cit.*, p. 289.

⁵⁵ Jorge Morais Carvalho, “A ordem pública como limite à autonomia privada”, *cit.*, p. 364.

⁵⁶ Assim, à semelhança da ordem pública, também os bons costumes assumem relevância negativa ou proibitiva (vedando a prática de determinadas condutas), mas não positiva ou prescritiva (no sentido em que não impõem comportamentos) – Elsa Vaz de Sequeira, “Artigo 280.º – Comentário”, *cit.*, p. 694. Porém, enquanto a ordem pública integra o sistema jurídico, os bons costumes assumem caráter extra-sistemático ou metajurídico – *ibidem*. Noutro critério de distinção, e nas palavras da autora, «a ordem pública respeita à esfera pública da vida em sociedade, ao passo que os bons costumes já concernem ao domínio pessoal» – *idem*, p. 695.

princípios acolhidos, variável no tempo e no espaço, cuja violação ofenda a consciência social⁵⁷.

O juízo de contrariedade aos bons costumes constitui um filtro de ilicitude de terceiro nível – que opera residualmente, após o da contrariedade à lei e o da ordem pública⁵⁸ – a ser aferido objetivamente e em concreto⁵⁹.

5. As situações previstas na LCS

Passemos agora à análise e interpretação dos “riscos”, expressamente previstos nas quatro alíneas do n.º 1 do artigo 14.º da LCS, relativamente à cobertura dos quais está legalmente vedada a celebração do contrato de seguro.

5.1. Responsabilidade criminal, contraordenacional ou disciplinar

I – A primeira situação de proibição de celebração do contrato de seguro – prevista na alínea a) do n.º 1 do artigo 14.º da LCS – respeita à *garantia dos riscos de responsabilidade criminal, contraor-*

⁵⁷ Em causa estão – como assinala a doutrina – regras deontológicas, bem como a inadmissibilidade de negócios jurídicos que, à margem do Direito da Família, incidam sobre relações familiares ou práticas sexuais. Cfr., p. ex., António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, I – Parte Geral, Tomo I, *cit.*, pp. 708-709. Apontando para um conteúdo mais amplo de *bons costumes*, Jorge Morais Carvalho, *Os Limites à Liberdade Contratual*, *cit.*, pp. 118-119.

⁵⁸ Nas palavras de Carneiro da Frada, trata-se de «um padrão “mínimo” de conduta reclamado dos membros da comunidade jurídica que guarda uma relação mais estreita com ditames da moral individual geral» – Manuel Carneiro da Frada, “A ordem pública no direito dos contratos”, *cit.*, p. 293. Por seu turno, Jorge Morais Carvalho alude a «um *último recurso* para avaliar da conformidade do contrato com os princípios éticos e morais fundamentais, orientadores da vida em sociedade num determinado contexto histórico e geográfico» – Jorge Morais Carvalho, *Os Limites à Liberdade Contratual*, *cit.*, p. 117 (itálico nosso).

⁵⁹ Analisando jurisprudência que concretiza a contrariedade aos bons costumes como fundamento de declaração de nulidade de um contrato, Jorge Morais Carvalho, *Os Limites à Liberdade Contratual*, *cit.*, pp. 113 ss.

denacional ou disciplinar, esclarecendo o n.º 2 do mesmo artigo que a referida proibição *não é extensiva à responsabilidade civil eventualmente associada*.

II – O precedente próximo desta previsão encontra-se na alínea a) do n.º 3 do artigo 192.º do RGAS, onde se consideravam *contrários à ordem pública os seguros que garantissem, designadamente, os riscos de responsabilidade criminal ou disciplinar*.

Anteriormente, já o citado Decreto-Lei n.º 29.868, de 1 de setembro de 1939, proibia – na expressão do preâmbulo – os «seguros de indemnizações [...] por condenações em prisão, multa ou imposto de justiça», ou, na formulação do artigo 1.º, os «seguros contra [...] imposição de penas e seus efeitos [...], resultantes de responsabilidade criminal ou disciplinar e emanadas de qualquer tribunal ou autoridade pública».

III – Embora o preceito não o refira literalmente, a *garantia dos riscos de responsabilidade criminal, contraordenacional ou disciplinar* contempla apenas as situações de seguros cujo objeto consista na liquidação, ao Estado ou à entidade perante a qual o segurado seja responsável, de uma multa, coima ou sanção pecuniária, ou, em alternativa, no ressarcimento do segurado relativamente a multa, coima ou sanção pecuniária que o mesmo tenha liquidado a tais entidades (*seguro de penas pecuniárias*, na expressão do citado Decreto-Lei n.º 29.868).

Como é evidente, não poderia um seguro garantir o cumprimento de uma pena de prisão; de permanência na habitação; de proibição de exercício de profissão, função ou atividade; de prestação de trabalho a favor da comunidade; de admoestação; ou uma pena acessória (no caso da responsabilidade criminal), nem, no caso da responsabilidade disciplinar, o cumprimento de sanções sem expressão pecuniária.

IV – O preceito também não distingue o grau de censurabilidade – doloso ou negligente – da conduta ou, por outras palavras, o título de imputação subjetiva do facto ao agente. Assim, para efeitos do presente regime é indiferente se a responsabilidade criminal, con-

traordenacional ou disciplinar resulta de dolo ou de negligência do segurado⁶⁰.

V – A *ratio* do preceito é facilmente divisável. Vejamos.

A responsabilidade criminal, contraordenacional e disciplinar, no que respeita às sanções de expressão pecuniária, assume, desde logo, uma função *punitiva*: a de castigar o responsável por um comportamento ilícito e culposo, portanto, reprovável, retribuindo a censurabilidade dessa conduta (o mal praticado) com a imposição de uma sanção (o mal sofrido), tendo em vista a realização da justiça⁶¹.

Mas assume igualmente uma função de *prevenção geral*. Com efeito, sabendo-se que um determinado comportamento é punível com uma dada sanção, verifica-se um desincentivo à prática desse comportamento e uma orientação geral da sociedade para a adoção de condutas conformes ao Direito⁶².

Ora, se fosse admissível que os contratos de seguro assumissem por objeto o pagamento de multas, coimas ou sanções disciplinares de carácter pecuniário, sairia frustrado o fim da responsabilidade penal, contraordenacional ou disciplinar⁶³: o agente de um facto ilícito e culposo (segurado) não seria castigado pelo mal praticado nem haveria desincentivo social à prática de tal facto. Pelo contrário, a admissibilidade de um tal seguro funcionaria como um incentivo à adoção de comportamentos ilícitos e culposos⁶⁴, o que o Direito não pode permitir⁶⁵.

⁶⁰ Pedro Romano Martinez, “Artigo 14.º – Seguros proibidos – Comentários complementares”, *cit.*, p. 68.

⁶¹ Manuel Cavaleiro de Ferreira, *Lições de Direito Penal*, Vol. II – Penas e Medidas de Segurança, Lisboa, Verbo, 1989, pp. 45 ss.; Claus Roxin, *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, Berlin, Walter de Gruyter, 1973 – trad. port., *Problemas Fundamentais de Direito Penal*, Lisboa, Lisboa, Vega, 1986, pp. 16 ss.

⁶² Claus Roxin, *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, *cit.*, pp. 23 ss.

⁶³ Como se refere no preâmbulo do citado Decreto-Lei n.º 29.868, o seguro de penas pecuniárias é uma «prática contrária aos princípios de direito penal, porque o fim social da pena só pode conseguir-se quando ela atinge o culpado e só ele».

⁶⁴ Na expressão do preâmbulo do Decreto-Lei n.º 29.868, «a admissão de seguros de penas pecuniárias impostas em consequência de infrações da lei constituiria um incitamento ao

É, assim, neste contexto que se estabelece no n.º 3 do artigo 30.º da CRP que a responsabilidade penal é insuscetível de transmissão⁶⁶, num princípio que consideramos extensível aos casos de responsabilidade contraordenacional e disciplinar.

VI – Já quanto à ressalva estabelecida no n.º 2 do artigo 14.º – a referida proibição não é extensiva à responsabilidade civil eventualmente associada – a mesma é facilmente compreensível. Com efeito, não obstante ser identificável a existência de uma função punitiva na responsabilidade civil⁶⁷, essa não é, claramente, a sua principal função, mas sim a reparatória ou ressarcitória: a indemnização por um dano, segundo o princípio geral de que a mesma deve reconstituir a situação que existiria se não se tivesse verificado o evento que obriga à reparação (artigo 562.º do CC).

Neste quadro, o instituto da responsabilidade civil visa, em primeira linha, tutelar a posição do lesado, e, só indireta ou mediamente, sancionar o responsável. Ora, a cobertura, por contrato de seguro, do risco de responsabilidade civil é precisamente uma solução apta a proteger de forma adequada a posição do lesado (não o sujeitando às eventuais limitações do património do responsável). Daí a admissibilidade da garantia do risco de responsabilidade civil, mesmo quando surja associado à prática de factos geradores de responsabilidade penal, contraordenacional ou disciplinar.

crime e à negligência; o infrator não sofreria o rigor da lei e esta não exerceria o seu fim intimidatório e repressivo».

⁶⁵ Assim, como refere Romano Martinez, na solução em análise «defende-se o interesse público na preservação substancial do alcance das leis punitivas em vigor» – Pedro Romano Martinez, “Artigo 14.º – Seguros proibidos – Comentários complementares”, *cit.*, p. 68. O preâmbulo do citado Decreto-Lei n.º 29.868 invoca a própria ordem pública na interdição destes «seguros imorais e criminosos».

⁶⁶ Neste quadro, é defensável que praticaria um crime de favorecimento pessoal (cfr. n.º 2 do artigo 367.º do CP) o segurador que garantisse, mediante contrato de seguro, o pagamento de multas incorridas pelo segurado – João de Matos Viana, “Seguros proibidos”, *cit.*, p. 134.

⁶⁷ Sobre a problemática, cfr. Paula Meira Lourenço, *A Função Punitiva da Responsabilidade Civil*, Coimbra, Coimbra Ed., 2006.

VII – De acordo com a jurisprudência fixada pelo Tribunal Constitucional⁶⁸, a responsabilidade subsidiária dos administradores e gerentes, estabelecida no n.º 1 do artigo 8.º do Regime Geral das Infrações Tributárias e Aduaneiras (RGIT), por multas ou coimas aplicadas às pessoas coletivas cujo órgão de administração integral, não tem a natureza de responsabilidade criminal ou contraordenacional, mas sim de responsabilidade civil⁶⁹. Desta forma, não é proibido o seguro que cubra a referida responsabilidade.

Idêntica conclusão merece – também com base na apreciação do Tribunal Constitucional⁷⁰ – a responsabilidade solidária dos administradores, gerentes ou diretores de uma pessoa coletiva, relativamente ao pagamento da coima decorrente de infração laboral cometidas por essa pessoa coletiva (n.º 3 do artigo 551.º do Código do Trabalho, doravante CT)⁷¹.

VIII – Com base no princípio da intransmissibilidade das penas, defende Romano Martinez a admissibilidade do contrato de seguro que, tomando a responsabilidade criminal, contraordenacional ou disciplinar de alguém como *sinistro* (evento que desencadeia o acionamento da cobertura do risco prevista no contrato, na noção do artigo 99.º da LCS) garanta a um terceiro interessado uma prestação pecuniária: «assim, por exemplo, uma pessoa que viva em união de facto com outra pode contratar um seguro que cubra o risco próprio de perda de rendimento ou de assistência em caso de perda do salário do outro membro do casal, mesmo que essa perda decorra do cumprimento de uma sanção penal»⁷².

⁶⁸ Ac. TC n.º 437/2011, de 03/10/2011 – Proc. n.º 206/2010 (José Borges Soeiro), disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20110437.html> (consult. 07/10/2023); e Ac. TC n.º 561/2011, de 22/11/2011 – Proc. n.º 506/20 09 (Pamplona Oliveira), disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20110561.html> (consult. 07/10/2023).

⁶⁹ Sobre a problemática, cfr. João de Matos Viana, “Seguros proibidos”, *cit.*, pp. 122 ss.

⁷⁰ Ac. TC n.º 180/2014, de 26/02/2014 – Proc. n.º 240/2013 (Carlos Fernandes Cadilha), disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20140180.html> (consult. 07/10/2023).

⁷¹ Também sobre a problemática, João de Matos Viana, “Seguros proibidos”, *cit.*, pp. 128-129.

⁷² Pedro Romano Martinez, “Artigo 14.º – Seguros proibidos – Comentários complementares”, *cit.*, p. 69.

Se o exemplo dado não merece reparo, já não nos parece admissível – para além de que, como dissemos, se nos afigura ser a preocupação central do preceito (interditar o pagamento, pelo segurador, do valor da multa, coima ou sanção pecuniária) – a celebração de contrato de seguro que garanta o pagamento, ao próprio responsável, de uma prestação pecuniária, única ou periódica, que o compense da perda de rendimento (ou do sacrifício psicológico) associados ao cumprimento de uma pena de prisão ou de uma outra sanção.

IX – Embora o preceito não mencione, a proibição prevista na alínea a) do n.º 1 do artigo 14.º não afeta, como é evidente, a admissibilidade da celebração de contrato de seguro de proteção jurídica, cujo âmbito se reporta, como resulta ao artigo 167.º da LCS, à cobertura dos custos de prestação de serviços jurídicos, nomeadamente de defesa e representação dos interesses do segurado, assim como das despesas decorrentes de um processo judicial ou administrativo⁷³.

X – Em síntese, e como atrás referimos, o legislador – ao mencionar *os riscos de responsabilidade criminal, contraordenacional ou disciplinar*, sem se ater às sanções de carácter pecuniário emergentes de tal responsabilidade – disse mais do que pretendia. Impõe-se, portanto, uma interpretação restritiva do preceito.

Por outro lado, como referimos, a proibição decorre já de regra legal injuntiva – o n.º 3 do artigo 30.º da CRP, que consideramos extensível à responsabilidade contraordenacional e disciplinar – pelo que, na ausência da alínea a) do n.º 1 do artigo 14.º da LCS, a nulidade do contrato de seguro, por contrariedade à lei, sempre resultaria da regra geral do n.º 1 do artigo 280.º do CC. Em suma, portanto, evidencia-se a desnecessidade da alínea a) do n.º 1 do artigo 14.º da LCS, que nada acresce, no plano normativo, ao quadro legal aplicável.

⁷³ Não obstante, João de Matos Viana ressalva a inadmissibilidade da cobertura de custas judiciais que assumam carácter sancionatório – João de Matos Viana, “Seguros proibidos”, *cit.*, pp. 121-122.

5.2. Crimes contra a liberdade pessoal

I – Por seu turno, a alínea b) do n.º 1 do artigo 14.º considera proibida a celebração de contratos de seguro que *garantam os riscos de rapto, sequestro e outros crimes contra a liberdade pessoal*. Acrescenta o n.º 3 do mesmo artigo que a mencionada proibição não abrange o pagamento de prestações estritamente indemnizatórias.

II – Esta previsão tem por precedente legislativo a alínea b) do n.º 3 do artigo 192.º do RGAS, onde eram tidos por contrários à ordem pública os *contratos de seguro que garantissem o rapto*.

III – Note-se que os crimes contra a liberdade pessoal são os previstos e punidos pelos artigos 153.º ss. do Código Penal (dora-vante, CP), encontrando-se entre eles os de ameaça (artigo 153.º), coação (artigo 154.º), perseguição (artigo 154.º-A), casamento forçado (artigo 154.º-B), intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários (artigo 156.º), sequestro (artigo 158.º), escravidão (artigo 159.º), tráfico de pessoas (artigo 160.º), rapto (artigo 161.º), e tomada de reféns (artigo 162.º).

Leonor Cunha Torres assinala positivamente o alargamento do âmbito da proibição face ao precedente regime do RGAS⁷⁴. Porém, como veremos de seguida, esse alargamento é mais aparente do que real, porquanto o que se visa proibir é o seguro que tenha por objeto o pagamento do resgate (ou de atribuição patrimonial decorrente de extorsão)⁷⁵, situação que não tem cabimento na generalidade dos demais crimes contra a liberdade pessoal.

IV – Embora o âmbito literal da previsão normativa seja muito amplo, haverá que interpretá-lo com alguma prudência. Com efeito, e como acima aflorámos, a situação que se tem em vista, no fun-

⁷⁴ Leonor Cunha Torres, “Artigo 14.º – Seguros proibidos – Anotação”, *cit.*, p. 68.

⁷⁵ O tipo legal do crime de rapto tem como elementos subjetivos especiais da culpa (ou elementos especiais do tipo legal subjetivo), designadamente, a *intenção de submeter a vítima a extorsão* (alínea a) do n.º 1 do artigo 161.º do CP) ou a *intenção de obter resgate ou recompensa* (alínea c) do n.º 1 do mesmo artigo).

damental, é a do seguro que tivesse por objeto, em caso de rapto, o pagamento de um resgate ou recompensa ao raptor (ou, por outras palavras, o pagamento de uma quantia em troca da qual o raptor libertasse a vítima).

E a *ratio* específica da proibição parece evidente. Ela centra-se na ideia, fundada em considerações de racionalidade económica, de que o pagamento de um resgate ou recompensa constitui um estímulo e um meio de financiamento que alimenta a atividade criminosa. Logo, o conhecimento de que alguém estaria coberto por um tal seguro poderia potenciar o rapto dessa pessoa. Inerentemente, a admissibilidade de tais seguros funcionaria como um incentivo económico ao proliferar da atividade criminosa⁷⁶ e um contributo para a insegurança geral. Desse prisma, são preocupações de prevenção geral as que se opõem à admissibilidade de tais contratos⁷⁷.

V – Não é, portanto, propriamente a cobertura do *risco de rapto, sequestro ou outros crimes contra a liberdade pessoal* que é proibida, mas o contrato que tenha por objeto o pagamento de um capital de resgate ao raptor. Também a clarificação do n.º 3 do artigo 14.º – de que a proibição não abrange o pagamento de prestações estritamente indemnizatórias – merece cautela interpretativa. Com efeito, não é admissível o pagamento à vítima ou aos seus familiares de uma indemnização destinada a ressarcir o dano decorrente do resgate previamente pago ao raptor, embora tal ressarcimento assumisse caráter indemnizatório.

Mas já será admissível o pagamento à pessoa segura, vítima de rapto, de uma indemnização cobrindo despesas médicas ou o ressarcimento de um dano corporal (seguro de acidentes pessoais). Do mesmo modo, afigura-se admissível «que se segure uma comprovada perda de rendimentos resultante do tempo que durou o sequestro ou

⁷⁶ Em sentido convergente, Pedro Romano Martinez, “Artigo 14.º – Seguros proibidos – Comentários complementares”, *cit.*, p. 69; e João de Matos Viana, “Seguros proibidos”, *cit.*, p. 129.

⁷⁷ Estabelecendo, sob este prisma, uma ponte entre a proibição da alínea a) e a da alínea b) do n.º 1 do artigo 14.º, Maria Beatriz Dias Sobral, *A Ratio Legis do Regime Jurídico dos Seguros Proibidos*, *cit.*, pp. 31 ss.

rapto, ou resultante de uma incapacidade para o trabalho gerada pela violência do crime»⁷⁸.

Também se afigura consentâneo com a norma e com o fim visado o pagamento direto a terceiros (ou o ressarcimento da vítima ou dos seus familiares relativamente a valores pagos àqueles) para prestação de serviços de apoio psicológico à vítima, de negociação com os raptos (*hostage and crisis negotiation*), ou até para a prestação de serviços de segurança privada visando uma intervenção que liberte pela força a vítima. Trata-se aqui de prestações de carácter indemnizatório destinadas a combater a atividade criminosa ou os seus efeitos, e não a alimentá-la.

Igualmente admissível será o próprio pagamento, ao beneficiário designado, de um capital em caso de morte da pessoa segura subsequente a um rapto ou no decurso do mesmo (seguro de acidentes pessoais ou seguro de vida)⁷⁹.

VI – Embora a norma proibitiva se refira aos contratos de seguro que *garantam os riscos de rapto, sequestro e outros crimes contra a liberdade pessoal*, vimos que é ilusória esta menção genérica aos crimes contra a liberdade pessoal e que o cerne da proibição se foca no pagamento, pelo segurador, ao praticante de um crime, de uma quantia destinada a fazer com que este cesse a prática desse crime. No caso do rapto, o dito crime traduz-se na privação da liberdade mediante violência, ameaça ou astúcia (n.º 1 do artigo 161.º do CP). Mas não seria diferente a razão de substância para a proibição legislativa se o referido crime se traduzisse em infligir à vítima um mal relevante de outra natureza, designadamente violência ou ameaça. O cerne da preocupação do legislador não se situa, portanto, nos crimes contra a liberdade pessoal, mas muito simplesmente na prática

⁷⁸ Pedro Romano Martinez, “Artigo 14.º – Seguros proibidos – Comentários complementares”, *cit.*, p. 69.

⁷⁹ A ordem pública e o princípio da não especulação (na vertente da proibição de atos dolosos) são aí salvaguardados pelo regime previsto no artigo 192.º da LCS, que impede o raptor de beneficiar do capital seguro. Cfr., mais desenvolvidamente, Luís Poças, “A problemática do homicídio nos seguros de vida”, in Luís Poças, *Problemas e Soluções de Direito dos Seguros*, Coimbra, Almedina, 2019, pp. 201-235.

de extorsão⁸⁰, no ato de constranger outrem, ante a iminência ou sob a prática de um mal, a evitar a sua concretização ou continuidade mediante a realização de uma atribuição patrimonial.

Sobre a elevada ilicitude, no próprio plano criminal, da extorsão, não se suscitam dúvidas (cfr. artigo 223.º do CP). As preocupações de prevenção da atividade criminosa, a que já atrás aludimos – no sentido de evitar que o seguro se constitua em incentivo e meio de financiamento do crime – têm aqui plena aplicação.

Ademais, na extorsão, a realização da referida atribuição patrimonial (ou do pagamento de resgate, no caso de rapto) pela vítima ou pela família, a favor do criminoso, não é um ato jurídico voluntário, livre, mas assente numa vontade viciada por coação moral. Trata-se, portanto, de um ato jurídico inválido, nos termos dos artigos 255.º e 256.º do CC.

Ora, não agindo o segurador sob coação moral, mas no âmbito da execução de um contrato de seguro, o pagamento de um resgate a um sequestrador – ou, em geral, a realização de uma atribuição patrimonial a quem pratique extorsão – traduzir-se-ia na remuneração de um crime, o que é incompatível com a tessitura normativa injuntiva do nosso ordenamento⁸¹. A esfera de ilicitude, por contrariedade à lei, que rodeia o rapto ou a extorsão, contamina, desta forma, o contrato de seguro com o dito objeto. Na falta de norma injuntiva expressa (para além do próprio artigo 14.º da LCS), sempre a ilicitude se situaria em sede de contrariedade à ordem pública.

VII – Face ao exposto, importa aferir se a proibição em análise, com o âmbito interpretativo que vimos e que resulta da respetiva teleologia, é, de algum modo, inovadora, ou se, diversamente, na

⁸⁰ Nos termos do n.º 1 do artigo 223.º do CP (sob a epígrafe *extorsão*), quem, com intenção de conseguir para si ou para terceiro enriquecimento ilegítimo, constranger outra pessoa, por meio de violência ou de ameaça com mal importante, a uma disposição patrimonial que acarrete, para ela ou para outrem, prejuízo é punido com pena de prisão até 5 anos.

⁸¹ Não está em causa o caráter previdencial (não especulativo) de tais seguros, destinados que estariam a acudir a um dano potencial na esfera patrimonial do segurado (valor a pagar ao criminoso), ou a exonerar o segurado do padecimento de um mal sobre ele infligido ou que o ameaça. Não é, portanto, esse o fundamento da proibição.

falta de previsão expressa, a mesma já resultaria das regras gerais sobre a licitude do conteúdo negocial.

Ora, em suma e como vimos, o legislador foi impreciso e equívoco. Desde logo, porque a proibição não incide na cobertura de um *risco de rapto, sequestro ou outros crimes contra a liberdade pessoal*, mas no seguro que cubra o pagamento de um resgate ou recompensa ao raptor. Por outro lado, porque ao aludir a *outros crimes contra a liberdade pessoal* o legislador disse mais do que pretendia⁸², na medida em que a intenção de submeter a vítima a extorsão ou de obter resgate ou recompensa não integra os elementos do tipo de tais crimes. Aqui se impõe a interpretação restritiva do preceito.

Vimos também que o fundamento substancial para esta proibição tem por cerne, não estritamente a privação da liberdade de alguém tendo em vista a obtenção de um resgate, mas, mais própria e latamente, a ameaça ou prática de um qualquer mal importante sobre alguém tendo em vista a obtenção de um enriquecimento ilegítimo. Por outras palavras, tanto repugna à ordem jurídica, o pagamento, por contrato de seguro, de um resgate por rapto, como repugna o pagamento, pelo mesmo contrato, de um valor por extorsão⁸³. Há, portanto, uma plena analogia de situações, a justificar a aplicação analógica da solução de proibição relativamente ao seguro que garanta o pagamento de um capital a quem pratique crime de extorsão. Ora, a tal aplicação analógica não se opõe a circunstância de a alínea b) do n.º 1 do artigo 14.º da LCS ter carácter excecional, já que, como atrás afluímos, a proibição de analogia prevista no artigo 11.º do CC se reporta apenas aos casos de *ius singulare* (excecionalidade substancial), o que não é o caso vertente.

⁸² Tentando – sem sucesso, cremos – descortinar uma lógica legislativa para a amplitude da previsão legal, Maria Beatriz Dias Sobral, *A Ratio Legis do Regime Jurídico dos Seguros Proibidos*, cit., pp. 30-31.

⁸³ Ressalva-se, naturalmente, a superior relevância do bem protegido no caso do crime de rapto face ao do crime de extorsão, a justificar uma mais gravosa moldura penal no primeiro caso.

Assim, do nosso ponto de vista, e pelas razões que referimos, a dita proibição, não só centrada no rapto, mas generalizada a todas as situações que envolvam extorsão e atribuição de uma vantagem patrimonial ao criminoso, sempre resultaria – senão de norma legal injuntiva, que inexistente com este alcance específico – de contrariedade à ordem pública.

Portanto, a previsão literal específica da alínea b) do n.º 1 do artigo 14.º sempre seria desnecessária, na medida em que a nulidade do contrato de seguro já resultaria, nos termos do n.º 2 do artigo 280.º do CC, de contrariedade à ordem pública.

5.3. Posse ou transporte de substâncias psicotrópicas

I – A alínea c) do n.º 1 do artigo 14.º da LCS proíbe a celebração do contrato de seguro que cubra o risco de *posse ou transporte de estupefacientes ou drogas cujo consumo seja interdito*.

II – A solução tem por precedente a alínea c) do n.º 3 do artigo 192.º do RGAS, que considerava contrários à ordem pública os contratos de seguro que garantissem o risco de posse ou transporte de estupefacientes e drogas cujo consumo fosse interdito.

III – Para a interpretação da alínea c) do n.º 1 do artigo 14.º, importa apurar quais os estupefacientes ou drogas cujo *consumo* é interdito. Para o efeito, haverá, assim, que recorrer à versão consolidada do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de janeiro (Lei de Combate à Droga)⁸⁴. Ora, do n.º 2 do seu artigo 40.º (por remissão para o n.º 1 do mesmo artigo) resulta que a aquisição e a detenção para consumo próprio das plantas, substâncias ou preparações compreendidas nas tabelas I a IV anexas ao mesmo diploma constituem *contraordenação*.

⁸⁴ Atenda-se igualmente à Lei n.º 30/2000, de 29 de novembro, na sua versão consolidada, que estabelece o regime jurídico aplicável ao consumo de estupefacientes e substâncias psicotrópicas, bem como a proteção sanitária e social das pessoas que consomem tais substâncias sem prescrição médica.

O seu consumo – ou, mais propriamente, a sua aquisição e detenção *para* consumo – são, portanto, legalmente interditas, assumindo relevância contraordenacional, embora não penal⁸⁵.

IV – Resta determinar o que seja o risco de *posse ou transporte* de tais estupefacientes e drogas. Ora, mesmo abstraindo da proibição estabelecida no artigo 14.º, é certo que a posse ou transporte, em si mesmos, não são riscos seguráveis, não sendo configurável um contrato de seguro em que o segurador efetue a sua prestação no caso de o segurado estar na posse ou transportar uma determinada coisa⁸⁶.

Desta forma, o risco visado pelo legislador – aquele que poderia traduzir-se num dano para o segurado e, portanto, dar lugar a uma prestação do segurador – será, sim, o de perda, deterioração, perecimento, extravio, apreensão policial ou judicial, furto ou roubo de estupefacientes e drogas na posse do segurado, designadamente aquando do seu transporte⁸⁷.

Note-se que, como é evidente, a proibição não se atém aos casos em que as drogas ou estupefacientes se destinem ao consumo do seu possuidor, nem tal se retira da letra da lei⁸⁸. O sentido da referên-

⁸⁵ Sobre as várias drogas e estupefacientes, suas origens, características e efeitos, cfr. Antoine Porot e Maurice Porot, *Les Toxicomanies*, Paris, Presses Universitaires de France, 1953 – trad. port., *Os Toxicómanos*, Lisboa, Editorial Notícias, 1989, pp. 27 ss.

⁸⁶ Como refere Romano Martinez, a posse ou transporte não é suscetível de configurar um *sinistro*. Pedro Romano Martinez, “Artigo 14.º – Seguros proibidos – Comentários complementares”, *cit.*, p. 69.

⁸⁷ Discordamos, assim, da perspetiva de Romano Martinez, que se afigura redutora, no sentido de que «a principal intenção da lei será a de impedir que se segure a apreensão policial ou judicial de objetos relacionados com o tráfico de droga, mesmo quando essa apreensão não possa ser considerada como efetivação de uma responsabilidade penal em sentido estrito» – Pedro Romano Martinez, “Artigo 14.º – Seguros proibidos – Comentários complementares”, *cit.*, p. 69.

⁸⁸ Em sentido diverso, Maria Beatriz Dias Sobral, *A Ratio Legis do Regime Jurídico dos Seguros Proibidos*, *cit.*, p. 39. Esta interpretação – aliás, sem base literal – levaria à conclusão paradoxal, baseada no argumento *a contrario* (escorado no carácter formalmente excecional da regra), de que, atendo-se a proibição aos estupefacientes e drogas destinados ao consumo do possuidor, não seriam já proibidos os seguros que cobrissem a perda de drogas ou estupefacientes destinados ao tráfico, o que, por absurdo, não é concebível. Ainda

cia ao *consumo* é apenas o de permitir determinar – por remissão implícita para as normas legais pertinentes – quais os estupefacientes ou drogas visados pela proibição de seguro.

Porém, naturalmente que a proibição não abrange os casos em que a posse ou transporte dos referidos estupefacientes ou drogas seja lícito, designadamente, porque se trate de substâncias já anteriormente apreendidas e à guarda das autoridades, ou porque as mesmas se destinem à investigação científica, ou ao fabrico laboratorial de medicamentos, ou ao consumo terapêutico sob prescrição médica⁸⁹.

V – Se a proibição prevista na alínea em análise atende à natureza ilícita da posse e transporte dos estupefacientes ou drogas, a mesma não esgota o leque de bens ou coisas cuja posse ou transporte são ilícitos (mormente, no plano criminal) e que, portanto, hão de estar sujeitos a idêntica proibição. Tal é o caso, designadamente, dos bens ou mercadorias furtados, roubados, contrabandeados, contrafeitos, obras de arte falsificadas, armas proibidas, etc.

Da mesma forma, a proibição não poderá também deixar de verificar-se se o risco incidir sobre pessoas objeto de tráfico humano ou sobre bens objeto de tráfico ilícito, como animais de espécies protegidas, órgãos ou tecidos humanos, etc.

Reitere-se que já em tempos idos, o supracitado Decreto-Lei n.º 29.868, de 1 de setembro de 1939, proibia os «seguros contra apreensões de bens», visando então concretamente os géneros alimentícios deteriorados (objeto de alteração, avaria ou corrupção, na

que a letra do preceito albergasse este sentido, logo a interpretação enunciativa, segundo o argumento *a minori ad maius*, nos permitiria concluir diversamente.

⁸⁹ A proibição não abrange também – nem a letra do preceito nos induz nesse sentido – o risco de responsabilidade contraordenacional ou criminal (já prevista na alínea a) do n.º 1 do artigo 14.º), nem riscos relacionados com a saúde do consumidor de drogas ou estupefacientes (lesões para a saúde ou despesas terapêuticas) – João de Matos Viana, “Seguros proibidos”, *cit.*, p. 131. O preceito também nada pretende regular quanto à admissibilidade – deixada à liberdade contratual – da exclusão de acidente pessoal quando a pessoa segura se encontre sob o efeito de drogas ou estupefacientes.

expressão do preâmbulo) – em infração às regras legais em vigor – e destinados a venda.

VI – Em suma, e como vimos, também neste caso o legislador foi impreciso, ao aludir ao risco de posse ou transporte, quando terá pretendido referir-se ao risco de *perda* (aquando da posse ou transporte). Por outro lado, disse mais do que pretendia, ao não excluir da proibição situações em que são lícitos a posse e o transporte de drogas ou estupefacientes cujo consumo é proibido.

Simultaneamente, deixou fora da proibição todo um leque de situações análogas, que atrás mencionámos, esquecendo todos os demais bens, coisas, animais ou pessoas cuja posse, transporte ou tráfico são proibidos (no próprio plano criminal). Também aqui, em virtude de a regra da alínea c) do n.º 1 do artigo 14.º da LCS não assumir carácter substancialmente excepcional (*ius singulare*), é plenamente admissível a aplicação da proibição aos referidos casos análogos.

Questão diversa é a da necessidade da regra proibitiva. Ora, relativamente ao consumo de estupefacientes dispõe o n.º 1 do artigo 4.º da citada Lei n.º 30/2000 que as autoridades policiais procederão à identificação do consumidor e, eventualmente, à sua revista e à *apreensão das plantas, substâncias ou preparações referidas no artigo 1.º encontradas na posse do consumidor, que são perdidas a favor do Estado*⁹⁰.

Quanto às condutas que se traduzem na prática de crimes, é sabido que os instrumentos, produtos ou vantagens dessa prática não pertencem à esfera da titularidade do agente de tal crime, sendo igualmente declarados perdidos a favor do Estado (artigos 109.º e 110.º do CP)⁹¹.

⁹⁰ O n.º 2 do artigo 35.º do citado do Decreto-Lei n.º 15/93 estabelece que as plantas, substâncias e preparações incluídas nas tabelas I a IV são sempre declaradas perdidas a favor do Estado. Cfr., quanto à perda a favor do Estado de outras coisas ou direitos relacionados com o facto, os artigos 36.º ss. do mesmo diploma.

⁹¹ Excetua-se os casos em que tais instrumentos, produtos ou vantagens não pertencerem, à data do facto, a nenhum dos agentes ou beneficiários, ou não lhes pertencerem no

Portanto, quer no caso da posse de drogas ou estupefacientes para consumo, quer no caso da posse de produtos ou vantagens da prática de um crime, os bens ou coisas detidos não podem considerar-se licitamente pertencentes à esfera patrimonial do seu detentor, que não é, portanto, titular de um direito a ressarcimento pela respetiva perda. Consequentemente, esse detentor não tem, sobre a conservação ou a integridade de tais bens, um interesse digno de proteção legal, de tal forma que lhe seja reconhecível, como segurado, a existência de um *interesse segurável*. E na falta de interesse segurável sempre seria nulo, nos termos dos n.ºs 1 e 2 do artigo 43.º da LCS, o seguro que garantisse o risco de perda de tais bens.

Em conclusão – e independentemente de outras regras penais que em concreto fossem contrariadas pela celebração do seguro – a proibição especificamente prevista na alínea c) do n.º 1 do artigo 14.º logo se revela supérflua porque a mesma já resultaria da contrariedade a uma regra legal injuntiva⁹², a saber: o n.º 1 do artigo 43.º da LCS.

5.4. Morte de crianças ou de maiores acompanhados

I – Nos termos da alínea d) do n.º 1 do artigo 14.º da LCS, é proibida a celebração do contrato de seguro que cubra o risco de *morte de crianças com idade inferior a 14 anos ou daqueles que por anomalia psíquica ou outra causa se mostrem incapazes de governar a sua pessoa*⁹³.

momento em que a perda foi decretada – n.º 1 do artigo 111.º do CP. Assim se ressalva a posição dos terceiros de boa fé.

⁹² Cfr. artigo 12.º da LCS.

⁹³ A expressão provém do regime da interdição, em vigor à data da publicação da LCS e, entretanto, substituído pelo regime jurídico do maior acompanhado (estabelecido pela Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto). Assim, no n.º 1 do artigo 138.º do CC, na redação em vigor à data da LCS, dispunha-se que podiam ser interditos do exercício dos seus direitos *todos aqueles que por anomalia psíquica, surdez-mudez ou cegueira se mostrassem incapazes de governar as suas pessoas e bens*.

O n.º 3 do mesmo artigo esclarece que a referida proibição não abrange o pagamento de prestações estritamente indemnizatórias. Por seu turno, o n.º 4 acrescenta que não é proibida a cobertura do risco de morte por acidente de crianças com idade inferior a 14 anos, desde que contratada por instituições escolares, desportivas ou de natureza análoga que dela não sejam beneficiárias.

II – A proibição encontra precedente nas alíneas e) e f) do n.º 3 do artigo 192.º do RGAS, onde se consideravam contrários à ordem pública os contratos de seguro garantindo o risco de morte de crianças com idade inferior a 14 anos, ou de incapazes, com exceção, em qualquer dos casos, das despesas de funeral.

III – Noutros ordenamentos, há a considerar disposições com um propósito ou alcance análogos. Tal é o caso do artigo L 132-3 do *Code des Assurances* francês⁹⁴, do artigo 83 da LCS espanhola⁹⁵ ou

⁹⁴ Aí se estabelece o seguinte:

Il est défendu à toute personne de contracter une assurance en cas de décès sur la tête d'un mineur âgé de moins de douze ans, d'un majeur en tutelle, d'une personne placée dans un établissement psychiatrique d'hospitalisation. Toutefois, cette prohibition n'est pas applicable aux formules de financement d'obsèques mentionnées à l'article L. 2223-33-1 du code général des collectivités territoriales souscrites sur la tête d'un majeur en tutelle.

Toute assurance contractée en violation de cette prohibition est nulle.

La nullité est prononcée sur la demande de l'assureur, du souscripteur de la police ou du représentant de l'incapable.

Les primes payées doivent être intégralement restituées.

L'assureur et le souscripteur sont en outre passibles, pour chaque assurance conclue sciemment en violation de cette interdiction, d'une amende de 4 500 euros.

Ces dispositions ne mettent point obstacle dans l'assurance en cas de décès, au remboursement des primes payées en exécution d'un contrat d'assurance en cas de vie, souscrit sur la tête d'une des personnes mentionnées au premier alinéa ci-dessus ou au remboursement du seul montant des primes payées, en exécution d'un contrat d'assurance de survie, souscrit au bénéfice d'une des personnes mentionnées au premier alinéa ci-dessus.

⁹⁵ Nos termos desta disposição, *no se podrá contratar un seguro para caso de muerte sobre la cabeza de menores de catorce años de edad o de incapacitados. Se exceptúan de esta prohibición, los contratos de seguros en los que la cobertura de muerte resulte inferior o igual a la prima satisfecha por la póliza o al valor de rescate.* O preceito foi objeto de apreciação da constitucionalidade, por traduzir uma discriminação em função da idade. O Tribunal Cons-

do artigo 159 (sob a epígrafe *Assurance d'enfants en bas-âge*) da *Loi Relative aux Assurances*, da Bélgica⁹⁶.

É de registar que, nestes ordenamentos, a proibição em causa não surge integrada numa disposição mais ampla, contemplando outras proibições de celebração do contrato de seguro em função do respetivo conteúdo (como sucede no caso do artigo 14.º da LCS), mas consta de um preceito isolado, de um caso singular de proibição específica de seguro.

IV – Note-se que, em virtude da natureza do risco assinalado, o âmbito da proibição respeita, quer aos contratos de seguro de vida, quer aos de acidentes pessoais (cuja cobertura base é a de morte por acidente).

Ora, do nosso ponto de vista, há dois vetores na base da proibição em análise, ambos ligados ao princípio da não especulação. Um primeiro está associado ao carácter previdencial do contrato de seguro (abrangendo os seguros de vida e os de acidentes pessoais). Deste prisma, presume-se a existência de um interesse segurável quanto à celebração do contrato. Nesta medida, o risco de morte terá associado um dano – em regra, uma perda de rendimento –, que o capital seguro se destina a colmatar. Tipicamente, a posição de pessoa segura corresponde a um dos elementos do agregado fami-

titucional pronunciou-se pela não inconstitucionalidade, tendo em conta as preocupações de proteção da infância, prosseguidas pelo preceito e conformes com a própria Constituição. Sobre a problemática, cfr. Francisco Javier Tirado Suárez, “Artículo 83. Noción de seguro sobre la vida”, in Fernando Sánchez Calero (Dir.), *Ley de Contrato de Seguro: Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de Octubre, y a sus Modificaciones*, 4.ª Ed., Cizur Menor, Editorial Aranzadi, 2010, pp. 2196 ss.

⁹⁶ Aí se estabelece: *Le Roi peut imposer des conditions particulières pour les assurances qui prévoient des prestations en cas de naissance d'une personne mort-née ou de décès d'une personne de moins de cinq ans accomplis*. Anteriormente, o artigo 96 da Lei sobre o Contrato de Seguro Terrestre da Bélgica, de 25 de junho de 1992, dispunha: *est nulle toute clause prévoyant des prestations en cas de naissance d'une personne mort-née ou de décès d'une personne de moins de cinq ans accomplis, sauf aux conditions et pour un montant maximum a fixer par le Roi. Sauf en cas de dol de la part du preneur d'assurance, l'assureur doit restituer intégralement les primes payées en application de la clause ou du contrat déclaré nul en vertu de l'alinéa 1er*.

liar que contribui substancialmente, com o seu rendimento, para o sustendo do agregado, e cujo falecimento deixará financeiramente desamparado esse agregado. Ora, por natureza (e salvo circunstâncias extraordinárias⁹⁷), a morte dos menores de 14 anos e daqueles “que se mostram incapazes de governar a sua pessoa” não será suscetível de causar um tal dano, a justificar o caráter previdencial do seguro. Na falta da função previdencial, o seguro assumirá natureza especulativa – assemelhando-se a uma aposta sobre a vida alheia –, o que, bulindo com o princípio da não especulação que norteia o contrato de seguro, justifica a proibição⁹⁸. Este vetor explica o teor do n.º 3 do artigo 14.º, ao admitir os seguros com prestações estritamente indemnizatórias (mormente, as despesas de funeral).

Um outro vetor, também fundado no princípio da não especulação, rejeita a coisificação da vida humana. Assim, os seguros de vida e de acidentes pessoais, requerendo para a sua celebração – nos termos, respetivamente, do n.º 3 do artigo 43.º e do n.º 2 do artigo 212.º, ambos da LCS –, o consentimento da pessoa segura (que, no caso de um menor de 14 anos ou de um maior acompanhado, será prestado pelo representante legal ou acompanhante), envolvem necessariamente, na sua celebração, a intervenção da pessoa ou pessoas a cargo de quem se encontra o menor ou o maior acompanhado. A verificar-se essa celebração, aquela pessoa assumiria, em circunstâncias normais, a posição de tomador do seguro e de beneficiário em caso de morte. Ora, repugna profundamente ao sentir social e ao caráter previdencial do seguro que as pessoas a quem incumbe um especial dever de cuidado relativamente ao menor⁹⁹ ou ao maior

⁹⁷ Considere-se o caso de um menor de 14 anos que é uma estrela de cinema, ou um génio musical, por exemplo, e que contribui significativamente para a economia familiar. Como resulta do n.º 2 do artigo 68.º do CT, a idade mínima de admissão para prestar trabalho é de 16 anos, só sendo admissíveis as exceções previstas nos n.ºs 3 e 4 do mesmo artigo.

⁹⁸ Nesta perspetiva, situando o fundamento da proibição na ausência de um interesse segurável, Margarida Lima Rego, *Contrato de Seguro e Terceiros – Estudo de Direito Civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p. 280.

⁹⁹ Nos termos do n.º 1 do artigo 1878.º do CC, compete aos pais, no interesse dos filhos, velar pela segurança e saúde destes, prover ao seu sustento, dirigir a sua educação, representá-los, ainda que nascituros, e administrar os seus bens.

acompanhado¹⁰⁰ possam ter algum tipo de incentivo económico na violação desse dever e que possam beneficiar, de algum modo, com a morte daqueles que estão ao seu cuidado¹⁰¹. A proibição traduz, assim, uma medida de mitigação do risco moral^{102 103}, sendo extensível, como vimos, aos seguros contratados por instituições escolares, desportivas ou de natureza análoga que dele sejam – elas próprias, ou pessoas singulares ou coletivas a elas ligadas – beneficiárias.

Este último vetor explica, de resto, o teor do n.º 4 do artigo 14.º, ao admitir a cobertura do risco de morte por acidente de crianças com idade inferior a 14 anos, desde que contratada por instituições escolares, desportivas ou de natureza análoga *que dela não sejam beneficiárias*¹⁰⁴. Também aqui se espelha o princípio de que não deve beneficiar do seguro aquele ao cuidado de quem se encontra a pessoa segura¹⁰⁵.

¹⁰⁰ Nos termos do n.º 1 do artigo 146.º do CC, no exercício da sua função, o acompanhante privilegia o bem-estar e a recuperação do acompanhado, com a diligência requerida a um bom pai de família, na concreta situação considerada.

¹⁰¹ João de Matos Viana, “Seguros proibidos”, *cit.*, p. 132.

¹⁰² Leonor Cunha Torres, “Artigo 14.º – Seguros proibidos – Anotação”, *cit.*, p. 68. Como é sabido, o risco moral (*moral hazard*) traduz-se na circunstância de a celebração do contrato de seguro reduzir os incentivos económicos à prevenção do sinistro, ou constituir mesmo um incentivo à sua produção negligente ou deliberada. Sobre o fenómeno, cfr. Luís Poças, “Aproximação económica à declaração do risco no contrato de seguro”, in Luís Poças, *Problemas e Soluções de Direito dos Seguros*, Coimbra, Almedina, 2019, pp. 58-61.

¹⁰³ A proibição visa, assim, a prevenção de comportamentos negligentes, sendo certo que o homicídio doloso da pessoa segura é, independentemente da idade e condição desta, objeto da disciplina do artigo 192.º da LCS. Cfr. Luís Poças, “A problemática do homicídio nos seguros de vida”, *cit.*

¹⁰⁴ Atente-se, por exemplo, no contrato de seguro obrigatório de acidentes pessoais a celebrar pelas entidades organizadoras de campos de férias, nos termos do artigo 18.º do Decreto-Lei n.º 32/2011, 7 de março, e da Portaria n.º 629/2004, de 12 de junho.

¹⁰⁵ É este, para nós, o ponto crucial, não devendo merecer empolamento a circunstância de a LCS exigir o consentimento da pessoa segura para a celebração do seguro de vida ou de acidentes pessoais. Assim, o fundamento da proibição em análise seria o mesmo caso a LCS não exigisse tal consentimento, como resulta da circunstância de a proibição abranger as instituições escolares, desportivas ou de natureza análoga beneficiárias do contrato, quando é certo que as mesmas não intervêm na prestação do dito consentimento (a cargo do representante legal ou acompanhante).

V – É de notar, como referimos, que a presente proibição encontra paralelo noutros ordenamentos, embora apontando, quanto aos menores, para idades distintas (12 anos em França, 14 anos em Espanha e 5 anos na Bélgica). Encontramos nestes ordenamentos uma preocupação comum, e uma necessidade de regulação expressa da matéria, mas divergências quanto à idade considerada.

Ora, abstraindo do artigo 14.º da LCS, nenhuma (outra) regra injuntiva disciplina a matéria em Portugal. Pensamos, não obstante, pelos fundamentos que subjazem à presente proibição (e que encontram idêntico reflexo nos outros ordenamentos citados), que o tema assume carácter de ordem pública. Portanto, a proibição – a aferir em concreto, como é apanágio da conformidade à ordem pública – já decorreria desta mesma, determinando a nulidade do contrato nos termos do n.º 2 do artigo 280.º do CC.

VI – Ainda assim, o teor da alínea d) do n.º 1 do artigo 14.º conserva uma utilidade: a de fixar quanto aos menores, um patamar objetivo de definição da proibição (a idade inferior a 14 anos), patamar que, no quadro do ordenamento português, está longe de ser evidente.

Com efeito, face aos vetores que fundamentam a proibição, melhor se compreenderia que a idade a considerar se estabelecesse nos 16 anos. De facto, e desde logo, é de 16 anos a idade mínima de admissão para prestar trabalho (n.º 2 do artigo 68.º do CT), pelo que, salvo casos excepcionais, só a partir de então é configurável uma perda de rendimento por morte da pessoa segura.

Por outro lado, é também de 16 anos que a idade mínima em que é admissível a contração de casamento (alínea a) do artigo 1601.º do CC), tendo por efeito a emancipação do menor e, com esta, a atribuição da plena capacidade do exercício de direitos, habilitando-o a reger a sua pessoa e a dispor livremente dos seus bens (artigos 132.º e 133.º do CC). Também sob este prisma, antes dos 16 anos verifica-se uma situação de dependência que justificaria a extensão da proibição do seguro até este patamar etário.

Porém, foi outra a opção do legislador, em sintonia com o legislador espanhol e, ainda assim, numa solução mais prudente e coerente do que a francesa e a belga. E é esta, em suma, a utilidade e

relevância da alínea d) do n.º 1 do artigo 14.º: a de estabelecer um patamar etário inovador para a proibição de contratação de seguros sobre a vida de menores, numa solução que não decorre de norma injuntiva anterior nem dos parâmetros que resultariam da lei civil, com o que o preceito incrementa a certeza e a segurança no sistema jurídico.

Tratando-se, todavia, como referimos, de matéria do domínio da ordem pública, nada impede que, em concreto, venha o julgador a considerar nulo, por contrariedade à ordem pública, o contrato de seguro sobre a vida de um menor com idade superior a 14 anos.

6. As consequências do incumprimento

I – Como vimos, o artigo 14.º da LCS estabelece expressamente as situações em que é proibida a celebração do contrato de seguro. Constatámos também que a generalidade dos casos previstos no artigo 14.º já seriam proibidos por contrariedade à lei ou à ordem pública, comportando, como resulta do artigo 280.º do CC, a nulidade do contrato de seguro. A tal solução conduz, aliás, a remissão feita, no corpo do n.º 1 do artigo 14.º, para as regras gerais sobre a licitude do conteúdo negocial.

Abstraindo da referida remissão para o artigo 280.º do CC, a violação de qualquer das alíneas do n.º 1 do artigo 14.º da LCS (disposição legal imperativa, nos termos do artigo 12.º da LCS) comporta como consequência a nulidade do contrato, nos termos do n.º 1 do artigo 280.º e do artigo 294.º do CC¹⁰⁶.

Diferente era a técnica legislativa do RGAS, que, como vimos, considerava contrários à ordem pública os contratos de seguro cobrindo o elenco de riscos assinalado. Em consequência, tais contratos eram igualmente ilícitos e, logo, nulos (desta feita, por contrariedade à ordem pública – nos termos da primeira parte do n.º 2

¹⁰⁶ Pedro Romano Martinez, “Artigo 14.º – Seguros proibidos – Comentários complementares”, *cit.*, p. 68.

do artigo 280.º do CC – e não propriamente a disposição legal que os proibisse).

II – Na medida em que um contrato de seguro cubra várias pessoas, coisas ou riscos, e apenas quanto a algum ou alguns deles se verifique uma das circunstâncias proibidas pelo artigo 14.º da LCS, pode suscitar-se a questão da nulidade parcial do negócio e da consequente redução do mesmo¹⁰⁷. Esta solução é admissível¹⁰⁸ como aplicação do princípio *utile per inutile non vitiatur*¹⁰⁹ e com fundamento no artigo 292.º do CC, ficando o negócio reduzido às pessoas, coisas ou riscos não afetados pela proibição, exceto demonstrando-se que o negócio não teria sido concluído sem a parte viciada.

Assim, por exemplo, se num seguro de vida grupo apenas uma das adesões respeitasse a um menor de 14 anos, então só esta seria proibida e, portanto, nula, salvaguardando-se, no demais, a conservação do contrato.

7. Considerações conclusivas

I – Tivemos oportunidade de sublinhar o caráter estruturante, em Direito Civil, do princípio da liberdade contratual – expressamente acolhido pela LCS – e, conseqüentemente, a natureza exce-

¹⁰⁷ O instituto da redução depende da verificação do requisito da divisibilidade do negócio, isto é, da suscetibilidade de separação do negócio entre uma parte inválida e outra válida. Segundo Carlos Mota Pinto, estabelece-se uma presunção de que a vontade das partes se orienta para a divisibilidade ou separabilidade do negócio – Carlos Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil, cit.*, p. 627. Na dúvida, ou na falta de prova de que era outra a vontade de, pelo menos, uma das partes, opera a redução, numa manifestação do princípio da conservação dos negócios jurídicos.

¹⁰⁸ Pedro Romano Martinez, “Artigo 14.º – Seguros proibidos – Comentários complementares”, *cit.*, p. 68.

¹⁰⁹ A redução dos negócios exprime o princípio do *favor negotii*. Como referem Pedro Pais Vasconcelos e Pedro Leitão Pais Vasconcelos, «o *favor negotii* orienta a interpretação e a concretização no sentido de evitar a invalidade e de aproveitar o que for possível do ato e do negócio jurídico, sempre que possível e nos limites do possível» – Pedro Pais Vasconcelos e Pedro Leitão Pais Vasconcelos, *Teoria Geral do Direito Civil, cit.*, p. 745.

cional da regra da LCS que define os “riscos” cuja contratação está vedada à vontade contratual das partes.

Proclamando, sem necessidade, a aplicabilidade das regras gerais sobre a licitude do conteúdo do contrato, o artigo 14.º prevê expressamente quatro riscos de contratação interdita. O sentido e alcance útil desta previsão depende, portanto, de a mesma não resultar já, por inerência, das tais regras gerais.

Ora, verificámos que as proibições estabelecidas nas alíneas a) e c) do n.º 1 – respetivamente, *responsabilidade criminal, contraordenacional ou disciplinar, e posse ou transporte de estupefacientes ou drogas cujo consumo seja interdito* – decorrem já de norma legal injuntiva, pelo que, estes casos, já o seguro seria nulo por contrariedade à lei, nos termos do n.º 1 do artigo 280.º do CC.

Por seu turno, as proibições previstas nas alíneas b) e d) do n.º 1 – respetivamente, *rapto, sequestro e outros crimes contra a liberdade pessoal, e morte e crianças menores de 14 anos e de maiores acompanhados* – são do domínio da ordem pública, pelo que, desta feita, o seguro já seria nulo por contrariedade à ordem pública, nos termos da primeira parte do n.º 2 do artigo 280.º do CC.

A necessidade – carácter normativamente inovador – do artigo 14.º, encontramos-a apenas na definição do patamar etário de 14 anos para a proibição de seguro, em benefício da certeza e segurança jurídicas, na medida em que a aferição da contrariedade à ordem pública implicaria uma abordagem casuística e uma avaliação em concreto.

II – Deparámo-nos, ao longo da análise empreendida, com diversas deficiências relevantes na formulação das várias alíneas do n.º 1 do artigo 14.º. Desde logo, a identificação, como riscos seguráveis, de situações que o não são efetivamente e cuja verificação não configura, conseqüentemente, um sinistro.

Por outro lado, são várias as situações em que o legislador disse mais do que pretendia – isto é, em que o sentido ultrapassa a literalidade do texto –, a exigir a respetiva interpretação restritiva, e aquelas em que o legislador disse menos do que tencionava – ou seja, em que o sentido fica aquém da letra do texto legal –, o que requer uma interpretação extensiva.

Constatámos igualmente, sem prejuízo da possibilidade de recurso para as regras gerais sobre a licitude do contrato, que o fundamento e o sentido substancial da proibição comportavam clara analogia com situações equivalentes, não expressamente previstas, e à qual não obsta o facto de as previsões do artigo 14.º terem carácter excecional (na medida em que não comportam uma excecionalidade substancial – *ius singulare*).

São, porém, muitas mais as possibilidades de configuração de seguros que suscitam dúvidas de admissibilidade (juízo de licitude) face à lei injuntiva, à ordem pública e aos bons costumes, e que não encontram analogia nas proibições previstas no artigo 14.º. A título de exemplo, será admissível a cobertura, por um seguro de acidentes pessoais, de um acidente sofrido por um assaltante quando roubava uma ourivesaria? E será admissível um seguro sobre a vida de um bombista suicida?

Para estas – e muitas outras – questões o artigo 14.º não providencia solução normativa, havendo que apelar à regra geral do artigo 280.º do CC.

Face ao exposto, não se vislumbra a necessidade – ou, sequer, a utilidade normativa – do artigo 14.º da LCS¹¹⁰, quer quanto às previsões expressas das várias alíneas do n.º 1, quer quanto à remissão para as regras gerais sobre a licitude do contrato, que sempre seriam aplicáveis sem tal remissão.

III – Impõe-se uma palavra final quanto ao sentido de unidade das proibições previstas nas várias alíneas do n.º 1 do artigo 14.º, designadamente, quanto à existência de um fundamento comum a todas elas.

Sobre o tema, encontramos posições divergentes. De um lado, Maria Elisabete Ramos sustenta carecer de unidade o fundamento jurídico dos seguros proibidos¹¹¹. Também António Menezes Cor-

¹¹⁰ Também neste sentido, Maria Beatriz Dias Sobral, *A Ratio Legis do Regime Jurídico dos Seguros Proibidos*, cit., p. 65.

¹¹¹ Maria Elisabete Gomes Ramos, *O Contrato de Seguro entre a Liberdade Contratual e o Tipo*, Coimbra, Almedina, 2021, p. 39.

deiro¹¹², Pedro Romano Martinez¹¹³, Leonor Cunha Torres¹¹⁴ e João Matos Viana¹¹⁵ identificam justificações distintas para as várias proibições previstas no artigo 14.º, não procurando estabelecer ou reconhecer um fundamento comum.

Em sentido diverso, Beatriz Sobral procura estabelecer pontes e identificar afinidades entre as várias proibições do artigo 14.º da LCS¹¹⁶, encontrando na contrariedade à ordem pública o fundamento comum às mesmas¹¹⁷. Também neste sentido parecem apontar Arnaldo Oliveira e Eduarda Ribeiro¹¹⁸. Que dizer?

As proibições do artigo 14.º – herdadas, no essencial, do RGAS –, parecem ter sido estabelecidas casuisticamente, sem preocupações de coerência e sem base num princípio comum. Ainda assim, de algum modo, é possível reconhecer, a um alto nível, uma preocupação e um escopo comum entre elas: o de que a função previdencial do seguro não sirva instrumentalmente de amparo, de salvaguarda ou de apoio a uma atividade ilícita (mormente, na esfera criminal). Por outras palavras, o seguro tem por função proteger os indivíduos, na prossecução de atividades ou comportamentos lícitos, contra os efeitos da ocorrência de um mal (o sinistro). Mas não serve, nem pode servir, para promover ou beneficiar atuações antijurídicas (mormente, contrárias à lei penal), ou para ajudar os indivíduos a atingir ou consumir fins criminosos, ou para evitar que os mesmos sejam afetados por uma sanção diretamente associada ou decorrente da própria conduta ilícita por si praticada.

Este desiderato opera, tanto no plano da racionalidade económica – evitando que os seguros constituam incentivos ou fonte de

¹¹² António Menezes Cordeiro, *Direito dos Seguros*, Coimbra, Almedina, 2013, pp. 466-467.

¹¹³ Pedro Romano Martinez, “Artigo 14.º – Seguros proibidos – Comentários complementares”, *cit.*, pp. 68 ss.

¹¹⁴ Leonor Cunha Torres, “Artigo 14.º – Seguros proibidos – Anotação”, *cit.*, pp. 67-68.

¹¹⁵ João de Matos Viana, “Seguros proibidos”, *cit.*

¹¹⁶ Maria Beatriz Dias Sobral, *A Ratio Legis do Regime Jurídico dos Seguros Proibidos*, *cit.*, p. 41, p. ex.

¹¹⁷ Maria Beatriz Dias Sobral, *idem*, pp. 59 ss.

¹¹⁸ Arnaldo Oliveira e Eduarda Ribeiro, “Novo regime jurídico do contrato de seguro – Aspectos mais relevantes da perspetiva do seu confronto com o regime vigente”, *Fórum – Revista Semestral do Instituto de Seguros de Portugal*, Ano XII, n.º 25 (jun. 2008), p. 25.

financiamento a uma atividade ilícita – como no conseqüente domínio da prevenção geral, reforçando a ideia de que a prática de um ato antijurídico não é tolerada pelo sistema normativo.

Esta preocupação ou fundamento comum – se assim podemos dizer – carece, porém, de consistência que o arvora em princípio normativo. Subjacentes às proibições pontuais e dispersas do artigo 14.º estão, em qualquer caso, as regras gerais sobre a licitude do conteúdo negocial. São elas que tornam desnecessárias e supérfluas as proibições específicas do artigo 14.º e é nelas que encontramos resguardo para a aferição das situações fora do horizonte desse artigo.



MARIA INÊS DE OLIVEIRA MARTINS
Professora Auxiliar da FDUC
Investigadora do IJ

Pequenos riscos, grandes sinistros – o papel do seguro na proteção de habitações rurais contra incêndios

RESUMO: O texto parte da constatação da insuficiente cobertura seguradora dos riscos de incêndio em habitações situadas as zonas rurais, paradigma da situação em que interesses seguros de valor relativamente baixo se encontram expostos a eventos catastróficos. Aponta-se de seguida potenciais razões para a insuficiência, provindas tanto do lado da procura, como da oferta seguradora, bem como vias para estimular os dois lados do mercado. A abordagem preferencial parece vir de uma combinação de soluções, aliando o poder público, o mercado segurador e financeiro e as comunidades afetadas na distribuição de riscos e criação de um ecossistema de boas práticas no seu controlo.

Palavras chave: seguros; riscos catastróficos; “protection gap”

ABSTRACT: The text starts with the acknowledgment of the insufficient insurance coverage for fire risks in dwellings located in rural areas, which is representative of situations where relatively low-value insured interests are exposed to catastrophic events. Potential reasons for the inadequacy are then identified, stemming from both the demand and the insurance supply side, as well as avenues to stimulate both sides of the market. The preferred approach seems to come from a combination of solutions, involving the government, the insurance and financial market, and the affected communities, both in risk distribution and in the creation of an ecosystem of best practices in its control.

Keywords: insurance; catastrophic risks; protection gap

SUMÁRIO: 1. Introdução: a circunstância do texto. 2. O papel dos seguros no problema na proteção de habitações rurais contra incêndios: da compensação à prevenção de danos. 3. A falta de disponibilidade dos seguros na cobertura de riscos de incêndio em habitações rurais 4. Razões para uma lacuna de proteção e vias para as superar. 4.1. Introdução. 4.2. O lado da procura. 4.2.1. Falta de procura suficiente. 4.2.2. Possíveis respostas. a) *Medidas de apoio da autonomia privada*. b) *Seguros obrigatórios*. c) *Financiamento público*. 4.3. O lado da oferta. 4.3.1. Falta de oferta suficiente. a) *Falta de parâmetros fiáveis para cálculo do prémio*. b) *Má qualidade dos riscos em geral*. c) *Inviabilidade da seleção de “bons riscos”*. 4.3.2. Respostas possíveis. a) *Melhorias técnicas*. b) *Certificação por terceiros*. c) *Seguros paramétricos*. d) *Expansão do mercado de resseguros*. e) *Parcerias público-privadas*. f) *Regras de ordenamento do território de construção, sua fiscalização e coercibilidade*. g) *A sociedade civil*. 5. Conclusões

1. Introdução: a circunstância do texto

Entre 2020 e 2023, integrei a equipa do Projeto *House Refuge* – como o nome indica, procurou-se saber quando a casa pode ser lugar de proteção; para além do que o nome indica, a ameaça que requer um refúgio é a dos incêndios em regiões rurais¹⁻². No seu braço de engenharia, a equipa procurou produzir conhecimento sobre quais as técnicas construtivas e de gestão de território que tornam as habitações mais resilientes, e mesmo locais confiáveis de refúgio em caso de incêndio. No seu braço jurídico, a equipa procurou saber como transformar esse conhecimento em regras pelas quais as comunidades se rejam. Para além do Direito administrativo, sobretudo de ordenamento territorial, e do Direito sancionatório em geral, interessou-nos o papel que as regras contratuais podiam desempenhar. No primeiro caso, a adoção das condutas prescritas é respaldada pela ameaça de consequências negativas, coativamente impostas; no último, é impelida pela obtenção de um benefício³.

¹ Principais abreviaturas utilizadas: *ASF*: Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões; *EIOPA*: European Insurance and Occupational Pensions Authority.

² Ver <https://adai.pt/houserefuge/>.

³ Para uma compreensão ampla da *sancionabilidade*, enquanto “conversão de uma intenção jurídiconormativa nos efeitos que a tornam praticamente efetiva”, que pode ser efetivada

O contrato de seguro é olhado como um mecanismo fundamental para a criação de incentivos para o controlo do risco. Pelo contrato, as consequências de um sinistro passam a estar a cargo de um profissional especializado na tomada de certos riscos – o segurador⁴. Os seus desembolsos potenciais serão, pois, menores se condicionar a oferta de uma vantagem – cobertura, ou cobertura em termos mais vantajosos – à adoção de condutas diligentes pelos segurados.

No contexto do projeto, interessou-nos, pois, antes de mais fazer o diagnóstico ao estado do mercado nacional de cobertura de incêndios em habitações rurais. O retrato foi de insuficiência, por razões tanto provenientes do lado da oferta, como do lado da procura de cobertura. Num espelho ampliado, insuficiências semelhantes têm vindo a ser detetadas, e debatidas, em relação a outros mercados, dentro e fora do contexto europeu.

No correr do projeto, foi-se tornando mais nítido o desenho da lacuna, das suas potenciais causas e tentativas de resposta. As linhas que se seguem correspondem a uma sistematização dessas impressões.

2. O papel dos seguros no problema na proteção de habitações rurais contra incêndios: da compensação à prevenção de danos

Podemos descrever o contrato de seguro como o contrato através do qual o segurador se obriga, mediante remuneração (o prémio), a cobrir o risco de ocorrência de um evento incerto (sinistro), que

através de mecanismos negativos, ou de mecanismos promocionais, ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, *Relatório com a justificação do sentido e objectivo pedagógico, o programa, os conteúdos e os métodos de um curso de “Introdução ao estudo do Direito”*, s. ed., Coimbra, 1976, pp. 15 e ss; cfr. também NORBERTO BOBBIO, “Sulla funzione promozionale del diritto”, *RTDCP*, 3, 1969, pp. 1313-1329, *passim*.

⁴ Referimo-nos aqui às manifestações mais relevantes do contrato de seguro; não obsta, porém, à qualificação que a cobertura seja oferecida em moldes singulares e não sistemáticos, ou por não profissional (MARIA INÊS DE OLIVEIRA MARTINS, *O seguro de vida enquanto tipo contratual legal*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 225 e ss.).

pode provocar consequências desfavoráveis na esfera do segurado (perturbando por isso um interesse do segurado). O modo como o segurador cobre o risco, protegendo o interesse do segurado, é obrigando-se a efetuar uma prestação (normalmente) ao segurado, em caso de sinistro.

Daqui já decorre que os seguros são uma via de *compensação de perdas*⁵. Esta é a função mais típica da figura: decorre da obrigação principal do segurador, de efetuar uma prestação em caso de sinistro. Ora, a compensação é *importante desde logo pelos seus efeitos económicos e sociais*. Mantém as atividades económicas em funcionamento (vg., permitindo a reparação ou substituição de bens afetados) e evita assim o empobrecimento dos sujeitos atingidos⁶.

Esta função é contudo também importante porque a *compensação tem efeitos sobre a prevenção de danos*. O pagamento da prestação seguradora pode permitir a reconstrução expedita do imóvel, evitando que este permaneça degradado e exposto a riscos. E pode mesmo permitir uma reconstrução de melhor qualidade, tornando o imóvel mais resistente aos danos por fogo.

Por outro lado, os seguros desempenham também uma *função de prevenção de danos*, podendo incentivar a adoção de medidas de controlo do risco pelos proprietários. Os seguradores são peritos na análise de riscos e podem condicionar quer o acesso ao seguro, quer a oferta de melhores condições (cobertura mais ampla, ou, sobre-

⁵ Sobre o seguro como instrumento de compensação e de prevenção de danos, MARIA INÊS DE OLIVEIRA MARTINS, “Seguro e responsabilidade civil”, *BFDUC*, 2020, pp. 241-290, pp. 242-267. Para uma análise mais alargada dos efeitos da falta de compensação seguradora, ECB/EIOPA, *Policy options to reduce the climate insurance protection gap, Discussion Paper*, ECB EIOPA, 2023, disponível em https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/ecb.policyoptions_EIOPA~c0adae58b7.en.pdf (consultado pela última vez a 01.09.2023), pp. 9-14.

⁶ LINDA FACHE ROUSOVÁ/MARGHERITA GIUZIO/SUJIT KAPADIA/HRADAYESH KUMAR/LUISA MAZZOTTA/MILES PARKER/DIMITRIS ZAFEIRIS, *Climate change, catastrophes and the macroeconomic benefits of insurance*, EIOPA, 2021, disponível em <https://www.eiopa.europa.eu/system/files/2021-07/thematic-article-climate-change-july-2021.pdf> (consultado pela última vez a 20.10.2023), pp. 1-3, modelando nas pp. seguintes o impacto da cobertura seguradora sobre a evolução do produto interno, na sequência de uma catástrofe.

tudo, mais barata), à adoção de medidas de controlo do risco⁷. Pense-se, por exemplo, na adoção de técnicas e modelos construtivos mitigadores do risco (vg., instalação de vidros duplos, de isolamento não inflamável sob a cobertura do mercado)⁸, de medidas de auto-proteção (instalação de aspersores, de cortinas ignífugas), ou na gestão de materiais combustíveis em torno da casa⁹.

3. A falta de disponibilidade dos seguros na cobertura de riscos de incêndio em habitações rurais

Identificado o interesse prático na proteção seguradora, resta saber se esta está disponível para os riscos em análise. Foi justamente com essa preocupação que, no âmbito da colaboração da Associação Portuguesa de Seguradores com o Projeto House Refuge, fizemos circular um questionário entre as participantes do mercado de cobertura destes riscos¹⁰. Os resultados foram claros, demonstrando uma postura cautelosa, tendo a larga maioria das respondentes (9/14) afirmado que se a habitação estiver exposta a incêndios rurais, a aceitação do risco é *a priori* recusada,

⁷ Usa-se a este respeito o termo “*impact underwriting*” – ECB/EIOPA, *Policy options...*, cit., pp. 18-19.

⁸ DEIVES DE PAULA/JOÃO PAULO C. RODRIGUES, *Relatório no. 6, Melhores práticas construtivas para mitigação do risco de incêndio rural*, Projeto House Refuge, 2023, disponível em https://adai.pt/houserefuge/wp-content/uploads/2023/07/Deliverable-6-Fire-Wise-Tecnologies_V1.pdf (consultado pela última vez a 25.08.2023), pp. 8 e ss.

⁹ MIGUEL ALMEIDA/JOSÉ GÓIS/HADASSA LIMA, *Análise da gestão de combustíveis naturais na envolvente imediata às habitações isoladas em Portugal Continental*, Projeto House Refuge, 2020, disponível em https://adai.pt/houserefuge/wp-content/uploads/2021/03/Deliverable_2_padroes-casa_envolvente.pdf (consultado pela última vez a 25.08.2023), pp. 19 e ss.

¹⁰ A pesquisa foi respondida por um total de 14 seguradoras, correspondendo, segundo informação prestada pela Associação Portuguesa de Seguradores, a 93% da quota de mercado em termos de prémios de seguros de Multirriscos Habitação em 2020 (DULCE LOPES/KAROLINE VITALI/LUÍS MÁRIO RIBEIRO/MARIA INÊS DE OLIVEIRA MARTINS/MIGUEL ALMEIDA, *Relatório no. 4, Resultados do questionário sobre a situação atual do mercado de cobertura seguradora do risco de incêndio em habitações rurais – práticas e perceções presentes*, Projeto House Refuge, 2021, p. 4).

admitindo-se situações de exceção em que será feita uma análise casuística¹¹.

Com menor granularidade, o “*Dashboard on insurance protection gap for natural catastrophes*” elaborado pela Autoridade Europeia de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões, e lançado em Dezembro de 2022, identifica convergentemente em relação a Portugal uma lacuna de proteção contra riscos de incêndio¹².

A situação não é, portanto, a desejável, cumprindo diagnosticar razões para a lacuna e modos de a superar.

4. Razões para uma lacuna de proteção e vias para as superar

4.1. Introdução

No questionário realizado, detetámos problemas que provêm do lado da *oferta de seguros*. A lacuna é, contudo, também produto do outro lado do mercado: da falta de *procura de seguros*. Está em falta uma análise empírica exaustiva das causas e extensão da lacuna. Na base da informação disponível, faremos uma problematização em termos gerais.

A análise poderá, deste modo, ser prestável para compreender os problemas da cobertura de riscos com características similares: os que implicam *unidades de exposição de pequena dimensão*, ou

¹¹ D. LOPES/K. VITALI/L. M. RIBEIRO/M. I. DE OLIVEIRA MARTINS/M. ALMEIDA, *Relatório no. 4*, cit., p. 15.

¹² Cfr. https://www.eiopa.europa.eu/tools-and-data/dashboard-insurance-protection-gap-natural-catastrophes_en Com dados relativos a Dezembro de 2022, EIOPA, *The Dashboard on insurance protection gap for natural catastrophes in a nutshell (EIOPA-22/507)*, 2022, disponível em <https://www.eiopa.europa.eu/system/files/2022-12/dashboard-on-insurance-protection-gap-for-natural-catastrophes-in-a-nutshell.pdf> (consultado pela última vez a 24.08.2023), pp 5-7. Para uma crítica da metodologia seguida no Dashboard, cfr. porém <https://www.insuranceeurope.eu/mediaitem/526fff3d-d83c-45f1-937a-27824b8b50a9/Response%20to%20EIOPA%20consultation%20on%20insurance%20protection%20gap%20dashboard%20for%20natural%20catastrophes.pdf>.

seja, cujo valor é pequeno e que correspondem a prémios de baixo valor, mas se encontram *expostas a eventos catastróficos*.

4.2. O lado da procura

4.2.1. Falta de procura suficiente

Desde logo, a falta de cobertura seguradora pode dever-se à falta de disposição da procura para a adquirir. Nesta falta de disposição entram tanto fatores subjetivos, relativos à *perceção da importância da cobertura*; como fatores materiais, relativos à sua acessibilidade financeira (“*affordability*”)¹³.

De entre os fatores subjetivos, salientam-se enviesamentos cognitivos que levam à aquisição de *menos cobertura* do que a que corresponderia a uma escolha racional¹⁴. Trata-se, por exemplo, da tendência para *hipervalorizar o consumo atual do dinheiro face à sua disponibilidade no futuro* (enviesamento hedonístico), ou para *desvalorizar irracionalmente a probabilidade de perdas futuras* (enviesamento do otimismo), ou *temer especialmente o arrependimento*, sobrevalorizando a cobertura de perdas frequentes e menos graves e subvalorizando a cobertura de perdas mais raras e graves (enviesamento da aversão ao arrependimento). Outros factores, sem interferirem directamente no valor que se atribui à cobertura, prejudicam em todo o caso um processo de decisão racional – é o que acontece com a aversão a decisões que impliquem complexidade, ou que confrontem os sujeitos com tópicos que gerem medo ou sejam tabu¹⁵.

¹³ Com outra sistematização, mas resultados convergentes, EIOPA, *Measures to address demand side aspects of the natcat protection gap*, Staff Paper, 2023, disponível em <https://www.eiopa.europa.eu/system/files/2023-07/EIOPA-BoS-23-217-Staff%20paper%20on%20measures%20to%20address%20demand-side%20aspects%20of%20the%20NatCat%20protection%20gap.pdf> (consultado pela última vez a 01.09.2023), p. 11.

¹⁴ Supondo que os sujeitos atribuem uma utilidade marginal decrescente ao dinheiro.

¹⁵ Para estes e outros enviesamentos comportamentais neste âmbito, TOM BAKER/PETER SIEGELMAN, “Chapter 19, Behavioral economics and insurance law, The importance of equilibrium analysis”, in *The Oxford handbook of behavioral economics and the law*, EYAL ZAMIR/DORON TEICHMAN (coord.), Oxford University Press, New York, 2014, 491-517, pp.

O enviesamento no sentido da aquisição de menos cobertura do que o racional tem sido diagnosticado justamente a propósito da cobertura de riscos ligados a eventos catastróficos, raros e causando perdas gravosas¹⁶. Noutros âmbitos – vg., o de aquisição de seguro que estenda o período de garantia de bens de consumo – deteta-se uma tendência irracional para a aquisição de cobertura em excesso¹⁷.

Estas preferências podem ser ditadas por fatores culturais, exprimindo-se num plano “macro” e levando a que, perante circunstâncias idênticas, a população de um grupo (vg., os habitantes de um país) tenda a adquirir mais cobertura do que a população de outro grupo.

Uma procura de cobertura abaixo do adequado pode também decorrer do facto de os sujeitos *confiarem que não suportarão os danos a final, já que o Estado tratará de os compensar*. Trata-se de uma manifestação do fenómeno de risco moral, que retrata a atuação aquém da diligência devida, quando os sujeitos não suportam todas as consequências das suas condutas¹⁸. Por outro lado, a falta de procura pode decorrer de uma perceção geralmente negativa do mercado segurador, não se confiando em que honrará os seus compromissos; ou da crença em que os prémios são mais elevados do que o seu valor real¹⁹.

Encontramos, por outro lado, fatores materiais que limitam a procura, relativos à acessibilidade da cobertura face ao poder de

498-502; COLIN F. CAMERER/HOWARD KUNREUTHER, “Decision processes for low probability events, Policy implications”, *Journal of Policy Analysis and Management*, 4, 1989, pp. 565-592, pp. 568 e ss.

¹⁶ Cfr. ainda DAVID KRANTZ/HOWARD KUNREUTHER, “Goals and plans in decision making”, *Judgment and Decision Making*, 3, 2007, pp. 137-168, pp. 140 e ss. EIOPA, *Measures to address...*, cit., pp. 4 e 20-21.

¹⁷ Cfr. T. BAKER/P. SIEGELMAN, “Behavioral economics...”, cit., pp. 498-502.

¹⁸ EIOPA, *Measures to address...*, cit., pp. 4 e 21. Sobre o risco moral na contratação de seguros, MARIA INÊS DE OLIVEIRA MARTINS, “Risco moral e contrato de seguro”, in *Volume de Homenagem ao Prof. Doutor Aníbal de Almeida*, ANTÓNIO JOSÉ AVELÁS NUNES/LUÍS PEDRO CUNHA/MARIA INÊS DE OLIVEIRA MARTINS (coord.), Coimbra Editora, Coimbra, 2012, 637-676, *passim*.

¹⁹ EIOPA, *Measures to address...*, cit., pp. 4, 17-19 e 12-14.

compra da população²⁰. Nesta relação interferem por um lado variáveis que modelem o poder de compra dos sujeitos – a maior ou menor riqueza do país e as desigualdades na sua distribuição. Por outro lado, variáveis que travem a redução do preço – a falta de competitividade do mercado, ou de viabilidade de o segurador o segmentar, oferecendo preços mais baixos aos riscos também mais baixos²¹. Estas últimas variáveis são, é bom de ver, relativas ao lado da oferta; a viabilidade de segmentação do mercado prende-se com a sofisticação dos processos de avaliação e monitoramento de riscos, que referiremos abaixo (4.3.1.).

4.2.2. Possíveis respostas

a) Medidas de apoio da autonomia privada

O enviesamento na *avaliação da importância da aquisição de seguros pode*, em primeiro lugar, ser contrabalançado por medidas que encaminhem a decisão dos sujeitos no sentido mais desejável.

Em primeiro lugar, servem aqui *campanhas de informação*, operando em várias escalas. Podem dirigir-se aos grandes stakeholders, como os próprios Estados ou regiões – o Dashboard da EIOPA insere-se neste conjunto, visando aumentar a visibilidade das lacunas de proteção contra riscos catastróficos –; ou podem dirigir-se aos indivíduos concretamente afetados pelo risco, compreendendo campanhas de sensibilização em escolas ou meios de informação. Num mundo em que a informação – de boa, ou de má qualidade – abunda, *não é clara a eficácia de medidas deste tipo*. Pode, pois, haver medidas que *umentem o impacto potencial da informação prestada, dirigindo-a para públicos especialmente recetivos*. Seria o caso de exigir a divulgação, nos anúncios de venda de imóveis, do grau de risco de incêndio que corresponde a cada um, e dos custos

²⁰ EIOPA, *Measures to address...*, cit., pp. 12-14.

²¹ Sobre a segmentação do mercado, MARIA INÊS DE OLIVEIRA MARTINS, “Sobre a discriminação dos portadores de VIH/sida na contratação de seguros de vida”, *BFDUC*, 2, 2013, pp. 749-800, pp. 750-754.

para o mitigar (com medidas de adaptação de construções antigas, instalação de meios de auto-proteção, ...)²².

Coloca-se também a adoção de técnicas de “*nudging*”, aproveitando limitações da racionalidade dos sujeitos para os dirigir no sentido da aquisição de cobertura²³. Tal pode ser buscado mesmo através da prestação de informação sobre a aquisição de coberturas, vg., buscando-se dar-lhe proeminência que leve à sua sobrevalorização²⁴. Outras hipóteses de “*nudging*” poderão basear-se no aproveitamento da inércia dos sujeitos (enviesamento a favor do *status quo*)²⁵, requerendo a oferta combinada da cobertura de danos de incêndio com outros produtos bancários ou seguradores, tendo o proprietário que manifestar preferência diversa (“*opt out*”) caso não queira adquirir também a proteção contra riscos de incêndio.

Porém, estas medidas seriam normalmente limitadas, apenas abrangendo novos adquirentes de casas, e eventualmente apenas os que fizessem aquisição financiada, e não quem já fosse proprietário. Para além disso, a real eficácia das medidas de “*nudging*” tem sido difícil de comprovar: as medidas tanto têm sido alvo de acusações de manipulação, por se subtraírem à avaliação consciente dos visados, como de se mostrarem inócuas²⁶. Face ao caso específico das vendas ligadas (“*bundling*”), tem-se também considerado que esta técnica

²² EIOPA, *Measures to address...*, cit., pp. 5 e 24-26.

²³ Para a definição original do termo, RICHARD H. THALER/CASS R. SUNSTEIN, *Nudge, Improving decisions about health, wealth, and happiness*, Yale University Press, New Haven/ London, 2008, pp. 6-8; para as suas limitações, que têm levado à flexibilização de algumas notas da definição original, LUCA CONGIU/IVAN MOSCATI, “A review of nudges, Definitions, justifications, effectiveness”, *Journal of Economic Surveys*, 36, 2022, pp. 188-213, pp. 191-197.

²⁴ Ainda se considera como estratégia de “*nudging*” a prestação de informações que tanto fornecem parâmetros úteis para o cálculo racional, como acionam enviesamentos cognitivos, L. CONGIU/I. MOSCATI, “A review of nudges...”, cit., pp. 191-197.; PETER GULBORG HANSEN, “The definition of nudge and libertarian paternalism: does the hand fit the glove?”, *European Journal of Risk Regulation*, 1, 2016, pp. 155-174, pp. 168-169.

²⁵ R. H. THALER/C. R. SUNSTEIN, *Nudge...* cit., pp. 34-35. EIOPA, *Measures to address...*, cit., p. 29

²⁶ Cfr. por um lado L. CONGIU/I. MOSCATI, “A review of nudges...”, cit., p. 200; pelo outro, para uma panorâmica, Michael Hallsworth, “Making Sense of the “Do Nudges Work?” Debate” (<https://behavioralscientist.org/making-sense-of-the-do-nudges-work-debate/>). Sobre o que dizemos de seguida, EIOPA, *Measures to address...*, cit., p. 16, 22-23.

aumenta a complexidade dos produtos, dificultando a sua escolha racional.

Por último, cabem as medidas de simplificação da própria experiência de compra, digitalizando o processo e oferecendo comparadores de preço. A prática de descontos para que adote medidas de controlo do risco poderá ela própria ser um estímulo para adquirentes diligentes²⁷.

Em todo o caso, quer as medidas estritamente informativas, quer as que façam apelo a estratégias de “*nudging*”, ou que simplifiquem ou embarateçam a aquisição assentam na preservação da autonomia privada, não obrigando o visado à aquisição de cobertura. Poderão, pois, não ser bastantes para a alteração de comportamentos.

b) Seguros obrigatórios

Num outro patamar, teremos a previsão de seguros obrigatórios para proprietários de imóveis na interface urbano-rural. A previsão de seguros obrigatórios permite superar as insuficiências de um paradigma informativo. Permite ainda, quando os seguros cubram o dano causado a terceiros, superar o problema da insuficiência do património do segurado para reparar todo o dano causado²⁸.

Claro está que não basta que os proprietários tenham o dever de contratar: é necessário que *os seguradores aceitem subscrever os riscos*. Para o garantir, é necessário prever um sistema de colocação obrigatória de riscos que sejam recusados, à semelhança do que existe para o seguro automóvel²⁹.

²⁷ EIOPA, *Measures to address...*, cit., pp. 5, 27-30.

²⁸ MICHAEL FAURE, “Compulsory liability insurance, Economic perspectives”, in *Compulsory liability insurance from a european perspective*, ATTILA FENNYVES/CHRISTA KISSLING/STEFAN PERNER, et al. (coord.), De Gruyter, Berlin/Boston, 2016, 319-341, pp. 320-322, com análise relativa ao seguro de responsabilidade civil, mas com paralelos aqui (e assentando, porém, numa visão tradicional de superação de problemas de informação pelo simples fornecimento de informação em maior quantidade).

²⁹ Colocação obrigatória, de acordo com listagem anual elaborada pela ASF, do risco que seja recusado por pelo menos três seguradores (art. 18.º do Regime do seguro obrigatório de responsabilidade civil automóvel, Decreto-lei 291/2007, de 21 de Agosto, e Norma 9/2006-R, de 24 de Outubro de 2006, da ASF).

O *dever de contratar cobertura* para os riscos de incêndio supera problemas de falta de percepção da sua necessidade e cria também sistemas para obrigar a que exista oferta de cobertura. Porém, não se garante que o seguro se torne *economicamente acessível a toda a população afectada*. O maior ou menor embaratecimento dos prémios decorre também do grau de mutualização alcançado – ou seja, de quanto se consiga dissolver os riscos agravados num conjunto mais alargado de riscos. Ora, se a cobertura for obrigatória apenas para quem for proprietário de imóveis na interface urbano-rural, os *prémios tenderão a ser relativamente elevados*, já que o risco médio do conjunto dos segurados será elevado também.

A previsão de um seguro a preço mais baixo exigiria, pois, que o *universo de segurados cujos prémios suportassem o risco agravado fosse mais alargado*. Por exemplo, o risco seria distribuído pelos prémios de todo o universo nacional de contratantes de seguro contra riscos de incêndio habitacional, embora a contratação de seguro só fosse obrigatória para sujeitos residentes em algumas regiões. Esta medida poderia ser, porém, *pouco eficaz no abaixamento dos prémios para o conjunto dos riscos agravados*, por ser *reduzido o número de sujeitos que decidem contratar seguro facultativo contra incêndios*, e serem eles motivados pelo facto de enfrentarem também riscos agravados³⁰. E poderia encarecer de modo relevante os seguros facultativos, com o efeito pernicioso de reduzir a procura por este tipo de seguros, para além de provocar descontentamento social. Mais interessante poderá ser, porventura, abordar a questão de um modo mais sistemático, criando um sistema de cobertura obrigatória de vários riscos catastróficos entre si não correlacionados (sismos, incêndios florestais, inundações, tempestades)³¹, que

³⁰ Verificando-se inclusivamente aí também fenómenos de seleção adversa – o artigo seminal é de GEORGE A. AKERLOF, “The market for “lemons”: quality uncertainty and the market mechanism”, *Quarterly Journal of Economics*, 3, 1970, pp. 488-500; no direito dos seguros, M. I. OLIVEIRA MARTINS, “Sobre a discriminação...”, cit., pp. 752-754.

³¹ A mutualização de riscos catastróficos de natureza diferente (inundação, terremoto, maremoto, erupção, terrorismo, rebelião,...) é a abordagem seguida em Espanha pelo *Consorcio de Compensación de Seguros* (cfr. https://www.consorseguros.es/web/documents/10184/232010/SEGURO_RREE_2019ES.pdf/86b4dd09-815e-4914-aa0f-f252f457bede).

possa trazer vantagens para os proprietários espalhados por todo o território, e seja vinculativo para todos eles.

Por outro lado, é necessário construir o sistema de modo a que ele mantenha o incentivo dos proprietários na prevenção do dano³². A cobertura não deve, pois, ser integral, e deve ser sensível ao grau de risco que o imóvel enfrente.

Em todo o caso, a previsão de um dever de contratar não impede que o prémio fique acima do que é acessível para a generalidade dos afetados. A abertura de processos executivos para obter a cobrança forçada dos prémios, e mais ainda a adoção de medidas que impedissem os sujeitos da fruição do bem imóvel não segurado (sobretudo se este fosse a sua habitação principal), dificilmente passariam um teste de proporcionalidade.

c) Financiamento público

As últimas considerações já nos remetem para o facto de que, ainda que se vença a barreira da falta de motivação para contratar seguro, remanescem obstáculos de acessibilidade económica. A sua superação pode requerer a subsídio pública da cobertura, que se pode manifestar de diversos modos. Uma versão mais linear consiste no simples subvencionamento dos prémios, mediante prova de falta de recursos. Podem também ser previstos créditos fiscais em relação ao montante investido em prémios – com a ressalva porém de que esta medida apenas terá efeitos práticos para a população que ultrapasse limiares mínimos de rendimento, tendo imposto a pagar.

Uma outra via de financiamento público da cobertura é a que se traduz na *tomada direta de riscos por entidades públicas*, quer sob a forma de seguro, quer sob a forma de resseguro. Abordaremos este tema abaixo, a propósito das parcerias público-privadas.

³² ECB/EIOPA, *Policy options...*, cit., pp. 26-27; M. FAURE, “Compulsory liability...”, cit., p. 328 (em relação a seguros obrigatórios de responsabilidade).

4.3. O lado da oferta

4.3.1. Falta de oferta suficiente

Em primeiro lugar, saliente-se que, quando nos referimos à falta de oferta de cobertura de riscos de incêndio na interface urbano-rural, referimo-nos tanto à falta de disponibilidade de qualquer cobertura, mesmo básica, quanto à falta de disponibilidade de cobertura para eventos de maior gravidade.

A fundamentação racional para a falta de oferta de cobertura pode resumir-se no juízo do segurador de que, *ao preço que cobraria para oferecer cobertura, não atrairia procura bastante para que o seu negócio fosse viável*. Expliquemos melhor.

a) Falta de parâmetros fiáveis para cálculo do prémio

Na cobertura de riscos pequenos e massificados, como os riscos de incêndio em habitações na interface urbano-rural, o segurador serve-se fundamentalmente da técnica da mutualização – ou seja, da diluição do risco na sua carteira. Valendo-se de estatísticas e de estimativas, o segurador calcula quais as perdas prováveis que um conjunto de sujeitos expostos ao mesmo risco sofrerá, e divide então esse valor pelo conjunto de sujeitos. Uma vez que nem todos os sujeitos serão atingidos por sinistros o prémio pago pelos que ficam incólumes serve para pagar as prestações devidas aos sinistrados. Desde que, claro, os vários riscos sejam independentes entre si, e o facto de uma esfera ser afetada não aumente riscos para outras. Estas projeções em termos médios só são reveladoras do que acontece em relação a um número considerável de sujeitos, pelo que o segurador *não poderá planear o seu negócio para um número pequeno de segurados* – pois as projeções para grupos pequenos têm grandes margens de erro –, ou manter o negócio se a sua carteira for reduzida – sob pena de as suas projeções se afastarem muito da sinistralidade efetiva. Por outro lado, o segurador tem *custos fixos com a conceção e divulgação do produto*, que tem que distribuir por um número mínimo de sujeitos, sob pena de tornar os prémios muito elevados.

Em relação aos seguros de riscos de incêndios florestais, aponta-se para que, no contexto atual de alterações climáticas, não estão

ainda disponíveis bons modelos para prever as perdas prováveis nos próximos anos³³⁻³⁴. Por outro lado, os riscos de incêndio na mesma região poderão estar positivamente correlacionados entre si – o fogo que atinge uma propriedade pode propagar-se para propriedades vizinhas –, exigindo que as projeções sejam corrigidas por margens de segurança para absorver esta complexidade acrescida.

O segurador enfrenta, em suma, desde logo *dificuldade em obter parâmetros fiáveis para cálculo do prémio*. E caso o *prémio seja relativamente elevado*, haverá *pouca expectativa de uma procura suficiente para tornar o negócio sustentável*.

b) Má qualidade dos riscos em geral

Salienta-se ainda que os riscos são percebidos como de elevada perigosidade, ou seja, de “má qualidade”. É assim não apenas por força da alteração dos padrões climáticos, mas também pela baixa resistência dos edifícios ao fogo. Muitas vezes trata-se de património herdado, e reconstruído com soluções de baixo custo, e não de construção nova.

Assinala-se ainda o incumprimento de regras administrativas, sobretudo relativas à gestão de combustíveis; e, da parte das autoridades administrativas, a falta de fiscalização do cumprimento.

³³ A ausência destes modelos foi apontada no contexto de reuniões preparatórias do webinar “*The insurance sector and the protection of dwelling houses against wildfires*”, organizado no âmbito do projeto House Refuge (<https://adai.pt/houserefuge/webinar-o-setor-dos-seguros-e-a-protecao-de-habitacoes-contraincendios-rurais/>), por vários dos participantes no evento.

³⁴ Por uma questão de clareza, deve explicar-se que é viável também a cobertura de riscos para os quais não existem certamente estatísticas, por serem fenómenos singulares (vg., riscos de uso de tecnologias inovadoras, ou de unidades industriais complexas). A oferta de seguros deste tipo assenta na atribuição de valores de estimativa aos sinistros, na previsão cuidadosa de limites de cobertura e fundamentalmente na distribuição do risco entre um número alargado de seguradores e resseguradores, cada um deles retendo apenas uma parcela. Há uma margem de incerteza aqui, que se procura absorver cobrando prémios muito elevados (MARIA INÊS DE OLIVEIRA MARTINS, “Da incerteza ao risco: as técnicas seguradoras e o seu referente, num diálogo com Knight”, in *Estudos em Homenagem ao Doutor Avelãs Nunes, Boletim de Ciências Económicas da FDUC, II*, LUÍS PEDRO CUNHA/JOSÉ MANUEL GONÇALVES SANTOS QUELHAS/TERESA ALMEIDA (coord.), 2014, 2143-2210, pp. 2161 e ss.)

c) Inviabilidade da seleção de “bons riscos”

O segurador poderá contrariar estas tendências procurando que na sua carteira existam apenas segurados de risco baixo – aquilo a que se chama “bons riscos”. Isso permite-lhe cobrar um prémio mais baixo também, podendo captar mais procura e procura de maior qualidade – pois os sujeitos que enfrentem riscos elevados não serão aceites pelo segurador.

Ora, este processo de seleção dos bons riscos configura um ponto central neste trabalho. Com efeito, é através dos seus *processos de avaliação dos riscos, feita no início e no curso do contrato*, que o segurador incentiva a adoção de *boas práticas de prevenção de riscos de incêndio*. Do ponto de vista do interesse geral, esta é a via fundamental através da qual o seguro serve uma finalidade da prevenção dos danos.

Para avaliar a probabilidade de aquele segurado sofrer um risco, e a dimensão da perda associada, o segurador pode tomar em consideração certos *fatores “estáticos”* – no sentido de que, a não ser que o segurado deliberadamente os altere, permanecerão idênticos na vigência do contrato. Alguns deles *não são sequer passíveis de alteração pelo segurado* – vg, localização da casa numa planície, encosta, planalto ou vale; existência de terrenos contíguos, públicos ou pertencentes a terceiros, com vegetação de certa qualidade; existência de grandes fontes de água próximas. Outros – materiais construtivos e soluções de construção (janelas com vidro duplo, placa de isolamento não inflamável entre o telhado e o teto das divisões) – *podem ser alterados com efeito duradouro*.

O segurador pode ainda tomar em consideração certos *fatores “dinâmicos”* – no sentido de que apenas permanecerão idênticos na vigência do contrato se o segurado adotar medidas para a sua preservação. Entram aqui, por exemplo, a manutenção de medidas de auto-proteção (manutenção de sprinklers ou de cortina ignífuga em condições de funcionamento) e, sobretudo, a adequada gestão de combustíveis em redor da casa, mantendo faixas adequadas limpas de vegetação.

É muito limitada a possibilidade de absorver estes custos de verificação, num segmento onde a procura não se mantém perante cobrança de prémios elevados. Os custos de inspeção ao local, antes

da contratação ou no decurso do contrato, são tidos por inviáveis em seguros desta dimensão. Também não se contempla a verificação periódica da manutenção das medidas de controlo do risco. O processo de *avaliação do risco menos dispendioso* é, pois, o que se consegue fazer uma única vez – antes da aceitação do risco, pré-contratualmente – e comprovar através da consulta de documentos – por exemplo, através de registos que atestem a localização da casa, fotografias e imagens de satélite para dar conta da sua envolvente, fotografias, projetos e descritivos de obra para atestar as características da construção. Mesmo este custo é visto, por alguns seguradores, como excessivo para os prémios do segmento em causa.

4.3.2. Respostas possíveis

Fora do plano da instituição de seguros obrigatórios, que abordámos acima (4.2.2.b)), as vias de extensão da cobertura disponível hão-de assentar ou no estímulo para o aumento da oferta privada, ou então na organização de oferta pública.

a) Melhorias técnicas

Foi várias vezes salientado que introdução de melhorias no plano técnico poderá suportar uma expansão da cobertura³⁵. Desde logo, no *plano da técnica atuarial*, em que assenta o cálculo dos prémios, importa a elaboração de *modelos atualizados* para previsão de riscos de incêndio florestal.

Em segundo lugar, no plano da avaliação da qualidade dos riscos singulares, importa a introdução de técnicas automatizadas, que *diminuam significativamente os custos da verificação*. Será o caso, por exemplo, da verificação de documentos e fotografias através de inteligência artificial, com capacidade de reconhecimento de texto e análise de imagem. A combinação da recolha de imagens por satélite com o seu processamento por inteligência artificial será também a

³⁵ Cfr. D. LOPES/K. VITALI/L. M. RIBEIRO/M. I. DE OLIVEIRA MARTINS/M. ALMEIDA, *Relatório no. 4*, cit., pp. 16-17; a obtenção de melhores modelos para prever riscos de incêndios florestais é também uma preocupação da EIOPA, expressa no webinar referido na nota 28.

forma de viabilizar processos de monitorização tidos por muito custosos, como o do cumprimento das medidas de gestão de combustíveis.

b) Certificação por terceiros

Outra via de encorajamento da oferta seria a de deslocar o procedimento de avaliação dos riscos para terceiro, que certificasse os parâmetros do risco individual. O segurador não teria, pois, que organizar a sua estrutura interna de modo a poder ele próprio realizar a avaliação, nem que repercutir estes custos sobre os prémios.

A certificação poderia ficar a cargo de entidades privadas, sendo custeada pelos segurados individuais. No cenário de segurados com falta de perceção da importância da cobertura, e com problemas também de acessibilidade financeira, esta solução mostra-se à partida irrealista. O seu impacto dependerá pelo menos de uma descida substancial dos custos do serviço de certificação.

Um segundo cenário é o da certificação por entidades públicas, ou a sua subsídição pública. A sua viabilidade depende da existência de meios técnicos e humanos na Administração pública, ou da canalização de meios financeiros para o efeito. É, pois, altamente incerta.

c) Seguros paramétricos

Os seguros paramétricos são um produto que junta características típicas do contrato de seguro e características dos derivados financeiros³⁶.

Trata-se de contratos pelos quais o segurador se obriga a efetuar pagamentos pré-determinados aos segurados, assim que se supere um certo índice climático (intensidade de um sismo, volume de pluviosidade, força de tempestades, intensidade de incêndios). Estes pagamentos são automáticos, sendo acionados pela simples

³⁶ Sobre a figura, EMMANUEL BERTHELÉ, “Chapter 5. Using big data in insurance”, in *Big data for insurance companies*, MARINE CORLOSQUET-HABART/JACQUES JANSSEN (coord.), ISTE/ Wiley, 2018, 131-161, pp. 145-146; SWISS RE, *What is parametric insurance?*, 2023, disponível em https://corporatesolutions.swissre.com/insights/knowledge/what_is_parametric_insurance.html (consultado pela última vez a 01.09.2023); em língua portuguesa, MARIA ELISABETE GOMES RAMOS, *O contrato de seguro entre a liberdade contratual e o tipo*, Almedina, Coimbra, 2021, pp. 166-168.

superação do índice de referência, e são independentes de o segurado sofrer um dano em concreto. No entanto, não se trata de um simples instrumento financeiro derivado, já que *o seguro apenas é contratado com sujeitos expostos a riscos associados àquele índice*. Por exemplo, convencionou-se que o segurado terá direito a um montante x se ocorrer um furacão com intensidade superior a y num raio de 50 quilómetros contados em torno do local de risco (vg., instalações do segurado). No caso do incêndio, seriam apenas proprietários de habitações situadas na região em relação à qual o índice fosse calculado.

Uma grande vantagem destes seguros é a sua *simplicidade*, dispensando-se a aferição do nível específico de risco enfrentado por aquele segurado, e dispensando-se todo o processo de regulação do sinistro, no qual se procede ao apuramento dos danos sofridos³⁷. Esta simplicidade *acelera grandemente o processo de pagamento*, permitindo que os segurados rapidamente obtenham liquidez para reparar os seus danos. E embaratece muito consideravelmente o produto, já que remove do seu funcionamento boa parte dos custos administrativos³⁸.

Este produto tem, porém, limitações. Desde logo, embora o produto funcione de modo simples, ele *assenta em cálculos complexos*. Trata-se de apurar um nível de prémio que permita prover o segurador de meios para pagar as prestações devidas em caso de superação do índice, mas garantindo ao mesmo tempo que o negócio é sustentável. Note-se aliás que, estando a cobertura associada a riscos catastróficos, os prémios devem ser calculados para absorver muita

³⁷ JANNIS GUTBROD/ANDREAS GÖHL, “Parametrische Risikotransferlösung für Forderungsausfallrisiken ART, Option für alle Unternehmen?”, *VW*, 2023, pp. 100-105, p. 101. Note-se que o segurado empresarial pode sofrer tanto danos físicos, como danos correspondentes a perda de volume de negócios (por exemplo, na sequência da perturbação de certas infraestruturas circundantes). Os seguros paramétricos podem, pois, ser até complemento de seguros que apenas cubram danos físicos em bens (https://corporatesolutions.swissre.com/insights/knowledge/10_myths_about_parametric_insurance.html, myth 7). No entanto, esta função é eventual: os seguros paramétricos dão lugar a pagamentos independentemente da prova de qualquer dano.

³⁸ J. GUTBROD/A. GÖHL, “Parametrische...”, cit., pp. 103-104.

sinistralidade simultânea. Como tal, o negócio tem sido mais desenvolvido por *insurtechs*, e menos por seguradores “incumbentes”.

A limitação decisiva – que é também a virtude central do produto – é a de que, logo por desenho, *as prestações seguradoras não se definem por um dano sofrido pelo segurado*. Este é mesmo o risco de base do produto, e poderá revelar-se negativo, quando o dano excede a prestação, ou positivo, quando a prestação excede o dano³⁹. O problema é, claro, o de *o evento não ter a intensidade necessária a acionar a cobertura, apesar de o segurado sofrer danos*. Tem-se tentado minorar o problema através da construção de produtos em escada, dano lugar a pagamentos progressivamente maiores à medida que o índice superado aumenta também, ou da sua associação a múltiplos eventos acionadores de pagamento (“triggers”)⁴⁰. Tal aumenta, porém, a complexidade dos cálculos para o ofertante do produto.

É, pois, fundamental sublinhar que o produto não serve para eixo central da cobertura⁴¹. O seu papel adequado é o de complemento da proteção dada através de coberturas base, por produtos mais convencionais.

Acresce que o facto de o produto não ter tido ainda uma penetração substancial no mercado nacional gera dúvidas quanto ao seu funcionamento. Na verdade, os índices que regem os seguros paramétricos mais convencionais não são influenciáveis por atuação humana individualizável. Vg., o fato de ocorrer um sismo ou tempestade para lá de certa intensidade não é atribuível à atuação de um sujeito em particular. Não é assim para o risco de ocorrer um incêndio acima de certa intensidade, já que tal pode ser causado por ação do segurado ou de terceiro. Coloca-se, pois, a questão de saber até que ponto se aplicam aqui certos aspetos do regime típico do seguro, como o da não cobertura de factos dolosos (art. 46.º RJCS), ou o da sub-rogação do segurador nos direitos do segurado contra o causador do dano (art. 136.º RJCS). Não há ainda experiência bastante com estes produtos para haver uma resposta consolidada.

³⁹ SWISS RE, *What is parametric*, cit., *passim*.

⁴⁰ Cfr. https://corporatesolutions.swissre.com/insights/knowledge/10_myths_about_parametric_insurance.html, myth 1.

⁴¹ SWISS RE, *What is parametric*, cit., *passim*.

A sua natureza entre o seguro e o contrato derivado é de molde a deixar dúvidas especialmente quanto ao segundo ponto.

d) Expansão do mercado de resseguros

O resseguro é um seguro que protege o património dos próprios seguradores, face ao risco de terem que fazer desembolsos por ocorrência de sinistros⁴². É, pois, um modo de distribuir por mais patrimónios os impactos da ocorrência de sinistros. É tipicamente explorado por seguradores de grande porte, especializados neste segmento – os resseguradores. O resseguro pode cobrir o risco do segurador face a um certo singular (“resseguros facultativos”), ou pode cobrir o risco do segurador face à totalidade dos pagamentos que esta tenha que fazer em relação a certo segmento da sua carteira (“tratado de resseguro”). É esta segunda modalidade que está em causa nos seguros massificados, aqui em causa.

A obtenção de resseguro é fundamental para que o segurador se disponha a aceitar riscos cuja evolução pode ser imprevisível e implicar grande sinistralidade. A oferta de resseguro é assim fundamental para a própria oferta de seguro. O mercado ressegurador tradicional – e o património dos resseguradores – tem, porém limites. Uma das vias para aumentar a oferta de resseguros é o de colocar os riscos fora do mercado de seguros, no mercado de capitais, emitindo valores mobiliários ou distribuindo contratos derivados associados a índices de sinistralidade. Esta técnica é já bem conhecida na colocação de riscos de catástrofes naturais, através de valores mobiliários (*cat-bonds*, em que o segurador emite obrigações podendo reter o montante investido em caso de sinistro) ou derivados financeiros (*cat options*)⁴³. Conseguem-se assim aceder a novas fontes de financiamento – o património dos investidores no mercado de capitais – e aumentar a oferta de resseguro, conseguindo fornecê-lo aos seguradores a um custo mais baixo e diminuir assim também o prémio.

⁴² MARGARIDA LIMA REGO/DIOGO COSTA SEIXAS, “O contrato de resseguro”, in *Temas de Direito dos seguros, A propósito da nova Lei do Contrato de Seguro*, MARGARIDA LIMA REGO (coord.), Almedina, Coimbra, 2016, 287-326, pp. 287-304 para as notas gerais.

⁴³ Com grande enfoque nas *cat-bonds*, ECB/EIOPA, *Policy options...*, cit., pp. 20-24.

Salienta-se, porém, que os mercados financeiros são voláteis, não se podendo confiar numa procura continuada deste tipo de instrumentos. Uma acumulação de eventos catastróficos, ou um contexto de taxas de juro elevadas, poderá reduzir consideravelmente o mercado⁴⁴.

e) Parcerias público-privadas

Quando falamos de parcerias público-privadas neste contexto, falamos da afetação de fundos públicos, sob administração pública, à cobertura de riscos⁴⁵. As formas podem ser as mais variadas. Podemos ter fundos públicos constituídos sob forma de fundo de garantia, ou então de empresa pública. Podemos ter fundos que efetuam prestações a favor dos seguradores, quando um certo evento catastrófico afeta a sua carteira – teremos então *mecanismos de resseguro público*. Ou podemos ter fundos que efetuam prestações diretamente a favor dos segurados, quando estes são afetados por certo evento catastrófico – teremos então *mecanismos de seguro público*. É também conhecida a prossecução direta de finalidades de prevenção por fundos públicos. É exemplo o “*fonds de prévention des risques naturels majeurs*” previsto no artigo L561-3 *Code de l'environnement*, que pode custear estudos e ações de prevenção dos riscos em causa (L561-3, II)⁴⁶.

Os mecanismos de resseguro público podem ter particular importância fornecendo *proteção de última linha em caso de eventos de alta gravidade e baixa frequência*. Pondera-se mesmo estabelecer um fundo europeu para cobertura de catástrofes de grande impacto, associadas às alterações climáticas⁴⁷.

Uma limitação destes modelos reside no facto de não ajustarem o nível de proteção conferido à adoção de medidas de controlo do risco por parte de cada segurado, ou mesmo de cada país. Deixariam, pois, de parte, o estímulo à prevenção de sinistros, podendo

⁴⁴ ECB/EIOPA, *Policy options...*, cit., p. 21.

⁴⁵ ECB/EIOPA, *Policy options...*, cit., pp. 25-27.

⁴⁶ Amplamente, sobre a promoção de finalidades de prevenção do dano através de fundos de garantia, JONAS KNETSCH, *Le droit de la responsabilité et les fonds d'indemnisation, Analyse en droits français et allemand*, L. G. D. J., Paris, 2013, pp. 359 e ss.

⁴⁷ ECB/EIOPA, *Policy options...*, cit., pp. 3-4, 28 e ss.

até causar fenómenos de “risco moral”. Tem-se proposto, porém, que a arquitetura dos fundos seja desenhada para estimular a prevenção, deixando obrigatoriamente parte dos danos a descoberto e condicionando-os à adoção de medidas preventivas, por particulares ou por Estados⁴⁸.

Uma questão que frequentemente se levanta a propósito de fundos de garantia em geral concerne à sua sustentabilidade financeira. Caso os fundos sejam levados a prestar em larga escala – porque se materializaram vários eventos catastróficos –, isso poderá exaurir as suas disponibilidades, obrigando a um reforço do património por parte dos poderes públicos.

É este último o caso do modelo espanhol do *Consórcio de Compensación de Seguros*, que tem particularidades das quais importa dar conta. Note-se que o sistema que se descreve de seguida não cobre riscos de incêndios em habitações. Porém, serve de caso de estudo quanto a um potencial modelo a implementar. Neste sistema, o seguro de riscos de habitação é de contratação facultativa. Porém, *se o titular do interesse decidir proteger esse risco, e se o segurador aceitar cobri-lo, então aciona-se o dever de adquirir cobertura para certos riscos catastróficos*. O mecanismo serve-se pois, do trabalho de pré-seleção dos riscos efetuado pelos seguradores. Essa cobertura é feita a um custo fixo, e refere-se a um conjunto amplo de eventos, relativos tanto a fenómenos naturais (inundações, terremoto, maremoto, erupção vulcânica, ...), como a eventos de violência político-social (terrorismo, rebelião, sedição,...)⁴⁹.

O sistema gera, pois, um aumento da oferta e da procura de cobertura para riscos catastróficos, porque elas são acopladas obrigatoriamente à cobertura básica. Ficam, porém, logo à vista também as suas limitações. Obviamente essa cobertura adicional não opera se *não houver desde logo procura de cobertura para os riscos básicos, e oferta correspondente*. O facto de, por pagamento de

⁴⁸ ECB/EIOPA, *Policy options...*, cit., pp. 3-4, 27.

⁴⁹ Cfr. https://www.conorseguros.es/web/documents/10184/232010/SEGURO_RREE_2019ES.pdf/86b4dd09-815e-4914-aa0f-f252f457bede.

um adicional baixo, se conseguir proteção para uma série de riscos catastróficos é um argumento importante para persuadir à aquisição da cobertura básica. Porém, pressupõe que já houvesse uma predisposição para adquirir a cobertura básica, e disponibilidade da oferta para a fornecer no caso.

O sistema francês de cobertura de riscos de (certas) catástrofes naturais assenta numa premissa similar. A celebração do contrato de seguro que cubra riscos de incêndio ou outros riscos para bens situados em França, assim como para veículos terrestres a motor, implica a cobertura obrigatória dos riscos de catástrofe natural que afetem esses bens (art. L. 125-1 do *Cod. Assurances*). A intervenção do Estado dá-se na medida em que os seguradores têm então acesso à subscrição de resseguro junto da *Caisse centrale de réassurance* (CCR), que é uma sociedade anónima de resseguros, de capital exclusivamente público. Por sua vez, a CCR goza, na cobertura destes riscos, de garantia ilimitada por parte do Estado. A intervenção pública faz-se, pois, aqui, através de um sistema de resseguro. De resto, uma outra diferença sobressai particularmente no ordenamento francês: a da existência de um sistema de colocação obrigatória de riscos, uma vez que a cobertura seja recusada por três seguradores diferentes. Supera-se, pois, a dificuldade da falta de disponibilidade de oferta detetada em relação ao ordenamento espanhol; não já a da falta de procura⁵⁰.

f) Regras de ordenamento do território de construção, sua fiscalização e coercibilidade

É também dado destaque ao papel das regras de ordenamento do território de construção na coerção dos sujeitos à adoção de boas

⁵⁰ SÉNAT – COMMISSION DES FINANCES, *Proposition de loi visant à réformer le régime des catastrophes naturelles*, *Rapport n.º 228*, 2020, disponível em <https://www.senat.fr/rap/119-228/119-2281.html#fn17> (consultado pela última vez a 20.10.2023), Article 2, I-A e B; MISSION D'INFORMATION SUR LA GESTION DES RISQUES CLIMATIQUES ET L'ÉVOLUTION DE NOS RÉGIMES D'INDEMNISATION, *Rapport d'information fait au nom de la mission d'information sur la gestion des risques climatiques et l'évolution de nos régimes d'indemnisation par Mme Nicole Bonnefoy*, 2019, disponível em <https://www.senat.fr/rap/r18-628/r18-6281.pdf> (consultado pela última vez a 20.10.2023), pp. 22-23.

práticas de controlo do risco⁵¹. O papel do direito administrativo será tão mais eficaz quanto mais adequadas forem as suas regras (vg., quanto às exigências de construção e gestão de combustíveis), e quanto mais efetiva for a sua fiscalização.

Para lá do instrumento da coerção negativa (aplicação de coimas, proibições) a quem não se conformar com as exigências, podem valer medidas de estímulo positivo, como a subvenção, eventualmente através de créditos fiscais, das medidas de adaptação das habitações⁵².

g) A sociedade civil

Por último, cumpre realçar o papel da sociedade civil, ou seja, das organizações de base das comunidades especialmente afetadas. Estas organizações poderão ter um papel importante enquanto interlocutor direto dos seguradores, negociando *soluções conjuntas de cobertura* e organizando *processos de prova do cumprimento de requisitos* de controlo do risco.

5. Conclusões

Reconhecida a importância dos seguros na compensação e prevenção de danos causados por incêndios florestais em habitações rurais, a sua contratação efetiva está contudo aquém do nível adequado. A lacuna provém tanto de falta de procura, como de falta da oferta desejáveis. A sua colmatação parece depender, mais do que de uma receita precisa, de uma combinação de soluções que possam alterar as perceções da procura e estimular a oferta, aliando o poder público, financiador, prestador e fiscalizador, e as comunidades afetadas. O controlo do risco será mais eficaz se for suportado em todo um ecossistema de intervenções administrativas, da sociedade civil, e do mercado segurador. E a distribuição do dever de compensar poderá também ser mais sustentável quando distribuída entre fundos administrativos e do mercado segurador.

⁵¹ D. LOPES/K. VITALI/L. M. RIBEIRO/M. I. DE OLIVEIRA MARTINS/M. ALMEIDA, *Relatório no. 4*, cit., p. 16-17.

⁵² Cfr. a referência em ECB/EIOPA, *Policy options...*, cit., p. 30.

Bibliografia

- (FRANÇA), SÉNAT – COMMISSION DES FINANCES, *Proposition de loi visant à réformer le régime des catastrophes naturelles, Rapport n.º 228*, 2020, disponível em <https://www.senat.fr/rap/l19-228/l19-2281.html#fn17> (consultado pela última vez a 20.10.2023)
- (FRANÇA), SÉNAT – MISSION D'INFORMATION SUR LA GESTION DES RISQUES CLIMATIQUES ET L'ÉVOLUTION DE NOS RÉGIMES D'INDEMNISATION, *Rapport d'information fait au nom de la mission d'information sur la gestion des risques climatiques et l'évolution de nos régimes d'indemnisation par Mme Nicole Bonnefoy*, 2019, disponível em <https://www.senat.fr/rap/r18-628/r18-6281.pdf> (consultado pela última vez a 20.10.2023)
- AKERLOF, GEORGE A., “The market for “lemons”: quality uncertainty and the market mechanism”, *Quarterly Journal of Economics*, 3, 1970, pp. 488-500
- ALMEIDA, MIGUEL/GÓIS, JOSÉ/LIMA, HADASSA, *Análise da gestão de combustíveis naturais na envolvente imediata às habitações isoladas em Portugal Continental*, Projeto House Refuge, 2020, disponível em https://adai.pt/houserefuge/wp-content/uploads/2021/03/Deliverable_2_padroes-casa_envolvente.pdf (consultado pela última vez a 25.08.2023)
- BAKER, TOM/SIEGELMAN, PETER, “Chapter 19, Behavioral economics and insurance law, The importance of equilibrium analysis”, in *The Oxford handbook of behavioral economics and the law*, EYAL ZAMIR/DORON TEICHMAN (coord.), Oxford University Press, New York, 2014, 491-517
- BERTHELÉ, EMMANUEL, “Chapter 5. Using big data in insurance”, in *Big data for insurance companies*, MARINE CORLOSQUET-HABART/JACQUES JANSSEN (coord.), ISTE/ Wiley, 2018, 131-161
- BOBBIO, NORBERTO, “Sulla funzione promozionale del diritto”, *RTDCP*, 3, 1969, pp. 1313-1329
- CAMERER, COLIN F./KUNREUTHER, HOWARD, “Decision processes for low probability events, Policy implications”, *Journal of Policy Analysis and Management*, 4, 1989, pp. 565-592
- CONGIU, LUCA/MOSCATI, IVAN, “A review of nudges, Definitions, justifications, effectiveness”, *Journal of Economic Surveys*, 36, 2022, pp. 188-213
- ECB/EIOPA, *Policy options to reduce the climate insurance protection gap, Discussion Paper*, ECB

EIOPA, 2023, disponível em https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/ecb_policyoptions_EIOPA~c0adae58b7.en.pdf (consultado pela última vez a 01.09.2023)

EIOPA, *The Dashboard on insurance protection gap for natural catastrophes in a nutshell (EIOPA-22/507)*, 2022, disponível em <https://www.eiopa.europa.eu/system/files/2022-12/dashboard-on-insurance-protection-gap-for-natural-catastrophes-in-a-nutshell.pdf> (consultado pela última vez a 24.08.2023)

—, *Measures to address demand side aspects of the natcat protection gap, Staff Paper*, 2023, disponível em <https://www.eiopa.europa.eu/system/files/2023-07/EIOPA-BoS-23-217-Staff%20paper%20on%20measures%20to%20address%20demand-side%20aspects%20of%20the%20NatCat%20protection%20gap.pdf> (consultado pela última vez a 01.09.2023)

FAURE, MICHAEL, “Compulsory liability insurance, Economic perspectives”, in *Compulsory liability insurance from a european perspective*, ATILA FENNYVES/CHRISTA KISSLING/STEFAN PERNER, et al. (coord.), De Gruyter, Berlin/Boston, 2016, 319-341

GUTBROD, JANNIS/GÖHL, ANDREAS, “Parametrische Risikotransferlösung für Forderungsausfallrisiken ART, Option für alle Unternehmen?”, *VW*, 2023, pp. 100-105

HANSEN, PETER GULBORG, “The definition of nudge and libertarian paternalism: does the hand fit the glove?”, *European Journal of Risk Regulation*, 1, 2016, pp. 155-174

KNETSCH, JONAS, *Le droit de la responsabilité et les fonds d'indemnisation, Analyse en droits français et allemand*, L. G. D. J., Paris, 2013

KRANTZ, DAVID/KUNREUTHER, HOWARD, “Goals and plans in decision making”, *Judgment and Decision Making*, 3, 2007, pp. 137-168

LOPES, DULCE/VITALI, KAROLINE/RIBEIRO, LUÍS MÁRIO/MARTINS, MARIA INÊS DE OLIVEIRA, et al., *Relatório no. 4, Resultados do questionário sobre a situação atual do mercado de cobertura seguradora do risco de incêndio em habitações rurais – práticas e percepções presentes*, Projeto House Refuge, 2021

MARTINS, MARIA INÊS DE OLIVEIRA, *O seguro de vida enquanto tipo contratual legal*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010

—, “Risco moral e contrato de seguro”, in *Volume de Homenagem ao Prof. Doutor Aníbal de Almeida*, ANTÓNIO JOSÉ AVELÃS NUNES/LUÍS PEDRO

- CUNHA/MARIA INÊS DE OLIVEIRA MARTINS (coord.), Coimbra Editora, Coimbra, 2012, 637-676
- , “Sobre a discriminação dos portadores de VIH/sida na contratação de seguros de vida”, *BFDUC*, 2, 2013, pp. 749-800
- , “Da incerteza ao risco: as técnicas seguradoras e o seu referente, num diálogo com Knight”, in *Estudos em Homenagem ao Doutor Avelãs Nunes, Boletim de Ciências Económicas da FDUC, II*, LUÍS PEDRO CUNHA/JOSÉ MANUEL GONÇALVES SANTOS QUELHAS/TERESA ALMEIDA (coord.), 2014, 2143-2210
- , “Seguro e responsabilidade civil”, *BFDUC*, 2020, pp. 241-290
- NEVES, ANTÓNIO CASTANHEIRA, *Relatório com a justificação do sentido e objectivo pedagógico, o programa, os conteúdos e os métodos de um curso de “Introdução ao estudo do Direito”*, s. ed., Coimbra, 1976
- PAULA, DEIVES DE/RODRIGUES, JOÃO PAULO C., *Relatório no. 6, Melhores práticas construtivas para mitigação do risco de incêndio rural*, Projeto House Refuge, 2023, disponível em https://adai.pt/houserefuge/wp-content/uploads/2023/07/Deliverable-6-Fire-Wise-Tecnologies_V1.pdf (consultado pela última vez a 25.08.2023)
- RAMOS, MARIA ELISABETE GOMES, *O contrato de seguro entre a liberdade contratual e o tipo*, Almedina, Coimbra, 2021
- RE, SWISS, *What is parametric insurance?*, 2023, disponível em https://corporatesolutions.swissre.com/insights/knowledge/what_is_parametric_insurance.html (consultado pela última vez a 01.09.2023)
- REGO, MARGARIDA LIMA/SEIXAS, DIOGO COSTA, “O contrato de resseguro”, in *Temas de Direito dos seguros, A propósito da nova Lei do Contrato de Seguro*, MARGARIDA LIMA REGO (coord.), Almedina, Coimbra, 2016, 287-326
- ROUSOVÁ, LINDA FACHE/GIUZIO, MARGHERITA/KAPADIA, SUJIT/KUMAR, HRADAYESH, et al., *Climate change, catastrophes and the macroeconomic benefits of insurance*, EIOPA, 2021, disponível em <https://www.eiopa.europa.eu/system/files/2021-07/thematic-article-climate-change-july-2021.pdf> (consultado pela última vez a 20.10.2023)
- THALER, RICHARD H./SUNSTEIN, CASS R., *Nudge, Improving decisions about health, wealth, and happiness*, Yale University Press, New Haven/London, 2008



MARIA LEONOR RUIVO
Assistente Convidada da FDUL
Investigadora do CIDP

Sobre o seguro de acidentes de trabalho a prémio fixo e a prémio variável

RESUMO: Com o presente texto pretende-se apresentar o estado da arte em relação ao modo de transferência da responsabilidade civil do empregador em relação aos seus trabalhadores no seguro de acidentes de trabalho. Em particular, atentar-se-á na relevância da distinção entre seguros de acidentes de trabalho a prémio fixo e a prémio variável, porquanto as questões suscitadas num e noutro são objeto de tratamento distinto pela doutrina e pela jurisprudência. Para o efeito, proceder-se-á a uma breve análise do labor jurisprudencial nesta matéria, dedicando especial atenção ao Acórdão Uniformizador de Jurisprudência n.º 10/2001, tecendo-se ainda algumas considerações sobre as soluções adotadas.

Palavras-chave: seguro de acidentes de trabalho; prémio fixo; prémio variável; folha de férias.

ABSTRACT: The aim of this text is to present the state of the art regarding how the employer's objective civil liability towards its employees is transferred in occupational accident insurance. In particular, emphasis will be placed on the relevance of the distinction between fixed-premium and variable-premium occupational accident insurance, since the issues raised by the two are treated differently by scholars and case law. To this end, a brief analysis will be made of the jurisprudence on this matter, with special attention to the Supreme Court Ruling no. 10/2001, which standardized the caselaw on variable-premium occupational accident insurance, followed by some considerations on the solutions that have been adopted.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Seguro de acidentes de trabalho a prémio fixo; 2.1. Seguro de acidentes de trabalho a prémio fixo com indicação de nomes; 2.2. Seguro de acidentes de trabalho a prémio fixo sem indicação de nomes; 3. Seguro de acidentes de trabalho a prémio variável; 3.1. Jurisprudência anterior ao AUJ n.º 10/2001; 3.2. A jurisprudência resultante do AUJ n.º 10/2001 e o seu alcance; 3.2.1. O caso da omissão total do envio da folha de férias; 3.2.2. O caso da inclusão tardia do trabalhador na folha de férias; 3.2.3. O caso do sinistro verificado entre a data da contratação e a data em que deveria ocorrer a inclusão do trabalhador na folha de férias atualizada; 3.2.4. O caso da remessa tardia da folha de férias pelo tomador; 4. Conclusão. 5. Bibliografia

1. Introdução¹

A Lei n.º 83, de 24 de julho de 1913, que previa o direito dos “operários e empregados” a assistência clínica, medicamentosa e indemnizações emergentes “dum acidente de trabalho, sucedido por ocasião do serviço profissional e em virtude desse serviço” (artigo 1.º), estabelecia a responsabilidade das “empresas e os patrões que exploram uma indústria” (artigo 3.º, alínea a)), bem como do Estado e corporações administrativas (artigo 3.º, alínea b), com os circunstancialismos aí descritos)²; esta Lei admitia que as entidades responsáveis “*poderão* passar a sua responsabilidade para sociedades mútuas de patrões ou companhias de seguro autorizadas” (artigo 3.º, § 2.º, *itálico* nosso, contendo algumas disposições avulsas

¹ No presente texto adotar-se-ão as seguintes abreviaturas: AUJ – Acórdão Uniformizador de Jurisprudência; AU – Apólice Uniforme aprovada em anexo à Portaria n.º 256/2011, de 5 de julho; BMJ – Boletim do Ministério da Justiça; CT – Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro; LAT – Lei de Acidentes de Trabalho, aprovada pela Lei n.º 98/2009, de 4 de setembro; LAT1997 – Lei de Acidentes de Trabalho, aprovada pela Lei n.º 100/97, de 13 de setembro; LCS – Lei do Contrato de Seguro, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 72/2008, de 16 de abril; STJ – Supremo Tribunal de Justiça; STA – Supremo Tribunal Administrativo; TRL – Tribunal da Relação de Lisboa; TRP – Tribunal da Relação do Porto; TRC – Tribunal da Relação de Coimbra; TRE – Tribunal da Relação de Évora; TRG – Tribunal da Relação de Guimarães. Todos os acórdãos sem indicação em sentido diverso encontram-se disponíveis para consulta em www.dgsi.pt.

² *Diário do Governo* n.º 171/1913, Série I de 1913-07-24, pp. 2754-2755.

sobre essa transferência)³. Dito de outra forma, na vigência da Lei n.º 83, de 24 de julho de 1913, a transferência da responsabilidade do empregador por acidente de trabalho tratava-se de uma faculdade do empregador.

Por sua vez, o Decreto 5:637, de 10 de maio de 1919, que veio introduzir o “Seguro Social Obrigatório”, dispunha, no seu artigo 1.º, § único, que “o seguro dos salarizados e empregados de todas as profissões é obrigatório para o patrão, abrangendo os indivíduos ao seu serviço que recebam salário, ordenado ou remuneração de qualquer ordem”⁴. Não se tratava ainda de estabelecer uma obrigatoriedade de os empregadores celebrarem um contrato de seguro com um segurador, antes estabelecendo a obrigação de indemnização que o “patrão teria que pagar de qualquer forma, porque não se tratava já, desde esse momento, de uma dívida que o patrão contraísse com um operário (...) essa dívida passava a ser para com o Estado”⁵.

A Lei n.º 1942, de 27 de julho de 1936, mantinha a possibilidade de os empregadores transferirem a sua responsabilidade tanto pelos danos causados por acidente de trabalho como pelas doenças profissionais referidas nas alíneas do artigo 8.º do diploma, lendo-se no artigo 11.º da Lei n.º 1942 que “as entidades responsáveis pelos encargos provenientes de acidentes de trabalho e de doenças profissionais podem transferir a sua responsabilidade para sociedades legalmente autorizadas a realizar este seguro”⁶.

³ FERNANDO EMYGDIO DA SILVA, *Acidentes de Trabalho*, Volume I, Imprensa Nacional, Lisboa, 1913, pp. 142 e ss, referia-se a um sistema de “*seguro indirectamente obrigatório*”, considerando que existia indirectamente uma obrigação ao seguro com base no artigo 11.º da Lei n.º 83, de 24 de julho de 1913.

⁴ *Diário do Governo* n.º 98/1919, 8.º Suplemento, Série I de 1919-05-10, pp. 1034-1039.

⁵ PEDRO MARTINEZ, *Teoria e Prática dos Seguros*, 2.ª edição, actualizada e aumentada, Lisboa, 1961, p. 275; PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Acidentes de trabalho*, Pedro Ferreira – Editor, Lisboa, 1996, n. 2.

⁶ Sobre esta disposição, cfr. A. VEIGA RODRIGUES, *Acidentes de Trabalho – Anotações à Lei n.º 1:942*, Coimbra Editora Limitada, Coimbra, 1952, pp. 75 e ss, referindo que este diploma legal “não aceitou a hipótese do seguro obrigatório através das entidades competentes por não parecer que o país comportasse a generalização do princípio, seguindo antes pelo caminho de permitir às entidades patronais tomarem o risco por conta própria ou transferirem

A Lei 1942 foi revogada pela Lei n.º 2127, de 3 de agosto de 1965 (regulamentada pelo Decreto n.º 360/71 e constando da Portaria n.º 633/71, de 19 de novembro, os modelos das apólices uniformes de acidentes de trabalho). Só com este diploma se passou a prever uma obrigação de celebrar um contrato de seguro e somente em certas circunstâncias⁷, resultando da Base XLIII que “as entidades patronais são obrigadas a transferir a responsabilidade pela reparação prevista na presente lei para entidades legalmente autorizadas a realizar este seguro, salvo se lhes for reconhecida capacidade económica para, por conta própria, cobrir os respectivos riscos” (n.º 1). A reparação a que se referia a Lei n.º 2127 era ainda a reparação pelos danos emergentes de acidente de trabalho e de doença profissional, sendo que foi por força dos Decretos-Leis n.º 200/81, de 9 de julho, e n.º 227/81, de 18 de julho, que se procedeu totalmente à separação do seu tratamento, passando as doenças profissionais a estar abrangidas pela Caixa Nacional de Seguros de Doenças Profissionais⁸.

o mesmo para entidades seguradoras”. Note-se, todavia, que no artigo 12.º da Lei n.º 1942 se previa a obrigação, em certos casos, de o empregador “caucionar essa responsabilidade, salvo se provarem perante a Inspeção de Seguros que a sua capacidade económica garante suficientemente o risco tomado por conta própria”.

⁷ Mais acrescentava esta Base que “o seguro dos trabalhadores rurais ou equiparados, em relação aos quais as entidades patronais não efectuem a transferência da responsabilidade prevista no número anterior, ficará a cargo de instituições de previdência social obrigatória” (n.º 2). Sobre o âmbito da obrigatoriedade de o empregador celebrar um contrato de seguro, cfr. CARLOS ALEGRE, *Acidentes de Trabalho e Doenças Profissionais*, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2001, p. 167 e, do mesmo Autor, *Acidentes de Trabalho – notas e comentários à Lei n.º 2127*, Livraria Almedina, Coimbra, 1995, pp. 147 e ss, e FELICIANO TOMÁS DE RESENDE, *Acidentes de Trabalho e Doenças Profissionais*, Coimbra Editora, Limitada, Coimbra, 1971, pp. 72 e ss.

⁸ De acordo com o n.º 1 do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 200/81, “a Caixa Nacional de Seguros de Doenças Profissionais abrangerá a cobertura do risco das doenças profissionais a que estão sujeitos os trabalhadores por conta de outrem, ao serviço de qualquer actividade, beneficiários de regimes de previdência” (ver tb. artigo 4.º do diploma). A Caixa Nacional de Seguros de Doenças Profissionais havia sido criada pelo Decreto-Lei n.º 44307 (*Diário do Governo* n.º 95/1962, Série I de 1962-04-27) e, mesmo antes do Decreto-Lei n.º 200/81, garantia a cobertura de determinadas doenças profissionais (de acordo com o seu artigo 3.º, “a Caixa abrangerá, de início, a cobertura do risco da silicose e, se necessário, estender-se-á às demais pneumoconioses e a outras doenças profissionais que deram motivo às providências prescritas no presente diploma”, tendo o seu âmbito sido objeto de posterior alarga-

A obrigatoriedade de seguro de acidentes de trabalho foi mantida – embora agora com maior alcance – no artigo 37.º da LAT1997⁹. Sobre as vantagens na adoção da obrigatoriedade do seguro de acidentes de trabalho, refere PEDRO ROMANO MARTINEZ:

“A melhor forma de garantir o pagamento das indemnizações devidas em caso de acidente foi estabelecida através da obrigatoriedade do seguro (art. 79.º LAT). Mesmo com privilégio creditório, estando o empregador falido, o pagamento das indemnizações inviabilizar-se-ia; acresce que, sendo as prestações pagas mediante pensão, o trabalhador lesado ficaria na contingência das mudanças de solvabilidade da entidade patronal. Por outro lado, um sinistro numa empresa pode causar danos numa pluralidade de trabalhadores, com consequências económicas graves para o empregador, que o poderão impossibilitar de pagar todas as indemnizações”¹⁰.

mento pelo Decreto-Lei n.º 478/73, de 27 de setembro). Referia VITOR RIBEIRO, *Acidentes de Trabalho – Reflexões e notas práticas*, Rei dos Livros, Lisboa, 1984, pp. 156-157, que, embora o movimento centralizador do enquadramento das doenças profissionais no modelo de responsabilidade social se tenha iniciado com o Decreto-Lei n.º 44307, esse movimento viria a atingir “o seu ponto absoluto” com os Decretos-Leis n.ºs 200/81 e 227/81.

⁹ Sobre a diferença face ao regime da Lei n.º 2127, ANA ESTELA LEANDRO, “Estudo comparativo de 2 regimes jurídicos de acidentes de trabalho: a Lei n.º 2127, de 21 de agosto de 1965, e a Lei n.º 100/97, de 13 de setembro”, *Prontuário de Direito do Trabalho*, Atualização n.º 58, 1999, p. 52. Em geral sobre a evolução legislativa da regulamentação do seguro de acidentes de trabalho, FRANCISCO GUERRA DA MOTA, *O Contrato de Seguro Terrestre*, Primeiro Volume, Athenas Editora, Porto, 1985, p. 175; PEDRO MARTINEZ, *Teoria e Prática dos Seguros*, cit., pp. 275 e ss, com indicações jurisprudenciais nas pp. 588 e ss; ANTÓNIO ALVALEIDE, “Seguro de Acidentes de Trabalho: Uma história que começa em 1913”, *Revista Portuguesa do Dano Corporal* (25), 2014, pp. 29 e ss; CARLOS ALEGRE, *Acidentes de Trabalho e Doenças Profissionais*, cit., pp. 9 e ss; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito dos seguros*, 2.ª edição (revista e actualizada), Almedina, Coimbra, 2016, pp. 109-110; PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Acidentes de trabalho*, cit., 1996, pp. 9 e ss e 85-86, e “Seguro de acidentes de trabalho – a responsabilidade subsidiária do segurador em caso de actuação culposa do empregador”, *Prontuário de Direito do Trabalho*, n.ºs 74-75 (maio-agosto/setembro-dezembro, 2006), pp. 86 e ss; FLORBELA ALMEIDA PIRES, *Seguro de acidentes de trabalho*, Lex, Lisboa, 1999, pp. 28 e ss.

¹⁰ PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 11.ª edição, 2023, p. 895; do mesmo Autor, *Acidentes de Trabalho*, cit., pp. 85-86 e, ainda, “Seguro de acidentes de trabalho – a responsabilidade subsidiária do segurador em caso de actuação culposa

Atualmente, a obrigatoriedade de celebração de seguro de acidentes de trabalho de trabalhadores por conta de outrem encontra-se prevista no artigo 79.º, n.º 1, da LAT, bem como no n.º 5 do artigo 283.º do CT, sendo que a Portaria n.º 256/2011 (que veio substituir a Norma Regulamentar do Instituto de Seguros de Portugal n.º 1/2009-R) aprova a parte uniforme das condições gerais da apólice de seguro obrigatório de acidentes de trabalho para trabalhadores por conta de outrem, bem como as respetivas condições especiais uniformes¹¹.

Várias questões se colocam, atualmente, a propósito da relevância das declarações do empregador, durante a execução do contrato, para efeitos de estabelecer a *existência* de uma relação de cobertura da responsabilidade do empregador emergente de acidente de trabalho em relação aos seus trabalhadores e a medida dessa cobertura. As dificuldades suscitadas prendem-se essencialmente com eventuais discrepâncias entre os trabalhadores contratados e os trabalhadores cuja contratação é comunicada ao segurador, com as discrepâncias entre a remuneração real e a declarada dos trabalhadores abrangidos pela cobertura e, ainda, com as discrepâncias entre a atividade prosseguida pelo empregador e aquela que surge identificada no contrato de seguro.

Cada um destes aspetos poderia ser objeto de um estudo autónomo, motivo pelo qual iremos centrar a nossa análise na primeira das situações identificadas, i.e., nas dificuldades suscitadas pela circunstância de, por vezes, nem todos os trabalhadores ao serviço da entidade empregadora terem sido incluídos na cobertura decor-

do empregador”, cit., pp. 90 e ss. Assim, nas palavras de FERNANDO EMYGDIO DA SILVA, *Acidentes de Trabalho*, cit., p. 41, “o seguro traz consigo a um tempo a *garantia* do operário e a *comodidade* do patrão. A *garantia do operário* resulta da própria natureza do seguro. (...) a *comodidade do patrão* ou digamos antes a única viabilidade para a execução do princípio do risco profissional, por igual é conseguida com o seguro” (itálicos no original).

¹¹ Sobre as alterações introduzidas pela LAT e pela Portaria 256/2011 face ao regime pretérito, ARNALDO FILIPE COSTA OLIVEIRA, “Nota sobre a evolução recente do regime do seguro obrigatório de acidentes de trabalho para trabalhadores por conta de outrem – ou das vantagens das «relações de família»”, *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Ano LIV, n.º 1/3 (janeiro-setembro 2013), *passim*.

rente do contrato de seguro. Na medida em que o problema em apreço deve ser ponderado de forma diversa consoante as partes no contrato de seguro optem pelo seguro a prémio fixo ou a prémio variável, iremos proceder à sua análise individualizada. A distinção entre estas modalidades encontra-se no artigo 5.º da AU, do qual decorre que o seguro de acidentes de trabalho pode ser celebrado na modalidade de seguro a prémio fixo (quando o contrato cobre um número previamente determinado de pessoas seguras, com um montante de retribuições antecipadamente conhecido) ou na modalidade de seguro a prémio variável (quando a apólice cobre um número variável de pessoas seguras, com retribuições seguras também variáveis, sendo consideradas pelo segurador as pessoas e as retribuições identificadas nas folhas de vencimento que lhe são enviadas periodicamente pelo tomador do seguro). Esta distinção é essencial para apurar o regime jurídico aplicável em caso de flutuação do número de trabalhadores que, num dado momento, o empregador pretende incluir na cobertura do seguro: enquanto no seguro de acidentes de trabalho a prémio fixo a regra será a insusceptibilidade de, unilateralmente, o empregador alargar o número de trabalhadores abrangidos pelo contrato de seguro, já o seguro de acidentes de trabalho a prémio variável pressupõe um grau de indeterminação dos trabalhadores que, ao longo do tempo, vão sendo abrangidos pelo contrato de seguro.

Tendo em conta o debate em torno da qualificação do contrato de seguro como uma modalidade de seguro de responsabilidade civil (em que o empregador é o tomador-segurado) ou de seguro de pessoas (em que são segurados os trabalhadores), serão por vezes equacionadas as soluções face ao regime de ambas as modalidades de seguro (e o impacto que poderia eventualmente resultar dessa qualificação na resposta às questões concretamente suscitadas quanto à cobertura, pelo segurador, dos danos emergentes do acidente de trabalho em relação a trabalhador cuja contratação não tenha sido transmitida ao segurador). Em todo o caso, assumiremos, como ponto de partida, que o contrato de seguro de acidentes de trabalho se trata de um seguro de responsabilidade civil em que o segurador cobre o risco de constituição, no património do segurado, de uma

obrigação de indemnizar terceiros (artigo 137.º da LCS)¹², sendo o risco definido em virtude da natureza da atividade e das condições de prevenção implantadas nos locais de trabalho¹³.

¹² A solução encontrada pelo legislador, no sentido de estabelecer, no n.º 3 do artigo 138.º da LCS, que o disposto na secção que regula o seguro de responsabilidade civil se aplica ao seguro de acidentes de trabalho sempre que as disposições especiais dos artigos 137.º e seguintes da LCS não se lhe oponham, também não veio resolver a questão, tratando-se apenas de uma disposição que determina a *aplicação* de um regime jurídico, não tendo pretensão de se pronunciar sobre a *qualificação* do seguro de acidentes de trabalho. Sobre o seguro de acidentes de trabalho como um seguro de responsabilidade civil, FLORBELA DE ALMEIDA PIRES, *Seguro de acidentes de trabalho*, cit., 1999, p. 63; adotando esta qualificação, ver ainda, PEDRO ROMANO MARTINEZ, “Seguro de acidentes de trabalho – a responsabilidade subsidiária do segurador em caso de actuação culposa do empregador”, cit., p. 91, e, do mesmo Autor, *Direito dos Seguros – Apontamentos*, Principia, Cascais, 2006, pp. 68 e 126; CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos III (Contratos de Liberalidade, de Cooperação e de Risco)*, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2013., p. 258, referindo que enquanto o seguro de acidentes de trabalho “é um seguro de responsabilidade civil em que a entidade patronal assume a posição de tomador e de segurado em benefício do trabalhador”, no seguro de acidentes pessoais “coincidem geralmente na pessoa do trabalhador as posições de tomador, de segurado e beneficiário”; LUÍS POÇAS, *O Dever de declaração inicial do risco no contrato de seguro*, Coleção Teses, Almedina, Coimbra, 2013, p. 708; JOSÉ MIGUEL DE FARIA ALVES DE BRITO, *Sub-rogação no contrato de seguro*, Vol. II, policopiado, 2017, pp. 264 e ss, n. 1383 e 1386, considerando o seguro de acidentes de trabalho como “um seguro de responsabilidade civil extraobrigacional pelo risco mas também de um seguro de responsabilidade civil delitual” (p. 280, n. 1440); CARLOS ALEGRE, “Seguro de acidente de trabalho”, *II Congresso Nacional de Direito dos Seguros – Memórias* (coord. António Moreira e M. Costa Martins), Almedina, Coimbra, 2001, p. 157, referindo que o seguro de acidentes de trabalho se destina “a dar cobertura à responsabilidade civil emergente deste tipo de eventualidades”; RITA GONÇALVES FERREIRA DA SILVA, *Do Contrato de Seguro de Responsabilidade Civil Geral*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 123, entendendo que se trata de “uma espécie da categoria (mais ampla) do seguro de responsabilidade civil em geral”. Referindo-se aos seguros de acidentes de trabalho como seguros de responsabilidade civil obrigatória, FLORBELA ALMEIDA PIRES, *Seguro de acidentes de trabalho*, cit., pp. 33-37, e JOSÉ VASQUES, *Contrato de seguro: notas para uma teoria geral*, Coimbra Editora, Lisboa, 1999, pp. 22 e 58.

¹³ LUÍS POÇAS, *O Dever de declaração inicial do risco no contrato de seguro*, cit., p. 710, “sem prejuízo da relevância de determinadas características dos próprios trabalhadores (mormente, a pré-existência de um determinado grau de incapacidade”. Também FLORBELA DE ALMEIDA PIRES, *Seguro de acidentes de Trabalho*, cit., p. 79, coloca o enfoque, relativamente às omissões ou inexactidões suscetíveis de desencadear a “nulidade” do contrato de seguro (face ao anterior 429.º do Código Comercial), nas “condições do exercício do trabalho (...).

2. Seguro de acidentes de trabalho a prémio fixo

2.1. Seguro de acidentes de trabalho a prémio fixo com indicação de nomes

Principiando pela análise do seguro de acidentes de trabalho a prémio fixo, resulta da alínea a) da Cláusula 5.^a da AU que esta modalidade de seguro se caracteriza pela inclusão de um conjunto *determinado* de trabalhadores e pela indicação de um montante de retribuições *antecipadamente conhecido*. Na medida em que a variabilidade ou a flutuação do número de trabalhadores não se encontra *ab initio* incorporada no programa contratual, a modificação do número de trabalhadores abrangido parece pressupor um novo acordo entre empregador e segurador, não tendo o empregador a possibilidade de – unilateralmente – alargar o objeto do seguro por forma a incluir um trabalhador adicional não previsto no momento da contratação. Neste sentido, encontramos jurisprudência que sublinha que é inaplicável, nestes casos, o regime do agravamento do risco¹⁴, antes estando em causa uma necessidade de modificação

Trata-se aqui de circunstâncias essenciais para a avaliação do risco assumido precisamente porque a violação de condições de segurança aumenta o risco de verificação do acidente de trabalho”. Referindo-se à “natureza do trabalho, as condições da sua prestação e outras circunstâncias relevantes”, Acórdão do STJ de 25 de janeiro de 2001, *Acórdãos Doutrinários do STA – Apêndice (Jurisprudência do Trabalho)*, n.º 478, pp. 1392 e ss. A partir da LAT1997 e atualmente no artigo 80.º da LAT, assinala-se que “a apólice uniforme obedece ao princípio da graduação dos prémios de seguro *em função do grau de risco do acidente, tidas em conta a natureza da actividade e as condições de prevenção implantadas nos locais de trabalho*” (artigo 80.º, n.º 1, da LAT, *itálico nosso*).

¹⁴ De acordo com JÚLIO GOMES, “O dever de informação do tomador do seguro na fase pré-contratual”, *II Congresso Nacional de Direito dos Seguros – Memórias* (coord. António Moreira e M. Costa Martins), Almedina, Coimbra, 2001, p. 108, o dever de informação do agravamento do risco incide “quer sobre modificações objectivas, quer sobre modificações subjectivas, mas deve reportar-se a factos supervenientes, posteriores ao momento da perfeição do contrato e relevantes, no sentido de aumentar ou a probabilidade de verificação do sinistro, ou as consequências danosas prováveis deste caso ocorra”. O regime do agravamento do risco surge, na AU, previsto nas Cláusulas 10.^a e 11.^a, reproduzindo o disposto na LCS, em particular, nos artigos 93.º e 94.º da LCS, omitindo a referência ao “segurado” como sujeito sobre o qual impende o ónus de comunicação do agravamento do risco. Por outro lado,

contratual que proceda à inclusão de novos trabalhadores¹⁵; também não será de aplicar o disposto nas Cláusulas 7.^a e 8.^a da AU a propósito da invalidade por omissão ou por declarações inexatas¹⁶, na medida em que a consequência da identificação, no momento da celebração do contrato, de apenas alguns dos trabalhadores do empregador (devidamente nominados), tem como consequência a não cobertura dos demais – a prestação a que o segurador se obri-

nada estabelecendo a propósito do regime aplicável à diminuição do risco, será aplicável o disposto na LCS. A aplicação do regime do agravamento e da diminuição do risco deverá ter por referência o *risco* contratado, enunciado nos termos *supra*, pelo que especialmente relevantes serão “os agravamentos e reduções ao montante do prémio consoante o tomador de seguro observe as disposições legais sobre segurança no trabalho” (FLORBELA DE ALMEIDA PIRES, *Seguro de acidentes de Trabalho*, cit., p. 79; adicionalmente, refere o n.º 3 do artigo 80.º da LAT que a apólice deve prever a possibilidade de “revisão do valor do prémio, por iniciativa da seguradora ou a pedido do empregador, com base na modificação efectiva das condições de prevenção de acidentes nos locais de trabalho”). Assim, como regra geral do agravamento do risco, estabelece-se que o tomador do seguro tem o dever de, durante a execução do contrato, no prazo de 14 dias a contar do conhecimento do facto, comunicar ao segurador todas as circunstâncias que agravem o risco, desde que estas, caso fossem conhecidas pelo segurador aquando da celebração do contrato, tivessem podido influir na decisão de contratar ou nas condições do contrato. O segurador dispõe do prazo de 30 dias a contar do momento em que tenha conhecimento do agravamento do risco para: (i) apresentar ao tomador do seguro proposta de modificação do contrato, que este deve aceitar ou recusar em igual prazo, findo o qual se entende aprovada a modificação proposta ou (ii) resolver o contrato, demonstrando que, em caso algum, celebra contratos que cubram riscos com as características resultantes desse agravamento do risco.

¹⁵ Neste sentido, cfr. Acórdão do TRL, processo n.º 3229/16.6T8LRS.L1-4 (Maria José Costa Pinto), de 01/26/2022, no qual se afirma: “quando o empregador propõe a alteração do contrato com a apresentação de uma nova lista de trabalhadores e a indicação dos respectivos vencimentos, não indica à seguradora que o risco se agrava ou é maior do que anteriormente, nem a proposta apresentada visa dar cumprimento ao dever do tomador do seguro previsto no n.º 1 da cláusula 10.^a da AU. Com a indicada proposta, o tomador do seguro visa, isso sim, uma reconfiguração do contrato (que passará a abranger diferentes trabalhadores, com distinta ou igual massa salarial), para os efeitos da alínea a) da cláusula 5.^a da AU, propondo-o à seguradora, que tem a possibilidade de o aceitar, ou não”. Veja-se tb. o Acórdão do TRL, processo n.º 275/06.1TTPDL.1.L1-4 (Seara Paixão), de 05/13/2009, referindo que “a modalidade de seguro a prémio fixo exige uma maior atenção às alterações de pessoal, obrigando cada nova contratação a uma nova proposta de seguro”.

¹⁶ Rejeitando a aplicabilidade do então artigo 429.º do Código Comercial, cfr. Acórdão do STJ de 26 de março de 1985, *Acórdãos Doutriniais do STA – Apêndice (Jurisprudência do Trabalho)*, n.º 286, pp. 1154 e ss.

gou não sofre qualquer alteração em virtude de tal omissão (pois apenas está obrigado em relação aos trabalhadores identificados), exceto se o número de trabalhadores for relevante para apurar o grau de risco a que estão sujeitos os trabalhadores efetivamente declarados¹⁷; este entendimento sustenta-se na identificação do risco relevante no seguro de acidentes de trabalho “o qual terá subjacente que sinistros e prejuízos/danos serão assumidos por ela [seguradora], pelo que o alargamento do risco num contrato vigente não decorrerá necessariamente de existir mais um trabalhador a exercer a atividade mas sim duma alteração da atividade”¹⁸.

Sem prejuízo de se acompanhar a solução desta jurisprudência, cremos que a justificação para a mesma não se prende somente com a identificação do risco com a atividade exercida¹⁹, mas antes com a relevância da autonomia das partes na escolha da modalidade de seguro de acidentes de trabalho que melhor lhes aprouvera. Através do seguro de acidentes de trabalho permite-se “a celebração de um único contrato em que se reúnem várias obrigações de seguro, independentes entre si, com a transferência da responsabilidade infortunistica relativa a uma pluralidade [determinada ou] não determinada de pessoas”²⁰. Ora, no seguro de acidentes de trabalho

¹⁷ LUÍS POÇAS, *O Dever de declaração inicial do risco no contrato de seguro*, cit., p. 711, avança como exemplo “a exiguidade das instalações face a esse número colocar problemas de *segurança*, caso em que é esta circunstância a relevante” (itálico no original).

¹⁸ Acórdão do TRP, processo n.º 2436/18.1T8VFR.P1 (António Luís Carvalhão), de 09/24/2020; mais se acrescenta neste acórdão que “É que, se um contrato de seguro a prémio variável está subjacente a variabilidade da identidade ou número de pessoas que estão ao serviço do tomador do seguro, podendo dizer-se que a seguradora já conta com essa variabilidade, no caso do seguro a prémio fixo tal não acontece, pois neste caso a responsabilidade da entidade empregadora é segura relativamente a um número certo de pessoas cujos salários são antecipadamente conhecidos, não dependendo aqui o objeto do seguro, como além, de uma declaração periódica do tomador do seguro que refletirá as flutuações do pessoal ao seu serviço.”

¹⁹ Pois, conforme melhor assinalaremos *infra*, no seguro de acidentes de trabalho a prémio fixo sem nomes parece-nos possível sustentar a aplicabilidade do regime do incumprimento do dever de declaração inicial de risco, muito embora o risco esteja, também aí, associado à atividade em causa.

²⁰ Acórdão do STJ, processo n.º 08S2313 (Vasques Dinis), de 12/03/2008, e que versa expressamente sobre o seguro de acidentes de trabalho a prémio variável (daí a sua referência à

a prémio fixo com identificação do nome dos trabalhadores abrangidos pretende-se atribuir especial relevância aos trabalhadores em relação aos quais é transmitida a responsabilidade do empregador por eventuais danos emergentes de acidente de trabalho – a identificação dos trabalhadores e das respetivas remunerações permite uma individualização da responsabilidade do empregador em relação a cada um, assumindo prevalência a identidade dos indivíduos por cuja perda de capacidade de ganho ou morte resultante de acidente de trabalho o empregador é civilmente responsável: foi adotado um critério quantitativo e nominativo. Deste modo, os trabalhadores que não tenham sido identificados na apólice (ou em adenda posterior), não se encontram abrangidos pelo contrato²¹.

Importa realçar que se a necessidade de acordo do segurador ocorre nos casos em que o empregador pretenda modificar²² ou alargar os trabalhadores incluídos na apólice, já nos casos em que um dos trabalhadores expressamente incluídos na apólice veio a cessar

“pluralidade não determinada de pessoas”). Neste sentido, e também no contexto do seguro de acidentes de trabalho a prémio variável, refere-se FLORBELA DE ALMEIDA PIRES, *Seguro de acidentes de trabalho*, cit., p. 77, a “obrigações de seguro independentes pois cada uma surge em relativamente a cada prestador de serviço e depende das condições de prestação desse serviço” (itálicos no original).

²¹ Assim, CARLOS MATEUS, “As Inexactidões e Reticências no Seguro de Acidentes de Trabalho”, *Scientia Iuridica*, maio-agosto 2004, Tomo LIII, número 299, p. 331. Na jurisprudência, mesmo à luz daquela que qualifica o seguro de acidentes de trabalho como contrato a favor de terceiro – cfr. Acórdão do STJ de 26 de setembro de 1990, *Acórdãos Doutriniais do STA – Apêndice (Jurisprudência do Trabalho)*, n.º 348, pp. 1630 e ss, o qual acompanha o entendimento sustentado no acórdão recorrido, segundo o qual “«se o contrato de seguro de responsabilidade civil por acidentes de trabalho é ... um contrato a favor de terceiro ... necessário é que esse terceiro, quando identificado, conste da apólice”.

²² Sobre a inviabilidade de se considerar coberto o trabalhador (não identificado na apólice) que tenha substituído trabalhador identificado na apólice, cfr. Acórdão do STJ de 26 de setembro de 1990, *Acórdãos Doutriniais do STA – Apêndice (Jurisprudência do Trabalho)*, n.º 348, pp. 1630 e ss, embora acrescente que se aceita que, “no plano ético, a Seguradora deveria ter suportado a responsabilidade, pois que recolheu o prémio como se o seguro estivesse regularizado”; também no contexto da substituição, Acórdão do TRL, processo n.º 2117/2008-4 (José Feteira), de 05/14/2008; Acórdão do TRP, processo n.º 0742021 (Albertina Pereira), de 10/08/2007, realçando a necessidade, para que se estabeleça a respetiva cobertura, da aceitação da proposta do empregador que vise incluir um trabalhador que veio substituir um outro (identificado na apólice).

o seu vínculo laboral com a entidade empregadora, a sua subtração ao contrato de seguro não carece de acordo, porquanto não há uma extensão do contrato *para além do contratado*, mas uma eliminação de um trabalhador incluído *dentro do perímetro do contratado*. Assim, cessando o contrato do trabalhador, caduca a respetiva cobertura porquanto, em relação àquele trabalhador, deixa de se verificar qualquer risco de verificação do sinistro (i.e., responsabilidade civil do tomador emergente de um acidente de trabalho). O contrato de seguro continuará a vigorar em relação aos demais trabalhadores, naturalmente, sendo apenas a relação específica de cobertura do trabalhador cujo vínculo cessou que ficará afetada.

2.2. Seguro de acidentes de trabalho a prêmio fixo sem indicação de nomes

A questão já deverá ser ponderada de outro prisma no caso de seguro de acidentes de trabalho a prêmio fixo sem identificação dos nomes dos trabalhadores abrangidos, em que apenas é feita referência ao número de trabalhadores abrangidos (possibilidade admitida pelo n.º 2 da Cláusula 3.ª da AU, que estabelece que, por convenção entre as partes, podem não ser identificados na apólice, no todo ou em parte, os nomes das pessoas seguras²³). Em relação a estes seguros, estabelece a alínea c) do n.º 1 da Cláusula 28.ª da AU que o segurador tem direito de regresso sobre o empregador relativamente aos seguros celebrados sem indicação de nomes “quando se provar que nos trabalhos abrangidos pelo contrato foram utilizadas mais pessoas do que as indicadas como pessoas seguras”, não sendo possível ao segurador invocar a divergência entre o número de tra-

²³ Pode, assim, distinguir-se entre seguros de acidentes de trabalho em que os trabalhadores surgem identificados pelo nome e os seguros “de um número determinado de trabalhadores identificados pela função” (MARGARIDA LIMA REGO, “O início da cobertura no seguro desportivo”, *O desporto que os tribunais praticam*, J. M. Meirim (coord.), Coimbra Editora, Coimbra, 2014, p. 218).

balhadores declarado e o número real de trabalhadores para obviar à cobertura do sinistrado²⁴.

Entendeu-se no Acórdão do STJ, processo n.º 06S1076 (Fernandes Cadilha), de 09/20/2006, que a solução prevista na alínea c) do n.º 1 da Cláusula 28.ª da AU não seria incompatível com a aplicação do regime do incumprimento do dever de declaração inicial de risco²⁵, uma vez que o direito de regresso se destina aos casos em que o segurador é responsabilizado pelo pagamento das prestações devidas por acidente de trabalho e que “questão diversa é, porém aquela em que existe um vício congénito na própria celebração do

²⁴ LUIS POÇAS, *O Dever de declaração inicial do risco no contrato de seguro*, cit., p. 714. Refere o Acórdão do STJ de 16 de janeiro de 1991, proc. 2666, *BMJ*, n.º 340 (fevereiro 1991), pp. 436 e ss, que “quando a seguradora aceita a modalidade de seguro – «sem indicação de nome» – tem que assumir os riscos de fraude que tal modalidade permite”. Considerando que seria nula a Cláusula que estabelecesse que “(...) não serão da responsabilidade da Seguradora quaisquer sinistros que venham a verificar-se quando se provar que nos trabalhos abrangidos pelo contrato foi utilizado mais pessoal do que aquele que estava seguro, cfr. Acórdão do STJ de 2 de outubro de 1996, *Acórdãos Doutriniais do STA – Apêndice (Jurisprudência do Trabalho)*, n.º 422, pp. 265 e ss, porquanto “podendo frustrar a função do seguro, terá de ser considerada como inválida relativamente aos terceiros em benefício dos quais foi estipulado, não obstante possa a vir a ser invocada nas relações entre seguradora e segurado” (tb. assim, Acórdão do STJ de 2 de julho de 1997, processo n.º 67/97, *BMJ*, n.º 469 (outubro 1977), pp. 477 e ss). Perante uma Cláusula idêntica, o Acórdão do STJ de 10 de fevereiro de 1999, *Acórdãos Doutriniais do STA – Apêndice (Jurisprudência do Trabalho)*, n.º 452-453, pp. 1144 e ss (também disponível em *BMJ*, n.º 484 (março 1999), pp. 210 e ss), não se pronunciou no sentido da sua invalidade (muito embora tenha concluído, *in casu*, pela sua não aplicação porquanto em relação ao número de trabalhador “a mais” havia sido *subscrita* (antes do sinistro) uma *proposta* de seguro junto de mediador para cobertura dos riscos desses trabalhadores (mesmo que esse seguro apenas tenha começado a vigorar *depois* do sinistro).

²⁵ Equacionando esta incompatibilidade, cfr. Acórdão do STJ, processo n.º 03S1708 (Mário Pereira), de 02/11/2004: “é questionável se o regime contratual ajustado e emergente da acima transcrita condição geral do art.º 21.º, n.º 1, al. d) da apólice uniforme de 1995 [que previa o direito de regresso do segurador por todas as importâncias suportadas para a reparação do acidente, relativamente aos seguros celebrados sem indicação de nomes, nos termos do n.º 2 do artigo 2.º, quando se provar que nos trabalhos abrangidos pelo contrato, foram utilizadas mais pessoas do que aquelas que estavam seguras] não consagra um regime específico para a situação de agravamento de risco que nos ocupa – do apontado excesso de trabalhadores –, aplicável quer esta situação se verifique já à data da celebração do contrato quer tenha surgido posteriormente”.

contrato, por efeito da declaração inexacta acerca do número de trabalhadores abrangidos pela cobertura do seguro”, que determinaria que a entidade seguradora pudesse arguir a invalidade do contrato de seguro²⁶ por incumprimento do dever de declaração inicial de risco previsto na Cláusula 7.^a da AU²⁷, nos termos das Cláusulas 8.^a ou 9.^a da AU²⁸.

²⁶ Considera-se, pois, neste Acórdão, que “é nulo o contrato de seguro sem nomes, quando na respectiva proposta o tomador do seguro tenha indicado seis trabalhadores e se constate que, à data da celebração do contrato, tinha dezanove trabalhadores ao seu serviço”.

²⁷ A Cláusula 7.^a da AU, com a epígrafe «Dever de declaração inicial do risco», reproduz o disposto no artigo 24.^o da LCS. Não obstante a grande proximidade entre o disposto na Cláusula 7.^a da AU e o artigo 24.^o da LCS, é possível assinalar uma diferença entre estas disposições: enquanto a LCS prevê que o cumprimento do dever de declaração inicial de risco impende sobre “o tomador do seguro ou o segurado”, já a Cláusula 7.^a da AU faz cair esse dever somente sobre o tomador de seguro (assinalando esta alteração, ARNALDO FILIPE COSTA OLIVEIRA, “Nota sobre a evolução recente do regime do seguro obrigatório de acidentes de trabalho para trabalhadores por conta de outrem – ou das vantagens das «relações de família»”, cit., pp. 131-132). A omissão da referência ao segurador pode ser explicada com recurso a dois argumentos: por um lado, caso se siga o entendimento dominante que reconduz o seguro de acidente de trabalho a uma modalidade de seguro de responsabilidade civil concluir-se-á que a qualidade de tomador de seguro e de segurado coincidem no mesmo sujeito (empregador), pelo que se encontraria justificada a referência a um devedor (único) da prestação de informação; por sua vez, os aspetos mais relevantes para efeitos de avaliação do risco – em relação aos quais a omissão ou inexactidão é suscetível de afetar a vontade do segurador na contratação naqueles precisos termos – prendem-se “fundamentalmente com a natureza da atividade e as condições de prevenção implantadas nos locais de trabalho” (LUÍS POÇAS, *O Dever de declaração inicial do risco no contrato de seguro*, cit., p. 710), elementos que estarão essencialmente no controlo e serão do conhecimento do empregador.

²⁸ A Cláusula 8.^a da AU vem, por sua vez, reproduzir o conteúdo do artigo 25.^o da LCS, estabelecendo que, no caso de dolo do tomador do seguro, o segurador pode anular o contrato de seguro no prazo de três meses a contar do conhecimento do incumprimento (n.ºs 1 e 2 da Cláusula 8.^a da AU e n.ºs 1 e 2 do artigo 25.^o da LCS); caso o sinistro ocorra antes de o segurador ter conhecimento do incumprimento ou quando ainda esteja a correr o prazo de três meses após o conhecimento, o segurador não está obrigado a cobrir o sinistro (n.º 3 da Cláusula 8.^a da AU e n.º 3 do artigo 25.^o da LCS). Em qualquer caso, o segurador terá direito a manter o prémio até ao final do prazo de três meses a contar do conhecimento do incumprimento ou, nos casos em que o comportamento doloso tivesse o propósito de obter uma vantagem, o prémio será devido até ao termo do contrato (n.ºs 4 e 5 da Cláusula 8.^a da AU e n.ºs 4 e 5 do artigo 25.^o da LCS).

Por sua vez, a Cláusula 9.^a da AU espelha o disposto no artigo 26.^o da LCS, a propósito do incumprimento negligente do dever de declaração inicial do risco. Em traços gerais, resulta

Todavia, caso se entenda que, no seguro de acidentes de trabalho, o segurado é o empregador num seguro de responsabilidade civil, então, refere LUÍS POÇAS, a indicação “mesmo que na fase de formação do contrato, de um número de trabalhadores inferior ao real não configura, como já afluíramos, uma situação de incumprimento do dever de declaração do risco. Na verdade, o número de trabalhadores, em si mesmo, não influencia a probabilidade (ou a intensidade) da ocorrência de um acidente com qualquer deles”²⁹.

Diferentemente do que vimos suceder no caso de seguros a prémio fixo com indicação de nomes, aqui as partes recorrem a um critério meramente quantitativo, sendo irrelevante a identidade dos trabalhadores para efeitos de cobertura. Da nossa perspetiva, o seguro de acidentes de trabalho pode, nestes casos, ser celebrado assentando na convicção, por parte do segurador, de que estão a ser abrangidos pelo contrato a totalidade dos trabalhadores da entidade empregadora ou na convicção de que, através do seguro, se pretende abranger a totalidade de trabalhadores que exerçam uma determinada função ou detenham uma determinada categoria³⁰. Em qualquer dos casos, assentará, pelo menos na maioria dos casos, na convicção de que o número de trabalhadores indicado esgota a totalidade dos trabalhadores integrados na atividade ou na função identificada no contrato. Assim, mesmo que se considere não estar em causa uma situação em que há uma declaração inexata para efeitos de declaração inicial de risco, parece-nos que o segurador poderia,

destas disposições que que o segurador tem o prazo de três meses a contar do conhecimento da omissão ou inexatidão para: (i) propor uma alteração ao contrato ao tomador do seguro (cessando o contrato 20 dias após a receção da proposta, caso este nada responda ou a rejeite); (ii) fazer cessar o contrato, desde que “demonstre que, em caso algum, celebra contratos para a cobertura de riscos relacionados com o facto omitido ou declarado inexatamente” (cessando o contrato 30 dias após o respetivo envio). Por sua vez, ocorrendo a cessação do contrato, o prémio é devolvido pro rata temporis atendendo à cobertura havida (n.º 3 da Cláusula 9.ª da AU e n.º 3 do artigo 26.º da LCS).

²⁹ LUÍS POÇAS, *O Dever de declaração inicial do risco no contrato de seguro*, cit., p. 714.

³⁰ Por exemplo, adotando a modalidade de seguro de acidentes de trabalho a prémio fixo sem nomes quanto a uma função do empregador que implique maior rotatividade dos trabalhadores, sendo a responsabilidade do empregador em relação às demais transferida com recurso a um seguro de acidentes de trabalho a prémio variável ou a prémio fixo com nomes.

de qualquer das formas, recorrer ao regime geral do Código Civil invocando o erro ou o dolo do empregador-tomador, uma vez que a vontade do segurador de celebrar o contrato de seguro nos termos em que o fez se encontraria viciada no momento da sua formação.

Mesmo no contexto da declaração inicial de risco, parece-nos que, nos seguros de acidentes de trabalho a prêmio fixo sem nomes, a discrepância entre o número de trabalhadores indicado por função e o efetivo número de trabalhadores com essa função ao serviço do empregador tem impacto no risco, afetando a probabilidade de verificação do mesmo. Se, nos seguros com identificação de nomes, o facto de o empregador ter ao seu serviço mais trabalhadores do que os declarados não implica uma afetação do risco (pois o risco em relação a *cada um* dos trabalhadores é o mesmo, independentemente do número de trabalhadores, não tendo o segurador de cobrir sinistros em relação aos trabalhadores não identificados), nas situações ora em apreço, a consequência da discrepância entre o número de trabalhador não é a sua não cobertura, pelo que o segurador irá assegurar a cobertura de mais trabalhadores do que o número declarado, havendo um aumento da probabilidade de verificação de sinistro.

Assim, se o empregador celebra um seguro de acidentes de trabalho a prêmio fixo sem nomes em relação a dois motoristas quando, na verdade, tem quatro trabalhadores motoristas ao seu serviço, assegurando o segurador a cobertura da responsabilidade civil do empregador em relação a esses quatro motoristas, a probabilidade de verificação do sinistro será superior pois temos mais trabalhadores potencialmente sinistrados³¹. Ou seja, se é verdade que em relação aos dois motoristas não haveria um aumento do risco *relativamente a cada um* deles, como, por um lado, não é possível estabelecer a ligação entre os dois motoristas inominados e os trabalhadores concretos e como, por outro, o segurador suporta, perante os tra-

³¹ Assim, cfr. Acórdão do STJ, processo n.º 03S1708 (Mário Pereira), de 02/11/2004, no qual se afirma que, estando em causa um seguro de acidentes de trabalho a prêmio fixo sem nomes “há um maior risco para a seguradora se o segurado tiver ao seu serviço 2 trabalhadores, em vez de um, como o tomador do seguro declarara, e com referência ao qual a seguradora cobra o prêmio”.

balhadores, os danos resultantes do sinistro ocorrido em relação a qualquer um dos quatro motoristas (sem prejuízo da existência de direito de regresso contra o empregador), haverá efetivamente uma discrepância entre o risco declarado e o risco efetivamente suportado – isto porque não é possível individualizar a relação de cobertura em relação a um concreto trabalhador motorista.

Assim, subscrevemos o entendimento segundo o qual será possível aplicar o disposto nas Cláusulas 8.^a e 9.^a da AU quando a discrepância entre o número de trabalhadores declarado e o número efetivo de trabalhadores que exerçam a função identificada no contrato ocorra no momento da sua formação. Já quando se verifique um aumento do número de trabalhadores (face ao número inicialmente indicado) superveniente à celebração do contrato, parece-nos viável recorrer ao regime do agravamento do risco³², muito embora, verificando-se o sinistro, a consequência seja a prevista na alínea c) do n.º 1 da Cláusula 28.^a da AU, não se podendo o segurador furtar à cobertura do sinistro (com direito de regresso sobre o empregador).

3. Seguro de acidentes de trabalho a prémio variável

3.1. Jurisprudência anterior ao AUJ n.º 10/2001

O recurso ao seguro de acidentes de trabalho a prémio variável tem vantagens especialmente no plano prático, por “permitir que as entidades empregadoras transferiram a sua responsabilidade por acidentes de trabalho relativamente aos trabalhadores que a cada momento estejam ao seu serviço, evitando, assim, (...) a constante

³² Diferente parece ser o entendimento presente no Acórdão do STJ, processo n.º 03S1708 (Mário Pereira), de 02/11/2004, nos termos do qual se entendeu que “a letra e o espírito da dita cláusula 21.^a, n.º 1, d) [que previa o direito de regresso do segurador] não são de molde a restringir o seu alcance geral, por forma a limitá-la a hipóteses pontuais, como por exemplo, a de a seguradora só ter tido conhecimento desse excesso de trabalhadores em momento posterior ao pagamento da indemnização ao sinistrado”.

celebração e resolução de contratos a que a flutuação de pessoal daria azo”³³.

Diferentemente do que sucede no caso do seguro de acidentes de trabalho a prémio fixo, a inclusão de novos trabalhadores no perímetro de cobertura do seguro a prémio variável não implica “alterações ao contrato, mas apenas o seu *desenvolvimento previsto como normal*”³⁴, o que nos permite desde logo excluir que, através da remessa de folhas de férias periodicamente, se possam enquadrar as variações no conjunto de trabalhadores abrangidos pelo seguro no âmbito das modificações contratuais que carecem de acordo de ambas as partes. Tal não obsta a que o segurador se possa opor à cobertura de determinado trabalhador incluído na folha de férias remetida pelo empregador, todavia apenas o poderá fazer caso o trabalhador em questão não preencha os requisitos de cobertura previstos no contrato de seguro (i.e., não pode proferir uma declaração de *vontade* no sentido da recusa da inclusão do trabalhador,

³³ Cfr. Acórdão do STJ, processo n.º 04S2954 (Sousa Peixoto), de 12/09/2004; refere-se ainda, neste Acórdão, que outra das vantagens do seguro a prémio variável é prevenir “os graves inconvenientes que dos naturais e humanos esquecimentos poderiam resultar para empregadores e trabalhadores” – todavia, conforme melhor veremos *infra*, os “esquecimentos” relacionados com a variabilidade dos trabalhadores abrangidos poderá resultar na não inclusão dos trabalhadores esquecidos/não incluídos na folha de férias.

³⁴ Acórdão do STJ de 8 de abril de 1983, *Acórdãos Doutriniais do STA – Apêndice (Jurisprudência do Trabalho)*, n.º 258, pp. 842 e ss (itálicos nossos), mais acrescentando que “não se está perante um novo contrato, ou sequer perante alterações que modifiquem o clausulado, já que o condicionamento ou supressão de trabalhadores fôra previsto, e foi praticado como normal desenvolvimento das obrigações inicialmente assumidas com a celebração do contrato”. Veja-se tb. o Acórdão do STJ de 26 de setembro de 1990, *Acórdãos Doutriniais do STA – Apêndice (Jurisprudência do Trabalho)*, n.º 348, pp. 1630 e ss, nos termos do qual “no seguro infortunistico nominal, o objeto do seguro é definido *inter partes* na própria apólice, prevendo-se a sua alteração por comunicação escrita do segurado e a sua recepção pela seguradora, com subsequente alteração da apólice. No seguro infortunistico com prémio variável, o objeto do seguro é definido por remessa para a folha de férias onde se identificam os trabalhadores a que corresponde a massa salarial aí calculada. Deste modo, há uma remessa no negócio formal, onde se define o respetivo regime e os parâmetros previstos, v.g., o processo de determinação do prémio, para documento a produzir pelo segurado, contendo as variáveis previstas que delimitam o objecto do seguro”.

mas somente uma declaração de ciência no que respeita à exclusão do trabalhador em causa do perímetro do contrato)³⁵.

Em relação aos seguros de prémio variável estabelece a Cláusula 24.^a da AU, sob a epígrafe «obrigações do tomador do seguro quanto a informação relativa ao risco», que o tomador de seguro se obriga a enviar ao segurador, “até ao dia 15 de cada mês, cópia das declarações de remunerações do seu pessoal remetidas à segurança social, relativas às retribuições pagas no mês anterior, devendo no envio mencionar a totalidade das remunerações previstas na lei como integrando a retribuição para efeito de cálculo da reparação por acidente de trabalho, e indicar ainda os praticantes, os aprendizes e os estagiários” (alínea a) do n.º 1). Através desta declaração do tomador, “o objecto do contrato vai-se actualizando de forma a que haja por parte da seguradora a correspondente actualização do prémio”³⁶. As «folhas de férias» no contexto do seguro de acidentes de trabalho a prémio variável parecem fazer, portanto, as vezes das declarações de alimentos nos seguros celebrados com recurso a apólices flutuantes³⁷, porquanto através delas se “preenche a dimensão

³⁵ Vide Acórdão do STJ de 8 de abril de 1983, *Acórdãos Doutriniais do STA – Apêndice (Jurisprudência do Trabalho)*, n.º 258, pp. 842 e ss, ao circunscrever a recusa da folha de férias do empregador “com o fundamento de que o pessoal não estava ao serviço do segurado, ou estava mas em condições diferentes das declaradas”.

³⁶ FLORBELA DE ALMEIDA PIRES, *Seguro de acidentes de trabalho*, cit., p. 72.

³⁷ Muito embora as disposições gerais da LCS apenas compreendam uma distinção entre a apólice nominativa e a apólice à ordem (artigo 38.º da LCS), a prática jurídica revela que podem ser ainda avançadas outras modalidades de apólice, conforme expressamente admite o artigo 158.º da LCS relativamente ao seguro de transporte de coisas. De acordo com esta disposição, a apólice no seguro de transporte de coisas deve identificar “a modalidade de seguro contratado, nomeadamente se corresponde a uma apólice «avulso», a uma apólice «aberta» ou «flutuante» ou a uma apólice «a viagem» ou «a tempo»”. Com base no artigo 158.º da LCS seria possível afirmar que no Direito nacional os termos “apólice flutuante” e “apólice aberta” surgem como sinónimos, sendo utilizados nos casos em que “o prémio só é devido depois de feitas as declarações ou aplicações de embarque [no caso dos seguros marítimos], enquanto noutros ordenamentos, como o inglês, aquele sentido está reservado para a apólice aberta, correspondendo o termo apólice flutuante aos casos em que “o segurado paga o prémio adiantadamente sobre uma quantia calculada como suficiente para cobrir as suas importações e exportações” (JOÃO MATA, *Seguro Marítimo – Mercadorias*, Edição da Associação Comercial de Lisboa, Lisboa, 1967, pp. 65 e ss). Independentemente-

do contrato relativamente a certo lapso temporal, definindo-lhe o conteúdo”³⁸.

As questões que se têm vindo a suscitar neste ponto prendem-se, em grande medida, com a eventualidade de ocorrência de um sinistro relativamente a trabalhadores não incluídos nas folhas de férias remetidas periodicamente pelo empregador ao segurador e desde cedo se verificou o aparecimento de extensa jurisprudência sobre a questão.

A questão era inicialmente abordada no sentido de se considerar que, sendo o contrato de seguro de acidentes de trabalho um contrato a favor de terceiro, não poderia o segurador opor ao trabalhador uma omissão do empregador-tomador. Assim, no Acórdão do STA, de 9 de julho de 1968³⁹, entendeu-se que:

mente do contexto restrito com que surge prevista a apólice flutuante na Lei do Contrato de Seguro, parece-nos que a indeterminação que lhe subjaz e a necessidade de ulterior concretização através das folhas de férias é um dos aspetos que caracteriza o contrato de seguro de acidentes de trabalho a prémio variável, celebrado entre o segurador e o empregador, sendo que “os interesses segurados são dotados de autonomia e individualidade na economia do contrato, de tal forma lhes corresponde uma particular soma segurada e um prémio específico” (LUIS JAVIER CORTÉS, *Poliza Flotante y Seguro en Abono*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1984, p. 51). Expressamente enquadrando a apólice no contrato de seguro de acidentes de trabalho como uma apólice flutuante, cfr. Acórdão do STJ de 8 de abril de 1983, *Acórdãos Doutriniais do STA – Apêndice (Jurisprudência do Trabalho)*, n.º 258, pp. 842 e ss, de acordo com o qual “o contrato pelo qual a seguradora assume a responsabilidade de pagamento de despesas, indemnizações, pensões e respectivas reservas pelos acidentes sofridos pelo pessoal em cada momento ao serviço do segurado entidade patronal, constitui *um contrato de seguro com apólice flutuante*” (itálico nosso).

³⁸ Acórdão do STJ de 14 de abril de 1999, processo n.º 368/98, *BMJ*, n.º 486 (maio 1999), pp. 201 e ss; ver tb. Acórdão do STJ de 9 de dezembro de 1999, processo n.º 165/99, *BMJ*, n.º 492 (janeiro 2000), pp. 306 e ss, que assinala que as folhas de férias “têm como finalidade útil complementar o contrato celebrado, actualizando, mês a mês, a quantidade e qualidade dos trabalhadores por ele abrangidos e os salários e ordenados pagos no mês anterior”. Também sobre o papel das folhas de férias, cfr. Acórdão do TRP, processo n.º 0840913 (Paula Leal de Carvalho), de 12-06-2008, no qual se afirma que é através delas “que o conteúdo ou objecto do seguro se vai preenchendo ou actualizando e, conseqüentemente, se vai actualizando o correspondente prémio a cobrar”.

³⁹ *Acórdãos Doutriniais do STA*, n.º 83, pp. 1487 e ss. No mesmo sentido, Acórdão do STA de 15 de outubro de 1968, *Acórdãos Doutriniais do STA*, n.º 84, pp. 1664 e ss.

“as questões respeitantes aos contrato de seguro [sic.] são do domínio exclusivo da relação «seguradora-entidade patronal» e que, nessas condições, poderá a recorrente [seguradora] vir a exigir da sua segurada «Urbal» [empregador] o pagamento, em acção adequada, dos prémios que dela deixou de receber pelas omissões do nome do autor em várias folhas de férias, mas não deixar de liquidar o que a este seja devido pelo seu infortúnio com relação a todo o tempo por que durou o respectivo contrato de trabalho, uma vez que aceitou toda a responsabilidade da mesma «Urbal» pelas consequências decorrentes das doenças profissionais dos seus trabalhadores e que oportunamente não anulou o contrato de seguro com fundamento nas suas apontadas faltas”⁴⁰.

Para sustentar esta conclusão apelava-se ainda ao fim de protecção das vítimas dos acidentes de trabalho, referindo o Acórdão do STA de 3 de outubro de 1961 que, atento este fim “bem distinto da representação do interesse próprio da entidade patronal, aparece evidente que nunca poderia admitir-se que ele fosse frustrado por acto ou omissão da parte daquela entidade – v.g. omissão de quaisquer trabalhadores em folhas de férias anteriormente apresentadas”⁴¹.

⁴⁰ Esta questão surgia igualmente associada, por vezes, a uma outra: a da validade de cláusulas do contrato de seguro que excluíssem a responsabilidade do segurador por doenças profissionais (recorde-se que, nos termos do artigo 11.º da Lei n.º 1942, o empregador podia transferir a responsabilidade “pelos encargos provenientes de acidentes profissionais e doenças profissionais”), sendo que para receber cobertura em matéria de doenças profissionais cabia ao trabalhador provar que, para além de ser portador de umas dessas doenças, “trabalhava habitualmente em alguma das indústrias ou exercia algumas das profissões correspondentes à doença contraída” (artigo 10.º da Lei n.º 1942). Assim, veja-se o Acórdão de 19 de abril de 1966 (*Acórdãos Doutrinários do STA*, n.º 54, pp. 789 e ss), de acordo com o qual o trabalhador que contraiu doença profissional encontra-se abrangido pelo contrato de seguro mesmo que deste contrato resultasse que apenas eram cobertos os acidentes de trabalho (cláusula que seria nula, nos termos da jurisprudência consistentemente sustentada à época) e que o sinistrado não tivesse sido incluído nas folhas de férias referentes aos últimos 15 meses, entendendo-se que, se o segurador não recebeu os prémios relativos ao sinistrado, “poderá a hipótese relevar do domínio das relações entre a seguradora e a entidade patronal, estranho ao trabalhador (...) não relevando – no caso de espécie – que nalguma ou nalgumas das folhas de férias não figurasse o A.”

⁴¹ *Estudos Sociais e Corporativos*, ano I, n.º 1 (janeiro a março de 1962), pp. 101 e ss.

Não se tratava, contudo, e já na altura, de entendimento unânime na jurisprudência, encontrando-se acórdãos que, mesmo qualificando o contrato de seguro de acidentes de trabalho como contrato a favor de terceiro, afirmavam ser oponível aos beneficiários “as exceções de opor aos intervenientes ou contratantes daquele contrato, em resultado do incumprimento de qualquer das cláusulas essenciais influido na sua exequibilidade”⁴². Com a entrada em vigor do Código Civil de 1966, adensou-se essa jurisprudência, porquanto do artigo 449.º do CC passou a resultar que são “oponíveis ao terceiro, por parte do promitente, todos os meios de defesa derivados do contrato, mas não aqueles que advenham de outra relação entre promitente e promissário”. Com base nesta nova disposição, articulada com o artigo 428.º do CC⁴³, entendeu-se que a “recusa da prestação por banda de um das contraentes [sic.] é legítima quando fundada no incumprimento do outro comparte”, pelo que, como mais afirma o Acórdão do STA de 2 de dezembro de 1970:

“sempre que, como no caso dos autos, a entidade patronal, ao transferir para uma seguradora a responsabilidade por acidentes ou doenças profissionais de que venham a ser vítimas os seus trabalhadores se obriga a pagar, como contraprestação do risco assumido pela seguradora, um prêmio a liquidar em face do montante salarial mensalmente indicado nas folhas de férias a enviar a esta, mas nesses documentos omite o nome de qualquer trabalhador durante certo lapso de tempo, não pode, em relação a ele e nesse período, beneficiar do contrato firmado, precisamente porque da sua parte dixou [sic.] de cumprir aquilo a que se obrigara, legitimando, conseqüentemente, que a seguradora,

⁴² Acórdão do STA de 7 de julho de 1966, *Acórdãos Doutriniais do STA*, n.º 62, pp. 284 e ss, mais se concluindo que “a não inclusão do sinistrado nas folhas de férias, do nome e salários do sinistrado, que o segurado se obrigou a remeter devidamente ao segurador, com inobservância da apólice, implica a isenção da responsabilidade do promitente”. No mesmo sentido, Acórdão do STA de 13 de julho de 1971, *Acórdãos Doutriniais do STA*, n.ºs 116-117, pp. 1276 e ss.

⁴³ De acordo com o seu n.º 1, “se nos contratos bilaterais não houver prazos diferentes para o cumprimento das prestações, cada um dos contraentes tem a faculdade de recusar a sua prestação enquanto o outro não efectuar a que lhe cabe ou não oferecer o seu cumprimento simultâneo”.

verificando o facto concretizador do risco, se escuse também a cumprir na medida correspondente”⁴⁴.

Depressa surgiu jurisprudência que, em interpretação distinta do artigo 449.º do CC, entendia que, sendo o contrato de acidentes de trabalho um contrato a favor de terceiro e não resultando expressamente da apólice uniforme que o incumprimento da obrigação de inclusão de trabalhadores na folha de férias gerava a não cobertura dos trabalhadores omitidos, os meios de defesa derivados do contrato que o segurador poderia opor ao segurado prender-se-iam com “os atinentes aos vícios de vontade na formação do contrato ou no seu conteúdo, mas não aqueles que advenham de outra relação entre seguradora e segurada”⁴⁵ – desta forma, o incumprimento parcial do envio completo da folha de férias poderia relevar apenas nas relações entre segurador e empregador, mas seria “circunstância que de modo algum obsta a que o sinistro de que aquele foi vítima esteja a coberto da apólice do seguro em causa”⁴⁶. Adicionalmente, a questão foi sendo também abordada tendo presente o disposto no artigo 429.º do Código Comercial⁴⁷, por regra sustentando-se que a

⁴⁴ *Acórdãos Doutriniais do STA*, n.º 110, pp. 265 e ss. Considerando que, com a entrada em vigor do artigo 449.º do CC, deveria ser reconsiderado o entendimento que considerava que as cláusulas do contrato de seguro e a sua violação não eram oponíveis ao beneficiário, Acórdão de 28 de abril de 1970 (*Acórdãos Doutriniais do STA*, n.º 102, pp. 924 e ss).

⁴⁵ Acórdão do STJ de 9 de dezembro de 1999, processo n.º 165/99, *BMJ*, n.º 492 (janeiro 2000), pp. 306 e ss, muito embora não tenha procedido à aplicação deste preceito porquanto a omissão de trabalhadores nas folhas de férias se reportava a um ato de execução do contrato e não um elemento da sua formação.

⁴⁶ Acórdão do STJ de 6 de dezembro de 1988, *Acórdãos Doutriniais do STA – Apêndice (Jurisprudência do Trabalho)*, n.º 340, pp. 556 e ss. Também neste sentido, Acórdão do STJ de 20 de dezembro de 1984, proc. 787-4.ª secção, *BMJ*, n.º 342 (janeiro 1985), pp. 291 e ss; Acórdão do STJ, processo n.º 004379 (Matos Canas), de 09/25/1996; Acórdão do TRL de 5 de maio de 1999, recurso n.º 1770/99-4.ª secção, *BMJ*, n.º 487 (junho 1999), pp. 354-355; Acórdão do TRL, processo n.º 0059534 (Pereira Rodrigues), de 11/10/1999; Acórdão do TRL, processo n.º 0017704 (Guilherme Pires), de 05/05/1999; Acórdão do TRP, processo n.º 9840861 (Machado da Silva), de 12/10/1998; Acórdão do TRP, processo n.º 9321145 (Manuel Fernandes), de 04/11/1994.

⁴⁷ Assim, entendeu o Acórdão do TRP, de 12 de outubro de 1979, recurso n.º 14270, *BMJ*, n.º 291 (dezembro 1979), p. 537, que “as informações inexactas acerca do número de traba-

invalidade⁴⁸ do contrato de seguro de acidentes de trabalho a prémio variável dependia da prova, pelo segurador, de que “a omissão

lhadores ao serviço do segurado, se não influi na aceitação do seguro proposto, não podem deixar de influir nas condições do contrato e, imediatamente, na determinação do prémio a pagar pelo segurado, influenciando também na avaliação pela seguradora da intensidade do risco que assumiu. Por isso, tais inexactidões ou reticências (...) tornam o seguro nulo”; no mesmo sentido, no Acórdão do STJ de 3 de julho de 1996, *Acórdãos Doutriniais do STA – Apêndice (Jurisprudência do Trabalho)*, n.º 419, pp. 1348 e ss, negou-se a cobertura do trabalhador omitido das folhas de férias anteriores ao sinistro pois a sua não inclusão visou o não pagamento do prémio de seguro devido e “tais factos são susceptíveis de influir sobre a existência e, com mais propriedade, sobre as condições do seguro”; parecendo enquadrar (em parte) a questão no artigo 429.º do Código Comercial, ver tb. Acórdão do STJ de 16 de janeiro de 1987, *Acórdãos Doutriniais do STA – Apêndice (Jurisprudência do Trabalho)*, n.º 305, pp. 739 e ss. Realçando a relevância do artigo 429.º do Código Comercial em matéria de seguros de acidentes de trabalho, cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “Contrato de seguro e seguro de crédito”, *II Congresso Nacional de Direito dos Seguros – Memórias* (coord. António Moreira e M. Costa Martins), Almedina, Coimbra, 2001, pp. 41-42; CARLOS MATEUS, “As Inexactidões e Reticências no Seguro de Acidentes de Trabalho”, cit., *passim*. Em geral, sobre o artigo 429.º do Código Comercial, ADRIANO ANTHERO, *Comentário ao Código Commercial Portuguez*, Volume II, Typographia «Artes & Letras», Porto, 1915, pp. 152 e ss; LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Comentário ao Código Commercial Português*, Volume III, Tipografia José Bastos, Lisboa, 1916, p. 540 e ss; J. C. MOITINHO ALMEIDA, *O Contrato de Seguro no Direito Português e Comparado*, Livraria Sá da Costa Editora, Lisboa, 1971, pp. 79 e ss (com referências de direito comparado nas pp. 71 e ss), JÚLIO GOMES, “O dever de informação do tomador do seguro na fase pré-contratual”, cit., pp. 75 e ss; JOSÉ VASQUES, *Contrato de seguro: notas para uma teoria geral*, cit., pp. 219 e ss; ARNALDO PINHEIRO TORRES, *Ensaio sobre o Contrato de Seguro*, Tipografia Sequeira, Limitada, Porto, 1939, pp. 101 e ss; NUNO TRIGO DOS REIS, *Os deveres de informação no contrato de seguro de grupo*, Lisboa, s.n., 2007, pp. 56 e ss; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito dos seguros*, cit., pp. 627 e ss; SÉRGIO COIMBRA HENRIQUES, “Invalidade do Contrato de Seguro por Violação de Deveres de Informação”, *Themis*, ano XVI, n.ºs 28/29, 2015, pp. 264-269; FILIPE ALBUQUERQUE MATOS, “As declarações reticentes e inexactas no contrato de seguro”, *Ars Iudicandi – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*, Volume II: Direito Privado, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 457 e ss.

⁴⁸ Sobre a discussão quanto à modalidade de invalidade aqui subjacente (i.e., se nulidade ou anulabilidade), considerando que seria um caso de anulabilidade, JÚLIO GOMES, “O dever de informação do tomador do seguro na fase pré-contratual”, cit., pp. 102 e ss, com referência à justificação histórica da solução e à necessidade de uma interpretação atualista do preceito; J. C. MOITINHO ALMEIDA, *O Contrato de Seguro no Direito Português e Comparado*, cit., pp. 79 e ss, NUNO TRIGO DOS REIS, *Os deveres de informação no contrato de seguro de grupo*, cit., pp. 67-68; JOSÉ VASQUES, *Contrato de seguro: notas para uma teoria geral*, cit.,

em referência haja sido praticada para iludir qualquer cláusula do aludido contrato”⁴⁹; embora por vezes resultasse da própria apólice que o contrato apenas seria inválido se houvesse omissão ou inexactidão constituindo fraude para a tarificação do risco ou cálculo do prémio, verificava-se, nas palavras de JÚLIO GOMES, “a consciência difusa de que o artigo 429.º tem de ser interpretado restritivamente quando esteja em causa um contrato de seguro obrigatório”⁵⁰. Tratava-se, todavia, de mais um ponto de discórdia na jurisprudência, porquanto detetamos acórdãos em que se sustenta, em sentido contrário, que para aferir da invalidade presente nesse artigo (e de acordo com a letra do mesmo) “não interessa, assim conhecer a intenção do segurado, se ele agiu de boa ou má-fé, sendo de exigir apenas que as suas declarações, inexactas ou reticentes, influam a celebração ou as condições do contrato”⁵¹.

pp. 379-381; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito dos seguros*, cit., p. 628; FILIPE ALBUQUERQUE MATOS, “As declarações reticentes e inexactas no contrato de seguro”, cit., pp. 495-499; CARLOS MATEUS, “As Inexactidões e Reticências no Seguro de Acidentes de Trabalho”, cit., p. 339. Contra, considerando que se trata efetivamente de nulidade, FLORBELA ALMEIDA PIRES, *Seguro de acidentes de trabalho*, cit., p. 76, n. 207.

⁴⁹ Acórdão do STJ de 6 de dezembro de 1988, *Acórdãos Doutriniais do STA – Apêndice (Jurisprudência do Trabalho)*, n.º 340, pp. 556 e ss; Acórdão do STJ de 7 de dezembro de 1983, proc. 594-4.ª secção, *BMJ*, n.º 332 (janeiro 1984), pp. 391 e ss; Acórdão do STJ de 20 de dezembro de 1984, proc. 787-4.ª secção, *BMJ*, n.º 342 (janeiro 1985), pp. 291 e ss; Acórdão do STJ de 2 de outubro de 1996, *Acórdãos Doutriniais do STA – Apêndice (Jurisprudência do Trabalho)*, n.º 422, pp. 265 e ss; Acórdão do STJ de 2 de julho de 1997, processo n.º 67/97, *BMJ*, n.º 469 (outubro 1977), pp. 477 e ss.

⁵⁰ JÚLIO GOMES, “O dever de informação do tomador do seguro na fase pré-contratual”, cit., p. 77 (com análise do alcance do âmbito de aplicação do 429.º, em geral, nas pp. 83 e ss). A esse propósito, cfr. Acórdão do TRC de 5 de fevereiro de 1998, processo n.º 116/95, *BMJ*, n.º 474 (março 1998), p. 561 e ss, resultando do seu sumário que “o artigo 429.º do Código Comercial deve ser interpretado em sentido restritivo, pelo que a omissão ou inexactidão cometida pelo segurado só afasta a operância do contrato de seguro se tiver sido praticada conscientemente, isto é, com o propósito de induzir em erro a seguradora, influenciando na intensidade do risco infortunistico e no valor do prémio do seguro”; Acórdão do TRP, processo n.º 0224666 (João Gonçalves), de 03/12/1990, referindo que “a circunstância de um sinistrado nunca ter figurado nessas folhas de férias não torna de per si o contrato nulo. (...) a nulidade verificar-se-á apenas se o procedimento do segurado for fraudulento ou de má fé”.

⁵¹ Acórdão do STJ de 13 de janeiro de 2000, recurso social n.º 102/99, *BMJ*, n.º 493 (fevereiro 2000), p. 424. Sobre a dispensa da intencionalidade para efeitos de aplicação do artigo 429.º

Em todo o caso, a aplicação do artigo 429.º do Código Comercial suscitava diversas dificuldades na medida em que, conforme já mencionado, este artigo versa sobre os deveres de informação na fase da *formação* do contrato – ora, “o envio de folhas de férias, na modalidade de o seguro por prêmio variável, deve considerar-se não como um elemento da formação do contrato, mas como um acto do seu desenvolvimento”⁵². Também na doutrina se erguiam vozes em oposição à aplicação das normas do Código Comercial relativas a declarações inexatas ou reticências, sustentando que a solução a conferir aos casos de trabalhadores sinistrados não incluídos nas folhas de férias seria a sua não cobertura, sem afetação da validade da cobertura dos demais trabalhadores incluídos nas folhas de férias⁵³. Adicionalmente, sustentava-se que, sendo a consequência da divergência entre o salário real e o salário declarado a desresponsabilização do segurador pelo valor da diferença, “mal se compreenderia que, sendo totalmente omitido o salário por não figurar

do Código Comercial (em geral), ARNALDO PINHEIRO TORRES, *Ensaio sobre o Contrato de Seguro*, cit., pp. 101-102 e 105 e ss, referindo que “*para que o contrato seja nulo*, não interessa conhecer da intenção do segurado” (itálico no original).

⁵² Acórdão do STJ de 25 de janeiro de 2001, *Acórdãos Doutriniais do STA – Apêndice (Jurisprudência do Trabalho)*, n.º 478, pp. 1392 e ss, mais referindo que “a questão a resolver não é, portanto, a de saber se o contrato é nulo ou válido (...) mas antes a de saber se o trabalhador em causa estava ou não coberto por aquele seguro”. Referindo a inexistência de qualquer declaração inexata ou reticente “na ocasião da celebração” do contrato de seguro (excluindo assim a aplicação do artigo 429.º do Código Comercial, Acórdão do TRC de 13 de janeiro de 2000, recurso social n.º 102/99, *BMJ*, n.º 493 (fevereiro 2000), p. 424; Acórdão do STJ de 9 de dezembro de 1999, processo n.º 165/99, *BMJ*, n.º 492 (janeiro 2000), pp. 306 e ss; Acórdão do TRP, processo n.º 9911021 (Sousa Peixoto), de 12/06/1999; Acórdão do TRP, processo n.º 9611091 (Carlos Travessa), de 07/07/1997; Acórdão do TRP, processo n.º 9610855 (Sousa Peixoto), de 01/27/1997. Contra, ARNALDO PINHEIRO TORRES, *Ensaio sobre o Contrato de Seguro*, cit., pp. 111 e ss, que, referindo-se à obrigatoriedade das declarações no decurso do contrato, considera que “sempre que se verifique qualquer modificação que aumente o risco (...) deve o segurado, logo que a conheça ou que dela se aperceba, *acorrer* a declará-la, *sob pena de nulidade do seguro*, nos precisos termos do cit. Art. 429.º”, não sendo para nós claro se sustentava a aplicação do artigo 429.º do Código Comercial às declarações inexatas em matéria de acidentes de trabalho (referidas na *op. cit.*, p. 113)

⁵³ FLORBELA DE ALMEIDA PIRES, *Seguro de acidentes de Trabalho*, cit., p. 78.

na folha de férias, o incumpridor total obtivesse um ganho que não tem aquele que cumpriu, embora parcialmente”⁵⁴.

Atento o elevado interesse jurisprudencial sobre a questão e a existência de diversas decisões que sustentavam soluções opostas, o quesito viria, em 2001, a ser objeto de acórdão uniformizador de jurisprudência.

3.2. A jurisprudência resultante do AUJ n.º 10/2001 e o seu alcance

O AUJ n.º 10/2001, de 21 de novembro, veio uniformizar a jurisprudência no seguinte sentido: “no contrato de seguro de acidentes de trabalho na modalidade de prémio variável, a omissão do trabalhador sinistrado nas folhas de férias, remetidas mensalmente pela entidade patronal à seguradora, não gera a nulidade do contrato nos termos do artigo 429.º do Código Comercial, antes determina a não cobertura do trabalhador sinistrado pelo contrato de seguro”⁵⁵. Para fundamentar essa conclusão, entendeu o sobredito Acórdão que, no seguro de acidentes de trabalho a prémio variável⁵⁶:

“a entidade patronal transfere a sua responsabilidade infortunistica pelos danos sofridos por um número variável de pessoas. Por conseguinte, tal variabilidade de pessoal, que implica necessariamente uma variação de massa salarial, terá de repercutir-se no montante dos prémios a cobrar.

O objecto do seguro de prémio variável depende, pois, da declaração periódica do tomador de seguro que, para não celebrar diversos contratos consoante as flutuações do pessoal que emprega, firma um

⁵⁴ Acórdão do STJ de 14 de abril de 1999, processo n.º 368/98, *BMJ*, n.º 486 (maio 1999), pp. 201 e ss; Acórdão do TRP, processo n.º 9610855 (Sousa Peixoto), de 01/27/1997.

⁵⁵ Para além da jurisprudência já referida, concluindo que a consequência da omissão da inclusão do sinistrado nas folhas de férias desde a sua contratação até à ocorrência do sinistro seria a ilibação do segurador de toda a responsabilidade pelo sinistro, Acórdão do TRP de 27 de janeiro de 1997, recurso n.º 9610855, *BMJ*, n.º 463 (fevereiro 1977), pp. 633-634.

⁵⁶ Em sentido próximo do Acórdão e em momento anterior, cfr. FLORBELA DE ALMEIDA PIRES, *Seguro de acidentes de Trabalho*, cit., p. 78.

único contrato com conteúdo variável, sendo conseqüentemente variável a respectiva obrigação de seguro.

(...)

A vantagem desta forma de contratação, que tem subjacente a variabilidade da identidade ou do número de pessoas que estão ao serviço do tomador de seguro, reside no facto de, pela celebração de um único contrato, poder ser dado cumprimento ao que, no fundo, são obrigações de seguro independentes, porquanto cada uma destas obrigações surge relativamente a cada prestador de serviço e depende das condições próprias da prestação de trabalho (...), pelo que, e conseqüentemente, a responsabilidade a assumir pela seguradora depende, necessariamente, da identificação do pessoal.

Assim, não se encontrando determinado trabalhador incluído nas folhas de férias enviadas à seguradora, verifica-se, segundo cremos, uma situação de não cobertura e não de omissão de declaração relevante para efeitos de nulidade do contrato, pois o comportamento omissivo por parte do tomador de seguro/empregador nada influenciou os riscos de verificação do sinistro assumidos pela seguradora relativamente aos demais trabalhadores.

De outro modo, poderia verificar-se, no caso de produção de acidente com um trabalhador regularmente inscrito, a possibilidade da seguradora invocar a nulidade do contrato em virtude de, ao serviço do mesmo tomador do seguro, um (ou outros) trabalhador(es) nunca ter(em) sido mencionado(s) nas folhas de férias⁵⁷.

Este acórdão não esgota, todavia, as situações em que se pode verificar uma discrepância entre os trabalhadores identificados na folha de férias e os trabalhadores efetivamente ao serviço do empregador, uma vez que a factualidade concretamente analisada no Acórdão assentava num caso em que, em dado momento durante a execução do contrato, havia sido totalmente interrompido o envio de folhas de férias pelo empregador ao segurador, sendo que da última folha de férias remetida não constava o trabalhador, muito embora este já tivesse sido contratado nessa altura⁵⁷. Assim, a evolução

⁵⁷ Concretamente, o sinistro ocorrera a 20 de julho de 1994 e o empregador apenas remetera ao segurador as folhas de férias correspondentes aos meses de outubro de 1993 a janeiro

jurisprudencial posterior foi no sentido de restringir o alcance da decisão em apreço, sustentando que a solução pugnada no AUJ n.º 10/2001 não teria aplicação nos seguintes casos, que melhor analisaremos *infra*: (i) perante a *omissão total* do envio da folha de férias; (ii) no caso de *inclusão tardia do trabalhador* na folha de férias; (iii) no caso de *sinistro verificado entre a data da contratação e a data em que deveria ocorrer a inclusão do trabalhador na folha de férias atualizada*; (iv) na hipótese de *remessa tardia das folhas de férias* pelo tomador.

3.2.1. O caso da omissão total do envio da folha de férias

Quanto à primeira das hipóteses descritas, considerou o STJ, em decisão recente, que a omissão total do envio da folha de férias se diferencia da situação analisada no AUJ n.º 10/2001 porquanto, por um lado, o que se verifica é uma *total omissão* do envio de folhas de férias e não a mera interrupção do seu envio e, mais relevante, não houve omissão de trabalhadores relativamente a folhas de férias efetivamente enviadas (porque nenhuma foi enviada). Nestes casos, encontrando-se o empregador a pagar os prémios ditos provisórios, considerou a nossa jurisprudência que⁵⁸:

de 1994, tendo deixado de remeter as folhas de férias de fevereiro de 1994 em diante. O trabalhador iniciara a sua prestação de trabalho em 19 de novembro de 1992.

⁵⁸ Acórdão do STJ, processo n.º 1680/17.3T8VRL.G1.S1 (Leonor Cruz Rodrigues), de 09/29/2021, no qual se traça a distinção entre o alcance do AUJ e o caso *sub judice* do seguinte modo: “o decidido no acórdão uniformizador de jurisprudência respeita às hipóteses de omissão do sinistrado nas folhas de férias enviadas à seguradora pelo tomador do seguro enquanto o decidido no acórdão recorrido respeita não à omissão do sinistrado nas folhas de férias enviadas à seguradora propriamente dita mas às *consequências do não envio puro e simples, durante todo o período de execução do contrato, das folhas de férias, de qualquer folha de férias, relativamente a todos os trabalhadores do tomador do seguro*, o que é diverso e distinto da omissão do sinistrado em folha(s) de férias enviada(s), estando em causa situações e questões jurídicas distintas e diversas, e, conseqüentemente, distintas as soluções jurídicas alcançadas pelo acórdão de uniformização de jurisprudência e pelo acórdão recorrido, e respectiva *ratio decidendi*” (primeiro itálico nosso, segundo no original).

“não tendo a seguradora reagido a tais faltas e mantendo-se o contrato válido, a invocação sempre atentaria contra a boa-fé, constituindo abuso de direito, pois que não se escusou a receber os prêmios com base no capital provisional. Tal invocação atentaria desde logo contra a legítima expectativa da empregadora no sentido de ter transferida a sua responsabilidade infortunistica, atentando contra a boa-fé que deve existir no relacionamento contratual. Precisar, frustrando do mesmo modo as expectativas dos trabalhadores”⁵⁹.

Deste modo, caso se entendesse que os trabalhadores não identificados na folha de férias (que seriam todos, porquanto não foi enviada qualquer folha de férias) não estariam abrangidos pela cobertura, teríamos uma situação em que o segurador se teria mantido a receber o prêmio provisório sem suportar qualquer risco⁶⁰.

Este entendimento parece alinhar-se com a solução jurisprudencial para os casos em que se verifica a remessa tardia da folha de férias: embora se tratem de casos naturalmente diferentes, pois nestes últimos ainda ocorreu, em algum momento da execução do contrato, o envio da folha de férias e a concretização do objeto do contrato, tanto no caso de omissão total do envio de folha de férias como no caso de envio tardio das folhas de férias não é patente a existência de um comportamento que revele a vontade do empregador de ocultar alguns dos seus trabalhadores por forma a suportar um prêmio inferior ao devido. Conforme melhor analisaremos *infra*, as limitações que têm sido apresentadas ao âmbito de aplicação da doutrina do AUJ n.º 10/2001 sugerem que apenas os casos em que ocorra efetivamente *omissão* (ou, talvez melhor, *ocultação*) de alguns trabalhadores da folha de férias efetivamente enviada é que dão origem à consequência da não cobertura dos trabalhadores

⁵⁹ Acórdão do TRG, processo n.º 1680/17.3T8VRL.G1 (Antero Veiga), de 12/03/2020.

⁶⁰ Ver tb. JÚLIO GOMES, “Seguro de acidentes de trabalho”, cit., p. 17, referindo: “a posição assumida pelo Acórdão uniformizador é a de que através do envio das folhas de férias o tomador do seguro define ou concretiza o objecto da cobertura; a consequência lógica parece ser a de que se o tomador nunca procede a esse envio, a seguradora nada cobre. Mas então como é que se compreende que a seguradora receba prêmios e tenha direito a eles se os prêmios são a contrapartida da cobertura e essa não existe se as folhas de férias não forem enviadas?”.

omitidos. Todavia, também nos parece possível extrair da jurisprudência sobre a matéria que a indicação dos trabalhadores ao serviço do empregador através do envio da folha de férias deve ser efetuado em algum momento (mesmo que a remessa da folha de férias ao segurador ocorra após a verificação do sinistro), pelo que tal indicação é essencial para que se constitua a relação de cobertura da responsabilidade do empregador pelos danos decorrentes do acidente de trabalhador em relação a cada um dos seus trabalhadores.

Ora, a hipótese aqui descrita (em que não ocorreu o envio de qualquer folha de férias) desvia-se a esse entendimento. Todavia, cremos que não se trata verdadeiramente de um desvio motivado pela constatação de que, nestes casos, a comunicação dos trabalhadores ao serviço do empregador é dispensada, mas apenas determinado pelos imperativos de boa-fé – confirma-se, pois, a regra: à partida, não havendo qualquer indicação dos trabalhadores ao seu serviço, a responsabilidade do empregador não estaria coberta em relação a qualquer um deles; a aplicação efetiva de tal consequência apenas é travada pelo regime do abuso de direito⁶¹.

3.2.2. O caso da inclusão tardia do trabalhador na folha de férias

Partindo para os casos de *inclusão tardia do trabalhador* na folha de férias (isto é, casos em que o trabalhador não é incluído na folha de férias imediatamente posterior ao mês da sua contratação mas é incluído na folha de férias *anterior* à ocorrência do sinistro), tem-se entendido que “não procedem as razões em que radica a não cobertura do risco, já que, neste caso, o objecto do contrato havia sido alterado antes do evento danoso, permitindo a actualização do prémio a partir de momento anterior ao evento infortu-

⁶¹ Veja-se que o Acórdão do TRG, processo n.º 1680/17.3T8VRL.G1 (Antero Veiga), de 12/03/2020, foi proferido no contexto de um contrato de seguro em que o segurador já tinha aceiteado a sua responsabilidade relativamente a outros trabalhadores em idêntica situação (pelo menos três), o que seria mais um elemento que conduziria à conclusão no sentido da verificação de abuso de direito do segurador.

nístico”⁶²; diferentemente, se o trabalhador não é incluído na folha de férias imediatamente posterior ao mês da sua contratação e apenas é referenciado na folha de férias imediatamente *posterior* à ocorrência do sinistro, deverá concluir-se pela sua não cobertura pela seguradora, aplicando-se aqui o entendimento plasmado no AUJ n.º 10/2001⁶³.

⁶² Acórdão do STJ, processo n.º 08S2313 (Vasques Dinis), de 12/03/2008; Acórdão do TRE, processo n.º 11/10.8TTABT.E1 (Correia Pinto), de 03/06/2012. Analisando um caso diametralmente oposto, em que o sinistrado não é, por lapso, incluído na folha de férias posterior ao sinistro (o qual foi oportunamente comunicado à seguradora), considerou o Acórdão do STA de 14 de abril de 1975, *Acórdãos Doutriniais do STA*, n.º 163, pp. 1101 e ss, que contraria a boa-fé que a seguradora invoque a omissão do trabalhador na folha de férias posterior ao sinistro “dado que ela já então tinha conhecimento do que o autor, naquele período, trabalhara para o seu segurado”.

⁶³ Assim, cfr. Acórdão do STJ, processo n.º 401/09.9TTVFR.P1.S1 (Ana Luísa Geraldês), de 04/21/2016, resultando do seu sumário que “o entendimento fixado no Acórdão Uniformizador de Jurisprudência n.º 10/2001, de 21.11.2001, é extensível aos casos em que o nome do sinistrado só após o acidente foi incluído nas folhas de retribuições enviadas à Seguradora, sendo omitido em anteriores folhas de retribuições relativas a períodos de tempo em que se encontrava já ao serviço do empregador”. No mesmo sentido, Acórdão do STJ, processo n.º 1403/10.8TTGMR.G1.S1 (Ana Luísa Geraldês), de 01/28/2016; Acórdão do STJ, processo n.º 01S2857 (Mário Torres), de 12/12/2001; Acórdão do TRP, processo n.º 9911021 (Sousa Peixoto), de 12/06/1999, mais entendendo que “mesmo que se entendesse que o sinistrado estava coberto pelo contrato de seguro, a seguradora devia ser ilibada de responsabilidade com base no abuso do direito”; Acórdão do TRL, processo n.º 9473/2004-4 (Paula Sá Fernandes); Acórdão do TRP, processo n.º 401/09.9TTVFR.P1 (Paula Maria Roberto), de 06/15/2015; Acórdão do TRP, processo n.º 0614994 (Fernanda Soares), de 02/26/2007; Acórdão do TRP, processo n.º 0417325 (Fernanda Soares), de 05/23/2005. Na doutrina, FLORBELA DE ALMEIDA PIRES, *Seguro de acidentes de trabalho*, cit., 1999, pp. 78-79; LUÍS POÇAS, *O Dever de declaração inicial do risco no contrato de seguro*, cit., p. 720, referindo que a analogia com a situação analisada no Acórdão de Uniformização de Jurisprudência “afigura-se evidente, apenas divergindo no expediente fraudulento do tomador que, nestes casos, tenta mascarar a omissão passada” – o Autor invoca ainda o paralelo com o artigo 44.º da LCS, nos termos do qual o segurador não cobre sinistros anteriores à data de celebração do contrato quando o tomador ou o segurado deles tivesse conhecimento nessa data (“não estando em causa um sinistro anterior à celebração do contrato, verifica-se, porém, que o mesmo antecede a inclusão do trabalhador” – *op. cit.*, p. 720); todavia, esta *ratio* pareceria igualmente aplicável aos casos de envio tardio das folhas de férias em que o trabalhador surja identificado pela primeira vez, relativamente aos quais se tem entendido, conforme melhor veremos *infra*, não ficar prejudicada a cobertura do trabalhador.

Note-se que quando o trabalhador não seja incluído na folha de férias referente ao mês da sua contratação (e assumindo que o empregador está contratualmente obrigado a transferir a sua responsabilidade em relação a todos os seus trabalhadores ao abrigo do contrato celebrado com aquele segurador), o facto de o empregador não o ter feito na folha de férias relativa ao mês da contratação representa, em todo o caso uma situação de incumprimento de uma obrigação contratual assumida no contexto do contrato de seguro⁶⁴ – de comunicação da variação dos trabalhadores abrangidos pelo seguro –, mas já não permitirá ao segurador recusar a cobertura do trabalhador que, embora de forma tardia, ainda incluiu o trabalhador sinistrado na folha de férias produzida em momento anterior ao do sinistro.

3.2.3. O caso do sinistro verificado entre a data da contratação e a data em que deveria ocorrer a inclusão do trabalhador na folha de férias atualizada

Tendo em conta que, de acordo com a alínea a) do n.º 1 da Cláusula 24.^a da AU, o regime supletivo (n.º 4 do artigo 2.º da Portaria n.º 256/2011) no seguro de grupo de prémio variável é que o tomador de seguro está obrigado a enviar a folha de vencimento ao segurador até ao dia 15 de cada mês com inclusão dos trabalhadores contratados no mês anterior, o trabalhador recém contratado e que sofra um sinistro antes do vencimento da obrigação de envio da folha de férias relativa ao mês da sua contratação (momento em que, portanto, não estaria incluído em qualquer folha de férias) pareceria não estar abrangido pela cobertura do seguro porquanto ainda não houvera a sua contratação sido devidamente comunicada ao segurador.

⁶⁴ Acórdão do STJ, processo n.º 08S2313 (Vasques Dinis), de 12/03/2008.

A jurisprudência⁶⁵ – embora por vezes com alguma *nuance*⁶⁶ – e doutrina⁶⁷ têm sustentado entendimento diferente, sendo igualmente o sufragado pela Autoridade de Supervisão de Seguros e de

⁶⁵ Entre outros, Acórdão do STJ, processo n.º 443/06.6TTGDM.P21.S1 (António Leones Dantas), de 07/11/2012, em que, aliás, estava em causa uma prática da entidade empregadora – de conhecimento do mediador – de fechar as folhas de vencimento em data anterior à do envio para o segurador, tendo-se entendido que estaria coberto o trabalhador contratado após a data de fecho da folha de vencimento (ainda que em momento anterior ao dia 15 desse mês ou do mês seguinte, consoante a data da contratação). Atentando no exemplo jurisprudencial concreto: verificando-se uma prática de encerramento das folhas de férias no dia 20 de cada mês para permitir dessa forma o processamento de salários até ao fim do mês, o segurador não poderá recusar a cobertura do trabalhador que tenha iniciado a sua atividade no dia 25 de um mês e que tenha sido omitido na folha de vencimentos relativa ao primeiro mês de atividade. Ver tb. Acórdão do TRP, processo n.º 0840913 (Paula Leal de Carvalho), de 06/12/2008.

⁶⁶ Atente-se no Acórdão do TRE, processo n.º 141/13.4TTFAR.E1 (João Nunes), de 03/02/2017, em que se considerou, relativamente a trabalhador sinistrado a 29 de agosto de 2012 e contratado a 27 de agosto de 2012, que não estaria abrangido pela cobertura do contrato de seguro pois “não resulta da matéria de facto, nem se localiza nos diversos documentos juntos aos autos, que nas folhas enviadas à seguradora referentes a qualquer mês a empregadora tenha mencionado o Autor/sinistrado como seu trabalhador” (em particular, o trabalhador não havia sido incluído na folha de férias de agosto – o que não se afigurava viável – nem de setembro). Note-se que o sinistro foi participado à Seguradora em Outubro de 2012 (embora houvesse sido transmitido ao mediador em momento anterior) e que a Seguradora suportou os tratamentos do Autor em momento anterior à participação (resulta da matéria de facto dada como provada que “O Autor continuou o tratamento (...) a partir de 20.09.2012, por conta da Companhia de Seguros CC”).

⁶⁷ De acordo com FLORBELA DE ALMEIDA PIRES, *Seguro de acidentes de trabalho*, cit., p. 78, o acidente sofrido pelo trabalhador contratado entre as datas de envio das folhas de férias estará abrangido pela cobertura do contrato de seguro, parecendo, todavia, pressupor a existência de acordo nesse sentido ao referir a Autora que “*esta circunstância resulta do acordo das partes*, pois apesar da comunicação da identidade e dos salários do trabalhador só serem do conhecimento da seguradora mais tarde a cobertura retroage ao início das funções do trabalhador” (itálico nosso); LUÍS POÇAS, *O Dever de declaração inicial do risco no contrato de seguro*, cit., p. 719, distinguindo entre as situações “em que, comprovadamente, o trabalhador sofre um acidente logo no mês em que inicia a sua prestação de trabalho (cumprindo o empregador atempadamente as obrigações de comunicação a que estava vinculado); e aquelas em que o trabalhador era já assalariado do tomador há mais de um mês mas em que o empregador vinha sonogando essa informação”.

Fundos de Pensões⁶⁸; este entendimento será de acompanhar caso se considere que a folha de férias tem eficácia meramente declarativa ou, então, que tem eficácia constitutiva mas produz efeitos retroativos, motivo pelo qual o facto de o trabalhador não ser formalmente incluído no seguro de acidentes de trabalho não obsta a que o mesmo se encontre coberto pela obrigação de seguro. Todavia, conforme se pode constatar, a jurisprudência do Acórdão Uniforme n.º 10/2001 não responde claramente a essa questão, pois considera que, não sendo o trabalhador abrangido na folha de férias referente ao mês da sua contratação, apenas passará a estar coberto pelo seguro a partir do momento em que seja incluído na folha de férias (caso em que a declaração da sua inclusão passaria a ter efeito constitutivo, para o futuro, da sua cobertura).

Salvo melhor opinião, por regra, as declarações individuais remetidas pelo tomador ao segurador ao longo da execução do contrato têm eficácia constitutiva e não meramente declarativa, porquanto o segurador ainda não teve conhecimento da exposição ao risco (concretamente, da possibilidade de constituição, no património do empregador, de uma obrigação de indemnizar em relação ao trabalhador que ainda não foi incluído na folha de férias), exceto se as partes convencionarem (expressa ou tacitamente) em sentido contrário⁶⁹. Atentando nos elementos literais de que dispomos, diria-

⁶⁸ Entendimento datado de 31-12-2012, disponível em: <https://www.asf.com.pt/NR/exeres/8B3B6D54-19D7-4DF7-8253-C0349C28DF2D.htm>, de acordo com o qual “um seguro na modalidade de prémio variável, está coberto pelo seguro de acidentes de trabalho o trabalhador admitido ao serviço do empregador e inclusive sinistrado em data anterior ao envio das folhas de retribuições, desde que destas venha a constar no mês subsequente (excluindo obviamente situações de fraude)”.

⁶⁹ No contexto de um contrato de seguro de acidentes de trabalho em que as folhas de férias iam sendo entregues à medida que se verifica uma variação dos trabalhadores do empregador, Acórdão do STJ de 8 de abril de 1983, *Acórdãos Doutrinários do STA – Apêndice (Jurisprudência do Trabalho)*, n.º 258, pp. 842 e ss, atribui eficácia constitutiva às referidas declarações – embora dispense o acordo do segurador, considera que o momento relevante em que se torna eficaz a cobertura do trabalhador é o momento em que o empregador produz a declaração perante a pessoa autorizada para a receber pela seguradora (“se a produção de efeito da declaração tivesse de aguardar a comunicação do angariador à segurador, ou da data de emissão do «suplemento» de declaração, negava-se a própria natureza do contrato, que visa ocorrer em cada momento às flutuações de pessoal devidamente comunicadas. *Dai*

mos que o n.º 1 da Condição Especial 01 em Anexo à AU, de acordo com a qual “nos seguros a prêmio variável estão *cobertos* pelo contrato *os trabalhadores* ao serviço do tomador do seguro na unidade produtiva identificada nas condições particulares, *de acordo com as folhas de retribuições periodicamente enviadas* ao segurador nos termos da alínea a) do n.º 1 da Cláusula 24.ª das condições gerais” (itálicos nossos), pareceria abonar no sentido da eficácia constitutiva da folha de férias, porquanto a cobertura surge associada ao conteúdo das folhas de retribuições periodicamente enviadas. O mesmo parece resultar da alínea b) da Cláusula 5.ª da AU que considera que o seguro a prêmio variável “cobre um número variável de pessoas seguras, com retribuições seguras também variáveis, *sendo consideradas pelo segurador as pessoas* e as retribuições *identificadas nas folhas de vencimento* que lhe são enviadas periodicamente pelo tomador do seguro”.

Quando a jurisprudência e a doutrina refletem sobre as vantagens do seguro de grupo a prêmio variável, é muito frequente aludir-se à conveniência de, através de um único contrato de seguro, abarcar uma multiplicidade variável de trabalhadores, mas daí não parece resultar – da nossa perspectiva – uma inclinação no sentido da eficácia declarativa da folha de férias ou da sua eficácia constitutiva e retroativa (porquanto se trata de uma finalidade prosseguida por qualquer seguro com um determinado grau de indeterminação, sem que, só por isso, se possa chegar à conclusão da genérica eficácia constitutiva das «declaração de alimentos»).

Atentando na evolução jurisprudencial sobre a questão da omissão de trabalhadores das folhas de férias, parece-nos que a *origem* do entendimento que exigia o *incumprimento* da obrigação de inclusão da folha de férias como requisito para a não cobertura do trabalhador reside, ainda na vigência do Código de Seabra⁷⁰ e como vimos *supra*, na interpretação do contrato de seguro

a remissão do efeito à declaração. E porque esta foi feita antes do sinistro, tem de admitir que este se verificou quando já o réu entidade patronal havia praticado o *acto necessário para a transferência* (...) da responsabilidade pelo trabalhador sinistrado” – itálicos nossos).

⁷⁰ Na jurisprudência, na vigência do Código de Seabra, cf. Acórdão do STA de 3 de outubro de 1961, *Estudos Sociais e Corporativos*, ano I, n.º 1 (janeiro a março de 1962), pp.

como contrato a favor de terceiro e na leitura articulada dos artigos 449.º e 428.º do CC⁷¹; por outro lado, a exigência de comportamentos intencionalmente omissivos foi suscitada no contexto da aplicação do artigo 429.º do Código Comercial, sendo que, embora atualmente não se exija essa demonstração por parte do segurador, a solução encontrada pelo AUJ n.º 10/2001 aparenta assentar precisamente no juízo de que tal intencionalidade estará subjacente aos casos em que, enviada a folha de férias, um dado trabalhador seja omitido, sem prejuízo de se admitir que se restabeleça a cobertura quando “a omissão do nome do trabalhador na folha de férias se deve a circunstâncias juridicamente relevantes, face aos

101 e ss, embora com declaração de voto no sentido contrário. Na vigência do CC, entre outros, Acórdão do STJ de 20 de dezembro de 1984, proc. 787-4.ª secção, *BMJ*, n.º 342 (janeiro 1985), pp. 291 e ss; Acórdão do STJ de 6 de dezembro de 1988, *Acórdãos Doutriniais do STA – Apêndice (Jurisprudência do Trabalho)*, n.º 340, pp. 556 e ss; Acórdão do STJ de 26 de setembro de 1990, *Acórdãos Doutriniais do STA – Apêndice (Jurisprudência do Trabalho)*, n.º 348, pp. 1630 e ss; Acórdão do STJ de 16 de janeiro de 1991, proc. 2666, *BMJ*, n.º 340 (fevereiro 1991), pp. 436 e ss; Acórdão do STJ de 3 de julho de 1996, *Acórdãos Doutriniais do STA – Apêndice (Jurisprudência do Trabalho)*, n.º 419, pp. 1348 e ss; Acórdão do STJ de 2 de outubro de 1996, *Acórdãos Doutriniais do STA – Apêndice (Jurisprudência do Trabalho)*, n.º 422, pp. 265 e ss; Acórdão do TRL de 5 de maio de 1999, recurso n.º 1770/99-4.ª secção, *BMJ*, n.º 487 (junho 1999), pp. 354-355. À luz do Código de Seabra, entendia ARNALDO PINHEIRO TORRES, *Ensaio sobre o Contrato de Seguro*, cit., p. 78, que nos seguros que constituíssem contratos a favor de terceiro, “a responsabilidade do segurador está dependente da *existência*, no momento do acidente, do próprio contrato de seguro”. Sobre o contrato a favor de terceiro no direito nacional antes do Código Civil atual, DIOGO LEITE CAMPOS, *Contrato a favor de terceiro*, Livraria Almedina, Coimbra, 1980, pp. 42 e ss; JOÃO DE MATOS/ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, Vol. II, 7.ª edição, reimpressão, Almedina, Coimbra, 1997, pp. 415 e ss.

⁷¹ Sobre os casos em que os meios derivados do contrato são oponíveis ao terceiro para efeitos do artigo 449.º do CC, MARGARIDA LIMA REGO em ANA PRATA *et al.*, *Código Civil – Anotado*, Volume I, Almedina, Coimbra, 2017, «artigo 449.º», pp. 580-581, referindo a Autora que “os meios de defesa a que o preceito faz referência incluem as reações, não só ao incumprimento pelo promissário de obrigações e outros deveres contratuais, como ainda à inobservância de ónus ou encargos contratuais, por este ou pelo terceiro” (sobre o alcance desta norma, ver tb. DIOGO LEITE CAMPOS, *Contrato a favor de terceiro*, cit., 1980, pp. 166 e ss, JOÃO DE MATOS/ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, Vol. II, cit., pp. 419-420).

princípios gerais de direito, nomeadamente ao princípio da geral boa fé⁷².

Embora esta fundamentação se tenha perdido na jurisprudência mais recente, importa afastar o primeiro dos argumentos: independentemente da natureza do contrato de seguro de acidentes de trabalho como contrato a favor de terceiro⁷³, os termos em que é constituído esse direito a favor do terceiro depende do que se estipule no contrato (é do contrato que resulta a fonte da atribuição^{74/75}

⁷² Acórdão do STJ, processo n.º 148/18.5T8VNF.G1.S1 (Leonor Cruz Rodrigues), de 10/27/2021.

⁷³ No contrato a favor de terceiro uma das partes assume perante outra, que tenha na promessa um interesse digno de protecção legal, a obrigação de efetuar uma prestação a favor de terceiro, estranho ao negócio (artigo 443.º, n.º 1, do CC); a favor da qualificação do contrato de acidentes de trabalho como contrato a favor de terceiro, encontramos doutrina (ver, entre outros, CARLOS MATEUS, “As Inexactidões e Reticências no Seguro de Acidentes de Trabalho”, cit., pp. 336-339; LUÍS POÇAS, *O Dever de declaração inicial do risco no contrato de seguro*, cit., p. 710) e vários acórdãos jurisprudenciais (Acórdão do STJ, processo n.º 004379 (Matos Canas), de 09/25/1996; Acórdão do STJ, processo n.º 000787 (Leite de Campos), de 12/20/1984; Acórdão do TRL, processo n.º 0059534 (Pereira Rodrigues), de 11/10/1999; Acórdão do TRL, processo n.º 0035064 (Sarmiento Botelho), de 06/30/1999; Acórdão do TRL, processo n.º 0017704 (Guilherme Pires), de 05/05/1999; Acórdão do TRP, processo n.º 9350584 (João Gonçalves), de 11/29/1993; Acórdão do TRC, processo n.º 803/16.4T8VIS.C1 (Jorge Manuel Loureiro), de 10/27/2017). Contra a qualificação do seguro de acidentes de trabalho como seguro a favor de terceiro, invoca-se que “no contrato em benefício de terceiro o direito deste a receber a prestação estipulada surge por efeito do próprio contrato – e no caso de acidente de trabalho o direito do sinistrado é-lhe atribuído pela lei, verificados os danos emergentes dum sinistro de trabalho” (Declaração de voto no Acórdão do STA de 3 de outubro de 1961, *Estudos Sociais e Corporativos*, ano I, n.º 1 (janeiro a março de 1962), pp. 101 e ss) e que “as prestações que o sinistrado irá receber têm como fonte a responsabilidade civil do segurado e não o contrato de seguro”, e, por outro, implicaria “entender que o objecto do contrato de seguro é o ressarcimento de danos do sinistrado e não a responsabilidade do segurado” (FLORBELA DE ALMEIDA PIRES, *Seguro de acidentes de trabalho*, cit., p. 70).

⁷⁴ Por vezes alude-se, na nossa jurisprudência, ao fundamento legal do direito do terceiro-trabalhador ao invés do seu fundamento contratual. Sendo questionável a possibilidade de contratos a favor de terceiro *ex lege* (negando essa possibilidade, DIOGO LEITE CAMPOS, *Contrato a favor de terceiro*, cit., p. 95), julgamos que não seria esse ponto que nos levaria a concluir em sentido diverso, pois ainda que o fundamento do direito do terceiro-trabalhador fosse a lei, seria exigido, de acordo com a LAT, a intermediação de um contrato de seguro que efetivamente estabelecesse os termos em que esse direito surge na esfera jurídica do trabalhador.

⁷⁵ Também não nos parece que seja determinante a qualificação do seguro como sendo

do direito ao terceiro e dele resulta a determinação do momento em que surge esse direito na esfera jurídica do terceiro): dito de outra

um seguro de responsabilidade civil objetiva do empregador (caso em que temos um único segurado) ou como um seguro de pessoas (em que os trabalhadores são os segurados – neste sentido, MARGARIDA LIMA REGO, *Contrato de seguro e terceiros: estudo de Direito Civil*, 2008, disponível em <https://run.unl.pt>, p. 686; LUÍS MENEZES LEITÃO, “A reparação de danos emergentes de acidente de trabalho”, *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, Volume I, Almedina, Coimbra, 2001, pp. 566-567; e, se bem interpretamos o Autor, JÚLIO GOMES, “Seguro de acidentes de trabalho”, cit., pp. 13-14), caso em que nos parece que, tratando-se de um contrato de seguro único através do qual se segura uma multiplicidade de pessoas, também nessa hipótese cabe ao contrato de seguro determinar em que termos é que os participantes ficam abrangidos pela cobertura. Mesmo nos seguros de grupo em sentido estrito ou em sentido próprio (sobre a distinção, embora nem sempre nos mesmos termos, cfr., entre outros Autores, MARGARIDA LIMA REGO, *Contrato de seguro e terceiros: estudo de Direito Civil*, cit., pp. 644 e ss, e MARIA INÊS DE OLIVEIRA MARTINS, “Seguros de vida contratados como seguros de grupo à habitação”, *Cadernos de direito privado*, Braga, n.º 39 (Jul.-Set. 2012), pp. 53 e ss; NUNO TRIGO DOS REIS, *Os deveres de informação no contrato de seguro de grupo*, cit., pp. 6 e ss; LUÍS POÇAS, *O Dever de declaração inicial do risco no contrato de seguro*, cit., pp. 635-636; e JOSÉ A. ENGRÁCIA ANTUNES, “O contrato de seguro na LCS de 2008”, *Revista da Ordem dos Advogados*, núm. 69, 2009, p. 828, n. 33), a própria participação pode ter *eficácia declarativa* (caso em que a obrigação do segurador de atribuir uma determinada prestação ao participante em caso de sinistro deriva imediatamente do contrato celebrado entre o segurador e o subscritor, “os que não pertencerem ao grupo no momento da contratação, tornar-se-ão segurados, automaticamente, com a sua entrada no grupo – caso se trate de seguros abertos a novos participantes” (MARGARIDA LIMA REGO, *Contrato de seguro e terceiros: estudo de Direito Civil*, cit., p. 683)) ou *eficácia constitutiva* (casos em que do contrato celebrado entre o segurador e o subscritor não deriva – por si só – a obrigação de realizar a prestação convencionada em caso de ocorrência do evento aleatório previsto no contrato, apenas se estendendo “a cobertura a cada um dos participantes somente após a sua participação ao segurador” (MARGARIDA LIMA REGO, *Contrato de seguro e terceiros: estudo de Direito Civil*, cit., p. 683)). O facto de a celebração do contrato de seguro ser obrigatória não pressupõe que, no cumprimento dessa obrigação, se adote uma modalidade de seguro de grupo em sentido estrito em que a participação tenha mera eficácia declarativa, exceto se da Apólice Uniforme resultasse que a inclusão dos trabalhadores segurados era efetuada pelo simples preenchimento dos critérios de elegibilidade do grupo. Especificamente sobre este ponto, cfr. MARGARIDA LIMA REGO, “O início da cobertura no seguro desportivo”, cit., p. 220, que, após considerar que o seguro de acidentes de trabalho é um verdadeiro seguro de grupo, entende que “a cobertura de cada um dos segurados não é automática, antes carecendo de participação. Assim, a participação do tomador quanto à inclusão de determinado trabalhador tem efeito constitutivo, estendendo-se a cobertura a cada um dos segurados somente após a sua participação ao segurador. Esta corresponde

forma, para que se entenda que o trabalhador adquiriu o direito é primeiramente necessário apurar a partir de que momento é que este se encontra abrangido pelo contrato de seguro⁷⁶.

Para se concluir pela eficácia declarativa da folha de férias ou pela sua eficácia constitutiva e retroativa, julgamos que não basta invocar que o seguro obrigatório em matéria de acidentes de trabalho responde a um interesse público ou a um interesse de proteção dos trabalhadores: importa apurar um fundamento adicional, que se prende com o facto de a motivação subjacente à celebração do contrato ser a *observância de um comando legal* que estabelece a

ao cumprimento de uma obrigação legal do tomador”, entendimento que, aliás, a Autora estende a “todos os seguros obrigatórios que possam ou devam celebrar-se na modalidade de seguro de grupo em sentido estrito e em que não se exija a identificação de todos os membros do grupo seguro no momento da celebração”.

Parece-nos, portanto, que o problema se situa no mesmo plano e continuaria em aberto: na medida em que, a ser um seguro de grupo, se requeira a comunicação ao segurador dos participantes no grupo, continuará a impor-se a determinação do momento a partir do qual um trabalhador se encontra abrangido pela cobertura do contrato de seguro.

⁷⁶ Sobre o artigo 449.º do CC, refere MARGARIDA LIMA REGO em ANA PRATA *et al.*, *Código Civil – Anotado*, Volume I, cit., «artigo 449.º», pp. 580-581, que “sendo os efeitos para terceiro um produto do contrato, natural será que o terceiro só possa deles beneficiar nos termos, e com os limites decorrentes do contrato. Se as partes poderiam nada atribuir ao terceiro, por maioria de razão poderão condicionar à verificação de determinados factos a aquisição do benefício pelo terceiro”. Refere DIOGO LEITE CAMPOS, *Contrato a favor de terceiro*, cit., p. 34, que “o direito do terceiro encontra a sua fonte no contrato, é por este *moldado*, e a sua existência depende da própria existência do contrato-base” (itálico nosso), mais acrescentando que “é esta relação [a de cobertura] que cria e molda o direito do terceiro. Este direito está dependente dela, não só a sua existência, como também os seus limites” (p. 80). Adicionalmente, no contexto do seguro de responsabilidade civil, estabelece o artigo 147.º da LCS que “o segurador apenas pode opor ao lesado os meios de defesa derivados do contrato de seguro ou de facto do tomador do seguro ou do segurado ocorrido anteriormente ao sinistro” (n.º 1), referindo ainda que “são nomeadamente oponíveis ao lesado, como meios de defesa do segurador, a *invalidade do contrato, as condições contratuais e a cessação do contrato*” (n.º 2, itálico nosso). No contexto da LAT1997 (e em momento anterior à LCS), referia PEDRO ROMANO MARTINEZ, “Seguro de acidentes de trabalho – a responsabilidade subsidiária do segurador em caso de actuação culposa do empregador”, cit., pp. 92-93, que “salvo casos contados em que o segurador pode invocar perante o terceiro lesado a invalidade do contrato de seguro (...) ou a não produção de efeitos, mormente em caso de não cobertura por falta de pagamento do prémio, a actuação do tomador do seguro não prejudica o terceiro lesado”.

obrigatoriedade do seguro: a eficácia declarativa da folha de férias ou a sua eficácia constitutiva com efeitos retroativos resultaria da necessidade de evitar situações “lacunares” relativamente aos trabalhadores recém contratados, que ficariam excluídos do seguro enquanto a sua contratação não fosse comunicada ao segurador⁷⁷.

⁷⁷ Com efeito, poderia procurar avançar-se o argumento de que a natureza declarativa ou constitutiva com eficácia retroativa das folhas de férias decorria da constatação de que o seguro obrigatório em matéria de acidentes de trabalho responde a um interesse público ou a um interesse de proteção dos trabalhador e que, nesse seguimento, “devem rejeitar-se interpretações que conduzam a uma defraudação de quem se pretende proteger com a obrigatoriedade do seguro – o terceiro sinistrado” – Acórdão do STJ de 16 de janeiro de 1991, proc. 2666, *BMJ*, n.º 340 (fevereiro 1991), pp. 436 e ss (tb. assim, *vide* Acórdão do STJ de 3 de julho de 1996, *Acórdãos Doutriniais do STA – Apêndice (Jurisprudência do Trabalho)*, n.º 419, pp. 1348 e ss. Todavia, cremos que a opção de atribuição à folha de férias de natureza declarativa ou constitutiva com eficácia retroativa não se trata de uma solução que resulte necessariamente da preocupação de que “o sistema instituído seja apto a cobrir, de forma satisfatória, todas as vítimas de acidentes, não permitindo lacunas de indemnização”, porquanto o que estará em causa com a não cobertura, pelo segurador, de trabalhadores não incluídos nas folhas de férias, não é uma *lacuna de indemnização* (a qual será assegurada pelo empregador ou, eventualmente, pelo Fundo de Acidentes de Trabalho – cfr. n.º 1 do artigo 82.º da LAT; a este propósito, referia o Acórdão do STJ de 9 de dezembro de 1999, processo n.º 165/99, *BMJ*, n.º 492 (janeiro 2000), pp. 306 e ss, que o trabalhador não incluído no contrato está “hoje suficientemente protegido contra a insolvência do empregador pelo Fundo de Garantia e Actualização de Pensões criado pela Portaria n.º 642/83, de 1 de Junho”, entretanto extinto e substituído pelo FAT, nos termos do Decreto-Lei n.º 142/99, de 30 de abril), mas uma *lacuna de cobertura*, resultante da incompatibilidade entre o funcionamento do seguro de acidentes de trabalho a prémio variável e o cumprimento perfeito da obrigação legal prevista no artigo 79.º da LAT. Ou seja, não nos parece que, só por si, a garantia de «cobertura efetiva» dos trabalhadores pressuponha a interpretação segundo a qual os trabalhadores estariam automaticamente cobertos pelo seguro enquanto não se verificasse um incumprimento pelo empregador da inclusão do trabalhador na folha de férias (sobre a cobertura efetiva e a sua ligação à adoção de modelos de seguro em caso de acidente de trabalho, *OIT – Relatório mundial sobre a proteção social 2017-19: proteção social universal para alcançar os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável*, cit., 2017, pp. 60 e ss – note-se, não obstante, que Portugal não Ratificou a Convenção n.º 121 da OIT). Todavia, já nos parecem relevantes, para efeitos de interpretação, argumentos sustentados na proximidade entre o seguro obrigatório e a responsabilidade objetiva para afastar a eficácia constitutiva *ex nunc* da folha de férias. Numa primeira análise, tendo em conta que a obrigatoriedade do seguro incide sobre o *empregador*, poderia parecer surpreendente que as consequências da não cobertura dos trabalhadores incidisse – como mero resultado dessa obrigatoriedade – sobre o segurador (interpretamos em sentido próximo o

Temos duas opções: ou se entende que a folha de férias tem eficácia constitutiva *ex nunc* e, como tal, o empregador teria de comunicar

Acórdão do STJ de 14 de abril de 1999, processo n.º 368/98, *BMJ*, n.º 486 (maio 1999), pp. 201 e ss, ao afirmar que “a obrigatoriedade legal concretiza-se com a efectiva celebração pelas empregadoras do contrato de seguro (...) pode haver entidades patronais que pura e simplesmente não contratem o seguro de acidentes de trabalho, estando obrigados [sic] a fazê-lo, como pode haver outros que apenas em grau limitado, parcialmente, dêem cumprimento à determinação da lei, deixando sem cobertura parte dos riscos infortunisticos ou não incluindo no seguro alguns dos trabalhadores ao seu serviço. (...) A obrigatoriedade do seguro de acidentes de trabalho não é, assim, sinónimo de cobertura de todo e qualquer acidente que vitime trabalhador ao serviço do segurado”). Em todo o caso, tal solução já não causaria tanta surpresa à luz da invocada natureza social do seguro sustentada, entre outros, em MANUEL DA COSTA MARTINS, “Considerações sobre o valor e função social do contrato de seguro”, *II Congresso Nacional de Direito dos Seguros – Memórias* (coord. António Moreira e M. Costa Martins), Almedina, Coimbra, 2001, p. 144-145: “O seguro, tal como é concebido actualmente, extravasa o círculo limitado de protecção de interesses particulares e encontra também grande parte da sua razão de ser na protecção do interesse geral abstractamente entendido. Aliás, constata-se que o processo evolutivo do instituto da responsabilidade civil parece confirmar a diluição da figura central do «responsável» (...). Em sua substituição ou como complementar a ela, confirma-se a tendência de que as seguradoras serão um «verdadeiro devedor da reparação». (...) a tendência é abandonar a visão tradicional dos alicerces da responsabilidade e instituir, em seu lugar, um seguro de pleno direito a favor da vítima”; JOSÉ SINDE MONTEIRO, “Responsabilidade Civil, I – Introdução”, *Revista de Direito e Economia*, ano IV, n.º 2 (julho/dezembro, 1978), p. 343, distingue entre duas situações: “ou as normas da responsabilidade civil foram substituídas, como técnica da reparação dos danos, pela intervenção de um seguro (...) ou isso não se verifica e a entidade a quem em primeira linha cabe efectuar a reparação vai voltar-se contra o responsável por via dos direitos de regresso, com o que a responsabilidade civil se mantém aparentemente intocada”, mais referindo que na primeira das situações descritas coloca-se o problema “da substituição da responsabilidade pela protecção do seguro” – o Autor afirma, inclusivamente que, em virtude da socialização da responsabilidade “se pode dizer que *não é o seguro que segue a responsabilidade, mas sim, ao invés, a responsabilidade que vai atrás do seguro*” (p. 338, itálico no original). E diria que, quanto mais afastarmos a fundamentação do modelo de reparação da LAT da responsabilidade civil, mais se justificará que, em relação ao período em que não há incumprimento do empregador da obrigação de enviar a folha de férias, a seguradora assumo o risco da cobertura do sinistrado (sobre este afastamento da responsabilidade civil, refere JOSÉ SINDE MONTEIRO, *op. cit.*, pp. 352-353, referindo que nos casos em que é imposto ao empregador a sua “obrigação de contribuir para um fundo social, através do qual as vítimas são indemnizadas, embora subsistam elementos de responsabilidade (...) estas soluções não podem já ser explicadas através dos princípios da responsabilidade pelo risco (fundamento inicial) e antes terá, parece, de se

imediatamente qualquer flutuação dos trabalhadores abrangidos para promover a sua cobertura (o que originaria um maior volume de comunicações, incrementaria os casos em que não haveria cobertura do segurado e desvirtuaria em absoluto o funcionamento do contrato de seguro de acidentes de trabalho a prémio variável); ou se entende que a folha de férias tem ou eficácia declarativa ou constitutiva com efeitos retroativos, caso em que o trabalhador ficaria abrangido pelo contrato de seguro desde o momento da contratação

procurar a sua fundamentação através da conceitualização de «direito à segurança», em que no fundo se traduz a resposta do direito em favor das vítimas primeiras do progresso industrial”; veja-se também, no contexto da LAT1997, LUÍS MENEZES LEITÃO, “A reparação de danos emergentes de acidente de trabalho”, cit., pp. 548 e ss, considerando o Autor que, porquanto se verificam situações em que o evento não pode ser imputado ao empregador a título de risco, como seria o caso dos acidentes *in itinere*, “que extravasa claramente da zona de riscos derivada da actividade laboral, quase abrangendo situações típicas do denominado *general risk of life*”, a LAT (então, a LAT1997) não vem estabelecer uma responsabilidade pelo *risco do empregador* mas vem tutelar o *risco do trabalhador* (mais especificamente, pp. 560 e 565, os riscos “*que o próprio trabalhador corre ao colocar no mercado a sua força de trabalho*”) (itálicos no original), o que, adicionalmente, tem consequências na conceção do seguro obrigatório como um seguro em que os trabalhadores são os segurados (pp. 566 e ss). Em todo o caso, mesmo abstraíndo-nos de considerações sobre o fundamento do modelo de reparação presente na LAT (e sem esquecer que, mesmo assentando-o na responsabilidade civil objetiva do empregador, é possível “destacar uma certa natureza assistencial do regime jurídico dos acidentes de trabalho” – JÚLIO GOMES, “Breves reflexões sobre a noção de acidente de trabalho no novo (mas não muito) regime dos acidentes de trabalho”, *I Congresso Nacional de Direito dos Seguros – Memórias*, Coord. de António Moreira e M. Costa Martins, Livraria Almedina, Coimbra, 2000, p. 208), consideramos pertinente a ligação entre a responsabilidade objetiva (independentemente da sua, na terminologia do Autor que citamos, «desnaturalização») e a obrigatoriedade de seguro também para fundamentar a cobertura dos trabalhadores no interregno entre a contratação e a data de envio da folha de férias – refere JOSÉ SINDE MONTEIRO, em “Responsabilidade por culpa, responsabilidade objectiva, seguro de acidentes”, *Revista de Direito e Economia*, anos VI/VII (1980-1981), pp. 133-134: “o problema dos limites da responsabilidade pelo risco não deve ser pensado independentemente do do [sic] montante do seguro obrigatório” – a *ratio* da ligação entre a responsabilidade objetiva do empregador e a obrigação de seguro justifica também que a cobertura pelo seguro procure acompanhar o momento do aparecimento da responsabilidade do empregador pelo trabalhador recém-contratado, apenas ocorrendo uma desunião entre cobertura/responsabilidade em caso de omissão pelo empregador (sobre a ligação entre a responsabilidade objetiva pelo risco e o seguro obrigatório, FERNANDO EMYGDIO DA SILVA, *Acidentes de Trabalho*, cit., p. 35 e ss).

até o momento do envio da folha de férias relativa ao mês da contratação, ficando os trabalhadores cobertos mesmo que a sua contratação não tenha – ainda – sido comunicada à seguradora.

Ora, a eficácia constitutiva *ex nunc* da folha de férias também suscitaria grandes dificuldades no cumprimento da obrigação presente no 79.º da LAT, pois dir-se-ia que haveria uma incompatibilidade com o cumprimento da obrigação prevista no n.º 1 deste preceito e o funcionamento do seguro: o empregador que celebrasse um seguro de acidentes de trabalho transferindo a responsabilidade para o segurador continuaria a incumprir a obrigação de segurar cada um dos seus trabalhadores individualmente considerados se, durante o período inicial da contratação (anterior ao vencimento da obrigação de remessa da folha de férias atualizada), os trabalhadores recém contratados não fossem abrangidos pela cobertura: dito de outra forma, tornar-se-ia obsoleto o regime previsto na AU para o seguro a prêmio variável (assente no envio periódico da folha de férias) pois o perfeito cumprimento, pelo empregador, da obrigação legal prevista no artigo 79.º da LAT apenas seria assegurado se, para além do envio periódico da folha de férias fosse, adicionalmente, comunicada individualmente qualquer flutuação no que respeita aos trabalhadores abrangidos. Veja-se, a esse propósito, que a alínea a) do n.º 2 do artigo 171.º da LAT prevê que constitui contra-ordenação grave “a omissão ou insuficiências *nas declarações* quanto ao pessoal e às retribuições com vista ao não cumprimento do disposto no artigo 79.º”⁷⁸, o que pressupõe a articulação com o momento em que devem ser apresentadas tais declarações, sendo apenas a partir desse momento que ocorre uma violação do artigo 79.º da LAT.

Assim, se por um lado a jurisprudência exige que o trabalhador seja incluído nas folhas de férias para que esteja coberto o respetivo

⁷⁸ Diferentemente do que sucedia no artigo 44.º do Decreto-lei n.º 491/85, de 26 de novembro, e no artigo 26.º da Lei n.º 11/99, de 11 de agosto, os quais se referiam, como contra-ordenação, apenas à *falta* de seguro de responsabilidade civil de acidente de trabalho (sobre o alcance destas normas e a relação da Lei n.º 118/99 com o artigo 37.º da LAT1997, JOÃO SOARES RIBEIRO, “Falta de seguro de acidentes de trabalho: sucessão de leis contra-ordenacionais”, *Minerva – Revista de Estudos Laborais*, a. 5, n. 8 (2006), pp. 29 e ss).

sinistro⁷⁹ (sem prejuízo de lapsos ou presença de outros motivos justificativos que legitimem a sua não inclusão), admite que o envio da *folha de férias* produza retroativamente a cobertura dos trabalhadores ao serviço do segurador. Assim, a exceção constante do AUJ n.º 10/2001 corresponde, pois, a um desvio a este entendimento, bloqueando a eficácia retroativa da cobertura de trabalhadores que – tendo as folhas de férias sido regularmente enviadas ao segurador – foram omitidos da listagem presente nas mesmas.

Do facto de a AU prever um conjunto de consequências específicas para o incumprimento da obrigação de envio das folhas de férias – a saber, no n.º 4 da Condição Especial 01 em Anexo à AU, para seguros a prémio variável, a previsão de que, quando o tomador do seguro não cumprir a obrigação de envio periódico das folhas de vencimento, o segurador, sem prejuízo do seu direito de resolução, cobra no final da anuidade um prémio não estornável correspondente a 30 % do prémio provisório anual, podendo ainda exigir o complemento do prémio que se apurar ser devido em função das retribuições que realmente deviam ter sido declaradas e a possibilidade de, nos termos do n.º 1 da Cláusula 20.ª da AU, o segurador resolver o contrato – “não significa a inexistência de outras consequências quando as folhas de férias enfermam de deficiências, e uma delas é precisamente a de não poder o trabalhador ser abrangido pelo contrato de seguro”⁸⁰.

⁷⁹ Acórdão do STJ, processo n.º 04S3155 (Sousa Peixoto), de 01/12/2005, de acordo com o qual “seria absolutamente incompreensível que o contrato de seguro desse cobertura a um trabalhador que não tinha sido mencionado nas folhas de férias (logo sem a indicação de qualquer salário) quando tal cobertura, no caso de o seu nome ter sido indicado, mas com um salário inferior ao real, ficaria limitada ao salário efectivamente declarado (...). Quando o nome do trabalhador nunca foi incluído nas folhas de férias (...), a exclusão do trabalhador ou do salário não declarado da cobertura do contrato é óbvia e não suscita dúvidas”.

⁸⁰ Acórdão do STJ de 25 de janeiro de 2001, *Acórdãos Doutriniais do STA – Apêndice (Jurisprudência do Trabalho)*, n.º 478, pp. 1392 e ss, referindo-se concretamente à compatibilidade da possibilidade de resolução com a consequência da não cobertura do trabalhador omitido da folha de férias; no mesmo sentido, Acórdão do STJ de 14 de abril de 1999, processo n.º 368/98, *BMJ*, n.º 486 (maio 1999), pp. 201 e ss, referindo que o direito à resolução previsto na AU (então, na Portaria n.º 633/71) é a forma de reagir *para o futuro*, “compreendendo-se que à Seguradora não interessa manter-se vinculada perante quem se mostrou ser um

3.2.4. O caso da remessa tardia da folha de férias pelo tomador

Passando agora à última situação descrita, em que ocorre um envio *tardio da folha de férias pelo segurador*, sendo dessa forma ultrapassado o prazo legal supletivo ou o prazo contratual para que o empregador faça chegar a folha de férias ao segurador, tem-se considerado que o que estaria em causa seria um incumprimento contratual (da cláusula do contrato de seguro que preveja o prazo para a apresentação da folha de férias) e não uma circunstância que legitimasse a recusa da cobertura do sinistro pela seguradora⁸¹, sendo que a consequência aplicável a este incumprimento seria a possibilidade de resolução do contrato e de agravamento do prêmio⁸².

contratante pouco honesto” – de acordo com esta jurisprudência, o silêncio do legislador a propósito da não cobertura dever-se-ia somente à “desnecessidade de focar tal aspecto na medida em que se deve considerar inexistente um contrato de seguro quanto ao pessoal não mencionado”. Já JÚLIO GOMES, “Seguro de acidentes de trabalho”, cit., pp. 19 e ss, opondo-se à solução da não cobertura do sinistro prevista no AUJ n.º 10/2001, refere que o direito de resolução está previsto para situações de incumprimento grave, sendo que “não se vê, contudo, em que é que o incumprimento do dever de envio das folhas de férias seja susceptível de prejudicar a seguradora face à posição assumida pelo Acórdão Uniformizador: se elas não forem enviadas de todo, ou deixarem de o ser, parece que nunca houve ou que deixa de haver, cobertura, pelo que não vislumbramos prejuízo para a seguradora”.

⁸¹ Parece-nos que estará aqui em causa somente a cobertura de trabalhadores contratados durante o período em que não foi enviada a folha de férias; quanto aos demais, diríamos que o que se verificaria seria – caso não se admitisse a eficácia retroativa da folha de férias – a manutenção da cobertura nos termos da última folha de férias enviada (i.e., sem atualizações). Diferentemente, JÚLIO GOMES, “Seguro de acidentes de trabalho”, cit., p. 17, ilustrando as consequências nefastas da jurisprudência do AUJ n.º 10/2001, refere que decorreria desse acórdão que “se o tomador do seguro deixar em qualquer momento de enviar a folha de salários desaparece a cobertura porque o seu objeto tem que ser regularmente redefinido”.

⁸² Sobre este ponto, à luz da Portaria n.º 633/71, de 19 de novembro, entendeu o Acórdão do STJ, processo n.º 02S1906 (Mário Torres), de 10/30/2002, que a consequência seria a possibilidade de resolução do contrato (com base na Cláusula 21.ª e 27.ª da Apólice) e de exigir o agravamento do prêmio (Cláusula 21.ª da Apólice) – nesta sentença destacam-se a presença de dois votos de vencido, ambos contestando a solução adotada pelo Supremo: de acordo com a Desembargadora Manuel Maria Martins Ferreira Neto, “O direito de resolução do contrato e o agravamento do prêmio de seguro de que falam as normas citadas supõem a existência de obrigações relativamente a determinados segurados, o que implica a remessa atempada das folhas de férias, contendo embora omissões ou imprecisões como as respeitantes ao montante das retribuições”; por sua vez, o Desembargador João Alfredo Diniz Nunes

Verificamos que esta jurisprudência surge frequentemente em casos em que o envio tardio das folhas de férias ocorre relativamente a trabalhadores cuja contratação não foi comunicada oportunamente (porquanto não foi atempadamente remetida a folha de férias), tendo apenas vindo a ocorrer o envio das folhas de férias em atraso após a ocorrência de um sinistro que envolve um trabalhador não declarado. Para sustentar estas decisões invoca-se que não se trata de uma situação em que a inclusão do trabalhador ocorre apenas na folha de férias relativa ao mês da ocorrência do sinistro, tendo sido omitido nas folhas de férias anteriores (o que, nos termos apresentados *supra*, conduziria à não cobertura do sinistrado), mas em que o trabalhador é incluído na folha de férias correspondente ao mês da contratação, sendo a folha de férias apenas enviada à seguradora após a ocorrência do sinistro⁸³.

considera que a solução deveria ser a não cobertura do trabalhador sinistrado pois “a folha de férias onde estava incluído aquele trabalhador, admitido ao serviço no mês em que ocorreu o acidente, só foi recebida na seguradora em data muito superior aos quinze dias, *sem que a entidade patronal tivesse procurado justificar o envio tardio daquela*” (itálico nosso).⁸³ Sobre os casos receção tardia da folha de férias, cfr. Acórdão do TRE, processo n.º 2159/03-2 (Chambel Mourisco), de 11/02/2003, no qual estava em causa um trabalhador contratado em maio de 1999 que sofreu um sinistro a 9 de setembro de 1999; verificou-se que não havia sido enviada folha de férias relativas a junho, julho e agosto de 1999, até 29 de setembro de 1999, altura em que foram remetidas, depois da sua solicitação pela seguradora, constando nas mesmas o nome do sinistrado; entendeu este acórdão que “não estamos perante uma omissão do trabalhador sinistrado nas folhas de férias mas antes perante uma situação em que a folha de férias não chegou à Seguradora no prazo referido na Apólice uniforme”; veja-se também o Acórdão do TRC, processo n.º 303/19.0T8CVL.C2 (Paula Maria Roberto), de 03/25/2022, em que estava em causa um trabalhador que iniciara o seu trabalho em maio de 2018, sinistrado a 7 de dezembro de 2018 e que “passou logo a constar da folha de férias do mês de maio, no entanto, a empregadora não procedeu ao envio atempado da mesma, o que só fez em 18/12/2018 relativamente às folhas de maio a novembro do mesmo ano”. Também neste sentido, ver ainda Acórdão do TRG, processo n.º 122/17.9T9VRL.G1 (Vera Maria Sottomayor), de 12/18/2017; Acórdão do TRG, processo n.º 1257/15.8T8VRL.G1 (Vera Sottomayor), de 04/04/2019; Acórdão do TRL, processo n.º 7879/2006-4 (Ferreira Marques), de 11/15/2006; Acórdão do TRP, processo n.º 1318/15.3T8VLG.P1 (Rita Romeiro), de 05/30/2018; Acórdão do TRP, processo n.º 0840913 (Paula Leal de Carvalho), de 06/12/2008; Acórdão do STJ, processo n.º 06S981 (Maria Laura Leonardo), de 09/20/2006.

Em primeiro lugar, podemos referir que, de facto, enquanto a omissão de trabalhador na folha de férias efetivamente enviada e a sua inclusão apenas após a verificação do sinistro demonstram – por regra – uma intenção, por parte do empregador, de criar uma distorção entre o número de trabalhadores abrangidos e o número real de trabalhadores (com evidente impacto no prémio), distorção essa que apenas vem ser corrigida no momento em que se verifica um sinistro, no caso de envio tardio das folhas de férias o que sucede é uma inércia do empregador no envio da folha de férias (compreendendo-se que as folhas de férias em atraso apenas venham a ser remetidas aquando da verificação do sinistro, pois é nesse momento que surge um impulso para a ação do empregador)⁸⁴. Por outro lado, enquanto no caso de omissão de alguns trabalhadores da folha de férias estamos perante uma situação desconhecida por parte do segurador, tratando-se de um incumprimento que apenas é revelado aquando da inclusão do trabalhador na folha de férias subsequente ao sinistro (dificultando o conhecimento, por parte do empregador, do incumprimento), no caso de envio tardio das folhas de férias o incumprimento é imediatamente apreensível, tendo o segurador oportunidade de reagir através dos mecanismos previstos na AU e já mencionados.

O facto de a jurisprudência ter considerado que, nestes casos, não é prejudicada a cobertura dos trabalhadores (exceto se os mesmos já houvessem sido omitidos na última folha de férias remetida e já estivessem ao serviço da entidade empregadora nessa ocasião⁸⁵), vem confirmar que a folha de férias produzirá efeitos retroativamente, incluindo os casos em que a inclusão do trabalhador é posterior à verificação do sinistro. Não há, pois, apenas um período de

⁸⁴ Assim, cfr. LUÍS POÇAS, *O Dever de declaração inicial do risco no contrato de seguro*, cit., p. 722, entendendo o Autor “a omissão do trabalhador é mais grave do que o mero atraso no envio das folhas de férias, pelo que merece uma cominação mais severa”.

⁸⁵ Acórdão do STJ, processo n.º 07S2903 (Pinto Hespanhol), de 11/14/2007; veja-se tb., LUÍS POÇAS, *O Dever de declaração inicial do risco no contrato de seguro*, cit., p. 722, referindo que “verificando-se *cumulativamente* as duas situações (omissão do trabalhador e atraso no envio) a cominação deverá corresponder ao facto mais grave: a não cobertura do trabalhador, sem prejuízo da resolubilidade do contrato” (itálico no original).

graça em relação aos trabalhadores recém-contratados limitado à duração do intervalo entre a sua contratação e a sua inclusão na folha de férias.

4. Conclusão

O seguro de acidentes de trabalho a prémio fixo com nomes é aquele que apresenta um menor grau de flexibilidade face às variações verificadas no pessoal do empregador, uma vez que as modificações do conjunto de trabalhadores abrangidos pressupõem o envio de uma proposta de alteração ao contrato de seguro (incluindo trabalhadores adicionais ou aqueles que vieram substituir trabalhadores cujo vínculo tenha cessado), apenas estando coberto o risco de constituição, no património do segurado, de uma obrigação de indemnizar novos trabalhadores após a aceitação, por parte do segurador, da alteração ao contrato.

Diferentemente, no seguro de acidentes de trabalho a prémio fixo sem nomes, parece-nos suscetível de aplicação o regime associado às obrigações em torno do risco (quer no que respeite à declaração inicial do risco, quer no que respeite ao seu agravamento, muito embora nos casos em que o sinistro já se tenha verificado o segurador se mantenha obrigado à cobertura do mesmo nos termos da alínea c) do n.º 1 da Cláusula 28.ª da AU), porquanto sendo o risco relativo a um determinado número de trabalhadores não identificados e respondendo o segurador (embora com direito de regresso) pela responsabilidade do empregador em relação ao excedente face ao número indicado, há uma discrepância entre o risco declarado e o risco real. É, pois, um caso excepcional em matéria de seguro de acidentes de trabalho, em que não é possível individualizar o risco de constituição da responsabilidade do empregador em função de cada trabalhador, sendo este equacionado por referência a uma determinada função ou categoria de trabalhadores, sendo estes abrangidos no seu todo e não de forma individualizada.

Em relação aos seguros de acidentes de trabalho a prémio variável e face ao analisado *supra*, parece-nos que o entendimento que tem singrado na nossa jurisprudência nacional acaba por, na prá-

tica, manter algum do sentido da jurisprudência anterior ao AUJ n.º 10/2001, na medida em que os casos em que se tem sustentado que o segurador não está obrigado a garantir a cobertura de trabalhadores cuja contratação, à data do sinistro, não havia sido comunicada ao segurador, são aqueles aos quais: (i) está subjacente um *incumprimento da obrigação de envio da folha de férias completa* (ii) com a *intenção* do empregador no sentido de provocar um desvio entre os trabalhadores abrangidos pela cobertura e os trabalhadores efetivamente ao seu serviço. Dispensa-se a prova, por parte do segurador, dessa intencionalidade (diferentemente do que, por vezes, se entendia antes do AUJ n.º 10/2001), mas a *ratio* que parece justificar que nos casos de remessa tardia da folha de férias não esteja prejudicada a cobertura dos trabalhadores apenas incluídos em folhas de férias remetidas após a ocorrência do sinistro é, com efeito, um juízo sobre a gravidade da conduta por parte do empregador. Embora se exija a prática de um ato de inclusão dos trabalhadores no perímetro do contrato através da sua identificação na folha de férias (pelo que a folha de férias terá eficácia constitutiva – com exceção para os casos de omissão total do envio de folha de férias, em que o efeito da não cobertura seria travado pelo regime do abuso de direito), o facto de essa inclusão ser efetuada após o sinistro não prejudica, por regra, a respetiva cobertura pelo segurador (produzindo efeitos retroativos por forma a evitar lacunas na completa transferência da responsabilidade do empregador para o segurador). O segurador apenas poderá reagir ao incumprimento do empregador através do agravamento do prémio ou da resolução do contrato. Essa eficácia retroativa está, todavia, vedada no caso em que a inclusão do trabalhador nas folhas de férias (que tenham periodicamente sido enviadas ao segurador sem a sua indicação) apenas ocorre após o sinistro, caso em que a eficácia retroativa da cobertura do trabalhador é paralisada pelo facto de tal comportamento apontar para uma intenção, por parte do empregador, de criar uma distorção entre o prémio suportado e a cobertura obtida, sob uma *aparência* de cumprimento atempado da obrigação de envio de folhas de férias atualizadas.

Ou seja, parece-nos que o entendimento presente no AUJ n.º 10/2001, com todas as delimitações que se verificam em relação ao seu alcance, consagra verdadeiramente a *exceção* em matéria de

não comunicação (atempada) da contratação de trabalhadores ao segurador.

Não obstante, mesmo quando a solução a adotar seja no sentido da cobertura do trabalhador, caso se verifiquem incumprimentos em relação à *obrigação de envio periódico* da folha de férias, o segurador poderá lançar mão dos meios de reação disponibilizados pela Cláusula 20.^a da AU e pelo n.º 4 da Condição Especial 01 em Anexo à AU, para seguros a prémio variável.

5. Bibliografia

- A. VEIGA RODRIGUES, *Acidentes de Trabalho – Anotações à Lei n.º 1:942*, Coimbra Editora Limitada, Coimbra, 1952.
- ADRIANO ANTHERO, *Comentário ao Código Commercial Portuguez*, Volume II, Typographia «Artes & Letras», Porto, 1915.
- ANA ESTELA LEANDRO, “Estudo comparativo de 2 regimes jurídicos de acidentes de trabalho: a Lei n.º 2127, de 21 de agosto de 1965, e a Lei n.º 100/97, de 13 de setembro”, *Prontuário de Direito do Trabalho*, Actualização n.º 58, 1999, pp. 33-58.
- ANA PRATA *et al.*, *Código Civil – Anotado*, Volume I, Almedina, Coimbra, 2017.
- ANTÓNIO ALVALEIDE, “Seguro de Acidentes de Trabalho: Uma história que começa em 1913”, *Revista Portuguesa do Dano Corporal* (25), 2014, pp. 29-41.
- ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “Contrato de seguro e seguro de crédito”, *II Congresso Nacional de Direito dos Seguros – Memórias* (coord. António Moreira e M. Costa Martins), Almedina, Coimbra, 2001, pp. 27-53.
- ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito dos seguros*, 2.^a edição (revista e actualizada), Almedina, Coimbra, 2016.
- ARNALDO FILIPE COSTA OLIVEIRA, “Nota sobre a evolução recente do regime do seguro obrigatório de acidentes de trabalho para trabalhadores por conta de outrem – ou das vantagens das «relações de família»”, *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Ano LIV, n.ºs 1/3 (Janeiro-Setembro 2013), pp. 121-156.
- ARNALDO PINHEIRO TORRES, *Ensaio sôbre o Contrato de Seguro*, Tipografia Sequeira, Limitada, Porto, 1939.

- CARLOS ALEGRE, “Seguro de acidente de trabalho”, *II Congresso Nacional de Direito dos Seguros – Memórias* (coord. António Moreira e M. Costa Martins), Almedina, Coimbra, 2001, pp. 155-163.
- CARLOS ALEGRE, *Acidentes de Trabalho – notas e comentários à Lei n.º 2127*, Livraria Almedina, Coimbra, 1995.
- CARLOS ALEGRE, *Acidentes de Trabalho e Doenças Profissionais*, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2001.
- CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos III (Contratos de Liberalidade, de Cooperação e de Risco)*, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2013.
- CARLOS MATEUS, “As Inexactidões e Reticências no Seguro de Acidentes de Trabalho”, *Scientia Iuridica*, maio-agosto 2004, Tomo LIII, número 299, pp. 322-346.
- DIOGO LEITE CAMPOS, *Contrato a favor de terceiro*, Livraria Almedina, Coimbra, 1980.
- FELICIANO TOMÁS DE RESENDE, *Acidentes de Trabalho e Doenças Profissionais*, Coimbra Editora, Limitada, Coimbra, 1971.
- FERNANDO EMYGDIO DA SILVA, *Acidentes de Trabalho*, Volume I, Imprensa Nacional, Lisboa, 1913.
- FILIPPE ALBUQUERQUE MATOS, “As declarações reticentes e inexactas no contrato de seguro”, *Ars Iudicandi – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*, Volume II: Direito Privado, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 457-499.
- FLORBELA ALMEIDA PIRES, *Seguro de acidentes de trabalho*, Lex, Lisboa, 1999.
- FRANCISCO GUERRA DA MOTA, *O Contrato de Seguro Terrestre*, Primeiro Volume, Athenas Editora, Porto, 1985.
- J. C. MOITINHO ALMEIDA, *O Contrato de Seguro no Direito Português e Comparado*, Livraria Sá da Costa Editora, Lisboa, 1971.
- JOÃO DE MATOS/ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, Vol. II, 7.ª edição, reimpressão, Almedina, Coimbra, 1997.
- JOÃO MATA, *Seguro Marítimo – Mercadorias*, Edição da Associação Comercial de Lisboa, Lisboa, 1967.
- JOÃO SOARES RIBEIRO, “Falta de seguro de acidentes de trabalho: sucessão de leis contra-ordenacionais”, *Minerva – Revista de Estudos Laborais*, a. 5, n. 8 (2006), pp. 29-43.
- JOSÉ A. ENGRÁCIA ANTUNES, “O contrato de seguro na LCS de 2008”, *Revista da Ordem dos Advogados*, 2009, núm. 69, pp. 811-854.

- JOSÉ MIGUEL DE FARIA ALVES DE BRITO, *Sub-rogação no contrato de seguro. Introdução à transmissão de direitos ao segurador. Algumas notas típicas*, Vol. II, policopiado, 2017.
- JOSÉ SINDE MONTEIRO, “Responsabilidade Civil, I – Introdução”, *Revista de Direito e Economia*, ano IV, n.º 2 (julho/dezembro, 1978), pp. 313-415.
- JOSÉ SINDE MONTEIRO, “Responsabilidade por culpa, responsabilidade objectiva, seguro de acidentes”, *Revista de Direito e Economia*, anos VI/VII (1980-1981), pp. 123-265.
- JOSÉ VASQUES, *Contrato de seguro: notas para uma teoria geral*, Coimbra Editora, Lisboa, 1999.
- JÚLIO GOMES, “Breves reflexões sobre a noção de acidente de trabalho no novo (mas não muito) regime dos acidentes de trabalho”, *I Congresso Nacional de Direito dos Seguros – Memórias*, Coord. de António Moreira e M. Costa Martins, Livraria Almedina, Coimbra, 2000, pp. 205-218.
- JÚLIO GOMES, “O dever de informação do tomador do seguro na fase pré-contratual”, *II Congresso Nacional de Direito dos Seguros – Memórias* (coord. António Moreira e M. Costa Martins), Almedina, Coimbra, 2001, pp. 75-113.
- JÚLIO GOMES, “Seguro de acidentes de trabalho”, *Revista do Ministério Público*, ano 29, Out.-Dez. 2008, n.º 116, pp. 5-27.
- LUIS JAVIER CORTÉS, *Poliza Flotante y Seguro en Abono*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1984.
- LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, “A reparação de danos emergentes de acidente de trabalho”, *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, Volume I, Almedina, Coimbra, 2001, pp. 537-579.
- LUÍS POÇAS, *Declaração do Risco no Contrato de Seguro*, Coleção Teses, Almedina, Coimbra, 2013.
- LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Comentário ao Código Comercial Português*, Volume III, Tipografia José Bastos, Lisboa, 1916.
- MANUEL DA COSTA MARTINS, “Considerações sobre o valor e função social do contrato de seguro”, *II Congresso Nacional de Direito dos Seguros – Memórias* (coord. António Moreira e M. Costa Martins), Almedina, Coimbra, 2001, pp. 141-149.
- MARGARIDA LIMA REGO, “O início da cobertura no seguro desportivo”, *O desporto que os tribunais praticam*, J. M. Meirim (coord.), Coimbra Editora, Coimbra, 2014, pp. 211-226.

- MARGARIDA LIMA REGO, *Contrato de seguro e terceiros: estudo de Direito Civil*, 2008, disponível em <https://run.unl.pt>.
- MARIA INÊS DE OLIVEIRA MARTINS, “Seguros de vida contratados como seguros de grupo à habitação”, *Cadernos de direito privado*, Braga, n.º 39 (Jul.-Set. 2012), pp. 45-68.
- NUNO TRIGO DOS REIS, *Os deveres de informação no contrato de seguro de grupo*, Lisboa, s.n., 2007.
- PEDRO MARTINEZ, *Teoria e Prática dos Seguros*, 2.ª edição, actualizada e aumentada, Lisboa, 1961.
- PEDRO ROMANO MARTINEZ, “Conteúdo do contrato de seguro e interpretação das respectivas cláusulas”, *II Congresso Nacional de Direito dos Seguros – Memórias* (coord. António Moreira e M. Costa Martins), Almedina, Coimbra, 2001, pp. 59-71.
- PEDRO ROMANO MARTINEZ, “Seguro de acidentes de trabalho – a responsabilidade subsidiária do segurador em caso de actuação culposa do empregador”, *Prontuário de Direito do Trabalho*, n.ºs 74-75 (maio-agosto/setembro-dezembro, 2006), pp. 81-99.
- PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Acidentes de trabalho*, Pedro Ferreira – Editor, Lisboa, 1996.
- PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 11.ª edição, 2023.
- PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito dos Seguros – Apontamentos*, Principia, Cascais, 2006
- RITA GONÇALVES FERREIRA DA SILVA, *Do Contrato de Seguro de Responsabilidade Civil Geral*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.
- SÉRGIO COIMBRA HENRIQUES, “Invalidade do Contrato de Seguro por Violação de Deveres de Informação”, *Themis*, ano XVI, n.ºs 28/29, 2015, pp. 243-301
- VITOR RIBEIRO, *Acidentes de Trabalho – Reflexões e notas práticas*, Rei dos Livros, Lisboa, 1984.



MIGUEL DUARTE SANTOS
Advogado; *Of Counsel* da SPS

Nova norma de conduta de mercado de seguros e fundos de pensões

The new insurance and occupational funds market conduct regulatory rule

RESUMO¹: O presente artigo analisa a Norma Regulamentar da ASF n.º 7/2022-R, que regulamenta a conduta de mercado nas atividades de seguros e de fundos de pensões.

¹ São usadas as seguintes abreviaturas: ASF = Autoridade de Supervisão de Seguros e de Fundos de Pensões; CC = Código Civil; CDP = Cadernos de Direito Privado; CMVM = Comissão do Mercado de Valores Mobiliários; CSC = Código das Sociedades Comerciais; DDS = Diretiva (UE) n.º 2016/97 de 20 de janeiro, sobre a distribuição de seguros; Diretiva IRPPP = Diretiva (UE) n.º 2016/2341 de 14 de dezembro, relativa às atividades e à supervisão das instituições de realização de planos de pensões profissionais; Diretiva Solvência II = Diretiva n.º 2009/138/CE de 25 de Novembro, relativa ao acesso à atividade de seguros e resseguros e ao seu exercício; EIOPA = Autoridade Europeia dos Seguros e Pensões Complementares de Reforma; IRPPP = Instituição de realização de planos de pensões profissionais; ISP = Instituto de Seguros de Portugal; RCR = Revista de Concorrência e Regulação; RDES = Revista de Direito e de Estudos Sociais; RGPD = Regulamento (UE) n.º 2016/679 de 27 de abril, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva n.º 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados); RJCS = Regime Jurídico do Contrato de Seguro, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 72/2008, de 16 de abril; RJFP = Regime Jurídico da Constituição e do Funcionamento dos Fundos de Pensões e das Entidades Gestoras de Fundos de Pensões, aprovado pela Lei n.º 27/2020, de 23 de julho; RJSAR = Regime Jurídico de Acesso e Exercício da Atividade Seguradora e Resseguradora, aprovado em anexo à

Palavras-chave: seguros – fundos de pensões – Autoridade de Supervisão de Seguros e de Fundos de Pensões – Norma Regulamentar n.º 7/2022-R

ABSTRACT: This paper analyses the ASF Regulatory Rule 7/2022-R, pertaining the insurance and pension funds market conduct regulation.

Keywords: insurance – pension funds – Insurance and Pension Funds Supervisory Authority – Regulatory rule 7/2022-R

SUMÁRIO: 1. Enquadramento; 1.1 A conduta de mercado; 1.2 Os “clientes” abrangidos; 1.3 Âmbito subjetivo; 1.4 Âmbito espacial; 1.5 Âmbito objetivo; 1.6 Sistematização; 2 Análise; 2.1 Alterações estruturais organizativas e/ou funcionais; 2.1.1. Administrador responsável pela atividade em matéria de conduta de mercado; 2.1.2. Função autónoma responsável pela conduta de mercado; 2.1.3. Função autónoma responsável pela gestão de reclamações; 2.1.4. Interlocutor privilegiado; 2.2. Alterações a nível procedimental e de divulgação; 2.2.1. Política de tratamento; 2.2.2. Gestão de reclamações; 2.2.3. Provedor; 2.2.4. Avaliação da eficácia; 2.2.5. Alterações a nível de reportes; 2.2.6. Alterações a nível de divulgação no sítio de internet; 3. Conclusões.

1. Enquadramento

I. O presente estudo versa sobre a Norma Regulamentar da ASF n.º 7/2022-R, de 30 de junho (“Norma”), que estabelece o quadro regulamentar fundamental relativo à conduta de mercado das empresas de seguros e sociedades gestoras de fundos de pensões e ao tratamento de reclamações pela ASF.

Consoante foi enunciado na Consulta Pública n.º 10/2021^{2/3}, a Norma enquadra-se no movimento de atualização e desenvolvi-

Lei n.º 147/2015, de 9 de setembro; RJDSR = Regime Jurídico da Distribuição de Seguros e de Resseguros, aprovado em anexo à Lei n.º 7/2019, de 16 de janeiro; SGFP = Sociedades gestoras de fundos de pensões.

² A Consulta Pública pode ser consultada no site da ASF (www.asf.com.pt).

³ A Consulta Pública n.º 10/2021, relativa ao projeto de norma regulamentar relativa à conduta de mercado e ao tratamento de reclamações pela Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões, foi publicada através do Documento de Consulta pública de 26 de novembro de 2021, admitindo comentários recebidos até 7 de janeiro de 2022. O Rela-

mento do quadro regulatório das atividades seguradora e de gestão de fundos de pensões em curso, pretendendo atualizar e aumentar a exigência regulamentar em matéria de conduta de mercado, modernizar e reforçar o modelo de supervisão e harmonizar as soluções previstas em matéria de conduta de mercado com o modelo regulamentar em vigor⁴.

II. A Norma revogou e substituiu a Norma Regulamentar da ASF n.º 10/2009-R, de 25 de junho, cuja última versão foi republicada pela Norma Regulamentar da ASF n.º 2/2013-R, de 22 de janeiro, que estabelecia os princípios gerais a observar pelas empresas de seguros no seu relacionamento com os tomadores de seguros, segurados, beneficiários ou terceiros lesados, em particular quanto à respetiva política de tratamento, à gestão das reclamações que lhes sejam por estes apresentadas, ao provedor do cliente e à política antifraude.

Refletindo a base regulamentar precedente e a opção expressa do regulador, a Norma preserva genericamente as linhas estruturais da Norma Regulamentar n.º 10/2009-R, embora não abranja a matéria da gestão de fraude, que passou a ser regulamentada na Norma Regulamentar n.º 4/2022-R, de 26 de abril, relativa ao sistema de governação das empresas de seguros e de resseguros, e procura salvaguardar a aplicação de diversos requisitos de forma proporcional à natureza, dimensão e complexidade das atividades desenvolvidas, em obediência ao princípio da proporcionalidade⁵.

tório da Consulta Pública n.º 10/2021 tem valor para efeitos interpretativos e encontra-se publicado no site da ASF.

⁴ Cfr. Documento da Consulta Pública n.º 10/2021, pp. 2 e 3.

⁵ O reflexo do princípio da proporcionalidade nas opções regulamentares tomadas foi sumariado pela própria ASF na página 20 do Documento de Consulta Pública n.º 10/2021: “Adicionalmente, cumpre referir que prevaleceu, nas opções regulatórias adotadas, um princípio de proporcionalidade, refletido, em especial, (i) na possibilidade de a função autónoma responsável pela conduta de mercado ser cumulável com a função autónoma responsável pela gestão de reclamações, nos casos em que tal se justifique em função do referido princípio, bem como com o exercício de funções de interlocutor privilegiado, (ii) no facto de as avaliações periódicas e independentes à qualidade, adequação e eficácia das políticas, procedimentos e controlos em matéria de conduta de mercado serem realizados

III. Entre várias opções de significativo reflexo sistemático, a Norma prevê agora expressamente a sua aplicação à atividade de gestão de fundos de pensões, culminando o movimento de convergência já iniciado com a publicação do RJFP⁶ e cessando as dúvidas quanto à aplicabilidade de diversas disposições que resultava do anterior regime esparso e complexo que as entidades gestoras deveriam aplicar na matéria⁷.

pela função de auditoria interna, em alternativa a auditores externos ou entidades terceiras devidamente qualificadas, (iii) na previsão expressa de que o âmbito e periodicidade das avaliações a realizar deve ser proporcional à natureza, dimensão e complexidade dos riscos de conduta associados a cada uma das áreas de negócio, e (iv) na periodicidade trienal fixada em termos mínimos (cf. ponto 2.5. supra)”. Ao longo do presente estudo teremos a possibilidade de abordar cada um dos temas acima enunciados em maior profundidade. Quanto aos reflexos do princípio da proporcionalidade da regulação e supervisão da atividade seguradora: Maria Eduarda Ribeiro, *Competências da Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões em matéria de proteção do consumidor de seguros. Regras de conduta no setor segurador*, “Estudos de Direito do Consumo”, Vol. IV, Almedina, 2023, pp. 167-218, pp. 174 a 178.

⁶ Consoante se pode ler no Documento da Consulta Pública n.º 10/2021, pp. 1 e 9. Em especial, é possível ler a pág. 9: “Destaca-se, como alteração estruturante face ao regime anterior, a extensão do âmbito da norma regulamentar à atividade de gestão de fundos de pensões, passando a abranger as matérias relativas à conduta de mercado, não só das empresas de seguros, mas também das entidades gestoras de fundos de pensões (sociedades gestoras de fundos de pensões e empresas de seguros autorizadas para o efeito)”.

⁷ A opção não é de somenos importância. A atividade de gestão de fundos de pensões pode ser realizada por “entidades gestoras de fundos de pensões”, onde se incluem as sociedades gestoras de fundos de pensões (sociedades constituídas exclusivamente para esse fim ao abrigo do RJFP) e empresas de seguros que explorem legalmente o ramo Vida, cfr. consta do artigo 2.º do RJFP e já era previsto no artigo 32.º/1 do regime pretérito em matéria de constituição e funcionamento dos fundos de pensões e das entidades gestoras de fundos de pensões, estabelecido pelo Decreto-Lei n.º 12/2006 de 20 de Janeiro. Apesar de ambas as atividades estarem genericamente sujeitas à supervisão e regulação do ISP, entretanto redominado ASF por efeito do Decreto-Lei n.º 1/2015, de 6 de janeiro, que aprovou os Estatutos da ASF, a regulação das adesões individuais a fundos de pensões abertos (exatamente onde a questão da conduta de mercado assumiria maior relevância) esteve sob a alçada da CMVM desde a entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 357-A/2007, de 31 de outubro, que transferiu as competências de supervisão e regulamentação de contratos de seguro ligados a fundos de investimento e dos contratos de adesão individual a fundos de pensões abertos, no que respeita aos deveres de conduta impostos na distribuição destes produtos. A opção foi então tomada sob o pretexto de se conseguir por esta via assegurar uma maior coerência do sistema, evitando “[a]ssimetrias na regulação e supervisão de instrumentos

Seguindo o previsto na Lei n.º 35/2018, de 20 de julho, e no artigo 149.º do RJFP, e de modo sistematicamente coerente com o sistema de supervisão financeira português⁸, em geral, no sentido de atribuir poderes de supervisão e de regulamentação à mesma

que exibem nítidas semelhanças do ponto de vista substancial.” e “[a]tenta a proximidade da função que desempenham com a categoria dos instrumentos financeiros, em geral, e dos fundos de investimento, em particular.” (cfr. preâmbulo do Decreto-Lei n.º 357-A/2007, de 31 de outubro). Assim, a Norma Regulamentar n.º 10/2009-R, de 25 de junho excluía expressamente a conduta de mercado na atividade de gestão de fundos de pensões (artigo 2.º, 1). A situação veio a ganhar contornos mais complexos com a publicação da Lei n.º 35/2018, de 20 de julho, e entrada em vigor a 1 de agosto de 2018, que veio alterar, entre outros diplomas e normas, os artigos 14.º, 23.º, 26.º, 29.º, 63.º, 64.º e 65.º do Decreto-Lei n.º 12/2006, onde se fazia referência à CMVM como autoridade de supervisão e regulação em matérias comportamentais relativas às adesões individuais a fundos de pensões abertos. Nesse momento, a CMVM deixou de ter poderes regulamentares na matéria, que deveriam, assim, ser exercidos pela ASF nos termos do artigo 4.º/2 do Decreto-Lei n.º 12/2006, de 20 de Janeiro, mas a Norma Regulamentar n.º 10/2009-R continuava a excluir as atividades de gestão de fundos de pensões, pelo que a matéria ficou sem devido enquadramento até à publicação do RJFP, que introduziu diversas regras em matéria de conduta de mercado no título III, capítulo IV (artigos 145.º a 149.º), em sentido convergente com a disciplina estabelecida no título III, capítulo IV do RJASR (artigos 153.º a 159.º). Apesar de ASF ter competência regulamentar genérica em matéria de fundos de pensões, incluindo quanto a fundos de pensões abertos, desde 1 de agosto de 2018, e de a competência regulamentar em matéria de conduta de mercado ser expressamente atribuída à ASF (artigo 147.º do RJFP) a partir de 24 de julho de 2020 (art. 12.º/2 da Lei n.º 27/2020, de 23 de julho, que aprovou o RJFP), apenas com a introdução e entrada em vigor da nova Norma Regulamentar n.º 7/2022-R a matéria recebeu um tratamento sistemático equivalente ao previsto para a atividade seguradora.

⁸ Reiteramos [cfr. Miguel Duarte Santos, Filipa Nunes Sabrosa, “Notas quanto à nova Norma regulamentar do regime jurídico da distribuição de seguros e de resseguros”, RDFMC, Volume 3 (2021), n.º 12, pp. 947-971, pág. 950, em especial notas 4 e 5] que o artigo 3.º, n.º 2, e) da lei-quadro das entidades administrativas independentes com funções de regulação da atividade económica dos setores privado, público e cooperativo (“lei-quadro”), aprovada em anexo à Lei n.º 67/2013, de 28 de agosto, estabelece que “Por forma a prosseguirem as suas atribuições com independência, as entidades reguladoras devem observar os requisitos seguintes: [...] e) Ter poderes de regulação, de regulamentação, de supervisão, de fiscalização e de sanção de infrações;”. Este modelo de conjugação dos poderes de supervisão e de regulação em sentido estrito a uma mesma entidade é historicamente aplicada em Portugal, sendo hoje seguida no setor segurador [cfr. António Menezes Cordeiro, *Direito dos seguros*, 7.ª ed., revista e atualizada, Almedina, Coimbra (2017), pp. 291 a 325 e 392 a 403], dos mercados e dos instrumentos financeiros [cfr. Paulo Câmara, *Manual de Direito dos Valores Mobiliário*, 3.ª ed., Almedina, Coimbra (2016), pp. 260 a 302] e bancário [António

autoridade⁹, são atribuídos poderes regulamentares alargados na matéria à ASF¹⁰.

IV. A Norma foi publicada em Diário da República a 30 de junho de 2022, tendo entrado em vigor 30 dias após a data da sua publicação, i.e., a 30 de julho de 2022. Foram concedidos às entidades abrangidas 20 dias úteis após a data de entrada em vigor da Norma para comunicar à ASF a designação e um novo provedor (terminando o prazo adicional a 29 de agosto de 2022), caso da aplicação do disposto no artigo 13.º, 3 e 4 resultasse a necessidade de proceder à substituição do provedor (art. 51.º 1) e seis meses a partir da entrada em vigor para assegurar o cumprimento do disposto no capítulo vi¹¹ e no artigo 32.º¹² (art. 51.º/2).

O reporte regular relativo à gestão de reclamações a efetuar nos termos do artigo 27.º e o relatório para efeitos de supervisão comportamental previsto no artigo 29.º tornaram-se devidos a partir de 2023, com referência ao ano anterior. O envio do excerto do relatório de auditoria interna relativo aos resultados da avaliação da eficácia, previsto no artigo 22.º/5, será devido a partir de 2024 (art. 52.º).

Hoje, as matérias relativas ao reporte de informação à ASF encontram-se essencialmente condensadas e desenvolvidas nas Nor-

Menezes Cordeiro, com a colaboração de A. Barreto Menezes Cordeiro, *Direito Bancário*, 6.ª ed., revista e atualizada, Almedina, Coimbra (2016), pp. 1073 a 1124].

⁹ O Direito da UE não impõe a atribuição de poderes de regulação e supervisão, em sentido estrito, sobre determinado setor a uma mesma autoridade de supervisão, embora esta seja a solução aplicada em Portugal e assinalada como comum no plano comparado – neste sentido, Andreas Grünbichler e Patrick Darlap, *Regulation and Supervision of Financial Markets and Institutions – A European Perspective* (2003), pp. 1 a 10, disponível em www.fep.up.pt.

¹⁰ Sobre o ponto, enquadrando as competências da ASF na matéria, Maria Eduarda Ribeiro, “Competências da Autoridade...”, pp. 178 a 193.

¹¹ Que introduz requisitos organizativos e procedimentais relativos à conduta de mercado no âmbito do sistema de governação (artigos 20.º a 22.º).

¹² Este estabelece requisitos quanto à divulgação pública de informação no sítio de internet das empresas de seguros e das sociedades gestoras de fundos de pensões, que abrangem o local, o teor e a sequência da informação a divulgar e que, pela extensão da informação pressuposta, pressupôs uma adaptação completa das entidades sujeitas aquando da divulgação, afigurando-se adequado atribuir um prazo de adaptação mais extenso às entidades para o cumprimento destes requisitos.

mas Regulamentares n.º 4/2023-R e n.º 5/2023-R, respetivamente aplicáveis às empresas de seguros e de resseguros e às sociedades gestoras de fundos de pensões, embora se mantenham aplicáveis as disposições previstas na Norma, integrando o regime respeitante ao reporte.

A Norma vem estabelecer o quadro regulamentar fundamental em matéria de conduta de mercado das empresas de seguros e sociedades gestoras de fundos de pensões e ao tratamento de reclamações pela ASF¹³. Neste contexto, afigura-se relevante dar algum enquadramento quanto ao que se deva ter por “conduta de mercado”. De seguida, afigurar-se-á igualmente relevante abordar e clarificar os âmbitos subjetivo e objetivo de aplicação da Norma. Finalmente, apresentar-se-ão os reflexos sistemáticos da Norma e a sua estrutura, com o que concluiremos o presente ponto e passaremos a analisar o teor da Norma e seus principais reflexos.

1.1. A conduta de mercado

I. Em termos sintéticos, e com vista a uma aproximação ao conceito, “conduta de mercado” poderá ser definida como o conjunto de deveres a que as empresas de seguros e as sociedades gestoras de fundos de pensões estão sujeitas no relacionamento com os clientes (em particular em matéria de publicidade, prestação de informação e comercialização)”¹⁴.

Esta definição tem a vantagem de ser suficientemente ampla para abranger deveres a cumprir pelas entidades perante clientes (pré-contratuais, contratuais ou pós contratuais), mas também

¹³ O ensejo de proceder à regulação da “conduta de mercado” é consistentemente reafirmado ao longo do diploma. Apesar de não termos encontrado uma definição do termo na Norma ou noutros diplomas legais ou regulamentares, este é utilizado enquanto conceito operativo por sete vezes no preâmbulo e trinta e duas vezes ao longo do articulado, bem como noutros diplomas de particular relevância, aos quais aludiremos.

¹⁴ Definição até recentemente dada pela ASF no seu site institucional, consultável in <https://www.asf.com.pt> – Seguros / Legislação / Regulamentação / Regime Institucional; e Fundos de Pensões / Legislação / Regulamentação / Regime Institucional.

deveres organizativos, de transparência e de reporte, assumindo-se como conceito aglutinador um conceito lato de *relacionamento* com os clientes¹⁵.

II. As normas legais e regulamentares aplicáveis em matéria de conduta de mercado têm por objetivo principal a proteção dos tomadores de seguros, segurados e beneficiários de contratos de seguro¹⁶ e dos participantes e dos beneficiários de fundos de pensões¹⁷. Porém, esta proteção não poderá ser efetuada sem que seja tido em consideração o seu potencial impacto na estabilidade dos sistemas financeiros da União Europeia (artigos 23.º do RJASR e 193.º do RJFP)¹⁸. Por outro lado, dependendo dos fins prosseguidos e do âmbito de cada norma material resultante da Norma Regulamentar n.º 7/2022-R, esta poderá ou não atribuir direitos aos clientes ou introduzir normas de proteção de interesses de terceiros, pelo que, além da tutela contraordenacional, a violação de parte das suas normas poderá igualmente implicar a responsabilidade civil das empresas de seguros e sociedades gestoras perante os clientes¹⁹.

¹⁵ Não estão em causa apenas situações jurídicas de natureza obrigacional, de que o cliente possa ser visto como credor, mas situações jurídicas passivas absolutas, que não conferem ao cliente uma posição ativa conexa. Apenas em situações muito específicas o incumprimento de deveres organizativos, de transparência ou de reporte poderia gerar danos aos clientes e configurar-se como fonte de responsabilidade civil extracontratual perante estes, por violação de normas de proteção, nos termos do artigo 483.º/1 do CC.

¹⁶ Este é, aliás, afirmado como o fim principal da supervisão no âmbito da atividade seguradora, nos termos do artigo 22.º do RJASR.

¹⁷ Conforme consta do artigo 192.º do RJFP “O principal objetivo da supervisão consiste na proteção dos direitos dos participantes e dos beneficiários e na garantia da estabilidade e solidez dos fundos de pensões e das entidades gestoras de fundos de pensões”.

¹⁸ Como se pode ler no parágrafo terceiro do preâmbulo, “Sendo o objetivo principal da supervisão a proteção dos tomadores de seguros, segurados e beneficiários, conforme previsto no artigo 22.º do RJASR, bem como dos direitos dos participantes e beneficiários, nos termos do artigo 192.º do RJFP”. Tendo sido omitida a referência à estabilidade financeira das entidades e do setor, nem por isso esta pode deixar de ser prosseguida pela autoridade de supervisão e regulação.

¹⁹ Como já tivemos oportunidade de sustentar no nosso *Breves notas quanto à responsabilidade do segurador por deveres de informação do tomador no seguro de grupo*, RDES (2021), 1-4, 2022, pp. 459-479, pág. 472, nota 45: “... a abertura da modalidade de ilicitude

III. Nos termos do artigo 1.º/1, no que respeita à atividade seguradora, a Norma estabelece as regras (regulamentares) gerais a observar pelas empresas de seguros no seu relacionamento com os tomadores de seguros, segurados, beneficiários ou terceiros lesados, em particular no que respeita à respetiva política de tratamento, à gestão das reclamações que lhes sejam por estes apresentadas, ao provedor do cliente, à política de conceção e aprovação de produtos de seguros e aos acordos entre empresas de seguros, desenvolvendo os artigos 153.º a 158.º do RJASR, inseridos no título III, capítulo IV (“Conduta de mercado das empresas de seguros com sede em Portugal”) do RJASR.

Já conforme disposto no artigo 1.º/2, a Norma estabelece ainda os deveres regulamentares gerais a observar pelas entidades gestoras de fundos de pensões no seu relacionamento com os associados, participantes, contribuintes ou beneficiários, em particular quanto à respetiva política de tratamento e à gestão das reclamações que lhes sejam por estes apresentadas, bem como à política de conceção

da violação de normas de proteção (cfr. António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português, II – Direito das Obrigações*, Tomo III, Coimbra, Almedina, 2010, pp. 448 a 453) abrange as normas em causa, que visam, *inter alia*, a proteção de interesses dos clientes contra a distribuição de produtos desadequados, bem como contra cumprimento defeituoso ou incumprimento de deveres de informação e esclarecimento, não existindo motivo para afastar a aplicabilidade do artigo 483.º/1 neste campo”. De resto, o artigo 483.º/1, segunda parte abrange normas de fonte legal ou de outra fonte (cfr. António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil, VIII*, 2023, 464 a 474, em especial 470 e 473), o que, de resto, tem ganho expressividade na doutrina portuguesa [neste sentido: Adelaide Menezes Leitão, *Normas de Protecção e Danos Puramente Patrimoniais*, Almedina, 2009, pp. 189 e ss.; Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas Ataíde, *Responsabilidade Civil por Violação de Deveres de Tráfego*, Almedina, 2019 (Reimpr.), pp. 1057 a 1059]. Numa perspetiva diversa, não analisando a aplicabilidade do artigo 483.º/1 do CC, Margarida Lima Rego [in *Influência da regulação institucional na contratação de seguros: o impacto do novo regime da distribuição na responsabilidade pré-contratual do distribuidor*, Revista Julgar (2021), 43, pp. 151-172, pp. 167 a 179] sustenta que o regime do erro, que corresponderia à solução tradicional a problemas de inadequação, não soluciona devidamente problemas decorrentes da distribuição de seguros inadequados, na medida em que o cliente perdeu irremediavelmente a oportunidade de contratar um seguro adequado para o período já decorrido. Para a mencionada autora, a solução judicial mais evidente seria o recurso à responsabilidade pré-contratual, determinando-se a indemnização em função do interesse contratual positivo.

e aprovação de fundos de pensões abertos de adesão individual e ao provedor dos participantes e beneficiários para as adesões individuais a fundos de pensões abertos, nos termos e para os efeitos dos artigos 141.º, 142.º [Título III, Capítulo III, Secção IV, Subsecção IV (“Provedor dos participantes e beneficiários”)] e 145.º a 148.º [Título III, Capítulo IV (“Conduta de mercado das entidades gestoras”)] do RJFP.

As normas do RJASR e do RJFP supramencionadas corresponderão, assim, ao quadro legal habilitante que a Norma pretende regulamentar, concretizando, em parte, as soluções aí previstas²⁰. A Norma vai mais longe, porém, estabelecendo, para efeitos de aplicação e supervisão dos regimes de conduta de mercado previstos nas normas do RJASR e do RJFP acima mencionadas e da própria Norma, os procedimentos aplicáveis ao interlocutor perante a Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões (ASF), os princípios aplicáveis à conduta de mercado no âmbito do sistema de governação e os requisitos aplicáveis ao reporte para efeitos de supervisão comportamental e à divulgação pública de informação (art. 1.º, 3) e o procedimento de tratamento das reclamações apresentadas à ASF contra empresas de seguros e sociedades gestoras de fundos de pensões pelos seus clientes.

A Norma não procede, porém, à condensação de todas as normas regulamentares da ASF em matéria de conduta de mercado, consoante teremos oportunidade de abordar *infra* e, muito menos, de todas as normas legais e regulamentares que pudessem cair dentro do conceito alargado de conduta de mercado, nos termos acima indicados²¹.

²⁰ Além do referido artigo 1.º, 1 e 2, esta pretensão vem enunciada no parágrafo terceiro do preâmbulo.

²¹ Com efeito, o conjunto de deveres a que as empresas de seguros e as sociedades gestoras de fundos de pensões estão sujeitas no relacionamento com os clientes (em particular em matéria de publicidade, prestação de informação e comercialização) *excede* em muito as soluções resultantes dos artigos 153.º a 158.º do RJASR e dos artigos 141.º, 142.º e 145.º a 148.º do RJFP, ou as matérias introduzidas na Norma.

Numa perspetiva lata e numa enumeração não exaustiva, cabem na “conduta de mercado” os seguintes diplomas legais e de Direito da União Europeia: os artigos 14.º a 15.º-B, 18.º a 23.º e 27.º a 37.º do RJCS; o artigo 25.º da DDS; o Regulamento Delegado (UE) 2017/2358

1.2. Os “Clientes” abrangidos pelo âmbito de proteção da Norma

A Norma define como clientes, “os tomadores de seguros, segurados, beneficiários²² e terceiros lesados, no âmbito da atividade seguradora, bem como os associados, contribuintes, participantes e beneficiários, no âmbito da atividade de gestão de fundos de pensões” [art. 3.º/1/a)].

Embora a Norma Regulamentar n.º 10/2009-R não definisse o que se devesse ter por “clientes”, o universo de pessoas abrangidas pelo regime pretérito já se encontrava delimitado, no âmbito dos seguros, de forma correspondente à prevista na nova Norma, desde logo nos termos do artigo 1.º do pretérito diploma, segundo o qual este visava “[e]stabelecer os princípios gerais a observar pelas empresas de seguros no seu relacionamento com os tomadores de seguros, segurados, beneficiários ou terceiros lesados...”, mas também ao longo de todo o diploma, em que a fórmula delimitadora era repetida.

Numa leitura apressada do diploma, exclusivamente assente na letra das normas, estariam fora do âmbito de proteção conferido direta ou indiretamente potenciais “clientes”, não mencionados ao

da Comissão de 21 de setembro de 2017 que complementa a DDS no que diz respeito aos requisitos de supervisão e governação de produtos aplicáveis às empresas de seguros e aos distribuidores de seguros; os artigos 27.º, 28.º, 30.º a 33.º, 37.º e 40.º a 46.º do RJDSR; o artigo 4.º, c) da Lei n.º 46/2006, de 28 de Agosto (proíbe e pune a discriminação em razão da deficiência e da existência de risco agravado de saúde); os artigos 1.º a 3.º da Lei n.º 75/2021, de 18 de novembro (lei do esquecimento); o Decreto-Lei n.º 384/2007, de 19 de novembro (Criou o dever de informação do segurador ao beneficiário dos contratos de seguros de vida, de acidentes pessoais e das operações de capitalização com beneficiário em caso de morte, bem como um registo central destes contratos de seguro e operações de capitalização); a Lei 14/2008, de 12 de março (Proíbe e sanciona a discriminação em função do sexo no acesso a bens e serviços e seu fornecimento); o Decreto-Lei n.º 95/2006, de 29 de maio (regime jurídico aplicável aos contratos à distância relativos a serviços financeiros celebrados com consumidores); o Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro (regime das cláusulas contratuais gerais); o Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de março (lei das práticas comerciais desleais); a Lei n.º 24/96, de 31 de julho (lei de defesa do consumidor) ou o próprio RGPD.

²² Quanto beneficiário nos seguros de pessoas, vide o nosso *O beneficiário nos seguros de pessoas*, RCR/VII, 25 (2016), Almedina, Coimbra, 2016, consultável in www.concorrenca.pt.

longo do texto. No que respeita à atividade seguradora, não estariam igualmente abrangidas pessoas seguras ou terceiros com direitos ressalvados no contrato. A limitação aparentemente efetuada não se afigurava compreensível perante o regime pretérito, tal como não se afiguraria hoje.

Em primeiro lugar, o objetivo da Norma é a proteção dos clientes com quem as entidades se relacionem, estipulando-se regras quanto à política de tratamento, à gestão de reclamações e à divulgação de informação ao público. Todas estas matérias implicam a ponderação de interesses das diversas partes com quem as entidades se relacionem, desde momento prévio ao início de negociações até ao termo do contrato eventualmente celebrado, e após. Não se afiguraria justificado, por exemplo, exigir que a política de tratamento prevísse o tratamento dos dados pessoais recolhidos junto dos clientes ou o estabelecimento dos mecanismos necessários para assegurar que não seriam comercializados pela empresa de seguros produtos de seguros com características desajustadas face ao perfil e às necessidades dos respetivos tomadores de seguros ou segurados²³, sem que o âmbito de proteção das disposições da Norma relativas aos deveres de informação, ou à aceitação e gestão de reclamações, não acompanhassem tal âmbito.

Em segundo lugar, afigurar-se-ia incompreensível, do ponto de vista sistemático e teleológico, que a Norma abrangesse tomadores de seguro, segurados ou beneficiários que sejam pessoas coletivas ou que não atuem no contrato como consumidores²⁴, bem como

²³ Ou, no caso dos fundos de pensões, exigir o estabelecimento dos mecanismos necessários para assegurar que não seriam constituídos fundos de pensões e contratualizadas adesões coletivas ou individuais pela entidade gestora com características desajustadas face ao perfil e às necessidades, consoante aplicável, dos respetivos associados, contribuintes ou participantes, incluindo a definição de perfis padronizados para os quais determinado produto, fundo ou adesão fosse, em geral, considerado desadequado.

²⁴ Sobre o conceito de consumidor nos seguros, Francisco Rodrigues Rocha, *Proteção do Consumidor no Direito dos Seguros. Algumas Notas*, RDFMC 3 (2021) 799-842]; Filipe Albuquerque Matos, *O estatuto de Consumidor no regime Português do Contrato de Seguro*, “Estudos de Direito do Consumo”, Vol. II, Almedina. 2023, pp. 625-664.

terceiros lesados, e não estender tal proteção a pessoas seguras²⁵ ou terceiros com direitos ressalvados no contrato²⁶, tanto ou mais carentes de proteção²⁷.

²⁵ Figura específica dos seguros de pessoas, correspondente à pessoa em cuja esfera jurídica ocorrerá o risco primário ou humano, cumprindo uma função semelhante à coisa segura no âmbito dos seguros de danos (Margarida Lima Rego, *Contrato de Seguro e Terceiros – Estudo de Direito Civil*, Coimbra Editora, 2010, pp. 48 e ss.; seguida por António Menezes Cordeiro, *Direito dos Seguros*, pág. 477). Naturalmente, é relevante à pessoa segura o conhecimento da celebração do contrato por terceiros e a avaliação do interesse no seguro, designadamente de modo a evitar a criação de incentivos à provocação de sinistros (Maria Elisabete Gomes Ramos, *O Contrato de Seguro entre a Liberdade Contratual e o Tipo*, Almedina, 2021, pág. 105 e notas, em especial nota 432), motivo pelo qual, no seguro de vida, a pessoa segura que não seja beneficiária tem de dar o seu consentimento para a cobertura do risco, salvo quando o contrato resulte do cumprimento de disposição legal ou de instrumento de regulamentação coletiva de trabalho (art. 43.º/3 do RJCS), o que pode ser considerado um requisito adicional ao do interesse (Margarida Lima Rego, *O seguro por conta de outrem*, Temas de Direito dos Seguros, 2.ª edição, Almedina, 2016, pág. 262). Acompanhando esta lógica, exige-se o acordo da pessoa segura para a alteração do beneficiário quando esta tenha assinado, juntamente com o tomador do seguro, a proposta de seguro de que conste a designação beneficiária ou quando tenha sido a própria pessoa segura a designar o beneficiário (art. 199.º/4 do RJCS), exigindo-se, nos demais casos, a comunicação da alteração do beneficiário à pessoa segura. Atenta a relevância e os potenciais perigos advenientes do seguro, afigura-se natural estender à pessoa segura a proteção conferida pelas normas de conduta de mercado.

²⁶ Os terceiros com direitos ressalvados no contrato são expressamente referidos nos artigos 55.º, 91.º e 108.º do RJCS, embora não conste uma definição do que se deva considerar terceiro com direitos ressalvados no contrato, o que tem gerado algumas dúvidas interpretativas quanto a quem seja enquadrável nessa posição, designadamente nos seguros de vida [vide Margarida Lima Rego, “*Contrato de Seguro e Terceiros ...*”, pp. 849 e ss.; Arnaldo Costa Oliveira, anotação ao artigo 91.º, *Lei do Contrato de Seguro anotada*, Pedro Romano Martinez et al., 4.ª edição, Almedina, Coimbra, 2020, pp. 354-359; Pedro Romano Martinez, Anotação ao artigo 108.º. “*Lei do Contrato...*”, cit, pp. 407-408]. As referidas disposições salvaguardam, sob certas circunstâncias, a posição destes titulares em caso de mora no pagamento do prémio de seguro e a prestação de informação em caso de alterações contratuais que os possam prejudicar e de cessação do contrato. Também aqui se afigurará natural assegurar que a conduta da empresa de seguros obedece aos requisitos definidos na Norma.

²⁷ Como explica Francisco Rodrigues Rocha in “*Proteção do Consumidor...*”, cit., a pp. 807 a 810, no seguro, o sujeito mais vulnerável não tem de ser forçosamente o tomador ou, de forma geral, outras titulares de outras posições na relação de seguro que pudessem ser, de forma mais ou menos evidente, ser reconduzidos ao conceito de “consumidor”. Tal teria

Assim, uma leitura materialmente sustentada da Norma implica que o âmbito de proteção abrangia potenciais clientes, bem como pessoas seguras e terceiros com direitos ressalvados no contrato²⁸.

Tal significa que as entidades abrangidas deverão ter em conta todos estes “clientes” na estruturação e implementação das políticas, procedimentos e outra documentação²⁹ necessária ao cumprimento dos deveres impostos pela Norma.

1.3. Âmbito subjetivo

I. A Norma é aplicável às empresas de seguros com sede em Portugal e às sucursais de empresas de seguros de um país terceiro, bem como a sucursais de empresas de seguros com sede em outro Estado membro da União Europeia e a empresas de seguros com sede em outro Estado membro da União Europeia que exerçam atividade em regime de livre prestação de serviços [artigo 2.º/1, a) e d)].

II. O conceito de “empresas de seguros” aqui utilizado abrange pessoas coletivas com sede em Portugal e que tenham recebido uma autorização administrativa para o exercício da atividade seguradora [artigos 2.º/1, a) e 5.º/1, a) do RJARS]. Estas são entidades do setor financeiro que têm por objeto exclusivo o exercício da atividade seguradora, bem como as operações dela diretamente decorrente,

justificado a preferência pela enumeração de posições abrangidas pelo âmbito de proteção de normas específicas previstas no RCJS. Aditamos, julgando que no mesmo sentido, que a enumeração não é fechada, quer no RJCS quer na Norma Regulamentar n.º 7/2022-R.

²⁸ Melhor teria sido não definir “clientes” nem enumerar posições jurídicas, indicando apenas que a Norma estabelece as regras gerais a observar pelas empresas de seguros e pelas entidades gestoras de fundos de pensões no seu relacionamento com potenciais clientes, clientes e quaisquer outros titulares de posições jurídicas derivados da distribuição e funcionamento dos seus produtos, ou com estas conexas.

²⁹ Como sejam os regulamentos de funcionamento aplicáveis à gestão de reclamações e ao provedor, as avaliações de eficácia em matéria de conduta de mercado ou os reportes a efetuar à autoridade de supervisão.

com exclusão de qualquer outra atividade comercial (art. 47.º/1 do RJASR), podendo consistir, nos termos do regime jurídico português, em sociedades anónimas de seguros (artigos 50.º e seguintes do RJASR) ou mútuas de seguros (artigos 58.º e 59.º do RJASR)³⁰.

III. A autorização de constituição de sucursais de empresas de seguros de um país terceiro está sujeita a requisitos próximos dos definidos para a autorização de constituição de empresas de seguros, sendo aplicável àquelas entidades, com as necessárias adaptações, o regime geral aplicável às empresas de seguros e de resseguros com sede em Portugal, exceto quanto esteja previsto regime especial ou quando, por natureza, não lhes possa ser extensível (artigos 214.º a 233.º do RJASR). Entre os regimes aplicáveis a lei inclui expressamente o capítulo IV do título III do RJASR, quanto à conduta de mercado³¹.

IV. A sujeição à Norma das sucursais de empresas de seguros com sede em outro Estado membro da EU ou em país terceiro e das empresas de seguros com sede em outro Estado membro da UE que exerçam atividade em Portugal em regime de livre prestação de serviços afigura-se mais complexa, carecendo de algum enquadramento.

Os artigos 14.º e 15.º da Diretiva Solvência II dispõem que as empresas de seguros que pretendam estabelecer a sua sede num determinado Estado-Membro da EU obtenham autorização prévia para o efeito junto das autoridades de supervisão desse Estado-Membro, e que as autorizações concedidas valham em toda a EU, no exercício do direito de estabelecimento e da liberdade de prestação de serviços. Conexo com o princípio da autorização pelo Estado-Membro de origem, define-se que é da competência exclusiva do Estado-Membro de origem a supervisão financeira de empresas de seguros e de resseguros, incluindo a supervisão das atividades por

³⁰ Quanto às empresas de seguros, António Menezes Cordeiro, *Direito dos Seguros*, pp. 177 e ss..

³¹ Cfr. artigo 232.º/1 e 2/g) do RJASR.

elas exercidas através de sucursais ou ao abrigo da liberdade de prestação de serviços (cfr. artigo 30.º/1 da Diretiva Solvência II). Tal não implica que não existam condições de interesse geral a que o exercício da atividade deva obedecer no Estado-Membro de acolhimento.

Nos termos do artigo 200.º/3 do RJASR, são sempre consideradas como condições fundadas em razões de interesse geral a que as sucursais de empresas de seguros da EU devem obedecer no exercício da atividade seguradora em Portugal as constantes do capítulo IV do título III do RJASR e respetiva regulamentação. A sujeição é expressamente estendida ao exercício através de livre prestação de serviços, cfr. artigo 241.º do RJASR³².

X. Embora tal não resulte expreso da Norma, esta também virá a ser aplicável às associações mutualistas que preencham os requisitos definidos no artigo 136.º do Código das Associações Mutualistas, aprovado em anexo ao Decreto-Lei n.º 59/2018, de 2 de agosto, findo o período transitório de 12 anos neste estabelecido, nos termos do artigo 33.º-A/a) e c) da Lei n.º 147/2015, de 9 de setembro, aditado pela Lei n.º 7/2019, de 16 de Janeiro, que sujeitam estas entidades ao disposto no Título III do RJASR, bem como à regulamentação e ao direito da União Europeia que complementem o RJASR na parte aplicável.

VI. A Norma é aplicável às entidades gestoras de fundos de pensões autorizadas em Portugal³³ e às instituições de realização de planos de pensões profissionais³⁴ autorizadas ou registadas em

³² Enquadrando a matéria, Maria Eduarda Ribeiro, “Competências da Autoridade...”, pp. 198 a 201.

³³ Sejam sociedades gestoras de fundos de pensões ou empresas de seguros que se encontrem autorizadas a desenvolver atividades de gestão de fundos de pensões (art. 3.º do RJFP).

³⁴ Que o artigo 4.º/y) do RJFP define como “[a] instituição, independentemente da sua forma jurídica, que funcione em regime de capitalização, distinta de qualquer associado ou de um ramo de atividade, que tenha por objeto assegurar benefícios de reforma no contexto de uma atividade profissional e que exerça atividades que decorram diretamente de acordo ou contrato celebrado: i) Individual ou coletivamente entre o empregador ou empregadores e o trabalhador ou trabalhadores por conta de outrem, ou entre os seus representantes; ou

outro Estado membro da UE que exerçam atividade transfronteiras em que a relação entre o associado e os participantes e os beneficiários seja regida pela legislação social e laboral portuguesa [artigo 2.º, 1/e) e f) e 3, c)].

Esta extensão vem harmonizar as normas regulamentares de conduta de mercado a cumprir por empresas de seguros no exercício da atividade seguradora e no de gestão de fundos de pensões, simplificando a implementação e execução das normas a nível organizativo e procedimental. Já no que se refere às sociedades gestoras de fundos de pensões, o regime a aplicar é clarificado, introduzindo certeza quanto aos requisitos e deveres a conhecer, implementar e aplicar pelas entidades e culminando o processo de (re)concentração dos poderes de regulamentação e supervisão na ASF. Apenas no futuro será possível compreender os benefícios e custos desta aproximação.

VII. A aplicabilidade da Norma a entidades gestoras sediadas em Portugal não suscitará perplexidades. Mais complexa afigura-se a aplicabilidade a IRPPPs sediadas noutros Estados-Membros da UE.

Nos termos do artigo 11.º da Diretiva IRPPP, as IRPPP de um Estado-Membro da UE que pretendam exercer atividade noutro Estado-Membro apenas ficam sujeitas a disposições da legislação social e laboral aplicáveis no domínio dos planos de pensões profissionais, nos termos das quais o plano de pensões que é objeto da contribuição de uma empresa no Estado-Membro de acolhimento deve ser gerido, e às exigências de informação do Estado-Membro de acolhimento previstas em sede de transposição do título IV da Diretiva IRPPP que sejam aplicáveis às atividades transfronteiriças. Antes de uma IRPPP iniciar o exercício de atividades transfronteiriças, a autoridade competente do Estado-Membro de acolhimento deve informar a autoridade competente do Estado-Membro de origem quanto a tais disposições.

ii) Com trabalhadores independentes, individual ou coletivamente, de acordo com o direito dos Estado-Membros de origem e de acolhimento”.

As normas de conduta de mercado não se afiguram naturalmente reconduzíveis a disposições de legislação laboral e transcendem o âmbito das normas de transposição do título IV³⁵ da Diretiva IRPPP. Resta uma possível recondução da matéria à legislação social nacional. Na arquitetura do Direito da União Europeia, quer os planos de pensões quer o próprio setor segurador são vistos e tratados como segurança social privada e, como tal, as normas atinentes ao respetivo exercício serão passíveis de qualificação como legislação social, em sentido amplo. Teoricamente, será sustentável que as normas aplicáveis no domínio dos planos de pensões profissionais, incluindo as normas de conduta de mercado a cumprir no exercício da atividade de gestão de fundos de pensões, sejam passíveis de recondução ao âmbito da legislação social nacional³⁶.

Porém, o legislador nacional não previu norma similar aos artigos 200.º/3 e 241.º do RJASR, faltando enquadramento legal expresso à aplicabilidade das normas de conduta de mercado nacionais ao exercício da atividade de gestão de fundos de pensões em Portugal, seja por entidades gestoras portuguesas ou de outros Estados-Membros da eu. Tal aplicabilidade não vem prevista no RJFP, no que respeita à gestão de fundos de pensões³⁷, e também não se encontra refletida na lista de requisitos a observar por parte de uma IRPPP situada noutro Estado-Membro que pretenda gerir um plano de pensões nacional³⁸, a qual, de todo o modo, carece de atualização³⁹.

³⁵ O título IV da Diretiva IRPPP respeita apenas a deveres de informação a cumprir pelas entidades gestoras e encontra-se transposto diretamente no RJFP. Como tal, a matéria tem um âmbito mais limitado que as normas de conduta de mercado e é aplicável por via de outra fonte.

³⁶ Não se pretende tomar posição na matéria, mas apenas indicar possíveis vias de fundamentação jurídica da admissibilidade da extensão do âmbito de aplicação da Norma Regulamentar 7/2022-R a IRPPPs sediadas noutros Estados-Membros.

³⁷ O RJFP aplica-se “Às instituições de realização de planos de pensões profissionais registadas ou autorizadas em outro Estado-Membro, nos termos previstos no título VII” [artigo 2.º, c)] do qual não resulta a aplicação dos artigos 145.º a 149.º do RJFP a tais IRPPPs.

³⁸ A lista, que pode ser encontrada em www.asf.com.pt, foi consultada por nós pela última vez a 04.12.2023, estando o presente texto atualizado a essa data.

³⁹ Note-se que o próprio documento em que a lista é divulgada alude à “... Directiva 2003/41/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de Junho, sobre as actividades e a super-

A aplicação da Norma Regulamentar n.º 7/2022-R a IRPPP é assim introduzida pela própria Norma, o que levanta problemas, designadamente no que respeita à cognoscibilidade da sujeição à Norma por parte das IRPPPs situadas noutro Estado-Membro^{40/41}.

VIII. Note-se que a consagração das normas de conduta de mercado enquanto condições de interesse geral e a aplicação do regime relativo à comunicação das normas entre autoridades de supervisão é tanto mais relevante quanto se considere que, embora as normas de conduta de mercado prossigam essencialmente fins de proteção dos “clientes”, não serão qualificáveis como normas de aplicação imediata, nos termos e para os efeitos do Regulamento (CE) n.º593/2008, de 17 de junho de 2008, sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I)⁴².

visão das instituições de realização de planos de pensões profissionais (designadas por “IRPPPs”), transposta para o ordenamento jurídico interno pelo Decreto-Lei n.º 12/2006, de 20 de Janeiro.”. Contudo, a Diretiva 2003/41/CE foi revogada e substituída pela Diretiva (UE) 2016/2341 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de dezembro de 2016, relativa às atividades e à supervisão das instituições de realização de planos de pensões profissionais (IRPPP) e o Decreto-Lei n.º 12/2006, de 20 de janeiro foi revogado pela Lei n.º 27/2020, de 23 de junho, que aprovou em anexo o novo (atual) regime jurídico da constituição e do funcionamento dos fundos de pensões e das entidades gestoras de fundos de pensões.

⁴⁰ Isto, sem prejuízo de a ASF poder comunicar a aplicabilidade da Norma nos termos do artigo 184.º do RJFP, como integrando as disposições da legislação social e laboral relevantes no domínio dos planos de pensões profissionais nos termos das quais deve ser gerido o plano de pensões.

⁴¹ Note-se que o tema sofreu grandes desenvolvimentos a nível de Direito da União Europeia e nacional nos últimos vinte anos. Quanto ao regime então vigente no que respeita aos fundos de pensões, vide Arnaldo Filipe da Costa Oliveira, *Fundos de pensões, estudo jurídico*, Almedina, 2003, pp. 55 a 58. Com apontamentos relevantes quanto ao atual regime, Francisco Rodrigues Rocha, *Fundos de pensões e pagamento de reformas a administradores. Reflexões a propósito do acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 14 de Setembro de 2021*, RDFMC 3 (2022) 685-712, pp. 697 a 712, indicando doutrina em matéria de fundos de pensões a pp. 697 e 698, nota 28.

⁴² Quanto às normas de aplicação imediata no Regulamento Roma I, ver Luis Lima Pinheiro, *O novo Regulamento comunitário sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I) – Uma introdução*, in ROA, 68 (2008), pp. 575-650, pp. 641 a 645. Como explicado pelo autor citado, as normas em causa ligar-se-ão à validade do contrato estabelecido, ou, na formulação de “... as normas internacionalmente imperativas a ter em conta são apenas

1.4. Âmbito espacial

I. Como referido, o artigo 200.º, 3 do RJSR qualifica as normas previstas no Capítulo IV do título III do RJSR, bem como na regulamentação desta, condições fundadas em razões de interesse geral, o que significa que o exercício da atividade seguradora em Portugal deve ser realizado com observância destas normas, mesmo quando efetuado por sucursais de empresas de seguros de outros Estados membros da União Europeia ou diretamente por tais empresas, no regime de livre prestação de serviços (art. 241.º do RJSR).

II. A Norma aplica-se ao exercício da atividade seguradora em território português, considerando-se como tal a atividade referente a produtos ou serviços em relação aos quais Portugal seja o Estado membro do compromisso, na aceção da alínea do artigo 5.º/1/p) do RJSR⁴³, ou cujos riscos cobertos se situem em Portugal, de acordo com a alínea artigo 5.º/1/ o) do RJSR⁴⁴.

as que determinem que a execução do contrato é ilegal.” (cfr. Maria Helena Brito, Direito aplicável aos contratos internacionais de seguros, pág. 830. “Liber Amicorum Pedro Pais de Vasconcelos”, “Revista de Direito Comercial” (2020), pp. 735-838, pág. 830, consultável in www.revistadedireitocomercial.com). O artigo 9.º, n.º 1 do RJCS estabeleceu expressamente serem normas de aplicação imediata as disposições imperativas em matéria de contrato de seguro que tutelem interesses públicos, designadamente de consumidores ou de terceiros, o que faculta algum suporte à discussão acerca da qualificação destas normas como de aplicação imediata [quanto ao artigo 9.º do RJCS, vide, por todos, Arnaldo Costa Oliveira, anotação ao artigo 9.º, Lei do Contrato de Seguro ...], pp. 62-65; quanto à proteção do consumidor no Direito dos Seguros vide, por todos, Francisco Rodrigues Rocha, *Proteção do Consumidor no Direito dos Seguros. Algumas Notas*, cit.. Questão diferente é reconduzir disposições contidas em normas regulamentares, cujo incumprimento não afetará a validade dos contratos, a normas de aplicação imediata.

⁴³ Esta norma, aplicável aos seguros do ramo vida, estabelece que o Estado membro do compromisso será aquele em que se situe a residência habitual do tomador do seguro ou, caso se trate de uma pessoa coletiva, o estabelecimento do tomador do seguro a que o contrato ou a operação dizem respeito.

⁴⁴ O local da situação do risco é o elemento de conexão preferencial para seguros de ramo não vida, sendo que este será i) O Estado membro onde se encontrem os bens, caso o seguro respeite a imóveis ou a móveis e ao seu conteúdo, na medida em que este último esteja coberto pelo mesmo contrato de seguro; ii) Estado membro em que o veículo se encontra matriculado, sempre que o seguro respeite a veículos de qualquer tipo; iii) Estado membro

A Norma é aplicável ao exercício da atividade de gestão de fundos de pensões constituídos em Portugal, nos termos do RJFP. É também aplicável ao exercício da atividade relativa a um plano de pensões profissional em que a relação entre o associado, os participantes e os beneficiários seja regida pela legislação social e laboral portuguesa [art. 2.º, 1, f)]. Neste último caso, é excecionado o disposto no capítulo III, secção II (relativo ao provedor do cliente) e no capítulo vi (conduta de mercado no âmbito do sistema de governação)⁴⁵, com as especificações previstas na Norma.

Resulta do exposto que a Norma aplica-se às atividades de seguros e de gestão de fundos de pensões desenvolvidas em território nacional, neste último caso com exceções relevantes. O âmbito da extensão e a sua efetividade, no que respeita a IRPPPs, poderá todavia conhecer problemas de aplicação prática, considerando a omissão da extensão de aplicabilidade das normas de conduta de mercado à atividade de IRPPPs no RJFP e à referida dificuldade de recondução das normas de conduta de mercado às exceções do artigo 11.º da Diretiva IRPPP.

Considerando a extensão de aplicação, estabelece-se igualmente que o capítulo VIII, relativo ao tratamento de reclamações pela ASF, se aplica à atividade exercida em território português pelas entidades supervisionadas pela ASF (art. 2.º/ 4 da Norma).

III. O capítulo VI, relativo à conduta de mercado no âmbito do sistema de governação, abrange a totalidade da atividade exercida pelas empresas de seguros e entidades gestoras com sede em Portugal e pelas sucursais de empresas de seguros de países terceiros

em que o tomador do seguro tiver celebrado o contrato, no caso de um contrato de duração igual ou inferior a quatro meses relativo a riscos ocorridos durante uma viagem ou férias, qualquer que seja o ramo em questão; ou iv) nos casos não referidos nas sublinéas anteriores, o Estado membro em que se situe a residência habitual do tomador do seguro ou, caso se trate de uma pessoa coletiva, o estabelecimento do tomador do seguro a que o contrato diz respeito.

⁴⁵ O capítulo VI respeita ao sistema de governação e introduz requisitos que, em bom rigor, fazem parte de matéria prudencial, cabendo a regulação e supervisão ao Estado-Membro de origem, e não ao regulador e supervisor português.

(art. 2.º/3 da Norma). Quer isto dizer que o sistema de governação em matéria de conduta de mercado deve abranger as atividades desenvolvidas por entidades autorizadas em Portugal⁴⁶ em qualquer área geográfica em que tenham intervenção. Parece, contudo, que não se afiguraria necessário o artigo 2.º/3 da Norma, na medida em que as referidas entidades se encontram genericamente sujeitas a este diploma.

Quanto às entidades às quais não será aplicável o capítulo VI a exclusão encontra-se expressamente prevista no artigo 2.º/1/b), c) e f) da Norma. Serão estas as sucursais de empresas de seguros com sede em outro Estado membro da UE, as empresas de seguros com sede em outro Estado membro da UE que exerçam atividade em Portugal em regime de livre prestação de serviços e as IRPPPs autorizadas ou registadas noutro Estado membro.

1.5. Âmbito objetivo

I. A Norma regulamenta as matérias previstas em termos gerais pelos artigos 153.º e seguintes do RJASR e 145.º do RJFP, em matéria de princípios gerais de conduta de mercado, política de tratamento, acordos entre empresas de seguros, gestão de reclamações e provedor do cliente. Todavia, vai mais longe e regulamenta diversas matérias ligadas ao sistema de governação relacionado com a conduta de mercado, como seja o dever de implementação da nova função autónoma de conduta de mercado e de reporte.

Como novidade relevante, são agora disciplinadas as regras e procedimentos a tomar no âmbito do tratamento de reclamações por parte da ASF⁴⁷.

⁴⁶ Ao que são equiparáveis as empresas de seguros de países terceiros, considerando o seu regime específico de autorização definido nos artigos 299.º a 302.º do RJASR.

⁴⁷ A matéria é tratada nos artigos 33.º a 41.º da Norma, onde são estabelecidos requisitos e procedimentos quanto ao objeto e âmbito do tratamento de reclamações por parte da ASF, os princípios, meios de comunicação requisitos e prazos das reclamações e respostas, a tramitação e a extinção do procedimento. Do ponto de vista das entidades sujeitas à aplicação da Norma, as alterações mais relevantes advirão da definição do Portal do Consumidor

II. A abrangência das matérias tratadas implica a interação da Norma com outra regulamentação, da ASF e dos órgãos competentes da União Europeia. Nesta medida, a Norma reflete a sua integração sistemática com a Norma Regulamentar n.º 8/2016-R, de 16 de agosto (prestação de informação à ASF); a Norma Regulamentar n.º 11/2020-R, de 3 de novembro (prestação de informação à ASF por SGFPs e IRPPPs); a Norma Regulamentar n.º 4/2022-R, de 31 de maio (sistema de governação de empresas de seguros); a Norma Regulamentar n.º 7/2007-R, de 17 de maio (governação de fundos de pensões); e o Regulamento Delegado (UE) n.º 2017/2358, de 21 de setembro de 2017 (relativo à política de conceção a aprovação de produtos de seguros).

III. A Norma não regulamenta algumas matérias relevantes objeto das disposições gerais do RJASR e do RJFP, como seja a publicidade⁴⁸ e a política de conceção e aprovação de pro-

– Operadores como meio de contacto privilegiado com a ASF (art. 34.º/4) e da definição do prazo para resposta fundamentada à ASF (art. 38.º/4). De notar ainda que, não sendo a reclamação liminarmente arquivada, a ASF deve informar o reclamante da abertura do procedimento, bem como de um código e senha de acesso que permitem obter informação sobre o estado do procedimento na área reservada para o efeito no Portal do Consumidor (art. 38.º/5).

⁴⁸ As disposições específicas regulamentares em matéria de publicidade de seguros encontram-se ainda hoje previstas na Norma Regulamentar n.º 3/2010-R, de 18 de março, e que tem um âmbito de aplicação similar ao definido quanto à Norma Regulamentar n.º 7/2022-R. Embora a matéria da publicidade seja objeto de múltiplas fontes, que deverão ser conjugadas (quanto a estas vide Francisco Rodrigues Rocha, “Protecção do Consumidor ...”, pp. 816 e 817), destacamos a manutenção da exclusão de aplicação da referida Norma Regulamentar n.º 3/2010-R à publicidade quanto a contratos de seguro ligados a fundos de investimento e quanto a adesões individuais a fundos de pensões abertos e aos fundos de pensões abertos que permitam exclusivamente adesões individuais, prevista no seu artigo 2.º/2. A manutenção da exclusão tornou-se sistematicamente incompreensível com a entrada em vigor da Lei n.º 35/2018, que resultou na subtração destas matérias ao âmbito regulamentar da CMVM, resultando na aplicação de um regime menos exigente para produtos que serão precisamente os mais complexos e, como tal, mais carecidos de aplicação de normas que garantam a prestação de informação de modo leal e transparente. A ASF não descartou uma futura revisão da Norma Regulamentar n.º 3/2010-R (Relatório da Consulta Pública n.º 10/2021, pp. 8 e 9). Será ocasião para corrigir a situação apontada, prevendo as disposições consideradas especificamente adequadas.

duto⁴⁹. Também ficam excluídas da “condensação” operada pela Norma as matérias da gestão de fraude⁵⁰; do registo central de contratos de seguro de vida, de acidentes pessoais e de operações de capitalização com beneficiários em caso de morte⁵¹; da obtenção e elaboração dos dados atuariais e estatísticos de base no caso de eventuais diferenciações em razão do sexo nos prémios e prestações individuais de seguros e de fundos de pensões; de divulgação de informação sobre comissões e rendibilidade; e do pagamento direto de pensões por fundos de pensões.

IV. Traduzindo o esforço de condensação e ressystematização da regulamentação de conduta de mercado, a Norma revogou a Norma Regulamentar n.º 10/2009-R, de 25 de junho (anterior norma regulamentar geral de conduta de mercado), a Circular n.º 9/2009, de 5 de agosto (interlocutor perante ASF); a Circular n.º 8/2010, de 27 de maio (reporte de gestão de reclamações) e os artigos 37.º e 38.º da Norma Regulamentar n.º 7/2007-R, de 17 de maio (relativas ao provedor de fundos de pensões).

V. A Norma revogou ainda os artigos 28.º/2 e 33.º/2/e) e f) e o anexo V da Norma Regulamentar n.º 8/2016-R, de 16 de agosto

⁴⁹ Os requisitos aplicáveis à política de conceção e aprovação de produtos de seguros encontram-se estabelecidos no Regulamento Delegado (UE) n.º 2017/2358 da Comissão de 21 de setembro de 2017, que complementa a DDS no que respeita aos requisitos de supervisão e governação de produtos aplicáveis às empresas de seguros e aos distribuidores de seguros, remetendo-se expressamente para o referido regime. A legislação e regulamentação nacional limitou-se a remeter para o Regulamento Delegado, não introduzindo especificações ou complementando o regime aí definido. Quanto à política de conceção e aprovação de produtos de seguros remetemos para o nosso *Dever de adequação de produtos de seguro ao cliente*, Almedina, 2022, pp. 56 a 65. Em geral, e alertando para a relevância do tema da sustentabilidade em matéria de conceção e aprovação, Maria Eduarda Ribeiro, “Competências da Autoridade...”, pp. 201 a 204 e 217.

⁵⁰ Que encontra previsão na Norma Regulamentar n.º 4/2022-R, de 26 de abril, relativa ao sistema de governação.

⁵¹ Prevista na Norma Regulamentar n.º 14/2010-R, de 14 de outubro, que regulamenta o Decreto-Lei n.º 384/2007, de 19 de novembro e foi objeto de alteração há relativamente pouco tempo, através da Norma Regulamentar n.º 8/2023-R, de 28 de setembro.

(prestação de informação à ASF), atualizando a Norma Regulamentar n.º 8/2016-R, de 16 de agosto (prestação de informação à ASF) e a Norma Regulamentar n.º 11/2020-R, de 3 de novembro (Prestação de informação à ASF por SGFPs e IRPPPs). Ambas as Normas foram já revogadas, tendo a Norma Regulamentar n.º 8/2016-R, sido revogada pela Norma Regulamentar n.º 4/2023-R, de 16 de agosto e a Norma Regulamentar n.º 11/2020-R, de 3 de novembro pela Norma Regulamentar n.º 5/2023-R.

1.6. Sistematização da Norma

Atento tudo quanto antecede, a Norma reflete a organização sistemática da anterior Norma Regulamentar de conduta de mercado, ampliando as matérias tratadas e, conseqüentemente, os capítulos em que o diploma se encontra vertido de forma mais completa, por forma a melhorar a legibilidade, encontrando-se a mesma organizada da seguinte forma:

- CAPÍTULO I – Disposições gerais (1.º a 3.º);
- CAPÍTULO II – Política de tratamento (4.º e 5.º);
- CAPÍTULO III – Gestão de reclamações e provedor (6.º a 16.º):
 - Secção I – Regras gerais e função autónoma responsável pela gestão de reclamações (6.º a 11.º);
 - Secção II – Provedor (12.º a 16.º);
- CAPÍTULO IV – Interlocutor perante a ASF (17.º e 18.º);
- CAPÍTULO V – Política de conceção e aprovação de produtos de seguros (19.º);
- CAPÍTULO VI – Conduta de mercado no âmbito do sistema de governação (20.º a 22.º);
- CAPÍTULO VII – Reporte para efeitos de supervisão comportamental e divulgação pública de informação (23.º a 32.º);
- CAPÍTULO VIII – Tratamento de reclamações pela ASF (33.º a 41.º);
- CAPÍTULO IX – Disposições finais e transitórias (42.º a 52.º).

2. Análise da Norma Regulamentar

2.1. Alterações estruturais organizativas e funcionais

No âmbito estrutural organizativo ou funcional, afiguram-se como particularmente relevantes as exigências de designação expressa de um membro do órgão de administração responsável pela atividade da empresa ou entidade em matéria de conduta de mercado, de uma função autónoma responsável pela conduta de mercado, de uma função autónoma responsável pela gestão de reclamações e de um interlocutor privilegiado para efeitos do contacto com a ASF.

2.1.1. Administrador responsável pela atividade em matéria de conduta de mercado

I. Uma das principais novidades introduzidas pela Norma foi a exigência de designação expressa de um membro do órgão de administração como responsável pela atividade da entidade em matéria de conduta de mercado, introduzida pelo artigo 20.º, n.º 1. Esta disposição insere-se no Capítulo vi da Norma, pelo que apenas é aplicável a empresas de seguros e sociedades gestoras de fundos de pensões com sede em Portugal e às sucursais de empresas de seguros de um país terceiro⁵².

Sem prejuízo da responsabilidade individual e colegial dos restantes membros do Conselho de Administração, o membro especificamente designado como responsável em matéria de conduta de mercado deverá diligenciar pelo cumprimento dos deveres da entidade na matéria, onde se incluirá:

⁵² Face às exclusões de aplicação previstas no artigo 2.º/1, b), c) e f) da Norma para empresas de seguros com sede em outro Estado membro da União Europeia que exerçam atividade em regime de sucursal ou livre prestação de serviços e para IRPPPs autorizadas ou registadas em outro Estado membro da União Europeia.

- (i) promover a adequada gestão dos riscos associados à conduta de mercado da empresa de seguros ou sociedade gestora no âmbito do seu sistema de governação (art. 20.º/1);
- (ii) definir, aprovar, implementar, comunicar internamente, divulgar ao público e monitorizar o cumprimento da política de tratamento dos clientes (art. 4.º);
- (iii) definir, aprovar, implementar, comunicar internamente, divulgar ao público e monitorizar o cumprimento do regulamento de funcionamento aplicável à gestão de reclamações dos clientes (art. 8.º); e
- (iv) assegurar que o número de colaboradores da entidade e respetivas competências são adequados para apoiar as suas necessidades em matéria de conduta de mercado e os seus processos de gestão dos riscos de conduta numa base contínua, recebendo regularmente formação adequada para o efeito (art. 20.º/4).

O artigo 20.º/1, exige que esta designação seja efetuada “... sem prejuízo da responsabilidade individual e colegial dos demais membros do órgão de administração”. Na sua aparente simplicidade, esta exigência introduz algumas dificuldades interpretativas-aplicativas. Designadamente, a Norma introduz uma dúvida quanto a saber se estaremos perante uma limitação da designação à atribuição de um mero encargo especial (cfr. artigo 407.º/1 e 2 do CSC) ou se será admitida uma delegação em sentido próprio (cfr. artigo 407.º/3 e seguintes do CSC)⁵³.

II. A atribuição de um encargo especial (artigo 407/1 e 2 do CSC) traduz-se na atribuição de competências específicas a um administrador quanto a uma matéria ou ato determinado, sem afastar as competências dos demais membros do órgão de administração ou a sua responsabilidade pelas matérias pelas quais o administrador

⁵³ Quanto à diferença entre o encargo especial, previsto no artigo 407.º, 1 e 2 do CSC, e a designação em sentido próprio, prevista nos números 3 e seguintes do artigo, ver, por todos, José Ferreira Gomes, *Da administração à fiscalização das sociedades – A obrigação de vigilância dos órgãos da sociedade anónima*, Almedina, 2020 (Reimpr.), pp. 164 a 180.

assumiu o encargo especial⁵⁴. Na medida em que o CSC coloca como limites à atribuição do encargo especial que este abranja as matérias previstas no artigo 406.º/a) a m) do CSC⁵⁵, nas quais não se inclui, direta ou indiretamente, a matéria da conduta de mercado, e na falta de outras limitações estabelecidas na Norma e no CSC, o requisito de designação expressa de um membro do órgão de administração como responsável pela atividade da entidade em matéria de conduta de mercado, introduzido pelo artigo 20.º/1 da Norma, poderá ser cumprido pela mera atribuição do encargo especial, nos termos do artigo 407.º, números 1 e 2 do CSC⁵⁶.

O administrador designado deverá ter conhecimentos suficientes em matéria de conduta de mercado para assumir o encargo⁵⁷ e

⁵⁴ José Ferreira Gomes, “*Da administração...*”, cit., pág. 164.

⁵⁵ a) Escolha do presidente do Conselho de Administração, sem prejuízo do disposto no artigo 395.º; b) Cooptação de administradores; c) Pedido de convocação de assembleias gerais; d) Relatórios e contas anuais; e) Aquisição, alienação e oneração de bens imóveis; f) Prestação de cauções e garantias pessoais ou reais pela sociedade; g) Abertura ou encerramento de estabelecimentos ou de partes importantes destes; h) Extensões ou reduções importantes da atividade da sociedade; i) Modificações importantes na organização da empresa; j) Estabelecimento ou cessação de cooperação duradoura e importante com outras empresas; l) Mudança de sede e aumentos de capital, nos termos previstos no contrato de sociedade; m) Projetos de fusão, de cisão e de transformação da sociedade.

⁵⁶ Segundo António Menezes Cordeiro/ A. Barreto Menezes Cordeiro, este encargo especial poderia respeitar à preparação de assuntos a submeter ao Conselho de Administração, à execução de decisões aí tomadas e (ou) à prática de atos que não sejam inovadores quanto ao já decidido – cfr. António Menezes Cordeiro (Coord.), *Código das sociedades comerciais anotado*, “Anotação ao artigo 407.º”, 5.ª edição (atualizada), Almedina, 2022, pp. 1330-1332, pág. 1331. Esta visão do encargo especial é contestada por José Ferreira Gomes, que a considera injustificadamente limitativa (José Ferreira Gomes, ob. cit., pág. 164, nt. 585). Esta limitação vai, no entanto, de encontro à posição tradicional da doutrina portuguesa, segundo a qual, no encargo especial ou “delegação restrita”, a manutenção da competência normal dos demais administradores implica que as matérias delegadas continuem sujeitas à deliberação do órgão (neste sentido, José Manuel Coutinho de Abreu, *Governança das sociedades comerciais*, Almedina, 2006, pp. 101 e 102).

⁵⁷ Nos termos dos artigos 65.º e 67.º do RJAS e 110.º e 112.º do RJFP. Conforme previsto nos artigos 65.º/5 do RJASR e 110.º/2 do RJFP, a avaliação das pessoas obedece ao princípio da proporcionalidade, considerando, entre outros fatores, a natureza, a dimensão e a complexidade da atividade da entidade e as exigências e responsabilidades associadas às funções concretas a desempenhar.

da designação não deverá resultar uma alteração estrutural que crie conflitos de interesses com outras matérias que lhe estejam atribuídas ou uma diminuição da capacidade global do órgão para exercer as competências que lhe são atribuídas⁵⁸.

A atribuição do encargo será efetuada pelo Conselho de Administração, desde que o contrato de sociedade não o proíba⁵⁹. Para tal, será necessário dar cumprimento prévio ao dever de avaliação dos requisitos de adequação necessários ao exercício da função, nos termos dos artigos 65.º a 70.º do RJAS, após o que deverá ser efetuada a designação, por deliberação do Conselho de Administração⁶⁰, e a comunicação prevista no artigo 7.º da Norma Regulamentar da ASF n.º 9/2023-R, de 3 de outubro, no prazo de 15 dias úteis após a designação, acompanhada dos seguintes elementos:

- (i) Parte do questionário que contenha a alteração a considerar, juntamente com a declaração, da entidade ou do interessado, de que “As informações ora prestadas constituem as únicas alterações ao último questionário enviado relativamente a (indicar nome do interessado), mantendo-se inalteradas as demais respostas anteriormente prestadas”;
- (ii) Relatório de avaliação individual de avaliação da pessoa sujeita a registo a que se referem artigo 66.º, números 7 e 9 do RJAS e o artigo 111.º, 7 e 9 do RJFP, previsto no artigo 3.º, n.º 1, d) da Norma Regulamentar n.º 9/2023-R, de 3 de outubro (e artigo 19.º da Norma Regulamentar n.º 4/2022-R, de 26 de abril);

⁵⁸ O que colocaria em causa a eficácia do sistema de governação.

⁵⁹ Nos termos do artigo 407.º/1 do CSC. Estes poderes reconduzem-se aos poderes gerais de gestão das sociedades anónimas atribuídos ao Conselho de Administração, a nível de organização interna.

⁶⁰ Dependendo das disposições estatutárias em matéria de representação da sociedade, poderá ser necessário conferir poderes de representação ao administrador designado em matéria de conduta de mercado, situação em que a deliberação de atribuição do encargo especial poderá ser “... dobrada pela concessão de poderes de representação, em moldes semelhantes aos dos representantes voluntários (procuração).”, cfr. António Menezes Cordeiro / A. Barreto Menezes Cordeiro, “Anotação ao artigo 407.º”, pág. 1331.

- (iii) Questionário de apreciação coletiva do órgão, nos termos do artigo 65.º, n.º 4 do RJS e do artigo 110.º, n.º 4 do RJFP, previsto no artigo 3.º, n.º 1, e) da Norma Regulamentar n.º 9/2023-R, de 3 de outubro⁶¹ (e artigo 19.º da Norma Regulamentar n.º 4/2022-R, de 26 de abril).

III. Como referido, a parte final do artigo 20.º, n.º 1 da Norma permitirá duvidar se será admitida uma delegação em sentido próprio, nos termos do artigo 407.º, 3 e seguintes do CSC. Ao contrário do encargo especial, a delegação em sentido próprio tem de ser autorizada pelo contrato de sociedade, abrange a gestão corrente da sociedade⁶² e traduz-se numa recomposição dos poderes e deveres atribuídos ao órgão e aos diferentes membros do órgão, seja por atribuir poderes específicos e diferenciados aos delegados, seja por limitar os deveres dos não-delegados quanto às matérias objeto de delegação⁶³.

Apesar da discussão em torno dos concretos efeitos da delegação nos poderes dos delegados e dos não-delegados⁶⁴, é pacífico que se mantém a responsabilidade individual e colegial dos demais membros do órgão de administração pelas matérias objeto de delegação⁶⁵. Questão diferente seria saber se esta não poderia ser considerada como resultando em *prejuízo* para a responsabilidade individual e colegial dos demais membros do órgão de administração pelas matérias objeto de delegação⁶⁶. Apesar de considerarmos

⁶¹ Este exige que a avaliação tenha em conta a disponibilidade e a qualificação profissional dos membros do órgão colegial para cumprir as respetivas funções legais e estatutárias em todas as áreas relevantes de atuação, nos quais inclui, entre outros, a conduta de mercado.

⁶² Maria Elisabete Gomes Ramos, *Responsabilidade civil dos administradores e directores de sociedades anónimas perante os credores sociais*, Coimbra Editora, 2002, pp. 57 a 60 e 113 e 114.

⁶³ Atribuição e limitação que José Ferreira Gomes sistematiza e discute respetivamente em termos de funções *positiva* e *negativa* da delegação – “Da administração...”, pp. 165 e ss., em especial 165 a 180.

⁶⁴ Quanto à discussão, José Ferreira Gomes, *ibidem*, Jorge Manuel Coutinho de Abreu, cit., pp. 97 a 101; Maria Elisabete Ramos, cit., 113 a 123.

⁶⁵ De resto, como é indicado no artigo 407.º/8 do CSC.

⁶⁶ O facto de as decisões sobre as matérias delegadas não passarem pela deliberação do órgão colegial (Jorge Manuel Coutinho de Abreu, cit., pág. 101 e António Menezes Cordeiro / A.

a matéria discutível, entendemos que o modelo do encargo especial se afigura adequado às funções a desempenhar pelo administrador designado como responsável em matéria de conduta de mercado⁶⁷. Cumpre ainda ter em atenção que as exigências regulamentares e de supervisão relativas à composição e distribuição de competências do órgão de administração das entidades têm sido interpretadas e aplicadas de modo a prever a atribuição e distribuição de pelouros entre membros dos órgãos de administração, i.e., através da atribuição de encargos especiais, nos termos do artigo 407.º, números 1 e 2 do CSC⁶⁸, o que se afigura conforme à manutenção de competências deliberativas colegiais e, conseqüentemente, assegurando maior escrutínio na tomada de decisão em áreas relevantes de atuação e assegurando uma maior qualidade do sistema de governação⁶⁹,

Barreto Menezes Cordeiro, cit., pág. 1331) será relevante a nível do sistema de governação; também o facto de os administradores não-delegados serem essencialmente responsáveis pela vigilância da atuação dos administradores delegados também poderá ser vista como uma reconfiguração negativa (i.e., em prejuízo) da responsabilidade individual e colegial dos administradores não-delegados e do órgão.

⁶⁷ Que não impõem ou sequer favorecem a tomada autónoma de decisões na matéria, e, como tal, poderão bastar-se com o mero encargo especial.

⁶⁸ Isto sem prejuízo da admissibilidade da delegação em sentido próprio, que se pode inclusivamente considerar uma figura de uso relativamente comum nas empresas de seguros portuguesas.

⁶⁹ Conforme estabelecido na Orientação 3 – Decisões significativas; 1.29, da EIOPA, “A empresa deve assegurar que qualquer decisão significativa da empresa envolve, pelo menos, duas pessoas que dirigem efetivamente a empresa antes de a decisão ser aplicada – vide EIOPA “Orientações relativas ao sistema de governação” (EIOPA-BoS-14/253 PT), de 1 de janeiro de 2014, pág. 6. Este princípio foi acolhido e estabelecido como dever a cumprir por empresas de seguros e sociedades gestoras de fundos de pensões no artigo 8.º/1 da Norma Regulamentar n.º 4/2022-R, de 31 de maio, que estabeleceu no seu n.º 2 dever entender-se por “... decisão significativa, ... por oposição a uma decisão de gestão corrente, qualquer decisão que seja suscetível de ter um impacto significativo na empresa de seguros ou de resseguros, designadamente: a) As decisões que afetem a estratégia, a atividade comercial ou a conduta de mercado da empresa; b) As decisões das quais possam resultar graves conseqüências a nível legal ou regulamentar; c) As decisões que possam implicar um impacto financeiro significativo ou gerar graves implicações para a empresa ou para os colaboradores, ou ainda para os tomadores de seguro, segurados, beneficiários e terceiros lesados; d) As decisões que possam afetar significativamente a reputação da empresa.”.

em particular perante decisões significativas para as entidades⁷⁰. Concluindo, entendemos que qualquer dos modelos de designação previstos no artigo 407.º do CSC seria admissível, sendo mais adequada a atribuição de encargo especial nos termos dos números 1 e 2 do artigo.

2.1.2. Função autónoma responsável pela conduta de mercado

I. A par das competências específicas do órgão de administração em matéria de sistema de governo, em geral, e do membro designado como responsável pela conduta de mercado, em particular, foi introduzida pela Norma a exigência de instituição de uma função autónoma responsável pela conduta de mercado. Tal como sucede quanto ao requisito de designação de membro do órgão de administração responsável pela conduta de mercado, esta disposição insere-se no capítulo VI da Norma, pelo que apenas é aplicável a empresas de seguros e sociedades gestoras de fundos de pensões com sede em Portugal e às sucursais de empresas de seguros de um país terceiro.

A esta função autónoma competirá, designadamente (art. 20.º/1 e 2):

- (i) apoiar o órgão de administração na definição e atualização das políticas, procedimentos, controlos e tomada de decisões em matérias relacionadas com a conduta de mercado;

⁷⁰ Não obstante o artigo 8.º/1 e 2 da Norma Regulamentar n.º 4/2022-R, de 31 de maio, não entendemos que toda e qualquer atuação do responsável pela conduta de mercado se possa reconduzir à tomada de decisões em matéria de conduta de mercado. Por outro lado, nem a Orientação da EIOPA nem o artigo 9.º/2 da Norma Regulamentar n.º 4/2022-R, de 31 de maio, impõem a submissão necessária da decisão ao Conselho de Administração, mas apenas que qualquer decisão significativa envolva, pelo menos, duas pessoas que dirigem efetivamente a empresa antes de a decisão ser aplicada. Nestas pessoas que dirigem efetivamente a empresa incluem-se, além dos membros do órgão de administração, outros membros da direção de topo que sejam responsáveis pelo processo de tomada de decisão a alto nível e pela aplicação das estratégias definidas e das políticas aprovadas pelo órgão de administração.

- (ii) acompanhar, em permanência, a adequação, a suficiência e a atualidade das políticas e dos procedimentos e controlos em matérias relacionadas com a conduta de mercado, propondo as necessárias atualizações;
- (iii) participar na definição, acompanhamento e avaliação da política de formação interna da empresa de seguros ou entidade gestora em matérias relacionadas com a conduta de mercado;
- (iv) assegurar a centralização de toda a informação relevante em matéria de conduta de mercado que provenha das diversas áreas da empresa ou entidade;
- (v) atuar como ponto centralizado de contacto com as funções de gestão de riscos e de verificação do cumprimento para todas as matérias relacionadas com a conduta de mercado.

II. Compete ao órgão de administração verificar previamente o preenchimento dos seguintes requisitos (art. 20.º/ 3 e 4)⁷¹⁻⁷²:

- (i) condições para atuar de modo independente e efetivo, e com autonomia decisória necessária a tal exercício, qualquer que seja a natureza do seu vínculo com a entidade;
- (ii) dispor da idoneidade, da qualificação profissional e da disponibilidade adequadas ao exercício da função;
- (iii) dispor de meios e recursos técnicos, materiais e humanos adequados ao bom desempenho da função;
- (iv) ter acesso irrestrito e atempado a toda a informação interna relevante para o exercício da função;

⁷¹ Estes deveres têm correspondência em requisitos gerais de governação das empresas de seguros, já introduzidos pelo artigo 258.º/1 do Regulamento Delegado (UE) 2015/35, de 10 de outubro de 2014, que completa a Diretiva 2009/138/CE, relativa ao acesso à atividade de seguros e resseguros e ao seu exercício.

⁷² Nos termos do artigo 258.º/1, alínea (i) do Regulamento Delegado, as empresas de seguros devem manter registos adequados e ordenados das atividades e organização interna da empresa. Tal corresponde hoje a um dever expressamente estabelecido para empresas de seguros, nos termos do artigo 15.º da Norma Regulamentar n.º 4/2022-R, de 31 de maio.

- (v) não se encontrar sujeitas a potenciais conflitos funcionais, em especial quando não se verifique a segregação das suas funções.

III. Apesar dos requisitos de independência acima indicados, a Norma admite expressamente a cumulação desta função com a função autónoma responsável pela gestão de reclamações e a designação como interlocutor privilegiado para efeitos do contacto com a ASF, nos termos do artigo 17.º (art. 21.º/ 5 e 6).

IV. As entidades deveriam comunicar à ASF os dados de contacto da função autónoma responsável pela conduta de mercado através do Portal do Consumidor – Operadores, no prazo máximo de 10 dias úteis após a data de implementação da função (artigos 26.º/1 e 3 da Norma e 33.º/11 da Norma Regulamentar n.º 8/2016-R, de 16 de agosto, bem como anexo viii da Norma Regulamentar n.º 8/2016-R, na versão em vigor e atualmente nos termos do artigo 36.º/9 da Norma Regulamentar n.º 4/2023-R, de 11 de julho). A nova designação, o início de atividade⁷³ e quaisquer alterações que se verifiquem quanto aos elementos previamente comunicados deverão ser comunicadas à ASF no prazo máximo de 10 dias úteis após a data da res-

⁷³ O artigo 36.º/9 da Norma Regulamentar n.º 4/2023-R, de 11 de julho prevê a comunicação da identidade à ASF no prazo de dez dias após o “início da atividade”, o que entendemos como dizendo respeito ao início de atividade de uma nova entidade ou de uma nova função, na medida em que qualquer entidade constituída deve instituir a função, não ocorrendo um futuro (re)“início de atividade” da função. A instituição da função será decidida pelo órgão de administração e, como tal, haverá uma data objetiva e demonstrável de designação. Qualquer situação relativa à nomeação de novos responsáveis pela função será abrangida pela designação ou alteração, não tendo relevância autónoma. Como alternativa, pode-se sustentar que, através do artigo 36.º/9 da Norma Regulamentar n.º 4/2023-R, de 11 de julho a ASF aditou aos factos a comunicar nos termos do artigo 26.º/1 e 3 da Norma (designação e quaisquer alterações) a efetiva entrada em funções de novo responsável, cuja designação já tivesse sido comunicada mas cuja entrada em funções tivesse ficado sujeita a qualquer termo ou condição suspensiva. Porém, tal terá pouco sustento na letra da norma, sendo um facto suficientemente relevante para carecer de maior clareza, designadamente face à putativa qualificação de não comunicação como contraordenação [art. 369.º, m) do RJASR].

petiva ocorrência, pela mesma via (artigos 26.º/1, 2 e 3 da Norma e artigo 36.º/9 da Norma Regulamentar n.º 4/2023-R, de 11 de julho).

Com a revisão da matéria do reporte por parte da ASF, as empresas de seguros com sede em Portugal e as sociedades gestoras de fundos de pensões devem comunicar os dados de contacto da função autónoma responsável pela conduta de mercado, e quaisquer alterações a estes elementos, no prazo de 10 dias após a designação ou o início da atividade ou alteração [art. 36.º/2, a) da Norma Regulamentar n.º 4/2023-R, de 11 de julho e artigo 13.º da Norma Regulamentar n.º 5/2023-R, de 11 de julho⁷⁴].

2.1.3. Função autónoma responsável pela gestão de reclamações

I. Deverá ainda ser instituída uma função autónoma responsável pela gestão de reclamações, que atue como ponto centralizado de receção e resposta a reclamações e assegure aos reclamantes total acessibilidade, devendo ser devidamente identificada a nível interno e a nível externo, (6.º/1).

Cabe à entidade verificar previamente o preenchimento dos seguintes requisitos:

- (i) condições para atuar de modo independente e efetivo, e com autonomia decisória necessária a tal exercício, qualquer que seja a natureza do seu vínculo com a entidade;
- (ii) dispor da idoneidade, da qualificação profissional e da disponibilidade adequadas ao exercício da função;
- (iii) dispor de meios e recursos técnicos, materiais e humanos adequados ao bom desempenho da função;
- (iv) ter acesso irrestrito e atempado a toda a informação interna relevante para o exercício da função;
- (v) não se encontrar sujeitas a potenciais conflitos funcionais, em especial quando não se verifique a segregação das suas funções.

⁷⁴ E Excetuam-se, naturalmente, as empresas de seguros que exerçam atividade em Portugal em regime de sucursal ou de livre prestação de serviços e as IRPPP

Mais uma vez, a Norma admite expressamente a cumulação desta função com a função autónoma responsável pela conduta de mercado e designação da função como interlocutor privilegiado para efeitos do contacto com a ASF, nos termos do artigo 17.º.

II. Deveria igualmente ter sido comunicada à ASF a identificação do ponto centralizado de receção e resposta e respetivos dados de contacto, através do Portal do Consumidor – Operadores, no prazo máximo de 10 dias úteis após a data de implementação da função (artigos 23.º/1 e 3 da Norma e 33.º/2/b) da Norma Regulamentar n.º 8/2016-R, de 16 de agosto, bem como anexo viii da Norma Regulamentar n.º 8/2016-R). Quaisquer alterações que se verificarem quanto a elementos previamente comunicados à ASF deverão ser-lhe comunicadas no prazo máximo de 10 dias úteis após a data da respetiva ocorrência, pela mesma via (artigos 23.º/1, 2 e 3 da Norma).

Hoje, as empresas de seguros com sede em Portugal, as sucursais de empresas de seguros da UE ou de países terceiros, as sociedades gestoras de fundos de pensões e as IRRPPPs com atividade em Portugal devem comunicar a identificação do ponto centralizado de receção e resposta e dados de contacto da função autónoma responsável pela gestão de reclamações, e quaisquer alterações a estes elementos, no prazo de 10 dias após a designação ou o início da atividade ou alteração, excetuando-se as empresas de seguros que exerçam atividade em Portugal em regime de livre prestação de serviços [art. 36.º/2, a) da Norma Regulamentar n.º 4/2023-R, de 11 de julho e artigo 10.º da Norma Regulamentar n.º 5/2023-R, de 11 de julho].

III. Nos termos do artigo 9.º/a) e c) da Norma, deverá constar do regulamento de funcionamento aplicável à gestão de reclamações o modelo organizacional adotado para a gestão de reclamações, incluindo os procedimentos e circuitos internos aplicáveis, a identificação clara e inequívoca do ponto de receção e resposta e respetivos dados de contacto e, se distinto, das unidades orgânicas competentes pelo tratamento e apreciação das mesmas. Por outro lado, deve constar do sítio de internet da entidade, no separador

«Informações relevantes para o cliente», a indicação dos meios para apresentar uma reclamação junto da entidade e a identificação e contactos da função autónoma responsável pela gestão de reclamações [art. 32.º/1 e 2/a) e b)].

2.1.4. Interlocutor privilegiado

I. Concluindo as alterações introduzidas em matérias estruturais organizativas ou funcionais, foi introduzida a exigência de designação de um interlocutor privilegiado para efeitos do contacto com a ASF, designadamente no âmbito da gestão de reclamações e de resposta a pedidos de informação ou esclarecimento, bem como para receção e resposta a questionários ou outros pedidos de elementos, em matérias relacionadas com a conduta de mercado (artigo 17.º, n.º 1).

Este dever é extensível a todas as entidades sujeitas à aplicação da Norma e visa essencialmente facilitar o contacto entre a ASF e as entidades supervisionadas, centralizando num ponto todas as questões relacionadas com a conduta de mercado. Tal não impede, porém, que no reporte relativo ao interlocutor privilegiado sejam indicados vários contactos para diferentes matérias, consoante a estrutura organizacional da entidade⁷⁵.

II. Pode ser designado como interlocutor um colaborador, uma unidade funcional ou um órgão social da entidade, caso em que se considerará como interlocutor a pessoa especificamente indicada pela entidade ou, na ausência de indicação, o responsável da unidade funcional, o titular do órgão social singular ou o presidente do órgão social coletivo (art. 17.º/ 2 e 3).

Respeitando as especificidades organizacionais de cada entidade, o regulador esclarece que independentemente do modelo

⁷⁵ Quanto aos fins prosseguidos com a exigência de designação de um interlocutor privilegiado e à possibilidade de indicação de vários contactos para diferentes matérias, vide o Relatório da Consulta Pública n.º 10/2021, respostas à Questão 7, pp. 30 a 32.

organizacional adotado para a gestão de reclamações, a entidade deve (art. 17.º/4 e 5):

- (i) estabelecer os procedimentos internos necessários com vista a habilitar o interlocutor designado para o exercício das respetivas funções, designadamente, para responder direta, atempada e adequadamente às solicitações que lhe sejam dirigidas pela ASF; e
- (ii) assegurar a capacidade de o interlocutor designado comunicar com a ASF em língua portuguesa⁷⁶.

Como referido, a Norma admite expressamente a cumulação desta posição com a função autónoma responsável pela conduta de mercado e com a função de responsável pela gestão de reclamações⁷⁷.

III. As entidades deveriam comunicar à ASF os dados de contacto⁷⁸ do interlocutor privilegiado designado para efeitos do contacto com a ASF, no prazo máximo de 10 dias úteis após a data da respetiva designação (artigo 25.º da Norma e 33.º/2, d) da Norma Regulamentar n.º 8/2016-R, de 16 de agosto, bem como anexo viii da Norma Regulamentar n.º 8/2016-R). Quaisquer alterações que se verifiquem quanto aos elementos previamente comunicados (portanto, incluindo os dados de contacto) deveriam ser comunicadas à ASF no prazo máximo de 10 dias úteis após a data da respetiva ocorrência, pela mesma via (artigos 25.º/3 da Norma). O teor das normas manteve-se inalterado com a entrada em vigor das novas

⁷⁶ Apesar de não ser exposto na Norma, além do domínio suficiente da língua portuguesa, deverá ser assegurada internamente a existência de meios e recursos técnicos, materiais e humanos adequados ao bom desempenho da função e o acesso irrestrito e atempado a toda a informação interna relevante para o exercício da função, nos termos do artigo 258.º/1 do Regulamento Delegado. A matéria é mais geral, prendendo-se com deveres de boa governação. Independentemente de qualquer dever legal ou regulamentarmente aplicável, a falha do sistema no que respeita ao contacto com a ASF acabará por prejudicar a própria entidade, pelo que o tema deve ser tratado com as devidas cautelas pelas entidades.

⁷⁷ Esta matéria não tem de constar quer do regulamento de funcionamento aplicável à gestão de reclamações quer da política de tratamento.

⁷⁸ Que incluem, pelo menos, a morada, o respetivo endereço de correio eletrónico.

Normas Regulamentares em matéria de reporte, devendo a comunicação ser efetuada através do Portal do Consumidor – Operadores [art. 25.º da Norma, art. 36.º/2/c) da Norma Regulamentar n.º 4/2023-R, de 11 de julho e artigo 12.º da Norma Regulamentar n.º 5/2023-R, de 11 de julho].

2.2. Alterações a nível procedimental e de divulgação

A Norma introduziu alterações relevantes a nível procedimental. Em particular, foram introduzidos novos requisitos e alterados deveres previamente aplicáveis que determinaram a alteração das políticas de tratamento, regulamentos de funcionamento da gestão de reclamações e regulamento dos provedores, assim como da informação geral publicada quanto a gestão de reclamações.

Contam-se ainda entre as alterações introduzidas a avaliação da eficácia, a efetuar pela auditoria interna, aos procedimentos e tempos de resposta a reclamações e aos reportes a efetuar em matéria de conduta de mercado.

Serão sucintamente expostas as alterações na matéria e seus principais reflexos, apontando riscos, vantagens e desvantagens que se afigurem significativos.

2.2.1. Política de tratamento

I. As disposições relativas à política de tratamento encontram-se previstas nos artigos 4.º e 5.º da Norma. O regime pretérito foi, no essencial, mantido, surgindo as novidades no elenco de princípios que devem ser necessariamente previstos e garantidos na política de tratamento⁷⁹.

II. A política de tratamento passou a dever prever a instituição dos mecanismos necessários para assegurar que não são comercia-

⁷⁹ Sumariando o atual regime, Maria Eduarda Ribeiro, “Competências da Autoridade...”, pp. 205 e 206.

lizados pela empresa de seguros produtos de seguros com características desajustadas face ao perfil e às necessidades dos respetivos tomadores de seguros ou segurados, ou constituídos fundos de pensões e contratualizadas adesões coletivas ou individuais pela entidade gestora com características desajustadas face ao perfil e às necessidades, consoante aplicável, dos respetivos associados, contribuintes ou participantes, incluindo a definição de perfis padronizados para os quais determinado produto, fundo ou adesão seja, em geral, considerado desadequado [art. 5.ºc)].

A matéria em causa prende-se diretamente com a adequação (*appropriateness* e *suitability*) e com a prevenção do *mis-selling*⁸⁰. Os requisitos e deveres na matéria deverão constar da política de conceção e aprovação de produtos de seguros e cumprir o definido no Regulamento Delegado (UE) n.º 2017/2358 da Comissão de 21 de setembro de 2017, que complementa a DDS no que respeita aos requisitos de supervisão e governação de produtos aplicáveis às empresas de seguros e aos distribuidores de seguros, ou, no caso das sociedades gestoras de fundos de pensões, tal como previsto no artigo 146.º do RJFP⁸¹. Em aplicação da política podem surgir outros documentos que venham concretizar o que seja aplicável a determinado produto. Já a política de tratamento apenas tem de prever a instituição dos mecanismos necessários para evitar vendas desajustadas perante o perfil e necessidades do cliente, incluindo em tais mecanismos a definição de perfis padronizados para os quais determinado produto, fundo ou adesão seja, em geral, considerado desadequado, no fundo, remetendo para a política de conceção e aprovação que, ao contrário da política de tratamento, não é sujeita a divulgação no sítio de internet da entidade [cfr. art. 32.º, n.º 2, h) da Norma].

⁸⁰ Quanto ao *mis-selling*, ou venda inadequada, numa primeira aproximação, vide Margarida Lima Rego: anotação ao artigo 3.º da Lei n.º 7/2019 de 16 de janeiro, in *Lei do contrato de seguro anotada*, cit., pp. 22 a 26; “Influência da regulação institucional...”, cit., pp. 167 a 179. No mais, vd. o nosso “Dever de adequação...” e indicações bibliográficas e jurisprudenciais aí constantes.

⁸¹ Remetemos para o nosso “Dever de adequação...”, em especial a pp. 56 a 65, cujas apreciações são *mutatis mutandis* aplicáveis a sociedades gestoras de fundos de pensões.

III. Em segundo lugar, estipulou-se que a política de tratamento preveja e garanta o tratamento dos dados pessoais recolhidos junto dos clientes em conformidade com os princípios relativos ao tratamento de dados pessoais e demais obrigações aplicáveis nos termos do RGPD e da Lei n.º 58/2019, de 8 de agosto, bem como a indicação do local onde se encontra disponível a política sobre a proteção de dados e a informação sobre os direitos dos titulares neste âmbito [cfr. art. 32.º, n.º 2, h) da Norma]⁸². Em termos similares ao indicado quanto à referência à adequação e *mis-selling*, a Norma não disciplina a matéria da proteção de dados, antes prevendo a proteção conforme ao RGPD e à Lei n.º 58/2019, de 8 de agosto. Porém, adita a necessidade de indicação expressa do local onde se encontra disponível a política sobre a proteção de dados e a informação sobre os direitos dos titulares neste âmbito.

Ora, embora os responsáveis pelo tratamento devam estipular e aplicar as medidas técnicas e organizativas que forem adequadas para assegurar o cumprimento do RGPD (cfr. artigo 24.º do RGPD), não lhes é imposto que divulguem publicamente as suas políticas de privacidade⁸³. A conjugação dos artigos 5.º, d) e 32.º, n.º 2, h) da Norma tornam a divulgação pública de uma política de tratamento, que partia da decisão de cada entidade, um dever jurídico regulamentar, cujo incumprimento pode ser qualificado como contraordenação.

⁸² O tratamento de dados pessoais no âmbito dos seguros apresenta, de resto, limitações e dificuldades significativas, tendo o tema sido objeto de tratamento específico por parte da doutrina portuguesa. Como exemplo, Luis Poças, *Problemas e dilemas do setor segurador: o RGPD e o tratamento de dados pessoais*, in “Problemas e soluções de direito dos seguros”, Almedina, 2019, pp. 243-305. Diana Nogueira Pires, *O tratamento de dados de saúde na atividade seguradora*, RDES, Almedina, 61, n.º 1-4 (34 da 2.ª série) (janeiro-dezembro 2020), pp. 185-221. Também o nosso *O tratamento de dados sensíveis do consumidor*, “Estudos de Direito do Consumo”, Vol. III, Almedina, 2023, pp. 389-408.

⁸³ Quanto aos deveres do responsável pelo tratamento vide A. Barreto Menezes Cordeiro, *Direito da proteção de dados à luz do RGPD e da Lei n.º 58/2019*, Almedina, 2020, pp. 315 a 355.

2.2.2. Gestão de reclamações

I. Uma das matérias que sofreu alterações mais significativas e abrangentes foi a da gestão de reclamações. O regime consta hoje dos artigos 6.º a 11.º da Norma, mostrando-se pertinente salientar as alterações introduzidas⁸⁴.

O artigo 6.º da Norma estipula os princípios gerais de gestão de reclamações. No n.º 1, adita ao requisito de instituir uma função autónoma responsável pela respetiva gestão que atue como ponto centralizado de receção e resposta, devidamente identificada a nível interno e a nível externo, o de que esta assegure aos reclamantes total acessibilidade. O ponto liga com as competências da função autónoma, e com as demais normas, resultando da sua correta interpretação e aplicação, não assumindo relevância dogmática autónoma. O mesmo sucederá com a previsão do artigo 6.º, n.º 9 da Norma de que o disposto na Norma em matéria de gestão de reclamações não prejudica o regime aplicável às reclamações formuladas no Livro de Reclamações em formato físico ou eletrónico, nos termos fixados na lei e respetiva regulamentação.

II. O artigo 9.º da Norma adita elementos ao conteúdo mínimo do regulamento de funcionamento aplicável à gestão de reclamações. No que respeita ao modelo organizacional adotado para a gestão de reclamações, devem ser previstos os circuitos internos e informação relativa aos processos e procedimentos com elevado grau de automatização ou dependência de ferramentas digitais [artigo 9.º, a)]. Estas alterações são significativas e implicam um nível de detalhe diferente do anteriormente previsto, tendo gerado dificuldades na identificação da informação a comunicar, em particular considerando a necessidade de divulgação do regulamento de funcionamento [art. 32.º, n.º 2, b), ii)].

III. Também os requisitos de divulgação aplicáveis à informação geral relativa à gestão de reclamações vieram ser alterados, cla-

⁸⁴ Vide Maria Eduarda Ribeiro, “Competências da Autoridade...”, pp. 207 a 209.

rificando-se que a informação quanto aos mecanismos de resolução extrajudicial de litígios abrange quer aqueles a que a entidade tenha aderido quer aqueles a que se encontre obrigada nos termos legais [art. 10.º, n.º 1, d)]. Quanto à forma de prestação da informação, estipula-se que esta deve ser prestada em suporte duradouro, preferencialmente digital, acessível ao destinatário (art. 10.º, n.º 2), acordada com o destinatário (art. 10.º, n.º 3)⁸⁵.

A informação geral relativa à gestão de reclamações deve ser divulgada ao público através de meios adequados, designadamente encontrando-se afixada nos estabelecimentos abertos ao público (art. 10.º, 3)⁸⁶.

III. As alterações mais relevantes foram introduzidas pelo artigo 11.º, relativo à apresentação e gestão de reclamações. Assim, designadamente:

- (i) É dada preferência à apresentação de reclamações por escrito e em formato digital, sem prejuízo de se manter a possibilidade genérica de a entidade definir outros modos de receção (n.º 1);
- (ii) Foi introduzido o dever de informar o reclamante quando a reclamação apresentada não se reportar à atividade da entidade a quem tenha sido dirigida, assim como o dever de redirecionar a reclamação para a entidade devida quanto integre o mesmo grupo (n.º 3)⁸⁷;

⁸⁵ Assim, por um lado, simplifica-se o procedimento e desonera-se a entidade quanto à entrega de suporte físico, ao estabelecer o formato digital como preferencial. Por outro, mantém-se a possibilidade de exigência de entrega através de formato em papel, caso o cliente assim o solicite.

⁸⁶ Um meio adequado de divulgação de informação será o sítio da entidade na internet, no separador «Informações relevantes para o cliente», considerando o artigo 32.º, 2, m), segundo o qual poderão constar “outras informações de divulgação obrigatória nos termos da lei e regulamentação aplicáveis, sem prejuízo de as mesmas serem igualmente divulgadas noutros locais do sítio na Internet”.

⁸⁷ Fica por explicar como compatibilizar tal dever de reencaminhamento com as normas aplicáveis em matéria de proteção de dados pessoais, em particular quando a reclamação contenha dados de categoria especial, pelo que o cumprimento destes deveres exige espe-

- (iii) Introduziu-se ainda o dever de numerar sequencialmente e classificar as reclamações recebidas de acordo com a estrutura fixada pela ASF nos mapas de reporte previstos no artigo 27.º, n.º 3 da Norma devendo, nos casos aplicáveis, ser indicado o código de produto previsto no artigo 30.º (n.º 4)⁸⁸;
- (iv) Clarificou-se que apenas releva como impossibilidade de observar os prazos definidos para a gestão de reclamações a impossibilidade objetiva (n.º 8)⁸⁹;
- (v) A resposta ao reclamante deve ser completa e fundamentada, detalhando-se que esta deve incluir a especificação das disposições legais e contratuais aplicáveis, e conter linguagem clara e perceptível, adequando-se ao perfil específico do reclamante (n.º 12)⁹⁰.

ciais cautelas às entidades. Quanto aos dados sensíveis e seu tratamento no âmbito da atividade seguradora, Luis Poças, “Problemas e dilemas...”, pp. 258 e ss., assim como o nosso “O tratamento...”, pp. 390.º e ss. Em geral, quanto ao tratamento de dados sensíveis, A. Barreto Menezes Cordeiro, “Direito da proteção...”, pp. 132 a 141;

⁸⁸ Estamos perante uma alteração relevante, que gerou necessidades de reorganização procedimental e documental. Perante esta disposição, não basta efetuar o reporte devidamente, sendo necessário dar cumprimento aos requisitos de numeração sequencial, classificação e codificação logo após a receção de cada reclamação.

⁸⁹ Com efeito, a especificação não será inocente. No âmbito da atividade reguladora exige-se ao regulador atenção aos termos utilizados para verter por escrito as soluções pretendidas. A limitação da modalidade de impossibilidade de atender aos prazos estabelecidos para resposta ao reclamante à impossibilidade objetiva dificulta quer a aplicação quer a própria alegação da impossibilidade. Exige-se maior atenção e critério às entidades sujeitas e à resposta comunicada ao reclamante.

⁹⁰ A especificação das disposições legais e contratuais aplicáveis vem impor um critério mais rígido de apreciação e resposta às entidades, entendendo-se proscrias respostas-tipo sem fundamentação que possa ser analisada e contestada pelo reclamante. A aplicação deste dever por parte das entidades e a supervisão do seu cumprimento por parte da ASF devem, contudo, ter em atenção critérios de proporcionalidade, assim como as dificuldades inerentes à conjugação do dever de fundamentação com o dever de clareza, considerando o destinatário da resposta. Como refere Catarina Monteiro Pires, “... seguindo-se um modelo informacional, é importante evitar o efeito de *overload* informativo e respeitar o ponto ótimo de informação numa relação originariamente assimétrica...”, in Catarina Monteiro Pires, *Entre um modelo corretivo e um modelo informacional no direito bancário e financeiro*, CDP, n.º 44 Outubro/Dezembro 2013, CEJUR, Braga, pp. 3-22, pág. 21.

É possível delimitar um núcleo de alterações que assumem particular relevância, mesmo perante as acima referidas: são estas a introdução de um dever de primeira resposta ao reclamante no prazo de cinco dias úteis a contar da data de receção da reclamação, e a introdução de um dever de comunicação ao reclamante nos cinco dias posteriores ao termo do prazo concedido para disponibilização de dados essenciais sem os quais a gestão da reclamação fica inviabilizada [n.º 9 e n.º 6. a)]. Estas disposições vertem por escrito e tornam imperativos deveres que poderiam ser reconduzidos a deveres gerais de tratamento de clientes e de boa fé a cargo da entidade, como entidade profissionalmente dedicada ao exercício da sua atividade⁹¹, estabelecendo prazos específicos para o seu cumprimento.

IV. O reporte regular relativo à gestão de reclamações foi igualmente adaptado. Refletindo as modificações introduzidas ao sistema de gestão de reclamações, foram aditados ao conteúdo do reporte informação estatística quanto ao prazo máximo de resposta às reclamações tratadas, às reclamações relativas a situações em que se verificou intervenção de mediador de seguros e àquelas em que se verificou intervenção de prestador de serviços externo e quanto às unidades de risco comportamental [art. 27.º/ 1, a), iv), vii), viii) e ix)], desenvolvendo-se o conteúdo do reporte nos números 2 a 4 do artigo 27.º da Norma.

2.2.3. Provedor

I. As disposições regulamentares relativas aos provedores foram unificadas para as empresas de seguros e para as sociedades gestoras de fundos de pensões, tendo por base o modelo anteriormente estabelecido para as empresas de seguros. Como novidades, mantem-se a proximidade entre os requisitos a cumprir nas respostas às

⁹¹ Quanto à assimetria de poder contratual de tomadores de seguro perante empresas de seguros, em termos que se aplicam genericamente às relações socialmente típicas entre qualquer das entidades sujeitas à aplicação da Norma e reclamantes, o nosso *Breves notas ...*, pp. 472 a 475, em particular pág. 472, nota 45.

reclamações por parte das entidades e dos provedores, estabelecendo-se a preferência pela entrega das respostas através de suporte duradouro digital (art. 15.º/7 e 11) e passa a exigir-se que a resposta ao reclamante seja comunicada em linguagem clara e perceptível, adequando-se ao perfil específico do reclamante (art. 15.º/8) e que a fundamentação inclua a especificação das disposições legais e contratuais aplicáveis⁹² (art. 15.º/7⁹³).

II. Afiguram-se igualmente relevantes as alterações quanto aos conflitos de interesses dos provedores, previstas nos artigos 13.º/3 e 4 e 24.º da Norma. As incompatibilidades anteriormente exemplificadas no artigo 12.º/1 da Norma Regulamentar n.º 10/2009-R, de 25 de junho foram significativamente ampliadas no artigo 13.º/3 da Norma, contemplando:

- (i) A detenção direta ou indireta, pelo próprio, respetivo cônjuge, pessoa a si unida em união de facto, ou parente em linha reta ou no segundo grau da linha colateral, de participação de, pelo menos, 1 % do capital social ou de direito de voto em empresa de seguros ou entidade que com esta se encontre numa relação estreita ou de controlo ou em mediador de seguros;
- (ii) O exercício pelo próprio, respetivo cônjuge, pessoa a si unida em união de facto, ou parente em linha reta ou no segundo grau da linha colateral, de funções de membro de órgão de administração, gestão, direção ou gerência de empresa de seguros ou entidade que com esta se encontre numa relação estreita ou de controlo ou em mediador de seguros;

⁹² Remetemos para os comentários anteriores, quanto às disposições similares relativas à gestão de reclamações por parte das entidades.

⁹³ Embora o artigo 15.º/11 não o indique expressamente, a comunicação ao reclamante do não acolhimento da recomendação efetuada deve incluir a fundamentação da entidade, devendo o critério de exigência de fundamentação seguido pelo regulador ser considerado extensível a esta comunicação, que será acompanhada pela especificação das disposições legais e contratuais que tenham sido invocadas para a recusa.

- (iii) A prestação de serviços distintos do exercício de funções enquanto provedor do cliente ou existência de um contrato de trabalho ou equiparado com empresa de seguros ou com mediador de seguros; e
- (iv) O exercício, pelo próprio, de atividade profissional em sociedade de profissionais, quando esta sociedade de profissionais, os respetivos sócios, associados ou colaboradores, prestem serviços à empresa de seguros em causa ou a entidade que com esta se encontre numa relação estreita ou de controlo.

III. Finalmente, além do *curriculum vitae* do provedor do cliente, o reporte pontual relativo ao provedor passa a ser acompanhado de declaração do provedor que ateste, sob compromisso de honra, que o mesmo não se encontra em situação de conflito de interesses e que se compromete a comunicar à ASF qualquer alteração dessa circunstância (art. 24.º/1).

2.2.4. Avaliação da eficácia

I. Uma das grandes alterações previstas na Norma respeita à avaliação da eficácia em matéria de conduta de mercado. Esta encontra-se prevista no artigo 22.º, integrante do Capítulo vi, pelo que apenas é aplicável a empresas de seguros e sociedades gestoras de fundos de pensões com sede em Portugal e a sucursais de empresas de seguros de países terceiros.

II. A qualidade, adequação e eficácia das políticas, procedimentos e controlos relacionados com a conduta de mercado deve ser monitorizada através de avaliações periódicas (n.º 1) cujo âmbito e periodicidade deve ser estabelecido por cada entidade de forma proporcional à natureza, dimensão e complexidade dos riscos de conduta associados a cada uma das áreas de negócio, não excedendo, em qualquer caso, uma periodicidade trienal e abrangendo, pelo menos, as matérias estabelecidas no n.º 3. As avaliações devem ser asseguradas, de forma independente, pela função de auditoria

interna, devendo para o efeito ser facultado acesso irrestrito e atempado a toda a informação relevante (n.º 2)⁹⁴, admitindo-se que a ASF imponha a realização de auditorias especiais por entidade independente, nos termos do artigo 27.º/4 do RJASR e 196.º/6 do RJFP⁹⁵.

III. Adicionalmente, estabeleceu-se que os resultados das avaliações realizadas integram o relatório escrito com as conclusões e recomendações da função de auditoria interna, devendo o excerto do relatório relativo a esses resultados ser enviado à ASF, bem como a respetiva certificação e parecer do revisor oficial de contas sobre o conteúdo dos referidos resultados (n.º 5)⁹⁶, assim se introduzindo,

⁹⁴ Quanto à atribuição desta competência à função de auditoria interna, a ASF apresentou a seguinte fundamentação no Relatório de consulta pública, pág. 44: “Nas opções regulatórias adotadas prevaleceu um princípio de proporcionalidade, refletido designadamente no facto de as avaliações periódicas e independentes à qualidade, adequação e eficácia das políticas, procedimentos e controlos em matéria de conduta de mercado serem realizados pela função de auditoria interna, em alternativa a auditores externos ou entidades terceiras devidamente qualificadas, e na previsão expressa de que o âmbito e periodicidade das avaliações a realizar deve ser proporcional à natureza, dimensão e complexidade dos riscos de conduta associados a cada uma das áreas de negócio.”. Porém, no cotejo das disposições da Norma não resulta qualquer opção quanto à realização da avaliação por auditores externos ou entidades terceiras devidamente qualificadas, mas antes a necessária preparação pela função de auditoria interna.

⁹⁵ Segundo o qual a “... ASF pode exigir a realização de auditorias especiais por entidade independente, por si designada, a expensas da empresa auditada.”.

⁹⁶ Não se clarifica quem é o revisor oficial de contas que deve efetuar a certificação e emitir parecer. Apesar de se tratar de serviços distinto à auditoria propriamente dita, numa primeira aproximação admitiríamos ser possível a certificação por parte quer de revisor oficial de contas sem relação com a entidade quer do revisor oficial de contas externo da entidade, considerando a imposição regulamentar de intervenção de ROC na matéria e o facto de esta intervenção não se afigurar passível de afetar a sua independência profissional, embora apenas no caso concreto seja possível aferir o ponto (sobre os impedimentos e incompatibilidades dos revisores oficiais de contas: Ana Perestrelo de Oliveira, *Manual de governo das sociedades*, Almedina, 2018, 336 a 353; Alexandre de Soveral Martins, *Sobre a fiscalização das sociedades anónimas*, 2020, pp. 185 a 187). Note-se ainda que, ao contrário das empresas de seguros, as sociedades gestoras de fundos de pensões não são hoje definidas como entidades de interesse público nos termos do artigo 3.º do regime jurídico da supervisão de auditoria, aprovado pela Lei n.º 148/2015, de 9 de setembro, não ficando sujeito aos requisitos de fiscalização definidos no artigo 3.º da referida Lei n.º 148/2015, Apenas os próprios fundos de pensões que financiam um regime especial de segurança

de acordo com uma técnica de adequação discutível, a necessidade de certificação e parecer do revisor oficial de contas sobre o conteúdo dos resultados da avaliação da eficácia efetuada pela função de auditoria interna⁹⁷.

2.2.5. Alterações a nível de reportes

A Norma alterou os elementos a comunicar à ASF constantes do reporte pontual relativo ao provedor (art. 24.º), do reporte pontual relativo ao interlocutor privilegiado (art. 25.º), do reporte regular relativo à gestão de reclamações (art. 27.º) e do reporte regular relativo à apreciação de reclamações pelo provedor (art. 28.º), consoante já tivemos oportunidade de referir, ao analisar as alterações nas matérias em causa. Igualmente significativa foi a revogação e substituição do Anexo V da Norma Regulamentar n.º 8/2016-R, de 16 de agosto, relativa à informação sobre produtos de seguro, pelo artigo 30.º da Norma.

Os pontos mais relevantes traduzir-se-ão na introdução e regulamentação do relatório para efeitos de supervisão comportamental,

social, nos termos dos artigos 53.º e 103.º da Lei n.º 4/2007, de 16 de janeiro, são qualificados como entidades de interesse público nos termos do artigo 3.ºk) do regime jurídico da supervisão de auditoria. No entanto, o RJFP exige que o relatório de gestão, o balanço, a demonstração de resultados e os demais documentos de prestação de contas das sociedades gestoras sejam certificados por um revisor oficial de contas (art. 152.º/2 do RJFP). Nesta medida, qualquer das entidades sujeitas ao requisito tem necessariamente um revisor oficial externo nomeado, o que poderá simplificar o contacto e a negociação da prestação do serviço, que não pode ser simplesmente imposto ao revisor oficial de contas.

⁹⁷ A ASF refere no Relatório de consulta pública, a pág. 45, que “Na sequência da ponderação realizada, entendeu-se também adequado estabelecer o envio à ASF dos resultados das avaliações, bem como a respetiva certificação e parecer do revisor oficial de contas, embora tal envio apenas seja exigível a partir de 2024 (novo n.º 4 do atual artigo 52.º), de forma a permitir uma adaptação progressiva aos novos requisitos.”. Porém, a verdade é que, assim como não previu expressamente a necessidade de certificação e parecer do revisor oficial de contas sobre o conteúdo dos resultados da avaliação da eficácia efetuada pela função de auditoria interna, antes se inferindo tal necessidade da imposição do envio de tais elementos à ASF, também não estipulou a aplicação do requisito a partir de 2024, antes estabelecendo apenas que o envio do excerto do relatório de auditoria interna relativo aos resultados da avaliação da eficácia, previsto no n.º 5 do artigo 22.º, é devido a partir de 2024.

a elaborar e remeter a ASF anualmente, até 15 de abril (art. 29.º) e a prestação de informação sobre acordos entre empresas de seguros, a efetuar no prazo máximo de 10 dias úteis a contar da data da celebração ou alteração do acordo⁹⁸.

2.2.6. Alterações a nível de divulgação no sítio de internet

No que respeita a divulgação estabeleceu-se que as empresas de seguros e as sociedades gestoras de fundos de pensões devem dispor de sítio autónomo na internet, redigido em língua portuguesa, que inclua um separador específico dedicado à matéria da conduta de mercado. no qual deve ser incluída toda a informação relevante nesse âmbito (art. 32.º/1).

O separador deve designar-se necessariamente «Informações relevantes para o cliente» (art. 32.º/1) e apresentar toda a informação relevante no âmbito da conduta de mercado de forma estruturada, de acordo com os elementos e ordem sequencial definidas no art. 32.º/2, incluindo outras informações de divulgação obrigatória nos termos da lei e regulamentação aplicáveis, sem prejuízo de as mesmas serem igualmente divulgadas noutros locais do sítio na Internet [art. 37.º/2, m)].

3. Conclusões

A Norma Regulamentar n.º 7/2022-R, de 30 de junho, procurou manter, no essencial, a estrutura e as soluções anteriormente previstas na Norma Regulamentar n.º 10/2009-R, de 25 de junho.

⁹⁸ O artigo 155.º do RJASR prevê serem “... comunicados à ASF as convenções, protocolos ou outros acordos celebrados entre empresas de seguros que possam ter impacto no respetivo relacionamento com os tomadores de seguros, segurados, beneficiários e terceiros lesados, designadamente, em matéria de regularização de sinistros”. Com o artigo 31.º da Norma a matéria é finalmente regulamentada quanto ao prazo, elementos a comunicar e forma de envio da informação. Continua por clarificar o que sejam acordos entre empresas de seguros que possam ter impacto no respetivo relacionamento com os clientes, o que deixa espaço para dúvida quanto aos critérios a utilizar na identificação de acordos a comunicar.

Porém, a necessidade de consolidação e de atualização de matérias perante a evolução ocorrida a nível nacional e de Direito da União Europeia, assim como as específicas necessidades de regulação e supervisão sentidas pela ASF, determinaram o surgimento de um regime mais denso, complexo e exigente. Infelizmente, perdeu-se a oportunidade de condensar, consolidar e atualizar a matéria da publicidade, clarificando e regulando a publicidade relativa a contratos de seguro ligados a fundos de investimento, a adesões individuais a fundos de pensões abertos e aos fundos de pensões abertos que permitam exclusivamente adesões individuais. Ficou ainda postergada a clarificação da proteção conferida pela Norma a todos os “clientes”. em sentido alargado. das entidades e, em particular, a regularização da sujeição das IRPPPs estrangeiras ao âmbito de aplicação da Norma.

As alterações introduzidas pela Norma tiveram reflexos relevantes a nível estrutural, seja organizativo ou funcional, assim como a nível procedimental e em matéria de divulgação. Afiguram-se particularmente significativas as novidades de âmbito estrutural organizativo ou funcional, como seja a exigência de designação expressa de um membro do órgão de administração como responsável pela atividade da empresa ou entidade em matéria de conduta de mercado, de uma função autónoma responsável pela conduta de mercado, de uma função autónoma responsável pela gestão de reclamações e de um interlocutor privilegiado para efeitos do contacto com a ASF.

A nível procedimental e de divulgação, destacam-se as alterações aos procedimentos a tomar no âmbito da gestão de reclamações e da intervenção do provedor, assim como a introdução da avaliação da eficácia em matéria de conduta de mercado, com a imposição da necessidade de certificação e parecer do revisor oficial de contas sobre o conteúdo dos resultados da avaliação da eficácia efetuada pela função de auditoria interna.

Pese embora a invocação da atinência ao princípio da proporcionalidade, o regime implementado pela Norma afigura-se substancialmente mais extenso e complexo que o regime pretérito, exigindo atenção redobrada por parte das entidades sujeitas.

Lisboa, dezembro de 2023.



RITA SOUSA CARLOS
Advogada estagiária na GPA

ESG no setor segurador – um panorama geral

ESG in the insurance sector – an overview

RESUMO: O setor financeiro e as finanças sustentáveis encontram-se no epicentro dos desenvolvimentos regulatórios em matéria ESG. Procuramos, nas páginas que se seguem, sublinhar os aspetos de regime e as normas que se dirigem especificamente à atividade seguradora numa tentativa de concentrar e resumir a “avalanche regulatória” que preocupa as empresas deste setor.

Palavras-chave: ESG, finanças sustentáveis, empresas de seguros, divulgação de informação, governação de produtos

ABSTRACT: The financial market and sustainable finance are at the epicentre of ESG regulatory developments. In the following pages, we seek to highlight the regime aspects and standards that are specifically aimed at the insurance activity in an attempt to concentrate and summarize the “regulatory avalanche” that concerns companies in this sector.

Keywords: ESG, sustainable finance, insurance companies, information disclosure, product governance

ABREVIATURAS: ASF – Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões; CSC – Código das Sociedades Comerciais, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 262/86, de 02 de Setembro; CSDDD – *Corporate Sustainability Due Dilligence Directive*; CSRD – *Corporate Sustainability Reporting Directive*, que corresponde à Diretiva (UE) n.º 2022/2464 do Parlamento Europeu e do Conselho de 14 de dezembro de 2022 que altera o Regulamento (UE) n.º 537/2014, a Diretiva n.º 2004/109/CE, a Diretiva n.º 2006/43/CE e a Dire-

tiva n.º 2013/34/UE no que diz respeito ao relato de sustentabilidade das empresas; DDS – Diretiva da Distribuição de Seguros, que corresponde à Diretiva (UE) n.º 2016/97 do Parlamento Europeu e do Conselho de 20 de janeiro de 2016 sobre a distribuição de seguros; EIOPA – *European Insurance and Occupational Pensions Authority*; ESG – *Environmental, Social and Governance*; ESRS – *European Sustainability Reporting Standards*; EuGR – *European Union Green Bonds* (Obrigações Verdes Europeias); ICD – Indicadores-chave de desempenho; NFRD – *Non-Financial Reporting Directive*, que corresponde à Diretiva n.º 2014/95/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de outubro de 2014, que altera a Diretiva n.º 2013/34/UE no que se refere à divulgação de informações não financeiras e de informações sobre a diversidade por parte de certas grandes empresas e grupos; PIBS – Produtos de investimento com base em seguros; RJASR – Regime Jurídico de Acesso e Exercício da Atividade Seguradora e Resseguradora, aprovado pela Lei n.º 147/2015, de 09 de Setembro; SFDR – *Sustainable Finance Disclosure Regulation*, que corresponde ao Regulamento (UE) n.º 2019/2088 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de novembro de 2019, relativo à divulgação de informações relacionadas com a sustentabilidade no setor dos serviços financeiros; UE – União Europeia.

SUMÁRIO: I. Ponto de situação “ESG”; II. O setor segurador em especial; III. O reporte e a divulgação de informação; IV. A Taxonomia; V. A governação de produtos e a comercialização de PIBS; VI. A gestão de riscos; VII. Conclusão.

I. Ponto de situação “ESG”

Nos últimos anos, a agenda da União Europeia tem girado em torno de preocupações ambientais, sociais e de bom governo, mais conhecidas pela sigla inglesa ESG (*Environmental, Social and Governance*), a *pari passu* com os desenvolvimentos regulatórios alinhados com o Acordo de Paris, a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável, o Plano de Ação para as Finanças Sustentáveis, o Pacto Ecológico Europeu e, mais recentemente, o pacote *Fit for 55*.

Do percurso regulatório ao nível da UE, salientamos a Diretiva dos Acionistas II¹, o Regulamento de Divulgação de Finanças

¹ Diretiva (UE) n.º 2017/828, de 17 de maio, que altera a Diretiva n.º 2007/36/CE no que se refere aos incentivos ao envolvimento dos acionistas a longo prazo.

Sustentáveis (SFDR)², o Regulamento Taxonomia³, o Ato Delegado do Clima⁴, a Diretiva de Relato de Sustentabilidade das Empresas (CSRD)⁵ e, mais recentemente, o Ato Delegado do Ambiente⁶ o Regulamento EuGB⁷ e o Regulamento Delegado respeitante às normas de relato de sustentabilidade (ESRS)⁸, bem como as Propostas⁹ de Diretiva relativa ao Dever de Diligência das Empresas

² Regulamento (UE) n.º 2019/2088, de 27 de novembro relativo à divulgação de informações relacionadas com a sustentabilidade no setor dos serviços financeiros.

³ Regulamento (UE) n.º 2020/852, de 18 de junho relativo ao estabelecimento de um regime para a promoção do investimento sustentável, e que altera o Regulamento (UE) n.º 2019/2088.

⁴ Regulamento Delegado (UE) n.º 2021/2139, de 4 de junho, que completa o Regulamento (UE) n.º 2020/852 mediante o estabelecimento de critérios técnicos de avaliação para determinar em que condições uma atividade económica é qualificada como contribuindo substancialmente para a mitigação das alterações climáticas ou para a adaptação às alterações climáticas e estabelecer se essa atividade económica não prejudica significativamente o cumprimento de nenhum dos outros objetivos ambientais, recentemente alterado pelo Regulamento Delegado (UE) 2023/2485 de 27 de junho.

⁵ Diretiva (UE) n.º 2022/2464, de 14 de dezembro que altera o Regulamento (UE) n.º 537/2014, a Diretiva 2004/109/CE, a Diretiva n.º 2006/43/CE e a Diretiva n.º 2013/34/UE no que diz respeito ao relato de sustentabilidade das empresas.

⁶ Regulamento Delegado (UE) n.º 2023/2486, de 27 de junho, que completa o Regulamento Taxonomia mediante o estabelecimento de critérios técnicos de avaliação para determinar em que condições uma atividade económica é qualificada como contribuindo substancialmente para a utilização sustentável e a proteção dos recursos hídricos e marinhos, para a transição para uma economia circular, para a prevenção e o controlo da poluição ou para a proteção e o restauro da biodiversidade e dos ecossistemas e estabelecer se essa atividade económica não prejudica significativamente o cumprimento de nenhum dos outros objetivos ambientais e que altera o Regulamento Delegado (UE) n.º 2021/2178 no respeitante à divulgação pública de informações específicas relativas a essas atividades económicas.

⁷ Regulamento (UE) n.º 2023/2631, de 22 de novembro, relativo às Obrigações Verdes Europeias e à divulgação opcional de informação relativamente a obrigações comercializadas como sustentáveis do ponto de vista ambiental e a obrigações ligadas à sustentabilidade.

⁸ Regulamento Delegado (UE) n.º 2023/2772, de 31 de julho, que complementa a Diretiva 2013/34/UE no respeitante às normas de relato de sustentabilidade.

⁹ Para o setor segurador em especial, destacamos ainda a Proposta de Diretiva que altera a Diretiva n.º 2009/138/CE no que respeita à proporcionalidade, à qualidade da supervisão, à comunicação de informações, às medidas de garantia a longo prazo, aos instrumentos macroprudenciais, aos riscos em matéria de sustentabilidade, à supervisão de grupos e à supervisão transfronteiras.

em matéria de Sustentabilidade (CSDDD)¹⁰, de Diretiva relativa à fundamentação e à comunicação de alegações ambientais explícitas (*Green Claims*) e de Regulamento relativo à transparência e integridade das atividades de notação ambiental, social e de governação (*ESG ratings*)¹¹.

Alguns destes diplomas avançam importantes definições:

- Investimento sustentável, enquanto “*um investimento numa atividade económica que contribui para um objetivo de natureza ambiental, tal como medido, por exemplo, pelos indicadores fundamentais da eficiência dos recursos em matéria de utilização de energia, de energias renováveis, de matérias-primas, da água e dos solos, de produção de resíduos e de emissões de gases com efeito de estufa, ou do impacto na biodiversidade e na economia circular, ou um investimento numa atividade económica que contribui para um objetivo de natureza social, em particular um investimento que contribui para combater as desigualdades ou que promove a coesão social, a integração social e as relações laborais, ou um investimento em capital humano ou em comunidades económica ou socialmente desfavorecidas, desde que tais investimentos não prejudiquem significativamente nenhum desses objetivos e desde que as empresas beneficiárias do investimento empreguem práticas de boa governação, em particular no que diz respeito a estruturas de gestão, relações laborais e práticas de remuneração do pessoal sãs e ao cumprimento das obrigações fiscais*” (cfr. artigo 2.º, ponto 17), do SFDR);

¹⁰ Sobre a proposta de CSDDD, vide ANTUNES, Ana Filipa Morais, *ESG, sustentabilidade empresarial e contratação responsável*, Revista de Direito Comercial (2023), 1103-1138, BOAS, José Vilas, *A procura de ética na cadeia de valor: códigos corporativos vs. due diligence law*, Revista de Direito das Sociedades – RDS XIV (2022), número 2, 251-283, e BRIGHT, Claire, e SEQUEIRA, Benedita, *Rumo a uma obrigatoriedade de diligência ambiental e de direitos humanos*, Revista de Direito Comercial (2022), 1407-1444.

¹¹ Tendo em conta o âmbito da presente análise, cabe salientar que de acordo com a Proposta, os fornecedores de *ratings* ESG não deverão prestar serviços no setor de seguros e resseguros.

- Risco em matéria de sustentabilidade, definido como “*um acontecimento ou condição de natureza ambiental, social ou de governação cuja ocorrência é suscetível de provocar um impacto negativo significativo efetivo ou potencial no valor do investimento*” (cfr. artigo 2.º, ponto 22), do SFDR);
- Fatores de sustentabilidade, enquanto “*as questões ambientais, sociais e laborais, o respeito dos direitos humanos, a luta contra a corrupção e o suborno*” (cfr. artigo 2.º, ponto 24), do SFDR);
- Objetivos ambientais, que, para efeitos do Regulamento Taxonomia, são a mitigação das alterações climáticas, a adaptação às alterações climáticas, a utilização sustentável e proteção dos recursos hídricos e marinhos, a transição para uma economia circular, prevenção e o controlo da poluição e a proteção e o restauro da biodiversidade e dos ecossistemas (cfr. artigo 9.º do Regulamento Taxonomia);
- Preferências em matéria de sustentabilidade, enquanto “*a escolha feita por um cliente ou potencial cliente de integrar ou não um ou diversos dos seguintes produtos financeiros na sua estratégia de investimento e, em caso afirmativo, em que medida*” um PIBS relativamente ao qual o cliente ou potencial cliente determina que (i) uma proporção mínima será aplicada em investimentos sustentáveis ou (ii) que considera os principais impactos negativos sobre os fatores de sustentabilidade, sendo os elementos qualitativos ou quantitativos que demonstram essa consideração determinados pelo cliente ou potencial cliente (cfr. artigo 2.º, ponto 4), do Regulamento Delegado (UE) n.º 2017/2359).

Tais desenvolvimentos permitem constatar as crescentes exigências que impendem sobre as empresas da UE¹² e, em particular,

¹² Tendo inclusivamente o elenco de empresas sujeitas a normas de relato de sustentabilidade sido alargado pela CSRD, agora aplicável às grandes empresas e grupos, mas também às PME consideradas de interesse público. Neste particular, chamamos ainda a atenção para a Diretiva Delegada (UE) n.º 2023/2775, de 17 de outubro que altera a Diretiva 2013/34/UE do Parlamento Europeu e do Conselho a Diretiva n.º 2013/34/UE no que

sobre as empresas do setor financeiro¹³. Esta “avalanche regulatória” tem trazido muitos desafios para os seus destinatários, não só na identificação de todo o panorama legal que lhes é aplicável, como na concretização e aplicação das exigências que dela resultam¹⁴.

Nas páginas seguintes, focar-nos-emos nos desafios que enfrenta o setor segurador, resumindo os traços essenciais dos regimes ESG aplicáveis nesta área. No concreto, propomos analisar os impactos das métricas ESG nos domínios (i) do reporte e divulgação de informação, (ii) da taxonomia, (iii) da governação de produtos e comercialização de PIBS e (iv) da gestão de riscos.

II. O setor segurador em especial

No geral, o ordenamento jurídico português não incorporou ainda as exigências em matéria de sustentabilidade¹⁵ que se espalham por Diretivas da UE e se multiplicam em Regulamentos e Regulamentos Delegados.

O setor segurador foi, como já referido, alvo desta proliferação regulatória, nomeadamente por via dos seguintes diplomas:

- i. Regulamento Delegado (UE) n.º 2015/35¹⁶, alterado pelo Regulamento Delegado (UE) n.º 2021/1256 no que respeita

respeita aos ajustamentos dos critérios de dimensão para as micro, pequenas, médias e grandes empresas ou grupos.

¹³ Bem como o Código de Governo das Sociedades do IPCG, os Princípios para o Investimento Responsável das Nações Unidas, as Diretrizes da OCDE para Empresas Multinacionais sobre Conduta Empresarial Responsável; as Recomendações da *Task Force on Climate-related Financial Disclosures* para divulgações relacionadas com clima e o Plano de ação: financiar um crescimento sustentável da Comissão Europeia.

¹⁴ Neste tema em particular, v. Miguel da Câmara Machado, *It's not easy bein' green? (não é fácil ser verde?): Algumas dúvidas, medos e ansiedades sobre as dificuldades em saber o que são e como se cumprem os deveres “ESG” nos mercados financeiros, no final de 2022*, Revista de Direito Financeiro e Mercados de Capitais, n.º 14 (2022).

¹⁵ Com exceção do disposto no Código das Sociedades Comerciais sobre demonstrações não financeiras e da Lei n.º 27/2020, de 23 de julho, que aprovou o Regime Jurídico dos Fundos de Pensões.

¹⁶ Regulamento Delegado (UE) n.º 2015/35, de 10 de outubro, que completa a Diretiva 2009/138/CE relativa ao acesso à atividade de seguros e resseguros e ao seu exercício.

- à integração dos riscos de sustentabilidade no governo das empresas de seguros e resseguros;
- ii. Regulamento Delegado (UE) n.º 2017/2358¹⁷, que complementou a Diretiva de Distribuição de Seguros (DDS)¹⁸, alterado pelo Regulamento Delegado (UE) n.º 2021/1257¹⁹, no que respeita à integração dos fatores, riscos e preferências de sustentabilidade nos requisitos de supervisão e governação dos produtos aplicáveis às empresas de seguros e aos distribuidores de seguros;
 - iii. Regulamento Delegado (UE) n.º 2017/2359²⁰, que complementa a DDS, alterado pelo Regulamento Delegado (UE) n.º 2021/1257 no que respeita à integração dos fatores, riscos e preferências de sustentabilidade nas regras relativas ao exercício das atividades e ao aconselhamento de investimento para os produtos de investimento com base em seguros (PIBS).

A par do panorama descrito, a ASF tem emitido circulares e levado a cabo estudos no âmbito da sustentabilidade e dos critérios ESG²¹, impulsionando o mercado a acompanhar e adaptar-se às novas exigências²².

¹⁷ Regulamento Delegado (UE) n.º 2017/2358, de 21 de setembro, que complementa a Diretiva (UE) n.º 2016/97 no que diz respeito aos requisitos de supervisão e governação de produtos aplicáveis às empresas de seguros e aos distribuidores de seguros.

¹⁸ Diretiva (UE) n.º 2016/97, de 20 de janeiro sobre a distribuição de seguros.

¹⁹ Regulamento Delegado (UE) n.º 2021/1257, de 21 de abril que altera os Regulamentos Delegados (UE) n.º 2017/2358 e (UE) n.º 2017/2359 no que respeita à integração dos fatores, riscos e preferências de sustentabilidade nos requisitos de supervisão e governação dos produtos aplicáveis às empresas de seguros e aos distribuidores de seguros, bem como nas regras relativas ao exercício das atividades e ao aconselhamento de investimento para os produtos de investimento com base em seguros.

²⁰ Regulamento Delegado (UE) n.º 2017/2359, de 21 de setembro, que complementa a Diretiva (UE) n.º 2016/97 no que diz respeito aos requisitos em matéria de informação e às normas de conduta aplicáveis à distribuição de produtos de investimento com base em seguros.

²¹ O primeiro tema, em 2020, foi “*O Setor Segurador e dos Fundos de Pensões e os Desafios de Sustentabilidade*”, disponível em www.asf.com.pt.

²² Destacamos a publicação anual da ASF sobre Desenvolvimentos Regulatórios do Setor Segurador e do Setor dos Fundos de Pensões.

Também a EIOPA se tem debruçado sobre o tema, tendo estabelecido um plano de atividades no âmbito das finanças sustentáveis, as quais foram incluídas no plano de trabalhos para o biénio 2023-2025.

III. O reporte e a divulgação de informação²³

Em matéria de divulgação de informação, começamos por referir o SFDR²⁴, que estabelece regras harmonizadas de transparência aplicáveis aos intervenientes no mercado financeiro e aos consultores financeiros no que se refere à integração dos riscos em matéria de sustentabilidade e à consideração dos impactos negativos para a sustentabilidade nos seus processos, bem como à prestação de informações relacionadas com a sustentabilidade no que diz respeito a produtos financeiros.

Nos termos deste Regulamento e para o que importa à presente análise, são “*intervenientes no mercado financeiro*” as seguradoras que comercializem PIBS e as empresas de seguros criadoras de produtos de pensões²⁵, conforme previsto no artigo 2.º, ponto 1), alíneas a) e d), do SFDR, e são “*consultores financeiros*” os mediadores de

²³ Sobre a “*disclosure trinity*”, vide ROLO, António Garcia, *ESG and EU Law: From the Cradle of Mandatory Disclosure to More Forceful Steps*, em CÂMARA, Paulo e MORAIS, Filipe, *The Palgrave Handbook of ESG and Corporate Governance*, Palgrave Macmillan (2022), 191-215.

²⁴ Em linha com o SFDR, a Circular da ASF n.º 1/2021, de 26 de fevereiro, veio apresentar o elenco de deveres a que as empresas abrangidas se encontram adstritas, bem como indicar a cronologia segundo a qual as empresas têm de os cumprir. A ASF regulou ainda o tema do desfasamento entre a data de aplicação do Regulamento e a data de aplicação proposta das normas técnicas de regulamentação que o concretizam, como é o caso das normas contidas no Regulamento Delegado (UE) n.º 2022/1288, de 6 de abril.

²⁵ Para efeito do SFDR, são produtos de pensões (i) produtos de pensões que, ao abrigo do direito nacional, são reconhecidos como tendo por principal objetivo proporcionar aos investidores um rendimento na reforma e que lhes conferem o direito de receber determinadas prestações, e (ii) produtos de pensões individuais relativamente aos quais o direito nacional exija uma contribuição financeira da entidade patronal e em que a entidade patronal ou o empregado não possam escolher o produto nem o prestador.

seguros e seguradoras que prestem aconselhamento sobre PIBS, nos termos do artigo 2.º, ponto 11), alíneas a) e b), do SFDR.

O SFDR exige a estas empresas e mediadores de seguros que publiquem no seu sítio da Internet informações por referência às suas políticas, designadamente sobre a integração dos riscos em matéria de sustentabilidade no seu processo de tomada de decisões de investimento, na sua consultoria para investimento ou no seu aconselhamento em matéria de seguros, consoante aplicável (cfr. artigo 3.º do SFDR), sobre as políticas de diligência devida relativamente aos impactos negativos das decisões de investimento sobre os fatores de sustentabilidade (cfr. artigo 4.º, n.º 1, alínea a), do SFDR), informações sobre as suas políticas relativas à identificação e definição de prioridades no que se refere aos principais impactos negativos e indicadores em matéria de sustentabilidade (cfr. artigo 4.º, n.º 2, alínea a), do SFDR), e informações sobre a forma como as políticas de remuneração integram os riscos em matéria de sustentabilidade (cfr. artigo 5.º, n.º 1, do SFDR).

Em 2022, a ASF publicou a Norma Regulamentar n.º 4/2022, de 26 de abril, relativa ao sistema de governação das empresas de seguros e de resseguros que, em linha com o SFDR, impõe a inclusão na política de remuneração de informação sobre a forma como a mesma corresponde à integração dos riscos em matéria de sustentabilidade (cfr. artigo 80.º, n.º 3).

As exigências prescritas pela SFDR implicam, assim, que as empresas estejam munidas de políticas, relativas a decisões de investimento, diligência devida, remuneração, e que integrem os fatores e riscos de sustentabilidade no seu sistema de governo, ou que indiquem razões para o não terem feito, numa lógica de “*comply or explain*”.

O artigo 6.º do SFDR é exemplo dessa lógica, na medida em que, em matéria de divulgação de informações pré-contratuais, exige uma descrição sobre (i) o modo como os riscos em matéria de sustentabilidade são integrados nas suas decisões de investimento ou nos seus serviços de aconselhamento em matéria de seguros, consoante aplicável, e sobre (ii) os resultados da avaliação dos potenciais impactos dos riscos em matéria de sustentabilidade no rendimento dos produtos financeiros que disponibilizarem ou

sobre os quais prestem aconselhamento (“*comply*”). No entanto, ressalva a situação em que as empresas considerem que os riscos em matéria de sustentabilidade não são relevantes e, por isso, devam incluir uma explicação clara e concisa das razões que os levam a essa conclusão (“*explain*”).

O SFDR estabelece ainda um conjunto de informações a incluir na divulgação de informações pré-contratuais²⁶ e em relatórios periódicos. Tais informações incidem sobre a integração dos riscos em matéria de sustentabilidade (cfr. artigo 6.º do SFDR), a consideração dos impactos negativos para a sustentabilidade a nível do produto financeiro (cfr. artigo 7.º do SFDR), a promoção de características ambientais ou sociais pelo produto financeiro (cfr. artigos 8.º e 11.º do SFDR) e os objetivos de investimento sustentável do produto financeiro (cfr. artigos 9.º e 11.º do SFDR), entre outros temas objeto de divulgação.

De âmbito mais geral e tendo como destinatárias apenas as empresas de seguro que se enquadrem no seu âmbito de aplicação²⁷, destacamos a NFRD²⁸, que introduziu as “demonstrações não financeiras” na Diretiva n.º 2013/34/UE²⁹, tendo sido transposta pelo Decreto-Lei n.º 89/2017, de 28 de julho, que, por sua vez, alterou o Código das Sociedades Comerciais (CSC), e levou à introdução no

²⁶ Sobre os deveres de informação do segurador, *vide* CORDEIRO, António Menezes, *Direito dos Seguros*, Almedina (2017), 2.ª edição, 603-626, e TELES, Joana Galvão, *Deveres de informação das partes*, in *Temas de direito dos seguros, a propósito da nova lei do contrato de seguro*, coordenado por Margarida Lima Rego, Almedina (2012), 213-273.

²⁷ Em matéria de reporte de sustentabilidade, a Diretiva n.º 2013/34/UE, com a redação que lhe foi dada pela CSRD, aplica-se a grandes empresas e grupos e PME consideradas de interesse público. Nessa medida, aplicar-se-á a empresas no setor segurador que se enquadrem nesse tipo de empresas.

²⁸ Diretiva n.º 2014/95/UE, de 22 de outubro, que altera a Diretiva n.º 2013/34/UE no que se refere à divulgação de informações não financeiras e de informações sobre a diversidade por parte de certas grandes empresas e grupos.

²⁹ Diretiva n.º 2013/34/UE, de 26 de junho, relativa às demonstrações financeiras anuais, às demonstrações financeiras consolidadas e aos relatórios conexos de certas formas de empresas.

CSC dos artigos 66.º-B (“Demonstração não financeira”) e 508.º-G (“Demonstração não financeira consolidada”)³⁰, em especial³¹.

Por fim, foi aprovada no final de 2022 a CSRD, sucessora da NFRD. A CSRD, pretendendo tornar claro que não existe uma dissociação entre aquilo que é a divulgação de informação em matéria de sustentabilidade e aquilo que são informações com relevância financeira, eliminou o uso da expressão “demonstrações não financeiras”, passando a referir-se ao “relato de sustentabilidade”³². Em linha com a CSRD, foi recentemente publicado o Regulamento Delegado que estabelece as normas de relato de sustentabilidade, mais conhecidas por ESRS.

IV. A Taxonomia

O Regulamento Taxonomia³³ estabelece critérios para determinar se certa atividade económica se qualifique como sustentável do ponto de vista ambiental, por forma a estabelecer em que grau um investimento seja sustentável do ponto de vista ambiental, conforme disposto no artigo 1.º do Regulamento. Este Regulamento foi complementado pelo Ato Delegado do Clima, que, por sua vez, estabelece critérios técnicos de avaliação para determinar em que condições uma atividade económica possa ser qualificada como: (i) contribuindo substancialmente para a mitigação das alterações climáticas; ou (ii) contribuindo substancialmente para a adaptação às alterações climáticas; veio também estabelecer os critérios para

³⁰ Foram também alterados os artigos 65.º, 451.º e 528.º e introduzido o artigo 546.º no CSC.

³¹ V. CUNHA, Paulo Olavo, *Direito das Sociedades Comerciais*, Almedina (2019), 7.ª edição, 950-951.

³² Cfr. Considerando 8 da CSRD.

³³ V. NEVES, Rui de Oliveira Neves, *The EU Taxonomy Regulation and Its Implications for Companies*, em CÂMARA, Paulo e MORAIS, Filipe, *The Palgrave Handbook of ESG and Corporate Governance*, Palgrave Macmillan (2022), 249-265, e CRISTAS, Assunção, *A Sustentabilidade no centro da evolução legislativa europeia*, em *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Maria Helena Brito*, Volume II, GESTLEGAL (2022), 846-850.

avaliar se essa atividade económica não prejudica significativamente o cumprimento de nenhum dos outros objetivos ambientais.

O anexo II do Ato Delegado do Clima, sobre os critérios técnicos de avaliação para determinar em que condições uma atividade económica é qualificada como contribuindo substancialmente para a adaptação às alterações climáticas e estabelecer se essa atividade económica não prejudica significativamente o cumprimento de nenhum dos outros objetivos ambientais, incide, entre outras, sobre as “*Atividades financeiras e de seguros*”. Dentro das atividades financeiras e de seguros, são estabelecidos os referidos critérios em relação a duas atividades específicas, os “*Seguros não vida: subscrição de seguros contra os riscos associados ao clima*” e os “*Resseguros*”.

Quanto aos seguros não vida, os critérios técnicos de avaliação apreciados são: (i) liderança na modelização e fixação do preço dos riscos climáticos, (ii) conceção do produto³⁴, (iii) soluções de cobertura de seguros inovadoras, (iv) partilha de dados, e (v) nível elevado de serviço numa situação pós-catástrofe.

Quando as empresas de seguros e resseguros estejam abrangidas pelos artigos 19.º-A ou 29.º-A da Diretiva n.º 2013/34/UE³⁵, aplica-se ainda o Regulamento Delegado (UE) n.º 2021/2178³⁶ | ³⁷, recentemente alterado pelo Ato Delegado do Ambiente, que também complementa o Regulamento Taxonomia, tendo por objetivo especificar o teor e a apresentação das informações a divulgar

³⁴ Quanto aos resseguros, não se utiliza o critério conceção do produto, mas o critério de apoio ao desenvolvimento e à oferta de produtos que permitam a subscrição de resseguros não vida.

³⁵ Ou seja, sujeitas ao relato de sustentabilidade, conforme as alterações introduzidas pela CSRD.

³⁶ Regulamento Delegado (UE) n.º 2021/2178, de 6 de julho de 2021, que complementa o Regulamento (UE) n.º 2020/852 especificando o teor e a apresentação das informações a divulgar pelas empresas abrangidas pelos artigos 19.º-A ou 29.º-A da Diretiva n.º 2013/34/UE relativamente às atividades económicas sustentáveis do ponto de vista ambiental, bem como a metodologia para dar cumprimento a essa obrigação de divulgação.

³⁷ Foi recentemente aprovado o Ato Delegado do Ambiente, que complementou o Regulamento Taxonomia e alterou o Regulamento Delegado (UE) n.º 2021/2178, em especial os anexos IX e XI relativos às empresas de seguros e resseguros.

por essas empresas relativamente às atividades económicas sustentáveis do ponto de vista ambiental. O Regulamento Delegado estabelece, então, a forma como as empresas de seguros não vida abrangidas deverão divulgar as informações previstas no artigo 8.º, n.º 1, do Regulamento Taxonomia, avançando os indicadores-chave de desempenho (ICD) das empresas de seguros e resseguros e as informações qualitativas a acompanhar na divulgação desses ICD, bem como o modelo segundo o qual a informação deve ser prestada.

V. A governação de produtos e a comercialização de PIBS

A integração dos fatores, riscos e preferências de sustentabilidade nos requisitos de supervisão e governação dos produtos aplicáveis às empresas de seguros e aos distribuidores de seguros, bem como nas regras relativas ao exercício das atividades e ao aconselhamento de investimento para os PIBS³⁸, foi assegurada pelo Regulamento Delegado (UE) n.º 2021/1257 através das alterações introduzidas nos Regulamentos Delegados (UE) n.º 2017/2358 e n.º 2017/2359, que complementam ambos a DDS.

No que respeita à integração dos fatores, riscos e preferências de sustentabilidade nos requisitos de supervisão e governação de produtos, esta ocorre, em especial, em três momentos do processo de conceção, aprovação e distribuição de produtos.

Primeiro, a identificação do mercado-alvo deve contemplar as “*características, o perfil de risco, a complexidade e a natureza do produto de seguros, bem como os respetivos fatores de sustentabilidade*”, devendo os “produtores”, conseqüentemente, conceber e comercializar apenas produtos que se compatibilizem com tais elementos (cfr. artigo 5.º do Regulamento Delegado (UE) n.º 2017/2358).

³⁸ Em matéria de PIBS, sobre a comercialização de PIBS *vide* ROCHA, Francisco Rodrigues, e DOMINGUES, Margarida Duarte, *Algumas notas sobre a comercialização de seguros de vida ligados a fundos de investimento*, Revista Jurídica Luso – Brasileira (2016), n.º 4, 721-743.

Depois, os testes de produtos devem permitir avaliar se o produto de seguros satisfará, ao longo da sua “vida”, as necessidades, os objetivos, incluindo eventuais objetivos em matéria de sustentabilidade, e as características dos “clientes-alvo” sendo que, caso não os satisfaça não deve ser comercializado, de acordo com o disposto no artigo 6.º do Regulamento Delegado (UE) n.º 2017/2358.

Por último, nos termos do artigo 11.º do Regulamento Delegado (UE) n.º 2017/2358, quando os produtos não se coadunem com os interesses, objetivos e características do mercado-alvo, incluindo com os objetivos em matéria de sustentabilidade, os distribuidores deverão os produtores disso informar, bem como proceder às correspondentes alterações na sua estratégia de distribuição.

Quanto à integração dos fatores, riscos e preferências de sustentabilidade nas regras relativas ao exercício das atividades e ao aconselhamento de investimento para os PIBS, destacamos a necessidade de as empresas e mediadores de seguros garantirem que a recomendação personalizada que dirigem aos clientes ou potenciais clientes satisfaça um conjunto de critérios cumulativos, dentre os quais corresponder aos objetivos de investimento dos mesmos, incluindo a sua tolerância ao risco e as suas eventuais preferências em matéria de sustentabilidade, conforme previsto na alínea a) do n.º 2 do artigo 9.º do Regulamento Delegado (UE) n.º 2017/2359.

No artigo 9.º do Regulamento Delegado (UE) n.º 2017/2359, com epígrafe “*Informações a obter para efeitos da avaliação da adequação*”³⁹, foi incluindo um novo n.º 6, pelo qual foram integradas as preferências em matéria de sustentabilidade do cliente ou potencial cliente no dever de não recomendar PIBS. Assim, as empresas e mediadores de seguros que prestem aconselhamento sobre esses produtos não os deverão recomendar como correspondendo a essas preferências quando tal não seja verdade. Nessa circunstância é ainda imposto às seguradoras que expliquem aos seus clientes ou potenciais clientes os motivos pelos quais não recomendam esses

³⁹ Vide Santos, Miguel Duarte, *Dever de Adequação de Produtos de Seguro do Cliente*, Almedina (2022).

produtos, conservando registo dessa justificação. Caso nenhum PIBS corresponda às preferências do cliente ou potencial cliente e este decidir adaptar as suas preferências, a seguradora deverá conservar registos da decisão do cliente, incluindo a respetiva justificação.

Por fim, nos termos e para os efeitos do artigo 14.º, n.º 1, alínea b), subalínea i), do Regulamento Delegado (UE) n.º 2017/2359, a declaração de adequação entregue ao cliente deverá incluir informações sobre o modo como a recomendação prestada seja adequada, nomeadamente referindo em que medida os objetivos de investimento do cliente podem ser alcançados, atendendo às suas preferências em matéria de sustentabilidade.

VI. A gestão de riscos⁴⁰

A gestão de riscos representa uma dimensão crucial da atividade seguradora⁴¹, sendo um pilar essencial do sistema de governação

⁴⁰ Em 2022, a ASF publicou uma “*Análise exploratória da dimensão ambiental e da aplicação de ratings ESG à carteira de investimentos do setor segurador nacional*”, através da qual “*procurou fomentar um avanço precursor em resposta a uma das dificuldades mais frequentemente apontadas pelos operadores do setor financeiro no contexto das alterações climáticas e finanças sustentáveis, ou, de forma mais alargada, na esfera ESG (environmental, social and governance), designadamente a insuficiente disponibilidade de informação relevante útil, padronizada e comparável (...) [tendo sido] desenvolvida uma exploração inicial de informação com os atributos descritos, utilizável para a gestão holística de riscos ESG por parte de empresas de seguros (com legibilidade extensível para o caso das sociedades gestoras de fundos de pensões, e outros segmentos do setor financeiro, na dimensão aplicável).*”

⁴¹ Cfr. artigos 5.º, n.º 1, alínea z), 64.º, n.º 4, 72.º e 73.º, 81.º, n.º 3, alínea a), e 370.º, alínea m), da Lei n.º 147/2015, de 9 de setembro, que aprova o regime jurídico de acesso e exercício da atividade seguradora e resseguradora.

Os “*EIOPA’s Technical Advice on the integration of sustainability risks and factors in the delegated acts under Solvency II and IDD*” referem ainda que as empresas de seguros, independentemente da sua estratégia de investimento e do ramo de atividade, estão inevitavelmente expostas a riscos de sustentabilidade e devem avaliar a materialidade destes riscos (cfr. ponto 87, página 17).

das empresas de seguros⁴² e, por isso, importa analisar as alterações introduzidas pelo Regulamento Delegado (UE) n.º 2021/1256 no Regulamento Delegado (UE) n.º 2015/35, no que respeita à integração dos riscos de sustentabilidade no governo das empresas de seguros e resseguros.

O artigo 260.º do Regulamento Delegado (UE) n.º 2015/35, com epígrafe “*Domínios de gestão de riscos*”, foi alvo das alterações introduzidas pelo Regulamento Delegado (UE) n.º 2021/1256, que resultaram na integração dos riscos de sustentabilidade na política de subscrição e aprovisionamento, conforme previsto no n.º 1, alínea a), subalínea i), do referido artigo, de forma que esta política preveja “*medidas a tomar pela empresa de seguros ou de resseguros para avaliar e gerir o risco de perda ou de evolução desfavorável dos valores dos passivos de seguros e resseguros decorrentes de uma fixação de preços e de pressupostos de provisionamento inadequados devido a fatores internos ou externos, incluindo riscos de sustentabilidade*”.

O mesmo artigo foi alvo de uma outra alteração incidente sobre a política de gestão do risco de investimento, nos termos do n.º 1, alínea c), subalínea iv), devendo a política incluir “*medidas a tomar pela empresa de seguros ou de resseguros para assegurar que os riscos de sustentabilidade relacionados com a carteira de investimentos são devidamente identificados, avaliados e geridos*”.

Uma nota adicional sobre as restantes políticas previstas no referido artigo 260.º do Regulamento Delegado (UE) n.º 2015/35, nomeadamente as políticas de gestão do ativo-passivo, gestão do risco de liquidez, gestão do risco de concentração, gestão do risco operacional, resseguro e outras técnicas de mitigação do risco de seguro e impostos diferidos, nas quais poderão também ser integrados os riscos de sustentabilidade (cfr. n.º 1-A do artigo 260.º).

Relativamente à política de remunerações, prevista e regulada pelo artigo 275.º do Regulamento Delegado (UE) n.º 2015/35, foi aditado o n.º 4 que estabelece o dever de incluir informações sobre a forma como a política de remuneração tem em consideração a inte-

⁴² Cfr. artigo 64.º, n.º 4, da Lei n.º 147/2015, de 9 de setembro, que aprova o regime jurídico de acesso e exercício da atividade seguradora e resseguradora (RJASR).

gração dos riscos de sustentabilidade no sistema de gestão de riscos. Em matéria de política de remuneração, relembramos o disposto no artigo 5.º, n.º 1, do SFDR e no artigo 80.º, n.º 3, da Norma Regulamentar da ASF n.º 4/2022.

Foi acrescentado ao conjunto de tarefas que ficam incumbidas à função-chave de gestão de risco, de acordo com o disposto no artigo 269.º, n.º 1, do Regulamento Delegado (UE) n.º 2015/35, a tarefa de identificar e avaliar os riscos emergentes e os riscos de sustentabilidade, conforme resulta da alínea e), aditada pelo Regulamento Delegado (UE) n.º 2021/1256.

O Regulamento Delegado (UE) n.º 2021/1256 esclareceu ainda, com a inclusão do n.º 1-A no artigo 269.º do Regulamento Delegado (UE) n.º 2015/35, que os riscos de sustentabilidade, estão incluídos nos riscos aos quais a empresa esteja ou possa vir a estar exposta, para efeito da avaliação das necessidades globais de solvência, no âmbito do exercício de autoavaliação do risco e da solvência (ORSA)⁴³.

Naturalmente, também as regras sobre o exercício da função atuarial foram atingidas pelas alterações operadas pelo Regulamento Delegado (UE) n.º 2021/1256, em especial as regras atinentes ao parecer que lhe cabe emitir sobre a política global de subscrição, conforme disposto na alínea g) do n.º 1 do artigo 48.º da Diretiva n.º 2009/138/CE, de 25 de Novembro, relativa ao acesso à atividade de seguros e resseguros e ao seu exercício (Diretiva Solvência II), e no artigo 76.º, n.º 2, alínea g), do RJASR.

O n.º 6 do artigo 272.º do Regulamento Delegado (UE) n.º 2015/35, com a redação que lhe foi dada pelo Regulamento Delegado (UE) n.º 2021/1256, prevê que do parecer conste *“o efeito da inflação, do risco legal, dos riscos de sustentabilidade, da alteração da composição da carteira da empresa e dos sistemas que ajustam os prémios que os tomadores de seguros pagam em alta ou em baixa consoante o seu registo de sinistros (sistemas de bonus- -malus), ou sistemas semelhantes, implementados em determinados grupos de risco homogéneos”*.

⁴³ Vide artigo 73.º do RJASR, artigo 45.º da Diretiva Solvência II e n.º 1 do artigo 262.º do Regulamento Delegado (UE) n.º 2015/35.

Por fim, foi aditado o artigo 275.º-A ao Regulamento Delegado (UE) n.º 2015/35, que prevê a integração dos riscos de sustentabilidade no princípio do «gestor prudente», que se encontrava já previsto no artigo 132.º da Diretiva Solvência II e no artigo 149.º do RJASR. O aditado artigo impõe que as empresas de seguros tomem em consideração os riscos de sustentabilidade durante o processo de identificação, mensuração, monitorização, gestão, controlo, comunicação e avaliação dos riscos decorrentes dos investimentos. Impõe-lhes ainda que tenham em conta o potencial impacto a longo prazo da sua estratégia e das suas decisões de investimento sobre os fatores de sustentabilidade, sendo que a estratégia e as decisões tomadas devem refletir as preferências em matéria de sustentabilidade dos seus clientes tidas em conta no processo de aprovação do produto, nos termos do artigo 4.º do Regulamento Delegado (UE) n.º 2017/2358.

VII. Conclusão

Com o presente texto pretendemos realçar os impactos relevantes que se refletem na atividade das empresas de seguros, que incidem sobre as regras em matéria de conceção, aprovação e comercialização de produtos, de gestão de riscos e de reporte e divulgação de informação de sustentabilidade, mas também abordar aquilo que são regras mais específicas e dirigidas ao combate do *greenwashing* relativamente a produtos de seguro que se pretendam alinhar com a taxonomia ambiental europeia.

O quadro apresentado representa, sem dúvida, uma “avalanche regulatória”, dada a elevada dispersão legislativa e temática, a utilização de expressões e noções vagas e de complexa compreensão, e que se faz valer de excessivas e complexas remissões para a concretização dos deveres que impõe.

Trata-se de um quadro em permanente desenvolvimento, sendo expectável que continue a evoluir, como já realçamos. Tanto assim que entre o momento em que se escreve o presente artigo e o momento em que este será lido, as propostas acima indicadas poderão já encontrar-se publicadas em jornal oficial da UE e com certeza novas iniciativas legislativas surgirão.