

REVISTA

da Ordem dos Advogados

Editorial

Actualidade

SÉRVULO CORREIA / ANTÓNIO CADILHA / CLÁUDIA AMORIM

Parecer sobre Segredo Profissional no âmbito das escusas do Acesso ao Direito

LUÍS CARDOSO ROCHA

A criação do Estatuto do Cuidador Informal

Doutrina

ALEXANDRE MOTA PINTO

Controlo das transações com partes relacionadas, nas sociedades comerciais

ALEXANDRE SOVERAL MARTINS

A propósito do combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo. O beneficiário efetivo (de uma sociedade comercial)

ANDRÉ LAMAS LEITE / ANA MORAIS

Violência doméstica: a experiência dos tribunais especializados na Inglaterra e no País de Gales

CATARINA VEIGA RIBEIRO

Prisão Preventiva e o Conceito de Absolvição

FÁBIO PEREIRA DA SILVA

Aspetos fundamentais para a compreensão dos efeitos jurídicos das normas não vinculativas da administração: o soft law administrativo

FERNANDA G. GALHEGO MARTINS

A participação do médico em redes sociais: questões jurídico-penais

GLÓRIA REBELO

O contrato de trabalho a termo e o contrato de trabalho intermitente — alterações ao Código do Trabalho

HIGINA CASTELO

De que falamos, quando falamos de contrato de serviços? — ainda os conceitos de meios e de resultado

JOANA GRANADEIRO

Representação das Partes em Arbitragens Localizadas em Portugal

JOSÉ LEBRE DE FREITAS

Um Polvo chamado Autoridade do Caso Julgado

MAFALDA MIRANDA BARBOSA

O futuro da compra e venda (de coisas defeituosas)

MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE

Interrogatório de Arguido privado da sua liberdade sem a assistência de Advogado

Jurisprudência dos Conselhos

- Parecer do Conselho Superior — Processo n.º 25/2015-CS/L. Revisão de deliberação proferida em processo de laudo.
- Parecer do Conselho Geral — Processo n.º 10/2019-G. Doença súbita de Advogado e o justo impedimento no adiamento de audiências.

Pareceres sobre as Iniciativas Legislativas

- Parecer da Ordem dos advogados sobre o Projecto de Lei n.º 109/XIV/1.^a — Que visa a regulação das relações estabelecidas entre Advogados e diversos beneficiários dessa actividade.
- Parecer da Ordem dos Advogados sobre o Projecto de Lei n.º 6/XIV/1.^a — que visa uma alteração ao CPC, estabelecendo um regime de impenhorabilidade da habitação própria e permanente e fixando restrições à penhora e execução de hipoteca.
- Parecer da Ordem dos Advogados sobre o Supremo Interesse da Criança.

Vida Interna

- Regulamento Eleitoral — Regulamento n.º 624/2019, aprovado em Assembleia Geral da Ordem dos Advogados, de 29 de julho de 2019.

REVISTA

da Ordem dos Advogados

ANO 79
2 0 1 9



L I S B O A

REVISTA

da Ordem dos Advogados

Bastonário da Ordem dos Advogados
Guilherme Figueiredo

Director
Rui Pinto Duarte

Sub-Director
Rui Patrício

Conselho Consultivo
António Menezes Cordeiro / Dário Moura Vicente / Germano Marques da Silva
/ José Osvaldo Gomes / José Sérvulo Correia / Miguel Teixeira de Sousa / Rui
Chancerelle de Machete

Conselho de Redacção
Alexandra Vilela / Alexandre Mota Pinto / Alexandre Soveral Martins / André
Lamas Leite / António Alexandre Salazar / António Andrade de Matos / Eva
Dias Costa / Guilherme Machado Dray / Manuel Carneiro da Frada / Pedro
Costa Gonçalves / Rui Assis / Sofia Martins / Rogério Fernandes Ferreira /
Vânia Costa Ramos / Vera Eiró

Coordenação
Departamento Editorial e Comunicação da Ordem dos Advogados

Revisão e Secretariado
Elsa Mariano

Propriedade da Ordem dos Advogados

Redacção e Administração
Largo de S. Domingos, 14-1.º — 1169-06 Lisboa — Portugal
E: dept.editorial@cg.ao.pt

Composição
AGuerra — Viseu

Impressão e acabamentos
SIG — *Sociedade Industrial Gráfica, L.da*

Depósito Legal: 124011/98
ISSN 0870-8118

Tiragem: 750 exemplares
Assinatura da ROA disponível em
<www.ao.pt>

RUI PINTO DUARTE
Editorial p. 411

Actualidade

SÉRVULO CORREIA / ANTÓNIO CADILHA / CLÁUDIA AMORIM

Parecer sobre Segredo Profissional no âmbito das escusas do Acesso ao Direito p. 413

O segredo profissional relativo aos fundamentos do pedido de escusa como exceção ao direito de acesso à informação procedimental por parte de requerentes de apoio judiciário.

LUÍS CARDOSO ROCHA

A criação do Estatuto do Cuidador Informal p. 459

No presente artigo, o autor aborda a criação do estatuto do cuidador informal com a publicação da Lei n.º 100/2019, de 6 de Setembro, a qual entrou em vigor no dia seguinte, mas que só produzirá efeitos à data da entrada em vigor da regulamentação específica. Após o enquadramento social e legislativo imanente ao cuidador informal, são analisados os tipos de cuidador informal e a forma de serem reconhecidos, os direitos e deveres do cuidador informal e da pessoa cuidada, bem como as medidas de apoio, subsídio de apoio e proteção social do cuidador informal. A conclusão final é a enorme conquista civilizacional que este estatuto consagra ao fazer justiça social em prol dos cuidadores informais e das pessoas cuidadas.

Doutrina

ALEXANDRE MOTA PINTO

Controlo das transações com partes relacionadas, nas sociedades comerciais p. 471

A regulamentação das transações com partes relacionadas constitui um tema relevante e muito atual, do direito das sociedades. No presente texto, analisamos os problemas suscitados por este tipo de transações e a respetiva regulamentação, no nosso ordenamento jurídico, bem como o reforço desse regime, com a transposição da Diretiva (UE) 2017/828.

ALEXANDRE SOVERAL MARTINS

A propósito do combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo. O beneficiário efetivo (de uma sociedade comercial) p. 495

No artigo analisa-se o Regime do Registo Central do Beneficiário Efetivo, aprovado pela L 89/2017, e a sua importância para «rastrear os agentes do crime».

ANDRÉ LAMAS LEITE / ANA MORAIS

Violência doméstica: a experiência dos tribunais especializados na Inglaterra e no País de Gales p. 517

Na Inglaterra e no País de Gales existem tribunais especializados no julgamento dos crimes de violência doméstica que, em face dos dados analisados no presente artigo, têm, como regra, apresentado melhores resultados do prisma das condenações dos arguidos e da satisfação das vítimas do que sucedia no modelo anterior, próximo do nosso.

CATARINA VEIGA RIBEIRO

Prisão Preventiva e o Conceito de Absolvição p. 537

A imposição de prisão preventiva a um arguido é uma vicissitude processual, apoiada em indícios, que visa prevenir e impedir a verificação, cumulativa ou não, de três ordens de fatores (fuga ou perigo de fuga; continuação da atividade criminosa; perturbação dos termos do processo). E, assim, ao ser "apenas" isto, com o menos se demonstra o mais: se é uma medida de coação não é uma pena, e se não é uma pena o arguido não poderá "cumprir-la" antecipadamente quando do processo resulte que ele foi absolvido.

FÁBIO PEREIRA DA SILVA

Aspetos fundamentais para a compreensão dos efeitos jurídicos das normas não vinculativas da administração: o *soft law* administrativo p. 555

Construir e cunhar em termos dogmaticamente logrados um instituto como aquele a que nos propusemos é tarefa homérica, visto que o esforço de navegar na imensidão conceptual do *soft law* atormenta quem se aventura em tal epopeia. Não obstante, perante esta inconfundida criatura, é nosso desiderato ensaiar uma aproximação compreensiva e unitária de uma actividade administrativa assente em instrumentos tendencialmente não vinculativos, uma tertiary rule apta a cunhar a normatividade vigente, um referente de sentidos que impregna a validade do direito, conferindo-lhe uma abertura e adaptabilidade até aqui nunca antes vistas. Estamos, portanto, perante uma técnica normativa, um *modus normandi* que se afasta das tradicionais formas do agir da Administração, mas que, no fundo, prescreve modelos de conduta que apesar de não produzirem efeitos jurídicos plenos são susceptíveis de gerar "efeitos práticos".

FERNANDA G. GALHEGO MARTINS

A participação do médico em redes sociais: questões jurídico-penais p. 587

O presente artigo analisa as questões jurídico-penais que podem advir da criação e gestão de perfis médicos com conteúdo profissional em redes sociais.

GLÓRIA REBELO

O contrato de trabalho a termo e o contrato de trabalho intermitente – alterações ao Código do Trabalho p. 611

Mediante a Lei n.º 93/2019, de 4 de setembro, no propósito de combater a precariedade e reduzir os níveis de segmentação do mercado de trabalho, o Código do Trabalho foi alterado. Neste âmbito, analisamos as alterações ao regime do contrato de trabalho a termo e as alterações ao regime do contrato de trabalho intermitente.

HIGINA CASTELO

De que falamos, quando falamos de contrato de serviços? — ainda os conceitos de meios e de resultado p. 639

O texto visa compreender o *conceito* e a *estrutura* do contrato de serviços no ordenamento português; com esse objetivo, observam-se ordenamentos estrangeiros e o DCFR.

JOANA GRANADEIRO

Representação das partes em arbitragens localizadas em Portugal p. 671

Neste artigo, a autora aborda o tema da representação das partes em arbitragens localizadas em Portugal, distinguindo o regime aplicável às arbitragens domésticas, do regime aplicável às arbitragens internacionais. Como ponto de partida, é feito um breve excuro das regras aplicáveis à representação das partes no processo declarativo cível perante os tribunais judiciais. Com esse regime, e os seus alicerces valorativos, como pano de fundo, é depois analisado o regime legal aplicável às arbitragens domésticas localizadas em Portugal. Finalmente, é abordada a representação das partes nas arbitragens internacionais, nas quais, segundo a autora, o problema se coloca em moldes diferentes e diz fundamentalmente respeito à determinação do perímetro da *lex arbitri*. A autora explora os argumentos que militam a favor das várias soluções possíveis, identifica a jurisprudência de tribunais superiores existente sobre a matéria, e termina concluindo que, nas arbitragens internacionais, as partes devem gozar de total liberdade na escolha de um representante da sua confiança, não sendo aqui aplicáveis as restrições ao exercício do patrocínio forense que estão previstas para as arbitragens domésticas.

JOSÉ LEBRE DE FREITAS

Um Polvo chamado Autoridade do Caso Julgado p. 691

MAFALDA MIRANDA BARBOSA

O futuro da compra e venda (de coisas defeituosas) p. 723

Tendo em conta a necessidade de transpor a Diretiva 2019/771, de 20 de maio de 2019, analisam-se as soluções que ela consagra no que respeita à venda de bens de consumo.

MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE

Interrogatório de Arguido privado da sua liberdade sem a assistência de Advogado p. 753

O interrogatório de arguido privado da sua liberdade exige, sob pena de nulidade insanável e consequente proibição de prova, a presença/assistência de advogado.

Jurisprudência dos Conselhos

- Parecer do Conselho Superior — Processo n.º 25/2015-CS/L. Revisão de deliberação proferida em processo de laudo p. 763
- Parecer do Conselho Geral — Processo n.º 10/2019-G. Doença súbita de Advogado e o justo impedimento no adiamento de audiências p. 767

Pareceres sobre as Iniciativas Legislativas

- Parecer da Ordem dos advogados sobre o Projecto de Lei n.º 109/XIV/1.^a — Que visa a regulação das relações estabelecidas entre Advogados e diversos beneficiários dessa actividade p. 773
- Parecer da Ordem dos Advogados sobre o Projecto de Lei n.º 6/XIV/1.^a — que visa uma alteração ao CPC, estabelecendo um regime de impenhorabilidade da habitação própria e permanente e fixando restrições à penhora e execução de hipoteca p. 777
- Parecer da Ordem dos Advogados sobre o Supremo Interesse da Criança p. 783

Vida Interna

- Regulamento Eleitoral — Regulamento n.º 624/2019, aprovado em Assembleia Geral da Ordem dos Advogados, de 29 de julho de 2019 p. 787

EDITORIAL

Será difícil algum advogado (ou outro jurista) não encontrar algo que lhe interesse nas páginas deste volume, tão diversos e atuais são os temas abordados. Difícil será também negar que, pela sua qualidade, os textos dados a conhecer se inserem na boa tradição da Revista. Os leitores não necessitarão de ser guiados para chegarem a tais conclusões.

Fica apenas mais um parágrafo para notar que, ao contrário do anunciado no editorial do último número, não foi possível publicar o prometido texto acerca da Lei da Boa Razão.

Foi uma honra ter servido como diretor da ROA, isto é, ter coordenado o trabalho de todos os que contribuíram para a preparação dos números em que intervim em tal qualidade.

Rui Pinto Duarte

PARECER SOBRE SEGREDO PROFISSIONAL NO ÂMBITO DAS ESCUSAS DO ACESSO AO DIREITO

Por Sêrvulo Correia(*)
António Cadilha(**)
Cláudia Amorim(***)

SUMÁRIO:

§1.º Consulta. §2.º Enquadramento. §3.º Da titularidade do direito à informação procedimental por parte dos requerentes de apoio judiciário. §4.º Das exceções ao direito de acesso à informação procedimental: o segredo profissional dos Advogados. 4.1. As exceções ao direito de acesso à informação procedimental consagradas no art. 83.º, n.º 1 e n.º 3 do CPA. **4.2.** O art. 92.º, n.º 1, alínea b) do EOA e o segredo profissional nela contemplado como exceção face à regra geral do n.º 3 do art. 83.º do CPA e ao direito de passagem de certidão de documentos administrativos dela decorrente. **Concluindo.**

§1.º Consulta

1. Os tribunais administrativos têm apreciado, frequentemente, processos de intimação para a passagem de certidão tendo por objeto o *pedido de escusa* apresentado por advogados designados pela Ordem dos Advoga-

(*) Professor Catedrático Jubilado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Doutor e Agregado em Direito. Advogado.

(**) Advogado.

(***) Advogada.

dos no âmbito de procedimentos de apoio judiciário, processos esses intentados pelos requerentes do apoio judiciário que pretendem assim conhecer os fundamentos da escusa.

Tais processos têm vindo, em regra, a ser decididos pelos tribunais dando provimento ao pedido de intimação, independentemente do *tipo de motivos* que, em concreto, esteja na base da solicitação de escusa por parte do patrono designado. A base normativa que tem sido invocada para fundar tais decisões tem sido as normas que, no Código de Procedimento Administrativo, contemplam o direito à informação procedimental.

Neste quadro, a Ordem dos Advogados solicita a nossa opinião sobre a questão de saber se os requerentes de apoio judiciário na modalidade de nomeação e pagamento de patrono têm efetivamente, ao abrigo dessas normas e em qualquer circunstância, o direito a consultar ou obter certidão dos pedidos de escusa formulados pelo patrono nomeado.

§2.º Enquadramento

1. Importa, em primeiro lugar, proceder a um breve enquadramento geral da questão suscitada na Consulta, centrado na apresentação sumária do regime constitucional e legal que conforma o direito dos administrados à informação.

2. A Constituição portuguesa consagra, no seu art. 268.º, como um dos direitos referentes à posição jurídico-constitucional dos cidadãos perante a Administração Pública, o direito de os cidadãos serem “*informados pela Administração, sempre que o requeiram, sobre o andamento dos processos em que sejam diretamente interessados, bem como o de conhecer as resoluções definitivas que sobre eles forem tomadas*” (n.º 1).

Este é um direito que pertence a todos os sujeitos diretamente envolvidos num procedimento de formação de uma decisão administrativa, inserindo-se no quadro de uma relação procedimental em curso entre esse sujeito e a Administração (sendo por isso habitualmente designado por *direito à informação procedimental*), e nessa medida distingue-se de uma outra posição subjetiva a que o art. 268.º também se refere — o direito de acesso aos arquivos e registos administrativos —, que pertence a todos os cidadãos, sem necessidade de alegação de uma posição legitimante, e independentemente da existência de um procedimento em curso (assu-

mindendo-se, portanto, como um direito a informação extraprocedimental ou *erga omnes*).

Ambas estas posições jurídicas — que “*configuram afinal nas suas distintas vertentes um único direito fundamental: o direito de informação dos administrados*”, o que assume natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias⁽¹⁾ — constituem “*condensações dos princípios constitucionais da transparência administrativa e do controlo da Administração, insitos no valor da democracia participativa (art. 2.º da Constituição)*”⁽²⁾.

Com efeito, o princípio da transparência tem como conteúdo normativo o de impor a visibilidade e proibir a opacidade do funcionamento e da atuação da Administração, obrigando a que a organização e o procedimento administrativo estejam regulados e ordenados de forma a se “deixarem ver”. Neste sentido, a ideia de transparência e as suas exigências são uma forma de concretização, no domínio da função administrativa, da ideia geral de “um governo em público do poder público” que NORBERTO BOBBIO aponta como a essência do governo democrático⁽³⁾. De facto, não sendo “*a democraticidade da Administração mais do que um corolário da democraticidade do sistema constitucional, a transparência administrativa não pode deixar de jogar um papel essencial no que respeita ao princípio constitucional democrático-participativo (...), constituindo mesmo condição indispensável para o exercício da cidadania e da participação na vida pública e para a responsabilização (accountability) e o controlo externo dos poderes públicos*”⁽⁴⁾. Ora, um dos instrumentos através do qual o princípio da transparência exerce essa função de promover e prote-

(1) Cf. SÉRVULO CORREIA, “O direito à informação e os direitos de participação dos particulares no procedimento e, em especial, na formação da decisão administrativa”, in *Legislação. Caderno de Ciência da Legislação*, n.º 9/10, 1994, p. 135; no mesmo sentido, ver, por exemplo, Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 394/93.

(2) Cf. SÉRVULO CORREIA, *O direito à informação*, cit., p. 138. No mesmo sentido, considerando que são “*as ideias e valores de aportação democrática que implicaram a opção pela transparência*” e que é a “*dimensão valorativa da transparência e abertura que suporta deontologicamente o direito de acesso à informação procedimental*”, DAVID DUARTE, *Procedimentalização, participação e fundamentação: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório*, Coimbra, 1996, p. 154. Também PEDRO GONÇALVES se pronuncia no sentido de que o princípio da transparência administrativa atribui aos administrados o direito de aceder às informações que a Administração Pública detém (direito à informação), sendo este um meio de realização da democracia administrativa (cf. “*Notificação dos actos administrativos (notas sobre a génese, âmbito, sentido e consequências de uma imposição constitucional)*”, in *Ab Vno Ad Omnes — 75 Anos da Coimbra Editora*, Coimbra, 1998, p. 1091).

(3) Cf. *O Futuro da Democracia*, Lisboa, 1988, p. 109.

(4) Cf. DÉBORA MELO FERNANDES, “O princípio da transparência: mito ou realidade”, in *ROA*, Ano 75, n.ºs 1 e 2, 2015, p. 437.

ger a democracia participativa é exatamente o *direito de acesso à informação administrativa* na dupla vertente acima referida: o direito à informação procedimental (que mais diretamente releva para o presente parecer) e o direito de acesso aos arquivos e registos administrativos⁽⁵⁾.

3. Concluindo-se que a Constituição consagra o direito à informação procedimental como uma posição jusfundamental ativa que, possui, a par desta face subjetiva, a face objetiva de um princípio, ou seja, do *princípio constitucional da informação procedimental*, ele próprio irradiação do mais nuclear *princípio da transparência administrativa* — importa agora analisar, sucintamente, de que modo é a que lei ordinária regula e concretiza esse direito.

Esta matéria está tratada nos arts. 82.º, ss. do Código de Procedimento Administrativo, que definem o *conteúdo*, os *titulares* e as *prestações típicas* através das quais a Administração pode satisfazer o direito dos interessados à informação.

a) Quanto ao conteúdo, este direito abrange dois tipos de elementos: por um lado, no art. 82.º, prevê-se a faculdade de obtenção de informação sobre os atos, formalidades e situações de facto correspondentes à dinâmica procedimental, que a Constituição e aquele preceito referem pelo termo “andamento”. O n.º 2 do art. 82.º precisa esta ideia referindo, a título exemplificativo, a “*indicação do serviço onde o procedimento se encontra, os atos e diligências praticados, as decisões adotadas e quaisquer outros elementos solicitados*”. No fundo, “*trata-se de proporcionar ao interessado uma noção exata do encadeamento dos momentos do concreto fenómeno procedimental, a fim de que possa saber quais as fases já decorridas e perspetivar as suas próprias condutas no âmbito da sucessão de atos e formalidades*”⁽⁶⁾.

O segundo tipo de elementos que integram a matéria objeto do direito e do dever de informação é o dos *documentos* que fazem parte do processo. A ele se referem os arts. 83.º e 84.º, muito embora este último faça ainda menção à comunicação de momentos do procedimento, como as

⁽⁵⁾ Embora, como já salientava o primeiro subscritor deste Parecer, ambos estes direitos se “*especializam em função de distintas vertentes da participação: o direito de informação procedimental serve sobretudo a participação dos cidadãos na formação das decisões e deliberações que lhe dizem respeito; o direito de acesso aos arquivos e registos constitui principalmente um meio adjuvante dos direitos de participação política e da liberdade de imprensa, tomando em conta que aqueles que solicitarão o acesso poderão ser jornalistas*” (cf. SÉRVULO CORREIA, *O direito à informação, cit.*, p. 140).

⁽⁶⁾ Cf. SÉRVULO CORREIA, *O direito à informação, cit.*, p. 138.

datas de apresentação de certas pretensões, o seu andamento pretérito e situação atual.

Ao contrário do que sucede com o direito de informação sobre o desenrolar da sequência procedimental — que não está submetido a restrições —, o direito de acesso aos documentos contidos no processo administrativo está sujeito, por lei, a limitações (que adiante analisaremos mais detalhadamente).

Com efeito, prevê o n.º 1 do art. 83.º que os “*interessados têm o direito de consultar o processo que não contenha documentos classificados ou que revelem segredo comercial ou industrial ou segredo relativo à propriedade literária, artística ou científica*”. De acordo com o n.º 2 deste preceito, esse direito abrange os documentos relativos a terceiros, mas “*sem prejuízo da proteção dos dados pessoais nos termos da lei*”. E por fim o n.º 3 determina que os “*os interessados têm o direito, mediante o pagamento das importâncias que forem devidas, de obter certidão, reprodução ou declaração autenticada dos documentos que constem dos processos a que tenham acesso*”.

b) No que respeita aos titulares do direito à informação, os arts. 82.º a 84.º atribuem esse direito aos “interessados”, mas não definem esse conceito.

É na secção II do capítulo II do CPA — tendo exatamente por epígrafe “*dos interessados no procedimento*” — que devemos buscar essa densificação. Da leitura dos arts. 67.º e 68.º resulta que “interessados” são na linguagem do Código, aqueles que têm legitimidade para iniciar o procedimento administrativo ou para nele intervir. Esta legitimidade depende — segundo o art. 68.º — da titularidade de um dos seguintes tipos de situações juridicamente qualificadas e passíveis de serem afetadas pelas decisões que no procedimento forem ou possam ser tomadas: ou *direitos subjetivos e interesses legalmente protegidos* ou *interesses difusos* respeitantes a bens fundamentais como a saúde pública, a habitação, a educação, o património cultural, o ambiente, o ordenamento do território e a qualidade de vida.

A circunstância de o art. 82.º, n.º 1 do CPA prever que os interessados têm direito a ser informados sobre o andamento “dos procedimentos que lhes digam diretamente respeito” poderia suscitar a questão de saber se o legislador pretende restringir os critérios de legitimidade que resultam dos arts. 67.º e 68.º, afastando uma parte dos titulares de legitimidade procedimental da possibilidade de acederem à informação sobre o procedimento. Não nos parece que assim suceda: ao qualificar os interesses como “diretos” para efeitos da sua relevância como fonte de titularidade do direito de

informação procedimental, o CPA reproduz a expressão utilizada no texto constitucional desde 1976. O emprego do advérbio “diretamente” “*não é pois explicável por uma qualquer intenção de restringir o âmbito dos intervenientes legitimados nos termos do art. 53.º [atual art. 68.º]*”, nem faria sequer sentido que fosse de outra forma, dado o nexó funcional entre o direito de participação e o direito à informação. Com efeito, “*se se considera este último como requisito do exercício racional do direito de participação não se compreenderia que uma parte dos titulares do direito de participação fosse privada do direito à informação: «diretamente interessados» no n.º 1 do art. 61.º [atual art. 82.º] vale como sinónimo dos «interessados» delineados no art. 53.º [atual art. 68.º]*”(7).

Por último, deve referir-se que o art. 85.º promove a extensão do direito à informação a quaisquer pessoas que “*provem ter interesse legítimo no conhecimento dos elementos que pretendam*”. Este preceito abre o acesso à informação procedimental a pessoas que, não sendo *interessadas* no procedimento — no sentido do respetivo ato final —, tenham um interesse individualizado e legítimo (isto é, mercedor de tutela jurídica) no conhecimento de elementos consubstanciados do procedimento, conhecimento esse que se há de revelar instrumental da satisfação de uma necessidade do requerente.

c) Por fim, no que respeita às *prestações típicas* através das quais a Administração pode satisfazer o direito dos interessados à informação haverá que distinguir entre:

- i) A *informação direta* sobre o andamento, a que se refere o art. 82.º;
- ii) A *consulta dos documentos do processo*, regulada nos n.ºs 1 e 2 do art. 83.º e com as limitações aí explicitadas;
- iii) A emissão de *certidão, reprodução ou declaração autenticada* dos documentos do processo, sujeita às limitações que adiante explicitaremos e dependente de despacho do órgão responsável pela direção do procedimento (a que se refere o n.º 3 do art. 83.º); e
- iv) A emissão de *certidão, reprodução ou declaração autenticada* dos elementos essenciais do procedimento elencados no n.º 1 do

(7) Cf. SÉRVULO CORREIA, *O direito à informação*, cit., p. 138; no mesmo sentido, MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/PEDRO GONÇALVES/JOÃO PACHECO AMORIM, *Código do Procedimento Administrativo Comentado*, 2.ª ed., 2005, p. 328.

art. 84.º, que pode ser prestada pelos serviços independentemente de despacho, mas está sujeita às limitações previstas no n.º 2 deste preceito.

§3.º

Da titularidade do direito à informação procedimental por parte dos requerentes de apoio judiciário

4. Feito o enquadramento normativo relevante, estamos agora em condições de apreciar a questão suscitada na Consulta, que, recorde-se, se prende com o problema de saber se os requerentes de apoio judiciário na modalidade de nomeação e pagamento de patrono têm, ao abrigo do direito à informação procedimental previsto no art. 268.º, n.º 1 da Constituição e nos arts. 82.º e seguintes do CPA, o direito a consultar ou obter certidão dos pedidos de escusa formulados pelo patrono nomeado, independentemente do tipo de motivos que neles sejam invocados.

Para esclarecer esta questão haverá, em primeiro lugar, que descortinar se os referidos sujeitos são ou não titulares de um direito à informação procedimental, ou seja, se dispõem de uma *posição jurídica subjetiva* que os coloca em condições de exigir da Ordem dos Advogados a prestação da referida informação.

5. Para tal, impõe-se começar por descrever, sucintamente, o atual regime do apoio judiciário.

Esse regime consta da Lei do Acesso ao Direito e aos Tribunais (Lei n.º 34/2004, de 29 de julho ou “LAD”), que institui o *sistema de acesso ao direito e aos tribunais*, destinado a assegurar que a ninguém seja dificultado ou impedido, em razão da sua condição social ou cultural, ou por insuficiência de meios económicos, o conhecimento, o exercício ou a defesa dos seus direitos.

Uma das componentes desse sistema é a proteção jurídica, que reveste as modalidades de *consulta jurídica* e de *apoio judiciário* (art. 6.º) e é concedida aos cidadãos nacionais e da União Europeia, bem como os estrangeiros e aos apátridas com título de residência válido num Estado membro da União Europeia, que demonstrem estar em situação de insuficiência económica (cf. art. 7.º), não tendo condições objetivas para suportar pontualmente os custos de um processo (art. 8.º).

No que respeita ao apoio judiciário, ele comporta várias modalidades, designadamente:

- i) Dispensa de taxa de justiça e demais encargos com o processo;
- ii) Nomeação e pagamento da compensação de patrono;
- iii) Pagamento da compensação de defensor officioso;
- iv) Pagamento faseado de taxa de justiça e demais encargos com o processo;
- v) Nomeação e pagamento faseado da compensação de patrono;
- vi) Pagamento faseado da compensação de defensor officioso; e
- vii) Atribuição de agente de execução.

O apoio judiciário é requerido pelo interessado na sua concessão ou pelo Ministério Público, por um advogado ou por um solicitador em sua representação (art. 19.º), cabendo a competência para a decisão sobre tal pretensão ao dirigente máximo dos serviços de segurança social da área de residência ou sede do requerente (art. 20.º).

A lei especifica que a audiência prévia do requerente de proteção jurídica tem obrigatoriamente lugar, por escrito, nos casos em que está proposta uma decisão de indeferimento, total ou parcial, do pedido formulado, nos termos do Código do Procedimento Administrativo (cf. art. 23.º).

Uma vez tomada, pelos serviços da Segurança Social competentes, a decisão final sobre o pedido de proteção jurídica, esta é notificada ao requerente (art. 26.º, n.º 1).

Caso a decisão seja de indeferimento, o requerente pode impugná-la judicialmente, podendo essa impugnação, nos termos do art. 27.º, ser intentada diretamente pelo interessado (ou seja, não carecendo da constituição de advogado).

Se a decisão da Segurança Social for de deferimento do pedido e se este envolver a designação de patrono, tal decisão é também notificada à Ordem dos Advogados (art. 26.º, n.º 1). A notificação à Ordem dos Advogados destina-se a permitir que esta associação pública exerça a competência, que a lei lhe confere, de proceder à *nomeação do patrono* (art. 30.º).

A nomeação do patrono é notificada pela Ordem dos Advogados ao Requerente, ao patrono nomeado e, se o requerimento tiver sido apresentado na pendência de ação judicial, ao tribunal em que a ação se encontra pendente (art. 31.º).

Se o pedido de nomeação de patrono tiver em vista a propositura de uma ação judicial, o patrono deverá intentá-la no prazo de 30 dias,

podendo no entanto, através de requerimento fundamentado, solicitar à Ordem a prorrogação desse prazo (art. 33.º).

Uma vez nomeado, o patrono pode pedir *escusa*, mediante requerimento dirigido à Ordem dos Advogados, alegando os respetivos motivos (art. 34.º, n.º 1).

O pedido de escusa, se apresentado na pendência de processo judicial, interrompe o prazo que estiver em curso, com a junção aos respetivos autos de documento comprovativo do referido pedido, devendo o patrono nomeado, para esse efeito, comunicar no processo o facto de ter apresentado um pedido de escusa (art. 34.º, n.ºs 2 e 3).

A Ordem dos Advogados “*aprecia e delibera sobre o pedido de escusa no prazo de 15 dias*” (art. 34.º, n.º 4) e “*sendo concedida a escusa, procede-se imediatamente à nomeação e designação de novo patrono, exceto no caso de o fundamento do pedido de escusa ser a inexistência de fundamento legal da pretensão, caso em que pode ser recusada nova nomeação para o mesmo fim*” (art. 34.º, n.º 5). Neste último caso, parece dever haver lugar, por parte da Segurança Social, ao cancelamento da proteção jurídica que fora concedida, nos termos previstos no art. 10.º, n.º 1, alínea b) e n.º 3.

6. Da conformação deste regime decorre, em primeiro lugar, quanto à questão que agora nos ocupa, que os requerentes de apoio judiciário na modalidade de nomeação de patrono não devem ser considerados como *sujeitos ativos* da relação jurídica procedimental que se estabelece entre a Ordem dos Advogados e esse patrono tendo em vista desencadear e regular a colaboração deste no sistema de acesso ao direito e aos tribunais.

Tais requerentes são sujeitos ativos da relação procedimental que tem por objeto a *apreciação relativa aos fundamentos para a concessão da proteção jurídica* (consulta jurídica ou apoio judiciário) no âmbito do referido sistema, relação essa que tem como partes, para além dos pretendentes desse apoio, os serviços da Segurança Social competentes para decidir sobre a concessão ou recusa dessa proteção, em função da existência (ou não) de uma situação de insuficiência económica. Com efeito, estamos aqui perante um *procedimento de iniciativa particular* — que só se desencadeia porque o particular (ou alguém em sua representação) requer a proteção jurídica —, e que tem em vista a formação de uma decisão administrativa — a concessão ou recusa do apoio — que se proteja *direta e exclusivamente* sobre a esfera jurídica do particular requerente, que será o único beneficiado ou prejudicado por tal decisão.

É no âmbito desta relação jurídica procedimental que, em determinadas circunstâncias — ou seja, quando a proteção jurídica requerida e con-

cedida seja a de apoio judiciário na modalidade de nomeação e pagamento de compensação de patrono —, se desencadeia, como *sub-procedimento* ou *procedimento endoprocedimental*, uma sequência ordenada de atos e formalidades que tem em vista a designação do patrono que irá assegurar, em tribunal, a defesa dos direitos do beneficiário do apoio judiciário. Esta relação jurídica tem como *sujeitos ativos e diretos* a Ordem dos Advogados e um dos advogados que escolham colaborar no âmbito do sistema de acesso ao direito, na medida em que os efeitos jurídicos que dela decorrem se projetam apenas (pelo menos diretamente) sobre tais sujeitos. O que aqui primordialmente está em causa é o exercício de uma competência de natureza administrativa de *regulação profissional*, em que intervêm um *ente administrativo* — a Ordem dos Advogados, associação pública criada pelo Estado para, por devolução de poderes, regular e disciplinar o exercício de uma profissão de interesse público — e um conjunto de sujeitos (advogados) que são em relação a tal ente, sujeitos *administrados*.

No âmbito deste sub-procedimento, não nos parece que os requerentes do apoio judiciário possam ser considerados como sujeitos diretos ou ativos da relação jurídica procedimental que se institui entre patrono nomeado e Ordem, mas isso não significa que eles não possam, ainda assim, ser qualificados como *interessados* nessa relação para efeitos do acesso à informação procedimental.

Como já explicitamos no §1.º, são titulares do direito à informação, nos termos dos art. 82.º, ss. do CPA, todos os que disponham de uma posição jurídica subjetiva que, nos termos do art. 68.º do mesmo diploma, os qualifique como *interessados* no âmbito de um determinado procedimento, ligando-os de algum modo (ainda que não direto ou principal) à decisão que aí possa ser tomada. Essa posição jurídica pode assumir várias categorias sendo que, para os presentes efeitos, as que mais relevam são a de *direito subjetivo* e de *interesse legalmente protegido*.

Direito subjetivo existirá quando a pretensão ou posição que o particular pretende fazer valer no procedimento lhe advém de uma norma jurídica que existe para proteger diretamente o seu interesse específico num determinado bem (numa determinada coisa, conduta ou utilidade da vida), assegurando-lhe o poder de exigir ao “devedor” (neste caso à Administração) condutas em conformidade com esse seu interesse⁽⁸⁾. Neste caso, existe uma *intenção normativa direta* de proteção de um bem jurídico de que o particular é titular e é nela que se funda a posição jurídica do particular.

(8) Cf. MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/PEDRO GONÇALVES/JOÃO PACHECO AMORIM, *Código do Procedimento Administrativo*, cit., p. 276.

Por sua vez, haverá um interesse legalmente protegido quando o particular invoca em sustentação da sua posição uma norma estabelecida em primeira linha para a proteção de um interesse público específico, mas que, *reflexa* ou *indiretamente*, protege também o seu interesse próprio. Os titulares de tais interesses “*são pessoas que, pela especial posição ou situação em que se encontram, têm um interesse particular em que sejam cumpridos os preceitos jurídicos que regulam determinada atuação administrativa*”, delimitando-se assim “*um domínio substantivo próprio que também será violado sempre que a Administração não cumpra tais regras, estabelecidas em primeira linha para a realização de um interesse público*”⁽⁹⁾. Neste caso, a intensidade normativa de proteção do bem jurídico privado é mais reduzida: estamos perante um interesse subsidiariamente protegido, em *complemento* de um interesse público primacial.

7. Estando em causa a pretensão de um particular (o requerente de apoio judiciário) de, uma vez concedido esse apoio na modalidade de nomeação e pagamento de patrono, aceder a documentos respeitantes ao sub-procedimento administrativo de designação desse patrono pela Ordem dos Advogados — mais propriamente aos documentos relativos ao pedido de escusa que eventualmente integre esse sub-procedimento —, importará avaliar, partindo dos referidos conceitos, se tal particular é titular de um direito ou interesse legalmente protegido que o qualifique como *interessado* no acesso a essa informação.

A este propósito, parece-nos que haverá que distinguir entre (i) as situações em que a escusa se funda na *inexistência de fundamento legal da pretensão* que o requerente pretende ver acautelada judicialmente — caso em que, na sequência da escusa, a Ordem dos Advogados pode recusar nova nomeação de patrono — e (ii) as hipóteses em que a escusa se funda noutras *circunstâncias impeditivas ou causadoras de especial dificuldade de exercício do patrocínio no caso concreto pelo patrono designado* (sejam elas circunstâncias profissionais ou decorrentes do relacionamento com o beneficiário do apoio judiciário), caso em que a concessão de escusa ao patrono designado é imediatamente seguida da nomeação de novo patrono.

a) No primeiro caso, a não nomeação de patrono pela Ordem dos Advogados é suscetível de *condicionar* ou *impossibilitar* o exercício, pelo

⁽⁹⁾ Cf. VIEIRA DE ANDRADE, *O dever de fundamentação expressa dos atos administrativos*, Coimbra, 2003 (reimpressão), p. 98.

requerente do apoio judiciário, do direito ao acesso ao direito e aos tribunais para defesa de direitos e interesses legalmente protegidos, direito esse a que a Constituição atribui um estatuto jusfundamental e garante independentemente da suficiência de meios económicos (cf. art. 20.º, n.º 1) e que a Lei n.º 34/2004 visa concretizar.

Com efeito, nestas circunstâncias, mesmo que o requerente de apoio judiciário não tenha condições económicas para suportar o custo de um processo — e, portanto, esteja *à partida* em condições de beneficiar da concessão de apoio judiciário por parte da Segurança Social —, a verdade é que o facto de a pretensão que visava fazer valer em juízo ser, de acordo com o entendimento do patrono designado para o efeito (corroborado pela Ordem dos Advogados), desprovida de juridicidade material acaba por conduzir, *a final*, a que esse apoio judiciário não tenha lugar.

Nestas situações, em que o conhecimento integral dos motivos da decisão sobre a inexistência de fundamento legal da pretensão — e, portanto, dos fundamentos do pedido de escusa por tal razão — é também funcionalmente necessário à cabal defesa dos interesses do requerente na *manutenção do apoio judiciário como instrumento do acesso ao direito e aos tribunais*, parece-nos indiscutível que o interesse em aceder a esses fundamentos é um interesse que não pode deixar de ter uma tutela direta e imediata por parte da ordem jurídica.

Neste quadro, a norma do art. 34.º, n.º 5, ao prever que a Ordem dos Advogados pode recusar a nomeação de novo patrono quando o patrono nomeado peça escusa fundada na inexistência de fundamento legal da pretensão, tem de ser entendida como uma norma que confere ao requerente do apoio judiciário um *direito subjetivo* a participar nesse procedimento de nomeação, sendo ouvido sobre a decisão de recusa de nomeação de patrono (e conseqüente recusa da proteção jurídica) nos termos do art. 23.º, n.º 1 da Lei n.º 34/2004 e podendo posteriormente impugnar tal decisão, ao abrigo do art. 27.º do mesmo diploma.

b) Diferente é a situação em que a escusa é requerida e aceite pela Ordem dos Advogados tendo por fundamento *circunstâncias impeditivas ou causadoras de especial dificuldade de exercício do patrocínio no caso concreto*.

Estamos a pensar, desde logo, em circunstância profissionais, do qual um exemplo comum será o conflito de interesses [cf. art. 99.º do Estatuto da Ordem dos Advogados (“EOA”)], que obriga o advogado — neste caso o patrono nomeado — a recusar o patrocínio de uma questão em que já tenha intervindo em qualquer outra qualidade ou seja conexas com outra

em que represente, ou tenha representado a parte contrária (n.º 1 daquele disposição) e que o vincula a recusar o patrocínio contra quem, noutra causa pendente, seja por si patrocinado (n.º 2).

Mas poderão também manifestar-se outras circunstâncias profissionais, naquele momento, naquele nomeado como patrono, que, embora em rigor não impeçam o exercício do patrocínio, o dificultem em termos que poderão pôr em causa a sua eficiência. Será o caso da falta de conhecimentos técnico-jurídicos especializados para proceder à propositura da ação ou, ainda, o da ausência de tempo disponível para tratar de forma diligente um litígio com especial complexidade. Estas serão realidades próprias do desempenho do *munus* de advogado, que este invoca perante os seus colegas titulares de cargo na Ordem dos Advogados.

Para além destas, a mais pressionante e, porventura, mais frequente causa de pedidos de escusa não relativos a inexistência de fundamento legal da pretensão terá a ver com a ocorrência de problemas graves no modo como o beneficiário se relaciona com o patrono nomeado. Serão, entre outros, os casos de manifesto incumprimento do dever de colaboração com o patrono (Lei n.º 34/2004, art. 31.º, n.º 2 da Lei n.º 34/2004), de incivildade e desrespeito no trato com o patrono, de permanente manifestação de desconfiança (art. 97.º, 1 do EOA), de não aceitação de uma composição que o patrono ache justa e equitativa [art. 100.º, n.º 1, alínea c) do EOA], de insistência no recurso a meios desleais de defesa dos interesses do beneficiário (art. 108.º, n.º 2 do EOA) ou de exercício pelo beneficiário de represálias contra o adversário ou de flagrante incorreção para com os magistrados, os advogados da parte contrária ou quaisquer outros intervenientes no processo (art. 110.º, n.º 2 do EOA).

Sempre que a escusa se funde em alguma destas circunstâncias — ou noutras que não a falta de fundamento legal da pretensão — a concessão da escusa ao patrono inicialmente nomeado é *imediatamente seguida* da designação de novo patrono (cf. art. 34.º, n.º 5 da Lei n.º 34/2004), não sendo posta em causa, portanto, a possibilidade de o requerente em situação de insuficiência económica comprovada beneficiar de apoio judiciário para requerer a tutela judicial de determinada pretensão subjetiva. Não se trata, assim, de uma situação jurídica que seja merecedora de proteção constitucional no quadro do acesso ao direito e aos tribunais e do art. 20.º, n.º 1 da Lei Fundamental, porquanto esse acesso — ou seja, a faculdade de um cidadão recorrer aos tribunais para fazer os seus direitos, solicitando a *reintegração* de situações jurídicas violadas, *prevenindo* violações de direitos ou interesses ainda não ocorridas ou *exercendo direitos potestativos* que não possam ser feitos valer extrajudicialmente — permanece garantido.

Neste quadro, existirá, quanto muito, a compressão de um *interesse legalmente protegido* do requerente do apoio judiciário à continuidade do patrocínio. Na verdade, o EOA, contempla, no seu art. 100.º, entre os deveres do advogado para com o cliente, o dever de “*não cessar, sem motivo justificado, o patrocínio das questões que lhe estão cometidas*” [n.º 1, alínea e)]. Este dever não é, de todo, um dever específico do patrono nomeado para apoio judiciário — mas sim um dever do advogado em qualquer mandato forense — e quanto a nós visa primordialmente acautelar não o interesse pessoal de cada constituinte à continuidade do patrocínio, mas sim o interesse público profissional da tutela da lealdade e confiança enquanto pedras basilares das relações advogado-cliente. Com efeito, para que esse interesse público seja prosseguido é relevante que exista, na comunidade, a percepção de que quando alguém recorre a um advogado para exercer um direito de ação ou defesa ele, salvo motivo atendível, o irá por princípio acompanhar de forma próxima e contínua: é que sem essa percepção dificilmente se pode constituir entre constituinte e advogado a relação da confiança que é imprescindível para que o mandato possa ser exercido adequadamente e, nessa medida, para que o advogado possa participar na função de interesse coletivo de proteger os direitos, liberdades e garantias dos cidadãos e participar na administração da justiça.

Mas não visando o art. 100.º, n.º 1, alínea e) do EOA acautelar diretamente o interesse do requerente de apoio judiciário na continuidade do patrono que lhe foi nomeado — razão pela qual não se pode dizer que esse requerente tem o *direito subjetivo* de participação no procedimento relativo à escusa desse patrono —, parece poder afirmar-se que tal norma tutela em *segunda linha* ou *subsidiariamente* o interesse do requerente em aceder a tal informação. Com efeito, tal requerente, não podendo basear no referido preceito do Estatuto da Ordem dos Advogados o poder de exigir um determinado comportamento por parte de um ente administrativo, tem no entanto, pela especial situação em que encontra, um interesse particular em que seja cumprido aquele normativo e que, portanto, o patrono nomeado pela Ordem não cesse, sem motivo justificado, o seu mandato. Existe, deste modo, um *interesse legalmente protegido* na continuidade do patrocínio que torna o requerente do apoio judiciário um *interessado* para efeitos do acesso à informação procedimental relativa a uma eventual escusa.

8. Em suma, pode concluir-se que os requerentes de apoio judiciário na modalidade de nomeação e pagamento de patrono são titulares de *posições jurídicas subjetivas* que os qualificam como *interessados* na informação relativa ao sub-procedimento administrativo de escolha desse

patrono pela Ordem dos Advogados, incluindo na informação na relativa ao pedido de escusa que eventualmente integre esse sub-procedimento.

Tais posições jurídicas resultam, contudo, de uma distinta *intensidade normativa* de proteção de bens jurídicos desses requerentes: nas situações em que a escusa se funda na *inexistência de fundamento legal da pretensão* que o requerente pretende ver acautelada judicialmente, essa posição jurídica subjetiva traduz-se num direito subjetivo; nas hipóteses em que a escusa se funda noutras *circunstâncias impeditivas ou causadoras de especial dificuldade de exercício do patrocínio no caso concreto*, a qualificação como interessado na informação procedimental resulta da existência de um mero interesse legalmente protegido na continuidade do patrocínio.

§4.º

Das exceções ao direito de acesso à informação procedimental: o segredo profissional dos advogados

4.1. As exceções ao direito de acesso à informação procedimental consagradas no art. 83.º, n.º 1 e n.º 3 do CPA

9. A conclusão obtida no parágrafo precedente não permite, de todo, que possa concluir que, no caso em apreço, os requerentes do apoio judiciário podem, em qualquer circunstância, aceder aos documentos relativos ao pedido de escusa formulado pelo patrono nomeado. Com efeito, embora eles sejam *titulares* do direito à informação procedimental, a verdade é que este direito não é — como já adiantamos — um direito absoluto.

O CPA consagra como regra geral — ou seja, com “direito-regra” — a determinação de que os particulares podem consultar os documentos relativos aos procedimentos em que sejam interessados (art. 83.º, n.º 1, 1.ª parte), bem como requerer a passagem de certidão, reprodução ou declaração autenticada desses documentos (n.º 3). Esta regra funda-se, como já se explicou, no princípio constitucional da transparência administrativa, que, ao exigir a visibilidade e abertura das atuações da Administração, suporta valorativamente o direito de acesso à informação procedimental em todas as suas vertentes (incluindo a de acesso aos documentos administrativos).

Sucedo que este valor da transparência não é — como muitos outros bens constitucionais — um valor absoluto e único: ele pertence a um sis-

tema e entra em concorrência e conflito com outros valores constitucionais, que podem justificar que ele seja condicionado, comprimido ou até excluído no quadro de uma ponderação entre bens constitucionais e normas e princípios que os consagram.

Na verdade, em “*sede de acesso* [à informação] *há sempre que fazer uma ponderação de bens (a transparência da administração de um lado e do outro diversos bens merecedores de tutela)*”, designadamente “*bens públicos, económicos e de privacidade*”⁽¹⁰⁾, podendo resultar dessa ponderação a previsão de um regime de reserva (ou seja, de exceção à abertura e visibilidade que a transparência à partida exigiria). Com efeito, a “*transparência administrativa é o contraponto e surgiu como reação ao segredo. Todavia aquela não determinou a dissolução deste, tendo-o simplesmente remetido para o domínio da exceção. De facto, há valores e interesses fundamentais do nosso sistema constitucional que justificam limitações à transparência; há, por outras palavras, «segredos desejáveis», ou talvez mais rigorosamente, segredos decorrentes de imposições constitucionais*”⁽¹¹⁾.

O CPA consagra algumas dessas limitações através de uma *norma excepcional*, ou seja, de uma norma que define, para um determinado setor de relações ou factos, um regime oposto àquele que resultaria do regime-regra, “*diretamente determinado por razões indissocialmente ligadas à categoria de situações que a norma excepcional contempla*”⁽¹²⁾. Trata-se da 2.^a parte do n.º 1 do art. 83.º — onde se prevê que os interessados têm o direito de consultar o processo “*que não contenha documentos classificados ou que revelem segredo comercial ou industrial ou segredo relativo à propriedade literária, artística ou científica*”.

São, portanto, três as exceções previstas nestes preceitos:

a) Em primeiro lugar, não estão abrangidos pelo direito de acesso os *documentos classificados*, que são os definidos na Lei Orgânica n.º 2/2014, de 6 de agosto, que estabelece o Regime do Segredo de Estado. Nele se incluem as “*matérias, os documentos e as informações cujo conhecimento por pessoas não autorizadas é suscetível de pôr em risco interesses fundamentais do Estado*” (art. 2.º, n.º 1), sendo interesses fundamentais do Estado “*os relativos à independência nacional, à unidade e*

⁽¹⁰⁾ Cf. BRANDÃO DA VEIGA, *Acesso à informação da Administração Pública pelos particulares*, Coimbra, 2007, p. 81.

⁽¹¹⁾ Cf. DÉBORA MELO FERNANDES, *O princípio da transparência*, cit., p. 440.

⁽¹²⁾ Cf. BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Coimbra, 1987, 2.^a reimpressão, p. 94.

à integridade do Estado ou à sua segurança interna ou externa, à preservação das instituições constitucionais, bem como os recursos afetos à defesa e à diplomacia, à salvaguarda da população em território nacional, à preservação e segurança dos recursos económicos e energéticos estratégicos e à preservação do potencial científico nacional” (n.º 2 do mesmo preceito). A sujeição a este regime pressupõe um ato de classificação dos documentos, que, por regra, é da competência do Presidente da República, do Presidente da Assembleia da República, do Primeiro-Ministro, dos Vice-Primeiros-Ministros e dos Ministros (cf. art. 3.º).

b) Em segundo lugar, a 2.ª parte do n.º 1 do art. 83.º do CPA consagra uma exceção para os *documentos que revelem segredos industriais ou comerciais*, a que se refere o Código da Propriedade Industrial (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 110/2018, de 10 de dezembro) no seu art. 313.º, ss.

Nos termos deste diploma, integram tal categoria as informações que reúnem cumulativamente os seguintes requisitos: (i) sejam secretas, no sentido de não serem geralmente conhecidas ou facilmente acessíveis, na sua globalidade ou na configuração e ligação exatas dos seus elementos constitutivos, para pessoas dos círculos que lidam normalmente com o tipo de informações em questão; (ii) tenham valor comercial pelo facto de serem secretas; e c) tenham sido objeto de diligências razoáveis, atendendo às circunstâncias, por parte da pessoa que detém legalmente o controlo das informações, no sentido de as manter secretas (cf. art. 313.º, n.º 1). Está portanto em causa, genericamente, *“informação relativa a entidades empresariais que não seja do domínio público nem evidente para um perito na matéria, que o seu titular pretenda preservar como tal e de que possa extrair uma vantagem competitiva em razão dessa circunstância”*⁽¹³⁾.

Como já explicitou o Tribunal Constitucional, esta exceção funda-se em bens constitucionais relevantes, como sejam *“o direito de propriedade (art. 62.º, n.º 1 da Constituição) (...) o direito à invenção científica, integrado na liberdade de criação cultural do Título II da Constituição (art. 42.º), o interesse de livre iniciativa económica privada [arts. 61.º, n.º 1 e 80.º, alínea c)], o interesse no funcionamento eficiente dos mercados, de modo a garantir a equilibrada concorrência entre empresas [art. 81.º, alínea e)]”*.

(13) Cf. DÁRIO MOURA VICENTE, “Proteção do *Know-how*, segredo do negócio e direito intelectual”, in *Os Segredos no Direito*, Lisboa, 2019, p. 240.

c) Por fim, a 2.^a parte do n.º 1 do art. 83.º limita também o acesso a documentos de um procedimento administrativo quando esteja em causa o conhecimento de criações intelectuais do domínio literário, científico e artístico, que são objeto de tutela no Código dos Direitos de Autor e Direitos Conexos (Decreto-Lei n.º 63/85, de 16 de março). Na origem desta exceção está novamente a necessidade de preservar interesses jurídicos fundamentais da ordem constitucional, entre os se incluem, novamente, o direito de propriedade (art. 62.º, n.º 1 da Constituição), a liberdade de criação cultural (art. 42.º) e o direito de livre iniciativa económica (art. 61.º).

10. Todas estas exceções têm em comum duas características que justificam a previsão, nos casos por elas abrangidos, de um regime oposto ao regime-regra (que é o do acesso à informação procedimental).

Em primeiro lugar, estão em causa matérias em relação às quais a lei estabelece um *segredo*, ou seja, um “*limite, imposto por uma vontade juridicamente competente, à cognoscibilidade de um facto, de um ato ou de uma conduta, de tal modo que ficam destinados a permanecer ocultos para pessoas diversas daquelas que legitimem os conhecerem*”⁽¹⁴⁾.

Em segundo lugar, a previsão da exceção justifica-se porque (i) há uma colisão entre valores ou interesses juridicamente relevantes (no caso, a transparência, por um lado, e os bens e interesses fundamentais que justificam cada um dos segredos, por outro); e (ii) da resolução dessa colisão à luz de um juízo de ponderação entre todos os valores constitucionais aplicáveis tendo em conta as suas formas de exercício nas circunstâncias do caso concreto resulta a preferência ou prevalência de um bem ou interesse constitucionalmente protegido sobre outro (no caso, dos bens que justificam os segredos legalmente fixados sobre o princípio da transparência).

11. Mas as exceções consagradas no n.º 1 do art. 83.º não esgotam o *direito excecional* em matéria de acesso à informação procedimental.

Com efeito, o n.º 3 do mesmo preceito prevê, como já tivemos ocasião de sublinhar, que o direito de obter certidão, reprodução ou declaração autenticada de documentos só existe “*em relação a documentos que constem dos processos a que tenham acesso*”. É na interpretação deste segmento normativo e na sua conjugação sistémica com outras normas do ordenamento jurídico — designadamente o art. 92.º, n.º 1, alínea b) do

(14) Cf. Parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria Geral da República n.º 49/91.

EOA, que estabelece que o advogado é obrigado a guardar segredo profissional relativamente a “*factos de que tenha tido conhecimento em virtude de cargo desempenhado na Ordem dos Advogados*” — que, em nossa opinião, resulta a resposta à questão suscitada na Consulta.

12. A reserva, no n.º 3 do art. 83.º CPA, quanto ao direito dos interessados a obter certidões no plano da informação procedimental, delimitando-o em função dos *processos a que tenham acesso*, possui um âmbito mais extenso do que o das exceções enunciadas no n.º 1 do mesmo artigo.

Interpretando a expressão “*processos a que tenham acesso*” como significando “*documentos a que tenham acesso*”⁽¹⁵⁾, aquilo que importa é saber se o requerimento de escusa, que o patrono nomeado dirigiu ao Presidente do Conselho Regional [EOA, art. 5.º, n.º 1, alínea *m*)] e deu lugar à concessão de escusa e à consequente nomeação de novo patrono pelo Conselho Geral, no uso da competência concedida pelo art. 1.º, n.º 2, alínea *a*), do *Regulamento de Organização e Funcionamento do Sistema de Acesso ao Direito e aos Tribunais na Ordem dos Advogados* (Regulamento n.º 330-A/2008, de 24 de junho, DR 2.ª Série, n.º 120, sucessivamente alterado), é, ou não, passível de passagem de certidão ao beneficiário do apoio judiciário. Ora, a resposta a tal questão depende do alcance do *segredo profissional* neste domínio e, mais concretamente, do segredo imposto pelo art. 92.º, n.º 1, alínea *b*), do EOA, aos advogados que desempenhem cargos na Ordem dos Advogados, quanto a factos de que tenham conhecimento em virtude de tal desempenho.

Uma leitura pedestre do art. 83.º do CPA poderá conduzir à resposta de que este não conduz, em qualquer caso, à restrição do direito de obter certidão, em consequência de o segredo profissional dos advogados não ser mencionado, nem no n.º 1, nem no n.º 3 daquele preceito, entre as exceções ao direito de informação procedimental através da consulta do processo ou da passagem de certidão.

A nosso ver, porém, tal hipotética resposta enfermaria de um duplo vício de raciocínio jurídico.

Em primeiro lugar, não se afigura correto ler na expressão “*processos a que tenham acesso*”, no n.º 3 do art. 83.º, uma remissão exclusivamente dirigida aos tipos de inibições identificados no n.º 1.

⁽¹⁵⁾ Como observam MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/PEDRO GONÇALVES/PACHECO DE AMORIM em relação ao idêntico n.º 3 do art. 62.º do antigo CPA, o que verdadeiramente importa é o acesso a documentos, mais do que ao processo em bloco. Assim é porquanto poderão coexistir no mesmo processo documentos de acesso livre e outros que o não sejam. Cf. *Código do Procedimento Administrativo*, *cit.*, p. 335.

E, em segundo lugar, a existência de outras exceções não depende de uma previsão específica no art. 83.º. Pelo contrário, elas surgirão, no seio do ordenamento jurídico, através de quaisquer normas dotadas de idêntica eficácia jurídica que venham vedar a informação procedimental por outras razões, nomeadamente as que consistam em *outros tipos de segredo simultaneamente impostos e protegidos por lei*.

4.2. O art. 92.º, n.º 1, alínea b) do EOA e o segredo profissional nela contemplado como exceção face à regra geral do n.º 3 do art. 83.º do CPA e ao direito de passagem de certidão de documentos administrativos dela decorrente

13. Nada impõe que os documentos inseridos em processo aos quais os interessados não tenham acesso para os efeitos do n.º 3 do art. 83.º, CPA, sejam tão só os tipificados no n.º 1 deste artigo. Se assim tivesse querido, o legislador deveria ter amalgamado os n.ºs 1 e 3, deixando claro que os limites à consulta do processo identificados no n.º 1 eram os mesmos admissíveis para uma oposição à passagem de certidão, reprodução ou declaração autenticada dos documentos. Mas, ao declarar, pelo contrário, no n.º 3, que o direito de obter certidão pressupõe que se trate de “documentos que constem dos processos a que [os interessados] tenham acesso “o que se declara é que haverá, eventualmente, *outros documentos a que, por razões não enunciadas no n.º 1, os interessados não tenham acesso*.”

Esta prudência do legislador é inteiramente compreensível: o CPA foi emitido através do Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de janeiro, coberto pela Lei de autorização legislativa n.º 42/2014, de 11 de julho. A autorização legislativa foi por certo solicitada, visto o CPA desenvolver o regime de direitos fundamentais da natureza análoga a direitos, liberdades e garantias, como é o caso, entre outros, dos direitos de informação administrativa e de notificação e fundamentação de atos administrativos. Mas o decreto-lei que aprovou o CPA não tem valor de lei reforçada e, por isso, qualquer outro ato de valor legislativo que se conforme com as imposições constitucionais o pode aditar, ou alterar, ou estabelecer regras excecionais em relação a regras gerais dele constantes⁽¹⁶⁾.

⁽¹⁶⁾ No sentido de que o *direito à informação administrativa* (na sua dupla dimensão de *direito à informação procedimental* e do *princípio da administração aberta*) “não goza nem pode gozar de proteção absoluta, estando comprimido por limites iminentes ou a priori...” a começar pelas

14. Ora é de uma *regra excepcional ao n.º 3 do art. 83.º do CPA* (mas também ao n.º 1 se fosse esse o caso) que aqui se trata. Referimo-nos ao *art. 92.º, n.º 1, alínea b), do Estatuto da Ordem dos Advogados*, que sujeita os advogados titulares de cargos na Ordem dos Advogados à obrigação de guardar segredo profissional quanto a factos de que tenham tido conhecimento em virtude do respetivo desempenho.

O EOA tem força normativa idêntica à do CPA, uma vez que foi aprovado por lei (Lei n.º 145/2015, de 9 de setembro). Nada impede, portanto, que nele se contenham regras excecionais em relação a regras do CPA.

E importa sublinhar, ainda, não ser legítimo pensar que as formas de prestação procedimental preceituadas no art. 83.º do CPA não admitam exceções sob pena de se violar o direito à informação procedimental reconhecido pelo art. 268.º, n.º 1 da Constituição. Os modos típicos garantidos por este preceito constitucional são apenas o da informação sobre o andamento dos procedimentos em que o cidadão seja diretamente interessado e o de conhecer as resoluções definitivas que forem tomadas. Não se duvida de que o teor do ato conclusivo deva ser certificado. Mas esse esquema comunicativo encontra-se coberto pelo n.º 3 do art. 268.º da Constituição, quando determina que os atos administrativos estão sujeitos a notificação aos interessados.

As modalidades de acesso à informação procedimental tipificadas no art. 83.º CPA (ou seja, a consulta do processo e a passagem de certidão, reprodução ou declaração autenticada dos documentos incluídos no processo), constituem, pois, apenas modos pelos quais o legislador ordinário ultrapassa o *âmbito de proteção (Schutzbereich)* do direito fundamental, estabelecendo em seu redor outros meios de proteção do cidadão em face da Administração que vão além das modalidades claramente tipificadas pela Lei Fundamental em termos que não justificam a conclusão de que o tenham sido a título meramente exemplificativo.

Ainda porém, que, como alguns Autores, se entendesse que o direito ao conhecimento do andamento dos processos não respeita apenas às fases da marcha do procedimento administrativo como sucessão ordenada de atos e formalidades, mas também ao conjunto de documentos em que se traduzem tais atos e formalidades⁽¹⁷⁾, nem por isso haveria que concluir

próprias restrições constitucionais expressas, cf. JOSÉ EDUARDO FIGUEIREDO DIAS, *O direito à informação no novo Código do Procedimento Administrativo*, in: CARLA AMADO GOMES/ANA FERNANDA NEVES/TIAGO SERRÃO (Coords.), *Comentários Ao Novo Código Do Procedimento Administrativo*, 4.ª ed., Lisboa: AAFDL, 2018, p. 710.

(17) Cf. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa*, cit., p. 821.

que as únicas restrições desse direito são as permitidas nos n.ºs 1 e 3 do art. 83.º CPA. Cumpre, com efeito, reconhecer que, se o direito constitucional ao conhecimento do andamento do procedimento envolve a possibilidade do conhecimento, a par e passo, pelo interessado, dos documentos nele incorporados, então são os próprios n.ºs 1 e 3 do art. 83.º do CPA a estabelecer, sob a forma de exceções, restrições a um tal *âmbito de proteção* como perfil *prima facie* do direito fundamental.

O âmbito de proteção representa tudo aquilo que o direito fundamental proporcionaria ao seu titular antes de se tomarem em conta as restrições válidas. Antes destas restrições válidas, qualquer compressão do bem protegido encontra-se *prima facie* proibida. Num primeiro momento lógico, o bem protegido (ou seja, a informação sobre o andamento do processo, seja o que for que isso signifique) desempenha a função de *Tatbestand*, isto é, de conjugação dos pressupostos materiais capazes de desencadear o efeito jurídico *prima facie* da proibição das recusas compressoras. Mas, uma vez introduzidas no ordenamento jurídico restrições válidas ao direito fundamental, este papel de *Tatbestand*, embora se não extinguindo, fica reduzido, já que a relação entre bem protegido e compressão se passa a enunciar nos seguintes termos: todas as medidas que envolverem uma compressão do bem protegido e se não fundarem numa restrição válida são definitivamente proibidas⁽¹⁸⁾.

Mas, se as restrições introduzidas ao direito fundamental de informação procedimental pelos n.ºs 1 e 3 do art. 83.º, CPA, são válidas, não se encontra razão para partir do princípio de que quaisquer outras restrições seriam inválidas. O que resulta do art. 18.º da Constituição, tal como hoje entendido, é que os direitos, liberdades e garantias (e, portanto, aos direitos análogos a estes), ainda que formulados sem reservas, podem entrar em colisão com outros direitos ou valores fundamentais. E, nestes casos, sob pena de inconstitucionalidade, por inobservância ilegítima da necessidade de proteção de outros bens constitucionais, terá de haver cedência e esforços de compatibilização⁽¹⁹⁾.

Aquilo que, portanto, sucede perante uma norma de direito fundamental desprovida de reservas de restrição (como sucede com o art. 268.º, n.º 1 da Constituição) é a titularidade pelo juiz de competência de controlo da proporcionalidade e razoabilidade de uma norma do legislador ordiná-

(18) Cf. SÉRVULO CORREIA, *O Direito De Manifestação — Âmbito De Proteção E Restrições*, Coimbra: Almedina, 2006, p. 32.

(19) Cf. REIS NOVAIS, *As restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pp. 587-588.

rio que venha gerar, ou seja suscetível de gerar, uma restrição ao direito fundamental⁽²⁰⁾.

No nosso caso, essa norma é o art. 92.º, n.º 1, alínea b), do EOA, a qual, provinda do legislador democrático, ao obrigar os advogados que desempenhem cargos na Ordem dos Advogados a guardar segredo profissional, provoca incidentalmente uma limitação à comunicação ao beneficiário de apoio judiciário dos fundamentos invocados pelo advogado requerente de escusa do patrocínio nos termos do art. 34.º, n.º 1, da Lei n.º 34/2004⁽²¹⁾.

15. Seria, porém, fantasioso pretender sustentar que o art. 92.º, n.º 1, alínea b), do EOA, visasse uma limitação específica à comunicação de informação constante de procedimentos administrativos. Não se trata sequer, no plano da tipicidade, de uma norma procedimental: a informação cuja transmissão é bloqueada por esta regra jurídica do EOA pode ter outras origens. A sua incidência não depende necessariamente da pré-existência de um procedimento administrativo.

Importa assim perceber melhor qual é a *essência das regras excecionais*, a fim de se poder concluir quanto à possibilidade de uma relação de regra geral — regra excecional entre o art. 83.º, n.º 3, do CPA e o art. 92.º, n.º 1, alínea b), do EOA.

16. A *excecionalidade* de uma norma suscita-se sempre no campo de uma relação entre normas. “Uma norma é excecional em relação a

⁽²⁰⁾ Cf. REIS NOVAIS, *idem*, pp. 600-601.

⁽²¹⁾ Como se referiu anteriormente e adiante melhor se explicará, o dever de segredo profissional sobre os motivos alegados no pedido de escusa existe nos casos em que, concedida a escusa, se proceda imediatamente à “nomeação e designação” de novo patrono (art. 34.º, n.º 5, LAD). Se a escusa tiver sido motivada pela inexistência de fundamento legal da pretensão do beneficiário, a consequente recusa de nova nomeação para o mesmo fim (LAD, art. 34.º, n.º 5) deverá dar lugar ao cancelamento da proteção jurídica pelo titular de competência para o efeito no âmbito dos serviços de segurança social, a requerimento da Ordem dos Advogados (LAD, art. 10.º, n.º 1, alínea b) e n.º 3). A *decisão de cancelamento* é um ato administrativo que põe termo ao procedimento administrativo da proteção jurídica na modalidade de apoio judiciário. Reconhece-se, em face do projeto de decisão de cancelamento, o *direito de audiência* ao interessado (LAD, art. 10.º, n.º 4). Esta *decisão* é *contenciosamente impugnável* (LAD, art. 12.º). E, assim sendo, tem de ser fundamentada e notificada [CRP, art. 268.º, n.º 3; CPA, arts. 114.º, n.º 1, alínea a), e 152.º, n.º 1, alínea a)]. A fundamentação deve expor as razões pelas quais foi considerado inexistir fundamento legal para a pretensão do interessado (CPA, art. 153.º, n.º 1). Quem fundamenta a decisão é o seu autor, ou seja, o titular de competência no seio dos serviços de segurança social. Mas é de presumir que utilizará para o efeito a apreciação de inviabilidade da pretensão que lhe tenha sido comunicada pela Ordem dos Advogados ao requerer o cancelamento. Adiante se indicará a razão pela qual consideramos não haver, nesta situação, violação de dever de segredo profissional, ao contrário da incidência deste segredo sobre o requerimento de escusa por parte do patrono nomeado.

outra quando, perante idêntica relação de âmbito previsivo, os operadores deônticos são contrários (proibição \leftrightarrow imposição) ou contraditórios (proibição \leftrightarrow permissão ou imposição \leftrightarrow permissão) e as estatuições são idênticas, mas, em função da contrariedade ou contradição dos operadores deônticos, se tornam deonticamente incompatíveis (*i.e.*, onde a realização do efeito jurídico da norma consumida impede empiricamente a realização do efeito jurídico da norma consumptora e vice-versa)”(22).

Com a referida configuração lógica normativa da excecionalidade, ajusta-se perfeitamente a visão metodológica substancialista de OLIVEIRA ASCENSÃO. Analisando a categoria “regra excecional”, opina o conceituado Mestre que a exceção é de âmbito mais restrito que o da regra geral e contraria a valoração ínsita nesta para prosseguir finalidades particulares. É a peculiaridade da sua *ratio* que não permite a extensão (anológica) a outros casos (Código Civil, art. 11.º). E o que diferencia a regra excecional da regra especial é que esta última não contraria substancialmente o princípio contido na regra geral, ao contrário do que sucede com a oposição da regra excecional à regra geral. A regra especial limita-se a adaptar o princípio contido na regra geral a circunstâncias particulares(23).

17. Passando ao problema concreto em análise, pensamos que não poderão restar dúvidas razoáveis quanto às seguintes asserções:

- (i) O âmbito previsivo das normas do art. 83.º, n.º 3, CPA, e do art. 92.º, n.º 1, alínea b), do EOA é sinteticamente o mesmo: a pretensão de interessados à prestação de informação;

(22) Cf. MONIZ LOPES, *Derrotabilidade Normativa E Normas Administrativas*, I, Lisboa: AAFDL Editora, 2019, p. 354. Nesta tese de doutoramento em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, o A. ocupa-se da figura da “derrotabilidade normativa”, aplicando-a aos conflitos entre normas da função administrativa. A derrotabilidade de uma norma ocorre quando o acionamento da previsão é, por força de outra norma, insuficiente para que a estatuição se lhe siga. Para os menos familiarizados com o papel da lógica na realização da ciência jurídica, dá-se muito brevemente nota do significado das duas expressões que têm o papel de chave na definição transcrita. “Operador deôntico” é o elemento normativo que, isolado entre a previsão e a estatuição, opta entre um leque de possibilidades lógicas por agir, não agir e poder agir ou não agir. O operador deôntico varia, portanto, entre a imposição, a proibição e a permissão (MONIZ LOPES, *ob.cit.*, pp. 23 e 103). A “estatuição” da norma jurídica representa a substância de um efeito jurídico correlativo com a previsão mas que, por força do operador deôntico, tanto poderá materializar uma imposição (deve fazer-se x), uma proibição (não pode fazer-se x) ou uma permissão (há-de fazer-se x). Nestas proposições, o “x” é que representa a estatuição. Por exemplo, “correr”: deve correr, não deve correr, pode correr. Cf. MONIZ LOPES, *ob. cit.*, p. 107, ss.

(23) Cf. OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito — Introdução E Teoria Geral*, 9.ª ed., Coimbra: Almedina, 1995, pp. 443, 445 e 554.

- (ii) A *estatuição* de ambas as regras é sinteticamente a mesma: prestação de informação;
- (iii) Mas os *operadores deônticos* de ambas as regras são contrários: *imposição*, no caso do art. 83.º, n.º 3, CPA; *proibição*, no caso da alínea *b*) do n.º 1, do art. 92.º, EOA.

Por outro lado, a proibição que a alínea *b*) do n.º 1 do art. 92.º, EOA, dirige aos advogados de revelar factos de que tenham tido conhecimento em virtude de cargo desempenhado na Ordem dos Advogados (na única parte em que releva para a deteção de excecionalidade, *i.e.*, no que toca à revelação do teor do pedido de escusa formulado pelo patrono nomeado no quadro do procedimento administrativo de proteção jurídica na modalidade de apoio judiciário) é de âmbito mais restrito que o da norma do n.º 3 do art. 83.º CPA.

É a própria Lei de Acesso ao Direito e aos Tribunais que — muito embora isso nem fosse necessário — qualifica o fenómeno dinâmico em causa como *procedimento administrativo*. Veja-se, por exemplo, o art. 24.º, n.º 1, que especifica que o “procedimento de proteção jurídica na modalidade de apoio judiciário é autónomo relativamente à causa [jurisdicional] a que respeita. E o art. 25.º, n.º 1, qualifica expressamente este procedimento como “*administrativo*”. Temos, portanto, sem qualquer dúvida, um procedimento administrativo, no qual se inserem, como procedimento endoprocedimental ou subprocedimento, o pedido de escusa e, com base na apreciação dos seus motivos, a concessão da escusa (art. 34.º, n.ºs 1, 4 e 5). E, como se viu, embora, no subprocedimento, a relação procedimental se estabeleça apenas entre o requerente de escusa e a Ordem dos Advogados, o beneficiário do apoio judiciário é “*interessado*” por ser titular de interesse legalmente protegido à não cessação do patrocínio sem motivo justificado [EOA, art. 100.º, n.º 1, alínea *e*)]. Assim sendo, de acordo com a *regra geral* do art. 83.º, n.º 3, CPA, o beneficiário teria o direito de obter certidão, por parte da Ordem dos Advogados, do documento de requerimento de escusa, que deverá constar do processo.

No entanto, é esta mesma regra que reserva a existência de limitações à prestação da informação requerida sob forma de certidão, por só haver lugar a ela quanto a documentos a que os interessados “tenham acesso”. É neste ponto que se interpõe a alínea *b*) do n.º 1 do art. 92.º EOA, ao sujeitar a segredo profissional os advogados no tocante a factos de que tenham tido conhecimento em virtude do cargo desempenhado na Ordem dos Advogados.

O art. 3.º, alínea b), EOA, declara como atribuição da Ordem dos Advogados “assegurar o acesso ao direito, nos termos da Constituição”. Mas a única norma de competência no desempenho de tal atribuição que se pode encontrar no EOA é a da alínea o) do n.º 1 do art. 40.º, em cujos termos compete ao Bastonário “Decidir os recursos interpostos das decisões sobre escusas e dispensas de patrocínio oficioso”. Uma vez que se trata da decisão de recursos, infere-se que o primeiro nível decisório na matéria de escusas e dispensas caberá a outro órgão. Mas, provavelmente por deficiência na Leitura da norma, o art. 54.º, n.º 1 do EOA, apenas prevê a competência do Conselho Regional, na alínea o), para “Nomear advogado ao interessado que lho solicite por não encontrar quem aceite voluntariamente o seu patrocínio...” e, na alínea p), para “julgar a escusa que o advogado nomeado nos termos referidos na alínea anterior eventualmente alegue...”. Mas a situação prevista nestas regras não se confunde com a do apoio judiciário. A pessoa assim patrocinada assumirá os encargos do patrocínio nos termos normais. O que algumas vezes sucede é que, dada a animosidade popular contra quem esteja em justiça ou a ela precise de recorrer, não se encontra facilmente o advogado que aceite partilhar (injustamente...) os ónus da situação. Nem sempre surgem advogados como aqueles, para sempre venerados no seio da classe, que assumiram a defesa de Luis XVI e de Maria Antonieta nos julgamentos montados pela Convenção e que cedo pagariam com a vida essa coragem e essa fidelidade à secular mística da advocacia.

O silêncio do Estatuto da Ordem dos Advogados quanto à competência no procedimento de acesso ao Direito não foi colmatado pela LAD. Tanto o art. 30.º, n.º 1, como o art. 34.º, n.º 4, deste diploma se limitam a atribuir à “Ordem dos Advogados” as competências para nomeação de patrono e para apreciar e deliberar sobre o pedido de escusa. Mais uma vez, nos defrontamos com uma lamentável imperfeição de técnica legislativa: as competências pertencem a órgãos e não à pessoa coletiva pública no seu todo.

Só o *Regulamento de Organização e Funcionamento do Sistema de Acesso ao Direito e aos Tribunais na Ordem dos Advogados*⁽²⁴⁾ veio preencher finalmente o vazio deixado pelas normas de hierarquia superior.

(24) Regulamento n.º 330-A/2008, de 24 de junho, publicado na 2.ª Série, DR n.º 120, Suplemento de 2008-06-24, p. 27648 (2) a 27648 (4), alterado pela Deliberação n.º 1733/2010, publicada no Diário da República, 2.ª Série, n.º 188 de 27 de setembro de 2010. Alterado pela deliberação n.º 1551/2015 (media/117282/delib.pdf), publicada no Diário da República, 2.ª Série, n.º 152 de 6 de agosto de 2015.

Trata-se de um regulamento executivo das regras e procedimentos relativos à organização e funcionamento do sistema de acesso ao direito e aos tribunais, no âmbito das competências atribuídas à Ordem dos Advogados pela Portaria n.º 10/2008, de 3 de janeiro, alterada pela Portaria n.º 210/2008, de 29 de fevereiro, alterada e republicada pela Portaria n.º 654/2010, de 11 de agosto, alterada pela Portaria n.º 319/2011, de 30 de dezembro. Esta longa sucessão de alterações, reveladora da instabilidade de um regime que se desejaria mais estável, não foi no entanto bastante para evitar a repetição do erro de legística da LAD, consistente na atribuição de competências à pessoa coletiva pública Ordem dos Advogados, em vez de a conferir a algum ou alguns dos seus órgãos⁽²⁵⁾.

Foi, portanto, no *Regulamento de Organização e Funcionamento do Sistema de Acesso ao Direito e aos Tribunais na Ordem dos Advogados* que, finalmente, ficou determinado que pertence à competência do Conselho Geral “proceder à nomeação, notificação e substituição de Advogado e Advogado Estagiário” no tocante ao patrocínio no âmbito de proteção jurídica na modalidade de apoio judiciário [art. 1.º, n.º 2, alínea a)].

E é, por seu turno, a alínea c) do mesmo n.º 2 do art. 1.º do Regulamento em questão que inclui na competência do Conselho Geral “recusar a nova nomeação decorrente de inviabilidade da ação ou da falta de colaboração do beneficiário”.

18. Defrontamo-nos, portanto, em conclusão, com um *conflito normativo* entre o art. 83.º, n.º 3, do CPA, quando reconhece aos interessados no procedimento administrativo o direito de obter certidão dos documentos que constem do correlativo processo⁽²⁶⁾, e o art. 92.º, n.º 1, alínea b), do EOA, que obriga os advogados a guardar segredo profissional no que respeita a todos os factos de que tenham tido conhecimento em virtude de cargo desempenhado na Ordem dos Advogados. Uma vez que o pedido de escusa pelo patrono nomeado constitui um procedimento endoprocedi-

(25) Dispõe-se, no art. 2.º, n.º 1, da Portaria n.º 10/2008, de 29 de fevereiro, sucessivamente alterada, que “... a nomeação de patrono ou de defensor é efetuada pela Ordem dos Advogados, podendo ser realizada de forma totalmente automática, através de sistema eletrónico gerido por esta entidade”. Como resulta do art. 14.º do CPA, a utilização de meios eletrónicos no desempenho da respetiva atividade é por natureza imputável a uma estrutura organizatória da Administração Pública, pelo que a referência a esse meio técnico de atividade não dispensa a especificação da competência. Cf. BRITZ, *Elektronische Verwaltung*, in: HOFFMANN-RIEM/SCHMIDT-ASSMANN/VOSSKUHLE, *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, II, Munique: C.H. Beck, 2008, p. 442.

(26) Nesta passagem, “*processo*” encontra-se obviamente, utilizado com o sentido que a este termo atribui o n.º 2 do art. 1.º do CPA: “... o conjunto de documentos devidamente ordenados em que se traduzem os atos e formalidades que integram o procedimento administrativo”.

mental, ou seja, um subprocedimento no âmbito do procedimento administrativo de concessão de proteção jurídica, e que a competência para apreciar esse pedido pertence ao Conselho Geral, os membros deste órgão⁽²⁷⁾ encontram-se proibidos de emitir certidão de pedido de escusa quando, tendo esta sido requerida pelo beneficiário do apoio judiciário, se verifica tratar-se de um caso em que, tendo sido concedida a escusa, se tenha procedido imediatamente à nomeação e designação de novo patrono, nos termos do art. 34.º, n.º 5, da LAD⁽²⁸⁾.

Nesta colisão de normas, a regra do EOA surge em situação de excepcionalidade perante a regras do CPA. Em relação à *mesma estatuição* (passar certidão do pedido de escusa ou, mais genericamente, revelar o respetivo teor), encontramos *operadores deônticos contrários* (imposição da revelação, designadamente através da emissão de certidão/proibição da transmissão de informação a tal respeito). Sendo a regra geral a de facultar o acesso à informação procedimental em causa (art. 83.º, n.º 3, CPA) surge-nos um imperativo negativo de âmbito muito mais restrito, porque respeita apenas a uma situação endoprocedimental de um muito específico procedimento administrativo de concessão de proteção jurídica na modalidade de apoio judiciário. E esta norma do art. 92.º, n.º 1, alínea *b*), do EOA, na pequena parte do seu comando que incide sobre o endoprocedimento administrativo de pedido e concessão de escusa, contraria a valoração ínsita no preceito do CPA (que se alicerça no valor da transparência administrativa) para prosseguir finalidades particulares em relação àquela: as finalidades ou interesses defendidos pelo segredo profissional dos advogados.

19. Importa sublinhar que o caso vertente suscita um interessante modo de excecionalidade de uma regra jurídica em relação a uma regra geral, a que poderemos chamar *excecionalidade incidental*.

O instituto do segredo profissional dos advogados não existe na Ordem Jurídica devido ao propósito de disciplinar um setor das relações jurídicas administrativas — substantivas ou procedimentais — ou, mais concretamente, de estabelecer um limite ao direito à informação procedimental. Trata-se de um instituto jurídico muito antigo, com subsistência

(27) Nos termos do art. 45.º do EOA, os membros do Conselho Geral são o Bastonário, que preside, 2 a 5 vice-presidentes e 15 a 18 vogais.

(28) Como se foi já adiantando e adiante se procurará explicitar, o mesmo não sucede quando a escusa haja sido concedida com fundamento na inexistência de fundamento legal da pretensão e tenha sido recusada nova nomeação para o mesmo fim (art. 34.º, n.º 5, *in fine* da LAD), caso em que haverá lugar ao cancelamento da proteção jurídica, nomeadamente a requerimento da Ordem dos Advogados [art. 10.º, n.º 1, alíneas *b*), e n.º 3, da LAD].

autónoma e não apenas, e nem sequer principalmente, com o papel de barreira ao alcance de normas jurídicas que imponham a revelação de factos aos sujeitos de direito. Exerce refrações em diversos ramos do direito, desde o Direito das Obrigações ao Direito Penal, desde o Direito Processual Civil ao Direito Processual Penal. Mas o seu verdadeiro assento na Ordem Jurídica é o *Direito da deontologia profissional*, tendo como inspiração central a necessidade de reunir requisitos essenciais ao desempenho da advocacia por que tem de afrontar constantemente, o peso da injustiça, incluindo a provinda de um patrocinado desagradecido ou insensato⁽²⁹⁾, e o interesse público na preservação de regras de conduta profissional que, pouco tendo variado de séculos a esta parte, correspondem desde logo a uma obrigação moral ainda antes que codificadas pelo Direito positivo⁽³⁰⁾.

Como consequência do vector procedimental do apoio judiciário, o segredo profissional dos advogados cruza-se com o Direito Administrativo apenas tangencialmente a propósito da concessão de escusa seguida da nomeação de novo patrono. Tratando-se de um procedimento administrativo, aplica-se em tese o princípio da informação procedimental. Mas o órgão competente para decidir sobre o pedido de escusa e, portanto, para emitir certidão desse pedido se fosse esse o caso, é e seria o Conselho Geral da Ordem dos Advogados. Esse órgão é integralmente composto por advogados. E estes tomaram conhecimento do teor do pedido de escusa com virtude do cargo que desempenham. Aplica-se-lhes, portanto, o art. 92.º, n.º 1, alínea b), do EOA, que os submete a segredo profissional.

Na maior parte dos casos em que os membros do Conselho Geral conhecerão nessa qualidade factos a cujo segredo se encontram automaticamente vinculados não ocorrerá qualquer intersecção com a atuação no quadro de procedimentos administrativos. Para os titulares deste cargo, uma larga parte do âmbito do segredo profissional por força da norma do EOA respeitará portanto a situações em que o segredo não contende com a informação procedimental. Isso ocorrerá muito tangencialmente em face dos pedidos de certificação dos requerimentos de escusa de patrocínio em apoio judiciário.

Por outras palavras, a alínea b) do n.º 1 do art. 92.º, EOA, não tem por razão de existência visar o art. 83.º, CPA, para o efeito de subtrair à operatividade desta norma geral uma parte das respetivas previsões, introduzindo um fator de desigualdade de tratamento⁽³¹⁾. Contudo, no tocante ao

(29) Cf. ANGEL OSSORIO Y GALLARDO, *A Alma Da Toga*, Coimbra: Coimbra Editora, 1956.

(30) Cf. MAURICE GARÇON, *O Advogado E A Moral*, Coimbra: Arménio Amado, Editor, 1963, p. 1, ss.

(31) É a função típica da regra excecional, tal como a vê ROLANDO QUADRI: *Applicazione della legge in generale*, Bolonha: Zanichelli, 1974, p. 310.

procedimento endoprocédimental de concessão de escusa no quadro do procedimento administrativo de proteção jurídica na modalidade de apoio judiciário, a intervenção de advogados no desempenho de um cargo na Ordem dos Advogados desencadeia o segredo profissional imposto pela alínea *b*) do n.º 1 do art. 92.º, EOA. Ao incidir sobre esta, mas não sobre as muitas outras competências do Conselho Geral, esta regra passa, no campo restrito da concessão da escusa e na comunicação dos factos conhecidos através da apreciação do respetivo pedido, a estabelecer um regime oposto ao regime-regra do art. 83.º, CPA, diretamente determinado por razões indissolúvelmente ligadas aos interesses tutelados pelo segredo profissional dos advogados⁽³²⁾. Na maioria dos casos, o segredo profissional dos advogados, incluindo o dos advogados titulares de órgãos da Ordem dos Advogados, cobre situações alheias ao instituto do procedimento administrativo. Mas, quando venha a suceder uma interseção entre os dois institutos, então o regime do segredo profissional constitui um *aliud* quanto ao regime geral do procedimento, excluindo a disciplina que deste emana⁽³³⁾.

Dir-se-á, portanto, que, na medida em que se trate de comunicação, pelo Conselho Geral da Ordem dos Advogados, dos motivos do pedido de escusa do patrono nomeado em procedimento administrativo de proteção jurídica sob a modalidade de apoio judiciário, a norma sobre dever de segredo profissional do art. 92.º, n.º 1, alínea *b*), do EOA, estabelece uma exceção ao princípio do conhecimento profissional tal como servido pelo art. 83.º, CPA.

Ao provir de diploma de idêntico valor hierárquico, a norma excecional prevalece. E não há aí qualquer inconstitucionalidade uma vez que, como adiante se verá, o segredo profissional dos advogados constitui um valor constitucionalmente protegido.

20. Revestindo a natureza de dever inerente à condição de advogado, o segredo profissional constitui também um direito deste quando haja que resistir a pretensões em sentido contrário. E, para além do sempre presente interesse de se manter fiel a uma orientação básica que norteia o exercício da sua profissão, pode também, por vezes, subjazer ao segredo profissional um interesse específico resultante de circunstâncias próprias da pessoa do advogado.

O segredo profissional do advogado não corresponde apenas à tutela de interesses do patrocinado ou cliente. Embora residindo principalmente

⁽³²⁾ Cf. BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Coimbra: Almedina, pp. 94-95.

⁽³³⁾ Cf. ROLANDO QUADRI, *ob. cit.*, p. 307.

numa relação de confiança entre ambos, podem referenciar-se, por ordem decrescente de importância, *três interesses tutelados pelo segredo profissional*: o do cliente, o da boa administração da justiça e o do profissional⁽³⁴⁾.

No tocante, sobretudo, à segunda destas vertentes finalísticas, o segredo profissional do advogado avulta como um *princípio de ordem pública*, funcionalmente indispensável ao papel da administração da justiça na promoção do Estado de Direito. Nos termos do art. 208.º da Constituição, “A lei assegura aos advogados as imunidades necessárias ao exercício do mandato e regula o patrocínio forense como elemento essencial da administração da justiça”. Este preceito condensa um eco funcional do direito fundamental à consulta jurídica, ao patrocínio judiciário e ao acompanhamento por advogado perante qualquer autoridade, reconhecido pelo art. 20.º, n.º 2, da Constituição⁽³⁵⁾.

O art. 208.º da Constituição reconhece, pois, que a advocacia desempenha uma importante “função social” de intervenção e colaboração na prossecução do interesse público subjacente ao serviço público da justiça⁽³⁶⁾. Quando este preceito determina que a lei assegure aos advogados as *imunidades necessárias* ao exercício do mandato, fá-lo sem dúvida por força do papel que reconhece ao patrocínio forense como elemento essencial à administração da justiça.

Entre estas *imunidades necessárias*, avulta inquestionavelmente o *segredo profissional*, assegurado, no respetivo art. 92.º, pela Lei n.º 145/2015, de 9 de setembro, que aprova o Estatuto da Ordem dos Advogados. A Lei n.º 62/2013, de 26 de agosto — Lei da Organização do Sistema Judiciário — qualifica expressamente, no seu art. 13.º, n.ºs 1 e 2, alínea *a*), o *direito* à proteção do segredo profissional como uma das imunidades necessárias ao exercício da advocacia como elemento indispensável à administração da justiça.

Fica, pois, amplamente evidenciado que o *segredo profissional do advogado* é reconhecido pelo nosso sistema jurídico, sem prejuízo do seu papel de tutela do interesse do patrocinado, como *instrumento de tutela do interesse público da boa administração da justiça*. E, como incontornável

(34) Cf. VASCONCELOS ABREU, *O segredo do advogado no direito profissional: alguns aspetos*, in: CARLA AMADO GOMES/ANA F. NEVES/PEDRO LOMBA (Coords.), *Os Segredos No Direito*, Lisboa: AAFDL, 2019, pp. 224-225.

(35) Cf. JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, III, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, pp. 98-99.

(36) Cf. ROGÉRIO EHRHARDT SOARES, *A Ordem dos Advogados — Uma Corporação Pública*, in: RLJ, ano 124.º, 1991, p. 230.

imunidade necessária ao exercício do mandato, entre as que prevê o art. 208.º da Constituição, é um *valor constitucionalmente protegido*.

21. Mesmo em sistemas constitucionais como o francês, menos dados à fundamentalização de valores de carácter extra-orgânico, a razão de ser do instituto do segredo profissional do advogado é reconhecida como de fonte supra-contratual, revestida de uma imperatividade que se não encontra na disponibilidade dos participantes nas relações jurídicas inerentes.

Já em 1963, MAURICE GARÇON, célebre advogado membro da Academia Francesa⁽³⁷⁾, se pronunciava nos seguintes termos:

“O fundamento jurídico do princípio que obriga ao segredo tem sido objeto de largas discussões. Sustentaram alguns que resultava de um laço contratual, mas parece tratar-se apenas de uma obrigação de interesse social”.

“... a obrigação de guardar segredo deve ser total, absoluta; impõe-na a ordem pública sem condição nem reserva”⁽³⁸⁾.

Na atualidade, não se alterou, em França, a perspetiva do segredo profissional do advogado predominantemente radicado no interesse público do papel destes profissionais como elemento essencial à boa administração da justiça. Numa obra dos finais do Século XX, reportando-se ao que chama “a dupla natureza do segredo profissional, escreve o Autor que este ...

“... constitui, de um lado, uma salvaguarda de interesses privados sob a forma do respeito da confidência; por outro lado, ele é um *princípio de ordem pública* indispensável à existência de uma sociedade liberal. Segundo a sua primeira natureza, faz pesar sobre o advogado uma obrigação de manter o silêncio sob pena de sanção criminal; à luz da sua segunda natureza, concede ao advogado o *privilégio do silêncio* em face das autoridades públicas judiciárias ou administrativas” (nossos sublinhados)⁽³⁹⁾.

22. Em acórdãos proferidos em segunda instância do Contencioso Administrativo, têm os TCAs desconsiderado a invocação de segredo profissional incidindo sobre os membros do Conselho Geral da Ordem dos

⁽³⁷⁾ MAURICE GARÇON proferiu, em 1949, em Lisboa, na sede da Ordem dos Advogados, uma conferência “a todos os títulos notável”. Cf. MADEIRA PINTO, no prefácio de *O Advogado E A Moral*, cit., p. VIII.

⁽³⁸⁾ Cf. MAURICE GARÇON, *O Advogado E A Moral*, cit., pp. 91-92.

⁽³⁹⁾ Cf. RAYMOND MARTIN, *Deontologie De L'Avocat*, Paris: LITEC, 1995, p. 278.

Advogados quanto à motivação do pedido de escusa pelo patrono inicialmente nomeado para efeito de apoio judiciário com o argumento de que, sendo o beneficiário do apoio judiciário a pedir a respetiva certidão, não se levanta a razão de ser do segredo.

Assim sucede, por exemplo, num Acórdão proferido pelo Tribunal Central Administrativo Sul, em 22 de junho de 2016, pelo qual foi a Ordem dos Advogados intimada a emitir certidão.

Este aresto merece a nossa respeitosa discordância a vários títulos.

Não distingue, antes pelo contrário, os casos em que a escusa dá lugar automaticamente à nomeação de novo patrono (e é a esses que nos temos vindo a referir) daqueles outros em que, porque a escusa se funda na inexistência de fundamento legal da pretensão, dá lugar à recusa de nova nomeação.

Por outro lado, o Acórdão ignora por completo a problemática da relação regra geral/regra excecional entre o art. 83.º CPA e o preceito do EOA que sujeita os advogados ao segredo profissional sobre factos de que tivessem tido conhecimento em virtude de cargo desempenhado na Ordem.

Mas um outro tópico argumentativo do aresto em causa e aquele que agora nos interessa era aquele que consistia em desconsiderar o dever de segredo profissional quando fosse o próprio patrocinado a pretender a revelação dos factos. Podem, com efeito, ler-se passagens como as seguintes:

“Assim, à partida, tendo em conta que no pedido de escusa o patrono nomeado tem de alegar os “motivos” do mesmo ..., não custa admitir que o beneficiário dessa nomeação, agora posta em causa, tenha interesse pessoal e direto em saber os “motivos” por que o “seu” advogado pretende deixar de o ser”.

“Como resulta do texto da norma legal, o dever-direito deste segredo profissional é fixado essencialmente como correlativo deontológico da relação de confiança que se estabelece entre o advogado e o respetivo cliente, relação que não pode ser desmerecida pelo proparlar de facto narrados ou passados entre ambos.

E por isso mesmo, é normalmente em favor do cliente que o princípio do segredo é previsto, sendo verdade, no entanto, que a confiança que o advogado merece ao exercer a profissão conduz a que o mesmo dever de sigilo seja extensivo às suas relações profissionais com outrem que não o cliente”.

Embora se não trate de um raciocínio argumentativo impregnado por uma lógica rigorosamente dedutiva, parece suficientemente clara a ideia determinante de que não merece respeito o segredo profissional que incide sobre os membros do Conselho Geral quanto aos motivos alegados pelo colega requerente de escusa em virtude de ser o próprio patrocinado, ou

seja, o titular do interesse que o segredo profissional visa proteger, a pretender que ele seja levantado.

O mesmo sucede com um Acórdão proferido, em 11 de janeiro de 2019, pelo Tribunal Central Administrativo Norte, que praticamente reproduz a argumentação do aresto anteriormente referido, sendo que ambos eles se apoiam no Acórdão do STA, de 1.02.2017, Proc. 0991/16, que decidiu caso semelhante.

No aresto do TCA Norte, pode ler-se o seguinte:

“De todo o modo, neste caso, nem o sigilo é invocado pela advogada em causa, nem o pedido de certidão é feito por terceiro, mas precisamente por aquele que é o diretamente protegido pelo sigilo profissional”.

“Assim, e objetivamente, o pedido de escusa da patrona oficiosa, dirigida à AO, não cai sob a alçada do sigilo profissional, sendo certo que, no caso concreto, a AO não justifica que seja de forma diferente. Mesmo que o fosse sempre seria o próprio favorecido pelo segredo a pô-lo em causa”.

Com o devido respeito, afigura-se-nos que esta argumentação mereceria ser repensada a dois níveis.

Desde logo, não interessa que a advogada requerente de escusa tenha invocado o sigilo ou deixado de o invocar: o dever de sigilo em causa não é daqueles que incidam sobre o patrono, mas, sim sobre os advogados membros de um órgão da Ordem.

E, por outro lado, é irrelevante que o patrocinado pretenda a inobservância do sigilo porque a regra geral é a de que, visto que o sigilo profissional não existe apenas para tutelar um interesse do patrocinado, mas também o interesse público deste tipo de imunidade assegurada aos advogados porque necessária ao papel da advocacia como elemento essencial à administração da justiça (CRP, art. 208.º), *não assiste ao patrocinado a faculdade de desligar os advogados da obrigação de segredo profissional*.

23. O entendimento — subjacente quando não expresso em acórdãos como os mencionados — vai contra a prática unanimidade da doutrina. Desde sempre esta tem considerado que *o cliente ou patrocinado não tem a disponibilidade do segredo profissional dos advogados*.

Escreve ANTÓNIO JOSÉ DE LIMA, depois de analisar o n.º 1 do art. 754.º do Estatuto Judiciário de 1928⁽⁴⁰⁾:

“Em face do disposto neste parágrafo e do que dispõe o n.º 1 do art. 754.º, pode dizer-se que o advogado é obrigado a guardar segredo dos factos revelados pelo

(40) Aprovado pelo Decreto n.º 15344, de 12 de abril de 1928.

cliente, por sua ordem ou comissão, desde que estes se refiram a assunto em que se ocupe por virtude da sua profissão, sempre que tenham uma relação direta, imediata, com o assunto profissional”.

E, um pouco mais adiante, interroga-se:

“Poderá o cliente autorizar o advogado a revelar os factos confiados que o obrigam a segredo profissional?”

E, referindo os 3.º e 4.º do art. 754.º do Estatuto Judiciário vigente, opina:

“Parece-nos que nem daquele nem deste parágrafo se pode concluir que o cliente possa desligar, ou melhor, tenha o direito de desligar o advogado da obrigação do segredo profissional”.

Firmando-se na letra daqueles preceitos, ANTÓNIO JOSÉ DE LIMA adianta que, para que tal direito tivesse sido concedido ao cliente, a regra, ao prever que a obrigação do segredo cessa quando a sua revelação seja absolutamente necessária para a defesa da dignidade, direitos e interesses legítimos do advogado, deveria (contra o que sucedia) ter acrescentado:

“... ou quando devidamente autorizado pelo cliente”⁽⁴¹⁾.

Na atualidade, a mesma solução é defendida por VASCONCELOS ABREU:

“Sucede que, diferentemente do que se passa com outros segredos profissionais, o cliente não é aqui *senhor* do segredo, no sentido de dele poder dispor livremente. Ou seja, o cliente não pode sozinho desvincular o seu advogado do cumprimento do respetivo dever de sigilo profissional, embora possa, na prática, tornar pública a informação coberta por tal dever.

Tradicionalmente, dá-se igual importância, nesta sede, à vertente sistémica, da confiança da sociedade na discrição e reserva do advogado, sem a qual não é possível assegurar a boa administração da justiça. O segredo do advogado não releva apenas no caso individual, mas sim para a classe no seu conjunto e, em geral, para toda a comunidade, associado ao interesse público que existe na profissão”⁽⁴²⁾.

Também, na doutrina estrangeira, é possível encontrar a defesa da mesma orientação. Numa obra datada de 1995, RAYMOND MARTIN, depois de lembrar que o segredo profissional do advogado não tem por único fim a proteção dos interesses privados do cliente, tendo também um fundamento

(41) Cf. ANTÓNIO JOSÉ DE LIMA, *Do Segredo Profissional — Ensaio*, Lisboa: Livraria Sá da Costa, 1939, pp. 99-102.

(42) Cf. VASCONCELOS ABREU, *O segredo do advogado no direito profissional: alguns aspetos*, *cit.*, p. 223.

de ordem pública, acrescenta que, se a lei incrimina e pune a respetiva violação, é porque o interesse geral impõe a observância deste segredo. O bom funcionamento da sociedade pressupõe que as confidências feitas a um médico, um advogado ou um sacerdote se encontrem vinculadas a um segredo desprovido de condições ou reserva. Sem isso, ninguém ousaria informar estes operadores sociais de factos carecidos de reserva. “E a primeira consequência disso é a de que o depositário da confidência não pode ser desligado do segredo por quem lha tenha feito”⁽⁴³⁾.

24. Cumpre ainda acrescentar três sucintas observações às considerações que antecedem. Respeita a primeira à peculiaridade inerente à circunstância de se não tratar do segredo profissional do patrono no quadro da relação de patrocínio com o beneficiário do segredo profissional e antes, no quadro do art. 92.º, n.º 1, alínea b), do EOA, de *um dever institucional dos titulares dos órgãos da Ordem dos Advogados* quanto aos factos de que tenham tido conhecimento em virtude do cargo desempenhado.

Esta modalidade de segredo profissional não é fruto de uma orientação que haja sido perfilhada pelo legislador português em tempos recentes. Pelo contrário, ela era já acolhida pelo *Estatuto Judiciário* aprovado pelo *Decreto-Lei n.º 33577, de 23 de fevereiro de 1944*. Nos termos do n.º 2 do §1.º do respetivo art. 555.º, o segredo profissional do advogado respeita

“A factos que, por virtude de cargo desempenhado na Ordem, qualquer colega, obrigado, quanto aos mesmos factos, ao segredo profissional, lhe tenha comunicado”.

A modalidade de segredo profissional acolhida, hoje, no art. 92.º, n.º 1, alínea b), do Estatuto da Ordem dos Advogados corresponde, portanto, a um objetivo prosseguido na Ordem Jurídica portuguesa há pelo menos três quartos de século. Esta preocupação de fazer incidir o segredo profissional sobre a comunicação aos órgãos da Ordem de matéria sujeita ao segredo do advogado que dela dá conhecimento introduz uma *fonte institucional* no fundamento do dever de segredo. Um tal dever de segredo é *objetivo* e integra o regime da participação de advogados nesta associação pública, uma participação que corresponde a um imperativo constitucional (CRP, art. 267.º, n.º 4, *in fine*). *Não faria, portanto, qualquer sentido que uma iniciativa de um patrocinado pudesse desligar os titulares de cargos na Ordem de um dever de natureza institucional, que se prende com o dever da Ordem de colaborar na administração da justiça* [EOA, art. 3.º, alínea a)].

(43) Cf. RAYMOND MARTIN, *Déontologie de l'Avocat*, ob. cit., pp. 282-283.

25. Uma segunda observação respeita à excessiva (a nosso ver) atribuição — em arestos como os referidos — à circunstância de o subprocedimento de escusa se intercalar num procedimento administrativo, visto ser essa a natureza do procedimento de proteção jurídica na modalidade de apoio judiciário, para daí extrair a conclusão de irrestrita aplicabilidade do direito à informação procedimental através dos instrumentos previstos no art. 83.º CPA. Salvo o devido respeito, incorre-se desse modo numa sucessão de saltos lógicos no raciocínio dedutivo.

Em primeiro lugar, a *circunstância de se desenvolver um procedimento administrativo não dá necessariamente lugar à aplicação do art. 83.º CPA*, designadamente segundo as modalidades informativas do respetivo n.º 3. Esta regra admite limites (e não há direitos fundamentais que não sofram restrições) quando restringe a sua aplicação aos processos a que os interessados tenham acesso.

Em segundo lugar, haveria que demonstrar (e, para nós, é indemonstrável) que a *alínea b) do n.º 1 do art. 92.º, EOA*, não tem a natureza de *regra (incidentalmente) excecional* em relação ao art. 83.º, CPA.

E, em terceiro lugar, pareceria aconselhável não esquecer que, quando advogados titulares de cargos na Ordem dos Advogados intervêm nessa qualidade num procedimento administrativo, nem por isso deixam de ser advogados sujeitos à respetiva deontologia profissional. A circunstância de eles intervirem no procedimento deve-se precisamente à sua qualidade de advogados titulares de órgãos de uma associação pública de auto-regulação do exercício da advocacia.

É muito mais frequente a participação de médicos, enquanto tais, do que a de advogados, enquanto tais, no exercício das atividades próprias da função administrativa. É, assim, natural que seja num texto normativo proveniente da *Ordem dos Médicos — o Regulamento n.º 707/2016, publicado no DR, 2.ª Série, n.º 139 — 21 de julho de 2016* — que seja expressamente tratado o problema da aplicabilidade da disciplina deontológica sob a égide da Ordem, mesmo em tais casos. Importa, pois, e muito, que o respetivo art. 31.º, n.º 1, disponha nos seguintes termos:

“1 — Os médicos que trabalhem em unidades de saúde estão obrigados, singular e coletivamente, a guardar segredo médico quanto às informações que constem do processo individual do doente”.

26. Faremos ainda uma terceira e sucinta observação ao terceiro fundamento da essência do segredo profissional dos advogados: referimos oportunamente que este instituto se destina à tutela de três tipos de interesse: o interesse privado do patrocinado, o interesse público das imunida-

des necessárias ao exercício do mandato e o interesse do advogado mandatário e do advogado que intervém no desempenho de cargos da Ordem dos Advogados sobre matéria coberta por segredo profissional.

Como escreve VASCONCELOS ABREU, “O segredo profissional é não apenas um dever do advogado, como também um seu direito. O advogado não pode revelar informações sobre o seu mandante e o conteúdo do mandato que o mesmo lhe conferir. Mas também lhe assiste o direito de o não fazer. Estamos perante um elemento fulcral para assegurar uma advocacia independente e, por essa via, garantir o Estado de Direito”.

E como este Autor mais adiante acrescenta, “A posição do próprio advogado carece de ser juridicamente tutelada, sob pena de o dever de segredo não lhe poder ser imposto”⁽⁴⁴⁾.

Quando se ignora o segredo profissional dos advogados em benefício de uma aplicação irrestrita do direito de informação procedimental, quando se não reconhece à regra do art. 92.º, n.º 1, alínea *b*), o caráter de regra incidentalmente excecional relativamente ao art. 83.º, n.ºs 1 e 3, CPA, atenta-se não apenas contra o princípio do segredo profissional dos advogados mas contra *um direito dos advogados* abrangidos ao segredo profissional.

E atenta-se mediatamente contra o direito ao segredo profissional do patrono que pediu escusa, o qual deveria encontrar-se protegido pelo dever de segredo profissional dos advogados titulares do Conselho Geral da Ordem dos Advogados.

27. Uma última questão é aquela que respeita à diferenciação de tratamento, em matéria de informação procedimental e de direito à informação administrativa em sentido mais amplo, entre as situações do beneficiário de apoio judiciário perante uma concessão de escusa ao patrono anteriormente nomeado, seguida de imediata nomeação e designação de outro patrono e a concessão de escusa motivada pela inexistência de fundamento legal da pretensão, seguida de recusa de nova nomeação com o mesmo fim (Lei n.º 34/2004, art. 34.º, n.ºs 1, 2, 4, 5 e 6). Temos repetidamente vindo a advertir que, neste segundo caso, o destinatário da recusa de nova nomeação de patrono para o mesmo fim tem direito à *notificação* da decisão negativa (Constituição, art. 268.º, n.º 1, *in fine*; CPA, art. 114.º, n.ºs 1 e 2), incluindo a respetiva *fundamentação* (Constituição, art. 268.º, n.º 3; CPA, arts. 114.º, n.º 2, alínea *a*), 152.º e 153.º). Trata-se não só do

(44) Cf. *O segredo do advogado no direito profissional: alguns aspetos, cit.*, p. 220.

direito à informação administrativa mas de condições de efetividade da tutela jurisdicional constitucionalmente garantida.

Numa situação como esta, o ato administrativo negativo revestirá a modalidade de *cancelamento da proteção jurídica* pelo órgão competente da Segurança Social a requerimento da Ordem dos Advogados. Mas é óbvio que terá de ser o Conselho Geral desta a comunicar à segurança social, em termos de fundamentação, as razões pelas quais inexistente fundamento legal para a pretensão do requerente de apoio judiciário.

Perante a possibilidade de cancelamento, este gozará de direito de audiência (LAD, art. 10.º, n.º 4). E, se houver decisão de cancelamento, esta, fundamentada com os mesmos motivos, será impugnável nos termos gerais e, também, segundo estatuição do art. 12.º da LAD.

Poderá então, eventualmente, ser-nos perguntado se, ao comunicar os alegados motivos da inexistência de fundamento legal da pretensão o Conselho Geral da Ordem dos Advogados não estará a atentar contra o segredo profissional ao qual pretende ater-se em caso de concessão de escusa seguida de nova nomeação de patrono.

A nossa resposta é a de que se trata de duas situações perfeitamente distintas. O requerimento fundamentado de cancelamento da proteção jurídica enuncia um juízo de direito objetivo quanto à verificação de inviabilidade da pretensão do beneficiário por inexistência de fundamento legal. Tratar-se-á, aí, da apreciação objetiva de uma situação jurídica, por natureza passível de conhecimento por parte do órgão competente para o efeito de saber se se verifica um requisito legal da concessão da proteção jurídica na modalidade de apoio judiciário.

Concluindo

- 1.^a A Constituição (CRP) consagra o direito à informação procedimental como uma posição jusfundamental ativa que, a par desta face subjetiva, possui a face objetiva de um princípio;
- 2.^a Os arts. 82.º, ss., do Código do Procedimento Administrativo (CPA) definem o conteúdo, os titulares e as prestações típicas através das quais a Administração pode satisfazer o direito dos interessados à informação;
- 3.^a Ao contrário do que sucede com o direito de informação sobre o desenrolar da sequência procedimental, o direito de acesso aos

documentos contidos no processo administrativo está sujeito, por lei, a limitações;

- 4.^a Designadamente o n.º 3 do art. 83.º do CPA determina que os interessados têm o direito de obter certidão, reprodução ou declaração autenticada dos documentos que constem dos processos, mas desde que se trate “*dos processos a que tenham acesso*”;
- 5.^a Os arts. 82.º a 84.º do CPA atribuem o direito à informação procedimental aos “*interessados*”, mas não definem esse conceito, cuja densificação tem de ser buscada na leitura dos arts. 67.º e 68.º;
- 6.^a Os “*interessados*” são, na linguagem do Código, aqueles que têm legitimidade para iniciar o procedimento administrativo ou para nele intervir;
- 7.^a E, nos termos do art. 68.º, esta legitimidade depende da titularidade de direitos subjetivos, interesses legalmente protegidos ou interesses difusos respeitantes a bens fundamentais;
- 8.^a Os requerentes de apoio judiciário na modalidade de nomeação de patrono não devem ser considerados como *sujeitos ativos* da relação jurídica procedimental que se estabelece entre a Ordem dos Advogados e esse patrono tendo em vista desencadear e regular a colaboração deste no sistema de acesso ao direito e aos tribunais;
- 9.^a Tais requerentes são sujeitos ativos da relação procedimental que tem por objeto a apreciação relativa aos fundamentos para a concessão de proteção jurídica no âmbito do sistema de acesso ao direito e aos tribunais;
- 10.^a E a outra parte da mesma relação são os serviços da Segurança Social competentes para decidir sobre a concessão ou recusa da proteção;
- 11.^a Quando a proteção jurídica requerida e concedida seja a de apoio judiciário na modalidade de nomeação e pagamento de compensação de patrono, desencadeia-se no âmbito da correspondente relação jurídica procedimental, como *sub-procedimento* ou *procedimento endoprocedimental*, uma sequência ordenada de atos e formalidades que tem em vista a *designação do patrono* que irá assegurar, em tribunal, a defesa dos direitos do beneficiário de apoio judiciário;
- 12.^a Esta *relação jurídica endoprocedimental* tem como *sujeitos ativos e diretos* a Ordem dos Advogados e um dos advogados que

- tenham escolhido colaborar no âmbito do sistema de acesso ao direito, na medida em que os efeitos jurídicos que dela decorrem se projetam apenas (pelo menos diretamente) sobre tais sujeitos;
- 13.^a Os requerentes do apoio judiciário podem no entanto ser qualificados como *interessados* nessa relação para efeito do acesso à informação procedimental;
 - 14.^a Para efeito do acesso a documentos respeitantes ao *sub-procedimento administrativo* (ou *procedimento endoprocedimental*) de *escusa*, que eventualmente integre o procedimento administrativo de designação de patrono, haverá que distinguir entre (i) as situações em que a escusa se funda na *inexistência de fundamento legal da pretensão* que o requerente pretende ver acautelada judicialmente — caso em que, na sequência da escusa, a Ordem dos Advogados pode recusar nova nomeação de patrono e requerer aos serviços de segurança social o cancelamento da proteção jurídica e (ii) as hipóteses em que a escusa se funda noutras *circunstâncias impeditiva ou causadoras de grave dificuldade de exercício do patrocínio no caso concreto pelo patrono designado*, caso em que a concessão de escusa é imediatamente seguida de nomeação de novo patrono;
 - 15.^a No primeiro caso, a não nomeação de novo patrono pela Ordem dos Advogados é suscetível de impossibilitar o exercício pelo requerente do apoio judiciário do direito de acesso ao direito e aos tribunais, ao qual a Constituição atribui um estatuto jusfundamental (art. 20.º, n.º 1), e que a Lei n.º 34/2004 visa concretizar;
 - 16.^a Neste quadro, tem de se entender que o requerente de apoio judiciário fica investido num *direito subjetivo* a participar no procedimento de nomeação, sendo-lhe devida audiência sobre a decisão de recusa de nomeação de novo patrono e consequente recusa de proteção jurídica (art. 23.º da Lei n.º 34/2004) e podendo posteriormente impugnar tal decisão (art. 27.º do mesmo diploma);
 - 17.^a Quando, concedendo a escusa, a Ordem dos Advogados procede imediatamente à nomeação de novo patrono, não é posta em causa a possibilidade de o requerente beneficiar de apoio judiciário, não se tratando, pois, de situação merecedora de proteção constitucional;

- 18.^a Neste caso, existirá, quando muito, a compressão de um *interesse legalmente protegido*, decorrente do art. 100.º, n.º 1, alínea e) do EOA, quando contempla o dever do advogado de “*não cessar, sem motivo justificado, o patrocínio das questões que lhe estão cometidas*”;
- 19.^a Este dever do advogado em qualquer mandato forense visa primordialmente acautelar o interesse público profissional da tutela da lealdade e confiança enquanto pedras basilares das relações advogado-cliente;
- 20.^a Mas existe de todo o modo um *interesse legalmente protegido* na continuidade do patrocínio que torna o requerente de apoio judiciário um *interessado* para efeitos do acesso à informação procedimental relativamente a uma eventual escusa;
- 21.^a Mas a conclusão anterior não permite concluir que os requerentes de apoio judiciário possam, em qualquer circunstância, aceder aos documentos relativos ao pedido de escusa formulado pelo patrono nomeado e assim é porquanto *o direito à informação procedimental não é um direito absoluto*;
- 22.^a O valor da transparência não é — como muitos outros bens constitucionais — um valor absoluto e único: ele pertence a um sistema e entra em colisão com outros valores constitucionais, que podem justificar que ele seja condicionado, comprimido e, até, excluído no quadro de uma ponderação entre bens constitucionais e os princípios que os consagram;
- 23.^a O n.º 1 do art. 83.º do CPA prevê desde logo *exceções ao regime-regra*, do acesso à informação procedimental, constituídas pelo estabelecimento legal de *segredos* fundados na tutela de bens constitucionalmente relevantes;
- 24.^a Mas essas exceções não esgotam o *direito excecional em matéria de acesso à informação procedimental*;
- 25.^a É, ainda no quadro do mesmo art. 83.º do CPA, o n.º 3 a especificar que o direito de obter certidão, reprodução ou declaração autenticada de documentos só abrange os *documentos que constem dos processos a que os interessados tenham acesso*;
- 26.^a É da interpretação deste segmento normativo e da sua conjugação sistémica com outras normas do ordenamento jurídico, entre as quais o art. 92.º, n.º 1, alínea b), do EOA, que resulta a res-

posta a questão suscitada na Consulta, uma vez que aquele preceito prescreve a obrigação de guardar *segredo* relativamente a “*factos de que [o advogado] tenha tido conhecimento em virtude de cargo desempenhado na Ordem dos Advogados*”;

- 27.^a Nem a expressão “processos a que tenham acesso” usada no n.º 3 do art. 83.º, CPA, materializa uma remissão exclusivamente dirigida aos tipos de inibições identificados no n.º 1, nem a existência de outras exceções ao direito de acesso à informação procedimental através da obtenção de certidão, reprodução ou declaração autenticada dos documentos que constem dos processos, depende de uma previsão específica neste artigo do CPA;
- 28.^a Pelo contrário, outras exceções podem surgir, veiculadas por outros diplomas dotados de eficácia normativa idêntica à do CPA;
- 29.^a E o art. 92.º, n.º 1, alínea *b*), do EOA adquire precisamente a natureza de *regra excepcional* em relação à regra geral do art. 83.º do CPA quando, perante um campo de incidência procedimental, entra em colisão com esta última;
- 30.^a O EOA tem força normativa idêntica à do CPA, nada impedindo que contenha regras excecionais em relação a regras do CPA;
- 31.^a E, se as restrições introduzidas ao direito fundamental à informação procedimental pelos n.ºs 1 e 3 do art. 83.º do CPA são válidas, não se encontra razão para partir do princípio de que quaisquer outras restrições seriam inválidas;
- 32.^a Não restam dúvidas que, no seu âmbito de aplicação incidental ao procedimento administrativo de proteção jurídica na modalidade de apoio judiciário, a alínea *b*) do n.º 1 do art. 92.º do EOA se reveste de excecionalidade quanto às regras do art. 83.º do CPA;
- 33.^a Com efeito, no tocante à certificação do requerimento de escusa dirigido ao Conselho Geral da Ordem dos Advogados pelo patrono nomeado, os operadores deontológicos de ambas as regras são contrários: imposição de certificação/proibição de certificação pelos advogados suportes do órgão Conselho Geral da Ordem dos Advogados;
- 34.^a A proibição — através da sujeição a segredo profissional — de comunicação de factos de que os advogados tenham tido conhecimento em virtude do cargo desempenhado na ordem dos Advoca-

- gados incide, no que respeita ao requerimento de escusa apresentado pelo patrono nomeado, sobre os membros do Conselho Geral desta associação pública, por ser a este Órgão que cabem as competências de proceder à nomeação e substituição de patrono e de recusar a nova nomeação decorrente da inviabilidade da ação ou da falta de colaboração do beneficiário de apoio judiciário, nos termos do art. 1.º, n.º 2, alínea a) e alínea c), do *Regulamento de Organização e Funcionamento do Sistema de Acesso ao Direito e aos Tribunais na Ordem dos Advogados*;
- 35.^a O assento do instituto do segredo profissional dos advogados é o Direito da deontologia profissional;
- 36.^a Na maioria dos casos, o segredo profissional dos advogados, incluindo o dos advogados titulares de órgãos da Ordem dos Advogados, cobre situações alheias ao instituto do procedimento administrativo; mas, quando venha a suceder uma intersecção entre os dois institutos, então o regime do segredo profissional constitui um *aliud* quanto ao regime geral do procedimento, excluindo a disciplina que deste emana;
- 37.^a Ao provir de diploma de idêntico valor hierárquico, a norma excepcional prevalece, não havendo aí qualquer inconstitucionalidade uma vez que o segredo profissional dos advogados também é um valor constitucionalmente protegido;
- 38.^a São de três essências os interesses tutelados pelo segredo profissional dos advogados: o interesse do patrocinado, na maioria dos casos, cliente; o interesse da boa administração da justiça; e o interesse do profissional;
- 39.^a No tocante, sobretudo, à segunda daquelas vertentes finalísticas, o segredo profissional do advogado mostra-se funcionalmente indispensável ao papel da administração da justiça na promoção do Estado de Direito;
- 40.^a Isso mesmo resulta do art. 208.º da Constituição, quando determina que a lei assegure aos advogados as *imunidades* necessárias ao exercício do mandato, ao mesmo tempo que regule o patrocínio forense como elemento essencial da administração da justiça;
- 41.^a Entre estas *imunidades necessárias*, avulta inquestionavelmente o *segredo profissional*, assegurado pelo art. 92.º do EOA aprovado pela Lei n.º 145/2015, de 9 de setembro;

- 42.^a De resto, a *Lei da Organização do Sistema Judiciário* (Lei n.º 62/2013, de 26 de agosto) qualifica expressamente, no seu art. 13.º, n.ºs 1 e 2, alínea *a*), o *direito à proteção do segredo profissional* como uma das imunidades necessárias ao exercício da advocacia como elemento indispensável à administração da justiça;
- 43.^a Não restam, pois, dúvidas de que o nosso sistema jurídico reconhece o papel de tutela do interesse público da boa administração da justiça desempenhado pelo segredo profissional do advogado;
- 44.^a E, constituindo uma das imunidades necessárias ao exercício do mandato a que se refere o art. 208.º da Constituição, o segredo profissional do advogado é *um valor constitucionalmente protegido*;
- 45.^a É tudo menos exato que o pedido de escusa, dirigido pelo patrono nomeado ao Conselho Geral da Ordem dos Advogados não caia “sob a alçada do sigilo profissional” visto ser o requerente da certificação o patrocinado, não se levantando por isso a necessidade da proteção de um interesse deste à confidencialidade;
- 46.^a Na realidade, o segredo profissional do advogado existe também para defesa do interesse público à boa administração da justiça e, por vezes, para defesa do interesse do próprio advogado;
- 47.^a É importante não esquecer que, nos casos de intimação judicial para a passagem, pela Ordem dos Advogados, de certidão do pedido de escusa, não se trata (pelo menos diretamente) do dever de sigilo do patrono perante o patrocinado, mas do dever de sigilo dos membros do Conselho Geral da Ordem quanto a informações que lhes são prestadas por colegas por virtude do exercício dos seus cargos;
- 48.^a E, perante o seu fim de tutela do interesse público da boa administração da justiça, o segredo profissional dos membros do órgão da Ordem não se encontra na disponibilidade do patrocinado;
- 49.^a Sempre, aliás, se tem considerado, em Portugal como em outros países de sistema jurídico afim, que o cliente ou patrocinado não tem a disponibilidade do segredo profissional dos advogados;

- 50.^a Por outro lado, o segredo profissional que vincula os titulares de órgãos da Ordem dos Advogados quanto a factos que lhes são comunicados por colegas em virtude do desempenho dos respetivos cargos é uma regra de inspiração institucional acolhida há mais de setenta anos na Ordem Jurídica portuguesa, que merece respeito por parte dos tribunais;
- 51.^a E quando advogados titulares de cargos na Ordem dos Advogados intervêm nessa qualidade num procedimento administrativo, nem por isso deixam de ser advogados sujeitos à respetiva deontologia profissional;
- 52.^a O segredo profissional não constitui apenas um dever do advogado, mas também um seu direito;
- 53.^a Em caso de escusa seguida de proposta, pela Ordem dos Advogados, aos serviços competentes da Segurança Social, de cancelamento da proteção jurídica em virtude de inexistência de fundamento legal da pretensão, o ato administrativo desfavorável será praticado pelo órgão competente da Segurança Social;
- 54.^a Em tal eventualidade, o texto integral do ato administrativo deverá ser notificado ao destinatário, incluindo a respetiva fundamentação;
- 55.^a Mas o respeito das garantias do interessado não envolverá qualquer ofensa do segredo profissional, visto que a proposta fundamentada de cancelamento proveniente do Conselho Geral da Ordem dos Advogados terá a natureza de uma deliberação, como tantas outras, do órgão colegial.

Tudo salvo melhor opinião.

Lisboa, 20 de dezembro de 2019

A CRIAÇÃO DO ESTATUTO DO CUIDADOR INFORMAL

Por Luís Cardoso Rocha()*

SUMÁRIO:

I. Função social. **II.** Enquadramento legislativo. **III.** Tipos de cuidador informal e seu reconhecimento. **IV.** Direitos e deveres de um cuidador informal. **V.** Medidas de apoio, subsídio de apoio e proteção social do cuidador informal. **VI.** Pessoa cuidada. Direitos e deveres. **VII.** Breve conclusão.

I. Função social

O Estatuto do Cuidador Informal (ECI) viu finalmente a luz do dia com a publicação da Lei n.º 100/2019, de 6 de setembro (diploma esse que entrou em vigor em 7 de setembro de 2019, mas que só produzirá efeitos à data da entrada em vigor da regulamentação específica).

Ao fim de tantos anos de discussão e de reclamações, maioritariamente das associações de doentes, pelo reconhecimento de um trabalho humanista, voluntário e gratuito, feito por homens e mulheres, em relação de parentesco ou de unidos de facto, eis que surge plasmado o Estatuto do Cuidador Informal.

É claramente uma conquista civilizacional e o reconhecimento a diversos níveis por parte do Estado Português de um trabalho importante que é feito a favor do próximo, da pessoa doente, da pessoa cui-

(*) Advogado, Mestre em Direito e Vogal da Comissão dos Direitos Humanos, Questões Sociais e Ambiente da Ordem dos Advogados.

dada, em suma, da pessoa que precisa do acompanhamento e do apoio de uma pessoa de família ou que com ela vive em união de facto na sua vida diária.

De acordo com um estudo encomendado pelo Governo, é estimado que em Portugal existam mais de 800 mil cuidadores informais (julgamos, contudo, que os números reais serão bastante superiores), sendo na sua maioria mulheres e familiares da pessoa de quem cuidam (nomeadamente esposas ou filhas/noras). Muitos destes cuidadores vêm-se mesmo obrigados a deixar os seus empregos para poderem prestar apoio a tempo parcial ou mesmo a *full time* a pessoas em situação dependente. Existem previsões bastante credíveis que apontam para que este número tenha tendência para aumentar no futuro próximo, devido ao progressivo envelhecimento da população.

Ansiedade, exaustão, isolamento e risco de pobreza são algumas das fragilidades que um estudo da Comissão Europeia atribui a quem é cuidador.

Para muitos cuidadores informais tal opção de vida significa colocar em suspenso a sua vida profissional, muitas vezes de forma definitiva ou então reduzir substancialmente o ritmo ou a carreira laboral. Consequentemente, assistem à deterioração acentuada das suas condições financeiras, no imediato pela perda de rendimento, e mais tarde com efeitos diferidos no tempo pelo comprometimento da trajetória laboral. Assim, compromete-se, desde logo, a carreira contributiva e, nesse sentido, o conjunto de benefícios sociais que desta dependem (como, por exemplo, a pensão de velhice).

Por outro lado, maioritariamente, os cuidadores informais executam tarefas para as quais não estão treinados ou vocacionados, com consequências graves para a sua saúde, mas igualmente para a qualidade do cuidado que prestam. Aliás, a maioria dos estudos demonstram que a saúde dos cuidadores, tanto física como psicológica, acaba por ser pior do que a dos não cuidadores.

Por conseguinte, o ECI encontra a sua *raison d'être* na necessidade de regulamentar os direitos e os deveres do cuidador e da pessoa cuidada, estabelecendo as respetivas medidas de apoio.

II. Enquadramento legislativo

Todo este movimento legislativo pró cuidador informal teve o seu início com a recente nova Lei de Bases da Saúde, aprovada pela Lei n.º 95/2019, de 4 de setembro, em que plasma na sua Base 3, n.º 1, a necessidade de “... *promover o reconhecimento do importante papel do cuidador informal, a sua responsabilização e capacitação para a prestação, com qualidade e segurança, dos cuidados básicos regulares e não especializados que realizam*”, fazendo seguidamente referência no n.º 2 da Base 3, ao Estatuto que se iria estabelecer dos “... *cuidadores informais de pessoas em situação de doença crónica, deficiência, dependência parcial ou total, transitória ou definitiva, ou noutra condição de fragilidade e necessidade de cuidados, os seus direitos e deveres e medidas de apoio aos cuidadores informais e às pessoas cuidadas*”.

Constata-se, então, que a Lei n.º 100/2019, de 6 de setembro, é um diploma composto pelo Estatuto do Cuidador Informal, mas também pela alteração do Código dos Regimes Contributivos do Sistema Previdencial de Segurança Social (aprovado pela Lei n.º 110/2009, de 16 de setembro), e também pela alteração ao diploma que instituiu o Rendimento Social de Inserção (aprovado pela Lei n.º 13/2003, de 21 de maio). Tais alterações nestes diplomas têm por objetivo enquadrar o Cuidador Informal nestes regimes, de modo a que possa beneficiar em igualdade de circunstâncias com os demais sujeitos que são abrangidos por tais diplomas.

Alerte-se que esta nova Lei n.º 100/2019, de 6 de setembro, apenas considera cuidador informal o cônjuge, os parentes ou unidos de facto, dado que quanto aos restantes cuidadores, presume-se que estarão numa relação profissional, quer através de um contrato de prestação de serviços ou mesmo de um contrato de trabalho. Não obstante, temos uma situação particular neste diploma e que é a do cuidador informal não principal poder auferir ou não de uma remuneração de atividade profissional ou pelos cuidados que presta à pessoa cuidada (veja-se, o art. 2.º, n.º 3 do ECI).

Temos dúvidas sobre a bondade e a justeza do diploma, dado que exclui aquelas pessoas que, apenas por uma relação de amizade ou por uma razão humanista e altruísta, possam tratar da pessoa cuidada sem lhes ser reconhecida a qualidade de cuidador informal.

Ao nível da legislação vigente neste domínio saliente-se que a Região Autónoma da Madeira já tinha criado em 17 de julho passado o seu próprio Estatuto do Cuidador Informal, através do Decreto Legislativo Regional n.º 5/2019/M; enquanto a Região Autónoma dos Açores publicou

em 5 de novembro de 2019 o seu Regime Jurídico de Apoio ao Cuidador Informal, através do Decreto Legislativo Regional n.º 22/2019/A.

III. Tipos de cuidador informal e seu reconhecimento

O nosso legislador cuidou de definir detalhadamente **o cuidador informal**, através da Base 3 da Lei de Bases da Saúde e do art. 2.º do Estatuto do Cuidador Informal, como sendo **o cônjuge ou unido de facto, parente ou afim até ao 4.º grau da linha reta ou da linha colateral da pessoa cuidada, que acompanha e cuida de pessoa em situação de doença crónica, deficiência, dependência parcial ou total, transitória ou definitiva, ou noutra condição de fragilidade e a necessitar de cuidados.**

Para o efeito, o Estatuto do Cuidador Informal diferencia dois tipos de cuidadores:

- a) **O cuidador informal principal** — o cônjuge ou unido de facto, parente ou afim até ao 4.º grau da linha reta ou da linha colateral da pessoa cuidada, **que acompanha e cuida da mesma de forma permanente, que com ela vive em comunhão de habitação e que não auferir qualquer remuneração de atividade profissional ou pelos cuidados que presta à pessoa cuidada** (cf. art. 2.º, n.º 2 do ECI);
- b) **O cuidador informal não principal** — o cônjuge ou unido de facto, parente ou afim até ao 4.º grau da linha reta ou da linha colateral da pessoa cuidada, **que acompanha e cuida desta de forma regular, mas não permanente, podendo auferir ou não remuneração de atividade profissional ou pelos cuidados que presta à pessoa cuidada** (cf. art. 2.º, n.º 3 do ECI).

O reconhecimento de um cuidador informal obedecerá a um procedimento administrativo que se iniciará com a apresentação de um requerimento pelo cuidador informal, sempre que possível, com o consentimento da pessoa cuidada, junto dos serviços da Segurança Social ou através do portal da Segurança Social Direta. Posteriormente, as entidades competentes do Serviço Nacional de Saúde (SNS) ou dos serviços de ação social das autarquias que sinalizem a pessoa cuidada e o respetivo cuidador informal

articular-se-ão com os serviços competentes da Segurança Social, para efeitos de apresentação e instrução do requerimento apresentado.

Por enquanto, ainda não serão abrangidos todos os cuidadores, dado que para já serão criados projetos piloto ao longo dos 12 meses seguintes à publicação da portaria respetiva, nos quais se prevêem a atribuição de um subsídio de apoio ao cuidador informal principal no âmbito do subsistema de ação social, durante as experiências-piloto. O acompanhamento e a avaliação desses projetos-piloto serão da responsabilidade dos serviços competentes das áreas da Segurança Social e da Saúde. Após a avaliação das experiências-piloto, o Governo irá proceder à generalização das medidas de apoio ao cuidador informal, através de regulamentação específica.

Por conseguinte, só no início de 2020 é que se saberá quais as condições e termos de reconhecimento de um cuidador informal, qual o valor do subsídio e como irão concretizar-se os direitos previstos, pelo que o Governo tem quatro meses, a contar da publicação da lei, para regulamentar o estatuto e definir as medidas de reforço à proteção laboral.

IV. Direitos e deveres de um cuidador informal

Subsequentemente ao reconhecimento oficial do cuidador informal, este passa a dispor de um vasto elenco de direitos constantes do art. 5.º do ECI, tais como, o direito a:

- a) Ver reconhecido o seu papel fundamental no desempenho e manutenção do bem-estar da pessoa cuidada;
- b) Ser acompanhado e receber formação para o desenvolvimento das suas capacidades e aquisição de competências para a prestação adequada dos cuidados de saúde à pessoa cuidada;
- c) Receber informação por parte de profissionais das áreas da saúde e da Segurança Social;
- d) Aceder a informação que, em articulação com os serviços de saúde, esclareçam a pessoa cuidada e o cuidador informal sobre a evolução da doença e todos os apoios a que tem direito;
- e) Aceder a informação relativa a boas práticas ao nível da capacitação, acompanhamento e aconselhamento dos cuidadores informais;

- f)* Usufruir de apoio psicológico dos serviços de saúde, sempre que necessário, e mesmo após a morte da pessoa cuidada;
- g)* Beneficiar de períodos de descanso que visem o seu bem-estar e equilíbrio emocional;
- h)* Beneficiar do subsídio de apoio ao cuidador informal principal, nos termos previstos no ECI;
- i)* Conciliar a prestação de cuidados com a vida profissional, no caso de cuidador informal não principal;
- j)* Beneficiar do regime de trabalhador-estudante, quando frequente um estabelecimento de ensino;
- k)* Ser ouvido no âmbito da definição de políticas públicas dirigidas aos cuidadores informais.

Assim como, no contraposto, no tocante aos deveres e obrigações do cuidador informal relativamente à pessoa cuidada, o nosso legislador elencou também um vastíssimo rol de deveres no art. 6.º do ECI, ao impor que o cuidador informal deva:

- a)* Atender e respeitar os seus interesses e direitos;
- b)* Prestar apoio e cuidados à pessoa cuidada, em articulação e com orientação de profissionais da área da saúde e solicitar apoio no âmbito social, sempre que necessário;
- c)* Garantir o acompanhamento necessário ao bem-estar global da pessoa cuidada;
- d)* Contribuir para a melhoria da qualidade de vida da pessoa cuidada, intervindo no desenvolvimento da sua capacidade funcional máxima e visando a autonomia desta;
- e)* Promover a satisfação das necessidades básicas e instrumentais da vida diária, incluindo zelar pelo cumprimento do esquema terapêutico prescrito pela equipa de saúde que acompanha a pessoa cuidada;
- f)* Desenvolver estratégias para promover a autonomia e independência da pessoa cuidada, bem como fomentar a comunicação e a socialização, de forma a manter o interesse da pessoa cuidada;
- g)* Potenciar as condições para o fortalecimento das relações familiares da pessoa cuidada;

- h)* Promover um ambiente seguro, confortável e tranquilo, incentivando períodos de repouso diário da pessoa cuidada, bem como períodos de lazer;
- i)* Assegurar as condições de higiene da pessoa cuidada, incluindo a higiene habitacional;
- j)* Assegurar à pessoa cuidada uma alimentação e hidratação adequadas.

Assim como, ainda, impôs deveres adicionais ao cuidador informal, tais como:

- a)* Comunicar à equipa de saúde as alterações verificadas no estado de saúde da pessoa cuidada, bem como as necessidades que, sendo satisfeitas, contribuam para a melhoria da qualidade de vida e recuperação do seu estado de saúde;
- b)* Participar nas ações de capacitação e formação que lhe forem destinadas;
- c)* Informar, no prazo de 10 dias úteis, os competentes serviços da Segurança Social de qualquer alteração à situação que determinou o reconhecimento como cuidador informal.

V. Medidas de apoio, subsídio de apoio e proteção social do cuidador informal

Verifica-se também que o nosso legislador teve preocupações de índole funcional e social para as exigentes funções que são desempenhadas pelo cuidador informal.

Assim, ao nível funcional salienta-se a criação de um conjunto de medidas de apoio que o cuidador informal pode vir a beneficiar, como decorre do art. 7.º do ECI, nomeadamente:

- a)* Identificação de um profissional de saúde como contacto de referência, de acordo com as necessidades em cuidados de saúde da pessoa cuidada;
- b)* Aconselhamento, acompanhamento, capacitação e formação para o desenvolvimento de competências em cuidados a prestar à pes-

soa cuidada, por profissionais da área da saúde, no âmbito de um plano de intervenção específico;

- c) Participação ativa na elaboração do plano de intervenção específico a que se refere a alínea anterior;
- d) Participação em grupos de autoajuda, a criar nos serviços de saúde, que possam facilitar a partilha de experiências e soluções facilitadoras, minimizando o isolamento do cuidador informal;
- e) Formação e informação específica por profissionais da área da saúde em relação às necessidades da pessoa cuidada;
- f) Apoio psicossocial, em articulação com o profissional da área da saúde de referência, quando seja necessário;
- g) Aconselhamento, informação e orientação, tendo em conta os direitos e responsabilidades do cuidador informal e da pessoa cuidada, por parte dos serviços competentes da Segurança Social, bem como informação sobre os serviços adequados à situação e, quando se justifique, o respetivo encaminhamento;
- h) Aconselhamento e acompanhamento, por profissionais da área da Segurança Social ou das autarquias, no âmbito do atendimento direto de ação social;
- i) Informação e encaminhamento para redes sociais de suporte, incentivando o cuidado no domicílio, designadamente através de apoio domiciliário.

Saliente-se ainda que a nossa Lei n.º 100/2019, de 6 de setembro, preocupou-se com a questão de assegurar o descanso do cuidador informal, tendo para o feito criado um leque medidas que este pode beneficiar, tais como:

- a) Referenciação da pessoa cuidada, no âmbito da Rede Nacional de Cuidados Continuados Integrados (RNCCI), para unidade de internamento, devendo as instituições da RNCCI e da RNCCI de saúde mental assegurar a resposta adequada;
- b) Encaminhamento da pessoa cuidada para serviços e estabelecimentos de apoio social, designadamente estrutura residencial para pessoas idosas ou lar residencial, de forma periódica e transitória;
- c) Serviços de apoio domiciliário adequados à situação da pessoa cuidada, nas situações em que seja mais aconselhável a prestação

de cuidados no domicílio, ou quando for essa a vontade do cuidador informal e da pessoa cuidada.

A outros níveis constata-se ainda que este diploma no art. 7.º, n.ºs 3 e 4, teve a virtualidade de atribuir ao cuidador informal o gozo de benefícios fiscais previstos na lei e ainda medidas sociais importantes, designadamente:

- a) Subsídio de apoio ao cuidador informal principal, a atribuir pelo subsistema de solidariedade mediante condição de recursos, sendo que para esse efeito o cuidador informal principal deverá apresentar requerimento junto dos serviços da Segurança Social ou através da segurança social direta, instruído com os necessários meios de prova;
- b) Majoração do subsídio a que se refere a alínea anterior nos termos previstos no n.º 2 do art. 14.º da Lei n.º 100/2019, de 6 de setembro, a atribuir pelo subsistema de solidariedade mediante condição de recursos;
- c) Acesso ao regime de seguro social voluntário, nos termos e nas condições previstas no Código dos Regimes Contributivos do Sistema Previdencial de Segurança Social, sendo que para esse efeito a prova da condição de cuidador informal principal será verificada oficiosamente pelos serviços competentes da Segurança Social;
- d) Promoção da integração no mercado de trabalho, findos os cuidados prestados à pessoa cuidada, sendo que o cuidador informal principal, devidamente reconhecido, que tenha prestado cuidados por período igual ou superior a 25 meses, será equiparado ao desempregado de muito longa duração para efeitos de acesso à medida de incentivo à contratação prevista no Decreto-Lei n.º 72/2017, de 21 de junho, com diversas especificidades.

Posto isto, a medida de isenção do pagamento de contribuições, no âmbito do art. 21.º, n.ºs 1 e 2 do ECI, é aplicável na celebração de contrato de trabalho sem termo que ocorra no prazo de seis meses após a cessação da prestação de cuidados.

Por conseguinte, para que o cuidador informal beneficie desta proteção social, é obrigatória a inscrição no centro de emprego após a cessação da prestação de cuidados, sendo afastadas as condições de tempo de inscrição e de idade do trabalhador.

E, por fim, o cuidador informal não principal pode, ainda, beneficiar de medidas que promovam a conciliação entre a atividade profissional e a prestação de cuidados, nos termos a definir na lei.

VI. Pessoa cuidada. Direitos e deveres

No outro lado do binómio define a nossa lei como “*pessoa cuidada*”, **aquela pessoa que necessita de cuidados permanentes, por se encontrar em situação de dependência, e que seja titular de uma das seguintes prestações sociais:**

- a) **Complemento por dependência de 2.º grau;**
- b) **Subsídio por assistência de terceira pessoa.**

Acresce ainda que o art. 3.º, n.º 2 do ECI considera “*pessoa cuidada*”, a pessoa que transitoriamente se encontre acamada ou a necessitar de cuidados permanentes, por se encontrar em situação de dependência, e seja titular de complemento por dependência de 1.º grau, mediante avaliação específica dos Serviços de Verificação de Incapacidades do Instituto da Segurança Social, I. P. (ISS).

Por último, vejamos agora os direitos da pessoa cuidada. Refere então o art. 8.º do ECI, que a pessoa cuidada tem direito a:

- a) Ver cuidado o seu bem-estar global ao nível físico, mental e social;
- b) Ser acompanhada pelo cuidador informal, sempre que o solicite, nas consultas médicas e outros atos de saúde;
- c) Privacidade, confidencialidade e reserva da sua vida privada;
- d) Participação ativa na vida familiar e comunitária, no exercício pleno da cidadania, quando e sempre que possível;
- e) Autodeterminação sobre a sua própria vida e sobre o seu processo terapêutico;
- f) Ser ouvida e manifestar a sua vontade em relação à convivência, ao acompanhamento e à prestação de cuidados pelo cuidador informal;
- g) Aceder a atividades ocupacionais, de lazer e convívio, sempre que possível;

- h)* Aceder a equipamentos sociais destinados a assegurar a socialização e integração social, designadamente centros de dia e centros de convívio;
- i)* Sendo menor e quando tal seja adequado, que lhe sejam garantidas medidas de suporte à aprendizagem e à inclusão, de acordo com o Regime Jurídico da Educação Inclusiva, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 54/2018, de 6 de julho;
- j)* Proteção em situações de discriminação, negligência e violência;
- k)* Apoio, acompanhamento e avaliação pelos serviços locais e outras estruturas existentes na comunidade.

A finalizar, a nossa lei criou no art. 9.º do ECI um dever geral da pessoa cuidada de participar e colaborar, tendo em conta as suas capacidades, no seu processo terapêutico, incluindo o plano de cuidados que lhe são dirigidos.

VII. Breve conclusão

Por conseguinte, é visível ao longo da extensa Lei n.º 100/2019, de 6 de setembro, a importância da colocação em letra de lei duma situação que nunca esteve regulada e reconhecida oficialmente pelo Estado e que decorre hodiernamente na sociedade, em que fruto do envelhecimento das populações são cada vez mais necessários os cuidados, predominantemente no domicílio, mas também no exterior, ou mesmo no acompanhamento a consultas médicas ou outros atos de saúde.

Na verdade, desde sempre assistimos à injustiça social para com os cuidadores que de forma abnegada, altruísta e humanista trabalhavam em prol das pessoas cuidadas sem o devido reconhecimento social ou estadual, mas também sem o devido enquadramento legal e benefícios fiscais ou sociais.

É por isso inteiramente merecido e justo que estas pessoas, estes cuidadores da pessoa cuidada sejam reconhecidos e beneficiem de medidas sociais e fiscais que os possam colocar em plano de igualdade com os demais trabalhadores, porque é disso que falamos efetivamente — a prestação de um trabalho — de cuidar e acompanhar outra pessoa, que está dependente parcial ou totalmente.

Esperemos que esta “1.^a pedra” do Estatuto do Cuidador Informal seja agora complementada com um conjunto de diplomas que o poderão operacionalizar e torná-lo eficaz, de modo a que os cuidadores informais e as pessoas cuidadas possam beneficiar efetivamente dos direitos que agora nascem, **porque a invisibilidade a que é votado o cuidador informal é, na realidade, e muitas das vezes, a invisibilidade de quem é cuidado também!**

CONTROLO DAS TRANSAÇÕES COM PARTES RELACIONADAS, NAS SOCIEDADES COMERCIAIS

Por Alexandre Mota Pinto

SUMÁRIO:

I. Relevância e atualidade do problema. II. Formas de regulamentação das transações com partes relacionadas: 1. Noção de parte relacionada; 2. A regulamentação das transações com partes relacionadas, em Portugal: *i*) Meios preventivos: divulgação da existência de partes relacionadas e das respetivas transações: *ia*) Divulgação da existência de partes relacionadas; *ib*) Divulgação de transações com partes relacionadas; *ii*) Meios preventivos: controlo prévio das transações com partes relacionadas: *iiia*) Negócios com administradores; *iiib*) Negócios com acionistas; *iiiba*) Meios preventivos de controlo, previstos na Directiva UE 2017/828; *iiibb*) Meios preventivos de controlo, previstos no anteprojeto de transposição da Directiva UE 2017/828; *iiic*) Meios repressivos.

I. Relevância e atualidade do problema

A possibilidade bem real de certas partes relacionadas com a sociedade exercerem a sua influência e poder, no sentido de obterem vantagens privadas, que não correspondem ao interesse social da sociedade é, atualmente, um dos temas quentes do governo das sociedades e com bastante atualidade, em Portugal. Vejamos algumas hipóteses:

- Uma sociedade concede um empréstimo a um administrador ou a um acionista, num momento em que estes não obteriam crédito ou, pelo menos, não o obteriam em condições normais no mercado;

- Uma sociedade vende um dos principais ativos ao seu maior acionista, por um preço inferior ao normalmente praticado no mercado;
- Uma sociedade (“y”) celebra o seu principal contrato de fornecimento com uma sociedade controlada por um administrador ou por um acionista (de “y”);
- Uma sociedade tem como principal cliente um acionista, com o qual celebra inúmeros contratos de compra e venda;
- Uma sociedade desenvolve um projecto crucial de internacionalização, através de um consórcio com o seu principal acionista.

Nos mercados em que há uma grande disseminação e diluição do controle societário pelo público em geral, surge sobretudo a questão dos negócios da sociedade com os seus administradores, implicando, portanto, um problema de agência.

Nos mercados em que há uma maior concentração do controle acionista, em acionistas maioritários ou com capacidade de influenciar a sociedade, surge sobretudo a questão dos negócios celebrados entre a sociedade e estes acionistas, pondo um problema de conflito de interesses entre a sociedade e o acionista que, bem vistas as coisas, corresponde a um conflito entre o acionista controlador ou dominante e os acionistas minoritários⁽¹⁾.

Nos negócios da sociedade com os administradores, tendo em conta a influência directa destes nos processos decisórios da administração, verifica-se sobretudo o risco de um aproveitamento abusivo desses negócios, no interesse próprio do administrador⁽²⁾.

Nos negócios da sociedade com os principais acionistas, esse risco de extracção abusiva de vantagens da sociedade decorre da influência que estes acionistas têm sobre a administração da sociedade, em último termo, pelos poderes de nomeação e destituição dos administradores⁽³⁾.

(1) De acordo com GERARD HERTIG/HIDEKI KANDA, *Related Party Transactions, in The Anatomy of Corporate Law, A Comparative and Functional Approach*, Oxford, 2004, p. 101, as “*related party (or self-dealing) transactions*” constituem a classe de transações em que os conflitos de agência acionistas/administradores e os conflitos entre acionistas são mais profundos.

(2) O conflito de interesses que aqui se verifica anda próximo do que determina a nulidade do negócio consigo mesmo (art. 261.º do Código Civil).

(3) V. BJORN MOSSDORF, *Spezialles Gesellschaftsrecht für Borsennotierte Aktiengesellschaften in den EG-Mitgliedstaaten*, Berlin, 2010, p. 346.

É fácil de intuir e a realidade, infelizmente, tem-se encarregado de demonstrar, que estas transações com partes relacionadas⁽⁴⁾ transportam um risco de perda ou apropriação injustificada (por vezes, até fraudulenta) de activos da sociedade, em benefício das partes relacionadas^(5/6).

Por outro lado, o simples relacionamento especial com uma certa parte pode afetar a atividade e os resultados da sociedade, desde logo, na medida em que pode afetar relações com terceiros⁽⁷⁾. Por exemplo:

- Uma sociedade pode cessar um relacionamento proveitoso com um parceiro comercial, apenas por ter passado a ser controlada por uma sociedade que tem uma subsidiária que se dedica a essa atividade;
- Uma sociedade pode abster-se de aproveitar uma oportunidade de mercado, porque isso não convém ao sócio controlador (v.g. porque não quer ferir os interesses de um parceiro comercial com presença relevante nesse mercado ou entende que deve ser uma outra subsidiária a aproveitar essa oportunidade).

Pelo que se torna necessário identificar as partes relacionadas com a sociedade, independentemente da existência de transações com as mesmas, de forma a permitir conhecer eventuais condicionalismos à atividade da sociedade, resultantes desses relacionamentos.

(4) De acordo com o IAS 24, que vigora entre nós, “Uma transação com partes relacionadas é uma transferência de recursos, serviços ou obrigações entre partes relacionadas, independentemente de haver ou não um débito de preço”.

(5) Embora com outras finalidades, de evitar a fuga a jurisdições fiscais mais onerosas, o direito fiscal reconhece este fenómeno, prevendo mecanismos que visam impedir a utilização das transações com partes relacionadas com objetivos fiscais (por exemplo, as normas sobre preços de transferência).

(6) No direito anglo-saxónico, este fenómeno de apropriação indevida de bens sociais, em detrimento dos acionistas minoritários denomina-se “tunneling”. Cf. um estudo comparativo sobre os remédios das várias ordens jurídicas contra o “tunneling” e uma tentativa (polémica) de estabelecer um índice de proteção contra transações com partes relacionadas, em SIMEON DJANKOV, RAFAEL LA PORTA, FLORENCIO LOPEZ-DE-SILANES, ANDREI SHLEIFER, ‘The Law and Economics of Self-Dealing’, December 2005, disponível em <<http://ssrn.com/abstract=864645>>.

(7) Conforme é expressamente reconhecido na Norma Internacional de Contabilidade 24: “Finalidade das divulgações de partes relacionadas”: “Os lucros ou prejuízos e a posição financeira de uma entidade podem ser afectados por um relacionamento com partes relacionadas mesmo que não ocorram transações com partes relacionadas. A mera existência do relacionamento pode ser suficiente para afectar as transações da entidade com outras partes. Por exemplo, uma subsidiária pode cessar relações com um parceiro comercial aquando da aquisição pela empresa-mãe de uma subsidiária colega dedicada à mesma actividade que o parceiro comercial anterior. Como alternativa, uma parte pode abster-se de agir por causa da influência significativa de outra — por exemplo, uma subsidiária pode ser instruída pela sua empresa-mãe a não se dedicar a actividades de pesquisa e desenvolvimento”.

Confirmando que as preocupações com esta matéria são atuais, em 17 de maio de 2017, o Parlamento Europeu e a Comissão Europeia adotaram a Diretiva 2017/828, que altera a Diretiva 2007/36/CE, no que se refere aos incentivos ao envolvimento dos acionistas a longo prazo⁽⁸⁾, introduzindo uma nova norma (o art. 9.º-C, com a epígrafe “*Transparência e aprovação das transações com partes relacionadas*”), para regulamentar justamente as transações com partes relacionadas.

No segundo semestre de 2018, o Conselho Nacional de Supervisores Financeiros elaborou um anteprojeto de transposição daquela diretiva⁽⁹⁾, em que propõe o aditamento de quatro normas ao Código dos Valores Mobiliários (arts. 249.º-A a 249.º-D), sobre transações com partes relacionadas.

Ainda assim, a referida regulamentação europeia das transações com partes relacionadas permanece por transpor para o ordenamento jurídico português, o que se lamenta. Muito recentemente, o relatório anual de monitorização do código de governo das sociedades do IPCG⁽¹⁰⁾ notava que a recomendação (indireta) relativa à dupla intervenção, do órgão de administração e do órgão de fiscalização, na autorização de negócios com partes relacionadas é das que tem mais baixo acolhimento, sendo observada por apenas 28% das empresas monitorizadas, o que parece confirmar a necessidade de uma prescrição de “*hard law*”, nesta matéria

II. Formas de regulamentação das transações com partes relacionadas

A realidade tem demonstrado que o conflito de interesses inerente à dupla qualidade de administrador ou acionista e contraparte num contrato com a sociedade exige mecanismos de controle e salvaguarda da posição da sociedade e dos respectivos acionistas.

⁽⁸⁾ Diretiva (UE) n.º 2017/828, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de maio de 2017, que altera a Diretiva 2007/36/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de julho de 2007, relativa ao exercício de certos direitos dos acionistas de sociedades cotadas, no que se refere aos incentivos ao envolvimento dos acionistas a longo prazo.

⁽⁹⁾ O Anteprojeto do CNSF e vários documentos relativos à correspondente consulta pública podem ser lidos aqui: <<https://www.cmv.m.pt/pt/Legislacao/ConsultasPublicas/ConselhoNacionalDeSupervisoresFinanceiros/Paginas/20181017a.aspx?v=>>>.

⁽¹⁰⁾ V. a página 32 do relatório, divulgado no dia 5 de dezembro de 2019, e disponível em <https://cgov.pt/images/ficheiros/cam/relatorio_ebook.pdf>.

No entanto, devemos notar que muitas transações com partes relacionadas são amplamente justificadas e podem até corresponder a uma vantagem da própria sociedade (v.g. porque esta tem vantagem em comprar determinados equipamentos a um acionista ou porque os seus accionistas melhor informados sobre o valor dos produtos da sociedade, estão dispostos a pagar mais pelos mesmos do que um terceiro menos informado).

Assim, é importante que a regulamentação da matéria corresponda a um ponto de equilíbrio entre a finalidade de impedir negócios abusivos e a necessidade de evitar um excesso de regulamentação que acabe por restringir a actividade da sociedade, nomeadamente, quanto às condições dos negócios a celebrar pela sociedade.

Assim, por exemplo, seria injustificado do ponto de vista de uma análise de custo para a sociedade e benefício para os acionistas ou investidores em geral, que qualquer transação com acionistas, inserida na actividade normal da sociedade — v.g. contratos de fornecimento de serviço telefónico a um acionista ou contratos de leasing de automóveis com uma locadora dominada por um acionista — se tivesse de submeter a mecanismos de controlo.

Impõe-se, portanto, uma regulamentação equilibrada, que passa pela previsão de mecanismos de controlo preventivo, como a divulgação e a sujeição a autorização prévia das transações com partes relacionadas, e mecanismos de controlo repressivo, como, por exemplo, a responsabilização dos administradores e dos acionistas que intervenham em transações ilícitas ou abusivas. A regulamentação só será equilibrada se distinguir entre transações relevantes, com materialidade, para a actividade social, que deverão submeter-se a um controlo máximo e transações menos relevantes, que poderão submeter-se a um controlo menos exigente ou até não carecer de qualquer controlo.

Elemento essencial a qualquer regulamentação é a noção de parte relacionada, que delimita o campo de aplicação desses mecanismos de controlo.

1. Noção de parte relacionada

Entre nós, os arts. 66.º-A, n.º 3, alínea *a*) e 508.º-F, n.º 3, alínea *a*) (para as sociedades coligadas), adoptaram o “*significado* [de partes relacionadas] *definido nas normas internacionais de contabilidade adoptadas nos termos de regulamento comunitário*”.

Portanto, vigora entre nós a noção de parte relacionada prevista no IAS 24, ou seja, nas Normas Internacionais de Contabilidade (*os IAS — International Accounting Standards*), acolhidas pelo Regulamento (CE) n.º 1126/2008, da Comissão, de 3 de novembro de 2008 (na versão consolidada a 20 de novembro de 2013)⁽¹¹⁾.

Basicamente, a NIC 24 prevê um amplo conjunto de situações que integram a noção de “*parte relacionada*”, esclarece alguns conceitos imprecisos dessa previsão e concede prevalência a uma análise substancial de cada relacionamento⁽¹²⁾.

Assim, considera-se parte relacionada com uma sociedade, a parte que:

- Directa, ou indirectamente através de um ou mais intermediários:
 - i*) controlar⁽¹³⁾, ou for controlada pela sociedade ou estiver com esta sob um controlo comum (incluindo assim “sociedades-mãe”, subsidiárias e subsidiárias “irmãs”);
 - ii*) tiver um interesse na sociedade que lhe confira uma influência significativa⁽¹⁴⁾ sobre a mesma, ou
 - iii*) tiver um controlo conjunto⁽¹⁵⁾ sobre a entidade (IAS 24, 9, alínea *a*);
- For uma associada⁽¹⁶⁾ da sociedade (IAS 24, 9, alínea *b*);

⁽¹¹⁾ Recorde-se que, de acordo com o Regulamento (CE) n.º 1606/2002, a partir de 1 de Janeiro de 2005, as sociedades regidas pela legislação de um Estado-Membro cujos títulos são negociados publicamente devem, em determinadas condições, elaborar as suas contas consolidadas em conformidade com as normas internacionais de contabilidade. O anteprojeto do CNSF remete justamente para a noção de “*parte relacionada na aceção das normas internacionais de contabilidade*” (n.º 4 do art. 249.º-A, a aditar ao C.V.M.), remissão também efetuada pelo n.º 1 do novo § 111a da *AktienGesetz*, proposto pelo projeto do governo de transposição da diretiva.

⁽¹²⁾ V. o IAS 24, “Definições”, n.os 9 a 11.

⁽¹³⁾ A norma define *Controlo* como “*o poder de gerir as políticas financeiras e operacionais de uma entidade de forma a obter benefícios das suas actividades*”.

⁽¹⁴⁾ “*Influência significativa é o poder de participar nas decisões financeiras e operacionais de uma entidade, mas não é o controlo sobre essas políticas. Influência significativa pode ser obtida por posse de acções, estatuto ou acordo*”. Aparentemente, a norma não inclui situações de influência de facto, que, em todo o caso, poderão ser relevadas à luz de uma análise substancial dos relacionamentos.

⁽¹⁵⁾ Para a NIC 24, “*Controlo conjunto é a partilha de controlo acordada contratualmente de uma actividade económica*”. A norma parece excluir as situações (que poderão ainda assim relevar numa análise substancial dos relacionamentos) em que não existe um contrato, mas a prática demonstra uma convergência de posições entre dois acionistas reveladora de um controlo conjunto de facto.

⁽¹⁶⁾ Nos termos definidos na IAS 28, “*Associada*” é “*uma entidade, incluindo uma entidade não constituída tal como uma parceria, sobre a qual a investidora [no caso, a sociedade] tenha influência significativa e que não seja uma subsidiária nem um empreendimento conjunto*”.

- For um empreendimento conjunto⁽¹⁷⁾ em que a sociedade seja um dos empreendedores (IAS 24, 9, alínea c);
- For membro do pessoal-chave da gerência⁽¹⁸⁾ da entidade ou da sua empresa-mãe (IAS 24, 9, alínea d);
- For membro íntimo da família⁽¹⁹⁾ de qualquer indivíduo referido nas alíneas a), ou seja, de um acionista controlador ou de “*pessoal-chave da gerência*” (IAS 24, 9, alínea e);
- For uma sociedade controlada, controlada conjuntamente ou significativamente influenciada por, ou em que o poder de voto significativo reside, directa ou indirectamente, em qualquer indivíduo referido nas alíneas d) ou e), ou seja, num acionista controlador ou em “pessoal-chave da gerência” (IAS 24, 9, alínea f);
- For um plano de benefícios pós-emprego (v.g. um fundo de pensões) para benefício dos empregados da sociedade, ou de qualquer entidade que seja uma parte relacionada dessa sociedade (IAS 24, 9, alínea g);

Conforme referido, o n.º 10 da norma opta pela prevalência da substância sobre a forma na identificação de partes relacionadas, dispondo que “*a atenção é dirigida para a substância do relacionamento e não meramente para a forma legal*”. Se esta análise substancial é indutora de alguma insegurança jurídica, não deixa de ser a única possível face à impossibilidade de prever formalmente todas as situações que revelem um controle ou influência significativa de uma determinada parte sobre uma sociedade⁽²⁰⁾.

(17) Nos termos definidos na IAS 31 um “*Empreendimento Conjunto*” é “*um acordo contratual pelo qual dois ou mais parceiros empreendem uma actividade económica que esteja sujeita a controlo conjunto*”.

(18) A norma define *Pessoal-chave de gerência* como “*as pessoas que têm autoridade e responsabilidade pelo planeamento, direcção e controlo das actividades da entidade, directa ou indirectamente, incluindo qualquer administrador (executivo ou outro) dessa entidade*”.

(19) “*Membros íntimos da família de um indivíduo são aqueles membros da família que se espera que influenciem, ou sejam influenciados por, esse indivíduo nos seus negócios com a entidade. Podem incluir: a) o parceiro doméstico e filhos do indivíduo; b) filhos do parceiro doméstico do indivíduo; e c) dependentes do indivíduo ou do parceiro doméstico do indivíduo*”.

(20) É, aliás, com base nessa mesma análise substancial que o n.º 11 da norma dispõe que “*não são necessariamente partes relacionadas as seguintes*”:

- a) *duas entidades simplesmente por terem um administrador ou outro membro do pessoal-chave da gerência em comum, não obstante as alíneas d) e f) da definição de «parte relacionada».*

Parece-nos, assim, que essa análise substancial deve também procurar identificar situações de controlo ou influência significativa, de facto.

2. A regulamentação das transações com partes relacionadas, em Portugal

Entre nós, esta matéria está legalmente regulada, no que se refere à divulgação da existência de partes relacionadas e de transações com as mesmas.

Já no que se refere ao controlo prévio das transações, estão legalmente regulamentadas apenas as transações com administradores, não já as transações com outras partes relacionadas, nomeadamente com acionistas. Como veremos, as transações com partes relacionadas acionistas são apenas objecto de regulamentação, pelo Código de Governo das Sociedades da IPCG e passarão a ser regulamentadas, com a transposição do art. 9.º-C, da Diretiva (UE) 2017/828.

***i* Meios preventivos: divulgação da existência de partes relacionadas e das respetivas transações**

***ia*) Divulgação da existência de partes relacionadas**

De acordo com a NIC 24, aplicável às sociedades cotadas⁽²¹⁾, as demonstrações financeiras anuais devem divulgar a existência de partes relacionadas, independentemente de terem existido transações, que se substanciem em “*relacionamentos entre empresas-mãe e subsidiárias*”⁽²²⁾.

b) dois empreendedores simplesmente por partilharem o controlo conjunto sobre um empreendimento conjunto.

c) i) entidades que proporcionam financiamentos,

ii) sindicatos,

iii) empresas de serviços públicos, e

iv) departamentos e agências governamentais (estatais), simplesmente em virtude dos seus negócios normais com uma entidade (embora possam afectar a liberdade de acção de uma entidade ou participar no seu processo de tomada de decisões);

d) um cliente, fornecedor, franchisador, distribuidor ou agente geral com quem uma entidade transaccione um volume significativo de negócios meramente em virtude da dependência económica resultante.”

⁽²¹⁾ Mas, vigora um regime praticamente idêntico para as sociedades não cotadas, por força da NCRF (Norma Contabilística e de Relato Financeiro) 5 “*Divulgações de Partes Relacionadas*”.

⁽²²⁾ De acordo com o n.º 12 (“*Divulgação*”) da NIC 24, “*Os relacionamentos entre empresas-mãe e subsidiárias devem ser divulgados independentemente de ter havido ou não transações entre*

A norma estabelece como critério “*apropriado divulgar o relacionamento com partes relacionadas onde exista controlo*”⁽²³⁾.

Assim, desde que não tenham existido transações, a norma parece bastar-se com a divulgação das partes que controlem (ainda que se trate de controlo conjunto), ou estejam sob o controlo da sociedade ou ainda que partilhem com esta um controlo comum.

Por sua vez, de acordo com o Regulamento da CMVM, n.º 4/2013, as sociedades cotadas estão obrigadas a divulgar no relatório de governo societário uma série de informações relevantes, relativas à existência de partes relacionadas, nomeadamente as seguintes:

- “*Estrutura de capital [capital social, número de ações, distribuição do capital pelos acionistas, etc.]*, e “*Identificação das pessoas singulares ou coletivas que, direta ou indiretamente, são titulares de participações qualificadas (art. 245.º-A, n.º 1, als. c) e d) e art. 16.º]*”, com indicação detalhada da percentagem de capital e de votos imputável e da fonte e causas de imputação”⁽²⁴⁾.
- “*Composição, consoante aplicável, do Conselho de Administração, do Conselho de Administração Executivo e do Conselho Geral e de Supervisão (...)*”, ou seja do “*peçoal-chave da gerência*”, na linguagem da IAS 24⁽²⁵⁾.
- “*Relações familiares, profissionais ou comerciais, habituais e significativas, dos membros, consoante aplicável, do Conselho de Administração, do Conselho Geral e de Supervisão e do Conselho de Administração Executivo com acionistas a quem seja imputável participação qualificada superior a 2% dos direitos de voto*”⁽²⁶⁾.

essas partes relacionadas. Uma entidade deve divulgar o nome da empresa-mãe da entidade e, se for diferente, da parte controladora final. Se nem a empresa-mãe da entidade nem a parte controladora final produzirem demonstrações financeiras disponíveis para uso público, deve também ser divulgado o nome da empresa-mãe imediatamente abaixo que as produza”. O n.º 11 da NCRF n.º 5 tem um teor idêntico.

⁽²³⁾ De acordo com o n.º 13 da NIC 24 “*Para permitir aos utentes de demonstrações financeiras ter uma visão acerca dos efeitos dos relacionamentos com partes relacionadas numa entidade, é apropriado divulgar o relacionamento com partes relacionadas onde exista controlo, tenha havido ou não transações entre as partes relacionadas*”.

⁽²⁴⁾ N.ºs I. 1 e II.7. do Modelo de relatório de Governo Societário anexo ao Regulamento da CMVM, n.º 4/2013.

⁽²⁵⁾ N.º II, 17. do Modelo de relatório de Governo Societário anexo ao Regulamento da CMVM, n.º 4/2013.

⁽²⁶⁾ N.º II.20. do Modelo de relatório de Governo Societário anexo ao Regulamento da CMVM, n.º 4/2013.

De acordo com o modelo constante do Anexo I ao Regulamento da CMVM, n.º 4/2013, o relatório de governo societário deve conter ainda *“Informação sobre a existência de relações significativas de natureza comercial entre os titulares de participações qualificadas e a sociedade”*.

ib) Divulgação de transações com partes relacionadas

Por seu lado, a ocorrência de transações com partes relacionadas está sujeita a uma obrigação de divulgação⁽²⁷⁾, muito mais exaustiva.

Esta obrigação de divulgação está prevista, desde logo, no art. 246.º, n.º 3, alínea c), do CVM, para as sociedades cotadas obrigadas a elaborar contas consolidadas, que devem divulgar na sua informação financeira semestral, *“as principais transações relevantes entre partes relacionadas realizadas nos seis primeiros meses do exercício que tenham afectado significativamente a sua situação financeira ou o desempenho”*.

Mas, idêntica obrigação de divulgação pesa sobre as sociedades não cotadas — que elaboram as suas contas de acordo com as NCRF —, que devem divulgar no anexo às contas uma série de informações sobre as operações realizadas com partes relacionadas, desde que *“tais operações forem relevantes e não tiverem sido realizadas em condições normais de mercado”* (art. 66.º-A do CSC)⁽²⁸⁾.

Aparentemente, há aqui uma incoerência entre o art. 66.º-A do CSC e a NCRF, n.º 5, cujos n.ºs 13 a 15, prevêm a divulgação das transações independentemente da relevância e das condições em que as mesmas foram efectuadas.

Já de acordo com as NIC, as sociedades cotadas devem conter uma série de informações sobre transações com partes relacionadas, nas suas demonstrações financeiras anuais. Assim, tendo havido transações, a sociedade deve divulgar: *“a natureza do relacionamento com as partes relacionadas”*; *“informação sobre as transações e saldos pendentes necessária para a compreensão do potencial efeito do relacionamento nas demonstrações financeiras”*.

(27) Esta obrigação de divulgação visa uma “regulamentação” de transações suspeitas através (de uma acção dissuasora) do próprio mercado: o mercado de capitais, através da baixa da cotação dos títulos; o mercado dos *“managers”*, através dos danos à reputação. Esta divulgação pode até afetar o governo da sociedade, com a possibilidade de os acionistas reagirem através da destituição da administração. GERARD HERTIG/HIDEKI KANDA, *Related Party Transactions*, cit., p. 105.

(28) Os arts. 246.º, n.º 3, alínea a), do CVM e 66.º-A do CSC, utilizando conceitos imprecisos como a relevância das operações, a afetação significativa da situação financeira ou atividade da sociedade ou as condições normais de mercado, geram alguma insegurança quanto à definição da obrigatoriedade desta divulgação.

Com uma clara preocupação de conferir total transparência a estas transações, o n.º 17 da NIC 24 estabelece um conteúdo mínimo da informação a ser divulgada, a qual deve incluir, pelo menos: “*a quantia das transações*”; “*a quantia dos saldos pendentes*”(29); “*provisões para dívidas duvidosas relacionadas com a quantia dos saldos pendentes*”; e, por fim, “*os gastos reconhecidos durante o período a respeito de dívidas incorráveis ou duvidosas devidas por partes relacionadas*”.

Para facilitar a compreensão da informação divulgada, o n.º 18 da NIC 24 exige a divulgação separada das transações, em função de certas categorias de partes relacionadas(30) e o n.º 20 fornece os seguintes exemplos de transações com partes relacionadas que deverão ser divulgadas: “*compras ou vendas de bens (acabados ou não acabados)*”; “*compras ou vendas de propriedades e outros activos*”; “*prestação ou recepção de serviços*”; “*locações*”; “*transferências de pesquisa e desenvolvimento*”; “*transferências segundo acordos de licenças*”; “*transferências segundo acordos financeiros (incluindo empréstimos obtidos e contribuições de capital em dinheiro ou em espécie)*”; “*prestação de garantias ou de colaterais*”; e, por fim, “*liquidação de passivos em nome da entidade ou pela entidade em nome de outra parte*”.

Quando estiverem em causa muitos negócios de natureza semelhante (v.g., muitas compras de bens a um acionista controlador), estes “*podem ser divulgados agregadamente*” (n.º 22 da NIC 24)(31).

Por fim, a norma determina que a justificação das transações com base na equivalência dos respetivos termos aos observados nas transações com quaisquer terceiros(32) só deve ser divulgada “*se esses termos puderem ser substanciados*”.

Para facilitar a recolha desta informação pelos investidores, o relatório de governo societário deve indicar o local dos documentos de prestação de contas onde está disponível a informação sobre os negócios com partes

(29) Devendo ser especificados “*os seus termos e condições, incluindo se estão ou não seguros, e a natureza da retribuição a ser proporcionada aquando da liquidação*” e ainda “*pormenores de quaisquer garantias dadas ou recebidas*”.

(30) Basicamente, a norma distingue as seguintes categorias: “*a empresa-mãe; entidades com controlo conjunto ou influência significativa sobre a entidade; subsidiárias; associadas; empreendimentos conjuntos nos quais a entidade seja um empreendedor; pessoal-chave da gerência da entidade ou da respetiva entidade-mãe; e outras partes relacionadas*”.

(31) No entanto, assim não deverá suceder se “*divulgações separadas forem necessárias para a compreensão dos efeitos das transações com partes relacionadas nas demonstrações financeiras da entidade*” (n.º 22 da NIC 24).

(32) Com base na equivalência ao que os anglo-saxónicos denominam de “*arms’ length transaction*”.

relacionadas (de acordo com a IAS 24) ou, em alternativa, reproduzir essa informação (n.º 92 do modelo de relatório de governo societário, anexo ao Regulamento da CMVM, n.º 4/2013, sobre o “*Governo das Sociedades*”).

Refira-se, por fim, que além da ocorrência de transações, prevê-se a divulgação dos controlos a que as mesmas foram submetidas.

Assim, o art. 397.º, n.º 4, do CSC estabelece uma obrigação de divulgação, no relatório anual do conselho de administração⁽³³⁾, de todas as autorizações concedidas por este órgão às transações da sociedade com os respectivos administradores.

Por seu lado, de acordo com o Regulamento da CMVM, n.º 4/2013, sobre o “*Governo das Sociedades*”, o relatório de governo societário deve conter as seguintes informações relativas aos “*Mecanismos e procedimentos de controlo*” de transações com partes relacionadas: “*Mecanismos implementados pela sociedade para efeitos de controlo de transações com partes relacionadas*”; “*Indicação das transações que foram sujeitas a controlo no ano de referência*”; “*Descrição dos procedimentos e critérios aplicáveis à intervenção do órgão de fiscalização para efeitos da avaliação prévia dos negócios a realizar entre a sociedade e titulares de participação qualificada ou entidades que com eles estejam em qualquer relação, nos termos do art. 20.º do Código dos Valores Mobiliários*”⁽³⁴⁾.

ii) Meios preventivos: controlo prévio das transações com partes relacionadas

No que se refere ao controlo prévio das transações com partes relacionadas, o Código das Sociedades Comerciais prevê um regime específico para as transações com administradores, mas não prevê qualquer regulamentação específica para as transações com acionistas, nem com outras partes relacionadas. Vejamos:

ii a) Negócios com administradores

No que se refere aos negócios celebrados entre a sociedade e administradores, o art. 397.º do CSC proíbe absoluta e relativamente certos negócios, e dá plena liberdade para a celebração de outros⁽³⁵⁾.

⁽³³⁾ Devem ser igualmente divulgados, nos respectivos relatórios, os pareceres favoráveis do conselho fiscal ou da comissão de auditoria às referidas transações.

⁽³⁴⁾ Referimos, respectivamente, os n.ºs 89, 90 e 91 do modelo de relatório societário anexo ao Regulamento da CMVM, n.º 4/2013.

⁽³⁵⁾ V. a distinção entre “*negócios proibidos*”, “*negócios permitidos desde que respeitados requisitos procedimentais*” e “*negócios livres*”, efetuada por C. ABREU, *Negócios entre sociedade e*

Assim são absolutamente proibidos e, como tal, nulos os “*empréstimos ou crédito a administradores*”, “*pagamentos por conta deles*”, a prestação de “*garantias a obrigações por eles contraídas*” e “*adiantamentos de remunerações superiores a um mês*” (art. 397.º, n.º 1)⁽³⁶⁾.

Por sua vez, são relativamente proibidos os restante contratos celebrados entre os administradores e a sociedade (directamente ou por interposta pessoa), os quais têm de ser “*previamente autorizados por deliberação do conselho de administração, na qual o interessado não pode votar*” e devem contar com o “*parecer favorável do conselho fiscal ou da comissão de auditoria*” (art. 397.º, n.º 2)^(37/38).

partes relacionadas (administradores, sócios) — sumário às vezes desenvolvido», Direito das Sociedades em Revista, ano 5, Coimbra: Almedina, Vol. 9, 2013, p. 14, ss., que seguimos.

⁽³⁶⁾ Regime idêntico vigora em França, por força do art. L 225-43 do Code de Commerce: “*A peine de nullité du contrat, il est interdit aux administrateurs autres que les personnes morales de contracter, sous quelque forme que ce soit, des emprunts auprès de la société, de se faire consentir par elle un découvert, en compte courant ou autrement, ainsi que de faire cautionner ou avaliser par elle leurs engagements envers les tiers*”. Já na Alemanha, a concessão de crédito a administradores ou membros do conselho geral e de supervisão carece apenas de aprovação do Conselho Geral e de Supervisão (§§ 89 e 115 da *AktienGesetz*). No Reino Unido, o § 197 do *Companies Act* de 2006, exige a aprovação dos acionistas para a concessão de crédito ou de garantias a favor de um administrador. A razão de ser destas normas reside no facto de a concessão de crédito ser especialmente adequada pelos riscos que envolve para a apropriação de valor da sociedade pelo administrador. Acresce que, no passado, esses empréstimos conduziram a um indesejável endividamento dos administradores, na negociação de ações da sociedade administrada, o qual propiciou ou motivou comportamentos fraudulentos quando as cotações das ações começaram a cair. Se assim é, e em todo o caso, não se compreende que a lei não preveja proibição idêntica para financiamentos a acionistas.

⁽³⁷⁾ O art. 397.º, n.º 3, esclarece que estas proibições absoluta e relativa também abrangem “*contratos celebrados com sociedades que estejam em relação de domínio ou de grupo com aquela de que o contraente é administrador*”.

⁽³⁸⁾ Na ordem jurídica gaulesa, vigora um regime semelhante, mas ainda mais (talvez demais) exigente, quer porque também abrange as transações com o diretor-geral ou o diretor-geral delegado da empresa, quer porque não exige apenas autorização prévia do conselho de administração, mas também a ratificação das transações autorizadas pela assembleia geral, na sequência de um relatório especial do “*commissaire aux comptes*” (v. os arts. L 225-38 e L 225-40 do *Code de Commerce*). Assim, a parte interessada tem a obrigação de informar o conselho de administração sobre a transação projetada e deve abster-se de votar na autorização prévia da transação pela administração, bem como na respetiva ratificação pela assembleia geral. Curiosamente, na Alemanha, não vigora norma idêntica relativamente aos membros do *Vorstand*, mas apenas em relação a certo tipo de contratos celebrados com os membros do conselho geral e de supervisão, os quais não podem celebrar contratos de serviços ou de empreitada que envolvam uma actividade relevante, sem prévia autorização deste conselho (§ 114, 1 da *AktienGesetz*). Em todo o caso, o § 112 da *AktienGesetz* dispõe que cabe ao conselho geral e de supervisão representar a sociedade em transações com membros do *Vorstand*, o que acaba por ter um efeito disciplinador das transações com administradores. Já no Reino Unido, o art. 190.º do *Companies Act* (de 2006) submete à aprovação dos acionistas, as denominadas “*substantial property transactions*”, mais concretamente de ativos não monetários (“*non-cash*”) substanciais, considerando-se substanciais os ativos cujo valor supere 10% do activo líquido (“*net assets*”) e seja superior a 5 000 £ ou cujo valor supere £ 100 000 (v. o art. 191.º).

Por fim, a lei exclui desta proibição os contratos “*compreendido[s] no próprio comércio da sociedade*”, em que “*nenhuma vantagem especial seja concedida ao contraente administrador*” (art. 397.º, n.º 3), que, portanto, podem ser livremente celebrados⁽³⁹⁾.

Assim, um negócio inserido na atividade que constitui o objecto da sociedade e que obedeça às condições habitualmente praticadas com terceiros (às condições normais de mercado)⁽⁴⁰⁾ não carece de qualquer autorização. Esta excepção evidencia, justamente, a necessidade de uma regulamentação equilibrada conforme referimos antes. De facto, não faria qualquer sentido, por exemplo, que o conselho de administração de uma concessionária de auto-estradas tivesse de reunir e deliberar a respectiva autorização sempre que um administrador se aprontasse a passar na respectiva portagem...

É claro que um negócio pode inserir-se na atividade típica da sociedade, ser celebrado em aparentes condições normais de mercado e, no entanto, pela sua relevância e valores envolvidos, carecer de um maior escrutínio.

Pensamos, portanto⁽⁴¹⁾, que seria preferível a previsão legal de um patamar mínimo de valor (por exemplo, uma percentagem mínima de capital próprio) a partir do qual os negócios deveriam ser comunicados e submetidos à aprovação do conselho de administração.

Na ausência desta estipulação, haverá aqui um claro espaço de atuação dos administradores não executivos (nomeadamente, dos administradores independentes), vigiando eventuais negócios celebrados entre a sociedade e administradores e apreciando se os mesmos podem ser celebrados livremente por observarem “condições normais de mercado” ou se devem ser submetidos a uma autorização prévia do conselho de administração.

⁽³⁹⁾ No mesmo sentido, o art. L 225-39 do Code de Commerce, excepciona da obrigação de aprovação as “*conventions portant sur des opérations courantes et conclues à des conditions normales*”, bem como as “*conventions conclues entre deux sociétés dont l’une détient, directement ou indirectement, la totalité du capital de l’autre*”, as quais devem apenas ser comunicadas ao presidente do conselho de administração, que deve fornecer uma lista dessas transações ao conselho de administração e ao “*commissaire aux comptes*”.

⁽⁴⁰⁾ V. sobre estes requisitos COUTINHO DE ABREU, *Negócios entre sociedade e partes relacionadas (administradores, sócios)* cit., p. 18 e ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, *A aplicação do art. 397.º do CSC às sociedades por quotas*, em II Congresso Direito das Sociedades em Revista, Coimbra, 2012, p. 567.

⁽⁴¹⁾ Acompanhando a proposta de COUTINHO DE ABREU, *ob. cit.*, p. 19.

iib) Negócios com acionistas

A nossa lei não prevê qualquer mecanismo de controlo prévio dos negócios celebrados entre a sociedade e os seus acionistas⁽⁴²⁾. Nem o prevê, aliás, em relação a negócios celebrados com outras partes relacionadas, excluindo os administradores.

Isto, apesar de, também entre nós, existirem conflitos de interesses, que podem redundar em transações abusivas, em que um acionista se apropria ilegitimamente de uma parte do valor da sociedade em detrimento desta e dos restantes acionistas. Por isso, concordamos com o reforço do nosso quadro legal, através de um controlo prévio⁽⁴³⁾, que permita evitar transações com partes relacionadas em detrimento da sociedade, o que se conseguirá, através da correta transposição do art. 9.º-C, da Diretiva (UE) 2017/828. Até porque a realidade evidencia que, muitas vezes, depois de lesada a sociedade, não é possível repô-la na situação em que se encontrava nem ressarcí-la, de forma efetiva⁽⁴⁴⁾. Portanto, também nesta matéria, mais vale prevenir do que remediar.

A matéria já surge regulada nos códigos de governo das sociedades. Assim, o Código de Governo das Sociedades do IPCG sob a epígrafe “*Transações com partes relacionadas*” (n.º I.5), prevê um princípio e estabelece duas recomendações. De acordo com o princípio, “*Pelos potenciais riscos que comportam, as transações com partes relacionadas devem ser justificadas pelo interesse da sociedade e realizadas em condições de mercado, sujeitando-se a princípios de transparência e a adequada fiscalização*”.

⁽⁴²⁾ Em França, de acordo com os arts. L 225-38 e 40 do Código Comercial, os negócios da sociedade com um acionista titular de uma fração de direitos de voto superior a 10% ou com a sociedade controladora deste acionista devem ser previamente aprovados pelo conselho de administração e ratificados pela assembleia geral (devendo, nessa reunião, estar disponível aos acionistas um relatório especial do “*commissaire aux comptes*”). Na Alemanha, os tribunais têm efetuado uma interpretação restritiva do § 112 da *AktG* e não o têm aplicado por analogia a outras situações de transações com partes relacionadas (cf., neste sentido, PIERRE-HENRI CONAC, LUCA ENRIQUES, MARTIN GELTER, *Constraining Dominant Shareholders’ Self-Dealing: The Legal Framework in France, Germany, and Italy*, p. 500, disponível em <<http://ssrn.com/abstract=1532221>>. Ainda assim, da responsabilidade prevista no § 318 da *AktienGesetz* também se deduz que os administradores da sociedade devem agir com um especial cuidado na aprovação de negócios da sociedade com sociedades em que se encontre em relação de grupo.

⁽⁴³⁾ Obviamente, que haverá que fazer face a minorias oportunistas de bloqueio, descortinando eventuais abusos de minoria.

⁽⁴⁴⁾ Até porque, entre nós, não se desenvolveu uma reação eficaz a este tipo de transações, como por exemplo, a jurisprudência (e doutrina) sobre “*distribuições ocultas*”, desenvolvida na Alemanha, com base no § 57 da *AktGesetz*, e que permite qualificar as transações com acionistas desfavoráveis à sociedade, como distribuições ilícitas de bens sociais, que devem ser devolvidos ao património social.

As recomendações estabelecem o seguinte:

- “O órgão de administração deve definir, com parecer prévio e vinculativo do órgão de fiscalização, o tipo, o âmbito e o valor mínimo, individual ou agregado, dos negócios com partes relacionadas que: (i) requerem a aprovação prévia do órgão de administração (ii) e os que, por serem de valor mais elevado, requerem, ainda, um parecer prévio favorável do órgão de fiscalização”. (Recomendação n.º I.5.1.).
- “O órgão de administração deve, pelo menos de seis em seis meses, comunicar ao órgão de fiscalização todos os negócios abrangidos pela Recomendação I.5.1” (Recomendação n.º I.5.2.).

Esta recomendação pode assim alargar o controlo a transações com entidades que não seriam relacionadas, nos termos da NIC 24, por exemplo, um acionista com uma participação correspondente a 5% (v. o art. 16.º, n.º 2, alínea *a*) do CVM), dispondo que cabe ao conselho de administração, com parecer prévio e vinculativo do conselho fiscal, definir um limiar mínimo de relevância, tendo em conta o tipo, âmbito e valor dos negócios em causa, a partir do qual estes passam a depender de aprovação prévia do conselho de administração ou também de parecer favorável do órgão de fiscalização.

É claro que, neste Código, estamos perante “*soft law*”, em que, embora não havendo uma sanção propriamente jurídica, se espera que a não adopção dos mecanismos recomendados leve a uma censura do mercado que, em último termo, poderá aumentar o custo do financiamento da sociedade com capital próprio, no mercado. Sucede que, de acordo com o relatório de monitorização do Código de Governo das Sociedades do IPCG, recentemente divulgado, esta é a recomendação com menor acolhimento (apenas 28%), nas empresas emitentes, o que confirma a necessidade de transpor para a ordem jurídica portuguesa o art. 9.º-C da Directiva UE, 2017/828.

iiba) Meios preventivos de controlo previstos na Directiva UE 2017/828

Demonstrando a actualidade do nosso tema, foi recentemente aprovada a Directiva 2017/828, que altera a Directiva relativa ao exercício de direitos dos acionistas de sociedades cotadas (2007/36CE), no que se refere aos incentivos ao envolvimento dos acionistas a longo prazo, e que estabelece mecanismos preventivos de controlo de transações com partes

relacionadas⁽⁴⁵⁾, os quais deveriam ter sido transpostos para o direito português, até 10 de junho de 2019.

Partindo da constatação de que *“as transações com partes relacionadas podem prejudicar as sociedades e os seus acionistas, uma vez que podem proporcionar à parte relacionada a oportunidade de se apropriar de uma parte do valor da sociedade”*⁽⁴⁶⁾, a Directiva prevê uma nova norma (no art. 9.º-C), sob a sugestiva epígrafe *“Transparência e aprovação das transações com partes relacionadas”*, que visa submeter este tipo de transações, à aprovação dos acionistas ou do órgão de administração, em termos que *“impeçam a parte relacionada de explorar a sua posição e que ofereçam uma proteção adequada dos interesses da sociedade e dos acionistas que não sejam partes relacionadas, incluindo os acionistas minoritários”*⁽⁴⁷⁾.

No essencial, a Directiva dispõe que as transações relevantes com partes relacionadas devem ser anunciadas publicamente e aprovadas pela assembleia geral ou pelo órgão de administração ou de supervisão da sociedade.

A Directiva adota o conceito de parte relacionada previsto nas NIC e remete para os Estados-Membros a definição de transações relevantes, para a aplicação do art. 9.º-C, tendo em conta *“a influência que as informações sobre a transação podem ter sobre as decisões económicas dos acionistas”* e *“o risco decorrente da transação para a sociedade e para os seus acionistas”* [art. 9.º-C, n.º 1, alíneas a) e b)].

Na definição de transações relevantes, os Estados-Membros devem estabelecer rácios quantitativos, *“com base no impacto da transação sobre a posição financeira, nos proveitos, nos activos, no capital próprio ou no volume de negócios da sociedade ou ter em conta a natureza da transação e a posição da parte relacionada”* (art. 9.º-C, n.º 1). A Directiva prevê, expressamente, a possibilidade de os Estados-membros distinguirem entre transações relevantes, para efeito do dever de anúncio público da transação e transações relevantes para efeito do dever de aprovação, pela assembleia geral ou pelo órgão de administração (art. 9.º-C, n.º 1, parte final).

Já na proposta de Directiva, as transações que representassem mais de 5 % dos ativos da sociedade — relevando também aqui o valor agre-

(45) Sobre a Directiva, v. COUTINHO DE ABREU, *Remunerações dos administradores e transações com partes relacionadas, na Directiva dos Direitos dos Acionistas II*, in DSR, ano 10, 2018, Vol. 19, p. 13, ss.

(46) N.º 42 dos considerandos preambulares.

(47) Finalidades expressas no n.º 42 dos considerandos preambulares.

gado de transações recorrentes com a mesma parte⁽⁴⁸⁾ — tinham de ser aprovadas pelos acionistas, ao passo que as transações que representassem mais de 1 % dos ativos tinham apenas de ser divulgadas publicamente.

Ao deixar ao critério dos Estados-Membros a fixação dos rácios definidores da relevância das transações com partes relacionadas, o legislador comunitário permite que aqueles optem entre um regime regulatório mais estrito ou uma proteção mais suave, apenas contra as transações com valores mais elevados⁽⁴⁹⁾.

Estabelece a diretiva, que as transações relevantes devem ser anunciadas publicamente o mais tardar no momento em que forem celebradas, devendo esse anúncio conter informações sobre a natureza da relação com as partes relacionadas, o nome da parte relacionada, o valor da transação e outras informações necessárias para aferir se a transação é justa e razoável (art. 9.º-C, n.º 2).

Os Estados-Membros *podem*⁽⁵⁰⁾ prever que esse anúncio seja acompanhado de um relatório que avalie se a transação é justa e razoável. De acordo com a proposta da Directiva, este relatório teria de ser elaborado por um terceiro independente (um perito). Já a versão final, mais sensível aos custos da contratação de um perito⁽⁵¹⁾, é bem menos exigente: o relatório pode também ser elaborado pelo órgão de administração ou de supervisão

(48) Nos termos da proposta, “*as transações realizadas com uma mesma parte relacionada durante os 12 meses anteriores e que não tenham sido aprovadas pelos acionistas devem ser agregadas*” para efeitos de submissão à aprovação dos acionistas. “*Se o valor dessas transações agregadas ultrapassar 5 % dos ativos, a transação que implicou a ultrapassagem desse limiar e quaisquer transações subsequentes com a mesma parte relacionada devem ser submetidas à votação dos acionistas*”.

(49) Por exemplo, na Alemanha, os § 111b, n.º 1 e § 111c, n.º 1, que o projeto do governo pretende aditar à *AktienGesetz*, em transposição da Directiva, exigem a aprovação prévia do Conselho Geral e de Supervisão e a divulgação pública de negócios cujo valor (isolado ou agregado a outros negócios celebrados com a mesma pessoa, no exercício em causa) exceda 2,5% do ativo fixo e circulante da sociedade. Já em Itália, na versão alterada, do art. 2391-bis do *Codice Civile*, remete-se para um regulamento da Consob (a CMVM local) a definição dos limiares de relevância deste tipo de transações, tendo em conta “*indici quantitativi legati al controvalore dell’operazione o al suo impatto su uno o piu’parametri dimensionali della societa*”.

(50) Na proposta da directiva, este relatório era obrigatório, protegendo melhor os acionistas menos sofisticados. A verdade é que os Estados-Membros não têm usado esta permissão, que não foi, por exemplo, transposta para o ordenamento jurídico alemão ou italiano e também não consta do anteprojecto de transposição, elaborado pelo CNSF.

(51) De acordo com a exposição de motivos da proposta de Directiva, “*os custos mais significativos estarão associados aos pareceres sobre a equidade das transações elaborados por consultores independentes. No entanto, dependendo da complexidade da operação, um consultor experiente deverá ser capaz de avaliar a equidade da transação em causa num período de aproximadamente 5 a 10 horas. Tal poderá resultar num custo máximo de 2 500-5000 EUR se os pareceres forem elaborados por um auditor*”.

da sociedade, pelo comité de auditoria ou por qualquer comité composto maioritariamente por administradores independentes (art. 9.º-C, n.º 3).

As transações relevantes com partes relacionadas devem ser submetidas à aprovação da⁽⁵²⁾ assembleia geral⁽⁵³⁾ ou do órgão de administração ou de supervisão⁽⁵⁴⁾ da sociedade (art. 9.º-C, n.º 4).

A directiva estabelece que esta aprovação deve ser efectuada, de acordo com procedimentos que impeçam o acionista parte relacionada de explorar a sua posição e que ofereçam uma proteção adequada da sociedade e dos acionistas que não são partes relacionadas, designadamente, dos acionistas minoritários.

Assim, a regra é que se a transação envolver um acionista ou um administrador, este não pode participar na sua aprovação⁽⁵⁵⁾. Mas, as legislações nacionais podem autorizar essa participação, desde que prevejam garantias adequadas a proteger os interesses da sociedade e dos restantes acionistas, impedindo a parte relacionada de aprovar a transação contra o parecer contrário da maioria dos restantes acionistas (a maioria da minoria) ou contra o parecer contrário da maioria dos administradores.

Para evitar um excesso de encargos administrativos que poderiam afectar a actividade da sociedade e concentrar a supervisão prévia apenas nas transações que, de facto, possam ser mais desvantajosas para os acionistas minoritários, a Directiva exclui das obrigações de divulgação e aprovação as transações realizadas no quadro da actividade corrente da sociedade e celebradas em condições normais de mercado e permite que os Estados-Membros isentem certas transações deste controlo prévio.

iibb) Meios preventivos de controlo, no anteprojecto de transposição da Directiva UE 2017/828

Na segunda metade de 2018, o Conselho Nacional de Supervisores Financeiros (“CNSF”) aprovou e submeteu a consulta pública um antepro-

⁽⁵²⁾ Tratando-se de transação com um acionista, “*o mesmo será excluído da votação*” (art. 9.º-C, n.º 2).

⁽⁵³⁾ De acordo com a proposta de Directiva, a aprovação cabia necessariamente à Assembleia Geral, compreendendo-se a redução do nível de exigência, por razões de praticabilidade relacionadas com a realização das assembleias gerais das sociedades cotadas.

⁽⁵⁴⁾ O § 111b, n.º 1, da *AktienGesetz*, proposto pelo projecto do governo, exige a aprovação prévia do Conselho Geral e de Supervisão.

⁽⁵⁵⁾ É essa a solução adotada pelo § 111b, n.º 2, a aditar à *AktienGesetz*, que impede os membros do Conselho Geral e de Supervisão, que sejam parte na transação ou tenham um conflito de interesses por manterem uma relação próxima com a parte relacionada, de votar a aprovação do negócio.

jeto de transposição da diretiva UE n.º 2017/828⁽⁵⁶⁾, incluindo o art. 9.º-C sobre transações com partes relacionadas.

O anteprojeto propõe uma transposição do art. 9.º-C, próxima da proposta no ordenamento jurídico alemão, pelo projeto do governo⁽⁵⁷⁾, com a introdução de quatro novas normas no Código dos Valores Mobiliários, os arts. 249.º-A a 249.º-C, que definem as transações com partes relacionadas relevantes e submetem as mesmas a uma obrigação de aprovação e divulgação pública⁽⁵⁸⁾.

Antes de mais, de acordo com o anteprojeto, as novas regras aplicar-se-ão apenas às transações com partes relacionadas efetuadas por sociedades emittentes de ações admitidas à negociação em mercado regulamentado⁽⁵⁹⁾, não se tendo optado por alargar o novo regime das transações com partes relacionadas a todas as sociedades anónimas⁽⁶⁰⁾. Assim, caso o anteprojeto venha a ser aprovado, ficaremos com regimes distintos: nas sociedades cotadas, as transações com administradores (art. 397.º do CSC) e acionistas (anteprojeto de transposição da diretiva do CNSF) submeter-se-ão a um controlo prévio; nas sociedades não cotadas, esse controlo incidirá apenas sobre as transações com administradores (art. 397.º do CSC).

O art. 249.º-A, n.º 1, do anteprojeto exclui do regime específico das transações com partes relacionadas, as transações da sociedade “*realizadas no âmbito da sua atividade corrente e em condições de mercado*”, impondo um dever de o conselho de administração, com parecer vinculativo do órgão de fiscalização, aprovar um procedimento de verificação periódica, por este último órgão, das transações que preenchem aquelas condições⁽⁶¹⁾.

⁽⁵⁶⁾ O anteprojeto e os resultados da consulta pública, que terminou no dia 29 de novembro de 2018, podem ser consultados aqui: <[https://www.cmvm.pt/pt/Legislacao/Consultas Publicas/ConselhoNacionalDeSupervisoresFinanceiros/Paginas/20181017a.aspx?v=>](https://www.cmvm.pt/pt/Legislacao/Consultas%20Publicas/ConselhoNacionalDeSupervisoresFinanceiros/Paginas/20181017a.aspx?v=>)>.

⁽⁵⁷⁾ O projecto do governo, de 29 de abril de 2019, de uma lei para a transposição da segunda directiva relativa aos direitos dos acionistas, que propõe o aditamento dos § 111a a 111c à *Aktienengesetz*, para regulamentar os “*Geschäfte mit nahestehenden Personen*”.

⁽⁵⁸⁾ Bem distinta foi a opção seguida pelo legislador italiano, que alterou o art. 2391.º-*bis* do Codice Civile, com a epígrafe “*Operazioni con parti correlate*”, que já estabelecia que as sociedades cotadas adotam regras que asseguram a transparência e a correção substancial e procedimental das operações com partes relacionadas, remetendo para um regulamento da Consob (a CMVM italiana) a definição de limiares de relevância daquelas operações, bem como das regras de procedimento e de transparência, relativamente a estas operações.

⁽⁵⁹⁾ Que é, aliás, o campo de aplicação da diretiva dos direitos dos acionistas (art. 1.º, n.º 1, da diretiva 2007/36/CE).

⁽⁶⁰⁾ Também em Itália e na Alemanha, se limitou o regime da diretiva sobre negócios com partes relacionadas às sociedades cotadas.

⁽⁶¹⁾ No mesmo sentido, o § 111a da *Aktengesetz*, do projeto de governo alemão.

Assim, só são relevantes, as transações com partes relacionadas que não “*são realizadas no âmbito da sua atividade corrente e em condições de mercado*”, as quais devem ser objeto de deliberação pelo conselho de administração precedida de um parecer do órgão de fiscalização (art. 249.º-A, n.º 2), numa solução similar à do art. 397.º, n.º 2, do CSC, para as transações com administradores.

Duas notas: o art. 249.º-A, n.º 2, atribui esta competência ao conselho de administração executivo, quando exista, parecendo-nos que seria mais correto deixar esta competência para o conselho de administração alargado, sobretudo, quando o parecer do órgão de fiscalização não é vinculativo; qualquer transação com partes relacionadas que não preencha aquelas condições, independentemente do respetivo valor ou relevância, fica sujeita à aprovação pelo órgão de administração, visto que a norma não estabelece qualquer limiar mínimo de relevância para as transações com partes relacionadas.

Já o art. 249.º-B, n.º 1, estabelece uma obrigação de divulgação pública das transações “*cujo valor seja igual ou superior a 2,5% do ativo consolidado da sociedade emitente, ou do ativo individual caso não prepare contas consolidadas*”.

Não pode deixar de estranhar-se, que o anteprojeto pretenda aplicar o regime mais estrito, de aprovação pelo conselho de administração, a todas as transações relevantes, independentemente do seu valor e/ou relevância, e aplicar as regras mais suaves de publicação, apenas às transações de maior valor, igual ou superior a 2,5% do activo.

Esta distinção, neste sentido, além de se compreender mal, contraria a intenção que subjaz ao art. 9.º-C, n.º 1, da diretiva, ao prever a possibilidade de os Estados-Membros distinguirem o limiar de relevância das transações, para efeitos de divulgação pública ou de aprovação, pelo órgão de administração, conforme resulta da história do diploma.

De facto, na proposta de Diretiva, as transações que representassem mais de 5 % dos ativos da sociedade tinham de ser aprovadas pelos acionistas, ao passo que as transações que representassem mais de 1 % dos ativos tinham apenas de ser divulgadas publicamente. O anteprojeto propõe exatamente o contrário: qualquer transação relevante, independentemente do seu valor, tem de ser aprovada pelo órgão de administração, ao passo que só as transações de valor superior a 2,5% do ativo têm de ser divulgadas publicamente, o que se compreende mal.

Quando muito, poderia seguir-se a solução proposta na Alemanha, que submete à obrigação de aprovação e de divulgação pública, todas

as transações relevantes cujo valor exceda 2,5% do ativo da sociedade⁽⁶²⁾.

iii) Meios repressivos

Além dos referidos meios que operam *ex ante*, com o objectivo de prevenir transações com partes relacionadas prejudiciais à sociedade (como vimos, os meios mais eficazes), existem outros meios que operam *ex post*, com o objectivo de reprimir essas transações.

Desde logo, nas transações com acionistas⁽⁶³⁾ deve considerar-se a possibilidade de o negócio ser nulo por fraude à lei, na medida em que, materialmente, consubstancia uma autorização de bens a um acionista, não autorizada pela assembleia geral da sociedade (cf. o art. 31.º, n.º 1, do CSC)⁽⁶⁴⁾.

Na verdade, nas transações em que há um grande desequilíbrio entre a prestação da sociedade e a prestação do acionista, o que, de facto, ocorre é uma distribuição ilícita de bens sociais a esse acionista, que devia ter sido submetida a aprovação dos acionistas (art. 31.º do CSC).

Em termos subsidiários⁽⁶⁵⁾, para os casos em que é absolutamente evidente que o negócio é contrário aos interesses da sociedade, visando apenas beneficiar o acionista ou administrador em causa, poderá admitir-se a nulidade dos mesmos, através de mecanismos gerais do direito civil.

Normalmente, tratar-se-á de casos de conluio entre um (ou alguns) administradores e o acionista ou de abuso⁽⁶⁶⁾ de tal forma evidente que o acionista podia ou, pelo menos, devia ter conhecido. Parece-nos adequada a solução proposta por COUTINHO DE ABREU: nos casos de conluio, o negócio poderá ser nulo por o respectivo fim ser ofensivo dos bons costumes (art. 281.º do C.Civil); Já nos casos de abuso evidente, os negócios poderão ser ineficazes em relação à sociedade por aplicação analógica da figura do abuso de representação (art. 269.º do C.Civil)⁽⁶⁷⁾.

(62) §§ 111b, n.º 1, e 111c, n.º 1, a aditar à Aktgesetz, de acordo com o projeto do governo alemão.

(63) Justamente, as transações em que não há qualquer controlo prévio.

(64) Na Alemanha, foi justamente através da doutrina e jurisprudência desenvolvidas a propósito das “distribuições ocultas”, que se veio a entender que as transações com acionistas desfavoráveis à sociedade de facto constituem distribuições de bens a esses acionistas. V. PIERRE-HENRI CONAC, LUCA ENRIQUES, MARTIN GELTER, *Constraining Dominant Shareholders’ Self-Dealing*, cit., p. 502.

(65) Subsidiários, porque deve dar-se primazia ao remédio específico do direito das sociedades comerciais, previsto no art. 31.º do CSC, ainda que por meio do instituto da fraude à lei.

(66) Estas hipóteses são referidas por C. ABREU, *ob. cit.*, p. 24.

(67) Para certos casos em que o abuso não é tão evidente (como tal, não abrangidos pelos remédios acima referidos) e em que o mesmo administrador actuou em nome da sociedade e da parte relacionada ou actuou apenas em nome da sociedade, mas a parte relacionada é confundível com o pró-

Por outro lado, os administradores que participaram na formação e celebração de negócios entre a sociedade e sócios com preterição dos seus deveres de cuidado e de lealdade⁽⁶⁸⁾ podem ser responsabilizados, ficando obrigados a indemnizar a sociedade (art. 72.º).

Por outro lado, os sócios controladores que tenham exercido a sua influência sobre os administradores por forma a determinar uma transação ilícita também podem ser responsabilizados (art. 83.º, n.º 4)⁽⁶⁹⁾.

prio administrador, o negócio pode ser anulado nos termos do art. 261.º do Código Civil (negócio consigo mesmo).

⁽⁶⁸⁾ Como vimos, em transações muito desequilibradas poderá também estar em causa o dever específico de não distribuir bens aos sócios sem uma prévia deliberação destes — art. 31.º, n.º 1.

⁽⁶⁹⁾ V. C. ABREU, *ob cit.*, que seguimos.

A PROPÓSITO DO COMBATE AO BRANQUEAMENTO DE CAPITAIS E AO FINANCIAMENTO DO TERRORISMO. O BENEFICIÁRIO EFETIVO (DE UMA SOCIEDADE COMERCIAL)

Por Alexandre de Soveral Martins

SUMÁRIO:

1. Introdução. A necessidade de identificar todas as pessoas singulares que detêm a propriedade ou o controlo de uma sociedade comercial. 2. O Regime Jurídico do Registo do Beneficiário Efetivo. Vista panorâmica. 3. «Propriedade» do beneficiário efetivo *vs.* propriedade legal. 4. «Propriedade» do beneficiário efetivo *vs.* controlo. 5. Os indícios. 6. Informação pública. Acesso. 7. Em quem confiar? 8. Registo do Beneficiário Efetivo mantido pela sociedade. 9. (Tentativa de esboçar) Uma conclusão.

1. Introdução. A necessidade de identificar todas as pessoas singulares que detêm a propriedade ou o controlo de uma sociedade comercial

A identificação dos titulares das ações ou quotas em sociedades comerciais, ou dos beneficiários efetivos das mesmas, tem sido vista como medida de combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo⁽¹⁾. A Diretiva 2015/849/UE («relativa à prevenção da utilização

⁽¹⁾ A identificação dos titulares de participações sociais pode ser relevante também para que os Estados se apropriem dos ativos em que foram utilizadas as vantagens dos crimes. Sobre a *confiscation*, considerando que o termo «refers to the state taking from the defendant a sum of money or assets

do sistema financeiro e das atividades e profissões especialmente designadas para efeitos de branqueamento de capitais e de financiamento do terrorismo»⁽²⁾, ou Quarta Diretiva Anti-Branqueamento) dá especial atenção à identificação do beneficiário efetivo.

O Considerando (12) mostra ao que vem a Diretiva: «É necessário identificar todas as pessoas singulares que detêm a propriedade ou o controlo de uma pessoa coletiva. A fim de garantir uma transparência efetiva, os Estados-Membros deverão assegurar a cobertura do leque mais vasto possível de pessoas coletivas constituídas ou criadas por qualquer outro mecanismo no seu território. Embora o conhecimento de uma percentagem de ações ou de participação no capital não permita automaticamente conhecer o beneficiário efetivo, essa percentagem deverá constituir um dos fatores indiciários a ter em conta». Por sua vez, o Considerando (14) acrescenta que «[A] necessidade de dispor de informações exatas e atualizadas sobre o beneficiário efetivo é um fator essencial para rastrear os agentes do crime, que de outro modo poderão dissimular a sua identidade numa estrutura societária»⁽³⁾.

equivalent to the value of the proceeds he has derived from crime», MARY ALICE YOUNG, *Banking Secrecy and Offshore Financial Centers. Money laundering and offshore banking*, Routledge, Abingdon, 2013, p. 23, ss.; v. tb., sobre o «congelamento» de bens de pessoas constantes de listas «Negras», NICHOLAS RYDER, *The Financial War on Terrorism*, Routledge, Oxon/New York, 2015, p. 53, ss.

⁽²⁾ V., antes dela, a Diretiva 91/308/CEE de 10 de junho de 1991, a Diretiva 2001/97/CE de 4 de dezembro de 2001 e a Diretiva 2005/60/CE de 26 de outubro de 2005 (completada pela Diretiva 2006/70/CE, de 1 de agosto de 2006).

⁽³⁾ O art. 3.º, 3, da Diretiva define assim beneficiário efetivo: «6) «Beneficiário efetivo»: a pessoa ou pessoas singulares que, em última instância, detêm a propriedade ou o controlo do cliente e/ou a pessoa ou pessoas singulares por conta de quem é realizada uma operação ou atividade, incluindo pelo menos: a) No caso das entidades societárias: i) a pessoa ou pessoas singulares que, em última instância, detêm a propriedade ou o controlo, direto ou indireto, de uma percentagem suficiente de ações ou dos direitos de voto ou de participação no capital de uma pessoa coletiva, incluindo através da detenção de ações ao portador, ou que exercem controlo por outros meios sobre essa pessoa coletiva, que não seja uma sociedade cotada num mercado regulamentado sujeita a requisitos de divulgação de informações consentâneos com o direito da União ou sujeita a normas internacionais equivalentes que garantam suficiente transparência das informações relativas à propriedade. A detenção, por uma pessoa singular, de uma percentagem de 25 % de ações mais uma ou de uma participação no capital do cliente superior a 25 % é um indício de propriedade direta. A detenção de uma percentagem de 25 % de ações mais uma ou de uma participação no capital do cliente de mais de 25 % por uma entidade societária que está sob o controlo de uma ou várias pessoas singulares, ou por várias entidades societárias que estão sob o controlo da mesma pessoa ou pessoas singulares é um indício de propriedade indireta. Esta disposição é aplicável sem prejuízo do direito dos Estados-Membros a decidirem que uma percentagem mais baixa pode indicar propriedade ou controlo. O controlo através de outros meios pode ser determinado, *inter alia*, segundo os critérios estabelecidos no art. 22.º, n.ºs 1 a 5, da Diretiva 2013/34/UE do Parlamento Europeu e do Conselho (3); ii) se, depois de esgotados todos os meios possíveis e na condição de não haver motivos de suspeita, não tiver sido identificada nenhuma

As linhas antecedentes mostram o que deve estar presente no espírito do intérprete quando procura determinar o perímetro abrangido pelo conceito de beneficiário efetivo. Não se trata apenas de ir em busca de quem ganha economicamente, mas também quem pode utilizar a posição que ocupa para branquear capitais ou financiar o terrorismo. Por outro lado, também não é apenas do controlo de direitos de voto que se trata: isso pode não ser necessário para o branqueamento de capitais ou para o financiamento do terrorismo. E esta razão de ser é decisiva para se compreender o regime da Diretiva e a própria transposição da mesma⁽⁴⁾.

O problema tem sido enfrentado de múltiplas formas. A L 16/2017, de 3 de maio, alterou o art. 66.º do RGIC, dando nova redação à sua al. g). Esta exige agora que o registo dos acionistas dos bancos identifique não só os acionistas detentores de participações qualificadas, mas também os seus beneficiários efetivos. Aparentemente, a identificação dos beneficiários efetivos apenas diz ali respeito às participações qualificadas.

Por sua vez, a L 83/2017, de 18 de agosto, que transpõe parcialmente a Diretiva 2015/849/UE e a Diretiva 2016/2258/UE e estabelece medidas de combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo, vem, designadamente, obrigar várias entidades a identificar os beneficiários efetivos dos seus clientes (art. 32.º) e a consultar as informações constantes do Registo Central do Beneficiário Efetivo.

Esse Registo foi aprovado pela L 89/2017, de 21 de agosto. É logo o art. 4.º dessa lei que obriga as próprias sociedades comerciais a manterem um registo dos beneficiários efetivos. Por sua vez, o art. 5.º obriga os sócios a informar a sociedade de qualquer alteração dos elementos constantes do registo que as sociedades tenham efetuado. As sanções para o incumprimento dessa obrigação de informação podem ser drásticas: o art. 5.º, 3, permite a amortização das participações em caso de incumprimento injustificado.

O registo efetuado na sociedade não se confunde com o Registo Central dos Beneficiários Efetivos. As entidades sujeitas ao Regime Jurídico

peessoa nos termos da subalínea *i*), ou se subsistirem dúvidas de que a pessoa ou pessoas identificadas sejam os beneficiários efetivos, a pessoa ou pessoas singulares que detêm a direção de topo; as entidades obrigadas conservam registos das ações levadas a cabo para identificar os beneficiários efetivos nos termos da subalínea *i*) e da presente subalínea». No discurso que se segue, não daremos atenção aos casos em que está em causa «peessoa ou pessoas singulares por conta de quem é realizada uma operação ou atividade».

(4) Sendo certo que as finalidades visadas não seriam satisfeitas com os registos de participações existentes anteriormente. Sobre esses registos, RUI PINTO DUARTE, «Publicidade das participações nas sociedades comerciais», DSR, 2010, 2, Vol. 3, p. 65, ss.

do Registo Central do Beneficiário Efetivo ou RJRCBE (entre elas, as sociedades comerciais: cf. o art. 3.º, 1, *a*), do RJRCBE)⁽⁵⁾ devem fazer a declaração do beneficiário efetivo prevista no respetivo art. 5.º, sendo a informação relevante refletiva no próprio Registo. Esse Registo (uma base de dados: art. 1.º do RJRCBE) é gerido pelo Instituto dos Registos e do Notariado, I.P. (art. 2.º do RJRCBE)⁽⁶⁾.

⁽⁵⁾ Sobre as cooperativas, v. MARIA ELISABETE RAMOS, «As cooperativas e os regimes do beneficiário efetivo», CES, 40, 2017/2018, p. 59, ss.

⁽⁶⁾ Como vimos no texto, o Registo Central do Beneficiário Efetivo é uma base de dados. E, por isso, os dados têm de chegar lá. O Registo Central do Beneficiário Efetivo tem de ser alimentado. Para isso servem as comunicações, declarações iniciais, confirmações anuais, retificações e comunicações de omissões, inexactidões, desconformidades ou desatualizações. Para que isso aconteça é, desde logo, muito importante ter em conta o disposto no art. 22.º da Lei 89/2017, que se ocupa nos n.ºs 2 a 4 de várias informações que devem ser comunicadas por várias entidades: informações constantes do Ficheiro Central de Pessoas Coletivas, informações comunicadas pela AT, informações transmitidas pelas autoridades setoriais. Temos depois a declaração inicial relativa ao beneficiário efetivo, e que pode dizer respeito a um de dois tipos de casos: *a*) Sociedades já constituídas no momento da entrada em vigor da Portaria 233/2018; *b*) Sociedades ainda não constituídas no momento da entrada em vigor da Portaria 233/2018 (alterada pela Portaria 200/2019, de 28 de junho, em particular quanto aos prazos para a declaração inicial do RCBE). Deve, ainda, ter lugar a confirmação anual da informação. Nos termos do art. 15.º do Regime, a confirmação da exatidão, suficiência e atualidade da informação sobre o beneficiário efetivo é feita através de declaração anual, até ao dia 15 do mês de julho (mas v. o art. 4.º da Portaria 200/2019, de 28 de junho). A informação constante da base de dados deve ser atualizada («no mais curto prazo possível, sem nunca exceder 30 dias, contados a partir da data do facto que determina a alteração» — art. 14.º, 1, do Regime; deve ser atualizada, por exemplo se tem lugar a perda da qualidade de beneficiário efetivo (art. 34.º do Regime). Pode ainda ter lugar a realização de retificações, bem como a comunicação de omissões, inexactidões, desconformidade ou desatualização (arts. 25.º e 26.º do Regime). Tal comunicação pode ser feita não apenas pela sociedade comercial, mas também pelos sujeitos indicados como beneficiários efetivos, por certas autoridades e, ainda, pelas entidades obrigadas no exercício dos seus deveres preventivos. O art. 34.º, 2, *d*), da Lei 83/2017 estabelece que as entidades obrigadas têm o dever de comunicar ao IRN as desconformidades, omissões, inexactidões ou desatualizações ali previstas. Se a comunicação é feita por outra entidade que não a sociedade comercial sujeita ao Registo Central, esta será notificada para retificar a informação ou para apresentar justificação que dispense a retificação. E embora o IRN seja a entidade gestora do Registo Central, também designa o serviço ou serviços que vão assegurar os procedimentos respeitantes àquele registo (art. 2.º do Regime). De acordo com o art. 36.º do Regime, a comprovação da situação tributária regularizada passa a abranger a comprovação do registo e atualizações de beneficiário efetivo. As sanções do art. 37.º do Regime também estimularão a realização dos registos e atualizações: no caso de incumprimento de obrigações declarativas e de retificação ali está contida a proibição de distribuir lucros do exercício ou fazer adiantamentos sobre esses lucros, celebrar certos contratos, concorrer à concessão de serviços públicos, admitir à negociação em mercado regulamentado instrumentos financeiros representativos do seu capital ou nele convertíveis, lançar oferta pública de subscrição de instrumentos financeiros emitidos pela entidade, beneficiar de certos apoios e intervir em certos negócios sobre imóveis. O art. 10.º, *f*), do CRC sujeita a registo o «incumprimento da obrigação da declaração de beneficiário efetivo» e a menção na matrícula de que a entidade não cumpriu a obrigação de declaração do beneficiário efetivo ajudará ao cumprimento (art. 8.º, 5, do RRC). Por sua vez, o art. 37.º, 2, do Regime do Registo Central prevê a obrigação de publicitação no próprio Registo Central da situação de incumprimento das obrigações declarativas ou da falta de eventual apresentação

O Regime Jurídico do Registo Central do Beneficiário Efetivo coloca difíceis problemas ao intérprete e é um desafio considerável para as entidades que o têm de respeitar. Merece, por isso, umas palavras mais, realçando algumas interrogações a que procuraremos responder no futuro.

2. O Regime Jurídico do Registo do Beneficiário Efetivo. Vista panorâmica

O Regime Jurídico do Registo do Beneficiário Efetivo já levou a que alguns se questionassem sobre a possibilidade de sobrevivência das sociedades anónimas tal como as conhecemos hoje.

No entanto, o art. 4.º do Regime Jurídico do Beneficiário Efetivo afasta do âmbito de aplicação respetivo as «sociedades com ações admitidas à negociação em mercado regulamentado, sujeitas a requisitos de divulgação de informações consentâneos com o direito da União Europeia ou sujeitas a normas internacionais equivalentes, que garantam suficiente transparência das informações relativas à titularidade das ações». O que permite dizer que a notícia sobre a morte das sociedades anónimas é manifestamente exagerada.

A razão de ser da exclusão referida residirá, parece, no facto de aquelas sociedades já estarem sujeitas a um regime de transparência que é considerado suficiente⁽⁷⁾. No entanto, esta exceção cria uma dificuldade adicional no caso de existir uma cadeia de titularidades que tem, num dos elos, uma daquelas sociedades com ações⁽⁸⁾.

de justificação que as dispense. Maior estímulo ao cumprimento poderia constituir a contraordenação prevista no art. 6.º da Lei 89/2017. A epígrafe é a seguinte: «Incumprimento pela sociedade das obrigações declarativas». No entanto, o articulado nada parece ter a ver com a epígrafe: a contraordenação diz respeito aos casos em que a sociedade não cumpre o dever de manter o registo atualizado dos elementos de identificação do beneficiário efetivo. E esse dever de manter o registo parece ser o dever de manter o registo previsto no art. 4.º da Lei 89/2017: o dever de manter o registo na própria sociedade. O art. 38.º do Regime Jurídico do Beneficiário Efetivo acrescenta a responsabilidade civil de quem presta falsas declarações para efeitos de registo do beneficiário efetivo e remete ainda para o art. 348.º-A do Código Penal. Ainda assim, parece pouco. Na França, o art. L 561-49 do CMonFin sanciona penalmente a não realização do depósito do documento relativo ao beneficiário efetivo legalmente exigido ou o depósito de documento com informações inexatas ou incompletas. A lista de sanções a que pode ficar sujeita a entidade é muito extensa, o que mostra bem a diferença entre os regimes.

(7) JÉRÔME CAPDEVILLE, «L'identification du bénéficiaire effectif en droit des sociétés» Rev. Soc., 2018, Janvier, pp. 7-13, a p. 8.

(8) Alertando para esse problema, JÉRÔME CAPDEVILLE, «L'identification du bénéficiaire effectif en droit des sociétés», *cit.*, p. 10.

Para termos uma visão adequada dos temas em causa necessitamos de olhar não apenas para o Regime Jurídico do Registo Central do Beneficiário Efetivo, aprovado pela Lei 89/2017, de 21 de agosto, mas também para essa mesma Lei, bem como para a Lei 83/2017, de 18 de agosto, que contém o regime de combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo. E ambos os regimes devem ser lidos tendo presentes as Diretivas que transpõem e, em particular, a Diretiva 2015/849. A própria Diretiva 2018/843 ajuda a compreender algumas das soluções traçadas pela lei nacional. E para compreendermos a Diretiva de 2015 será bom que leiamos a Proposta da Comissão⁽⁹⁾, as posições do Parlamento Europeu, a opinião do Banco Central Europeu e do Comité Económico e Social, bem como às Recomendações de 2012 do FATF (*Financial Action Taskforce*) e suas interpretações. Por sua vez, essas recomendações têm em conta algumas Convenções internacionais.

O Regime Jurídico do Registo Central do Beneficiário Efetivo justifica que se tenham presentes várias distinções (pensando apenas nas sociedades comerciais):

- entre sócio e beneficiário efetivo;
- entre Registo do Beneficiário Efetivo na sociedade comercial (mantido por esta e que é um registo privado), Registo Central do Beneficiário Efetivo (gerido pelo IRN) e registo escrito que as entidades obrigadas devem manter (nos termos, p. ex., do art. 29.º, 4, da Lei 83/2017);
- entre o papel a desempenhar pelos sócios, pela sociedade comercial e pelas (chamadas) entidades obrigadas;
- entre declaração inicial do beneficiário efetivo, atualizações de informação, confirmações anuais, retificações oficiosas e comunicações de omissão, inexatidão, desconformidade ou desatualização.

Antes de avançar, convém referir que o RJRCBE não nos diz em que consiste o beneficiário efetivo. É o art. 30.º, 1, da L 83/2017 que nos auxilia nessa tarefa: são beneficiários efetivos «as seguintes pessoas:

- a) A pessoa ou pessoas singulares que, em última instância, detêm a propriedade ou o controlo, direto ou indireto, de uma percenta-

⁽⁹⁾ COM(2013) 45 final.

- gem suficiente de ações ou dos direitos de voto ou de participação no capital de uma pessoa coletiva;
- b) A pessoa ou pessoas singulares que exercem controlo por outros meios sobre essa pessoa coletiva;
- c) A pessoa ou pessoas singulares que detêm a direção de topo, se, depois de esgotados todos os meios possíveis e na condição de não haver motivos de suspeita:
- i) Não tiver sido identificada nenhuma pessoa nos termos das alíneas anteriores; ou
 - ii) Subsistirem dúvidas de que a pessoa ou pessoas identificadas sejam os beneficiários efetivos».

O ponto de partida que vamos usar situa-se no art. 2.º da Lei 89/2017. Esse preceito estabelece que aquela Lei aprova o «Regime Jurídico do Registo Central do Beneficiário Efetivo, previsto no art. 34.º da Lei n.º 83/2017 [...]». Esta Lei 83/2017 contém o regime essencial do combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo.

A remissão para o art. 34.º da Lei 83/2017 é decisiva para compreendermos o Regime do Registo Central do Beneficiário Efetivo. Ao lermos o referido art. 34.º, vemos que ali é dito que as entidades obrigadas consultam as informações constantes do registo central do beneficiário efetivo. Nesse registo central do beneficiário efetivo devem constar as informações sobre os beneficiários efetivos para que, desde logo, as entidades obrigadas as possam consultar. Entre essas entidades obrigadas encontramos os advogados, os solicitadores, os notários e outros profissionais independentes da área jurídica [art. 4.º, 1, f); mas v. tb. o n.º 2], bem como os auditores, contabilistas certificados e consultores fiscais [art. 4.º, 1, e)].

As mencionadas entidades obrigadas têm o dever de obter um conhecimento satisfatório sobre os beneficiários efetivos do cliente: é o que resulta do art. 29.º, 1, da Lei 83/2017. O n.º 2 mostra que esse conhecimento deve ser obtido antes mesmo do estabelecimento da relação de negócio ou de uma transação ocasional.

O exposto mostra já a importância do que consta do Registo Central do Beneficiário Efetivo. Mas a informação que chega a esse registo central do beneficiário efetivo não deve apenas dizer respeito ao beneficiário efetivo.

Com efeito, a declaração do beneficiário efetivo deve conter a informação relevante sobre a identificação dos titulares do capital social das sociedades comerciais, com a discriminação das respetivas participações

sociais. É o que se lê no art. 8.º, 1, *b*), do Regime Jurídico do Registo Central do Beneficiário Efetivo.

Mais. O art. 9.º, 1, do Regime obriga a recolher na declaração do beneficiário efetivo vários dados não apenas sobre o beneficiário efetivo, mas também sobre as pessoas singulares que sejam titulares do capital social e, até, sobre os titulares de participações sociais que sejam pessoas coletivas.

Isso é, aliás, o que a Diretiva 2015/849 manda fazer. O seu art. 30.º, 3, estabelece que os «Estados-Membros asseguram que as informações referidas no n.º 1 são conservadas num registo central em cada Estado-Membro [...]». Nessas informações referidas no n.º 1 encontramos as informações sobre os beneficiários efetivos de entidades societárias e outras pessoas coletivas e, bem assim, informações sobre o proprietário legal. Esse proprietário legal da Diretiva é o titular do capital social que vem mencionado no art. 8.º, 1, *b*), do Regime e que será o sócio da sociedade.

A qualidade de sócio não se confunde com a de beneficiário efetivo referida no art. 8.º, 1, *d*), do mesmo Regime. O que não exclui a possibilidade de serem a mesma pessoa. Pense-se no caso de uma sociedade unipessoal por quotas com sócio único que é pessoa singular e que é também beneficiário efetivo: vale por dizer, é também quem tem a propriedade económica em última instância e é quem tem o controlo. Neste caso, tem a propriedade económica e o controlo de forma direta.

É, pois, fundamental fazer a distinção entre a informação que tem de ser feita chegar ao Registo Central, a informação que este Registo deve conservar e, por fim, a informação que constitui o próprio Registo Central. Por isso é que o art. 1.º do RJRCBE informa que está em causa uma base de dados com informação sobre quem detem a propriedade ou o controlo efetivo das entidades àquele sujeitas. Mas, para entendermos isto, também é preciso saber do que se fala quando se usa ali a palavra «propriedade».

3. «Propriedade» do beneficiário efetivo vs. propriedade legal

O termo «propriedade» aparece em vários preceitos muito importantes do Regime Jurídico do Registo Central do Beneficiário Efetivo.

Aparece, por exemplo, no art. 3.º Lei 89/2017 a propósito do documento de constituição da sociedade comercial. Este já deve conter a «identificação das pessoas singulares que detêm, ainda que de forma indireta ou

através de terceiro, a propriedade das participações sociais ou, por qualquer outra forma, o controlo efetivo da sociedade»⁽¹⁰⁾.

Aparece também no art. 4.º Lei 89/2017, segundo o qual o registo do beneficiário efetivo na sociedade comercial deve conter elementos de identificação dos «sócios, com discriminação das respetivas participações», das «pessoas singulares que detêm, ainda que de forma indireta ou através de terceiro, a propriedade das participações sociais», e «quem, por qualquer forma, detenha o respetivo controlo efetivo».

Aparece igualmente utilizado no art. 1.º do Regime do Registo Central do Beneficiário Efetivo, dali se retirando que esse Registo «é constituído por uma base de dados, com informação suficiente, exata e atual sobre a pessoa ou as pessoas singulares que, ainda que de forma indireta ou através de terceiro, detêm a propriedade ou o controlo efetivo das entidades a ele sujeitas»⁽¹¹⁾.

Em qualquer dos casos mencionados, entendemos que o termo propriedade não significa o direito de propriedade sobre as participações sociais: não significa a propriedade legal, para usarmos a expressão do art. 30.º, 1, 2.º par. da Diretiva. Trata-se, isso sim, da detenção em última instância da propriedade entendida como propriedade económica.

Essa propriedade económica pode coincidir com a propriedade legal, entendendo por esta a propriedade jurídica das participações sociais. Nesse caso, quem detém a propriedade económica é proprietário legal das participações: terá, por isso propriedade económica direta.

O art. 30.º, 1, a), da Lei 83/2017 considera, designadamente, beneficiário efetivo a «pessoa ou pessoas singulares que, em última instância, detêm a propriedade ou o controlo, direto ou indireto, de uma percentagem suficiente de ações ou dos direitos de voto ou de participação no capital de uma pessoa coletiva». A lei usou aqui o que consta também do art. 3.º, 6, a), i), da versão em português da Diretiva 2015/849⁽¹²⁾.

No entanto, o legislador nacional esqueceu-se que o art. 3.º, 6, a), i), da Diretiva 2015/849 apenas contém uma referência a um dos casos em que se pode falar da existência de um beneficiário efetivo. O ponto de par-

⁽¹⁰⁾ Sobre a eventual responsabilidade civil do sócio fundador em caso de inexatidão e deficiência, MARIA ELISABETE RAMOS, «Os registos de beneficiário efetivo», *cit.*, p. 369, ss.

⁽¹¹⁾ A referência a propriedade ou controlo «efetivo» é importante, pois mostra que a lei se orienta por uma conceção substantiva de beneficiário efetivo. A esta se contrapõe uma conceção formal, que remete para a possibilidade de exercer o controlo. Sobre a distinção v. MARIA ELISABETE RAMOS, «Os registos de beneficiário efetivo», ROA, 78, jan/jun 2018, I/II, p. 333, ss., a p. 339, s.

⁽¹²⁾ O Considerando (12) da Diretiva 2015/849 mostra-nos os extensos objetivos: «É necessário identificar todas as pessoas singulares que detêm a propriedade ou o controlo de uma pessoa coletiva».

tida deve ser, em qualquer caso, a definição do corpo do art. 3.º, 6, da Diretiva: é beneficiário efetivo a «pessoa ou pessoas singulares que, em última instância, detêm a propriedade ou o controlo do cliente [...]». De qualquer modo, é fácil de ver que o proprietário em última instância não se confunde com o que devemos entender por proprietário legal. A distinção entre proprietário legal e beneficiário efetivo está feita no art. 30.º, 1, da Diretiva [«Os Estados-Membros asseguram que (as entidades societárias e outras pessoas coletivas constituídas no seu território) são obrigadas a apresentar às entidades obrigadas, além das informações sobre o proprietário legal, informações sobre o beneficiário efetivo (...)»]. A mesma distinção consta do art. 33.º da Lei 83/2017.

A versão em língua inglesa da Diretiva 2015/849 Diretiva ajuda-nos a compreender melhor o que está em causa. Veja-se, em primeiro lugar, o art. 3.º, 6): «‘beneficial owner’ means any natural person(s) who ultimately owns or controls the customer and/or the natural person(s) on whose behalf a transaction or activity is being conducted and includes at least:

- (a) in the case of corporate entities:
 - (i) the natural person(s) who ultimately *owns or controls a legal entity through* [itálico nosso] direct or indirect ownership of a sufficient percentage of the shares or voting rights or ownership interest in that entity, including through bearer shareholdings, *or through control via other means* [mais uma vez, itálico nosso], other than a company listed on a regulated market that is subject to disclosure requirements consistent with Union law or subject to equivalent international standards which ensure adequate transparency of ownership information»⁽¹³⁾.

⁽¹³⁾ A definição em língua inglesa continua da seguinte forma: «A shareholding of 25 % plus one share or an ownership interest of more than 25 % in the customer held by a natural person shall be an indication of direct ownership. A shareholding of 25 % plus one share or an ownership interest of more than 25 % in the customer held by a corporate entity, which is under the control of a natural person(s), or by multiple corporate entities, which are under the control of the same natural person(s), shall be an indication of indirect ownership. This applies without prejudice to the right of Member States to decide that a lower percentage may be an indication of ownership or control. Control through other means may be determined, inter alia, in accordance with the criteria in Article 22(1) to (5) of Directive 2013/34/EU of the European Parliament and of the Council; (ii) if, after having exhausted all possible means and provided there are no grounds for suspicion, no person under point (i) is identified, or if there is any doubt that the person(s) identified are the beneficial owner(s), the natural person(s) who hold the position of senior managing official(s); the obliged entities shall keep records of the actions taken in order to identify the beneficial ownership under point (i) and this point». V. tb., já antes, o art. 3.º, 6, da Diretiva 2005/60/CE.

Assim, a versão em língua inglesa mostra-nos que a propriedade ou controlo em causa é sempre a que incide sobre a *legal entity*. E é essa propriedade sobre a *legal entity* (a propriedade económica) que poderá ser indiciada por outros factos: v.g., pela detenção de certa percentagem de ações ou de participações sociais⁽¹⁴⁾. Há, como se vê, uma grande diferença de redação entre a versão em língua inglesa do art. 3.º, 6, a), i), e a versão do mesmo preceito em língua portuguesa.

O beneficiário efetivo nas entidades societárias é esse *beneficial owner*: designadamente o que «ultimately owns or controls» (*à la fin des fins*, como escrevem Alain Couret e Bruno Dondero)⁽¹⁵⁾. O *beneficial owner* (o nosso beneficiário efetivo) também *owns*: este termo foi traduzido por propriedade na versão em português, mas essa propriedade é a propriedade económica. Por isso é que no art. 30.º, 1, da Diretiva, na versão em língua inglesa, surge feita a distinção entre *legal owner* e *beneficial owner*. Aquele que compra as ações nominativas e as tem registadas em seu nome é o *legal owner*. Se é ou não também o *beneficial owner*, isso é outra história. Pode ser ou não ser. E o *beneficial owner* pode ter apenas o controlo: apenas, porque não tem a propriedade das participações sociais⁽¹⁶⁾.

De acordo com o art. 30.º, 1, par. 2 da Diretiva, o direito de cada Estado-Membro deve assegurar que as entidades societárias e outras pessoas coletivas «são obrigadas a apresentar às entidades obrigadas, além das informações sobre o proprietário legal, informações sobre o beneficiário efetivo, quando as entidades obrigadas tomarem medidas de diligência quanto à clientela [...]». O n.º 1 do mesmo artigo obriga as mesmas entidades societárias e outras pessoas coletivas a obter e conservar informações sobre os seus beneficiários efetivos.

É, assim, claro que proprietário legal não tem de ser o beneficiário efetivo e vice-versa. Mas nada impede que o proprietário legal seja o bene-

(14) Também é importante conhecer os textos que o FATF (ou GAFI — Grupo de Ação Financeira, Groupe d'action financière) foi produzindo sobre a matéria. Com efeito, o FATF considerou «beneficial owner» a (ou as) «natural person(s) who ultimately owns or controls a customer and/or the natural person on whose behalf a transaction is being conducted. It also includes those persons who exercise ultimate effective control over a legal person or legal arrangement». V. FATF (2012-2018), *International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation*, FATF, Paris, France, 2012-2018, p. 111. V. tb. FATF, *International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation*, Interpretative note to recommendation 24 (transparency and beneficial ownership of legal persons), p. 84 e ss., e FATF Guidance, *Transparency and beneficial owner*, 2014, p. 8, ss.

(15) ALAIN COURET/BRUNO DONDERO, *Le bénéficiaire effectif*, Joly, Issy-les-Moulineux, 2018, p. 7.

(16) ALAIN COURET/BRUNO DONDERO, *Le bénéficiaire effectif, cit.*, p. 11.

ficiário efetivo. O n.º 3 do mesmo artigo da Diretiva obriga os Estados-Membros a conservar num registo central as informações referidas no n.º 1. Repetimos: as informações referidas no n.º 1. E entre essas informações encontramos não apenas as relativas aos beneficiários efetivos, mas também ao proprietário legal. Isto ajuda-nos a compreender, designadamente, o teor dos arts. 8.º e 9.º do Regime do Registo Central quanto à declaração do beneficiário efetivo.

O beneficiário efetivo é sempre pessoa humana. Mas podem ser várias pessoas humanas. O art. 3.º, 6, da Diretiva 2015/849 já o revelava. O mesmo se diga do art. 30.º, 1, *a*), da Lei 83/2017.

4. «Propriedade» do beneficiário efetivo vs. controlo

No que diz respeito às entidades societárias, o art. 30.º, 1, *a*), da L 83/2017 dispõe que são beneficiários efetivos a «pessoa ou pessoas singulares que, em última instância, detêm a propriedade ou o controlo, direto ou indireto, de uma percentagem suficiente de ações ou dos direitos de voto ou de participação no capital de uma pessoa coletiva».

O preceito distingue entre propriedade e controlo. Com efeito, a expressão usada é «a propriedade ou o controlo», o que parece significar que uma não se confunde com o outro. Tanto a propriedade como o controlo podem ser diretos ou indiretos. O art. 30.º, 2, *a*) e *b*), da L 83/2017 apresenta factos que são indícios de propriedade (direta e indireta). A propriedade e o controlo em causa são a propriedade e o controlo sobre a entidade societária, se aceitarmos interpretar a Diretiva com o sentido que a mesma parece ter na versão em língua inglesa (*«ultimately owns or controls a legal entity through...»*).

São ainda beneficiários efetivos as pessoas singulares que exercem o controlo por outros meios sobre a entidade em causa (art. 30.º, 1, *b*), da L 83/2017). Os meios agora relevantes são os que não consistem em propriedade ou controlo de percentagem suficiente de ações, direitos de voto ou participação no capital. E aqui é necessário convocar o art. 30.º, 2, *c*), da L 83/2017: para os efeitos de aferição da qualidade de beneficiário efetivo, quando o cliente for uma entidade societária, as entidades obrigadas verificam a existência «de quaisquer outros indicadores de controlo e das demais circunstâncias que possam indiciar um controlo por outros meios».

5. Os indícios

Alguns indícios ajudam a determinar quem é beneficiário efetivo. E a mesma sociedade pode ter vários beneficiários efetivos.

Esses indícios estão previstos no art. 30.º, 2, da Lei 83/2017.

Antes de mais, temos um indício de propriedade direta: leia-se, de propriedade económica direta. É, julgamos nós, a *direct ownership* da *beneficial ownership*. Esse indício de propriedade direta vem referido no art. 30.º, 2, a), da Lei 83/2017: é «indício de propriedade direta a detenção, por uma pessoa singular, de participações representativas de mais de 25% do capital social do cliente». Assim, podemos concluir que, por aplicação deste indício, uma mesma sociedade pode ter até três pessoas singulares que sejam considerados beneficiários efetivos. E isto é assim ainda que essas pessoas singulares não tenham o controlo da sociedade⁽¹⁷⁾. O critério não parece funcionar nos casos de pessoas singulares que isoladamente não ultrapassam a barreira, mas que atuam concertadamente⁽¹⁸⁾.

O art. 30.º, 2, b), da Lei 83/2017 tem agora um indício do que chama «propriedade indireta»: mais uma vez, trata-se da propriedade indireta que é propriedade económica. Ou seja, é a propriedade indireta entendida ainda como *beneficial ownership*.

E o que vemos na lei portuguesa é que constitui «indício de propriedade indireta a detenção de participações representativas de mais de 25% do capital social do cliente por:

- i) Entidade societária que esteja sob o controlo de uma ou várias pessoas singulares; ou
- ii) Várias entidades societárias que estejam sob o controlo da mesma pessoa ou das mesmas pessoas singulares».

Estamos aqui perante situações frequentes na prática, pois tenta-se muitas vezes ocultar o beneficiário efetivo através de cadeias complexas⁽¹⁹⁾. As diversas entidades interpostas podem tornar difícil identificar aquele beneficiário. Estudar essas várias hipóteses está, também, no nosso horizonte. Em particular, pretendemos aprofundar a forma como aquela

(17) Para a França, com iguala leitura de preceito semelhante, ALAIN COURET/BRUNO DONDERO, *Le bénéficiaire effectif*, cit., p. 65.

(18) Mas o ponto é duvidoso: para a França, com problema idêntico, ALAIN COURET/BRUNO DONDERO, *Le bénéficiaire effectif*, cit., p. 65.

(19) ALAIN COURET/BRUNO DONDERO, *Le bénéficiaire effectif*, cit., p. 72.

interposição pode conduzir a diferentes resultados no cálculo da «detenção de participações representativas de mais de 25% do capital social»⁽²⁰⁾.

A qualificação como beneficiário efetivo pode ainda resultar de outros indicadores de controlo e de outras circunstâncias, nos termos agora da al. c) do n.º 2. Isso também está previsto no n.º 6, al. a), i), do art. 3.º da Diretiva, que remete ainda para os critérios do art. 22.º, 1 a 5, da Diretiva 2013/34 (sobre contas consolidadas)⁽²¹⁾. Embora a Lei 83/2017 não

⁽²⁰⁾ V., com várias hipóteses, ALAIN COURET/BRUNO DONDERO, *Le bénéficiaire effectif*, cit., p. 72, ss.

⁽²¹⁾ E que são os seguintes: «1. Os Estados-Membros devem exigir de qualquer empresa regida pelo seu direito nacional que elabore demonstrações financeiras consolidadas e um relatório de gestão consolidado se essa empresa (a empresa-mãe): a) Tiver a maioria dos direitos de voto dos acionistas ou sócios de uma outra empresa (a empresa filial); b) Tiver o direito de nomear ou exonerar a maioria dos membros dos órgãos de administração, de direção ou de supervisão de uma outra empresa (a empresa filial) e for simultaneamente acionista ou sócia dessa empresa; c) Tiver o direito de exercer influência dominante sobre uma empresa (a empresa filial) da qual seja acionista ou sócia, por força de um contrato celebrado com essa empresa ou de uma cláusula dos estatutos desta, se o direito que rege essa empresa filial permitir que esta fique sujeita a tais contratos ou cláusulas estatutárias. Os Estados-Membros podem não exigir que a empresa-mãe seja acionista ou sócia da empresa filial. Os Estados-Membros cujo direito não preveja tais contratos ou cláusulas estatutárias não são obrigados a aplicar esta disposição; ou d) For acionista ou sócia de uma empresa, e: i) a maioria dos membros dos órgãos de administração, de direção ou de supervisão dessa empresa (a empresa filial), em funções durante o período em curso, durante o período anterior e até à elaboração das demonstrações financeiras consolidadas, tiverem sido exclusivamente nomeados em resultado do período dos seus direitos de voto, ou ii) controlar por si só, na sequência de um acordo concluído com outros acionistas ou sócios dessa empresa (a empresa filial), a maioria dos direitos de voto dos acionistas ou sócios dessa empresa. Os Estados-Membros podem introduzir disposições mais pormenorizadas relativamente à forma e ao conteúdo de tais acordos. Os Estados-Membros impõem, pelo menos, os acordos a que se refere a subalínea ii). Os Estados-Membros podem sujeitar a aplicação da subalínea i) ao requisito de que os direitos de voto representem pelo menos 20 % do total. Contudo, a subalínea i) não é aplicável se um terceiro tiver, em relação a essa empresa, os direitos a que se referem as alíneas a), b) ou c). 2. Para além dos casos a que se refere o n.º 1, os Estados-Membros podem exigir que as empresas regidas pelo seu direito nacional elaborem demonstrações financeiras consolidadas e um relatório de gestão consolidado se: a) Essa empresa (a empresa-mãe) puder exercer, ou exercer efetivamente, uma influência dominante ou um controlo sobre outra empresa (a empresa filial); ou b) Essa empresa (a empresa-mãe) e outra empresa (a empresa filial) estiverem colocadas sob a direção única da empresa-mãe. 3. Para efeitos da aplicação do n.º 1, alíneas a), b) e d), aos direitos de voto, de nomeação ou de exoneração da empresa-mãe são adicionados os direitos de qualquer outra empresa filial, bem como os de uma pessoa que aja em seu nome mas por conta da empresa-mãe ou de outra empresa filial. 4. Para efeitos da aplicação do n.º 1, alíneas a), b) e d), aos direitos referidos no n.º 3 são subtraídos os direitos: a) Relativos às ações ou quotas detidas por conta de uma pessoa que não seja a empresa-mãe nem uma empresa filial dessa empresa-mãe; ou b) Relativos às ações ou quotas: i) detidas como garantia, desde que os direitos sejam exercidos de acordo com as instruções recebidas, ou ii) detidas no âmbito de uma operação corrente das atividades da empresa em matéria de empréstimos, desde que os direitos de voto sejam exercidos no interesse do prestador da garantia. 5. Para efeitos da aplicação do n.º 1, alíneas a) e d), da totalidade dos direitos de voto dos acionistas ou dos sócios na empresa filial são subtraídos os direitos de voto relativos às ações ou quotas detidas por essa empresa, por uma empresa filial dessa empresa ou por uma pessoa que aja em seu nome mas por conta dessas empresas».

lhe faça expressa referência no art. 30.º, os referidos critérios poderão ser considerados indicadores de controlo⁽²²⁾. Tanto mais que esses mesmos critérios surgem quase reproduzidos no art. 2.º, 3, da Lei 83/2017. Esses critérios são aí utilizados a propósito do controlo de modo exclusivo por uma empresa-mãe, podendo discutir-se se empresa-mãe pode ser uma pessoa singular. Mas já parece haver margem para dizer que esses critérios podem ser considerados outras circunstâncias que possam indiciar um controlo por outros meios (art. 30.º, 2, c), da Lei 83/2017).

Há ainda que ter em conta o art. 2.º, 1, u), da Lei 83/2017. Dessa norma resulta que são considerados indicadores de controlo as seguintes situações:

- «i) Uma empresa-mãe controla de modo exclusivo outra entidade, nos termos do disposto nos n.ºs 3 e 4;
- ii) Uma entidade e uma ou várias entidades, com as quais a primeira não esteja relacionada conforme descrito na subalínea anterior, estão colocadas sob uma direção única, em virtude de um contrato celebrado com aquela primeira entidade ou de cláusulas estatutárias dessas outras entidades;
- iii) Os órgãos de administração ou de fiscalização de uma entidade e os de uma ou várias outras entidades, com as quais a primeira não esteja relacionada conforme descrito na subalínea i), são, na sua maioria, compostos pelas mesmas pessoas em funções durante o exercício em curso e até à elaboração das demonstrações financeiras consolidadas;
- iv) O controlo efetivo de uma entidade é exercido por um número limitado de sócios e as decisões a ela relativas resultam de comum acordo entre estes (situação de controlo conjunto)».

Quanto às pessoas singulares, o indicador que parece ter relevo direto é o último: o relativo ao controlo conjunto. Mas os outros podem ser úteis para detetar cadeias sucessivas abaixo do beneficiário efetivo, que tem de ser pessoa singular. E certamente podem ser tidas em conta as circunstâncias ali descritas como outras circunstâncias que possam indiciar um controlo por outros meios.

Esgotados todos os meios possíveis *sem que se consiga identificar* outros beneficiários efetivos através dos indícios ou *se houver dúvidas*

(22) V. tb., nesse sentido, MARIA ELISABETE RAMOS, «Os registos de beneficiário efetivo», *cit.*, p. 348.

quanto à referida qualidade, e não havendo motivos de suspeita, será beneficiário efetivo a pessoa ou as pessoas que detêm a direção de topo (art. 30.º, 1, c), da Lei 83/2017): é o que já foi chamada «exceção de impossibilidade»⁽²³⁾ ou beneficiário efetivo «par défaut»⁽²⁴⁾.

A direção de topo vem definida no art. 2.º, 1, n), da Lei 83/2017: «qualquer dirigente ou colaborador com conhecimentos suficientes da exposição da entidade obrigada ao risco de branqueamento de capitais e de financiamento do terrorismo e com um nível hierárquico suficientemente elevado para tomar decisões que afetem a exposição ao risco, não sendo necessariamente um membro do órgão de administração»⁽²⁵⁾.

A questão que podemos também colocar é a seguinte: não se deverá fazer a distinção entre as situações em que *não se consegue detetar outro beneficiário efetivo* e aquelas em que se considera *provado que não há outro beneficiário efetivo*? Poderia dizer-se que, se for feita prova de que não há beneficiário efetivo para além da direção de topo, esta não deve ser considerada beneficiário efetivo.

Julgamos que se deve explorar um outro caminho: desde que não seja feita prova de que há outro beneficiário efetivo, a direção de topo deve ser considerada beneficiário efetivo. Se não há outro beneficiário efetivo detetável, isso significa que a direção de topo pode atuar com maior margem de manobra e, por isso, aumenta o risco de poder haver branqueamento de capitais ou financiamento do terrorismo. Tanto mais que, como se lê no já mencionado Considerando (12) da Diretiva 2015/849, se pretende «identificar todas as pessoas singulares que detêm a propriedade ou o controlo de uma pessoa coletiva». Não havendo outras pessoas singulares ou coletivas com essa propriedade ou controlo, os poderes da direção de topo são conhecidos menores restrições. Lembre-se também o que significa direção de topo: qualquer dirigente ou colaborador com conhecimentos suficientes

⁽²³⁾ ALAIN COURET/BRUNO DONDERO, *Le bénéficiaire effectif*, cit., p. 20. O art. 13.º, 1, b), da Diretiva 2015/849 foi alterado pela Diretiva 2018/843, que aditou no final o seguinte: «Caso o beneficiário efetivo identificado seja o membro da direção de topo referido no art. 3.º, n.º 6, alínea a), subalínea ii), as entidades obrigadas tomam as medidas necessárias e razoáveis para determinar a identidade da pessoa singular que detém a direção de topo e conservam registos das ações empreendidas, bem como das dificuldades eventualmente encontradas durante o processo de verificação».

⁽²⁴⁾ JÉROME CAPDEVILLE, «Nouveau décret du 18 avril 2018 à propos de l'identification du bénéficiaire effectif en droit des sociétés», *Rev. Soc.*, 2018, juillet-août, p. 423, ss., p. 426.

⁽²⁵⁾ É algo de semelhante ao que vem dito na Diretiva: art. 3.º, 12) — «um dirigente ou funcionário com conhecimentos suficientes da exposição da instituição ao risco de branqueamento de capitais e de financiamento do terrorismo e com um nível hierárquico suficientemente elevado para tomar decisões que afetem a exposição ao risco, não sendo necessariamente, em todos os casos, um membro do conselho de administração».

da exposição da entidade obrigada ao risco de branqueamento de capitais e de financiamento do terrorismo e com um nível hierárquico suficientemente elevado para tomar decisões que afetem a exposição ao risco.

De qualquer modo, e como veremos adiante, a questão não será tão complexa no que diz respeito à obrigação declarativa para a realização da declaração de beneficiário efetivo.

6. Informação pública. Acesso

A informação constante do Registo Central sobre beneficiários efetivos é, em parte, pública, através de página eletrónica, mas apenas quanto à informação mencionada no art. 19.º do RJRCBE. O art. 7.º da Portaria regula o acesso, que tem lugar mediante autenticação. Curiosamente, a versão inicial da Diretiva 2015/849 fazia referência ao acesso por pessoas ou organizações que pudessem provar um interesse legítimo. No entanto, a Diretiva 2018/843 já menciona o acesso por «todos os membros do público». Contudo, o art. 30.º, 1, do RJRCBE estabelece que os dados constantes da base só são divulgados e comunicados em conformidade com o respeito pela finalidade da recolha dos dados (seja lá o que isso for), e o n.º 2 acrescenta que as entidades «a que é permitido o acesso devem limitá-lo aos casos em que este seja necessário e não devem utilizar a informação para fins diversos dos que determinam a recolha». Trata-se de uma solução confusa e que mereceria ser melhorada.

Quanto ao acesso pelas entidades obrigadas, o mesmo é efetuado nos termos do art. 20.º do RJRCBE e do art. 8.º da Portaria 233/2018 (entretanto alterada pela Portaria 200/2019, de 28 de junho: v., sobre a consulta pelas entidades obrigadas, o art. 3.º). As entidades obrigadas são as mencionadas nos arts. 3.º e 4.º da Lei 83/2017, podendo ser entidades financeiras ou entidades não financeiras. Aí encontramos os auditores, contabilistas certificados, advogados, solicitadores, notários e outros profissionais independentes da área jurídica, constituídos em sociedade ou em prática individual. Essas entidades obrigadas têm, entre outros, um dever de identificação e um dever de diligência, que são regulados nos arts. 23.º, ss. da Lei 83/2017.

As autoridades competentes acedem também à informação do Registo Central nos termos do art. 21.º do Regime e art. 10.º da Portaria 233/2018, estando prevista a cooperação internacional nos termos do art. 24.º do Regime.

Podem ser estabelecidas algumas restrições de acesso (art. 22.º do Regime), mas esse regime não é aplicável ao acesso por certas entidades

(n.º 4). As restrições são compreensíveis tendo em conta os fundamentos que estão em causa. Saber que alguém é beneficiário efetivo de sociedades muito importantes pode suscitar a ganância de quem tudo faz por dinheiro.

Os titulares dos dados pessoais que constam do Registo Central, incluindo o beneficiário efetivo, têm os direitos previstos na Lei 67/98, de 26 de outubro, alterada pela Lei 103/2015, de 24 de agosto (art. 31.º do Regime). É ressalvado o disposto no próprio Regime do Registo Central.

Tendo essa ressalva em mente, os titulares dos dados pessoais terão um direito de informação, um direito de acesso e a não ser sujeito a certas decisões com base exclusivamente no tratamento automatizado de dados. Já o direito de oposição parece ser fortemente restringido pelo Regime do Registo Central. Caberá ao IRN assegurar o direito de informação e acesso aos dados pelos respetivos titulares (art. 28.º do Regime). A Comissão Nacional de Proteção de Dados manifestou-se de forma crítica quanto ao acesso público aos dados pessoais referidos. Estamos a pensar no Parecer 29/2017, Proc. 6841/2017. Entretanto, a mesma Comissão emitiu o Parecer 23/2018 sobre o Projeto de Portaria que regulamenta o regime jurídico do Registo Central do Beneficiário Efetivo, criticando a forma como o acesso à informação constante daquele Registo estava pensado. Também isto merece reflexão futura⁽²⁶⁾.

Está ainda prevista a possibilidade de obtenção de certidões e informações (art. 23.º do Regime e art. 11.º da Portaria 233/2018).

7. Em quem confiar?

Grande parte dos dados que vão constar do Registo Central chegam ao mesmo através das declarações de beneficiário efetivo que são enviadas pelas sociedades comerciais. Estas, por sua vez, vão receber também informação dos sócios, como se vê no art. 5.º, 1, da Lei 89/2017. Referimos já que o documento que formaliza a constituição da sociedade comercial deve conter a identificação das pessoas singulares que detêm a propriedade ou o controlo efetivo da sociedade. E dizemos propriedade da sociedade porque, ao contrário do que se lê no art. 3.º da Lei 89/2017, consideramos que se trata dessa propriedade devido à comparação que fizemos há pouco com o teor da Diretiva 2015/849 em inglês.

(26) V., sobre o tema, MARIA ELISABETE RAMOS, «Os registos de beneficiário efetivo», *cit.*, p. 366, ss.

As sociedades comerciais podem também notificar os sócios para que estes atualizem os seus elementos de identificação. Se os sócios não cumprirem de forma injustificada o dever de informação após essa notificação, está aberta a porta à amortização das participações (art. 5.º, 3, da Lei 89/2017).

Isto é particularmente relevante porque, como vimos, o incumprimento do dever de a sociedade manter atualizado o registo dos elementos de identificação do beneficiário efetivo constitui contraordenação, prevista no art. 6.º da Lei 89/2017 e punível com coima de 1000 a 50000 euros.

A informação que as sociedades comerciais recebem dos sócios servirá para alimentar o seu próprio Registo do Beneficiário Efetivo e para darem cumprimento aos deveres declarativos.

Porém, o art. 5.º do Regime prevê, no n.º 1, que a declaração do beneficiário efetivo deve conter «informação suficiente, exata e atual sobre os seus beneficiários efetivos», bem como «todas as circunstâncias indiciadoras dessa qualidade e a informação sobre o interesse económico nelas detido». Acresce que o art. 9.º, 3, do mesmo Regime exige que a informação sobre o beneficiário efetivo «inclui sempre as circunstâncias indiciadoras dessa qualidade e do interesse económico detido». O n.º 4 acrescenta que tal informação «deve incluir a respetiva fonte, mediante a indicação da base de dados da Administração Pública, designadamente, a do registo comercial ou, quando tal não seja possível, por junção de documento bastante».

Na leitura que adotamos, a sociedade comercial não tem de basear-se apenas no que o sócio lhe comunica. Se a sociedade comercial tem outras informações que não coincidem com as que o sócio lhe comunica, deve investigar. E deve ter em conta os índices de que já falámos.

Até onde a sociedade pode e deve ir⁽²⁷⁾ é algo que também nos servirá de campo de investigação futuro. O mesmo se diga quanto à eventual responsabilidade dos membros dos órgãos de administração por não terem atuado de acordo com o que lhes era exigido⁽²⁸⁾.

(27) Até mesmo na construção do seu registo e do que dele consta: v., sobre isto, MARIA ELISABETE RAMOS, «Os registos de beneficiário efetivo», *cit.*, p. 358.

(28) V., sobre ambos os temas, MARIA ELISABETE RAMOS, «Controlo de identidade dos sócios — alguns problemas recentes», in AAVV, *V Congresso Direito das Sociedades em Revista*, Almedina, Coimbra, 2018, p. 65, ss., a p. 84, ss.

8. Registo do Beneficiário Efetivo mantido pela sociedade

O Registo do Beneficiário Efetivo mantido pela sociedade está previsto no art. 4.º da Lei 89/2017. Esse registo é privado e deve conter os elementos de identificação dos sócios, com discriminação das respetivas participações sociais; os elementos de identificação das pessoas singulares que detêm, ainda que de forma indireta ou através de terceiro, a propriedade das participações sociais; os elementos de identificação de quem, por qualquer forma, detenha o respetivo controlo efetivo; deve ainda ser recolhida a informação acerca do eventual representante fiscal (art. 4.º da Lei 89/2017).

O Registo do Beneficiário Efetivo mantido pela sociedade será muito útil para que esta possa cumprir as suas obrigações declarativas. Também será muito útil porque o CRC foi alterado. Agora, as sociedades que pretendam registar alterações do contrato de sociedade terão de apresentar, para arquivo, não apenas a versão atualizada e completa do texto do contrato de sociedade alterado, mas também a lista dos sócios com os respetivos dados de identificação (art. 59.º, 2). E o registo dos sócios integra o Registo do Beneficiário Efetivo, como se vê no art. 4.º, 1, *a*), da Lei 89/2017.

Na manutenção do seu registo do beneficiário efetivo a sociedade terá de respeitar a legislação sobre proteção de dados pessoais. Além disso, há que articular tal registo com o direito dos sócios à informação⁽²⁹⁾. Também aí muito há para investigar.

9. (Tentativa de esboçar) Uma conclusão

A identificação do titular das participações sociais (do verdadeiro titular ou do último beneficiário) é um tema de grande importância porque se liga com a necessidade de combate ao terrorismo (e ao seu financiamento) e de combate ao branqueamento de capitais.

A identificação do beneficiário efetivo suscita ainda interessantes questões no que diz respeito à governação das sociedades. Se o poder deve andar acompanhado da responsabilidade, para responsabilizar é necessário

(29) V., mais uma vez, MARIA ELISABETE RAMOS, «Os registos de beneficiário efetivo», *cit.*, p. 358.

saber a quem devem ser exigidas responsabilidades. E pode o beneficiário efetivo que não é titular legal ser responsabilizado? Em que medida?

O conhecimento dos verdadeiros beneficiários efetivos pode influenciar as decisões dos outros sócios. Desde logo, a decisão de ficar ou de sair. Aquele conhecimento também pode ditar a vontade de contratar ou não com determinada sociedade.

Nem sempre é fácil identificar o beneficiário efetivo. As cadeias de intermediários, muitas vezes saltando fronteiras, não ajudam nessa tarefa. E se pelo meio surgem patrimónios de afetação e entidades estabelecidas em países que permitem a opacidade patrimonial, tudo se torna mais complicado ainda. Os diferentes regimes jurídicos aplicáveis ao longo dos diversos elos ensombram, muitas vezes, o resultado final da inquirição: podemos ter na cadeia sistemas de titularidade direta e sistemas de titularidade indireta. A tarefa pode, por vezes, ser hercúlea.

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA: A EXPERIÊNCIA DOS TRIBUNAIS ESPECIALIZADOS NA INGLATERRA E NO PAÍS DE GALES

Por André Lamas Leite(*)
e Ana Morais(**)

SUMÁRIO:

I. Introdução. **II. O sistema de justiça criminal e a violência doméstica.** **III. Os tribunais especializados em violência doméstica na Inglaterra e no País de Gales.** 1. Evolução. 2. Componentes-chave do sistema. 3. Função e procedimentos. 4. Apoio às vítimas e testemunhas. 5. Impacto dos SCVCs. 6. Pontos de melhoria. 7. *Guidelines* para uma resposta efectiva. **IV. Conclusão.**

I. Introdução

A violência doméstica (VD) compreende o abuso íntimo do parceiro e o abuso intra-familiar. Refere-se tanto a incidentes únicos como a um padrão de abuso duradouro no tempo. As vítimas de VD têm uma maior probabilidade de serem revitimizadas, quando comparadas com vítimas de outros tipos de crime.

(*) Professor da Faculdade de Direito da Universidade do Porto e da Universidade Lusíada Norte (Porto); Investigador do CIJE (FDUP); Advogado.

(**) Doutoranda em Criminologia pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto; Psicóloga.

Nesse sentido, existe investigação internacional significativa que sugere que os tribunais especializados podem desempenhar um papel vital no sentimento de protecção e segurança das vítimas. Reconhecendo esse facto, os sucessivos governos ingleses têm, desde 2005 até à atualidade, estabelecido e suportado os tribunais especializados em VD (*SDVCs*) em Inglaterra e no País de Gales.

As avaliações realizadas à prática nesses tribunais sugerem ganhos significativos desde a sua implementação. Tanto o número de condenações como a percentagem de acusações nos casos de VD aumentou. Adicionalmente, as avaliações independentes sugerem que, quando as vítimas estão envolvidas e apoiadas por profissionais focados nestas últimas dentro dos *SDVCs*, elas sentem-se mais seguras e os seus casos têm maior probabilidade de evoluir para uma acusação.

Contudo, alguns dos ganhos obtidos desde 2005 estão em perigo de se dissolverem. Os *SDVCs* dependem de parcerias de trabalho colaborativas entre as agências e o sector voluntário. Nos últimos anos, os cortes orçamentais e o encerramento de vários tribunais têm afectado o seu funcionamento e dinâmica, criando uma crescente pressão no sistema.

O modesto desiderato do presente artigo é o de fornecer ao leitor uma noção integrada do modo como estes tribunais funcionam na Inglaterra e no País de Gales (o sistema escocês e o da Irlanda do Norte, neste ponto, são autónomos, dentro do Reino Unido), tanto mais que está na ordem do dia, em Portugal, a questão de saber até que ponto continua ou não a fazer sentido a manutenção da proibição constitucional de instituir tribunais especializados para o julgamento de certos tipos legais de crimes (art. 209.º, n.º 4 da CRP). Só analisando os pontos fortes e fracos dos ordenamentos que o fizeram pode habilitar o legislador pátrio a tomar uma decisão político-criminal informada e cientificamente sustentada, o que, como se sabe, é cada vez mais uma raridade.

II. O sistema de justiça criminal e a violência doméstica

A VD é um desafio tanto para o sistema de justiça criminal como para a sociedade de uma forma geral. Contudo, apesar de muitos anos de investigação, muita legislação e retórica política, o progresso em reduzir o dano neste tipo de crimes tem sido, no máximo, heterogéneo. Uma razão importante para tal contende com o facto de muitas das estratégias e táticas que

estão a ser implementadas não terem sido rigorosamente testadas. Acresce que, onde houve avaliação, em muitos dos casos, as evidências foram intencionalmente mal interpretadas ou apenas parcialmente adoptadas.

Boa parte das factuais típicas que se reconduzem à VD no Reino Unido não são denunciadas aos órgãos de polícia criminal, apesar de poderem ser conhecidas pelos serviços sociais, de habitação e profissionais de saúde. As vítimas sentem que é uma luta para envolver a polícia nas denúncias de VD e a inspecção critica as forças de segurança por descartarem os modos de aquisição da *notitia criminis* com muita frequência⁽¹⁾.

Tanto profissionais como académicos da área têm criticado, sucessivamente, esta resposta da polícia, entendida como fraca, devido à sua relutância em intervir e à incerteza dos seus poderes nas situações da esfera privada. Apenas um número baixo de processos chega à fase correspondente à nossa dedução da acusação e segue para julgamento, havendo depois, paradoxalmente, um recurso a sanções excessivas pelos juízes.

Todas essas questões provocam nas vítimas um desencorajamento, mantendo-se muitas vezes em relações pautadas por comportamentos abusivos e violentos crescentes, na percepção da falta de alternativas eficazes. Por sua vez, as agências de justiça criminal sentem-se frustradas pelo fracasso das vítimas no suporte à acção policial ou em comparecer no tribunal para testemunhar. Existem claramente circunstâncias especiais neste tipo de delitos onde vítima e ofensor estão unidos pela existência de uma relação íntima, o que torna a acusação mais complexa e a vítima mais relutante em colaborar na acção da justiça. Os tribunais estão habituados a lidar com incidentes de criminalidade isolados. Contudo, a essência da VD assenta em um padrão de controlo coercivo, habitualmente duradouro no tempo, com recurso a um vasto leque de diferentes tipos de abuso, nomeadamente o psicológico, emocional, físico, económico-financeiro e sexual.

O impacto de tais abusos é profundo, complexo e extremamente idiossincrático, tendo, por isso, que ser plenamente entendido para que o sistema de justiça possa responder eficazmente quando as vítimas avançam para uma denúncia. É, por isso, imperativo o treino e formação na área da VD e do abuso para os profissionais do sistema de justiça. Apenas dessa forma podem as vítimas sentir-se seguras, com acesso à informação auxiliada por especialistas treinados para gerir os riscos que estas enfren-

(1) Vide <<https://www.justiceinspectores.gov.uk/hmicfrs/wp-content/uploads/progress-report-on-the-police-response-to-domestic-abuse.pdf>>.

tam e com apoio especializado para aumentar o seu envolvimento com as agências que gravitam em volta da administração da justiça⁽²⁾.

Quando os órgãos de polícia criminal são chamados pela vítima ou por um terceiro, existe uma variedade de respostas possíveis, desde apenas escutar, registar e não tomar mais nenhuma diligência, a lançar mão de medidas extrajudiciais e resoluções na comunidade e ordens civis e/ou acusações. A actuação da polícia é guiada pelas orientações e políticas governamentais e pela fiscalização. Apesar do comprometimento dos sucessivos governos na melhoria da capacidade de resposta do sistema de justiça, os estudos demonstram uma taxa de atrito significativa nos casos de VD — o processo gradual pelo qual os processos são abandonados pela polícia ou pelo correspondente ao nosso Ministério Público, no período entre a acusação e a data do julgamento — após a denúncia dos incidentes, continuando a constituir uma preocupação.

Existe pouca investigação acerca da taxa de atrito, sendo que pesquisa recente ⁽³⁾ sugere as seguintes razões-chave:

- i) a relutância da vítima em fornecer provas em todas as fases do processo — pode resultar do medo de retaliação, de uma descrença no processo de justiça criminal e/ou de um desejo de lidar com o abuso à sua própria maneira — como forma de manter o controlo do que acontece tanto para a própria, como para o ofensor;
- ii) a necessidade de haver provas suficientemente sólidas nos casos que chegam a tribunal, de forma a cumprir os *standards* mínimos exigíveis por uma condenação criminal. Na VD, muitas vezes, as provas são apenas a palavra de uma pessoa contra outra, e;
- iii) a falta de suporte às alegadas vítimas, antes e durante o processo judicial, tanto na preparação para a audiência, como na audiência de julgamento em si.

Nenhum caso de VD deve ser tratado como um primeiro incidente. Consequentemente, muitas das intervenções de baixo dano, tais como

⁽²⁾ Cf. BAIRD, VERA, *et al.*, *Specialist Domestic Violence Courts — How special are they?*, Stockport: Soroptimists from Northern England, 2018 [Consult. 12 Novembro 2019]. Disponível em <http://www.northumbria-pcc.gov.uk/v2/wp-content/uploads/2018/07/OPCC_037_Specialist-domestic-violence-courts-Court-Observers-Panel-A4-booklet-2018-V2.pdf>.

⁽³⁾ Cf. GIBBS, PENELOPE, *Love, fear and control — Does the criminal justice system reduce domestic abuse?*, London: Transform Justice, 2018 [Consult. 29 Outubro 2019]. Disponível em <http://www.transformjustice.org.uk/wp-content/uploads/2018/09/TJ_August_WEB_V1.pdf>.

medidas extrajudiciais, conferências de grupo familiar ou justiça restaurativa têm sido firmemente removidas da lista de procedimentos aprovados. Alternativamente, tem havido um forte recurso aos processos formais de acusação e às intervenções dos tribunais. Investigação recente no Reino Unido e na Austrália⁽⁴⁾ destacou a necessidade de uma abordagem muito mais direcionada.

As ordens de protecção foram desenhadas para colmatar a ineficácia do sistema de justiça criminal em lidar com os ofensores e proteger as vítimas. Contudo, a criminalização da VD é uma parte importante do reconhecimento do profundo dano físico e psicológico que causa, demonstrando que não é uma ofensa menor por ser infligida na esfera privada.

Para perceber a eficácia das sentenças criminais, seria necessário que os tribunais recolhessem dados acerca das penas aplicadas aos ofensores, o que não acontece. De acordo com o *Sentencing Council*⁽⁵⁾, a decisão mais comum para as ofensas relacionadas com a VD são as sanções cumpridas na comunidade (em geral), seguida da multa, penas privativas de liberdade, absolvição e pena suspensa. Algumas decisões que importam um cumprimento sancionatório na comunidade e as penas de prisão envolvem um programa de mudança de comportamento, mas à maioria destes agressores é-lhes aplicada uma pena que dificilmente reduzirá a sua reincidência — muitas das referidas medidas comunitárias consistem apenas em trabalho a favor da comunidade e apenas 3% dos condenados completaram um programa desenhado para abordar a VD.

Relativamente ao efeito das sanções criminais na VD, os estudos internacionais concluem que não têm uma relação consistente ao nível da reincidência. Alguns deles avaliaram o impacto de diferentes tipos de sanções. As penas mais severas foram associadas a um aumento da reincidência. Mais especificamente, as decisões condenatórias privativas da liberdade apresentaram uma taxa mais elevada de reincidência em 36% das vezes. Assim, ou os condenados em prisão têm maior probabilidade de reincidir, ou a sanção por si própria exacerba o comportamento abusivo. No estudo conduzido por Gibbs⁽³⁾, os entrevistados (incluindo órgãos de

(4) Cf. SHERMAN, LAURENCE, *et al.*, “Introduction — Key Facts about Domestic Abuse: Lessons from Eight Studies”, in *Cambridge Journal of Evidence-based Policing*, 1 (2017), pp. 2-3, 59-64. [Consult. 25 Outubro 2019]. Disponível em <<https://link.springer.com/content/pdf/10.1007%2Fs41887-017-0014-y.pdf>>.

(5) Disponível em <<https://www.sentencingcouncil.org.uk/publications/item/overarching-principles-domestic-abuse-final-resource-assessment/>>.

polícia criminal e magistrados) foram da opinião que a maioria das decisões dos tribunais não tem qualquer influência na reincidência. A multa e a liberdade condicional (esta não já uma pena, mas um incidente executivo da prisão) foram as mais desacreditadas, sendo as medidas cumpridas na comunidade (*grosso modo*, as nossas penas de substituição) desenhadas para a VD as que foram tidas por mais efectivas.

A avaliação do *Project CARA*⁽⁶⁾, um projecto estabelecido em Hampshire que utiliza uma nova abordagem ao uso de medidas extrajudiciais, revelou que o maior preditor das futuras denúncias de incidentes de VD é a satisfação da vítima com a resposta policial que, mais do que o resultado, está relacionada com a forma como esta é tratada ao longo do processo. As vítimas querem ser tratadas com respeito, sentindo que a polícia faz tudo o que dela é esperado, independentemente de a vítima querer ou não que o agressor seja condenado. Quando questionadas acerca do que esperam exactamente da polícia na altura da denúncia, a grande maioria (57%) responde que gostaria de encontrar ajuda para o agressor, com apenas 28% das vítimas a manifestarem o desejo de que este seja detido e/ou condenado.

As equipas especialistas de apoio à vítima sentem que as razões-chave para as cifras negras neste tipo de crime são o medo da reacção dos agressores e o medo de ao/às ofendido/as não ser dada a devida credibilidade. Também a valorização da relação com o agressor ou da relação do companheiro com os filhos faz com que algumas vítimas não queiram arriscar uma ruptura devido ao envolvimento da polícia ou dos serviços sociais. Os agressores de VD podem ser e são condenados, mas as sanções criminais têm pouco sucesso em parar as ofensas, que é o que a maior parte das vítimas deseja.

III. Os tribunais especializados em violência doméstica na Inglaterra e no País de Gales

Uma parte crucial dos esforços governamentais tem sido a criação dos Tribunais Especializados em Violência Doméstica (*SDVCs*). Inspirado pelo desenvolvimento dos tribunais de VD nos Estados Unidos da Amé-

(6) Vide <<https://www.hamptontrust.org.uk/our-programmes/cara/>>.

rica (7) e noutras partes do mundo (8), o governo estabeleceu o programa dos *SDVCs* em 2005 (9), em Inglaterra e no País de Gales, baseado em doze componentes centrais. O objectivo destes tribunais é aumentar o número e a rapidez das condenações de VD, bem como aumentar a satisfação das vítimas e o seu sentimento de segurança.

1. Evolução

Para resolver as questões levantadas pela VD, o Governo (à época trabalhista) decidiu, em 1999, pilotar uma versão dos *Problem-solving Courts*, já existentes nos EUA, Canadá e Austrália. Estes tribunais têm um foco especializado nas questões cuja abordagem tradicional da justiça criminal provou ser menos efectiva. O modelo dos *SDVCs* foi testado e modelado em vários locais do Reino Unido durante um período de cinco anos, passando por várias avaliações positivas e independentes. Os resultados revelaram que a adopção de práticas de trabalho específicas nesta matéria provocava melhorias significativas nos resultados dos casos de VD.

Para além dos tribunais, o Governo testou e avaliou mais duas iniciativas políticas relacionadas — o novo papel do *Independent Domestic Violence Advocate (IDVA)* e da *Multi-Agency Risk Assessment Conference (MARAC)*. Ambas as iniciativas revelaram uma melhoria dos resultados, através do aumento da eficácia do tribunal e dos serviços de apoio às vítimas, da facilitação e partilha de informações e melhoria da gestão do risco, da participação e da satisfação das vítimas, conduzindo a uma maior responsabilização dos ofensores e aumentando a confiança do público no sistema de justiça criminal.

Os *SDVCs*, *IDVAs* e *MARACs* foram definitivamente implementados no Reino Unido em 2005/06. Dos resultados das avaliações das práticas destes organismos resultou a definição de doze componentes principais do sistema. Os primeiros tribunais foram revistos em 2007/08 e, em 2013, foi

(7) Vide MAZUR, ROBIN & ALDRICH, LIBERTY, “What makes a domestic violence court work? Lessons from New York”, in *American Bar Association’s Judges’ Journal* 5, Vol. 42, n.º 2 (2003). [Consult. 29 Outubro 2019]. Disponível em <<http://www.tribal-institute.org/2010/D3-KathrynFordHO.pdf>>.

(8) COOK, DEE, *et al.*, “Enhancing *Safety and Justice*: The role of specialist domestic violence courts in England and Wales”, in *British Society of Criminology*, Vol. 7 (2006). [Consult. 16 Novembro 2019]. Disponível em <<http://www.britisoccrim.org/volume7/008.pdf>>.

(9) CROWN PROSECUTION SERVICE, *Specialist Domestic Violence Courts 2013*. [Consult. 13 Setembro 2019]. Disponível em <<http://www.cps.gov.uk/publications/equality/vaw/SDVC.html>>.

realizada nova revisão nos 138 *SDVCs* credenciados⁽¹⁰⁾. Em 2015, o *Crown Prosecution Service (CPS)* — responsável pela acusação dos processos penais investigados pela polícia e outras organizações de investigação — fez uma imersão profunda e elaborou um guia de orientação que estabelece as melhores práticas⁽¹¹⁾. Adicionalmente, diversas pesquisas independentes corroboraram a eficácia e sucesso deste sistema, proporcionalmente à presença desses componentes-chave estabelecidos como basilares ao longo do primeiro período de lançamento.

2. Componentes-chave do sistema

Os *SDVCs* englobam os seguintes doze componentes-chave⁽²⁾:

- i) Identificação de casos: Realizada por polícias treinados que utilizam vários parâmetros que asseguram uma avaliação do risco apropriada e sinalizam os casos de forma a que estes sejam alocados aos recursos necessários, em particular aos *SDVCs*;
- ii) *IDVAs*: As avaliações a estes tribunais demonstraram que a prestação de serviços especializados de suporte às vítimas de VD de risco médio a alto é fundamental para um funcionamento eficaz dos *SDVCs*, recomendando a existência destes profissionais em todos os tribunais. Os *IDVAs* são independentes de qualquer uma das agências que compõem o sistema de justiça criminal, tendo como principal papel apoiar os interesses das vítimas, os seus direitos e a sua segurança ao longo de todo o processo. Constituem um ponto de contacto com o tribunal e visam envolver a vítima em todas as decisões que a possam afectar e/ou aos seus filhos, acompanhando-as em tribunal. Trabalham também com o Serviço de Testemunhas dos tribunais e estão envolvidos com a familiarização dos intervenientes com os *SDVCs*;
- iii) Equipas de justiça criminal treinadas e dedicadas: Inclui polícias de todos os níveis, *CPS*, funcionários judiciais, magistra-

⁽¹⁰⁾ Cf. BOWEN, PHIL, *et al.*, *Better courts: A snapshot of domestic violence courts in 2013, 2014*. [Consult. 29 Outubro 2019]. Disponível em <<https://justiceinnovation.org/sites/default/files/media/documents/2019-03/a-snapshot-of-domestic-violence-courts-2014.pdf>>.

⁽¹¹⁾ Disponível em <<https://www.cps.gov.uk/legal-guidance/domestic-abuse-guidelines-prosecutors>>.

dos e técnicos de reinserção social, sendo essenciais à conscientização da dinâmica da VD, da abordagem necessária para apoiar as vítimas e para a importância de uma recolha eficaz das provas;

- iv) Práticas de listagem dos tribunais: Dependendo do volume de trabalho e da disponibilidade da equipa especializada, os casos de VD podem ser agrupados numa sessão de tribunal ou acelerados para primeira audiência/pré-julgamento numa data célere. Devem considerar a necessidade de os casos serem listados em data e hora fixas e de não “flutuarem” sobre ou “apoiarem” outros casos;
- v) Instalações judiciais: Desempenham um papel importante na experiência da vítima, devendo obedecer a algumas particularidades, tais como garantir a separação das entradas e saídas dentro e fora do tribunal e a existência de diferentes salas de espera para vítimas e ofensores. As visitas de familiarização com os tribunais foram avaliadas como as medidas especiais não judiciais de maior sucesso no apoio às vítimas, promovendo a obtenção das melhores provas possíveis nos casos de VD;
- vi) Serviços para menores: Muitas crianças e adolescentes testemunham situações de VD, resultando em danos significativos para os próprios. A investigação descreve um impacto negativo que pode afectar todos os aspectos do seu funcionamento e evidencia que apoiar o progenitor não abusivo é a melhor forma de reduzir o risco da criança. No tribunal, existem direitos específicos a medidas especiais para menores de 17 anos, destinadas a proteger os seus interesses;
- vii) Programas comunitários para agressores: As “Empresas de Reabilitação Comunitária” (CRCs) oferecem programas para agressores e muitas autoridades locais e quadros superiores de polícia financiam programas voluntários. Todos eles incorporam o apoio e protecção à vítima;
- viii) Recolha e monitorização de dados: A polícia, o CPS, os tribunais, o serviço de liberdade condicional e, sempre que possível, as agências especializadas de apoio à VD devem recolher dados sobre os incidentes, os crimes, as prisões, as acusações, a repetição da vitimização, os agressores, os resultados detalhados do julgamento, a declaração de culpa ou inocência, o não compare-

cimento de testemunhas, o uso de evidências de apoio, a existência de provas e sentenças. Essa recolha deve ser empreendida localmente, fazendo parte da avaliação dos organismos existentes nessa área;

- ix) Parcerias multi-agências: Em ligação com os *SDVCs* e parcerias comunitárias de segurança locais, têm como objectivo principal promover a segurança da vítima;
- x) Conferências de avaliação do risco inter-agenciais (*MARACs*) e acordos de protecção pública inter-agenciais (*MAPPA*): os *MARACs* recebem referências dos casos avaliados com risco elevado por diferentes organismos — tais como a polícia — e compartilham informações para facilitar uma avaliação sistemática e a implementação de um plano de suporte e gestão do risco. Para os *MARACs*, os *IDVAs* são cruciais, a fim de representar a vítima e fornecer informações mais completas devido à sua proximidade com as mesmas e, na maioria dos casos, para executar o que é acordado. O *MAPPA* é um processo legal destinado a abordar as questões da gestão do risco de agressores condenados;
- xi) Igualdade e diversidade: Deve ser abordada em termos de questões sócio-culturais e de linguagem, sempre que possível com trabalhadores experientes das organizações de mulheres, e;
- xii) Outros serviços: Devem também existir para garantir que as necessidades mais amplas das vítimas (tais como o recurso a serviços de acolhimento de emergência, transferência para casa-abrigo, acesso a serviços de saúde, etc.) são contempladas como parte de uma resposta comunitária coordenada à VD.

3. Função e procedimentos

Os *SDVCs* são uma forma especial de Tribunal de Magistrados (*Magistrates' Court*). Isso significa que podem ser presididos por um conjunto de agentes judiciais (*justices of the peace*) ou por um juiz distrital criminal legalmente qualificado. Estes tribunais lidam apenas com processos penais entre adultos e, apesar de terem poderes limitados na determinação das sentenças, podem remeter um agressor para o Tribunal da Coroa

(*Crown Court*) nas hipóteses de necessidade de condenações mais severas. Nos casos mais graves em que não existe uma assunção de culpa, o magistrado pode remeter (ou o arguido pode escolher) que o processo passe a ser tramitado pelo *Crown Court*, onde será julgado por um tribunal constituído por um juiz e jurados.

Os casos de VD começam com uma primeira audiência no *SDVC*. Nenhuma testemunha, incluindo a vítima, é obrigada a participar. Se nesta fase houver uma indicação ou declaração de culpa, não haverá necessidade da presença da vítima ou de outras testemunhas em qualquer outra fase do processo. Embora tudo isso pretenda ser realizado numa única audiência, existem obstáculos que fazem com que, por vezes, os casos sejam devolvidos ao tribunal. Se houver uma alegação de inocência, o *SDVC* realiza uma audiência preliminar com o objectivo de fixar a hora e o local do julgamento, determinar as testemunhas a comparecer e definir a possibilidade de fiança (ou outra medida coactiva) para o arguido. Posteriormente, o caso é suspenso do sistema *SDVC* para ser tratado como audiência contestada por um Tribunal de Magistrados “comum”.

Sempre que haja prova ou declaração de culpa pelo arguido, é realizada uma audiência para determinar a pena. Estas audiências podem terminar com uma sanção logo ditada após o veredicto, mas, ocasionalmente, aguardam por relatórios do serviço de reinserção social ou de outros organismos, de modo a que se obtenha um contexto mais completo para a fixação da pena. Nos casos que foram suspensos no *SDVC* para julgamento e em que se determine a culpa, o tribunal pode também aplicar uma pena de imediato ou aguardar por mais relatórios. Em algumas hipóteses, o tribunal adia a sentença para auscultar o entendimento especializado do *SDVC* respectivo.

Em poucos casos é necessária a presença da vítima. Porém, por serem tomadas decisões que têm um impacto significativo no seu bem-estar, a intenção é que haja sempre um *IDVA* presente no caso da sua ausência, garantindo que os interesses da vítima são representados em todas as decisões.

Os *SDVCs* têm acesso a programas para ofensores, específicos para agressores de VD, que intervêm na compreensão do comportamento abusivo e orientam para a mudança. Os tribunais podem ordenar que o arguido complete os programas existentes como parte ou totalidade da sentença.

4. Apoio às vítimas e testemunhas

Neste sistema, as vítimas de VD recebem, em muitas das hipóteses, apoio para lidar com a sua situação de várias formas e, com frequência, por diferentes organismos, sendo este processo idealmente coordenado por um *IDVA*. Na qualidade de testemunhas, as vítimas podem ser qualificadas como potencialmente vulneráveis ou intimidadas. Consequentemente, podem beneficiar em especial de medidas especiais que as auxiliem na gestão do stresse, do medo e da apreensão a que estão sujeitas. Está prevista, em breve, a possibilidade de serem automaticamente titulares do direito a medidas especiais, de forma a que, mesmo sob todas as pressões existentes, as vítimas e testemunhas tenham condições para fornecer as melhores provas possíveis, como peças centrais na demonstração da realidade dos factos.

As medidas especiais mais comuns incluem a produção de meios de prova por detrás de uma tela ou a partir de outra sala ou edifício, através de um *link* de televisão, e ter a assistência de um intermediário nos casos em que haja dificuldades de comunicação. Para garantir que as medidas especiais não tenham um efeito limitado, estas devem ser acompanhadas de acordos não judiciais, tais como a organização de visitas de familiarização com o tribunal, a garantia de que vítima possa entrar e sair do mesmo sem se cruzar com o arguido e aguardar em sala de espera separada, bem como a possibilidade de ser acompanhada, se assim o desejar, por um *IDVA* ou outra pessoa da sua escolha.

Ao abrigo do “Código das Vítimas” do Reino Unido, todas elas são titulares de um leque de direitos, incluindo em julgamento. Em particular, o direito a redigirem uma “declaração pessoal de vítima” (*VPS*) onde, por palavras próprias, descrevam o impacto que a ofensa teve sobre si e sobre a sua família, expressando os seus receios e preocupações. O *VPS* é geralmente recolhido pela polícia logo após a notícia do crime, embora ocasionalmente possa ser complementado com material novo, à medida que o impacto do delito sobre uma vítima ou familiar se altera ou desenvolve.

5. Impacto dos *SDVCs*

Relativamente à eficácia dos tribunais especializados, a evidência internacional recolhida nas últimas décadas suporta que estes:

- i) Podem reduzir o número de casos que são arquivados ou de outro modo não passam de uma fase processual investigatória e aumentar a admissão de culpa pelos agentes;
- ii) Registam maiores níveis de satisfação com o processo judicial, tanto das vítimas como dos ofensores, face ao processo judicial “tradicional”⁽¹²⁾. Isto é particularmente importante tendo em conta que existe evidência considerável que sustenta que o sentimento de ter sido justamente tratado é uma pré-condição para aumentar a conformidade com a lei, e;
- iii) Podem reduzir a repetição das ofensas por parte dos agressores de VD, através da agregação de sanções significativas com uma supervisão regular da conformidade do agressor⁽¹³⁾.

Diversos estudos sugerem que uma supervisão eficaz da sentença, a par com o uso apropriado de sanções e recompensas podem conduzir à redução da reincidência⁽¹⁴⁾. Isto é especialmente importante dada a evidência de que os programas para ofensores, por si só, têm um valor de reabilitação limitado.

Segundo Bowen *et al.* ⁽¹⁰⁾, houve uma melhoria significativa no número de condenações por VD e, embora esse número tenha diminuído duas vezes nos últimos dois anos e esteja sujeito a uma variação regional, o sistema de justiça criminal tem sido capaz de melhorar o número de processos que desembocam em condenações. Porém, é difícil estabelecer uma

⁽¹²⁾ PETRUCCI, CARRIE, “Respect as a component in the judge-defendant interaction in a specialised domestic violence court that utilises therapeutic jurisprudence”, in *Criminal Law Bulletin*, 38, 2 (2002).; CASEY, P. & ROTTMAN, DAVID, “Problem-Solving Courts: Models, commonalities and trends: The view from the United States. Problem-Solving Courts: An International Perspective”, in *Psychology and Law International, Interdisciplinary Conference, Pre-Conference Workshop*, Edinburgh (2003).; VALLEY, C., *et al.*, *Evaluation of Domestic Violence Pilot Sites at Caerphilly (Gwent) and Croydon 2004/05*, 2005.

⁽¹³⁾ MAZUR, ROBYN & ALDRICH, LIBERTY, “What makes a domestic violence court work? Lessons from New York.” in *American Bar Association’s Judges’ Journal*, 5, 42 (n.º 2) (2003). [Consult. 23 Outubro 2019]. Disponível em <<http://www.tribal-institute.org/2010/D3-KathrynFordHO.pdf>>. VENTURA, LOIS & DAVIS, GABRIELLE, *Domestic Violence: Court case conviction and recidivism in Toledo*, Urban Affairs Centre, 2004.

⁽¹⁴⁾ GONDOLF, EDWARD, *The Impact Of Mandatory Supervision on Batterer Program Compliance*, Court Review, 1998; MAZUR, ROBYN & ALDRICH, LIBERTY, “What makes a domestic violence court work? Lessons from New York”, in *American Bar Association’s Judges’ Journal*, 5, 42 (n.º 2) (2003). [Consult. 23 Outubro 2019]. Disponível em <<http://www.tribal-institute.org/2010/D3-KathrynFordHO.pdf>>. VENTURA, LOIS & DAVIS, GABRIELLE, *Domestic Violence: Court case conviction and recidivism in Toledo*, Urban Affairs Centre, 2004.; CISSNER, AMANDA, *et al.*, *Testing the Effects of New York’s Domestic Violence Courts*, Center for Court Innovation, 2013.

relação de causa-efeito, uma vez que este sucesso pode não estar inteiramente relacionado com a introdução dos *SDVCs*. Mas, apesar disso, há uma correlação clara entre a sua presença e a melhoria da *performance* do sistema judicial nos crimes de VD. Espera-se que esse aumento reflita o maior à-vontade das vítimas em denunciar as ofensas, apesar de poder também significar um aumento de incidentes.

O Instituto Nacional de Estatística inglês ⁽²⁾ revelou que 1,9 milhão de adultos (entre os 16 e os 59 anos) tinham sido vítimas de VD em 2017. A polícia registou 1,1 milhões de incidentes relacionados com VD, dos quais 46% foram registados como crimes de VD. Em 72% dos casos referidos ao *CPS* foi deduzida acusação e, dos que prosseguiram para julgamento, 76% resultaram em condenação. Estes números são os mais elevados de sempre e não há dúvida de que foram introduzidas grandes melhorias na forma como as agências de justiça criminal abordam o problema. Contudo, existe uma enorme taxa de atrito para os casos de VD, tanto na fase de inquérito como na de julgamento, nos processos em que houve uma denúncia. A *Women's Aid* acredita que apenas 20 a 25% das vítimas de VD denunciam o delito às autoridades competentes.

6. Pontos de melhoria

A implementação bem sucedida deste sistema carece da presença dos componentes-chave descritos anteriormente, cujo papel é determinante na eficácia da gestão dos casos de VD. Porém, o encerramento de tribunais e os cortes orçamentais estão a ter impacto na sua eficácia. Devido a isso, um número de preocupações têm sido levantadas relativamente ao impacto que as alterações nas infraestruturas dos *SDVCs* têm tido na sua eficácia.

O programa de encerramento de tribunais (MoJ 2015) causou sobrecarga nos que permaneceram em actividade. Os cortes orçamentais afectaram várias dimensões dos componentes dos *SDVCs*, nomeadamente a disponibilização de *IDVAs* em número suficiente face ao crescente aumento no número de denúncias, mesmo sabendo que a presença de um *IDVA* foi considerada vital para a eficácia destes tribunais em todas as avaliações realizadas desde que começaram como instituição.

A polícia e o *CPS* também não escaparam aos cortes profundos, levantando preocupações acerca da disponibilidade actual de treino qualificado na dinâmica da VD, quer para os próprios, quer para os magistrados.

Historicamente, cada *SDVC* tinha um conselho de supervisão integrado por representantes dos organismos que contribuíam para o sistema, com o papel de monitorizar as operações e solucionar problemas. Em vários locais, também esse conselho deixou de operar.

Todos estes cortes e alterações conduziram a um aumento de dificuldades em exponenciar os efeitos positivos deste sistema, afectando a aplicação dos diferentes componentes. A própria sinalização, categorização e priorização dos processos conta com barreiras que incluem, principalmente, casos listados para as audições prévias fora dos *SDVCs*, casos que não são reconduzidos para os *SDVCs* para julgamento e casos que são movidos dos *SDVCs* no dia da audiência de julgamento, porque a lista era demasiado grande para o tribunal.

Existe, também, uma frustração considerável com a capacidade de as agências judiciais prepararem os casos antecipadamente em relação às datas das audiências de julgamento. Nesse âmbito, verifica-se uma falta de preparação do *CPS* e uma ineficaz recolha e partilha de provas entre a polícia e o *CPS*.

Os magistrados, particularmente, revelam também frustração relativamente ao leque limitado de opções de decisão ao seu dispor e ao desconhecimento dos resultados dos processos em que intervieram em fases preliminares, que depois prosseguiram para a forma “tradicional” de administrar a justiça penal. Esta é uma área-chave de melhoria, uma vez que os sentenciadores necessitam de perceber que disposições são mais eficazes na promoção da segurança das vítimas.

Dos próprios *SDVCs* existe pouca informação disponível na monitorização dos seus resultados nacionais relativamente à satisfação das vítimas, ao sentimento de segurança ou ao sucesso das decisões judiciais na redução da propensão do ofensor para reincidir. Apesar de alguns *SDVCs* monitorizarem os seus resultados em todo o sistema de justiça criminal, é um desafio recolher e apresentar dados concretos nos seus resultados. Nos dados disponibilizados publicamente não é possível, também, comparar os resultados reportados entre tribunais considerados individualmente. Isso iria permitir aos investigadores verificar, pelo menos, se os tribunais especializados têm melhor *performance* do que os tribunais “tradicionais”.

Dessa forma, urge desenvolver a base de evidências, de forma a perceber concretamente o impacto dos tribunais especializados em VD na segurança da vítima e na prevenção de ofensas futuras. O papel do tribunal na fase pós-sentencial é claramente uma das áreas de melhoria, sugerindo a investigação que, quando os tribunais são pró-activos na monitorização

regular do cumprimento dos agressores, isso tem um impacto positivo no combate à reincidência e no sentimento de segurança da vítima.

Esta multiplicidade de preocupações relativas ao funcionamento actual dos *SDVCs* tem levantado questões diversas relativas à sua capacidade para continuarem a operar da forma pretendida.

7. *Guidelines* para uma resposta efectiva

Baseados na evidência disponível, Bowen *et al.* ⁽¹⁰⁾ desenvolveram uma tipologia de componentes práticas eficazes para um tribunal de VD, que deverão estar garantidas:

- a) Rápido acesso das vítimas a um suporte multidisciplinar/agencial e aos serviços de informação:
 - i) Rápida referenciação das vítimas aos especialistas de apoio, especialmente às sinalizadas como mais vulneráveis — a introdução dos *IDVAs* nos acordos com os *SDVCs* foi largamente percebido como um desenvolvimento vital para garantir que as vítimas fossem rapidamente referenciadas para os serviços necessários;
 - ii) Disponibilização de serviços abrangentes prestados às vítimas, após a detenção do agressor, especialmente às sinalizadas como mais vulneráveis — estes serviços incluem, entre outros, aconselhamento efectivo, referenciação para suporte a longo prazo e fornecimento de acomodação de emergência;
 - iii) Partilha de informação e gestão dos casos de forma multiagencial — foram encontradas evidências consideráveis entre os parceiros legais para a existência dos *IDVAs*. Estes foram constantemente enaltecidos por ajudarem o Ministério Público a identificar os casos relevantes, por manterem as vítimas informadas, por manterem os procuradores informados sobre as opiniões das vítimas e por garantirem que o tribunal mantivesse o foco na VD. As evidências sugerem ainda que o sistema de justiça beneficia directamente do seu trabalho. Dados de 2011/2012 da Acção Coordenada Contra o Abuso Doméstico (*CAADA*) 2011-12 sugerem que, nos casos em que os *IDVAs* foram envolvidos com as vítimas e uma acusação foi deduzida, 86% dos processos seguiram para acusação;

- b) Gestão especializada e prioritária dos casos:
- i) Identificação célere dos casos de VD pela polícia, seguida de detenção;
 - ii) Decisões de acusação realizadas por uma equipa treinada;
 - iii) Manter a vítima informada e envolvida no progresso do caso — a investigação sugere que quando as vítimas são referenciadas e envolvidas com os IDVAs, estes conseguem aceder a informação satisfatória acerca de como funcionou o processo de justiça criminal. Todavia, a investigação sugere também que os profissionais sentem que há pouca informação sistematizada, tanto do CPS, como da polícia e tribunais, no que se refere a manter a vítima informada acerca do seu caso — especialmente dos resultados. Esta preocupação é congruente com outros achados relativos à provisão de informação às vítimas de crime, de forma geral ⁽¹⁵⁾;
 - iv) Estabelecimento de medidas de coacção processual adequadas, propostas por profissionais que avaliam o risco de segurança da vítima;
 - v) Oportunidade para a vítima expor a sua perspectiva ao longo do processo;
 - vi) Rápido agendamento dos processos para julgamento pelos tribunais;
- c) Tribunal dedicado e seguro:
- i) casos de VD listados num tribunal dedicado;
 - ii) todos os trabalhadores no tribunal, incluindo juízes e oficiais de justiça, com treino em VD — o nosso trabalho de campo sugere que os SDVCs funcionaram mais eficazmente nas hipóteses em que a equipa do tribunal, de liberdade condicional, os promotores e os sentenciadores tinham sido especialmente treinados e tinham desenvolvido relações de trabalho eficazes com seus IDVAs. No entanto, existiram evidências mistas de que esse treino fosse disponibilizado de forma consistente. Em particular, os IDVAs entrevistados revelaram menor confiança de que o CPS e os magistrados tivessem sido treinados (ou treinados eficazmente), em comparação a outros membros que trabalham junto do tribunal. De uma forma geral, revelaram também que a disponibilidade de pessoal experiente e treinado tem diminuído ao longo dos últimos doze meses;

- iii) tribunais fisicamente seguros que utilizem medidas especiais (tais como um espaço oculto para testemunhas — *screened witness box* —, entradas separadas para vítimas e ofensores, salas de espera separadas, teleconferência para o depoimento das testemunhas, etc.) — existe evidência de que os tribunais estão a ser feitos para serem sentidos como espaços seguros para as vítimas de VD. A maioria dos entrevistados revelou sentir que as medidas especiais estavam a ser providenciadas eficazmente. Contudo, uma minoria significativa entende que essas medidas não são aplicadas de todo ou são aplicadas de forma ineficaz. Dessas respostas resultou alguma evidência de que o processo de solicitação de medidas especiais é muito trabalhoso e que tais medidas estavam disponíveis mais numa óptica de *opt-out*, ao invés de *opt-in*, e;
- d) Disponibilização de intervenções para manter as vítimas seguras e para reduzir a reincidência do agressor:
 - i) consideração das necessidades da vítima na colocação de controlo judicial no agressor, antes e após a decisão judicial, incluindo o uso de ordens de restrição;
 - ii) disponibilização de programas de intervenção com agressores;
 - iii) supervisão dos agressores e da sentença imposta pelo tribunal.

IV. Conclusão

É evidente que houve melhorias para as vítimas de VD desde a introdução dos *SDVCs*, existindo um forte suporte a este conceito de tribunais, pese embora todos os constrangimentos actuais.

O número de condenações aumentou consideravelmente e o papel dos *IDVAs* é consistentemente reconhecido por todos os parceiros. Porém, a taxa de atrito dos casos no período de detenção-acusação continua a ser uma questão em aberto e alguns *SDVCs* não têm capacidade para entregar as componentes-chave do modelo.

Não existe um consenso sobre quais as medidas concretas que poderão melhorar mais o processo de justiça criminal. A maioria das opiniões defende um melhor suporte às alegadas vítimas, incluindo a disponibilização de *IDVAs* e um maior uso de medidas especiais, tais como a possibili-

dade de fornecer prova através de vídeo. Outros estudos apontam para que os tribunais podem contribuir para uma diferença real na segurança da vítima e na reincidência dos agressores através da utilização de ordens de protecção mais adequadas e de uma monitorização frequente e de qualidade dos ofensores — supervisão das decisões judiciais. Existe também a necessidade clara de acompanhar os resultados dos *SDVCs*, incluindo a satisfação da vítima e a propensão dos ofensores para reincidir.

Independentemente dos pontos específicos a trabalhar, os obstáculos actuais existentes à sua adequada implementação revelam a necessidade de estabelecer um conjunto de melhorias aos *SDVCs* para que estes fiquem em linha com as práticas referidas como eficazes nas mais recentes evidências internacionais.

PRISÃO PREVENTIVA E O CONCEITO DE ABSOLVIÇÃO

Por Catarina Veiga Ribeiro()*

SUMÁRIO:

I. 1. A questão. 2. As balizas da Lei. 2.1. As expressões “*grosseiro*” e “*comprove que não foi agente*” da lei ordinária. 2.2. Crítica. 3. Defesa de outra dimensão normativa para o artigo 225.º do Código de Processo Penal. **II.** 4. Os casos de absolvição do arguido — o nosso entendimento. 4.1. A absolvição por inexistência da autoria imputada — a solução da lei. 4.2. A absolvição por aplicação do princípio do “*in dubio pro reo*”. 4.3. A nossa posição. 5. Entre o ser e o dever — Breves notas conclusivas.

I.

1. A questão

O art. 225.º do Código de Processo Penal, inserido no seu Capítulo V (Da indemnização por privação ilegal ou injustificada) estatui:

Artigo 225.º
(Modalidades)

1 — Quem tiver sofrido detenção, prisão preventiva ou obrigação de permanência na habitação pode requerer, perante o tribunal competente, indemnização dos danos sofridos quando:

(*) Advogada. Mestre em Direito.

- a) *A privação da liberdade for ilegal, nos termos do n.º 1 do artigo 220.º, ou do n.º 2 do artigo 222.º;*
- b) *A privação da liberdade se tiver devido a erro grosseiro na apreciação dos pressupostos de facto de que dependia; ou*
- c) *Se comprovar que o arguido não foi agente do crime ou atuou justificadamente.*

2 — *Nos casos das alíneas b) e c) do número anterior o dever de indemnização cessa se o arguido tiver concorrido, por dolo ou negligência, para a privação da sua liberdade.*

Tendo em conta este quadro legal e a realidade que se impõe, que contempla, como sabemos, situações em que o arguido que é preso preventivamente (por exemplo, sem verificação de erro grosseiro no momento em que a medida de coação é decretada) não vem a final a ser condenado em pena de prisão efetiva, caberá avaliar da dimensão normativa a que a letra do art. 225.º do Código de Processo Penal nos conduz no confronto com a Lei Fundamental.

Não é a primeira vez que escrevemos sobre este tema; fizemo-lo em 2004 e congratulamo-nos hoje por verificar que alguns dos possíveis caminhos que apontámos na altura se encontram vertidos, em parte, na versão do art. 225.º acolhida no atual Código de Processo Penal desde a sua aprovação pela Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto.

Continuamos, contudo, a atentar nas alíneas b) e c) do seu n.º 1 cujo texto permanece para nós suscetível de avaliação crítica. Dadas as duas condições que a lei nos aponta para que haja fundamento para indemnização (que o erro seja grosseiro e que haja a comprovação de que o arguido não foi agente do crime), necessariamente permanecem as seguintes interrogações:

Decorrerá obrigatoriamente da nossa Constituição uma interpretação do art. 225.º do Código de Processo Penal, segundo a qual, nos casos em que haja uma ulterior absolvição do arguido se defenda uma injustificação da prisão preventiva aplicada, dando direito a indemnização, mesmo que se constate uma formal licitude no momento da aplicação da prisão preventiva?

Por outras palavras, a prisão preventiva só é ilegal quando se enquadra no disposto no n.º 1 do art. 220.º e n.º 2 do art. 222.º do Código de Processo Penal ou também o pode ser aquela que, apesar de ser legal, quando aplicada, vem a revelar-se posteriormente *injustificada*, em virtude da absolvição do arguido?

2. As balizas da Lei

Vamos delimitar a análise em torno da alínea *c*) do n.º 1 do art. 225.º, perscrutando se poderá defender-se a inconstitucionalidade deste artigo que na sua letra não engloba *todas* as situações de absolvição do arguido.

Para responder à interrogação que formulámos, em primeiro lugar convém começar por salientar que a medida de coação prisão preventiva, aliás como todas as outras previstas no nosso ordenamento, observados que sejam os pressupostos e comandos de que derivam a sua aplicação, quer legais-processuais, quer constitucionais, não confere *ab initio* ao seu destinatário qualquer direito de indemnização.

Se é certo que, nos termos do n.º 1 do art. 27.º, todos têm direito à liberdade, não é menos certo que este direito não tem carácter ilimitado, podendo ser afastado com a aplicação do instituto da prisão preventiva, cujo sacrifício se justifica pela existência legal de protecção de outro interesse geral mais premente com vista à realização cabal, do *ius puniendi* do Estado e à consequente satisfação de necessidades de justiça e de segurança sentidas pela comunidade.

Assim, a aplicação da prisão preventiva só dará lugar a indemnização, constituindo-se o Estado no dever de indemnizar o lesado nos termos que a lei estabelecer, quando a privação da liberdade se dê contra o disposto na Constituição e na lei — cf. n.º 5 do art. 27.º da Lei Fundamental. E a lei ordinária estabeleceu — no n.º 1 do art. 225.º do Código de Processo Penal — que a prisão preventiva aplicada dará lugar a indemnização pelos danos sofridos com a privação da liberdade quando seja ilegal (alínea *a*) — por exemplo, nos casos de promoção ou decisão dolosa de um magistrado — ou quando, não sendo ilegal, venha a revelar-se injustificada por erro grosseiro na apreciação dos pressupostos de facto de que dependeu a sua aplicação (alínea *b*) — por exemplo, no caso de não haver fortes indícios da prática de crime doloso, ou ainda mais longínquo, parece nos, no caso, por exemplo, de crime que não seja punível com pena de prisão de máximo superior a cinco anos e a este se aplique esta medida — ou quando se comprove que o arguido não foi agente do crime (alínea *c*).

Daqui resulta que a opção do legislador ordinário foi a de, para além dos casos de prisão manifestamente ilegal, só admitir uma prisão preventiva como injustificada no caso de se verificar erro grosseiro ou quando se comprove que o arguido não foi agente do crime. Não nos parece despicinda a escolha, pelo legislador, das expressões “grosseiro” e “comprove que não foi o agente” pois com ela se percebe que não basta só a verificação de **erro simples** (note-se os exemplos dados, ilustrativos de como é

difícil prever situações de erro que tenham cabimento na letra da lei...), como não bastará ser ***simplesmente absolvido***.

Relativamente a este último inciso esta intenção do legislador é devesas importante pois não ser agente do crime, não é o mesmo que resultar do processo *simplesmente* a sua absolvição, porque, como sabemos, a absolvição de um arguido pode ocorrer por duas ordens de razões: uma, a de o arguido não ser o agente do crime, outra a de se considerar as situações em que o arguido é absolvido em virtude do princípio *in dubio pro reo*, e logo não resultar provado que o arguido não é o agente do crime.

2.1. As expressões “*grosseiro*” e “*comprove que não foi agente*” da lei ordinária

Em consequência, a primeira crítica que formulamos prende-se com a letra do art. 225.º do Código de Processo Penal: numa matéria em que precisamente se visa tratar de uma reparação pela lesiva e ilegítima privação de um direito tão importante como o direito à liberdade, este artigo continua a revelar-se, em nosso entender, afunilador das possibilidades de demanda de indemnização pelo arguido, na medida em que exige que o erro que o aplicador do direito cometa seja grosseiro e que o arguido comprove que não foi o arguido o agente que cometeu o crime objeto do processo.

Duas exigências evidenciadoras de uma postura do sistema que parece pretender que o cidadão “pague” de modo definitivo com a liberdade a “eficácia” do sistema penal sem que ao Estado caiba parte do pagamento dessa “fatura” quer quando o erro não seja grosseiro — seja “simplesmente” erro (erro simples) — quer quando a absolvição não seja declarada senão por comprovação de que o arguido não é o agente do ilícito. Ora, medianamente claro se nos oferece permanecer⁽¹⁾ na perspetiva de qualificar de apertada a redação empreendida pois não se nos afigura justo e equilibrado que a petição do direito à reparação do arguido pela privação ilegítima da liberdade tenha que se construir — ou mesmo esgrimir — dentro de balizas restritas.

Acreditamos que mais justo e equilibrado se transformaria este normativo e maior reflexo do princípio da igualdade de armas que deve nor-tear todo o processo seria se exigisse apenas, por um lado, a linear verifi-

(1) CATARINA VEIGA, *Revista do Ministério Público*, n.º 97, ano 25, janeiro-março de 2004, p. 31, ss.

cação de erro simples e por outro, se o dever de indemnizar não resultasse apenas de uma das vertentes insertas no conceito de absolvição. É que estas exigências parecem excessivas quando o que está em causa é a reparação pela privação ilegítima da liberdade.

2.2. Crítica

Posto que está enunciado o conflito que temos com a redação da lei ordinária e adiantada parte da solução à crítica que lhe tecemos com a proposta de abolição do texto da lei da expressão “grosseiro”, mister é assim saber se a dimensão normativa do art. 225.º do CPP não deverá possibilitar uma interpretação que alargue o âmbito da norma da alínea *c*) aos casos em que o arguido — apesar de preso preventivamente — venha a ser absolvido **sem se comprovar que o arguido não foi o agente do crime**.

Não se responderá afirmativamente sem que logo se possam aduzir várias razões em contrário, expressão da defesa de argumentos, tais como o óbvio funcionamento da justiça, a óbvia e necessária aplicação da justiça penal, o óbvio e evidente pulsar do *ius puniendi* do Estado que se tem que aplicar, a óbvia e necessária eficácia do sistema penal na defesa da sociedade... entre outras. Todavia, e independentemente das reservas no encontro de uma solução, devido às dificuldades que a questão suscita, num pressuposto estamos certos, e será certamente dele que partiremos: o não menos óbvio, irrenunciável e inalienável direito à liberdade que, em direito criminal, vale para nós como direito primeiro e em face do qual se conjugarão todos os outros. Como refere Gomes Canotilho⁽²⁾ “*o cerne do problema consiste em saber quando é que o sacrifício da detenção ultrapassou a álea geral originando uma desigualdade perante os encargos públicos merecedora de reparação*”.

Pressuporá esta abordagem a sempre clássica questão da justiça da ponderação e concordância de valores e, neste caso particular, a resposta ao melindroso problema que se ergue ente Estado e cidadãos: em que medida e com que consequências é que a privação da liberdade em prisão preventiva de quem veio a ser absolvido (mesmo que não se comprove que o arguido não foi agente do crime) é justificada pelo interesse geral de realizar a justiça, defender a sociedade e prevenir a criminalidade?

⁽²⁾ *O Problema da Responsabilidade do Estado por Actos Lícitos*, Livraria Almedina, 1974, pp. 220.

Desde logo, em tese geral, se se optar por defender que o Estado deve indemnizar o arguido pelo tempo de prisão sofrida preventivamente — com o fim de atenuar, na medida do possível, um mal necessário, como o foi a prisão preventiva não seguida de condenação — conscientes estamos que tal posição contribuirá para desarmar a ação pública, talvez amolecer a justiça na aplicação deste instituto cautelar e, porventura, conduzir a uma diminuição de decisões de pronúncia acompanhadas da aplicação de prisão preventiva; se, pelo contrário, se optar por não indemnizar o lesado nas situações identificadas, verificamos que estamos a dar de barato o direito à liberdade e a sacrificá-lo, sem qualquer compensação *a posteriori*, expropriando o arguido de um direito fundamental.

Vejamos então:

3. Defesa de outra dimensão normativa para o artigo 225.º do Código de Processo Penal

Ponto inegável é — como bem referiu a Conselheira Fernanda Palma, no voto de vencido que lavrou no referido Acórdão n.º 116/02 do Tribunal Constitucional⁽³⁾ — o de ser “*uma opção constitucional indiscutível a que se relaciona com a resposta à questão de saber se o artigo 225.º do CPP seria inconstitucional por não contemplar todos os casos possíveis em que o arguido venha a ser absolvido (...)*”, ou seja, a não previsão dos casos em que se verifique a “*injustificabilidade da prisão preventiva constatada a posteriori (...)*”.

Assim, “*se a uma tal medida coativa sobrevier a absolvição do arguido, poderemos continuar a afirmar que valeu a pena semelhante privação total da liberdade? Poderá o Estado deixar o lesado sem reparação?*”⁽⁴⁾. A questão terá que se colocar num Estado de Direito democrático e social ou, pelo menos, num Estado de Direito que se quer democrático e social.

Devemos neste momento precisar que apenas nos estamos a cingir, no presente texto, aos casos de absolvição a final do arguido, em audiência de julgamento, porque foi esse o objeto do trabalho que identificámos no início destas páginas (a prisão preventiva, formalmente lícita e legal aquando da sua aplicação ao arguido, mas que, a final, venha a revelar-se

⁽³⁾ Vide *Diário da República*, II Série, de 8 de maio de 2002.

⁽⁴⁾ JOÃO AVEIRO PEREIRA, *A Responsabilidade Civil por Actos Jurisdicionais*, Coimbra Editora, p. 106, ss.

“injustificada”, porque o arguido veio a ser absolvido após a realização da audiência de discussão e julgamento, deve ser objeto de indemnização por parte do Estado?); o que não significa que não haja e que não consideremos de igual importância outras situações que a lei não contempla e que resultam, igualmente, sem proteção indemnizatória e como tal causadoras de danos na esfera jurídica do arguido⁽⁵⁾.

Não é certamente fácil afirmar que um arguido preso preventivamente mas que a final venha a ser absolvido deva ser indemnizado pois não resulta da lei, com clareza, uma noção de prisão preventiva manifestamente ilegal, mas apenas, e quando muito — como defende a mesma professora⁽⁶⁾ —, “*um núcleo essencial da ilegalidade ou injustificabilidade da prisão preventiva de acordo com os parâmetros constitucionais*”, pelo que “*não é óbvio que uma prisão preventiva seja injustificada a posteriori — apesar de ser ex ante absolutamente legal e fundamentada*” — se o arguido vier a ser absolvido.

É evidente que a aplicação da prisão preventiva, antes do apuramento em definitivo da verificação do crime e da respetiva sanção, reside na não possibilidade de um juízo imediato sobre os factos, num momento em que cumpre assegurar interesses essenciais à boa administração da justiça, prevenindo os inconvenientes que resultariam ou da perturbação da investigação, ou da continuação da atividade criminosa, ou da fuga do arguido (como impõe o art. 204.º do CPP). Mas, a partir do momento em que esta medida concreta contende com o direito à liberdade pessoal (o qual figura no elenco dos direitos, liberdades e garantias) e se verifique que a sua privação redundou, por variadíssimas circunstâncias ou vicissitudes processuais, numa violação a posteriori, será constitucionalmente justo um juízo e, conseqüentemente, justa uma interpretação do art. 225.º do Código de Processo Penal que restrinja as hipóteses de indemnização, por privação da liberdade, nos casos de absolvição, quando apenas neste conceito se considerem os casos em que o arguido comprove que não foi agente do crime? Não deverão ter-se em conta também as situações em que o arguido é absolvido em ordem ao princípio do *in dubio pro reo* decorrente da não imposição da acusação e que acarretou a absolvição do arguido com sentença transitada em julgado, depois de produzida a prova em julgamento?

(5) Nomeadamente os casos em que se verifica, apesar de o arguido ter sido preso preventivamente ou a prescrição do procedimento criminal, ou o arquivamento do processo no final do inquérito, ou a prolação de uma decisão de não pronúncia no final da instrução, ou mesmo quando é aplicada ao arguido uma pena de prisão efetiva que resulta inferior, no tempo de pena a cumprir, ao tempo de prisão preventiva já sofrida.

(6) *Loc. cit.*

É nossa convicção que sim, pois nestas situações acabou por se verificar a insuficiência da atividade investigatória nos pressupostos fáticos que lhe deram origem ou a insuficiência da acusação que a pensava sustentar.

II.

4. Os casos de absolvição do arguido — o nosso entendimento

Para que melhor se esclareça o nosso entendimento e as propostas que, porventura, relevem para a consideração de outras perspectivas indemnizatórias não previstas até agora na lei — para os casos de prisão preventiva que se venha a revelar injustificada e, como tal, causadora de danos na pessoa do arguido a ela sujeita — duas situações práticas de absolvição de um arguido, na prática, como se sabe, se manifestam:

- 1) a absolvição do arguido que se obtém por da audiência de discussão e julgamento resultar a prova de que não foi ele que cometeu o crime objeto do processo⁽⁷⁾, ou,
- 2) a absolvição do arguido que se obtém em julgamento por falta de provas que o permitam condenar e, assim, daí resultar a sua absolvição por dúvidas, em obediência ao princípio do *in dubio pro reo*.

E esta segunda situação é a grande questão que ora se põe pois, a lei ordinária, na alínea c) do n.º 1 do art. 225.º do Código de Processo Penal, apenas nos remete para os casos em que resulte comprovado que o arguido não foi o agente do crime⁽⁸⁾.

⁽⁷⁾ O que, em nosso entender, se revela especialmente grave quando, tendo havido instrução, e o arguido se encontra desde o inquérito preso preventivamente, se permaneceu na senda de o conduzir a julgamento com a decisão de pronúncia, precisamente porque a instrução serviria para infirmar o constante da acusação proferida.

⁽⁸⁾ O que é totalmente diferente de dizer-se os casos em que não resulte provado que o arguido foi o agente do crime.

4.1. A absolvição por inexistência da autoria imputada — a solução da lei

Quanto ao primeiro dos cenários — absolvição do arguido que se obtém por da audiência de discussão e julgamento resultar a prova de que não foi ele que cometeu o crime não é polémica, uma vez que a lei acolheu a hipótese de ressarcimento. E bem: parece-nos líquido que a justificação da prisão preventiva na perspetiva do momento temporal em que foi aplicada não pode — em nome do carácter absoluto de uma necessidade processual como sejam a eficácia do sistema penal ou o funcionamento da justiça — sobrepor-se ao direito do arguido a ser reparado pelos prejuízos sofridos nos seus direitos fundamentais pela privação ilegítima da liberdade a que foi sujeito

Mas será que se devem distinguir os dois “casos” de absolvição do arguido?

4.2. A absolvição por aplicação do princípio do “*in dubio pro reo*”

Quanto ao segundo cenário — de absolvição por dúvidas em obediência ao princípio do *in dubio pro reo* —, já o caminho poderá parecer mais tortuoso, ou seja, não tão líquido na atribuição imediata ao arguido de um direito a indemnização, comparativamente com a hipótese anterior. Certamente por isso, o legislador não acolheu essa solução legal no texto do art. 225.º. Será nestas hipóteses que residirá o busílis da questão para quem, diferentemente de nós, não defenda a atribuição de indemnização por privação injusta de liberdade quando resulte a absolvição do arguido por dúvidas.

Todavia, como consideramos que a prisão preventiva é uma medida coativa e não, de forma alguma, em nosso entender, deva ser considerada como uma sanção, não se deve cair no falacioso juízo “justificativo” de se entender que, como não se conseguiu provar que não foi aquele arguido que cometeu o crime de que veio acusado, “ao menos” que a medida de coação que lhe foi imposta sobrevenha como algo útil que se possa ter feito em nome da proteção, na altura, dos interesses societários (obviamente legítimos) e de alguma forma se justifique como expiação de um *mal*⁽⁹⁾ que, ape-

(9) A legitimação da intervenção penal não pode fundar-se em exigências de retribuição ou de expiação de culpa, mas apenas em propósitos preventivos.

sar de não provado em juízo, intimamente os atores da Justiça tenham como adquirido. Essencialmente porque, frise-se, processualmente só há um conceito de absolvição — e que significa não condenação — e logo, independentemente da “*modalidade*” que revista, não deve um juízo provisório sobre a culpa do arguido ser mais valioso do que um juízo definitivo de absolvição⁽¹⁰⁾ não devendo servir a anterior presunção como fundamento e justificativa para preterir, desde logo, e *a posteriori*, nestes casos, uma indemnização por privação ilegítima da liberdade⁽¹¹⁾, sobretudo porque em matérias tão sensíveis como o é a do direito à liberdade, não poderão sobrelevar-se juízos de valor que se fundamentem, essencialmente, em suspeições ou compensações de culpa.

Os danos que sejam oriundos de uma inutilidade da prisão preventiva revelada posteriormente (responsabilidade por facto lícito) deverão ser suportados pelo Estado em vez de onerarem exclusivamente o arguido que não deve assim arcar, quer com as consequências da “não prova” da acusação, quer com (a promoção e decisão de aplicação de) uma prisão que se veio a revelar totalmente injustificada, até porque é ao arguido *presuntivamente inocente* que é aplicada uma medida restritiva da sua liberdade.

Sobretudo porque não cremos que do Âmbito normativo do art. 22.º da Constituição da República⁽¹²⁾ esteja excluída a responsabilidade do Estado por atos lícitos dos seus funcionários e agentes⁽¹³⁾, uma vez que, se se entender que a responsabilidade do Estado só existe nos casos de privação da liberdade quando essa privação for feita “contra o disposto na Constituição e na lei”⁽¹⁴⁾, então ficarão de fora, sem qual-

⁽¹⁰⁾ Que resulta numa limitação irremediável ao fundamental e fundante valor da presunção da inocência.

⁽¹¹⁾ Vide JOÃO CAUPERS, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 40, Julho-Agosto 2003: “*Pela nossa parte adiantaremos que nos parece fazer sentido a admissibilidade da responsabilidade civil do estado pelos danos causados no exercício da função jurisdicional, independentemente de tais danos, terem ou não carácter ilícito, ou seja, em termos objectivos*”.

⁽¹²⁾ Como refere LUÍS GUILHERME CATARINO, *Revista do Ministério Público*, Ano 22.º, Out.-Dez., 2001, n.º 88.

⁽¹³⁾ O direito de indemnização consagrado no art. 22.º da CRP está sujeito ao regime dos direitos, liberdades e garantias (art. 17.º da CRP) e, nessa medida, é diretamente aplicável, não dependendo de lei para ser invocado pelo lesado.

⁽¹⁴⁾ Cf. RUI MEDEIROS, *Ensaio sobre a Responsabilidade Civil do Estado por Actos Legislativos*, Coimbra, 1992, p. 105, ss. “*nada, nem na mens legis, nem nos trabalhos preparatórios, permite concluir que o preceito constitucional faça depender a responsabilidade do Estado da existência de culpa. O artigo 27.º, n.º 5 da C.R.P. refere-se apenas à privação da liberdade contra o disposto na Constituição e na Lei e, por consequência confere o direito à indemnização independentemente de culpa. Logo, o artigo 225.º do C.P.P. não pode restringir a obrigação de indemnizar aos casos de privação ilícita e gravemente culposa da liberdade (...)*”.

quer proteção indemnizatória — pasme-se! — os casos de privação da liberdade legalmente incensuráveis, mas causadores de danos aos indivíduos presos.

A atribuição de indemnização ao arguido pela privação ilegítima da liberdade, revelada *ex post*, deve ser feita automaticamente, pois faz parte da mais elementar lógica processual-penal e garantística, num Estado de Direito que se intitula democrático e social, a assunção de uma posição que espelhe a defesa das garantias constitucionais do processo penal quando é violado um direito fundamental. Mais, esta oneração do arguido com *prova de que está limpo de toda a suspeição* colide com o sentido último do n.º 2 do art. 32.º da Lei Fundamental.

Na situação de que curamos o arguido redundou “vítima de uma inexorável lógica investigatória”⁽¹⁵⁾, não devendo assim arcar, quer com as consequências da “não prova” da acusação⁽¹⁶⁾, quer com (a promoção e decisão de aplicação de) uma prisão que se veio a revelar totalmente injustificada. Como bem refere Fernanda Palma⁽¹⁷⁾, o “*princípio de reparação das lesões dos direitos individuais sacrificados num conflito de interesses em que o agente sacrificado não provocou a situação de conflito terá de valer inteiramente, por igualdade ou maioria de razão, quando o interesse sacrificado é o direito à liberdade*”.

Não esqueçamos que houve uma imposição ao arguido de uma decisão jurisdicional (e portanto imputável ao Estado, proveniente do juiz de instrução, pois só por este a prisão preventiva pode ser imposta) da qual resultou, desde a fase de inquérito (e instrução se a tiver havido como fase que comprova a decisão de submeter o arguido a julgamento)⁽¹⁸⁾, uma lesão num seu direito fundamental. Neste cenário, a acusação pública (a quem cabe promover a ação penal e a defesa da legalidade, e aqui falamos já da magistratura do Ministério Público, e assim do Estado) não faz prova de que o arguido cometeu o crime de que foi (por si) acusado.

⁽¹⁵⁾ Como qualifica FERNANDA PALMA, *loc. cit.*

⁽¹⁶⁾ Cremos até que podemos, no limite, intuir com esta solução legal, uma imposição de inversão do ónus da prova que compete à acusação.

⁽¹⁷⁾ *Loc. cit.*

⁽¹⁸⁾ O que mais gravoso é, pois houve outra instância de controlo judicial confirmativa de indícios suficientes.

4.3. A nossa posição

Defendemos que, se o arguido foi privado da liberdade e, a final, resulta absolvido — porque, em última instância, a acusação não conseguiu demonstrar a autoria imputada ou dissipar as dúvidas que, porventura, com a defesa, se erigiram sobre a sua participação no facto criminoso em análise, e, dessa incapacidade de prova (de a quem cabe promover a ação penal e a defesa da legalidade) — pois o ónus da prova incumbe ao Ministério Público —, resulta a não condenação do arguido, ou se se preferir a sua absolvição por dúvidas — ao Estado deverá caber, de alguma forma, uma quota-parte de responsabilidade pelos danos sofridos com a privação da liberdade e não ser o arguido a arcar, sozinho, com os danos resultantes de uma não prova que, justamente, competiria à acusação (e, assim, em última análise, ao Estado). A comprovação da efetiva inocência do arguido é uma exigência contrária ao ónus da prova em processo penal — que recai sobre a acusação — além de pretender extrair novos significados do termo inocente. Quem é inocente é quem é não condenado e quem é não condenado é quem o sistema reconhece que não deve ser sujeito à aplicação de pena alguma. Como justificar, pois, que a restrição de liberdade sofrida não seja ressarcida?

Com a aplicação direta dos princípios gerais de direito que responsabilizam a Administração e os seus órgãos ou agentes e fixam os critérios indemnizatórios de ressarcimento por danos podemos, em nosso entendimento, responsabilizar o Estado (por prisão preventiva ordenada sem qualquer erro, mas à qual não corresponda factualidade nenhuma conforme prova posterior obtida) apoiando-nos na norma matriz que alicerçará o direito indemnizatório do lesado nestas circunstâncias: o art. 22.º da Constituição da República Portuguesa, do qual decorre um direito à indemnização por danos causados por atos lícitos da função jurisdicional que implique violação de direitos, liberdades e garantias.

Faz parte da mais elementar lógica processual-penal e garantística⁽¹⁹⁾, num Estado de Direito que se intitula democrático e social, a assunção de uma posição que espelhe a defesa das garantias constitucionais do processo penal quando é violado um direito fundamental, que no caso *sub judice* se impõe, desde logo, como decorrência do valor, também ele fundamental, da dignidade humana a preservar por qualquer Estado de

(19) “A inocência do condenado não perturba a legitimidade do acto jurisdicional mas torna obrigatória a atribuição ao lesado de uma justa indemnização (...)”, Acórdão da Relação do Porto de 16 de Junho de 1994, *Colectânea de Jurisprudência*, 1994, Tomo III, p. 233.

Direito material que inicie, prossiga e termine, com este resultado, um processo de natureza criminal contra qualquer indivíduo⁽²⁰⁾.

Ao encontro desta posição aberta à admissibilidade de um novo regime indemnizatório da prisão preventiva que se venha a revelar ilegítima, encontra-se a legislação alemã já desde os idos anos de 70⁽²¹⁾ que estabelece o direito a indemnização pelo Estado a quem tenha sofrido um “*dano em consequência da execução de prisão preventiva ou de outra medida de perseguição penal (...), se vier a ser absolvido, se o processo for arquivado ou se o tribunal recusar a abertura do procedimento criminal contra si*”. Como salienta José Mouraz Lopes⁽²²⁾ “*trata-se de uma situação efetivamente mais abrangente sustentando inequivocamente uma proteção efetiva do Lesado por virtude de aplicação da prisão preventiva, que não leve como consequência a aplicação de qualquer sanção penal*”⁽²³⁾.

Podem convocar se, igualmente, na defesa desta posição argumentos tais como, por exemplo, o instituto do desconto ou a expropriação por utilidade pública: efetivamente, quanto ao primeiro aduzido, quando um arguido é condenado em pena de prisão efetiva desconta-se no tempo de pena a cumprir o tempo que o arguido já passou preso preventivamente; ora, se o arguido não vier a ser condenado e do julgamento resultar a sua absolvição, onde está — se se lhe vedar qualquer pretensão indemnizatória — o correspondente juízo de equidade? Curioso será também comparar o tratamento dado ao direito à indemnização devida por expropriação por utilidade pública⁽²⁴⁾ em que o Estado indemniza o particular, independentemente da verificação da ilicitude da desapropriação com, *a contrario*, a exigência de uma conduta ilícita por parte do Estado para que a indemnização pela privação da liberdade seja possível.

⁽²⁰⁾ Vide recomendação do Conselho da Europa R (80) 11.

⁽²¹⁾ Lei sobre indemnização por medidas de perseguição penal de 8 de março (StrEG) de 1971, parágrafo 2.º. Sobre a crítica e reformas posteriores, ver BAUMANN; HEINITZ, FS, 1972, p. 705; sobre a interpretação e o desenvolvimento na jurisprudência do BGH, ver KRONER, 1992.

⁽²²⁾ Cf. JOSÉ ANTÔNIO MOURAZ LOPES, *A responsabilidade civil do Estado pela privação da liberdade decorrente da prisão preventiva*, “Revista do Ministério Público”, Ano 22.º, Out-Dez. 2001, p. 95.

⁽²³⁾ De novo, no mesmo sentido, o n.º 2, II, StrEG: “*se le debe conceder indemnización por prison preventiva, internamieto provisional, detención provisional, secuestro y privación provisional del permiso para conducir, quando el ha sido absuelto (n.º 2, I, StrEG). Algo análogo, quando el tribunal prescinde de la pena o cuando las consecuencias jurídicas ordenadas en la condena del tribunal son mas moderadas que las medidas de persecución penal dirigidas a ellas (la llamada medida de persecución penal excesiva — 4, StrEG) — apud Derecho Procesal Penal, CAUS ROXIN, traducción de la 25.ª edición alemana de Gabriela Pastor, revisada por Julio B. Maier, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, pp. 512-513.*

⁽²⁴⁾ Reconhecido constitucionalmente e assegurado pela lei não obstante o caráter lícito da desapropriação.

A dificuldade residirá, pois, como explicita o Professor Gomes Canotilho, em saber se “*o cumprimento de uma pena a que se seguiu a absolvição será um simples dever de cidadania ou constituirá uma lesão de um direito, liberdade e garantia?*”⁽²⁵⁾.

Se é direito fundamental de cidadania ser livre porque razão parecerá ser dever do cidadão suportar qualquer tipo de restrição à liberdade?

A imposição de prisão preventiva a um arguido antes do seu julgamento — e assim, neste caso, necessariamente antes de resultar a sua absolvição — é uma vicissitude processual, apoiada em indícios e que se determina, tal como em todas as outras medidas de coação, em ordem a prevenir e impedir a verificação, cumulativa ou não, de três ordens de factos (fuga ou perigo de fuga; continuação da atividade criminosa; perturbação dos termos do processo) que, de acordo com a avaliação que se faça em determinado momento das circunstâncias concretas do processo, perturbarão, de alguma forma, se esta não se decretar, o desenrolar do *iter* processual. E, assim, ao ser “apenas” isto, com o menos se demonstra o mais: se é uma medida de coação não é uma pena, e se não é uma pena o arguido não poderá “cumprir-la” antecipadamente quando do processo resulte que ele foi absolvido. Se *a priori* é lícito impô-la ao arguido enquanto dever de cidadania (porque sobre ele recaem fortes suspeitas da prática de um crime doloso) e ao Estado decretá-la enquanto garante da legalidade, *a posteriori* não será legítimo ao Estado não subtrair os danos por ela provocados à esfera do arguido, porque revelada, a final, lesiva de um seu direito fundamental.

Ou seja: se processualmente nos encontramos sempre, no momento em que se tem que decidir pela aplicação do instituto da prisão preventiva, na intersecção de dois interesses conflituantes (o do arguido e o da sociedade) e se, nesse momento de conflito, é lícito sacrificar-se um direito fundamental do arguido em ordem à sobrevalorização de interesses societários dignos de tutela penal, mas posteriormente se conclua que quem impôs esse sacrifício — o Estado — não cumpriu o propósito a que se tinha determinado (fazer prova que aquele sujeito a quem privou de liberdade era o autor de determinado crime) deverá, o Estado, de algum modo, compensar a ofensa da lesão infligida.

E poderá ser assim porque, com o decurso processual que culminou com a absolvição do arguido, deparamo-nos com um póstumo cenário de privação injustificada da liberdade e, deste modo, porque ingressados no

⁽²⁵⁾ JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, 124.º, Ano 1991-1992, Anotação ao Acórdão de 9.10.90, p. 85.

momento temporal de reparação propriamente dito, se pode equacionar e avaliar da emersão de um direito subjetivo que confere ao seu titular um direito de tutela pela violação, pelo Estado, de um seu direito fundamental.

E por isso, permitimo-nos arriscar que nestes casos, de *lege ferenda*, a política justa seria a de o legislador não afastar a possibilidade de o arguido poder ser reparado nos danos sofridos com a privação da liberdade, cuja legitimidade decorre duma constatação *a posteriori*, e empreender a formulação de hipóteses indemnizatórias que resultem da verificação de danos na esfera do cidadão, resultantes, por exemplo, de desproporção na aplicação da medida, de desigualdade merecedora de reparação, de não prova do fundamento que a alicerçou, pois, a final, o arguido não veio a ser condenado. O legislador pode conformar o direito à indemnização de acordo com a ampla liberdade que a parte final do preceito lhe outorgou mas não pode eliminar o seu núcleo essencial⁽²⁶⁾.

⁽²⁶⁾ O ATC n.º 185/2010, publicado no Diário da República, II Série, de 13 de Setembro de 2010 [que decidiu não julgar inconstitucional a norma constante do n.º 2 do art. 225.º do Código de Processo Penal, interpretada no sentido de se não considerar injustificada prisão preventiva aplicada a um arguido que vem a ser absolvido com fundamento no princípio *in dubio pro reo*] não se afasta muito desta base de compreensão do problema. Conclui, porém, que a solução que exclui a indemnização por danos decorrentes de prisão preventiva imposta a arguidos que acabam por ser absolvidos em julgamento, por não se provarem os factos de que estavam acusados, escapa aos poderes de apreciação do tribunal, por tal controlo ser suscetível de afetar os equilíbrios sistémicos que a Constituição terá deixado à ampla liberdade de conformação do legislador. E justifica: “*O facto de o ordenamento admitir a admitir a indemnização em tais circunstâncias seria um dado que os juizes teriam em consideração no momento de aplicar a medida de coacção. E com prognóstico incerto, tanto podendo conduzir a um deficit como a um excesso de uso da prisão preventiva. A mera incerteza quanto ao resultado da existência de solução diferente daquela que se aprecia bastaria para que o Tribunal não possa censurar a opção legislativa. Em último termo, diz o acórdão, poderia verificar-se um aumento do número de prisões preventivas decretadas e, portanto, uma afectação mais intensa da própria liberdade individual do arguido*”. Não acompanhamos esta ponderação. Tal como o CONSELHEIRO VÍTOR GOMES exarou na declaração de voto aposta, consideramos que o referido Acórdão ilude o problema em equação. Na verdade, como diz o Conselheiro, “*os custos de eventuais ineficiências do sistema podem, quando está em causa um bem jusfundamental quando a proteção é contígua aos princípios do Estado de direito e da dignidade humana, recair em exclusivo sobre o indivíduo a quem é imposto o sacrificio desse mesmo bem. O objectivo da “justa medida” na imposição da prisão preventiva, sem deficit e sem excesso de utilização, alcança-se pelo estabelecimento de pressupostos legais rigorosos, por adequados mecanismos de controlo das decisões tomadas neste âmbito, pela selecção e preparação criteriosa dos magistrados e medidas processuais e organizativas semelhantes. Não atribuir indemnização pelo sacrificio aos indivíduos particularmente atingidos por prisão preventiva que o desfecho do processo venha a revelar materialmente injustificada por receio de que isso possa induzir os juizes a um uso mais frequente da prisão preventiva, é adoptar um meio que, à luz dos princípios do Estado de direito, tem de ser considerado, se não inadequado, pelo menos manifestamente excessivo para esse mesmo fim da tutela da liberdade. Efectivamente, não pode dizer-se que há risco de “uma afectação mais intensa da própria liberdade individual do arguido” se o sistema reconhecer indemnização aos arguidos absolvidos por não se ter provado a acusação. Para o indivíduo a quem a medida tenha sido aplicada a afectação da liberdade é real, já não é um risco. À inevitável privação da liberdade soma-*

Defendemos, pois, que a Constituição impõe que o risco de prisões preventivas materialmente injustificadas corra por conta de toda a comunidade (sendo repartido, enquanto dever estadual de indemnizar, por todos os seus membros na medida do benefício que do sacrifício individual retiraram) ao invés de ser suportado, apenas, pelos indivíduos que a elas estiverem sujeitos.

5. Entre o ser e o devir — breves notas conclusivas

O que defendemos quererá significar que a proibição constitucional de compressão do direito à liberdade deve-nos fazer “*afirmar um princípio de proibição de interpretação da norma que reduza o âmbito favorável ao arguido*”⁽²⁷⁾ e deste modo, em nosso entender, inverter a tendência vertida pelo legislador ordinário no art. 225.º do Código de Processo Penal que restringe o âmbito da norma constitucional defensora do direito à liberdade, protegendo sobremaneira o Estado contra o arguido, cuja posição resulta a nosso ver, ainda, diminuída de garantias.

Assim, em nossa opinião, é insuficiente a consagração legal exarada na alínea *c*) do n.º 1 do no art. 225.º do Código de Processo Penal. Deve ela estender-se aos casos em que à aplicação de tal medida coativa sobrevenha, na sentença final, a absolvição do arguido em obediência ao princípio do *in dubio pro reo*, em face do valor primordial da liberdade que deverá caber salvaguardar num Estado de Direito, evitando dessa forma que o Estado, quando com a aplicação da prisão preventiva provoca danos, mesmo que ao abrigo de atuações lícitas, possa lavar daí as suas mãos, deixando o lesado sem reparação⁽²⁸⁾, sobretudo porque, se assim “não for [ou

-se a suportação individual dos respectivos efeitos lesivos. Ora, proteger a hipotética liberdade de uma categoria (todos os arguidos) mediante a não compensação pública do sacrifício da liberdade do arguido efectiva e concretamente atingido pela prisão preventiva que a posteriori vem a revelar-se injustificada, é solução que me parece desproporcionada e repelida pelo princípio do Estado de direito”.

⁽²⁷⁾ Cf. LUÍS GUILHERME CATARINO, *A Responsabilidade do Estado pela Administração da Justiça. O erro judiciário e o anormal funcionamento da Justiça*, Livraria Almedina, p. 363.

⁽²⁸⁾ Como clarifica ANTÓNIO DIAS GARCIA, *Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração Pública, com a coordenação de Fausto de Quadros*, Almedina, 1995, p. 202, no art. 22.º da CRP está consagrado “(...) o dever geral do estado de reparar os prejuízos que a sua actuação provoca, quer se trate de acções quer de omissões sem especificar a natureza, lícita ou ilícita, culposa ou não culposa, do acto lesante. É, pois, seguro que o actual ordenamento jurídico português confere relevo geral à responsabilidade objectiva das entidades públicas. Desta opção legislativa decorrem

melhor, assim não sendo], tal situação constitui, ainda, uma violação ao disposto no art. 5.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

Não se restringindo, nesta esteira, as hipóteses de indemnização por privação da liberdade a certas situações, determinadas apenas segundo critérios “*ex ante*”. E sobremaneira porque, como já explicitámos, entendemos que não se encontra excluída, quer do âmbito normativo do n.º 5 do art. 27.º, quer, fundamentalmente, do âmbito normativo do art. 22.º⁽²⁹⁾ ambos da Constituição da República Portuguesa, a responsabilidade do Estado por atos lícitos dos seus funcionários e agentes — efetivamente, nada nos parece que se extraia destes normativos constitucionais que imponha que se limite a responsabilidade do Estado aos casos em que se priva ilícita, grave e culposamente a liberdade⁽³⁰⁾.

Para nós, e como já referido, do art. 22.º da CRP decorre um dever de indemnizar do estado por todos os atos da função judicial de que resulte violação de direitos, liberdades e garantias ou prejuízo para outrem. Da pri-

importantes consequências. Desde logo, porque aceitar a ressarcibilidade dos danos provocados por actos jurídicos lícitos ou operações materiais perigosas e reconhecer que o escopo primacial da responsabilidade é a transferência do peso patrimonial em que o dano se traduz do sujeito lesado para o agente lesante (ou outrem por ele). Por outro lado, porque aceitar uma tal premissa impõe a superação do modelo aquiliano de responsabilidade civil. Na verdade, se se reparar, a posição tradicional anda sempre à procura da culpa do agente. O que se explica, naturalmente, porque atende quase exclusivamente ao papel actuante do sujeito lesante: actuou com culpa, merece censura? Então deve reparar. Não merece censura? Então não é legítimo que responda por isso, a não ser em circunstâncias excepcionais”. Ora, se assentarmos em que o “instituto da responsabilidade tem por função primordial a transferência da incidência do dano de um sujeito para outro, deixa de ter relevo fulcral o papel do sujeito que lesa, para adquirir preliminar relevo a situação da vítima e o prejuízo por si sofrido (...)”. Há que considerar assim dois passos importantes: “(...) o primeiro, através da necessidade de o juízo da responsabilidade se centrar no dado objectivo que é o dano suportado. O segundo, através da fixação dos critérios de imputação que justificam a incidência final do dano sobre outra pessoa — pode não ser o autor material — que não a vítima (...)”.

⁽²⁹⁾ O princípio de direito constitucional português contido no art. 22.º da Lei Fundamental encerra um direito e uma garantia fundamental de qualquer cidadão: o direito à reparação dos danos causados por entidades públicas, quer esses danos se traduzam na violação de um direito, liberdade, garantia, quer apenas num prejuízo económico. *Vide* neste sentido MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA, *Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração Pública*, p. 113, ss. A mesma autora, *ob. cit.*, p. 122 concretiza esclarecendo que “O princípio geral de direito constitucional português contido no artigo 22.º da Constituição não pode deixar de abranger também os atos da função jurisdicional, permitindo a responsabilização dos próprios tribunais, enquanto órgãos de soberania do Estado (...). Tal responsabilidade pode ser imputável ao próprio Estado, direta e até exclusivamente (podendo configurar-se uma situação semelhante ao que acontece com a chamada *faute du service*”.

⁽³⁰⁾ A propósito do art. 22.º da CRP, escrevem GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra, 1984, p. 186, nota III “(...) o âmbito normativo material do preceito não pode deixar de abranger também as hipóteses de responsabilidade do estado por atos lícitos e de responsabilidade pelo risco, podendo apenas a lei exigir certos requisitos quanto ao prejuízo ressarcível (...)”.

são preventiva de arguido que venha a ser posteriormente absolvido resulta a violação do direito, liberdade e garantia consagrado no art. 27.º da CRP e, assim, nos termos do art. 22.º tal deve ser sempre indemnizável pelo estado ainda que a prisão não seja ilegal, porquanto a responsabilidade a que se refere este artigo engloba, também, os atos lícitos da função judicial.

Assim, e de *iure constituendo*, preconizamos a alteração do disposto no art. 225.º do CPP e, logo, do modelo de responsabilidade do Estado aí vertido — por considerarmos que a dimensão normativa que se extrai da alínea *c*) do seu número 1 é, por um lado, incompatível com a cabal defesa do direito à liberdade (por não contemplar a previsão de todos os casos em que se verifique a injustificabilidade da prisão preventiva constatada *a posteriori*) e, por outro lado, conseqüentemente limitadora e violadora dos preceitos constitucionais contidos nos arts. 17.º, 18.º, 22.º e 27.º, n.º 5 da Lei Fundamental — e, inevitavelmente, a assunção da posição perfeitamente aberta que defende que, quando haja danos causados por causa da aplicação do instituto da prisão preventiva, o Estado deverá assumir a sua reparação, fazendo para isso a aplicação direta dos princípios gerais de direito que o responsabilizam e fixam os critérios indemnizatórios de ressarcimento dos danos. Deverá, pois, o legislador ordinário fazer concordar a intensidade da medida restritiva autorizada e o sacrifício da liberdade por ela imposta com os valores justificativos da restrição.

É que a tutela do direito à liberdade assume um valor superior face a qualquer inquietude da investigação.

Lisboa, Novembro de 2019

ASPECTOS FUNDAMENTAIS PARA A COMPREENSÃO DOS EFEITOS JURÍDICOS DAS NORMAS NÃO VINCULATIVAS DA ADMINISTRAÇÃO: O *SOFT LAW* ADMINISTRATIVO

Por Fábio Pereira da Silva(*)

SUMÁRIO:

Resumo. 1. A necessária inserção do fenómeno na Teoria do Direito Administrativo. 2. Uma primeira aproximação conceptual ao *instrumentarium soft*. 3. Continuando a desbravar o caminho conceptual. 4. À procura de um conceito operativo de *soft law* administrativo. 5. A problematização inicial do dilema dos efeitos jurídicos: uma hipótese merecedora de toda a atenção. 5.1. O *soft law* como instrumento auto-vinculativo: um passado recuperado. 5.1.1. Refracções processuais do reconhecimento de um momento discricionário transformado em vinculado. 5.2. O *soft law* enquanto “direito existencial”: os efeitos *ad extra*. 5.2.1. Sentido e alcance do regime de impugnabilidade directa do *soft law*. 6. Reflexão final.

Resumo:

Construir e cunhar em termos dogmaticamente logrados um instituto como aquele que agora temos entre mãos é tarefa homérica, visto que o esforço de navegar na imensidão conceptual do *soft law* atormenta quem se aventura em tal epopeia. Não obstante, perante esta inconfinada criatura, é nosso desiderato captar a essência unitária de uma realidade tão fluída e multifacetada, tentando assim delimitar o discurso retórico a um dispo-

(*) Advogado. Mestre em Ciências Jurídico-Administrativas.

sitivo orientador de coordenadas metodológicas aptas a imprimir tangibilidade e coerência sistémica. Para cumprir performativamente tal anseio, cumpre-nos desde logo sublinhar que a compreensão da tarefa radicada na abordagem-problematização do *soft law* leva imanente um discursivo colimado a ensaiar uma aproximação compreensiva de uma actividade administrativa assente em instrumentos tendencialmente não vinculativos, uma *tertiary rule* apta a cunhar a normatividade vigente, um referente de sentidos que impregna a validade do direito, conferindo-lhe uma abertura e adaptabilidade até aqui nunca antes vistas. Estamos, portanto, perante uma técnica normativa, um *modus normandi* que se afasta das tradicionais formas do agir da Administração, mas que no fundo prescreve modelos de conduta que apesar de não produzirem efeitos jurídicos plenos são susceptíveis de gerar “efeitos práticos”.

1. A necessária inserção do fenómeno na Teoria do Direito Administrativo

Se partirmos do pressuposto que “a direcção social através do Direito não se esgota nos meios característicos do exercício da autoridade ao dos que são próprios de uma execução forçada para aplicação imperativa da lei”⁽¹⁾, forçoso se torna concluir, através de uma moderna visão sobre como o Direito influi na sociedade, que outros instrumentos de direcção deverão ser integrados num sistema jurídico pluridimensional, reconhecendo, assim, uma mudança de paradigma no poder regulatório da administração⁽²⁾. Se assim for, como julgamos que seja, tal cenário contribui para o aparecimento de técnicas normativas diferentes da prática habitual, onde o debate em torno da teoria da direcção ter-se-á de fazer em termos abertos e reformadores, reconhecendo a mescla de instrumentos que perpassam hoje o Direito Administrativo e olhando para o fenómeno regulatório já não tão centrado exclusivamente no Estado, para então reconhecer outros elementos e perspectivas que pos-

(1) Cf. EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN, “Cuestiones fundamentales sobre la reforma de le teoría general del Derecho Administrativo. Necesidad de la innovación y presupuestos metodológicos”, in JAVIER BARNÉS (coord.), *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo*, Sevilla, 2006, p. 15, ss.

(2) “Os administrativistas devem reapropriar-se de uma fonte própria, e não somente prestar atenção à normação secundária, pelo que devem reconstruir um inteiro quadro de fontes, devendo igualmente analisar como esse se coloca no específico subsistema do direito administrativo”. Neste sentido, MARCO MAZZAMUTO, “L’atipicità delle fonti nel diritto amministrativo”, in *Convegno AIPDA*, 2015, Padova, p. 5.

sibilitem incorporar a distinção entre um direito duro e um mais “*blando*”⁽³⁾.

Nesta medida, o direito administrativo deve estabelecer um marco de ordenação geral em que tenham cabimento todos os instrumentos de direcção, onde o *soft law* deve ser justificadamente reconhecido, adoptando novos modelos teóricos ao estudo da nossa disciplina capazes de explicar as mudanças que têm sido sentidas.

2. Uma primeira aproximação conceptual ao *instrumentarium soft*

Propomo-nos apresentar uma noção inicial e descritiva do fenómeno em análise, abordando os seus elementos constitutivos. Tal recorte será, naturalmente, complementado pela comparação da noção apresentada com as figuras típicas do agir administrativo. Com efeito, face à multiplicidade fenomenológica do *soft law*, o esforço dogmático despendido levar-nos-á a uma aproximação indiciária daquilo que consideramos ser os elementos chaves do instituto em discussão, partindo, no entanto, para uma abordagem metodológica de tons de teoria geral, centrando a análise na delimitação teórico-conceptual do círculo de actos normativos que merecem ser qualificados ou enquadrados neste hemisfério, traçando e propondo, consequentemente, um regime jurídico que revele uma dogmática conciliante.

Assim, partindo da leitura das manifestações típicas do exercício do poder administrativo, observamos que nenhuma das formas tipificadas de actuar dos sujeitos públicos permite subsumir na sua órbita conceptual os instrumentos presentes na dimensão normativa do *soft law*. Assim, se por um lado, excluímos do universo do regulamento o instrumentário *soft* que — apesar de comungar do carácter geral e abstrato das suas disposições — não coloca no altar o *iter* formal-procedimental daquele e, diametralmente oposto, mas com idênticas consequências, a exclusão do *soft law* como categoria conceptual englobada no fenómeno do acto administrativo, isto porque estamos agora no terreno do individual e concreto — em que a dificuldade já não é tanto a forma mas sim o conteúdo do instrumento com intencionalidade normativo⁽⁴⁾ — por outro lado, podemos igualmente sus-

(3) No mesmo sentido, E. SCHMIDT-ASSMANN, “Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del Derecho Administrativo”, *op. cit.*, p. 51.

(4) O mesmo se passando com o contrato administrativo, que pretende regular relações contratuais jurídicas administrativas em geral (art. 200.º CPA).

tentar que ao *soft law*, face ao segmento da falta de carácter autoritário que o densifica, se lhe defere uma “categoria residual”(5), já que o acto administrativo, o contrato administrativo e o regulamento, enquanto conformadores de uma relação jurídica, são dotados de uma vinculatividade — como manifestação típica de autotutela declarativa e executiva da Administração — que o *soft law* não possuiu.

Relativamente a esta questão e em termos genéricos, ao *soft law* não se reconhece obrigatoriedade de cumprimento imediato da sua regulação, visto que estes instrumentos prescindem da sanção para tornar eficazes os seus objectivos práticos, ainda que a sanção apenas se apresenta como predicativo do direito na sua dimensão normativa-positivista, visto que ela implica a sua exigibilidade e executabilidade(6) imediata.

Com efeito, se a solução inicial passará por não incorporar este conjunto de actos normativos nas actuações integradas na trilogia clássica do sistema de actos jurídico-públicos, visto que não seria metodológico e dogmaticamente correcto conceptualizações forçadas com o objectivo de reconduzir, de forma duvidosa e discutível, estas actuações ao regime dos instrumentos típicos do agir administrativo(7), isto significa, obviamente, que seremos forçados a impactar o instrumentário de *soft law* no terreno de uma teoria própria que lhe dê sentido no plano jurídico, com o “fim de aclarar a sua posição no conjunto de técnicas da Administração dentro da teoria da actividade administrativa”(8).

Em rigor, estando num domínio em que as posições se multiplicam até à irrisão, talvez seja metodologicamente preferível apresentarmos a nossa visão da questão, julgando acertado apostar na criação de uma nova categoria ao lado das fórmulas típicas da actividade administrativa e que se caracteriza por um conjunto de instrumentos que apresentem traços específicos e que podemos conduzir aos seguintes parâmetros:

(5) Cf. EDMONDO MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Cedam, Padova, 2008, p. 13.

(6) Fazendo referência à exigibilidade e executabilidade da norma, FERNANDO JOSÉ BRONZE, *Lições de Introdução ao Direito*, 2.ª ed., Coimbra, 2010, p. 74.

(7) Levando, assim, em linha de conta, as advertências de VIEIRA DE ANDRADE, “Algumas reflexões a propósito da sobrevivência do conceito de acto administrativo”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Coimbra, 2001, p. 1200, autor este citado por MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Teoria Geral do Direito Administrativo, O Novo Regime do Código do Procedimento Administrativo*, 4.ª ed., Almedina, 2017, p. 229, uma vez “que não há hoje razão para alargar o conceito de acto administrativo com o objectivo de abrir o acesso aos tribunais”.

(8) Cf. DANIEL SARIENTO, *El Soft Law Administrativo, Un estudio de los efectos jurídicos de las normas no vinculantes de la Administración*, Civitas, 2008, p. 95.

- i) o *soft law* administrativo — enquanto instrumento de acção — constitui-se através de actos normativos dirigidos a uma pluralidade de destinatários⁽⁹⁾.
- ii) a sua força vinculativa apresenta-se condicionada, o que quer dizer que não produz efeitos jurídicos imediatos⁽¹⁰⁾.
- iii) logo, *ab initio*, não é parâmetro de cumprimento obrigatório, podendo, no entanto, sê-lo, por força de reenvios⁽¹¹⁾ e por imposição de princípios gerais de direito.

⁽⁹⁾ Actos “normativos” na medida em que comungam de características próprias da lei e do regulamento, como a generalidade, a abstracção e a idoneidade para inovar sobre o ordenamento jurídico. No mesmo sentido, FABIO CINTIOLI, “Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida di ANAC, si pareri del c.d. precontenzioso e sul raccomandazioni di ANAC”, in *Diritto Processual Amministrativo*, anno 35, n.º 2, 2017, p. 381, ss.

⁽¹⁰⁾ Cf. EDMONDO MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti*, op. cit., p. 18, ou seja, a expressão “efficacia non immediatamente vincolante” va quindi intesa in senso ampio e atecnico: piuttosto, pare più corretto sostenere che gli atti in esame abbiano un’efficacia dimidiata, nel senso che essi sono strutturalmente produttivi solo di alcuni tipi di effetti, altri restando loro preclusi. Il carattere differenziale degli strumenti è dunque l’assenza di reazione al mancato adempimento delle norme da esso poste. Esse si caratterizzano per non essere assistite, per lo meno in via diretta, né da sanzione né da coazione, intesa in senso specifico”.

⁽¹¹⁾ Reenvio, quer seja pela lei, regulamento ou mesmo por cláusulas acessórias dos actos administrativos. Por isso, ao atribuir-se relevância operativa ao *soft law*, tal fenómeno mostra-se susceptível de se lhe reconhecer efeitos jurídicos plenos, tornando-se elemento integrante da legalidade administrativa, provocando, deste modo, o relacionamento inter-sistemático entre as duas dimensões normativas. Assim, num exemplo prático, veja-se o *Acórdão do STA de 21.09.2017, processo 328/17*, relativamente ao facto de entender que uma Recomendação da ACT mencionada na norma do Convite a apresentar propostas (art. 115.º CCP) era destituída de força vinculativa mas que não impede que as entidades adjudicantes nas peças conformadoras do convite a elegessem como referência das exigências mínimas a considerar com o custo dos trabalhadores do sector, pelo que, “tendo sido fixado nas peças do procedimento um limiar abaixo do qual as propostas seriam consideradas anormalmente baixas, ainda que por remissão indirecta através da Recomendação da ACT, é esse o valor do preço anormalmente baixo a considerar”, o que nos conduz a perspectivar neste relacionamento inter-sistemático uma delicada questão sobre a circunstância que presidirá à discussão sobre a sindicabilidade da validade da Recomendação. Tudo começa por saber se a norma do Convite pode ser configurada como norma receptora dos efeitos jurídicos aparentes da recomendação da ACT, levando assim a indagar do conteúdo do *soft law* e não do acto que o incorpora, que por esta via pode gerar a sua sindicância junto do juiz administrativo. O que propomos é perspectivar um pensamento que tenha em linha de conta uma tutela jurisdiccional efectiva dos particulares, um direito fundamental de primeiríssimo plano. Como o que está em causa são os efeitos jurídicos aparentes ou os resultados juridicamente relevantes e não a recomendação propriamente dita, diríamos que aqueles efeitos transitam de uma dimensionalidade para outra, por forma a poder ser possível a propositura de uma acção judicial que possibilite a sua presença como objecto do litígio. Portanto, ao conceder à dimensionalidade normativo-positiva a categoria de ente hospedeiro dos efeitos de uma recomendação que acabam por circular por todo o sistema jurídico, a verdadeira substância deste nosso pensamento é erigida no pressuposto de uma transmigração dos efeitos de um instrumento atípico para que estes possam ser plenamente objecto de apreciação pelo juiz administrativo. Podemos ainda acrescentar que a “Administração Pública ao auto-subordinar-

- iv) não possui, como regra geral, procedimentos de elaboração, pelo que se edifica à margem das regras formais-procedimentais⁽¹²⁾.
- v) pode ser impugnado contenciosamente.
- vi) tem como principal virtualidade dar sentido às disposições do ordenamento normativo-positivo, coadjuvando este no processo hermenêutico⁽¹³⁾.

3. Continuando a desbravar o caminho conceptual

Num esforço contínuo para vencer a incerteza que sobre esta nublosa criatura paira, é desiderato do presente apartado problematizar as coordenadas manifestadas anteriormente, oferecendo uma retórica que proporcione uma melhor compreensão do fenómeno em estudo.

Numa proposta de compreensão do complexo problema que temos entre mãos, devemos começar por sublinhar que a legalidade formal não poderá constituir um limite inultrapassável para a Administração, visto que esta se pode conceber e orientar também por critérios de eficácia e eficiência na actividade que pretende desenvolver. Isto significa, consequentemente, que a ciência jurídico-administrativa deve orientar a construção dogmática de categorias e institutos que pressuponham a eficácia e a eficiência administrativa⁽¹⁴⁾. Com efeito, é nesta circunstancial verdade prá-

-se a normas que, sendo pelo procedimento administrativo objecto de recepção, geram uma subordinação dos actos da entidade receptora ao [*soft law*], assistindo-se aqui a uma certa abdicação pela entidade administrativa dos seus poderes de regulação próprio, transferindo para o instrumento de [*soft law*] o estatuto de norma fundamental". Cf. PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Público — O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade*, Almedina, 2011, p. 503.

⁽¹²⁾ O *soft law* administrativo, apesar de ter um carácter geral e materialmente identificar-se com o conteúdo típico de toda a disposição geral, afasta-se conceptualmente desta, fundamentalmente, devido a razões de ordem formal. É de notar que este instrumentário normativo presente no direito administrativo, “não tem um procedimento fixado de elaboração, nem conta com regras uniformes de competência, nem necessariamente deve ser objecto de publicação”. Neste último sentido, DANIEL SARMENTO, *El Soft Law Administrativo*, *op. cit.*, p. 93.

⁽¹³⁾ Cf. G. ALDO GIUFFRÈ, “Le ‘nuove’ dimensioni del regolamento. Il caso delle Linee guida ANAC”, in *Rivista di Diritto Pubblico Italiano, Comparato, Europeo*, n.º 2, 2017, p. 11, que atribui uma “funzione di ausilio per la migliore e più efficace attuazione della normativa di riferimento, mediante istruzioni e raccomandazioni privi di immediata e diretta cogenza sui diritti e sugli obblighi dei consociati”.

⁽¹⁴⁾ Neste sentido, E. SCHMIDT-ASSMANN, “Cuestiones fundamentales sobre la reforma de le teoría general del Derecho”, *op. cit.*, p. 66, onde o autor afirma que “La flexibilidad y la apertura a la

tica que reconhecemos valor jurídico ao *soft law*, uma vez que estes instrumentos tentam — numa fundamentação eficiente — resistir a contextos múltiplos e diversos e, por outro lado, dirigidos essencialmente a ampliar as exigências de sentido que a normatividade pré-objectivada não consegue revelar — momento confirmativo da observada eficácia administrativa — parece excessivo conceber à axiologia meramente formal da legalidade um valor absoluto e, consequentemente, descaracterizar a decisiva importância jurídico-prática do *instrumentarium* normativo *leggero*.

Com efeito, num passo atrás cronológico, podemos constatar que estes instrumentos, apesar de não cumprirem a exigência constitucional da forma, estão revestidos por um *plus* axiológico em relação aos tradicionais instrumentos de acção administrativa, uma vez que estão assentes numa base de verdadeiro co-envolvimento entre os sujeitos reguladores e regulados, onde o consenso dita ser a regra de primeiro plano no momento criativo da norma.

Assim, apesar de não existir um regime procedimental prescrito para a adopção destes instrumentos, a verdade é que muitos deles manifestam uma propensa preocupação pelo diálogo efectivo com os destinatários das normas, tendentes a erigir uma verdadeira co-constituição da decisão administrativa⁽¹⁵⁾, visto que grande parte das entidades administrativas que adoptam este tipo de actos normativos, preferem consultar e dialogar, de forma pública, com os eventuais operadores económicos no sector sujeito a normação⁽¹⁶⁾. Por outro lado, e ainda num último esforço para recuperar alguma materialidade axiológica que a clivagem formalista possa ter desintegrado, seria igualmente útil, na nossa perspectiva, que os instrumentos de *soft law* indicassem, preventivamente e *ex ante*, aos possíveis destinatários as vantagens que se visam alcançar através da intervenção da *moral suasion*, o que deveria incluir uma ponderação dos custos e

innovación son también, junto a la seguridad jurídica y la confianza legítima, importantes elementos del sistema jurídico”.

(15) Diga-se, de passagem, que a razão básica da procedimentalização do regulamento perde hoje algum sentido à luz do carácter meramente ritual da participação-auscultação dos interessados. Na verdade, no âmbito da democratização do exercício do poder regulamentar, a denominada audiência dos interessados tem sido um teorema estafado, que sustenta artificialmente uma administração dialogante, tendente à co-constituição da decisão administrativa.

(16) Cf. SIMONE MORETTINI, “Il soft law nelle Autorità indipendenti: procedure oscure e assenza di garanzie?”, in *Osservatorio sull'Analisi d'Impatto della Regolazione*, 2011, p. 28. No direito português, podemos apontar como exemplo daquilo que acaba de se afirmar, a Recomendação da CMVM, que em face do novo regime da participação nas assembleias gerais das sociedades com acções admitidas ao mercado regulamentado, foi possibilitada uma consulta efectiva, que consistiu em sondar a relevância e a necessidade de certos aspectos relacionados com a participação nas Assembleias Gerais serem objecto de tratamento regulamentar. Disponível em <<http://www.cmvm.pt/pt/Legislacao/Legislacaonacional/Recomendacoes/Pages/Recomendacoes.aspx?pgem>>.

benefícios das medidas projectadas através daqueles instrumentos, bem como prever um sistema de avaliação *ex post* da escolha efectuada, acompanhada de uma nota justificativa.

Pode, em definitivo, dizer-se que esta transformação do Direito Administrativo, impulsionada pela teoria da direcção, encontra uma certa tendência de desligamento de um direito demasiadamente densificado pela ideia da formalização face a um direito assumidamente consensual, assente em acções colaborativa-informativas que favorece um prévio entendimento e acordo⁽¹⁷⁾. Neste ponto, parece-nos que o direito administrativo terá que interiorizar este *tertium* regulativo, indutor da formação da vontade do cidadão nas decisões administrativas futuras, incrementando, assim, uma maior administração democrática⁽¹⁸⁾, visto que as decisões futuras de imposição obrigatória de condutas terão, naturalmente, de reflectir o intercâmbio alcançado, já que reconhecemos um importante papel conformador da concreta realização da normatividade vigente aos instrumentos normativos a que agora aludimos.

Com efeito, “no se puede seguir admitiendo que el Derecho Administrativo moderno siga instalado en la tradición formalista del Estado de Derecho tal como lo concibiera Otto Mayer. La concepción de la Administración como Administración cooperativa ejerce, precisamente, una influencia definitiva en la evolución desde una Administración centrada en la actuación imperativa y unilateral, hacia una Administración situada en el plano del intercambio para la actuación convenida”⁽¹⁹⁾.

⁽¹⁷⁾ Na mesma direcção, E. SCHMIDT-ASSMANN, “Cuestiones fundamentales sobre la reforma de le teoría general del Derecho Administrativo”, *op. cit.*, p. 45, e SANTIAGO MUÑOZ MACHADO, “Las concepciones del Derecho Administrativo y la idea de participación en la Administración”, in *Revista de Administración Pública*, n.º 84, 1977, p. 529.

⁽¹⁸⁾ E não nos parece tão obtuso assim tal entendimento. Não é novidade para ninguém que a necessidade de “democratizar a democracia” (BAPTISTA MACHADO) conduziu ao aprofundamento da democracia participativa como forma de completar a democracia representativa. Em homenagem ao que ficou dito, verifica-se que os parceiros sociais pretendem fazer valer os seus interesses junto do poder legislativo, aparecendo tais forças sociais como co-decisores da juridicidade, gerando um fenómeno de bilateralidade constituinte do direito. Neste sentido, PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública*, *op. cit.*, p. 141.

⁽¹⁹⁾ Cf. SANTIAGO MUÑOZ MACHADO, “Las concepciones del Derecho Administrativo y la idea de participación en la Administración”, *op. cit.*, p. 529.

4. À procura de um conceito operativo de *soft law* administrativo

Se é verdade que a dinâmica social, económica e tecnológica contribui decisivamente para estruturar uma dimensionalidade normativa assente na informalidade criativa dos seus instrumentos de acção, não é menos verdade que esta mesma mentalidade participa na transacção de uma norma rígida e imperativa para uma norma “que seja capaz de orientar o comportamento dos sujeitos face a um objectivo, sem necessidade de impor um determinado comportamento⁽²⁰⁾, deixando a efectividade da acção administrativa dependente, em grande medida, da cooperatividade dos destinatários dessa mesma actividade⁽²¹⁾, convertendo uma boa parte do direito administrativo num conceito onde os meios de execução forçada são frequentemente suplantados por estratégias destinadas a convencer ou persuadir comportamentos, incidindo sobre a formação da vontade dos cidadãos com o objectivo de adequar as suas condutas às expectativas da Administração.

Não obstante, a verdade é que as proibições e obrigações jurídicas em muitos casos revelam-se insuficientes para lograr o cumprimento dos seus objectivos, mostrando-se mais efectiva a aceitação prévia da decisão por parte do destinatário da mesma⁽²²⁾, perfilhando-se assim a ideia de que o “direito não depende apenas do reconhecimento formal e procedimental, mas também da sua capacidade de ser efectivo, isto é, de ser respeitado pelos cidadãos e aplicado pelos órgãos institucionais”⁽²³⁾.

Deste horizonte discursivo resulta que o denominador comum que preside à categoria do *soft law* é a ideia de que as suas normas não são vinculativas. Partindo desta premissa, podemos afirmar que a generalidade dos autores que se têm ocupado do tratamento dogmático do *soft law* reconhecem que as suas normas apresentam uma intensidade prescritiva meramente orientadora em relação às normas de *hard law*, já que se tratam de normas que propõem e não impõem modos de comportamento⁽²⁴⁾, um direito que prefere dar sugestões ou indicações em vez de prescrever

(20) Cf. BALDASSARE PASTORE, “Soft Law y Teoría de las Fuentes del Derecho”, in *Revista Euro-Americana de teoría de la política y del derecho*, Vol. 1, n.º 1, 2014, p. 80.

(21) Neste sentido, SANTIAGO MUÑOZ MACHADO, “Las concepciones del Derecho Administrativo y la idea de participación en la Administración”, *op. cit.*, p. 530.

(22) Cf. SANTIAGO MUÑOZ MACHADO, “Las concepciones del Derecho Administrativo y la idea de participación en la Administración”, *op. cit.*, p. 531.

(23) Cf. BALDASSARE PASTORE, “Soft Law y Teoría de las Fuentes del Derecho”, *op. cit.*, p. 79.

(24) Cf. EDMONDO MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti*, *op. cit.*, p. 125.

regras taxativas⁽²⁵⁾, *steering instruments*⁽²⁶⁾ que animam o direito com uma “textura mais aberta”⁽²⁷⁾, capazes de oferecer de maneira sistemática marcos de referência claros e coerentes que presidem a um determinado sector⁽²⁸⁾.

Por outro lado, uma segunda forma de aproximação hermenêutica da categoria de norma não vinculativa exprime-se mediante a dicotomia sanção e não sanção.

Relativamente a esta questão, acrescentaremos que o carácter vinculativo de uma norma dependerá da existência de outra norma que prescreva uma sanção para o caso do incumprimento do dispositivo daquela⁽²⁹⁾. Ora, numa observação empírica do fenómeno, verificamos que não existe esta norma no caso do *soft law*, pelo que o carácter de *morbidezza* que o contradistingue é de imputar à sua incapacidade de impor-se coactivamente⁽³⁰⁾. Procurando aprofundar o significado desta ideia, emerge desta perspectiva um pensamento definitório do *soft law* como um instrumento que não tem a “capacidade de coagir imediatamente com outra norma do ordenamento jurídico que disciplina o exercício da força legítima, com o objectivo de garantir no plano concreto aquilo que a norma prescreve”⁽³¹⁾.

Em extrema síntese, diríamos que o elemento diferencial do *instrumentarium soft* compreende-se pelo facto de aquela supra-ordenação não ter como contrapartida a sombra de uma infra-ordenação, não podendo — e aqui reside o verdadeiro âmago da questão — produzir determinados efeitos jurídicos que inevitavelmente se impõem aos destinatários das normas.

Portanto, podemos dizer que nesta dimensionalidade normativa a ordem jurídica é apenas princípio de acção, prescindindo do critério da sanção⁽³²⁾. A ordem jurídica mobiliza, para tornar eficazes as suas prescri-

⁽²⁵⁾ Cf. GIUSEPPE MORBIDELLI, “Degli effetti giuridici della soft law”, in *Rivista della Regolazione dei mercati*, Fascicolo 2, 2016, p. 1.

⁽²⁶⁾ Cf. LINDA SENDEN, “Soft Law, Self-Regulation and Co-Regulation in European Law: Where do they meet?”, in *Electronic Journal of Comparative Law*, Vol. 9, n.º 1, 2005, p. 24.

⁽²⁷⁾ Cf. EILIS FERRAN & KERN ALEXANDER, “Can Soft Law Bodies be Effective? Soft Systemic Risk Oversight and the special case of the European Systemic Risk Board”, in *European Law Review*, n.º 37, 2011, p. 6.

⁽²⁸⁾ Cf. RICARDO ALONSO GARCIA, “El Soft Law Comunitario”, in *Revista de Administración Pública*, n.º 154, Enero-Abril, 2001, p. 72.

⁽²⁹⁾ Cf. RAFAEL ESCUDERO, “El concepto de Soft Law”, in *Contribuciones a la Filosofía del Derecho*, Imperia en Barcelona, 2010, p. 103.

⁽³⁰⁾ Neste sentido, EDMONDO MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti*, op. cit., p. 7.

⁽³¹⁾ Cf. EDMONDO MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti*, op. cit., p. 8, sufragando o pensamento de F. MODUGNO, “Norma giuridica”, in *Enc. dir.*, Vol. XXVIII, Milano, 1978, p. 338.

⁽³²⁾ Para um estudo aprofundado e afinado da ordem jurídica como critério de sanção, FERNANDO JOSÉ BRONZE, *Lições de Introdução ao Direito*, op. cit., p. 62, ss.

ções a sanção, pelo que radicados nesta nuclear ideia, se afirma que uma das características idiossincráticas destes actos normativos é precisamente a ausência dela, daí que o cumprimento das prescrições contidas nos actos de *soft law* residir, fundamentalmente, na adesão voluntária dos cidadãos em geral.

Julgamos, assim, adequada e suficiente as preposições traçadas precedentemente, que nos foram delimitando as fronteiras conceptuais do *soft law*, capazes de o compreender em termos normativamente adequados.

5. A problematização inicial do dilema dos efeitos jurídicos: uma hipótese merecedora de toda a atenção

O florescimento do *soft law* fora do contexto da relação entre o Estado e a política induziu a uma querela propiciatória de interrogações quanto aos efeitos que tais actos produzem. Com efeito, aponta-se como parâmetros fortemente presentes na morfologia do *soft law* a sua subsunção em regras de conduta privadas de coercibilidade em sentido tradicional e não integrável entre as fontes de direito, mas no entanto tal regra pode, todavia, produzir efeitos práticos, efeitos que se traduzem, sobretudo, num contexto de influência sobre os seus destinatários⁽³³⁾.

Por isso, parece-nos que o discurso posterior deverá então incidir sobre a resposta a dar à questão acerca do que realmente se deve entender por “efeitos práticos”⁽³⁴⁾, questionando-se, com legitimidade, se os efeitos práticos são juridicamente relevantes? Ou, por outras palavras, são efeitos jurídicos?

Para o efeito, é fundamental partir da distinção entre relevância e eficácia jurídica. E no que concerne a tal domínio, socorrer-nos-emos, fundamentalmente, a uma lição do nosso insigne Mestre⁽³⁵⁾. Apesar de ilustrar a importância da distinção entre relevância e eficácia jurídica no âmbito da nulidade do acto administrativo, parece-nos que o pensamento ali vertido se revela aqui da maior prestabilidade.

(33) Entre outros, G. MORBIDELLI, “Degli effetti giuridici della soft law”, *op. cit.*, p. 2. O “droit souple”, igualmente analisado num estudo do Conseil d’État de 2013 dedicado ao tema, foi catalogado como “il y a identité de fonction entre le droit dur et le droit souple. Tous deux ont pour objet d’influencer le comportement de leur destinataire”.

(34) Cf. FRANCIS SNYDER, “The Effectiveness of European Community Law: Institutions, Processes, Tools and Techniques”, in *The Modern Law Review*, Vol. 56, January, 1993, p. 34.

(35) Cf. COLAÇO ANTUNES, *A Ciência Jurídico Administrativa, Noções Fundamentais*, Almedina, 2016, p. 360, ss.

Nesta controvérsia, se esclarecidamente nos predispuermos a partir do ponto de vista da mais alta dogmática, desenhamos o nosso pensamento em termos que consideram o conceito de eficácia jurídica como a capacidade de um acto produzir efeitos jurídicos, o que equivale a afirmar a existência de uma ligação de um certo dado de facto indicado numa norma a uma determinada consequência⁽³⁶⁾, consequências essas normalmente atribuídos pelo ordenamento jurídico.

Posta a questão nestes termos, um acto jurídico — facto jurídico voluntário — caracteriza-se, portanto, por ser a causa imediata da verificação de um resultado querido pelo ordenamento jurídico, produzindo, *ex lege*, uma constituição, modificação e extinção de relações jurídicas⁽³⁷⁾. Sendo assim, devemos então reconhecer que o *soft law* se situa no plano de uma “eficácia diminuída”, visto que estes instrumentos, apesar de não conformarem o mundo das relações jurídicas, não deixem de ter uma certa relevância jurídica a que a lei liga determinados efeitos jurídicos⁽³⁸⁾.

De harmonia com o que acaba de ser dito, na mediada em que o ordenamento jurídico não imputa ao *soft law* — em termos de transformação da realidade jurídica — qualquer alteração do *status quo* existente e carecendo, igualmente, de capacidade para impor-se coactivamente aos próprios destinatários, não lhe é reconhecido efeitos jurídicos reguladores, sendo apenas qualificado como “meras actuações administrativas que não produzem efeitos jurídicos vinculativos, mas apenas efeitos reais, materiais ao de facto”⁽³⁹⁾, formas de actividade administrativa relegadas para o mundo dos actos reais.

No entanto, sem deixar de precisar o alcance com que entendemos este fenómeno, esta qualificação do *soft law* como instrumento integrante na categoria de actos reais não deve ser vista como uma actividade ausente de relevância jurídica. Mesmo “os actos reais ou operações jurídicas traduzem-se na efectivação ou realização de um resultado material ou factual a que a lei liga determinados resultados”⁽⁴⁰⁾. Por isso, parece-nos igualmente acertado perfilhar o pensamento de COLAÇO ANTUNES sobre a construção da teoria dos efeitos de facto de um acto jurídico nulo, onde a

⁽³⁶⁾ Cf. RICCARDO GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, 1998, citado por E. MOTTACCI, *La Soft Law nel sistema delle fonti*, *op. cit.*, p. 16.

⁽³⁷⁾ Neste sentido, PEDRO GONÇALVES, “Advertências da Administração Pública”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Rogério Soares*, Coimbra, 2001, p. 751.

⁽³⁸⁾ Cf. CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.^a ed., Coimbra Editora, 2012, p. 358.

⁽³⁹⁾ Cf. PEDRO GONÇALVES, “Advertências da Administração Pública”, *op. cit.*, p. 751.

⁽⁴⁰⁾ Cf. CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, *op. cit.*, p. 358.

prestabilidade do seu discurso se edifica na ideia de o que antes se consideravam meras consequências práticas do acto administrativo devem ser hoje entendidas como consequências jurídicas da actividade administrativa. Nesta doutrina, o acto administrativo nulo produz efeitos jurídicos aparentes. Numa palavra, trata-se de uma actividade administrativa que, embora não produza efeitos jurídicos, não pode deixar de ter consequências jurídicas⁽⁴¹⁾.

Do quadro conceptual traçado, parecemos que a servilidade dos seus termos é fundamental para nos desvelar os aspectos elementares da noção de *soft law*, transportando para o seu processo reconstrutivo elementos que sejam idóneos a compreender o fenómeno nas profundezas da sua essência. Desta construção teórica parece resultar o fundamento dos diversos efeitos acoplados ao *soft law*, uns decorrentes da imputação de efeitos *ad intra* — virados essencialmente para o interior da Administração — e outros de efeitos *ad extra* — com incidência na esfera jurídica de terceiros⁽⁴²⁾.

Desta perspectiva, transpondo alguns dos termos daquela teoria para o nosso estudo, consideramos que a causalidade deste acto normativo não fica fechada aos factos produtivos de efeitos jurídicos “directos”⁽⁴³⁾, “imediatos”⁽⁴⁴⁾, que normalmente não produz, mas inclui os efeitos que determinam certos resultados, consequências de facto que são juridicamente relevantes⁽⁴⁵⁾. O vector explicativo está no conceito de resultado. Não se trata de um efeito prático *tout court* mas de uma consequência da actividade administrativa que tem relevância jurídica ao desencadear as medidas previstas no ordenamento⁽⁴⁶⁾.

Portanto, se é verdade que a lei não imputa ao *soft law* a produção de alterações jurídicas na esfera dos seus destinatários⁽⁴⁷⁾, não é menos verdade que a ele se ligam incontornáveis consequências jurídicas.

Compreendida e demonstrada a pertinência da tese dos resultados juridicamente relevantes, impõe-se então fazer uma pequena pesquisa

(41) Neste sentido, COLAÇO ANTUNES, *A Ciência Jurídico Administrativa*, *op. cit.*, p. 365, ss.

(42) Adoptando esta sistematização, MARGHERITA RAMAJOLI, “Self-regulation, soft-regulation e hard regulation nei mercati finanziari”, in *Rivista della Regolazione dei mercati*, Fascicolo 2, 2016, p. 64.

(43) Cf. G. MORBIDELLI, “Degli effetti giuridici della soft law”, *op. cit.*, p. 2.

(44) Cf. E. MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti*, *op. cit.*, p. 17.

(45) Falando na produção de consequências jurídicas “secundárias” ou “laterais”, ÁNGELES MAZUELOS BELLIDO, “Soft Law: Mucho ruido y pocas nueces?”, in *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n.º 8, 2004, p. 22.

(46) Cf. COLAÇO ANTUNES, *A Ciência Jurídico Administrativa*, *op. cit.*, p. 366.

(47) Neste sentido, PEDRO GONÇALVES, “Advertências da Administração Pública”, *op. cit.*, p. 751.

sobre o sentido específico dos mecanismos reaccionários do ordenamento face ao *soft law*, demonstrando as nervuras que irrompem de tal meio-ambiente.

5.1. O *soft law* como instrumento auto-vinculativo: um passado recuperado

Uma das questões directamente tributárias da compreensão dos efeitos do *soft law*, como oportunamente acentuámos, caracteriza-se por uma actuação material à qual subjaz uma resposta do ordenamento, não em termos de imediata alteração da realidade jurídico existente, mas numa mediata alteração por mediação de certas válvulas reaccionárias do sistema jurídico, que a maioria da doutrina as identifica aos princípios jurídicos. Assim, numa leitura sistemática do aqui proposto, parece-nos adequada a compreensão desta polimórfica figura — numa das suas variantes — como uma actividade auto-vinculativa da Administração Pública⁽⁴⁸⁾, que em homenagem a certos parâmetros principiológicos⁽⁴⁹⁾, manda que a Administração siga de perto as normas que dita, ainda que corporizadas em instrumentos de *soft law*⁽⁵⁰⁾.

⁽⁴⁸⁾ Cf. CARLOS BLANCO DE MORAIS, “Novidades em matéria da disciplina dos regulamentos no novo Código do Procedimento Administrativo”, in *Centro de Estudos Judiciários*, 2016, disponível em <www.cej.mj.pt>.

⁽⁴⁹⁾ Em sentido próximo, D. M. TRUBEK / L. G. TRUBEK, “New Governance and Legal Regulation: Complementarity, Rivalry and Transformation”, in *Columbia Journal of European Law*, n.º 13, 2007, p. 549, e OANA STEFAN, “Hybridity before the Court: a hard look at soft law in the EU competition and state aid case law”, in *European Law Review*, n.º 37, 2012, p. 58, onde esta última autora refere que “legal effects of soft law instruments are recognized through the mediation of general principles of law, such as legitimate expectations, legal certainty, non-retroactivity, and equality”. Abordando ainda o tema, falando na aplicação de princípios como o “estoppel o la buena fe” a acordos não jurídicos, de maneira a gerar consequências jurídicas, ÁNGELES MAZUELOS BELLIDO, “Soft Law: Mucho ruido y pocas nueces?”, *op. cit.*, p. 22.

⁽⁵⁰⁾ Neste hemisfério temático parece não andar muito longe as propostas da doutrina portuguesa. O facto de se tratar de instrumentos que têm força conformadora, “na medida em que sejam capazes de suscitar a adesão daqueles que querem cumprir e adequar as suas condutas às exigências públicas (...) tal actuação afigura-se que não pode deixar de auto-vincular a própria autoridade emissora. A eficácia da actividade informativa baseia-se no princípio da confiança mútua”. Neste sentido, FERNANDA MAÇAS, “O controlo jurisdicional das autoridades reguladoras independentes”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 58, Julho/Agosto, 2006, p. 42. Por sua vez, cf. PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública*, *op. cit.*, p. 913, refere que “existe aqui uma exteriorização de uma declaração que ganha natureza auto-vinculativa para o órgão emitente, incluindo a possibilidade de gerar responsabilidade civil, além de, por efeito da proibição de *venire contra factum proprium*, aquele que agiu em

Numa primeira aproximação prática do fenómeno, atente-se aos efeitos da circular e da directiva, instrumentos que comunga das características que revestem o conceito de *soft law*. Estas têm um efeito claro de auto-vinculação da administração, cuja sua eventual inobservância se traduz num vício de excesso de poder⁽⁵¹⁾. Por outras palavras, a verdade é que o regulador circunscreve o seu poder discricionário através da emissão destes instrumentos *soft*, com a consequência que a sua inobservância redonda num vício do acto final, por violação de princípios gerais de direito⁽⁵²⁾.

Portanto, na medida em que o *soft law* nos vai desvelando alguns modelos do processo constitutivo da normatividade jurídica que se impõem, dentro de determinados condicionalismo, à Administração Pública — ou não tão genericamente, ao órgão público que o emite — devemos reconhecer que o seu carácter regulador lhe advém de forma reflexa, “contribuindo para uma maior coerência e previsibilidade da decisão, facilitando igualmente o controlo jurisdiccional, dotando o juiz de um instrumento igualmente útil para verificar o respeito pelo princípio da imparcialidade e proporcionalidade no caso concreto”⁽⁵³⁾.

Insistindo um pouco mais, não se pode ignorar e excluir do direito administrativo um discurso assente numa “*praxis anticipata*”⁽⁵⁴⁾, vertida em normas administrativas com efeitos vinculativos *ad intra*⁽⁵⁵⁾, cujo o

conformidade com tal declaração não poder ser objecto de qualquer censura ou sancionamento administrativo”. Igualmente neste sentido, CARLA AMADO GOMES, “O dom da ubiquidade administrativa: reflexões sobre a actividade administrativa informal”, in *O Direito*, n.º 144, Vol. III, Coimbra, 2012, p. 545. Embora referindo-se à actuação informal, julgamos que o espírito que subjaz no seu discurso é extensivo ao nosso específico objecto de estudo, na medida em que a autora reconhece efeitos jurídicos mediatos assentes no princípio da confiança.

⁽⁵¹⁾ Neste sentido, G. MORBIDELLI, “Degli effetti giuridici della soft law”, *op. cit.*, p. 2, SEBASTIÁN MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, “Exceso de poder como vicio del acto administrativo”, in *Revista de Administración Pública*, n.º 23, 1957, p. 153, e JOSÉ ORTIZ DÍAZ, “Las Circulares, Instrucciones y medidas de orden interior ante el recurso de exceso de poder en la jurisdicción del Consejo de Estado francés”, in *Revista de Administración Pública*, n.º 23, 1957, p. 338.

⁽⁵²⁾ Cf. M. RAMAJOLI, “Self-regulation, soft-regulation e hard regulation nei mercati finanziari”, *op. cit.*, p. 66.

⁽⁵³⁾ Nestes termos, M. RAMAJOLI, “Self-regulation, soft-regulation e hard regulation nei mercati finanziari”, *op. cit.*, p. 65.

⁽⁵⁴⁾ Cf. M. MAZZAMUTO, “L’atipicità delle fonti nel diritto amministrativo”, *op. cit.*, p. 16.

⁽⁵⁵⁾ Os regulamentos internos com a natureza de circulares, diretrizes, instruções e códigos de conduta assumem natureza vinculativa (...). A vinculatividade daqueles, na medida em que as respetivas normas tenham uma estrutura deontica, parece ter sido tornada clara, com a submissão inequívoca dos regulamentos internos, pelo n.º 4 do art. 136.º do CPA, ao princípio da legalidade. Neste sentido, CARLOS BLANCO DE MORAIS, “Novidades em matéria da disciplina dos regulamentos no novo Código do Procedimento Administrativo”, *op. cit.*, p. 9.

seu fundamento se revela no princípio da não contradição e da igualdade, terminando indirectamente por assumir uma valência perceptiva no confronto de uma série de casos futuros⁽⁵⁶⁾.

Perscrutando o pulsar da mais alta doutrina, estamos convencidos que este parâmetro preceptivo de legalidade — que decorre directamente do reconhecimento dos seus efeitos jurídicos aparentes — reforça a nossa tese no sentido de conferir a estes instrumentos uma notável capacidade de ilustrarem, preventiva e genericamente, o modo como se entende valorar uma determinada situação jurídico-factual idónea a gerar impacto sobre os particulares, “assegurando uma maior transparência e carácter objectivo da própria decisão *puntuali*”⁽⁵⁷⁾. Na verdade, esta *tertiary rule* tem uma clara função de dar indicações operativas no sentido de enformar o comportamento posterior da Administração vagamente contido em preceitos normativos e densamente povoados de significativas obscuridades interpretativas. A perspectiva que aqui adoptamos vai no sentido de imputar a estes instrumentos uma importante ferramenta hermenêutica, que observando certas exigências racionais, vai codificando o sentido da discricionariedade da Administração, podendo eles actuar sobre a norma que confere o poder discricionário, deixando intacta, contudo, a legitimidade da norma que atribui esse mesmo poder discricionário⁽⁵⁸⁾, transformando assim um poder discricionário num poder vinculado⁽⁵⁹⁾.

Em conformidade com estas valências estruturantes, julgamos acertado referir que o *soft law* consegue albergar uma cláusula geral de derrogabilidade das suas prescrições que os regulamentos não conseguem suportar⁽⁶⁰⁾, não levando a um “ilegal esgotamento de apreciação e de ponderação das circunstâncias de cada caso concreto”⁽⁶¹⁾. Em suma, o *ins-*

⁽⁵⁶⁾ Cf. M. MAZZAMUTO, “L’atipicità delle fonti nel diritto amministrativo”, *op. cit.*, p. 16.

⁽⁵⁷⁾ Neste sentido, M. RAMAJOLI, “Self-regulation, soft-regulation e hard regulation nei mercati finanziari”, *op. cit.*, p. 63. Projectando o *soft law* como “standardizes discretion in legislation, it provides a justification for individual decisions, makes these decisions verifiable and is demanded from a perspective of principles like equality and legal certainty”, ALBERTJAN TOLLENAAR, “Soft Law and policy rules in the Netherlands”, in *Netherlands Administrative Law Library*, July-September, 2012, p. 8.

⁽⁵⁸⁾ A não ser que a norma criadora do poder discricionário possibilite, expressamente, a auto-limitação através de um regulamento.

⁽⁵⁹⁾ Neste sentido, a propósito da directiva, JOÃO TIAGO SILVEIRA, “Directivas de Auto-Vinculação em poderes Discricionários”, in *Revista Jurídica da AAFDL*, n.º 18/19, Dez-Jan, 1996, p. 188.

⁽⁶⁰⁾ Reconhecendo esta derrogabilidade, ainda que por mediação de certos princípios, FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO e ALEXANDRE BRANDÃO DA VEIGA, “Natureza, Limites e Efeitos das Recomendações e pareceres genéricos da CMVM”, in *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários*, n.º 12, 2001, p. 280.

⁽⁶¹⁾ Cf. PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública*, *op. cit.*, p. 853.

trumentarium soft, ao não ser catalogado como regulamento, admite a possibilidade de não ser aplicado a um caso concreto, não dispensando assim a análise de todos os aspectos do caso⁽⁶²⁾, instrumentos que permitem ao órgão que os emite conservar a necessária possibilidade de ponderação das circunstâncias subjacentes a cada situação e a subsequente maleabilidade e adaptabilidade da solução a definir, traduzindo aspectos inerentes ao exercício normal do poder discricionário⁽⁶³⁾.

No entanto, diríamos que tais instrumentos têm um elemento cognitivo de primeira referência, que nos permite adscrever-lhe uma “presunção de vigência”, uma presunção cujo significado reside no entendimento de que o conteúdo regulativo daquela ordenação será a alma, a materialidade axiológica e prática do acto a praticar pela Administração, corporizando nos seus instrumento típicos de acção uma realidade que se pré-objectiva a eles como elemento volitivo, dimensão implicitamente reconhecida, segundo julgamos, como fenómeno de um “*effetto esistenziale*”⁽⁶⁴⁾, que lhe atribui assim um papel impregnante — existencial — no ordenamento jurídico.

É obvio que este contexto de debate sobre os efeitos do *soft law* não constitui uma simples análise teórica que paira livremente nas nuvens, no reino depurado da lógica. Toda esta retórica é orientada para a prática, para a acção, ou seja, uma análise que se preocupa com as actividades reais que a Administração estabelece. A tal propósito, demonstrámos que as constelações que se estruturam sobre “disposições administrativas internas, como os projectos, planos e programas, cumprem uma função capital, podendo falar-se de um retorno à concepção objectiva do princípio de Estado de Direito, (...) como garantia de racionalidade do funcionamento do Estado”⁽⁶⁵⁾. Ou seja, e à luz de um exemplo prático colhido no estudo de SCHMIDT-ASSMANN, discernimos da utilidade de tal discurso: uma entidade pública ambiental conhece que numerosas empresas industriais infringem normas ambientais, mas no entanto não pode encerrar simultaneamente todos as instalações porque isso conduziria a um agravamento das condições do mercado de trabalho e da economia local. Pergunta-se,

(62) Em termos idênticos, JOÃO TIAGO SILVEIRA, “Directivas de Auto-Vinculação em poderes Discricionários”, *op. cit.*, p. 179.

(63) Referindo-se à necessidade de o regulamento deixar esta possibilidade em aberto, PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública*, *op. cit.*, p. 850, o que julgamos de difícil concreção.

(64) Cf. FABIO CINTIOLI, “Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida di ANAC”, *op. cit.*, p. 395.

(65) Cf. E. SCHMIDT-ASSMANN, “Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del Derecho Administrativo”, *op. cit.*, p. 64.

então, se o órgão dessa entidade pode seleccionar uma ou várias de entre elas, deixando as restantes em funcionamento, ou, pelo contrário, deverá renunciar ao poder de encerrar a actividade na medida em que estaria a tratar algumas discriminadamente?

O que nos parece é que devemos mesmo exigir, antes de mais, que a Administração estabeleça esquemas de actuação que permitam conhecer os critérios conformes com os quais pretende proceder contra aquelas empresas lesivas do meio ambiente⁽⁶⁶⁾. E como bem reconhece SCHMIDT-ASSMANN, “estos criterios pueden ser, por ejemplo, la antigüedad de la instalación, la importancia de las emisiones, la localización espacial de las distintas instalaciones o, también, consideraciones de orden social. El deber de formulación de un tal esquema impide la arbitrariedad, incrementa la racionalidad y contribuye a que las medidas del órgano sean más fácilmente aceptadas por los afectados”⁽⁶⁷⁾, e que apesar de impactados em instrumentos flexíveis, comportam uma base axiologicamente fundamental que constituem os valores que a experiência prática vai exigindo, dando-nos conta que da multiplicidade de critérios que enformavam a decisão, condiciona-se esta a um pré-ordenado sentido logicamente estruturado e subordinado a um adequado critério de decisão⁽⁶⁸⁾, sem com isso invalidar, à medida que a solução for experimentada na prática, se vá constituindo com novos valores e critérios⁽⁶⁹⁾.

⁽⁶⁶⁾ Portanto, quanto maior for a extensão da discricionariedade da Administração, maior será a necessidade de ditar regras gerais para justificar a decisão individual e concreta. Neste sentido, ALBERTJAN TOLLENAAR, “Soft Law and policy rules in the Netherlands”, *op. cit.*, p. 4.

⁽⁶⁷⁾ Cf. E. SCHMIDT-ASSMANN, “Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del Derecho Administrativo”, *op. cit.*, p. 64.

⁽⁶⁸⁾ Isto significa, indiscutivelmente, “la realización de una posibilidad electiva de valoración que conlleva una específica determinación dentro de los límites teleológicos que a la actividad administrativa discrecional se le ofrecen. Por las circulares, pues, la Administración particulariza, entre las posibilidades que tiene, aquella que considera la más eficaz y lógica en razón del interés público, presuponiendo siempre, claro es, la adecuación de las mismas al ordenamiento general, pues en caso contrario vendría establecida su invalidez por esta disociación que pudiera presentar”. Neste sentido, SEBASTIÁN MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, “Exceso de poder como vicio del acto administrativo”, *op. cit.*, p. 154.

⁽⁶⁹⁾ Em sentido próximo, M. MAZZAMUTO, “L’atipicità delle fonti nel diritto amministrativo”, *op. cit.*, p. 20, dando nota que “La circolare costituisce un parametro che vincola l’amministrazione, ma è privo della rigidità del regolamento, lasciando pur sempre, con una sorta di clausola generale, un margine, beninteso motivato e non arbitrario, di apprezzamento discrezionale del caso concreto e della possibilità dunque di derogare all’atto generale”.

5.1.1. Refracções processuais do reconhecimento de um momento discricionário transformado em vinculado

Creemos que a prestabilidade deste discurso mais substantivo importa considerações notáveis ao nível da perspectiva contenciosa administrativa, na medida em que imputar ao *soft law* uma presunção de que as suas prescrições serão observadas e seguidas pela Administração, equivale a afirmar que aquele, sendo parâmetro preceptivo de legalidade dos actos futuros a praticar, poderá ser objecto processual de litígio, na medida em que se pode discutir a legalidade do seu conteúdo normativo. Isto é, sempre que o órgão administrativo intenda, ao adoptar um acto administrativo, não apropriar-se das valorações contidas nos instrumentos normativos de *soft law*, deverá motivar de maneira adequada a sua posição⁽⁷⁰⁾, podendo tal derrogação arvorar-se não apenas “na base de elementos de facto que denotam uma especialidade da *fattispecie*, sem se pôr em discussão a intrínseca “*esattezza*” das directrizes”⁽⁷¹⁾, mas também sobre o prisma de “uma motivação que ponha em dúvida a validade e a exactidão intrínseca das directrizes”⁽⁷²⁾.

Deste modo de ver as coisas, parece-nos que este segundo caminho permite que a Administração — e *a fortiori* os particulares — possa(m) fazer uma avaliação de conformidade das directrizes em função daquilo que a lei reivindica, uma consideração da sua legalidade à luz da validade do interesse público prosseguido, ultrapassando o plano dos factos para colocar em crise a fundamentação práctico-axiológica proposta pelos instrumentos *soft*.

Centrando-nos nesta *quaestio disputata*, ao considerar-se como materialmente adequado o afastamento de um instrumento *soft* por questões atinentes à sua validade, num juízo em consonância com as valências específicas de legalidade que neles se afirmam, cremos que em função deste juízo, é possível sustentar que o momento volitivo que se coloca entre a

⁽⁷⁰⁾ Pode-se mesmo sustentar que a derrogação é restrita a circunstâncias especiais. Apenas quando a administração tenha estabelecido esta “especial circunstância”, reconsiderando os interesse envolvidos e chegado à conclusão que aquela anterior regra não deverá ser aplicada, é que estamos em condições de medir o pulsar da sua legalidade, transformando um momento discricionário em vinculado, podendo ser sindicado pelo juiz administrativo na sua plenitude, aferindo se aquela especial circunstância se verifica e, verificando-se, se o seu *iter* volitivo foi devidamente construído à imagem dos requisitos da legalidade.

⁽⁷¹⁾ Cf. FABIO CINTIOLI, “Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida di ANAC”, *op. cit.*, p. 397.

⁽⁷²⁾ Cf. FABIO CINTIOLI, “Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida di ANAC”, *op. cit.*, p. 397.

norma (lei) e a decisão (acto) é susceptível de ser impugnada, ainda que a título incidental, uma vez que é razoável sustentar que o acto administrativo, sendo consequência directa daquele momento cognitivo⁽⁷³⁾, é o resultado final do exercício do poder discricionário praticado a montante, que constituindo o título executivo que fundamenta a textura axiológica do conteúdo do acto administrativo em concreto, poderá ser causa da sua invalidade, possibilitando assim a sindicância não apenas da discricionariedade do acto por aferição da violação de princípios fundamentais, mas igualmente através da escolha, considerada ou não adequada, à prossecução do interesse público plasmada no *soft law*⁽⁷⁴⁾.

Se assim for, já não se trata apenas de apurar esquematicamente o cumprimento dos referidos princípios fundamentais que regem a actividade administrativa, mas de indagar mais profundamente, no controlo jurisdicional da discricionariedade, de uma lógica substantiva que pode conduzir à existência de um vício material, por violação de lei, não através de uma legalidade imediata, objectivamente entendida, mas pelo menos assente numa retórica de juridicidade⁽⁷⁵⁾.

Antecipemos o sentido da nossa perspectiva: “quando os efeitos de uma norma não se produzam imediatamente, mas só através de um ato administrativo de aplicação, o lesado pode suscitar a questão da ilegalidade da norma aplicada no âmbito do processo dirigido contra o acto de aplicação a título incidental, pedindo a desaplicação da norma” (art. 73.º, n.º 3 do CPTA)⁽⁷⁶⁾.

(73) Recorde-se que o art. 3.º, n.º 1 da Lei n.º 58/2008, que aprova o Estatuto Disciplinar do Trabalhadores em Funções Públicas, considera infracção disciplinar o comportamento do trabalhador, por acção ou omissão, ainda que meramente culposo, que viole deveres gerais ou especiais inerentes à função que exerce, sendo deveres gerais do trabalhador, refere o n.º 2, al. f) do mesmo preceito legal, o dever de obediência, que consiste em acatar e cumprir as ordens dos legítimos superiores hierárquicos, dadas em objecto de serviço e com a forma legal (n.º 8).

(74) Se entendemos bem, parece postular o mesmo entendimento CARLO DEODATO, “Nuove riflessioni sull’intensità del sindacato del giudice amministrativo: Il caso delle linee guida dell’ANAC”, in *Rivista di Diritto Pubblico Italiano, Comparato, Europeo*, n.º 2, 2017, p. 2, ss., quando afirma que “resta necessaria una verifica giurisdizionale della coerenza del contenuto precettivo da essi prodotto con la causa della potestà regolatoria esercitata, soprattutto per quegli atti (quali le linee guida dell’ANAC) che provengono da un’autorità non legittimata dal circuito della rappresentanza democratica”.

(75) O hùmus do nosso entendimento tem como inspiração algumas das delicadas observações de COLAÇO ANTUNES, *A Ciência Jurídico Administrativa*, *op. cit.*, p. 287, a propósito da problemática da sindicabilidade do mérito.

(76) Além do direito positivo poder militar a favor da nossa tese, julgamos que na componente doutrinária não caminhamos sozinhos. Em sentido idêntico ao aqui proposto, CARLO DEODATO, “Nuove riflessioni sull’intensità del sindacato del giudice amministrativo”, *op. cit.*, p. 24, na medida em que o autor refere que “ovviamente, avrà interesse all’impugnazione (essendone anche onerato) l’operatore che intende contestare le linee guida quale atto presupposto di quello applicativo ad esse conforme. Ma

O problema que aqui se põe não é tanto a análise da necessidade de respeito pelos princípios de direito que podem levar à modificação dos critérios de decisão no âmbito do poder discricionário, onde o *soft law* cumpre aqui apenas uma função de parâmetro aferidor da legalidade do acto administrativo, mas, portanto, algo mais profundo, a imperiosa necessidade de controlar a adequada prossecução do interesse público corporizada no *soft law*, que transformada em vinculativa, pode conduzir a um desnecessário afluxo de processos impugnatórios de actos administrativos caso se mantenha a porta fechada aquele núcleo irredutível de projecções materiais.

Em extrema síntese, o interesse público, ao servir-se do *soft law* como seu momento de codificação, atribui a este o papel de critério e de regra, na base da qual a Administração fixa as hipóteses de solução a realizar⁽⁷⁷⁾. Portanto, o que pretendemos sindicarmos é a correcta interpretação jurídica do interesse público prosseguido⁽⁷⁸⁾.

5.2. O *soft law* enquanto “direito existencial”: os efeitos *ad extra*

Retomando considerações genericamente expostas, pode-se agora afirmar que o *soft law* apresenta uma outra dimensão, embora mais problemática, mas igualmente geradora de efeitos jurídicos aparentes, emergente do reconhecimento de que aquele “direito”, inserido que está no sistema jurídico e devendo, portanto, ser lido dentro do seu contexto axiológico, permite fixar-lhe uma “função reguladora integrativa respeitante às normas legais”⁽⁷⁹⁾, que “não se limitando a ocupar os espaços deixados em branco

le linee guida potranno essere impugnate in via incidentale anche dal soggetto controinteressato in un ricorso proposto contro l'atto applicativo che si è da esse discostato (con o senza motivazione) e che ha interesse ad ottenere l'annullamento delle presupposte linee guida, al fine di escludere l'accertamento dell'illegittimità del provvedimento (a lui favorevole) che le ha disattese (ovviamente per il limitato profilo di tale osservanza)”.

(77) Um corpo que apresenta “rules might have a sound reasoning that can form a sound reasoning for the individual decisions”. Neste sentido, ALBERTJAN TOLLENAAR, “Soft Law and policy rules in the Netherlands”, *op. cit.*, p. 13.

(78) Louvando-se em WOLFGANG HOFFMANN-RIEM, “Die Eigenständigkeit der Verwaltung”, in *GVWR*, Vol. 1, (nota 3), § 10, núm. marg. 15, SCHMIDT-ASSMANN, “Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del Derecho Administrativo”, *op. cit.*, p. 93 dá-nos conta que é necessário perspectivar a vinculatividade ao Direito não como um sistema que tem por objecto apenas estabelecer e impor limites e proibições, mas dar ênfase à incorporação de novos cânones e parâmetros juridicamente reconhecidos e que devem sujeitar a actividade da Administração.

(79) Cf. E. MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti*, *op. cit.*, p. 127.

pelo *hard law*, parece mais instaurar com esse um relacionamento hierárquico, que se reflecte não tanto no anulamento do direito formal, mas na restrição do seu espaço e na sua subordinação”⁽⁸⁰⁾, deixando uma clara imagem “irenica de um relacionamento virtuoso e conciliante entre direito *soft* e direito *hard*”⁽⁸¹⁾. Estando convictos de que o sistema jurídico assimilou, decerto, os valores que entretecem as dimensões que o compõem, afirmando um “*corpus* jurídico em contínua integração normativa”⁽⁸²⁾, baseado na assunção de um “*continuum running*” entre instrumentos *soft* e *hard*⁽⁸³⁾, devemos reconhecer que a normação suave constitui hoje um importante activo na construção do Direito, considerado apropriadamente como “canoni oggettivi da seguire da parte degli operatori del settore”⁽⁸⁴⁾.

Virados agora essencialmente para o exterior, como fundamento directo e imediato do agir de inúmeros “players” sobre uma determinada matéria⁽⁸⁵⁾, deverá considerar-se o *soft law* como um “direito existencial” se este estiver em consonância problemática com uma certa prática e poder responder aos problemas juridicamente relevantes que vão emergindo⁽⁸⁶⁾.

Olhando hoje para o sistema jurídico como um “arquipélago de fontes em competição entre si”⁽⁸⁷⁾ e na presença de uma “gerarchie aggrovigliate”⁽⁸⁸⁾, estamos convencidos que o *soft law* é hoje o sinal claro daquilo que A. PIZZORUSSO apontava, referindo-se à “circulação de modelos jurídicos”⁽⁸⁹⁾, na medida em que o *soft law* representa uma bússola que permite

⁽⁸⁰⁾ Como revela ALESSANDRO PIZZORUSSO, “La produzione normativa in tempi di globalizzazione”, in A. SCIALOJA e G. BRANCA, *Commentario del Codice Civile, Disposizione sulla legge in generale (art. 1-9)*, 2011, p. 906, a propósito “della fonti extra ordinem”.

⁽⁸¹⁾ Apesar de alguma ironia à mistura, ALESSANDRA ALGOSTINO, “La soft law comunitaria e il diritto statale: conflitto fra ordenamento o fine del conflitto democratico? Crisi e conflitti nell’Unione Europea: una prospettiva costituzionale”, in *La Rivista Costituzionalismo*, Fascicolo 3, 2016, p. 270.

⁽⁸²⁾ Cf. BALDASSARE PASTORE, *Interpreti e Fonti nell’esperienza giuridica contemporanea*, Cedam, 2014, p. 25.

⁽⁸³⁾ Neste sentido, FABIEN TERPAN, “Soft Law in the European Union: The Changing Nature of EU Law”, in *European Law Journal*, Vol. 21, Issue 1, 2015, p. 5.

⁽⁸⁴⁾ Cf. G. MORBIDELLI, “Degli effetti giuridici della soft law”, *op. cit.*, p. 3.

⁽⁸⁵⁾ Sistematizando igualmente o seu pensamento nestes termos, MARGHERITA RAMAJOLI, “Self-regulation, soft-regulation e hard regulation nei mercati finanziari”, *op. cit.*, p. 67, em que “l’atto di soft regulation non generi essenzialmente un auto-vincolo per il regolatore, bensì si rivolga a un soggetto terzo, producendo un effetto diretto nella sfera giuridica soggettiva di quest’ultimo”.

⁽⁸⁶⁾ Embora não se referindo expressamente ao *soft law* enquanto momento que também cunha o horizonte da juridicidade, mas antes à moralidade como fenómeno capaz de se entrelaçar igualmente com o Direito, a nossa ideia nutre-se em algumas passagens de FERNANDO PINTO BRONZE, *Lições de Introdução ao Direito*, *op. cit.*, p. 261 e segs.

⁽⁸⁷⁾ Cf. B. PASTORE, *Interpreti e Fonti nell’esperienza giuridica contemporanea*, *op. cit.*, p. 25.

⁽⁸⁸⁾ Cf. B. PASTORE, *Interpreti e Fonti nell’esperienza giuridica contemporanea*, *op. cit.*, p. 26.

⁽⁸⁹⁾ Cf. A. PIZZORUSSO, “La produzione normativa in tempi di globalizzazione”, *op. cit.*, p. 906.

ao intérprete navegar por um arquipélago jurídico sujeito a fibrilhações e contínuas mutações, orientando-se entre uma estrutura caracterizada por uma multiplicidade de pactos normativos em interação⁽⁹⁰⁾, pelo que, atento ao sentido das notas acabadas de expor, é em obséquio à unidade e coerência do direito que reside a vertente constitutiva da normatividade que imputamos ao *soft law*⁽⁹¹⁾, onde o processo hermenêutico é visto numa óptica de interação complexa e fluída entre normas imediatamente válidas e obtidas segundo procedimentos formais e por normas que oferecem apenas ideias, inspiração, “effetti d’indirizzo” não obtidas segundo tal processo, no qual o operador jurídico deverá desenhar a norma aplicável⁽⁹²⁾.

Regressando ao problema do problema, se numa fase inicial reconhecemos ao *soft law* um processo que racionaliza a acção do órgão administrativo e controla esse mesmo órgão, ao prescrever os termos da sua futura actuação, a verdade é que num segundo momento, o *soft law* contribui, igualmente, para definir posições relativas à outra parte da relação, na medida em que reconhecemos a este *droit souple* um importante momento de institucionalização, que tem como corolário a definição de padrões de conduta tendencialmente subsistentes, estandardizando comportamentos que assimilaram determinados valores. Portanto, estes critérios de acção, ao fornecerem orientação e segurança, vão já estabelecendo um sentido indicativo, “um direito em gestação”⁽⁹³⁾, “un derecho in statu

(90) Com inspiração na metáfora de F. OST / M. VAN DE KERCHOVE, “Pensare la complessità del diritto: per una teoria dialettica”, in *Sociologia del diritto*, XXIV, n.º 1, 1997, p. 5, citado por B. PASTORE, *Interpreti e Fonti nell’esperienza giuridica contemporanea*, op. cit., p. 41.

(91) Cf. B. PASTORE, *Interpreti e Fonti nell’esperienza giuridica contemporanea*, op. cit., p. 42, louvando-se em R. DWORKIN, *L’impero del diritto*, p. 129, que refere que a procura da unidade e coerência do direito encontra o seu fundamento na integridade, como visão unitária e compreensiva a justificar a decisão judicial sob o prisma da sua congruência com um *set* de normas conectadas ao *corpus* jurídico.

(92) Neste sentido, B. PASTORE, *Interpreti e Fonti nell’esperienza giuridica contemporanea*, op. cit., p. 26. Ainda que a doutrina italiana seja apaixonadamente incisiva no tratamento do *soft law* como fonte de direito — “fonte, allora, è termine che rimanda all’insieme dei fattori che influiscono sulla produzione delle norme” — julgamos que numa prudência esclarecida, a sua delicada abordagem teórica fica precludida no presente estudo. No entanto, por tudo o que já foi sendo dito, parece evidente que o Direito Administrativo terá de enfrentar esta nova zona de combate, desenhando um horizonte discursivo que acomode estes traços descontínuos, mas de todo imprescindíveis à cabal e homérica tarefa de explicar o Direito na sua dialéctica entre estabilidade e evolução. Na doutrina mais significativa sobre o tema, veja-se, BALDASSARE PASTORE, *Interpreti e Fonti nell’esperienza giuridica contemporanea*, op. cit., p. 22, ss., FABIO CINTIOLI, “Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida di ANAC”, op. cit., p. 390, ss., MARCO MAZZAMUTO, “L’atipicità delle fonti nel diritto amministrativo”, op. cit., p. 15, ss., EDMONDO MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti*, op. cit., p. 10, ss. e ALESSANDRO PIZZORUSSO, “La produzione normativa in tempi di globalizzazione”, op. cit., p. 900, ss.

(93) Expressão de ÁNGELES GALIANA SAURA, “La expansión del Derecho flexible y su incidencia en la producción normativa”, in *Anuario de Filosofía del Derecho*, n.º 32, 2016, p. 307.

nascendi”⁽⁹⁴⁾ que desonera, em parte, os administrados do fadigoso esforço de um exercício correcto das suas condutas, impedindo igualmente a dispersão decorrente de serem sempre várias as possibilidades que se lhes deparam⁽⁹⁵⁾.

Por isso nos parece cheia de sentido a ideia de E. MOSTACCI, quando refere que o *soft law*, tendo a pretensão de influenciar a conduta de uma determinada comunidade, dirige essa influência à realização dos objectivos dessa mesma comunidade⁽⁹⁶⁾, onde esta *opinio juris*, em última análise, desencadeia uma expectativa geral em ordem à sua observância por parte de todos os sujeitos regulados, desencadeando um fenómeno semelhante ao verificado na norma jurídica, que no seu aspecto interno, é construída pela predisposição psicológica dos destinatários a observarem uma certa disposição⁽⁹⁷⁾.

Com efeito, o que acabámos de afirmar ajuda-nos a compreender que este tipo de actividade administrativa tem um momento institucional claro, que “consiste na tentativa de gerar uma adesão aos objectivos prosseguidos através da adopção do *soft law*, gerando igualmente nesse sentido uma comunhão de propósitos entre o regulador e os vários sujeitos regulados”⁽⁹⁸⁾. Posta a questão neste termos, e se entendemos bem, avulta de forma explícita a ideia de que se o *soft law* estiver em sintonia com as exigências de sentido axiológico e prático que devem moldar uma autêntica comunidade, na tentativa de legitimar materialmente o seu discursivo normativo, deve-se-lhe reconhecer, no plano do dever-ser, um importante papel de conformação do mundo real, que exprimindo aqueles sentidos “densifica o segmento de validade constitutiva da normatividade vigente”⁽⁹⁹⁾, fazendo igualmente parte do fenómeno normativo que se “verifica quando uma validade e um regulativo normativo são assumidos vinculativamente e informam praticamente (...) a vida histórica de uma determinada comunidade social”⁽¹⁰⁰⁾.

No entanto, não abdicando da exigível lucidez crítica, parece-nos que esta vigência a que faz apelo o *soft law* é ainda uma vigência não sedimentada e por isso mesmo “aberta à sobreposição de diversos motivos de oportunidade”⁽¹⁰¹⁾,

⁽⁹⁴⁾ Cf. A. MAZUELOS BELLIDO, “Soft Law: Mucho ruido y pocas nueces?”, *op. cit.*, p. 11.

⁽⁹⁵⁾ Para uma extensa análise do fenómeno da institucionalização no Direito, FERNANDO JOSÉ BRONZE, *Lições de Introdução ao Direito*, *op. cit.*, p. 122, ss.

⁽⁹⁶⁾ Por palavras nossas, a Administração prossegue o interesse público primário, ainda que abstractamente definido na lei.

⁽⁹⁷⁾ Neste sentido, E. MOSTACCI, *La Soft Law nel sistema delle fonti*, *op. cit.*, p. 38.

⁽⁹⁸⁾ Cf. E. MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti*, *op. cit.*, p. 38.

⁽⁹⁹⁾ Cf. FERNANDO JOSÉ BRONZE, *Lições de Introdução ao Direito*, *op. cit.*, p. 587.

⁽¹⁰⁰⁾ Cf. CASTANHEIRA NEVES, “As fontes do direito e o problema da possibilidade jurídica”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 116, Coimbra, 1975, p. 116.

⁽¹⁰¹⁾ Cf. GIUSEPPE MORBIDELLI, “Degli effetti giuridici della soft law”, *op. cit.*, p. 3.

o que nos leva a afirmar que ao contrário da norma legal, esta apresenta uma “obrigatoriedade voluntária”⁽¹⁰²⁾ ou uma “obrigatoriedade condicionada”⁽¹⁰³⁾, na medida em que tais normas, apesar de constituírem critérios de dever-ser, suportam uma “cláusula de escape” que permite à parte vinculada determinar em que medida é exigível a obrigação⁽¹⁰⁴⁾.

Tal argumento é tributário da ideia de que não se tratando tanto de obrigar mas antes convencer, “criando um estado de opinião favorável ao seu cumprimento”⁽¹⁰⁵⁾, o *soft law* situa-se não no hemisfério da coercibilidade, mas antes no terreno da efectividade, assumindo e interiorizando valores pelos quais pretende modelar determinados comportamentos⁽¹⁰⁶⁾. Deste prisma resulta que o carácter jurídico de uma norma consiste na sua função de “*indirizzare*” o comportamento exterior dos membros de uma determinada comunidade⁽¹⁰⁷⁾.

Por isso, se nos predispuermos a desenvolver tal aceção, reconhecemos que o *soft law*, ao ser capaz de regular em termos concretos as situa-

(102) Cf. FRANCISCO LAPORTA, “Gobernanza y soft law: nuevos perfiles jurídicos de la sociedad internacional”, in VV. AA., Ruiz Miguel, (ed.), *Entre Estado y Cosmópolis. Derecho y Justicia en un mundo global*, Trotta, Madrid, 2014, citado por ÁNGELES GALIANA SAURA, “La expansión del Derecho flexible y su incidencia en la producción normativa”, *op. cit.*, p. 302.

(103) Cf. MARCO MAZZAMUTO, “L’atipicità delle fonti nel diritto amministrativo”, *op. cit.*, p. 22, louvando-se no pensamento de N. BOBBIO, “Due variazioni sul tema dell’imperativismo”, in *Riv. int. fil. dir.*, 1960, p. 79, que sustenta a sua ideia na base de que “leggi-direttive come precetti ad obbligatorietà condizionata, nel senso che i comportamenti previsti dalla direttiva sono obbligatori a condizione che, o sino a che, non si provi l’opportunità di non attenersi”. No mesmo sentido, G. MORBIDELLI, “Degli effetti giuridici della soft law”, *op. cit.*, p. 4, onde afirma que os actos de *soft law* são semelhantes à norma secundária, sujeitas ao controlo difuso do juiz mas com uma fundamental diferença, são directamente desaplicadas por parte do destinatário, que livres sob a sua responsabilidade, avaliam da coerência com o ordenamento ou reconhecem a sua não adaptabilidade ao caso concreto, segundo um critério de obrigatoriedade condicionada.

(104) Em sentido próximo do aqui proposto, FRANCISCO LAPORTA, “Gobernanza y soft law”, citado por ÁNGELES GALIANA SAURA, “La expansión del Derecho flexible y su incidencia en la producción normativa”, *op. cit.*, p. 302.

(105) Cf. ÁNGELES GALIANA SAURA, “La expansión del Derecho flexible y su incidencia en la producción normativa”, *op. cit.*, p. 318.

(106) Vale a pena recordar R. VON JHERING, *Lo scopo nel diritto*, Torino, 1972, p. 39, segundo qual “la chiave dell’efficacia del diritto è il collegamento dello scopo perseguito dalla norma con l’interesse dei soggetti regolati; interesse che può consistere tanto nell’evitare una sanzione, quanto, ad esempio, nell’utilità di seguire le prescrizioni normative al fine di coordinare la propria attività con quella altrui, o ancora nel voler trarre il giovamento derivante da eventuali effetti indiretti della norma medesima”. Texto recolhido na obra de E. MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti*, *op. cit.*, p. 13, nota 36.

(107) “Les normes juridiques (...) tendent, non seulement à prévenir ou à régler les conflits possibles entre les membres d’une population, mais beaucoup plus largement à encadrer, orienter, rationaliser l’ensemble de leurs activités”. Cf. P. AMSELEK, “L’évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales”, in *Rev. trim. droit civ.*, 1982, p. 279, citado por E. MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti*, *op. cit.*, p. 13, nota 35.

ções da vida subsumíveis aos seus preceitos, respondendo assim a necessidades e aspirações sentidas pela sociedade ou pela maioria dos seus membros — que perante tais modelos operativos lhe reconhecem aquela exigência concreta que pretendem ver realizada na prática — não vemos como não lhe imputar certos efeitos jurídicos⁽¹⁰⁸⁾.

Em resumo, significa isto que não devemos precluir a possibilidade de imputar a este fenómeno normativo a produção das chamadas obrigações secundárias, que requerem a adopção de medidas necessárias à implementação daquela norma primária, pautando desta forma o nosso comportamento e orientando os nossos juízos decisórios⁽¹⁰⁹⁾, deixando, contudo, uma margem dessa valoração decisória ao destinatário da norma, permitindo que este cubra a outra parte da *fattispecie*⁽¹¹⁰⁾.

Por outro lado, se tais preceitos apresentam, *ab initio*, “uma intenção normativa em estado de quarentena numa antecâmara do direito”⁽¹¹¹⁾, jul-

⁽¹⁰⁸⁾ Qualificando por isso o *soft law* como um instrumento de tipo *cripto-hard*, MARGHERITA RAMAJOLI, “Self-regulation, soft-regulation e hard regulation nei mercati finanziari”, *op. cit.*, p. 60, na medida em que sendo a Administração a titular do poder de decidir, não será fácil para um particular convencer aquela autoridade do facto de que, atendendo às características particulares do caso, não se deva aplicar aquela norma. Por outro lado, reconhece ainda a autora que, de um ponto de vista literal, os poderes públicos que adoptam o *soft law* fazem-no através de “un linguaggio *hard*, nel senso di chiaramente prescrittivo e non meramente facoltizzante”.

⁽¹⁰⁹⁾ Veja-se, por exemplo, o *Processo de Inquérito n.º ERS/004/15* — Recomendação ao Centro Hospitalar de Lisboa Central — Hospital de São José, em que a Entidade Reguladora da Saúde, considerando que dos factos analisados, não resultou provado que o comportamento do Centro Hospitalar Lisboa Central E.P.E., tenha violado os direitos e interesses legítimos dos utentes, designadamente o direito de acesso dos cidadãos aos cuidados de saúde no âmbito do SNS, arquivou o processo de inquérito, sem com isso deixar de emitir a seguinte Recomendação; “mais delibera o Conselho de Administração da ERS, nos termos e para os efeitos do preceituado na alínea *a*) do art. 24.º, e das alíneas *a*) e *b*) do art. 19.º dos Estatutos da ERS, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 126/2014, de 22 de agosto, emitir uma recomendação ao Centro Hospitalar Lisboa Central E.P.E. no sentido de nas situações em que constata não possuir capacidade para a prestação de cuidados de saúde específicos, nomeadamente, realização de cirurgias em situação de rotura de aneurisma cerebral por falta de recursos humanos especializados, essenciais à sua realização, os utentes sejam encaminhados para unidade hospitalar que garanta a prestação dos cuidados de saúde necessários. Com efeito, parece-nos que ao prescrever regras de comportamento claras, a recomendação constitui critério a seguir por parte do destinatário da mesma, cuja sua inobservância poderá constituir elemento relevante de negligência num caso futuro, pelo que o seu cabal cumprimento poderá ser factor dirimente da falta de culpa. Neste último sentido, G. MORBIDELLI, “Degli effetti giuridici della *soft law*”, *op. cit.*, p. 3. Julgamos que demonstrada fica a utilidade da tese que defende a produção das chamadas obrigações secundárias, que aqui se impunha no sentido de possibilitar ao Centro Hospitalar a demonstração de um “inadimplimento eficiente”.

⁽¹¹⁰⁾ Com fundamentação análoga, MARCO MAZZAMUTO, “L’atipicità delle fonti nel diritto amministrativo”, *op. cit.*, p. 22.

⁽¹¹¹⁾ Cf. TOMASZ GIARO, “Dal *Soft Law* Moderno al *Soft Law* Antico”, in A. SOMMA (a cura di), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 83.

gamos que a sua juridicidade pode igualmente resultar da captação do decisor⁽¹¹²⁾ e do legislador por estes impulsos sociais, transformando-os em direito vigente e, *d'altra parte*, mas não menos problemática, a sua juridicidade pode advir da efectiva observância dos membros da comunidade a quem se dirige, desenvolvendo aqui uma clara “função preliminar que acompanha o nascimento de normas jurídicas através de factos sociais, a partir de um direito não autoritário”⁽¹¹³⁾.

Concluindo, recorreremos a uma feliz metáfora anatómica para frisar que a lei, ao fornecer uma espécie de esqueleto com a sua estrutura óssea permite e garante um controlo de forma eficiente dos diversos operadores do mercado, todavia, a estrutura óssea, por si só, pode não ser suficiente, onde a musculatura do *soft law*, constituída por um conjunto de regras assentes num modelo cultural de referência, que nascendo como normas não imediatamente vinculativas se vão afirmando na prática graças à sua crescente relevância jurídica, pelo que, atendendo às normas que vierem a dar prova do efectivo cumprimento da tarefa que lhes é cometida, são elevadas ao *status* de *hard law*, num manifesto processo de progressivo *irrigidimento* do *soft law*⁽¹¹⁴⁾.

5.2.1. Sentido e alcance do regime de impugnabilidade directa do *soft law*

Uma vez tratada a dinâmica dos efeitos do *soft law*, especialmente no sentido de lhe conferir um importante activo na criação de efeitos perante terceiros, no intuito de ordenar a realidade social para além da esfera jurídica da própria administração que o adopta, é tempo de olhar para outro âmbito discursivo-teorético, uma vez que sintoma claro da consagração dos efeitos jurídicos do *soft law* é o reconhecimento pelo juiz da possibilidade de controlo de legalidade relativamente a actos desprovidos de vinculação jurídica⁽¹¹⁵⁾.

(112) Em sentido próximo, PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública*, *op. cit.*, p. 238.

(113) Cf. TOMASZ GIARO, “Dal Soft Law Moderno al Soft Law Antico”, *op. cit.*, p. 84. Em sentido análogo, PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública*, *op. cit.*, p. 240, onde refere que “a informalidade subjacente a uma prática social reiterada com convicção de obrigatoriedade constitui “passaporte” de acesso ao mundo da normatividade jurídica”.

(114) Neste sentido, EDMONDO MOSTACCI, *La Soft Law nel sistema delle fonti*, *op. cit.*, p. 192.

(115) No mesmo sentido, JOÃO NUNO CALVÃO DA SILVA, *Agências de Regulação da União Europeia*, Gestlegal, 2017, p. 172.

Se o mapear da perspectiva adoptada nos possibilitou a descoberta metodológico-dogmática dos efeitos jurídicos do *soft law*, impõe-se neste ensejo mais um esforço teórico para não apagar e negligenciar a nuclear tarefa de reconduzir o *soft law* ao controlo jurisdicional directo pelo juiz administrativo.

Assim, de tudo quanto apurámos, julgamos que quando tais preceitos *soft* possam directamente prejudicar o *status quo* do particular, deve ser-lhe reconhecido o acesso directo à via contenciosa, na defesa da sua tutela jurisdicional efectiva. Parece significativo, neste aspecto, a pronúncia do Consiglio di Stato, na medida em que reconhece que “sia giustiziabile l’atto amministrativo che, pur non incidendo con effetti costitutivi, accertativi o dichiarativi sulla “realtà giuridica”, produce de facto, attraverso il condizionamento del comportamento dei destinatari dell’atto (...) una modificazione della realtà materiale da cui scaturiscono conseguenze lesive per la sfera soggettiva di terzi soggetti”⁽¹¹⁶⁾.

Ainda que não reconheça efeitos jurídicos ao *soft law*, o Tribunal, ao considerar que não constituem meras actuações sem relevância jurídica, faz com que aquele universo de instrumentos desencadeie um mecanismo do sistema jurídico, uma resposta que este acciona em face dos resultados juridicamente relevantes que desta actividade administrativa pode advir. Por outras palavras, o facto de esta regulação ser flexível e *soft* não nos induz a pensar que tais características possam aportar para o discurso um horizonte de desligamento da necessária triagem jurisdicional, não sufragando, pois, a tese de imunidade ao controlo jurisdicional⁽¹¹⁷⁾. Pelo menos, devemos reconhecer ao juiz administrativo a possibilidade de qualificar pontualmente tais instrumentos. Próprio de um tempo difícil como aquele que vive o direito administrativo, cabe à jurisprudência o papel de assegurar maior certeza conceptual, visto que é preciso que esta se reaproprie depressa daquilo que lhe pertence⁽¹¹⁸⁾.

⁽¹¹⁶⁾ Cf. CONSIGLIO DI STATO, *Secção III, sentença de 29 de setembro de 2017*, n.º 4546.

⁽¹¹⁷⁾ Ainda a propósito da anulação, por parte do CONSIGLIO DI STATO, *Secção III, sentença de 29 de setembro de 2017*, n.º 4546, de uma recomendação da Região de Veneto, que proibia a prescrição e o uso de determinados fármacos. No seu núcleo central, a decisão agora mencionada estabeleceu que, “anche da un atto formalmente non vincolante possano derivare conseguenze giuridicamente rilevanti per i suoi destinatari diretti e, come nel caso di specie, persino indiretti, ciò che consente al soggetto che si assuma lesa di invocare la tutela del giudice amministrativo e a questi di sindacarne la legittimità.

⁽¹¹⁸⁾ Mostrando, igualmente, a sua preocupação pela insindicabilidade do *soft law* pelo juiz administrativo, FABIO CINTIOLI, “Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida di ANAC”, *op. cit.*, p. 3, onde refere que “Il fatto che parte della disciplina della materia passi oggi sotto il nome di linee guida, regolazione flessibile, atti di indirizzo, soft law, e simili, non deve indurci a trascurare

Nesta construção não pretendemos regressar à tese anteriormente exposta, que perfilhava uma auscultação indirecta destes instrumentos. Aqui, ao invés, pugnamos por uma impugnação directa da norma que possa previsivelmente vir a prejudicar o particular ou mesmo solicitar o decretamento de uma providência cautelar para suspensão da eficácia de uma norma⁽¹¹⁹⁾.

A relutância atávica da nossa jurisprudência não pode negligenciar este discurso. Se antes considerámos apenas a sindicância por via indirecta dos instrumentos de *soft law*, essencialmente pelo facto de que estávamos no domínio de instrumentos tendencialmente intra-administrativo e, com efeito, construímos uma retórica essencialmente equilibrante, não demasiadamente perturbadora do normal funcionamento da actividade administrativa e não demasiadamente negligente da protecção da legalidade e da protecção dos interesses dos particulares, agora estamos a reconhecer a possibilidade de impugnação directa de instrumentos atípicos que, sendo

l'importanza del controllo del giudice. Questa volta non è in gioco solo il suo compito di "regolatore", bensì anche l'effettività della tutela giurisdizionale. Dobbiamo così preoccuparci di evitare possibili sbilanciamenti nella dialettica tra autorità e libertà".

(119) Apesar de não concordarmos com a qualificação jurídica que o Tribunal faz para o efeito de decretar uma providência cautelar para suspender os efeitos de uma recomendação, reveste-se de particular importância nesta matéria o Acórdão do TCAN, *processo 830/14.BELSB*, onde se afirma que "uma circular Informativa contendo diretivas, para mais, provindo de uma entidade reguladora, com destinatários perfeitamente identificáveis, lesiva dos seus interesses, é desde logo suscetível de ser impugnada contenciosamente". Em extrema síntese, o INFARMED, através da circular n.º 068/CD/8.1.6 de 21.03.2014 estabeleceu limites dentro dos quais poderia ser utilizado o Oxigénio a 93% em meio hospitalar. A circular, ao consubstanciar um limite à utilização do Oxigénio no meio hospitalar, produziu assim alterações no *status quo* da recorrida, enquanto fornecedora de concentrados de Oxigénio a 93%, interferindo manifestamente no negócio da mesma, sem que tenha ficado demonstrado qualquer prejuízo para a saúde pública da sua utilização. Deste circunstancialismo, o tribunal qualificou — ainda que erradamente, segundo o nosso entendimento — a circular informativa, para efeitos de decretamento da providência cautelar requerida, como acto administrativo. E qualificou erradamente porque, estando em causa uma recomendação ou circular informativa que apesar de ser dirigida a um segmento de destinatários individualizados — as unidades hospitalares — aquela tem a vocação de execução permanente, que é o critério verdadeiramente distintivo entre o acto normativo, o que nos levava a afastar o acto em prol do regulamento. Por outro lado, forçoso seria afastar da qualificação jurídica da recomendação a natureza jurídica de regulamento, essencialmente pela sua procedimentalidade atípica e teleologia imanente e, já num segundo momento, qualificando-a de instrumento atípico com efeitos *ad extra*, pois estamos perante uma ferramenta administrativa que pretende assumir-se como vector de orientação, um verdadeiro referente normativo que transcende a dimensão inter-administrativa, pelo que assistia à requerente, apesar de ser um terceiro em relação aos destinatários directos da recomendação, legitimidade processual e interesse em agir, face aos resultados lesivos que aquela actividade administrativa provoca na sua esfera. Por último, não entendemos como o Tribunal pode reconhecer força imperativa a um instrumento em que estão ausentes as exigências procedimentais para terem essa força imperativa para, depois, declará-lo ilegal, precisamente como consequência da ausência das ditas exigências. Julgamos que o Tribunal, e inclusive as partes, passaram ao lado do cerne da questão.

fonte de produção de efeitos lesivos, é legitimadora do acesso pelos particulares à via jurisdicional.

E, num “*taking soft law seriously*”⁽¹²⁰⁾, parece-nos que não será de excluir o recurso a uma acção inibitória destinada a obter a condenação da Administração a não continuar a difundir actos informativos ilegais (art. 37.º, n.º 1, al. *h*) do CPTA), ou mesmo requerer providências cautelares dirigidas a impedir que a Administração difunda actos informativos, ou ainda a possibilidade de se lançar mão de acções de simples apreciação, por se verificar o interesse em agir, ou ainda, a condenação à não emissão de actos administrativos, nos termos do art. 37.º, n.º 1 al. *c*) do CPTA⁽¹²¹⁾.

Como projecções metodológicas, parece-nos suficiente para perspetivar de forma criteriosamente esclarecida a realidade normativa que lhe atribuímos, devendo assim contestar porventura alguma posição redutora da dimensão normativa que o mesmo é capaz de realizar.

Com efeito, os instrumentos de *soft law*, ao constituírem o depósito das soluções que a administração vai adoptando no exercício da sua actividade, isto é, no desempenho de uma função que lhe foi normativamente atribuída e onde reflecte as necessidade de regulação existentes em cada matéria e em cada momento — un laboratorio di incubazione per soluzioni destinate a propagarsi ben oltre il settore⁽¹²²⁾ — não discernimos argumentos crítico-reflexivamente idóneos a legitimar a contenção judicial no tratamento do *soft law* administrativo⁽¹²³⁾.

⁽¹²⁰⁾ Cf. OANA STEFAN, “Hybridity before the Court”, *op. cit.*, p. 19.

⁽¹²¹⁾ Reconhecendo estas facultades, FERNANDA MAÇAS, “O controlo jurisdicional das autoridades reguladoras independentes”, *op. cit.*, p. 43.

⁽¹²²⁾ Cf. PIERO DE LUCA, *Il Soft Law*, Napoli, 2017, p. 73.

⁽¹²³⁾ Esta contingência na sindicabilidade do *soft law* resulta de uma visão embaciada das coisas. Não podemos continuar a perspetivar o processo de impugnação de actos como prototípico da tutela individual, num contexto onde se pretende impugnar uma concreta decisão da Administração. É que dentro do contexto da decisão discutida, o acto é apenas e tão só mais um elemento, dentro de tantos outros. Diríamos, assim, acompanhando E. SCHMIDT-ASSMANN, “Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del Derecho Administrativo”, *op. cit.*, p. 89, que neste plano o processo fragmenta necessariamente a realidade, contempla uma visão mais estreita da completa constelação de interesses e do contexto mais amplo em que se situam. Por isso, mais à frente, afirma o autor que “El margen de autonomía y de apreciación que posee la Administración pública ha de ir acompañado, congruentemente, de un sistema coherente y completo de mecanismos de control (...), de la misma manera que la acción administrativa no se agota en el mecanismo de la subsunción legal, es decir, en identificar el presupuesto de hecho y la consecuencia jurídica anudada que haya programado o dispuesto para cada caso la ley, sino que ha de observar otros parámetros o cánones que determinan la corrección de la actividad administrativa, el sistema de controles habrá de incorporar en paralelo, por consiguiente, otros mecanismos de control capaces de medir y sopesar esos otros criterios o parámetros de la acción administrativa. La teoría de los controles ha de ser concebida, pues, con mayor amplitud, para insertar en su seno el análisis económico y de eficiencia de la acción administrativa”. Este

6. Reflexão final

As reflexões colhidas no presente estudo correspondem a uma lógica comum, procurámos ser o menos expositivos ou descritivos. Atormentados por uma certa inquietude, foi nosso predicativo estatuir uma validade axiológica envolto do *soft law*, tentando, ainda que numa versão embrionária, corporizar aquele “instituto jurídico” num esclarecido instrumento normativo, radicado no desvendamento de novas virtualidades funcionais e pela sua capacidade de servir a concretização das grandes pulsões evolutivas do Direito Administrativo contemporâneo.

Refutando um pensamento envolto no *soft law* como um instrumento que se deixou seduzir pelo direito privado, instrumentalizado pelo mundo da economia, julgamos ter fixado ao seu conteúdo material um ideário democrático sem descurar um direito ligado à performance da administração, não a dispensando da subordinação a outros e porventura mais perenes referentes axiológicos.

Enfim, a construção de um novo instrumento normativo que impregna o direito administrativo, que se mostra viável a compreender adequadamente as fracturas estruturantes que hoje vive o Direito e a explicar melhor a decisiva superação de um modelo administrativo assente, exclusivamente, em instrumentos extremadamente formais.

O que se pode concluir é que o *soft law*, trazendo seguramente vantagens na interpretação e auto-vinculação da Administração, pode introduzir alguns factores de desestabilização e insegurança no domínio da teoria da norma e da criação de normas jurídicas. Não obstante, a verdade é que na ânsia de regulação, os códigos estáveis, duradouros e sistematicamente arrumados já não dão a mesma segurança e previsibilidade ao mundo jurídico, pelo que é necessário uma outra musculatura que sustente aquela espinha dorsal, dando assim lugar a uma massa de directivas, regulamentos, normas técnicas, standards, dos quais vão contendo uma disciplina adequada e suficientemente densa que possibilite a afirmação de posições jurídicas merecedoras de protecção por parte do ordenamento, além de que constituem um pressuposto decisório ou um parâmetro deliberatório para os poderes aplicativos.

“imperativo categórico”, não nos sendo indiferente, sintetiza a intencionalidade axiológica que impu-
tamos à mencionada justiciabilidade do *soft law*.

A PARTICIPAÇÃO DO MÉDICO EM REDES SOCIAIS: QUESTÕES JURÍDICO-PENAIIS

PHYSICIAN'S PARTICIPATION IN SOCIAL NETWORKS: LEGAL-CRIMINAL ISSUES

Por Fernanda G. Galhego Martins(*)

SUMÁRIO:

Resumo. 1. A medicina e as redes sociais⁽¹⁾. 2. O médico e as suas redes sociais. 2.1. As informações sobre o próprio médico. 2.2. O paciente e a informação partilhada pelo médico. 3. Considerações finais. **Bibliografia**

Resumo:

O olhar sobre a participação do médico em redes sociais através da criação e gestão de perfis com conteúdo profissional e, em especial, a partilha de informações sobre a sua prática diária, sobre si próprio e sobre as suas realizações profissionais, ajuda a traçar um cenário positivo e benéfico para a relação médico-paciente, mas também permite denotar situações potencialmente capazes de conflituarem com o desempenho de qualidade dessa profissão ou com a privacidade do paciente, que se vê personagem ou figurante das postagens médicas compartilhadas com terceiros, e, assim, suscitar algumas questões jurídico-penais. Estas dizem respeito, nomeadamente, à possibilidade de determinadas interações que podem emergir nesse contexto — em que informações e imagens são divulgadas a um público geral — consubstanciarem comportamentos passíveis de se subsumirem a uma moldura penalmente típica e, por conseguinte, atrair um novo foco de atenção.

(*) Doutora em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito de Coimbra, com pós-graduação em Direito da Farmácia e do Medicamento pelo Instituto de Direito Biomédico da Universidade de Coimbra e em Direito Público pela Faculdade de Direito da Universidade Gama Filho. Licenciada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Advogada.

Palavras-chave:

Redes sociais, *internet*, *instagram*, direito penal médico, usurpação de funções, segredo médico, violação de segredo.

Abstract:

Physician participation in social networks through the creation and management of professional content profiles, and in particular sharing information about their daily practice, about themselves and their professional accomplishments, helps to create a positive and beneficial scenario for the doctor-patient relationship, but also allows denoting situations potentially capable of conflicting with the quality performance of this profession or the patient's privacy, and thus raising some legal-criminal issues. These questions draw the attention of the present study, which intends to analyze the criminal relevance of physician behavior.

Keywords:

Social networks, internet, instagram, medical criminal law, misuse of duties, medical secrecy, breach of secrecy.

1. A medicina e as redes sociais⁽¹⁾

A ativa participação médica em redes sociais ajuda a desmistificar o papel desempenhado pelo profissional de medicina e a estreitar a relação entre este e o seu paciente. O uso dessas ferramentas virtuais permite aproximar também o indivíduo comum, e leigo em medicina, de práticas dantes distantes e de um cenário perspectivado, outrora, como improvavelmente ou nada atraente para ser virtualmente acompanhado a título de mero entretenimento.

O levantar das cortinas mostra um cenário singular e, muitas vezes, instigante. A veiculação aberta, em redes sociais, de medidas e de procedimentos, que até então se encontravam afastados e salvaguardados do olhar de terceiros pelas paredes de salas e consultórios, apresenta ao público geral novas ou nem sempre conhecidas e, nalgumas situações, sedutoras possibilidades para quem busca e para quem precisa de determinados cuidados.

⁽¹⁾ As questões jurídico-penais emergentes da criação e gestão de perfis médicos com conteúdo profissional em redes sociais foram também analisadas sob o regime jurídico-penal brasileiro, num estudo da presente autora que se encontra publicado com o título “As Redes Sociais e a Atividade Médica”, na *Revista Juscontemporânea do Tribunal Regional Federal da 2.ª Região*, [S.l.], V. 1, n.º 1, set. 2019, pp. 80-101, 2019 e na *Revista Seleções jurídicas*, Rio de Janeiro, Setembro de 2019, pp. 28-43, 2019.

Essa nova fase parece marcada, por assim dizer, pela abertura da prática da medicina — com a maior difusão das imagens de procedimentos e tratamentos e com o aumento da informação disponibilizada pelos próprios profissionais da área — e também por uma visão mais humana e realista da figura do médico. Ambos os fatores se veem propulsados pela facilidade do acesso e troca de informações entre profissionais de medicina e o público geral, pela possibilidade de estreitamento da relação médico-paciente e pela diluída ou, de certa forma, decifrada difusão do conhecimento científico, traduzido ou enunciado numa linguagem, em geral, mais próxima do leitor comum, leigo em medicina.

Esse contexto ajuda, intencionalmente ou não, a superar o distanciamento ou um suposto endeusamento da atividade médica. A ampliação dos métodos de transmissão da informação beneficia, num primeiro plano, a relação médico-paciente e uma tomada de decisão conscienciosa deste último na medida em que favorece, por exemplo, a troca de informações e a oferta de esclarecimentos, apoiando a atividade terapêutica e um esclarecimento presencial e individualizado.

Os efeitos gerados pelo uso das redes sociais não se limitam, todavia, somente a essa relação bilateral. Eles, como se pode, desde já, notar, alcançam outros indivíduos e inauguram uma relação nova e estranha àquela usualmente desenvolvida entre o médico e o seu paciente, e que se verifica, sobretudo, no âmbito das postagens realizadas em redes sociais de conteúdo público.

As novas formas de contato ampliam o feixe de ouvintes e, com isso, criam dinâmicas com diversos interlocutores. O profissional de saúde interage com o público geral, e essas multilaterais relações geram, sem dúvida, efeitos positivos. A nova dinâmica de interação tem potencial para ajudar, conforme já mencionado, a desmistificar a atividade médica⁽²⁾, a apresentar novas possibilidades e/ou esperanças para quem busca soluções para os seus problemas de saúde^(3/4), a elucidar dúvidas de leigos e dos próprios pacientes, e ainda a encurtar o distanciamento entre estes últimos e os seus

(2) Isto se verifica, principalmente, nas páginas pessoais de médicos que não têm um conteúdo puramente profissional ou apenas postagens de cunho estritamente científicos.

(3) O uso de *hashtags* para se referir ao nome de certas técnicas e intervenções acaba por ser uma ferramenta útil para conectar o material compartilhado a quem busca informações sobre um determinado procedimento. Aquelas também acabam por ser um modo prático de tecer referências a determinados assuntos, e interligá-los, de forma mais leve e informal.

(4) A simples menção de técnicas ou intervenções ou a informação sobre um aparelho ou procedimento novo não reflete, por si só, necessariamente o ideal de publicitar esta ou aquela medida — o intuito pode ser tão somente informativo.

médicos⁽⁵⁾, facilitando-lhes a comunicação⁽⁶⁾ — que se estende para além do atendimento presencial^(7/8).

Os mesmos remédios que propiciam a aproximação entre a prática da medicina e o público geral apresentam também seus próprios efeitos colaterais menos positivos. Uma comunicação genérica ou generalizável, publicada em redes sociais ou plataformas similares, nem sempre se aplica à situação particular do leitor não examinado; o sujeito que lê uma postagem com conteúdo médico — muitas vezes — não detém os conhecimentos técnicos ou científicos necessários para interpretá-la adequadamente; e determinadas informações e, sobretudo, algumas imagens compartilhadas fomentam expectativas exageradas ou irreais, dificilmente alcançáveis ou realizáveis em terceiros.

Nenhuma postagem parece ser de todo inofensiva. A impossibilidade de afirmar verdades universais aplicáveis invariavelmente e por simples subsunção ao indivíduo comum, dotado de particularidades e vicissitudes, aumenta o perigo que uma informação genérica e nem sempre corretamente compreendida pode representar para a saúde de um sujeito não examinado — que, por exemplo, adota certas restrições alimentares ou suplementações por ter lido ou visto um determinado *post* médico que esclarece sobre as maravilhas de uma determinada substância ou tratamento —; e ainda contraindica que se assuma o risco dos esclarecimentos porventura prestados se assemelharem ou efetivamente se traduzirem numa consulta à distância a um paciente desconhecido e nunca examinado — que, por exemplo, adota certo tratamento farmacológico ou suplementação vitamínica a partir do aconselhamento médico recebido *on line* ou devido a uma experiência vivida por outrem e compartilhada pelo profissional de medicina.

A opção por participar em redes sociais gera alguns desafios para o profissional de medicina. Se, por um lado, cada janela aberta parece apre-

⁽⁵⁾ A veiculação de imagens cotidianas em páginas pessoais — como, por exemplo, fotos de acontecimentos diários (como a caminho do consultório) ou em congressos — acaba por aumentar essa sensação de proximidade.

⁽⁶⁾ Vale observar que o discurso empregue nessas plataformas sociais é, normalmente, bem mais informal do que o usualmente adotado no meio médico. E, sobretudo em páginas de cunho pessoal, a referência de forma coloquial, por exemplo, a um determinado procedimento que reflete tão somente a exposição do dia-a-dia do profissional torna a comunicação mais acessível a um maior número de pessoas.

⁽⁷⁾ Essa comunicação de nenhum modo se presta a substituir uma consulta presencial, ela visa, de um modo geral, apenas esclarecer, afastar dúvidas ou confusões.

⁽⁸⁾ Em caso de perguntas, por exemplo, as respostas mais generalizadas parecem mais recomendadas para que tais interações não se assemelhem a uma consulta à distância de um sujeito não examinado ou de um paciente superficialmente acompanhado.

sentar uma resposta para uma necessidade existente, por outro, cada dado compartilhado também tem o potencial de criar uma — nem sempre benéfica ou anódina — necessidade ou uma solução para um problema que, de outra forma, nunca antes teria sido aventado, o que pode levantar algumas dúvidas quanto às vantagens aportadas para os leigos que tomam conhecimento dessas informações e que, por fim, nem sempre têm as ferramentas necessárias para compreender o conteúdo postado e tirar algum proveito do material disponibilizado.

Os problemas que podem resultar dessa interação social certamente não se limitam ao elenco de preocupações supramencionado. A multiplicidade de agentes e de informações susceptíveis de serem virtualmente compartilhadas acarreta a impossibilidade fática de prever todas as circunstâncias, situações e repercussões passíveis de advir desse contexto e, assim sendo, contraindica um *check-up* completo da matéria.

O exame do presente cenário permite detetar, no entanto, algumas constantes, comumente encontradas nesse modelo de contato virtual. O eixo central se constitui, por assim dizer, (i) pelas informações postadas pelo médico sobre si mesmo — como a sua formação e especialidades — e (ii) pelos dados por ele disponibilizados que se encontram diretamente ligados à sua atividade laboral, ao seu conhecimento científico e à sua prática diária — como a divulgação de imagens dos procedimentos e práticas médicas desempenhados que, não raro, incluem a partilha dos resultados por si alcançados —, elementos esses que parecem inafastáveis quando se fala na criação e gestão de um perfil médico em redes sociais, e que, por essa razão, ora se sujeitam a um exame mais apurado.

2. O médico e as suas redes sociais

As palavras inicialmente traçadas evidenciam, desde já, as repercussões trazidas pelo uso das redes sociais para a costumeira relação médico-paciente e para terceiros que desta não participam. De um modo geral, é possível afirmar que o plano virtual viabiliza novas e multilaterais comunicações, faculta ao médico a possibilidade de interagir com um público mais amplo e de apresentar e divulgar, num contexto aberto, informações de cunho pessoal e profissional que passam a ser extensivamente compartilhadas.

A criação e gestão de perfis sociais por profissionais de medicina consolida, assim, novas formas de contato e de disseminação da informação. E, como não poderia deixar de ser, nessa atual relação desenvolvida

com público geral, os participantes têm, via de regra, liberdade para interagir e, com isto, estão sujeitos às consequências de seus atos, aos ônus e aos bônus advindos de suas condutas para com os demais, da mesma forma que sucede fora das plataformas e redes sociais.

A faculdade de postar traz consequências para os participantes dessa relação multilateral. As normas jurídico-penais e as regulamentações profissionais têm também aplicação no cenário virtual, abrangendo o material exposto através das redes sociais, designadamente o conteúdo veiculado e divulgado pelo profissional de medicina e dirigido, já não mais para apenas um paciente, mas sim, para um público maior e nem sempre determinável, que acede aos dados por aquele postados sobre si próprio e a sua ciência — impondo aos agentes, portanto, uma maior cautela com o material compartilhado.

2.1. As informações sobre o próprio médico

A opção pessoal pela criação e manutenção de um perfil individual com a divulgação da atividade laboral implica para o médico a observância das normas e diretrizes de conduta previstas pelo seu setor. Estas se dirigem inclusive ao comportamento público do médico e se aplicam, portanto, também às redes sociais de compartilhamento de dados e às ferramentas de comunicação similares, alcançando as novas formas de interação multilateral virtualmente proporcionadas⁽⁹⁾.

Neste contexto, a transparência e veracidade no que diz respeito às informações divulgadas sobre si próprio, sobre suas especialidades e competências, parece, como não poderia deixar de ser, uma necessidade óbvia. E, mesmo que assim não fosse, o *Código Deontológico* enuncia expressamente o dever médico de “respeitar a veracidade dos títulos profissionais e acadêmicos que utilize”^(10/11).

⁽⁹⁾ O *Código Deontológico — Regulamento n.º 707/2016*, de 21 de Julho (publicado no Diário da República, n.º 139/2016, Série II de 2016-07-21) — estabelece dentre os *Princípios Gerais de Conduta* que o “médico deve ter comportamento público e profissional adequado à dignidade da sua profissão, sem prejuízo dos seus direitos de cidadania e liberdade individual” (art. 4.º, n.º 9) e, no mesmo sentido, também dispõe o art. 135.º, n.º 9 do *Estatuto da Ordem dos Médicos / Anexo I*, da Lei n.º 117/2015, de 31 de Agosto.

⁽¹⁰⁾ Art. 57.º, n.º 1 do *Código Deontológico / Regulamento n.º 707/2016*, de 21 de Julho.

⁽¹¹⁾ Isto se conjuga ainda à vedação ao médico de “utilizar na prática clínica quaisquer títulos ou designações derivados de provas, concursos ou formação nacional ou internacional que não correspondam à área específica de especialização clínica e que não tenham obtido a prévia concordância da Ordem” (art. 57.º, n.º 2 do *Código Deontológico / Regulamento n.º 707/2016*, de 21 de Julho).

A especialização comunicada ao público geral há de corresponder, portanto, a uma que se encontre especificamente reconhecida pela Ordem dos Médicos, pelo respectivo Colégio de especialidades e competências⁽¹²⁾. Isto quer dizer que, por exemplo, um curso ou aprimoramento técnico que não seja assim reconhecido não se confunde, e, desde logo, não deve ser divulgado sob o título de especialidade.

Caso o profissional opte pela comunicação de formações e cursos técnicos que tenha realizado, esta veiculação há de ser feita com cautela para não induzir, mesmo que não intencionalmente, terceiros em erro. Isto porque não se pode deixar de ter em conta a fronteira ténue muitas vezes presente entre a designação de uma determinada habilidade ou formação e a nomenclatura empregue por uma especialização reconhecida; o que, inquestionavelmente, possibilita que a comunicação das primeiras fomente alguma confusão para o leitor/ouvinte leigo, que desconhece as especificidades da profissão.

De forma a evitar uma indesejada confusão, a comunicação da especialidade reconhecida e efetivamente detida pelo profissional deve ser clara e objetiva. Logo, as demais formações porventura existentes, se enunciadas, podem exigir um maior esclarecimento, capaz de determinar a menção conjunta da especialidade médica reconhecida detida pelo profissional ou, em caso de ausência desta, da designação geral atribuída ao profissional de medicina não especializado, indiferenciado.

Um exemplo ajuda a ilustrar a relevância da questão. Imagine um médico sem formação especializada, isto é, que não realizou ou não concluiu uma especialização, e que tenha cursado e concluído, por exemplo, uma pós-graduação em Medicina Estética. Essa nomenclatura não reflete a designação de uma especialidade médica, não há um Colégio dessa suposta categoria. Noutras palavras, não existe a qualificação «especialista em medicina estética», e, obviamente, tampouco o curso de pós-graduação poderia ser considerado conferente desse título^(13/14).

(12) Nos termos do art. 3.º, alínea a) do *Regulamento Geral dos Colégios de Especialidades e de Competências e das Secções de Subespecialidades* / Regulamento n.º 628/2016, de 6 de Julho, da Ordem dos Médicos (Diário da República, n.º 128/2016, Série II de 2016-07-06), considera-se médico especialista “o profissional habilitado com uma diferenciação a que corresponde um conjunto de saberes específicos, obtidos após a frequência, com aproveitamento, de uma formação especializada numa área do conhecimento médico e inscrito no respetivo colégio da especialidade nos termos dos arts. 123.º, ss. do Estatuto da Ordem dos Médicos”.

(13) Cf. *Regulamento Geral dos Colégios de Especialidades e de Competências e das Secções de Subespecialidades* / Regulamento n.º 628/2016, de 6 de Julho, da Ordem dos Médicos, e arts. 123.º, ss. do Estatuto da Ordem dos Médicos / Anexo I, da Lei n.º 117/2015, de 31 de Agosto.

(14) As especialidades médicas reconhecidas estão previstas no art. 97.º, n.º 6 do *Estatuto da Ordem dos Médicos* / Anexo I, da Lei n.º 117/2015, de 31 de Agosto.

Agora, suponha ainda que esse médico hipotético realiza, como as suas informações deixam antever, uma série de procedimentos de cunho satisfativo, como a aplicação de toxina botulínica para fins estéticos ou a colocação de fios de sustentação facial⁽¹⁵⁾. Diante desse conjunto de dados, a mera comunicação de que se trata de um «especialista em medicina estética» pode induzir, intencionalmente ou não, o leigo — leitor da informação — a crer que se trata de um profissional com especialização em cirurgia plástica, reconstrutiva e estética ou em dermato-venereologia — estas sim especialidades médicas subordinadas ao regime de seus respectivos Colégios e cuja existência detém o reconhecimento geral.

O problema não se restringe apenas ao âmbito de uma eventual confusão causada ao leitor. O *Código Deontológico* da Ordem dos Médicos veda ainda a utilização na prática clínica de “quaisquer títulos ou designações derivados de provas, concursos ou formação nacional ou internacional que não correspondam à área específica de especialização clínica e que não tenham obtido a prévia concordância da Ordem”⁽¹⁶⁾, o que, com efeito, impõe ao médico um maior cuidado com a informação divulgada.

As diretrizes profissionais são suficientemente claras no que respeita ao elenco das especialidades médicas reconhecidas. E, como se não bastasse o elenco taxativo normativamente enunciado, elas ainda assinalam a necessidade de o médico respeitar os limites das suas qualificações e competências⁽¹⁷⁾.

O cenário hipotético anteriormente apresentado permite suscitar ainda uma outra questão. Esta é: se esse médico se está a arrogar, expressa ou tacitamente, deter qualificações que efetivamente não possui (?).

Note-se que não se trata de verificar aqui se o médico está a apto ao exercício profissional ou preparado para uma determinada espécie de intervenção. O outrora positivado exercício ilegal da medicina tampouco está em causa, pois o art. 12.º do Decreto-Lei n.º 32. 171, de 29 de Julho de 1942⁽¹⁸⁾ não resistiu à reforma legal operada pelo Código Penal de 1982 e foi expressamente revogado pelo art. 6.º deste último.

A dúvida se apresenta no que se refere à eventual possibilidade de subsunção da conduta desse profissional à figura típica prevista no

(15) O exemplo dos cuidados estéticos deve-se, sobretudo, à curiosidade que esse âmbito e esse tipo de postagem suscita.

(16) Art. 57.º, n.º 2 do *Código Deontológico* / Regulamento n.º 707/2016, de 21 de Julho, da Ordem dos Médicos.

(17) Art. 11.º, n.º 1 do *Código Deontológico* / Regulamento n.º 707/2016, de 21 de Julho, da Ordem dos Médicos.

(18) O Decreto-Lei n.º 32. 171, de 29 de Julho de 1942 consagrava “normas de natureza penal e processual penal” relativas “ao sigilo médico e exercício ilegal da medicina” (RUEFF, 2010, p. 142).

art. 358.º do Código Penal. Isto é, se o profissional do exemplo está a alardear ou a sugerir preencher as condições necessárias à prática profissional quando comunica uma qualificação que não corresponde a um título de especialista; e, também, se está a praticar um ato próprio de uma determinada profissão sem possuir as condições legais necessárias.

A resposta não se avança com brevidade. Há algumas condicionantes que devem ser previamente determinadas:

- a) se o título de especialista constitui um limite à prática da profissão;
- b) se, assim sendo, é possível considerar que o médico esteja a praticar atos próprios de uma profissão sem preencher as condições necessárias; e
- c) se a informação partilhada pelo médico sobre a sua formação pode ser considerada uma falsa alegação sobre a sua titulação.

As condicionantes elencadas importam para a apreciação da relevância penal da conduta do profissional. Isto porque, o art. 358.º, alínea *b*) do Código Penal tipifica a conduta de quem “Exercer profissão ou praticar acto próprio de uma profissão para a qual a lei exige título ou preenchimento de certas condições, arrogando-se expressa ou tacitamente, possuí-lo ou preenchê-las, quando não o possui ou as não preenche”.

O tipo penal deixa transparecer, desde já, alguns elementos que precisam ser esclarecidos. Ele suscita a busca por outras fontes capazes de transmitir quais os títulos e quais as condições legais exigidas para o exercício profissional, no presente contexto, da medicina.

O caminho lógico para o intérprete na determinação dos limites da atuação médica parece envolver o recurso à norma extrapenal, nomeadamente, à legislação aplicável à profissão. O reenvio da matéria parece incontornável.

A solução seria simples se o agente fosse um leigo ou um indivíduo que não terminou o curso de medicina e que leva a cabo atos próprios da profissão de médico. A exigência (legal) e a falta (efetiva) do título profissional para a prática da medicina evidenciaríamos a subsunção do comportamento ao tipo em espécie — mas esse não é o caso.

O mesmo se poderia dizer sobre o licenciado não habilitado ou profissionais formados noutros países e que não se encontrem devidamente registados na Ordem dos Médicos. Nessas situações, a falta da condição legal necessária à prática profissional conjugada com o desempenho da atividade permite concluir pela subsunção da conduta à figura típica ora tratada.

Muito embora a denominação «médico» seja utilizada, frequentemente, também em referência ao licenciado em medicina, a conclusão da formação básica profissional — isto é, do curso de medicina propriamente dito — não basta para permitir o exercício legal dessa atividade⁽¹⁹⁾. A autorização para tanto fica a depender de outra condição: o registo profissional — ou, mais especificamente, a inscrição na Ordem dos Médicos⁽²⁰⁾ —, uma exigência legal que o médico do primeiro exemplo satisfaz⁽²¹⁾.

O retorno ao exemplo inicial deixa claro que o médico possui a habilitação e traz também mais algumas certezas. A pós-graduação cursada pelo médico hipotético apresentado não corresponde a uma especialidade reconhecida e tampouco pode ser anunciada como tal — muito embora não se negue que, efetivamente, possa ser capaz de preparar o médico para a realização das intervenções que enuncia.

A questão que se coloca é se a especialização médica pode ser considerada um requisito, a mais, necessário para a prática dos atos desenvolvidos e, nesse cenário, postados pelo profissional de medicina. Noutras palavras, importa analisar se a exigência prevista no art. 11.º, n.º 1, do *Código Deontológico* / Regulamento n.º 707/2016, de 21 de Julho — pode ser considerada uma limitação legal, isto é, mais uma condição para exercício de certos atos próprios da profissão de médico.

Ainda sobre a norma regulamentar, vale observar que, o art. 11.º, n.º 1 do *Código Deontológico* — Regulamento n.º 707/2016, de 21 de Julho — deixa claro que “[O] médico não pode ultrapassar os limites das suas qualificações e competências”. E, por sua vez, o n.º 2 do mesmo artigo dispõe que “[A]s especialidades, subespecialidades, competências e formações reconhecidas pela Ordem devem ser tidas em conta”. A restrição estabelecida no n.º 1 (supramencionado) demarca uma área de atuação privativa dos médicos detentores de determinadas *qualificações e competências*⁽²²⁾. Já os requisitos sinalizados remetem, por sua vez, a um uni-

⁽¹⁹⁾ O art. 2.º do Regulamento n.º 698/2019, de 12 de Julho, da Ordem dos Médicos (publicado no Diário da República, n.º 170/2019, Série II de 2019-09-05), prescreve que “Os médicos possuidores de inscrição em vigor na Ordem dos Médicos são os únicos profissionais que podem praticar os atos próprios dos médicos, nos termos do Estatuto da Ordem dos Médicos, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 282/77, de 5 de Julho, com as alterações que lhe foram introduzidas pela Lei n.º 117/2015, de 31 de Agosto e do presente regulamento”.

⁽²⁰⁾ RODRIGUES, 2013, p. 289.

⁽²¹⁾ Cf. art. 9.º do Decreto-Lei n.º 177/2009, de 04 de Agosto e art. 3.º do regulamento que define os atos profissionais próprios dos médicos, a sua responsabilidade, autonomia e limites, Regulamento n.º 698/2019, de 12 de Julho, da Ordem dos Médicos.

⁽²²⁾ Não se diz exclusiva. Há casos em que a urgência e a falta de outra alternativa podem excepcionar a regra geral e permitir a atuação médica nessa área legalmente demarcada. Nesse sentido,

verso próprio: o das qualificações, que podem ser compreendidas como as especialidades médicas⁽²³⁾, e das competências, que consubstanciam mais um núcleo de habilitação técnico-profissional⁽²⁴⁾.

Diante do exposto, não parece leviano considerar que, se o título de especialista estabelece um âmbito de atuação e a superação deste está, via de regra, vedada, o profissional que não possui tal qualificação e extravasa os limites previstos para o exercício de sua atividade parece atuar sem atender às condições legais estabelecidas. No caso do exemplo, ainda que o médico possa estar efetivamente preparado — através da sua pós-graduação — para os atos que pratica, esta circunstância seria irrelevante para a apreciação da questão.

O resultado da intervenção não se coloca aqui em causa. Se o agente não detém o título ou não reúne as condições legais para o exercício profissional, o sucesso da sua intervenção e até o restauro da saúde do paciente são indiferentes para a resolução do presente problema⁽²⁵⁾.

Há de se ter em conta, no entanto, que a conduta típica requer também que o agente “arrogue-se, expressa ou tacitamente”, possuir o título legalmente exigido ou preencher as condições legais. Isto seria o caso do profissional que alegasse possuir uma especialização ou desse a entender possuí-la — através, por exemplo, da aposição em cartão de visita ou em batas de símbolos que identificam determinadas especialidades médicas ou com a postagem de material (imagem e informações) capaz(es) de induzir terceiros em erro —, mas não parece que se possa afirmar, sem mais, que esta seja a situação retratada no exemplo.

Em princípio, se o profissional apenas assinala a realização de uma pós-graduação, essa informação em nada falseia a verdade e nem parece suficiente para, de pronto, afirmar que o médico se arroga possuir algo que não detém e faz o que não deveria fazer. A apreciação do conjunto de dados disponibilizados pelo médico importa à apreciação da questão e, sendo assim, a análise do conjunto dos elementos postados e das demais informações disponibilizadas pelo profissional ajudam a elucidar a situação.

cf. art. 11, n.º 5 do *Código Deontológico* / Regulamento n.º 707/2016, de 21 de Julho, da Ordem dos Médicos.

⁽²³⁾ Essa conclusão se deve à interpretação conjunta dos artigos 1.º, n.º 1 e 17.º do *Regulamento Geral dos Colégios de Especialidades e de Competências e das Secções de Subespecialidades* / Regulamento n.º 628/2016, de 6 de Julho, da Ordem dos Médicos, os quais se referem às qualificações quando mencionam ou fazem alusão às especialidades médicas.

⁽²⁴⁾ Cf. art. 3.º, c do *Regulamento Geral dos Colégios de Especialidades e de Competências e das Secções de Subespecialidades* / Regulamento n.º 628/2016, de 6 de Julho, da Ordem dos Médicos.

⁽²⁵⁾ Assim também, cf. MONTEIRO, 2001, p. 446.

Não há aqui respostas prontas. Os terceiros sempre podem enganar-se por sua própria falta de informação ou de conhecimento⁽²⁶⁾ e há ainda uma zona cinzenta onde os limites de atuação são pouco claros ou, ao menos, altamente discutíveis. Na prática, pode ser complicado inclusive diferenciar, em alguns casos, se uma determinada medida está fora dos limites de atuação do médico. Isto é, se a intervenção levada a cabo pode ser considerada privativa de uma determinada especialidade ou se pode ser realizada por diversos profissionais com especialidades distintas.

A compreensão do significado e alcance do tipo penal em tela não pode prescindir das diretrizes encontradas na legislação profissional. Elas fornecem as devidas orientações, mas, obviamente, não esclarecem todas as dúvidas e nem sempre permitem indicar claramente as medidas ou os procedimentos privativos de certa especialidade — e tampouco precisam fazê-lo, o desenvolvimento da medicina, a constante necessidade de atualização profissional e a busca do melhor interesse da saúde do paciente parecem razões suficientes para também contraindicar o rígido apelo a um elenco predefinido de medidas.

O cerne da questão não parece estar em escrutinar o leque de atividades restritas a esta ou àquela especialidade, mas sim em determinar se o profissional se arroga deter uma qualificação que não possui e se desempenha um ato próprio de quem a detém. E, este não aparenta ser, como se mostra claro, o caso do exemplo tratado.

Para complicar o exemplo, suponha-se agora que o médico afirma possuir uma especialidade — no correto uso da palavra, isto é, o título de especialista — que efetivamente não detém. Nesse caso, sempre se poderá alegar, por um lado, que ele exerce a profissão — de médico — e, para esta, ele possui, efetivamente, o título e as condições legais exigíveis; mas, por outro lado, se ele se arroga possuir uma titulação que não detém, e pratica os atos a esta correlatos, não se pode dizer que ele preenche as condições para o exercício daquela profissão especializada, que se arroga deter⁽²⁷⁾.

⁽²⁶⁾ Vale observar que, por falta de previsão legal, não há espaço para a punição da negligência. Como sinaliza CRISTINA LIBANO MONTEIRO, “O agente há-de representar e querer — dolo, em qualquer das suas formas — todos e cada um dos elementos da factualidade típica” (MONTEIRO, 2001, p. 448).

⁽²⁷⁾ Com efeito, sem estabelecer diagnósticos genéricos prévios, não se nega que o profissional habilitado para o exercício da medicina possa estar efetivamente apto para a prática dos atos que enuncia. Muito embora a especialidade médica indique um conhecimento a mais, uma presunção de que o indivíduo seja capacitado para o desempenho de determinados atos, nada impede que, na prática, o médico que não detenha a primeira possa estar efetivamente preparado para executar procedimentos correlatos àquela — como no caso do exemplo, através de uma pós-graduação que o qualifique para tanto.

Aqui não se trata de perquirir os limites traçados pelas especialidades ou de sindicar os seus supostos atos privativos. Não é esse o caso. Para os efeitos da discussão travada, importa antes determinar se o médico preenche as exigências legalmente previstas para aquele específico exercício profissional, o que far-se-á com o apelo a normas extrapenais.

No caso do segundo exemplo, resta claro que o profissional em questão possui o título indispensável para o exercício da medicina. Esse médico não detém, no entanto, o título de especialista que alega ter e que se afigura, nos termos do art. 11.º, n.º 1 do *Código Deontológico / Regulamento n.º 707/2016*, de 21 de Julho, necessário para as atividades que desempenha⁽²⁸⁾.

A combinação do art. 11.º, n.º 1 do *Código Deontológico da Ordem dos Médicos / Regulamento n.º 707/2016*, de 21 de Julho⁽²⁹⁾ com o art. 3.º, 1, a)⁽³⁰⁾ e art. 49.º, f) *Estatuto da Ordem dos Médicos / Anexo I*, da Lei n.º 117/2015⁽³¹⁾, de 31 de Agosto e os arts. 2.º e 28.º, n.º 1, da Lei n.º 2/2013⁽³²⁾, de 10 de Janeiro, ajudam esclarecer esta matéria. E, por sua vez, o art. 75.º, n.º 1, do *Estatuto da Ordem dos Médicos / Anexo I*, da Lei n.º 117/2015, de 31 de Agosto, clarifica ser “da única e exclusiva competência da Ordem o reconhecimento da individualização das especialidades, subespecialidades e competências médicas e cirúrgicas, da correspondente qualificação profissional médica, da atribuição do respetivo título de especialista e da autorização para o correspondente exercício”; ao passo que o n.º 2 do mesmo artigo evidencia que apenas os médicos inscritos no quadro de especialistas podem usar o respetivo título⁽³³⁾.

(28) A exceção à regra seria a assistência nos casos de urgência “a pessoas que se encontrem em perigo imediato”, cf. art. 135.º, n.º 6, do *Estatuto da Ordem dos Médicos / Anexo I*, da Lei n.º 117/2015, de 31 de Agosto.

(29) Anteriormente mencionado e transcrito.

(30) De acordo com o preceito legal mencionado, é atribuída à Ordem dos Médicos a tarefa de regular “o acesso e o exercício da profissão de médico”.

(31) Esse dispositivo dispõe sobre a competência para a decisão sobre as propostas de criação ou extinção de especialidades, e a criação de subespecialidades ou competências.

(32) Essa lei estabelece o regime jurídico de criação, organização e funcionamento das associações públicas profissionais — consideradas, nos termos do art. 2.º, como “as entidades públicas de estrutura associativa representativas de profissões que devam ser sujeitas, cumulativamente, ao controlo do respetivo acesso e exercício, à elaboração de normas técnicas e de princípios e regras deontológicas específicos e a um regime disciplinar autónomo, por imperativo de tutela do interesse público prosseguido”.

(33) Vale ainda observar que o art. 5.º, n.º 1, do Regulamento n.º 698/2019, de 12 de Julho, da Ordem dos Médicos, reforça que “[O] médico deve respeitar as qualificações e aptidões que forem reconhecidas pela Ordem dos Médicos”.

A especialização médica pode ser considerada, nesse enquadramento normativo, uma diferenciação técnico-funcional⁽³⁴⁾ ou uma qualificação⁽³⁵⁾ que, nos termos do n.º 1 anteriormente transcrito, confere ao médico a autorização para o exercício de uma determinada especialidade. Ela revela, então, uma condição legal necessária à prática profissional — e que o médico do exemplo, efetivamente, não possui.

A fundamentação legal apresentada parece, então, suficiente para afirmar que o médico não cumpre as condições para o exercício profissional. Se, seguindo a lição de CRISTINA LÍBANO MONTEIRO, só pode ser considerado um ato próprio de uma profissão aquele que “mais ninguém, a não ser quem tenha esse título profissional, está legalmente autorizado a praticar”⁽³⁶⁾, se a Ordem “representa uma longa *manus* do Estado para a regulação de interesses públicos, se este fixa regras para o exercício de determinadas funções ou profissões, com vista a garantir um desempenho de qualidade em áreas que reputa essenciais para a vida comunitária” e “o engano que se pune é um engano funcional, que versa sobre uma qualidade que apenas interessa na exata medida em que possui-la equivalha a um desempenho competente”⁽³⁷⁾; a solução apresentada não parece, de pronto, desarrazoada.

Antes de se chegar a uma conclusão definitiva há de se considerar, todavia, ainda mais um aspecto. A norma penal refere-se a “exercer profissão ou praticar ato próprio de profissão para a qual a lei exige título ou preenchimento de certas condições” e, de fato, a profissão é de médico, e, para esta, o profissional reúne as condições legais (está registado na Ordem), o que ele efetivamente não possui são as condições que a lei exige para a prática de uma determinada especialidade.

Há mais de uma interpretação possível. Considera-se:

- a) como profissão a especialidade (ou, noutras palavras, a profissão especializada), o que, de fato, privilegia e, assim, viabiliza, a proteção da integridade ou intangibilidade do sistema oficial de provimento em profissões de especial interesse público;
- b) que o médico possui as condições necessárias ao exercício da medicina e, portanto, não perfaz a conduta típica, sendo a especialidade irrelevante para o problema;

⁽³⁴⁾ Art. 3.º do *Regulamento Geral dos Colégios de Especialidades e de Competências e das Secções de Subespecialidades* / Regulamento n.º 628/2016, de 6 de Julho, da Ordem dos Médicos.

⁽³⁵⁾ Art. 5.º, n.º 1 do Regulamento n.º 698/2019, de 12 de Julho, da Ordem dos Médicos e art. 4.º, n.º 1, a do Decreto-Lei n.º 177/2009, de 04 de Agosto.

⁽³⁶⁾ MONTEIRO, 2001, p. 447.

⁽³⁷⁾ MONTEIRO, 2001, p. 441.

- c) que a falta da condição para o exercício da profissão de médico, verificada no caso do exemplo, decorre da falta da especialização e, nessa linha de entendimento, o ato (ou um certo conjunto de procedimentos especializados) está vedado para quem não detém a especialização.

A questão apresentada no exemplo dá, portanto, margem a díspares soluções e todas elas têm seus respectivos custos. A segurança buscada, e certamente maximizada, na primeira solução contrapõe-se ao cenário flexibilizado e, de certo modo, particularmente perigoso apresentado na segunda — imagine o caso de um médico que se apresenta como cirurgião cardíaco e leva a cabo intervenções correlatas sem deter a mencionada especialização — e o, aparente, equilíbrio da terceira parece chocar com a árdua tarefa de escrutinar os atos correlato às especialidades, isto é, de determinar as fronteiras que separam os atos comuns aos diversos médicos daqueles atos privativos de determinados especialistas e de afastar uma área cinzenta, constituída por práticas comuns a ambos e por intervenções cuja natureza se mostre altamente discutível.

Nenhuma das opções apresentadas está imune a críticas. Face à alternativa *a*), poder-se-ia argumentar que a interpretação vai além do sentido possível da palavra⁽³⁸⁾, o que abre caminho a uma viva discussão sobre o alargamento do tipo penal, bem como sobre a necessidade de interpretar restritivamente a norma penal⁽³⁹⁾. O caso da letra *b*), que, por sua vez, considera apenas a lei formal (a Lei da AR ou mesmo o Decreto-lei do Governo, sem abranger outras previsões normativas, como o regulamento), permite que se questione o fundamento dessa (atribuída) irrelevância da inobservância das normas extrapenais que, nos moldes previstos pela figura típica, fixam as condições legais para o exercício profissional, o que, de certo modo, fragilizaria ou desatenderia a proteção do bem jurídico; e, por fim, diante da interpretação encontrada na letra *c*), que considera a lei em sentido amplo, poderia se objetar que a solução encontrada alarga o espectro de condutas puníveis, dificulta a pronta identificação — de forma clara, precisa e imediata⁽⁴⁰⁾ — da conduta proibida e, nessa medida, compromete a necessária determinabilidade da norma penal⁽⁴¹⁾.

⁽³⁸⁾ Cf. BRITO, 2008, p. 67, ss.

⁽³⁹⁾ Cf. COSTA, 2002, p. 361.

⁽⁴⁰⁾ Noutro contexto, BRITO, 2016, p. 125.

⁽⁴¹⁾ Cf. DIAS, 2007, p. 186.

As respostas dependerão, assim, dos limites apostos à interpretação, cuja última fronteira se encontra na sua compatibilização com o princípio da legalidade. E, ao fim, no caso da letra *a*) e, sobretudo, no caso da letra *c*), onde nem tudo é preto ou branco, numa área cinzenta em que a atuação médica com e sem especialização se encontram e o grau de especialização requerido para a intervenção parece questionável, restaria ainda como último recurso a aplicação do princípio do “*in dubio pro reo*”⁽⁴²⁾.

2.2. O paciente e a informação partilhada pelo médico

As redes sociais e as ferramentas de comunicação similares proporcionam uma maior aproximação entre o médico, que retrata a sua vivência profissional e, nalgumas situações, também, pessoal, e o público geral. Os próprios pacientes e, por vezes, um número nem sempre claramente determinável de pessoas passam a ter acesso a uma série de informações e imagens abertamente partilhadas sobre práticas, intervenções e tratamentos anteriormente protegidos pelas estruturas hospitalares e consultórios.

Esse cenário apresenta relevantes desafios aos médicos que pretendam partilhar informações sobre procedimentos, tratamentos, intervenções e técnicas médicas efetivamente realizadas. Isto porque, conforme se vê nas dinâmicas relatadas, estas envolvem ainda a veiculação (no todo ou em parte) de imagens ou de informações de um outro sujeito: o paciente, a quem são reconhecidos direitos e cuja intimidade e privacidade encontram guarita no segredo profissional.

A atenção às normas deontológicas e, em especial, ao segredo médico suscita um maior cuidado com o conteúdo da informação a ser partilhada⁽⁴³⁾. O dever de guardar sigilo constitui, como o próprio nome deixa transparecer, uma obrigação do profissional de medicina⁽⁴⁴⁾, que “impõe-se em todas as circunstâncias dado que resulta de um direito inalienável de todos os doentes” e “abrange todos os factos que tenham chegado ao conhecimento do médico no exercício da sua profissão ou por causa

⁽⁴²⁾ Sobre a aplicação desse princípio em matéria probatória, cf. ROXIN, 1997, p. 127.

⁽⁴³⁾ Cf. art. 29.º, ss., do *Código Deontológico* / Regulamento n.º 707/2016, de 21 de Julho, da Ordem dos Médicos.

⁽⁴⁴⁾ Cf. art. 30.º, n.º 3 e art. 31.º, n.º 1, do *Código Deontológico* / Regulamento n.º 707/2016, de 21 de Julho, da Ordem dos Médicos.

dela”^(45/46) — cuja exclusão só é considerada aceitável em situações específicas, “designadamente quando o doente tenha autorizado a revelação dos dados sujeitos a sigilo ou quando for absolutamente necessário à defesa da dignidade, da honra e dos legítimos interesses do doente, do médico ou de terceiros”^(47/48).

O segredo médico constitui, nas palavras de CLAUDIA MONGE, “um símbolo do respeito que o médico deve ter pelo seu paciente”^(49/50). Ele se apresenta, nas palavras da autora, como “um dever do profissional correlativo do direito do paciente à reserva da intimidade da vida privada e do direito à proteção dos dados pessoais” — “uma garantia destes direitos fundamentais na relação em concreto estabelecida entre profissional de saúde e paciente”⁽⁵¹⁾.

A proteção ao paciente e, em especial, à sua privacidade, não se restringe apenas ao âmbito das obrigações deontológicas do profissional de medicina. A relevância da inviolabilidade do segredo profissional atrai também a atenção do Direito Penal, cuja figura tipificada no art. 195.º do CP^(52/53) vem a

(45) Art. 30.º, n.ºs 1 e 2, respectivamente, do *Código Deontológico* / Regulamento n.º 707/2016, de 21 de Julho, da Ordem dos Médicos, e também, o art. 139.º, n.º 2, do Estatuto da Ordem dos Médicos / Anexo I, da Lei n.º 117/2015, de 31 de Agosto.

(46) Nos termos do art. 139.º, n.º 1, do *Estatuto da Ordem dos Médicos* / Anexo I, da Lei n.º 117/2015, de 31 de Agosto, “[O] segredo médico profissional pressupõe e permite uma base de verdade e de mútua confiança e é condição essencial ao relacionamento médico-doente, assentando no interesse moral, social, profissional e ético, tendo em vista a reserva da intimidade da vida privada”.

(47) Art. 32.º do *Código Deontológico* / Regulamento n.º 707/2016, de 21 de Julho, da Ordem dos Médicos e *Preâmbulo do Regulamento de Dispensa de Segredo Profissional* / Regulamento n.º 228/2019, de 06 de Fevereiro, da Ordem dos Médicos (Diário da República n.º 53/2019, Série II, de 2019-03-15).

(48) Nos termos do art. 139.º, n.º 6, do *Estatuto da Ordem dos Médicos* / Anexo I, da Lei n.º 117/2015, de 31 de Agosto, “[E]xclui-se do dever de segredo profissional: a) [O] consentimento do doente ou, em caso de impedimento, do seu representante legal, quando a revelação não prejudique terceiros pessoas com interesse na manutenção do segredo profissional; b) [O] que for absolutamente necessário à defesa da dignidade, da honra e dos legítimos interesses do médico, do doente ou de terceiros, não podendo em qualquer destes casos o médico revelar mais do que o necessário, nem o podendo fazer sem prévia autorização do bastonário; c) [O] que revele um nascimento ou um óbito; d) [A]s doenças de declaração obrigatória”. No mesmo sentido, cf. art. 32.º do *Código Deontológico* / Regulamento n.º 707/2016, de 21 de Julho, da Ordem dos Médicos.

(49) MONGE, 2019, p. 178.

(50) Na perspectiva de CLAUDIA MONGE, “o segredo médico extravasa a proteção da reserva da intimidade da vida privada para abranger também a qualidade das prestações de saúde, o bom funcionamento dos serviços de saúde e própria saúde pública” (MONGE, 2019, p. 180).

(51) MONGE, 2019, pp. 176-177.

(52) COSTA ANDRADE sinaliza que “a incriminação da violação do segredo médico irradia um halo de proteção que se estende a interesses diversificados e heterogêneos” — ela “resulta em proteção de valores ou interesses *supra-individuais*, institucionais ou comunitários” mas também protege “valores ou interesses *individuais-pessoais*, pertinentes à esfera de reserva, privacidade/intimidade e,

punir a revelação arbitrária de segredo alheio, cujo conhecimento se deu em razão da profissão⁽⁵⁴⁾.

A privacidade constitui o bem jurídico protegido pelo tipo penal^(55/56). Todavia, ela somente é protegida “se e na medida em que é mediatizada por um segredo” conhecido em razão do estado, ofício, emprego, profissão ou arte⁽⁵⁷⁾ — essa condição legalmente prevista limita a esfera da proteção da norma⁽⁵⁸⁾.

O segredo compreende, nas palavras de COSTA ANDRADE, aqueles “*factos de que o médico tenha tomado conhecimento em razão da sua actividade profissional, conhecidos de um número limitado e restrito de pessoas e em cuja reserva o titular tenha um interesse razoável e justificado*”⁽⁵⁹⁾. Logo, a revelação pelo médico de que determinado paciente realizou uma consulta ou um tratamento e também dos fatos conhecidos através dessa relação profissional afigura-se, em princípio, subsumível ao citado tipo penal.

mesmo à autodeterminação informacional do indivíduo”, e “não faltam vozes a assinalar o relevo de valores ou interesses de grau intermédio, encabeçados pelos próprios médicos como grupo profissional”, sendo estes de “ordem ‘coorporativas’ como o prestígio da própria ‘classe’ médica” (ANDRADE, 2004, p. 179). Sobre o assunto, cf. ANDRADE, 2012, p. 1119, ss.

⁽⁵³⁾ Nas palavras de HELENA MONIZ, “a manutenção do sigilo médico constitui não só a proteção de um interesse privado, como igualmente de um interesse coletivo” (MONIZ, 2005, p. 224). Assim também, já se pronunciava FIGUEIREDO DIAS sobre a redação, à época vigente, do art. 184.º do Código Penal que tipificava a violação do segredo profissional (DIAS, 1984, p. 66). Sobre a evolução da proteção jurídico-penal, cf. RUEFF, 2009, p. 408, ss.

⁽⁵⁴⁾ HELENA MONIZ sinaliza que “[A] privacidade e o segredo médico são o campo por excelência da actualidade onde a tensão entre as exigências sociais e as individuais assume particular importância” (MONIZ, 2005, pp. 214-215).

⁽⁵⁵⁾ MONIZ, 2004, p. 217, e assim também, MONGE, 2019, p. 206. Na perspectiva de MARIA DO CÉU RUEFF, há dois bens que em simultâneo encontram proteção no tipo em questão: “a reserva da vida privada, por um lado; a inviolabilidade da pessoa humana ou proteção da sua dignidade, através da confiança necessariamente depositada em certos profissionais, por outro” (RUEFF, 2011, p. 32).

⁽⁵⁶⁾ No presente enquadramento legal, como salienta COSTA ANDRADE, “todo se conjuga no sentido da prevalência ou do primado da dimensão pessoal-individual” do bem jurídico, “da elevação da privacidade à categoria de bem jurídico típico do crime do art. 195.º” (ANDRADE, 2012, p. 1123) — conclusão essa que “não postula o silenciamento dos valores ou interesses comunitários e institucionais, e, por vias disso, **supra-individuais**” (ANDRADE, 2012, p. 1125, grifo do autor).

⁽⁵⁷⁾ ANDRADE, 2012, p. 1124. Vale observar que, num tempo em que qualquer tipo de informação parece capaz de, mais cedo ou mais tarde, tornar-se do conhecimento público (ABREU, 2019, p. 213), os problemas ora tratados podem surgir também no contexto de outras atividades e profissões que sejam igualmente obrigadas a guardar sigilo. A título de exemplo, é possível citar o caso dos advogados — sobre o assunto, cf. ABREU, 2019 —, dos psicólogos, dos peritos judiciais, dos ministros de religiões e dos contabilistas.

⁽⁵⁸⁾ Como bem assevera MARIA DO CÉU RUEFF, “o nexó causal entre o segredo e a profissão” revela-se “essencial ao delito de violação de segredo constante do art. 195.º do Cód. Penal”. RUEFF, 2009, p. 475.

A revelação não consentida do segredo do paciente há de ser, para os efeitos ora tratados, ainda dolosa. A negligência não se afigura punível, mas tampouco parece pouco provável (não é certamente impossível) de ocorrer nesse cenário — este caso poderia ser representado, a título de exemplo, por uma publicação errônea, em que a imagem ou a informação foi postada equivocadamente por imperícia no manejo das ferramentas de comunicação.

Além disso, o segredo revelado deve pertencer, no contexto apresentado, ao paciente, cujas informações foram arbitrariamente publicadas. Assim, não se poderá falar em violação de segredo se a informação divulgada não permite identificar o paciente, ou se o médico repostou uma informação notoriamente pública — noticiada pela comunicação social e de conhecimento geral — ou que o próprio paciente divulgou e postou para uma audiência irrestrita e, portanto, não limitada⁽⁶⁰⁾. Essas condutas são, desde logo, atípicas — e, no que diz respeito ao último exemplo, se a própria pessoa não quer manter determinado fato em segredo, não há razão para se impor a reserva das informações.

A situação muda de figura, e não se pode afirmar, desde já, a atipicidade da conduta, se o paciente apenas divulgou as suas informações para determinadas pessoas — para um número reduzido/controlado ou controlável de indivíduos⁽⁶¹⁾ — e a postagem médica tornou a informação pública. Essa comunicação limitada do paciente não determina a extinção do segredo⁽⁶²⁾, que se encontra, nos moldes da vontade do seu titular, conhecido apenas por determinadas pessoas⁽⁶³⁾.

No presente contexto, é o paciente quem decide “se, como, durante quanto tempo e perante quem sobrevive, se e quando morre” o segredo⁽⁶⁴⁾. Ele mesmo pode divulgar as suas informações ou, como uma manifestação de sua autonomia, consentir com a revelação do segredo — acordo⁽⁶⁵⁾ esse

⁽⁵⁹⁾ ANDRADE, 2004, p. 184, itálico do autor.

⁽⁶⁰⁾ Não se pode considerar segredo o fato que “atinge o *limiar da publicidade*”, que “se torna conhecido (ou facilmente acessível a) de um número indeterminado e incontrolável de pessoas” (ANDRADE, 2012, p. 1128).

⁽⁶¹⁾ ANDRADE, 2012, p. 1127.

⁽⁶²⁾ Cf. ANDRADE, 2012, p. 1127.

⁽⁶³⁾ Na lição de COSTA ANDRADE, o segredo envolve “*um facto (ou conjunto de factos) apenas conhecido de um círculo determinado (e, em princípio restrito) de pessoas e em relação ao qual aquele a cuja esfera pertence tem a vontade, assente num interesse razoável de que ele continue apenas conhecido daquele círculo ou (para além do círculo) de quem ele decidir*” (ANDRADE, 2012, p. 1126, itálico do autor).

⁽⁶⁴⁾ ANDRADE, 2004, p. 181.

⁽⁶⁵⁾ Fala-se em acordo, na medida em que, como assevera COSTA ANDRADE, em caso de comunicação livremente consentida do segredo não faz sentido falar de lesão do bem jurídico — e referen-

que, para ser válido e eficaz, requer uma representação correta do seu sentido e alcance, daquilo que consente e a quem consente⁽⁶⁶⁾.

Diante destes limites, a revelação pode ser considerada típica mesmo quando feita a pessoas do círculo profissional médico. É o que sucede, por exemplo, no caso de um médico compartilhar, por mero entretenimento, num grupo de *whatsapp* ou numa rede social com os seus pares (que não participaram e nem colaboraram com o atendimento)⁽⁶⁷⁾, informações, de que teve conhecimento em razão do seu exercício profissional, sobre um paciente que não consentiu com essa revelação⁽⁶⁸⁾.

O cenário apresentado já seria, por si só, bastante para justificar que a criação de uma página de uso pessoal pelo profissional de medicina, que tenha por fim veicular informações relativas à sua atividade, deva observar alguns cuidados. No entanto, as postagens de imagens e vídeos do paciente merecem uma atenção acrescida.

Imagine o seguinte caso, (a) um paciente, com a conta de *instagram* no modo privado, publica para alguns dos seus seguidores, incluindo o seu médico, em seu *stories*, um relato sobre o procedimento realizado e o profissional resolve repostar sem o consentimento do paciente. Nessa hipótese, o médico extravasa o círculo delimitado pelo paciente, de conhecedores do segredo, e reposta tais dados para terceiros, perfazendo a conduta tipificada no art. 195.º do CP.

Agora, a partir da mesma situação acima, considere que (b) a conta do paciente é pública e o médico se limita a repostar as imagens e vídeos do seu paciente, sem lhe solicitar permissão para tanto. E, por último, suponha que (c) o médico filme conversas, ou parte das mesmas, numa consulta, ou até mesmo esta última ou um tratamento ou intervenção, com o consentimento do paciente, e poste para terceiros sem o consentimento do indivíduo submetido aos cuidados.

Na situação da letra (b) não se pode falar em segredo porquanto o próprio paciente divulgou suas informações para um número irrestrito de

ciar um ofendido —, esse fato “pode mesmo representar a forma positiva e mais autêntica de afirmação e realização do bem jurídico” (ANDRADE, 2004, p. 202).

⁽⁶⁶⁾ Cf. ANDRADE, 2004, p. 202.

⁽⁶⁷⁾ A partilha de informações pode ocorrer no âmbito da assistência, quando outros profissionais de saúde estão envolvidos no cuidado prestado ao paciente. Esta situação é, como sinaliza MARIA DO CÉU RUEFF, “cada vez mais frequente dadas as situações de coletivização dos meios técnicos e criação de sistemas nacionais de saúde, que proporcionam o trabalho em equipe dos médicos” (RUEFF, 2009, p. 494).

⁽⁶⁸⁾ Cf. ANDRADE, 2012, p. 1134. Em postagens em redes sociais, não parece haver alguma razão para não se consultar o paciente sobre o seu acordo com a divulgação da informação ou das imagens. Logo, no espectro de situações que o presente estudo sugere, não se vislumbra o caso de acordo presumido (cf. ANDRADE, 2004, p. 207, ss., e ANDRADE, 2012, p. 1152, ss.).

pessoas e, livremente, decidiu revelar, sem margens ou condições, as suas informações pessoais. No entanto, o mesmo não se pode dizer das demais situações (a) e (c), pois em ambas a arbitrária revelação do segredo parece patente.

Imagine então o mesmo caso com a condicionante apresentada na letra (b), mas o paciente somente se filma sentado, falando coisas corriqueiras e nada sobre onde está ou o que vai fazer. O lugar está inidentificável e apenas se vê uma cadeira comum e o rosto do paciente que fala, por exemplo, sobre o tempo; mas o seu médico reposta a visita do paciente à sua clínica, por exemplo, agradecendo a confiança.

Nessa conjuntura, o *repost* ofereceu novas informações a terceiros⁽⁶⁹⁾. A publicação deu a conhecer onde o indivíduo estava e que ele esteve sob atendimento de um determinado médico, dados que não foram divulgados pelo próprio paciente e que, até então, se mantinham sob segredo. A anterior publicação do paciente não torna o fato público e, como a revelação se dá apenas com o *repost* do profissional de medicina, não parece possível afastar, desde já, a violação do segredo.

Os elementos presentes no último exemplo tampouco permitem afirmar a existência de um acordo, mesmo que tácito, do paciente. A revelação realizada pelo médico alarga arbitrariamente o conjunto de pessoas que passam a ter conhecimento do fato coberto pelo segredo profissional, e, assim sendo, os destinatários da sua comunicação passam a conhecer fatos que antes não conheciam⁽⁷⁰⁾.

A violação do segredo pode se dar também através de publicações — do tipo — de “antes e depois”, comuns, principalmente, no campo dos procedimentos e intervenções estéticas. Suponha, por exemplo, que as fotografias tiradas durante as consultas sejam postadas sem o consentimento do paciente e/ou que sejam arbitrariamente divulgados os resultados alcançados num paciente identificável⁽⁷¹⁾ — situações essas que ajudam também a reforçar as contraindicações dessa prática⁽⁷²⁾.

⁽⁶⁹⁾ O segredo médico, como sinaliza COSTA ANDRADE, “abrange não só o tipo de tratamento sofrido pelo paciente mas também que ele foi tratado ou apenas que visitou o médico, o psicólogo, o serviço de prevenção e tratamento de toxicod dependência, o psiquiatra, o ginecologista, etc.” (ANDRADE, 2012, p. 1127).

⁽⁷⁰⁾ ANDRADE, 2012, p. 1134.

⁽⁷¹⁾ Isto inclusive se o paciente com a conta de *instagram* no modo *privado* publica para alguns dos seus seguidores, incluindo o médico, em seu *stories*, as imagens de como era antes e como ficou depois de um determinado procedimento estético e o profissional reposta as imagens sem o consentimento daquele.

⁽⁷²⁾ Essa espécie de publicação apresenta ainda outras contraindicações. Para além da possibilidade das imagens serem, intencionalmente ou não, alteradas e melhoradas, de certos detalhes serem

3. Considerações finais

O olhar sobre plataformas virtuais para a interação social permite que se observe uma série de situações potencialmente capazes de se subsumirem a uma moldura penalmente típica. Algumas destas suscitam, por sua vez, questões quanto à relevância penal das condutas perpetradas pelo profissional de medicina que atua ativamente em redes e plataformas sociais.

A impossibilidade, óbvia, de se prever todos os modelos comportamentais capazes de atentar contra bens jurídicos particularmente caros ao direito penal contraindica, de pronto, um *check-up* completo da matéria. E, assim, compromete qualquer pretensão de se realizar uma análise taxativa e exaustiva desse cenário.

O vasto teor de informações e as inúmeras espécies de imagens passíveis de serem compartilhadas incitam a restrição do enfoque a questões mais prementes e que parecem evidenciadas pela criação e gestão de perfis, em plataformas virtuais, com conteúdo profissional. A participação do médico em redes sociais através da partilha de informações sobre a sua prática diária parece ter como ponto comum — geralmente presente e inquestionavelmente evidente — a divulgação de dados sobre si próprio e sobre as suas realizações profissionais, as quais, em geral, envolvem mais um indivíduo, designadamente, o paciente que se coloca sob seus cuidados.

A multiplicidade de interações possíveis não impede que se note alguns elementos que se afiguram comuns a essa espécie de partilha de informações e imagens de natureza médica. E, nesse contexto, a preocupação com a veracidade e o teor das informações partilhadas pelos médicos, que se faz sentir presente nas diretrizes profissionais, e, em último termo, na tutela jurídico-penal aplicável e perfeitamente ajustável a esse cenário, ajuda a cingir a análise a algumas situações pontuais evidenciadas por esse particular contexto.

A possibilidade de a postagem médica ilustrar atentados ao desempenho de qualidade dessa profissão, essencial para a vida comunitária, e mesmo à privacidade do paciente, que se vê personagem ou figurante da história médica compartilhada com terceiros, não parece de todo desarra-

realçados ou alterados por *softwares* de imagem ou por recursos de luz, mesmo num melhor cenário, quando não permitem identificar o paciente e se cercam dos melhores cuidados, elas podem ser tidas como capazes de criar falsas necessidades de consumo, como estratégias de autopromoção do profissional ou, ainda, suscetíveis de serem consideradas como garantia de resultados ou como publicidade enganosa — práticas essas vedadas pela Ordem dos Médicos (art. 56.º do *Código Deontológico* / Regulamento n.º 707/2016, de 21 de Julho, da Ordem dos Médicos).

zoada. Ela atrai, portanto, o enfoque e permite sinalizar as possíveis questões jurídico-penais que podem advir desse contexto.

Logicamente que, diante de tantas particularidades e do panorama normativo aplicável, não se pretende avançar respostas definitivas, nem realizar diagnósticos genéricos sobre o uso das redes sociais pelos profissionais de medicina. A proposta teve mais modesta pretensão. Ela teve por objeto, tão somente, sinalizar e analisar alguns comportamentos centrais, passíveis de ocorrer nas plataformas para a partilha social de dados, que se revelam potencialmente capazes de se subsumir a uma moldura penalmente típica.

As normas legais se aplicam, obviamente, dentro e fora do cenário virtual, e, em último termo, há de se ter em conta que a faculdade de postar nem sempre atrai somente *likes* e *seguidores* para o profissional de medicina que decide interagir com terceiros. Ela pode trazer consequências que extravasam o cenário virtual dessas plataformas e que se revelam no campo jurídico-penal, mas cuja afirmação, ao fim, sempre depende de um exame do caso concreto, das peculiaridades de cada situação particularmente individualizada.

Bibliografia

- ABREU, LUÍS VASCONCELOS, *O segredo do advogado no direito profissional: alguns aspetos*, in GOMES, CARLA AMADO/NEVES, ANA F./LOMBA, PEDRO (coord.). *Os Segredos no Direito*, Lisboa: AAFDL Editora, 2019.
- ANDRADE, MANUEL DA COSTA. *Direito Penal Médico. Sida: Testes Arbitrários, Confidencialidade e Segredo*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
- ANDRADE, MANUEL DA COSTA, Art. 195.º, in Dias, Jorge de Figueiredo (dir.). *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Parte Especial, Tomo II, Artigos 131.º a 201.º, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2012.
- BRITO, TERESA QUINTELA DE, *O princípio da legalidade como parâmetro de interpretação das normas penais na doutrina portuguesa*, «Anatomia do Crime», Coimbra, n.º 8, pp. 39-85, 2008.
- , *Crimes contra animais: os novos Projetos-Lei de Alteração do Código Penal*, «Anatomia do Crime», Coimbra, n.º 4, pp. 95-131, 2016.
- COSTA, JOSÉ DE FARIA, *Construção e interpretação do tipo legal de crime à luz do princípio da legalidade: duas questões ou um só problema?*, «Revista de Legislação e de Jurisprudência», Coimbra, Ano 134, n.º 3933 (Abril 2002), pp. 354-366, 2002.
- DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO, *Responsabilidade médica em Portugal*, «Boletim do Ministério da Justiça», Lisboa, n.º 332, Janeiro, pp. 21-79, 1984.
- , *Direito Penal — Parte Geral — Tomo I, Questões Fundamentais a Doutrina Geral do Crime*, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
- MONGE, CLÁUDIA, *O segredo médico*, in GOMES, CARLA AMADO/NEVES, ANA F./LOMBA, PEDRO (coord.), «Os Segredos no Direito», Lisboa: AAFDL Editora, 2019.
- MONIZ, HELENA, *Privacidade e comunicação intrafamiliar de informação genética*, «Revista Portuguesa de Ciência Criminal», Coimbra, Ano 14, n.ºs 1-2, Jan.-Jun. 2004, pp. 213-237, 2004.
- MONTEIRO, CRISTINA LÍBANO, Art. 358.º, in DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO (dir.). «Comentário Conimbricense do Código Penal», Parte Especial, Tomo III, Artigos 308.º a 386.º, Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
- RODRIGUES, ÁLVARO DA CUNHA GOMES, *A Negligência Médica Hospitalar na Perspectiva Jurídico-Penal*. Coimbra: Almedina, 2013.
- ROXIN, CLAUS, *Derecho Penal Parte General. Tomo I Fundamentos. La Estructura De La Teoría del Delito* (traducción a la 2.ª edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Míquel Días y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal), Madrid: Thomson Civitas, 1997.
- RUEFF, MARIA DO CÉU, *Violação de segredo em medicina*, «Acta Médica Portuguesa», Lisboa, II Série, Vol. 23, n.º 1, Jan.-Fev. 2010, pp. 141-147, 2010.
- , *O direito ao sigilo e a infeção VIH/SIDA no ambiente hospitalar*, «Lex Medicinæ», Coimbra, Ano 8, n.º 16, 2011, pp. 25-36, 2011.
- , *O Segredo Médico como Garantia de Não-Discriminação. Estudo de caso: HIV/SIDA*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

O CONTRATO DE TRABALHO A TERMO E O CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE — ALTERAÇÕES AO CÓDIGO DO TRABALHO(*)

Por Glória REBELO⁽¹⁾

SUMÁRIO:

1. O propósito de redução da precariedade e a Constituição da República Portuguesa. 2. As alterações ao regime do contrato de trabalho a termo. 3. As alterações ao regime do contrato de trabalho intermitente. 4. Considerações finais. Bibliografia.

1. O propósito de redução da precariedade e a Constituição da República Portuguesa

Em 2018, no âmbito de um propósito de “combater a precariedade, reduzir os níveis de segmentação do mercado de trabalho e promover um maior dinamismo da negociação colectiva” e considerando que “a incidência excessiva de relações laborais precárias fragiliza a estabilidade e a segurança laboral, as perspectivas de progressão na carreira e os rendimentos dos trabalhadores, em especial dos mais jovens, e prejudica igualmente os níveis de competitividade e produtividade de cada empresa e da

(*) Texto adaptado de comunicação apresentada no Colóquio Internacional de Direito do Trabalho, intitulado “As recentes alterações ao Código do Trabalho”, realizado a 17 de Outubro de 2019, no ISCTE-IUL.

(1) Professora Associada na ULHT e Investigadora Integrada no Dinâmia-CET do ISCTE-IUL.

economia no seu conjunto, com consequências negativas na sustentabilidade financeira do sistema de Segurança Social”⁽²⁾, o Governo — através da Proposta de Lei n.º 136/XIII — apresentou um conjunto de alterações ao Código do Trabalho.

Como tem sido reconhecido, a precariedade laboral é um fenómeno complexo — com contornos económicos, sociais e jurídicos — que sugere a ideia de emprego transitório, instável, inseguro (LEITE, 1990; REDINHA, 1998; REBELO, 2002a). Inserida num vasto movimento de flexibilização do mercado de trabalho, está associada à procura de flexibilização laboral e, sobretudo, à redução de custos do factor trabalho. A sua expressão — muito reduzida nos anos 1950 e 1960, com a consolidação do modelo contratual baseado na contratação por tempo indeterminado e a tempo completo — é actualmente significativa. De facto, desde o início da década de 1970 — quando surgiu o primeiro choque petrolífero e os problemas de emprego se agravaram a nível internacional — que assistimos a uma expansão da precariedade laboral, tendo o fenómeno reemergido nos anos 1980 e 1990 sob novas formas (BELOUS, 1989; GALLIE, 1989; FOURCADE, 1992; APPAY, 1997). O termo flexibilidade apresenta, em geral, contornos ambíguos, sendo utilizado para designar realidades muito diversas (REBELO, 1998; REBELO, 2002a; REBELO 2004). A globalização, a incerteza dos mercados, a concorrência internacional e as mutações tecnológicas e sociais constituem factores envolventes de acrescida exigência para as organizações. Entende-se assim que as organizações são “flexíveis” quando apresentam um grande número de configurações potenciais a que podem recorrer rapidamente e quando dispõem de sobrecapacidades — que podem estar ligadas aos produtos, aos processos ou às estruturas — para fazer face às numerosas expectativas — conhecidas e desconhecidas, existentes ou criadas — dos consumidores (LYON-CAEN, 1985; BOYER, 1986; BRUNHES, 1989; LYON-CAEN & URBAN, 2008). É por esta razão que, no início deste século, a flexibilidade adquire um lugar central nas teorias de gestão e no discurso político e económico (REBELO, 2004a, pp. 23-32).

Inserido nas tendências globais, a evolução do trabalho flexível sugere que a expansão da precariedade laboral faz parte de um conjunto de transformações socioeconómicas: os mercados de trabalho estão a tornar-se mais segmentados, e estas mudanças têm profundas implicações ao

(2) Conforme enunciado da Proposta de Lei n.º 136/XIII e apresentando aos Parceiros Sociais com assento na Comissão Permanente de Concertação Social um conjunto de propostas de medidas de política que visam reduzir a segmentação e a precarização das relações laborais e promover a negociação colectiva.

nível das desigualdades sociais. Como reconhecem diversos estudos, o fenómeno da precariedade laboral está relacionado com os movimentos globais que estruturam a economia mundial (e as nacionais) conducentes à flexibilização do modelo de trabalho assalariado (construído em torno da regra contratual do contrato de trabalho por tempo indeterminado) pelo que, nos estudos realizados acerca deste fenómeno, a identificação destes factores estruturantes tem-se apresentado determinante para compreender o conjunto multifacetado da precariedade (CARRE, 1998; FELSTEAD e JEWSON, 1999; TREPOS, 2000; BOY, 2003). Além disso, assiste-se, por um lado, ao fortalecimento de grandes grupos empresariais de carácter internacional, que actuam mediante redes de cooperação assegurando a sua capacidade competitiva e, por outro, à alteração da estrutura dos mercados, que se segmentam (REBELO, 2005). A questão é a de saber até que ponto as sociedades podem continuar a assegurar uma existência socialmente segmentada (REBELO, 2002*b*) e é neste sentido que podemos, então, falar do risco de evolução de uma sociedade onde de uma situação de emprego estável (marcada pela ideia progressão na carreira) se passa a outra, caracterizada pela instabilidade, com inconvenientes sociais: empregos de duração provisória e instável, com horários irregulares, empregadores múltiplos (sucessivos ou simultâneos), com rendimentos variáveis (REBELO, 2002*a*; OCDE, 2015, REBELO, 2017*b*; REBELO, 2018).

Ao longo das últimas três décadas vários foram os estudos e debates desenvolvidos por organizações e investigadores sobre o fenómeno da precariedade, que permitiram obter abundante informação que, posteriormente, possibilitou também o conhecimento, de forma mais clara, da sua origem, da sua natureza e da sua evolução (CALLAGHAN e HARTMANN, 1991; FAGAN, *et al.*, 1995; CARRE, 1998; FARBER, 1999; STAMFORD, 2000; Eurofound 2009; ILO 2012; ILO, 2013; ILO, 2016*c*).

E se, nestes estudos, a precariedade emerge como um termo “guarda-chuva”, as diversas análises apresentam um aspecto comum: quer na análise jurídica, quer na análise sociológica, o fenómeno da precariedade surge-nos como antitético da ideia de estabilidade ou da segurança no emprego (LEITE, 1990; REDINHA, 1998; EVERAERE, 1999; FELSTEAD, 1999; REBELO 2002*a*; REBELO, 2003). Assim, no nosso trabalho de doutoramento ensaiámos a seguinte definição de precariedade laboral: actividade humana de carácter provisório ou não duradouro, consistindo no exercício de uma função heterónoma ou na prestação de um serviço autónomo (trabalho independente), com utilidade social e valor económico, cuja estabilidade se encontra condicionada quer por factores objectivos de trabalho (v.g., dimensão e/ou robustez financeira da empresa), quer por factores subjectivos (v.g.,

formas de contratação não duradouras e/ou impostas por ausência de alternativa no mercado de trabalho, como o subemprego (REBELO, 2002a). Podemos afirmar que a precariedade resulta de um conjunto de circunstâncias que tendencialmente fragilizam o vínculo da relação laboral, designadamente no que respeita ao exercício das condições de trabalho e, em fase patológica da relação, à consequente resposta do trabalhador (LEITE, 1990). Além disso, o enquadramento da precariedade da actividade laboral vai para além da delimitação jurídica, adquirindo uma dimensão marcadamente socioeconómica, uma vez que se considera precária toda a situação de trabalho em que a probabilidade de um trabalhador ser constrangido a mudar é significativa, assente na ideia de instabilidade laboral (REBELO, 2002a). Certas abordagens descrevem o fenómeno da precariedade a partir da natureza do vínculo jurídico, contudo a precariedade laboral não se resume à multiplicação de estatutos jurídicos abrangendo, igualmente, situações em que os trabalhadores são titulares de um contrato por tempo indeterminado e se vêem confrontados com períodos de inactividade ou mesmo de desemprego (REBELO, 2004a).

Além de polissémico, o conceito de precariedade apresenta um carácter multidimensional que justifica uma abordagem global e pormenorizada capaz de estabelecer algumas contraposições conceptuais imprescindíveis para uma análise mais aprofundada do fenómeno (REBELO, 2002e). Em trabalhos anteriormente publicados, tivemos a oportunidade de propor uma tipologia para a precariedade laboral assente nos seguintes dualismos: por um lado, precariedade subjectiva *versus* precariedade objectiva, e por outro lado, a precariedade legal *versus* precariedade ilegal (REBELO, 2002b). Desde logo, a precariedade subjectiva — por oposição à objectiva — traduz o fenómeno genérico de fragilização do estatuto do emprego e manifesta-se através de uma pluralidade de situações de contratação e de cessação laboral tendencialmente precarizantes (relativas a trabalho subordinado e não subordinado) resultantes das políticas de flexibilização dos recursos humanos (por exemplo, contratos a termo), ou trabalhadores com remuneração insuficiente (trabalho a tempo parcial quando involuntário) (REBELO, 2002d). Já a precariedade objectiva refere-se à situação de precariedade do mercado de trabalho em geral e, em particular, de um determinado posto de trabalho tendo em consideração a dimensão e solidez financeira das empresas que compõem o tecido empresarial de um país. Este tipo de precariedade resulta precisamente da instabilidade e incerteza que caracteriza, sobretudo, o posicionamento das microempresas e das pequenas empresas que actuam no mercado, sobretudo à taxa de mortalidade das microempresas e pequenas empresas, tão ou mais significativa do que a

precariedade jurídica (REBELO, 2002a). Inserido nesta tendência de flexibilização, o modelo tradicional de contratação individual — contrato de trabalho por tempo indeterminado e a tempo completo — cedeu espaço aos contratos de trabalho atípicos provisórios (contratos de trabalho a termo e contratos de trabalho temporário)⁽³⁾, tendo o processo de flexibilização, iniciado com as leis de 1989⁽⁴⁾ e prosseguido ao longo da década seguinte, em resultado do Acordo Económico e Social de 1990⁽⁵⁾, também com a consagração, em 1999 mediante a Lei n.º 103/99, de 26 de Julho, do regime do contrato de trabalho a tempo parcial.

Como recentemente reconhece o *Livro Verde sobre as Relações Laborais 2016*, em Portugal o movimento de “flexibilização” foi-se impondo, permitindo a expansão de diversas modalidades de trabalho (DRAY, 2016, pp. 164-165), gerando um problema de segmentação do mercado de trabalho⁽⁶⁾. E porque um dos desafios fundamentais que se coloca ao nível do mercado de trabalho em Portugal é o de conjugar flexibilidade com segurança, é fundamental compreender que é necessário valorizar uma gestão que repouse num conjunto de práticas que promovam este equilíbrio nas empresas. Desde logo porque, como defende ABRANTES, a relação laboral “é uma relação de poder-sujeição, em que a liberdade de uma das partes é susceptível de ser feita perigar pelo maior poder económico e social da outra. O trabalhador e o empregador são sujeitos de um contrato *sui generis*, que alicerça essa relação à qual a sua liberdade e a sua dignidade se podem encontrar em perigo face ao poder económico do outro contraente” (ABRANTES, 2017, p. 767).

(3) Com a introdução da LCCT (DL n.º 64-A/89, de 27 de Fevereiro) que estabeleceu o regime de cessação dos contratos de trabalho e da contratação a termo.

(4) Acerca destas alterações em Portugal, Lobo Xavier considera que nesta altura o Direito do Trabalho se tornou “muito mais aberto aos interesses gerais, à economia” (LOBO XAVIER, 1990, p. 132) e, ainda, Reis, Sousa Santos e Leitão Marques, advogando que a “retracção do Direito do Trabalho na tutela da segurança no emprego (concomitante à sua expansão na tutela da precariedade) está directamente relacionada com as transformações da relação salarial, sendo essencialmente produto de duas situações: a desintegração jurídica do colectivo de trabalhadores dentro da mesma empresa e a desintegração jurídica (e física) da empresa (...)” (REIS, SOUSA SANTOS E LEITÃO MARQUES, 1990, p. 151).

(5) Sobre a importância deste Acordo Económico e Social de 1990, FURTADO MARTINS, 1993, p. 117, ss.

(6) E, como já tivemos a oportunidade de salientar, “esta precarização — associada quer ao aumento do recurso a contratos não permanentes quer a contratos a tempo parcial — está no só a deteriorar o exercício das condições de trabalho de quem tem emprego, como a impedir que se estanque os fluxos de saída dos jovens para o estrangeiro”, tanto mais que o *Livro Verde Sobre as Relações Laborais 2016* “analisa a evolução da emigração referindo que (...) só entre 2011 e 2015, entre emigração permanente e temporária (...) saíram do país mais de 586 mil pessoas.” (REBELO, 2017b, p. 175).

Ora, considerando o texto da Constituição da República Portuguesa (CRP), a dignidade da pessoa humana deve ser considerada “a referência axial de todo o sistema de direitos fundamentais” (MIRANDA e MEDEIROS, 2010, p. 82) e as pessoas devem ser reconhecidas como o fim de um Estado de Direito Democrático (MIRANDA e MEDEIROS, 2010, pp. 78-81), sendo este propósito crucial para a afirmação de justiça social, pois se há valor cuja prossecução não pode ser confiada ao mercado, esse valor é a dignidade da pessoa humana. Até porque, como refere José João Abrantes, a defesa dos mais frágeis deve ser uma das principais funções — se não mesmo a principal — de um Estado de Direito Democrático, em consonância com os ideais humanistas, particularmente na sociedade desigual em que vivemos (ABRANTES, 2015, p. 20).

É preciso realçar que o Direito do Trabalho é um ramo do Direito que tem como aspecto crucial a afirmação da dignidade social do trabalhador na empresa. Nesta medida, desde o final do século XIX que a noção de subordinação jurídica confere especificidade ao Direito do Trabalho, ramo de direito desde sempre profundamente marcado por uma dimensão social (REBELO, 2018). Como salienta Monteiro Fernandes, o Direito do Trabalho tem a função de promover a realização “no domínio das relações laborais, de valores e interesses reconhecidos como fundamentais na ordem jurídica global” (MONTEIRO FERNANDES, 2014, p. 25). Como refere Abrantes, a história do Direito do Trabalho “é a história da progressiva protecção jurídica dos trabalhadores face aos empregadores, uma vez que este ramo do Direito surge como reacção à “insensibilidade social” do Direito Civil (ABRANTES, 2017, p. 768). Como advoga Abrantes, “um dos valores que aparece então é a protecção do contraente débil, que tem momentos diferenciados. Se, numa primeira fase, a debilidade contratual é encarada apenas como característica individual do contraente, mais tarde ela passa a ser vista como característica de certas categorias de contraentes” (ABRANTES, 2017, p. 770).

Historicamente o Direito do Trabalho emergiu como um ramo de Direito capaz de compensar uma relação estruturalmente assimétrica entre trabalhador e empregador, através da necessidade de regular as condições de trabalho, mas a verdade é que, nas últimas décadas, assistiu-se ao acentuar de um processo de flexibilização da legislação laboral (REBELO, 2003, pp. 79-141). O que se verifica é que o recurso ao contrato de trabalho a termo, ao trabalho temporário e ao contrato de trabalho a tempo parcial se tornou um modo de gestão entendido como adaptado a uma preocupação em reduzir custos salariais (REBELO, 2004a, pp. 127-134). E o que se constata é um aumento do recurso a este tipo de contratos, incrementando a precariedade laboral e, em consequência, acentuando desigualdades sociais.

Referencia José João Abrantes que a evolução recente dos sistemas juslabo-rais tem sido “marcada por uma inflexão significativa no domínio da afirmação e salvaguarda das liberdades individuais quadro da prestação de trabalho subordinado” pelo que — como também sublinha este autor — “se torna necessária uma mudança de atitude, com vista a uma adequada tutela daquele que é, sem quaisquer dúvidas, o valor principal do ordenamento jurídico, a dignidade da pessoa humana (...)” (ABRANTES, 1999, p. 109).

De salientar que, para a Organização Internacional do Trabalho (OIT) as modalidades de emprego “fora do padrão”(7) desenvolvem-se, sobretudo, nos países em desenvolvimento com baixos rendimentos, mas também emergem nas economias industrializadas (ILO, 2016c, p. 7), especialmente em empregos associados à “gig economia” (ILO, 2016c, p. 39). A classificação do “emprego fora do padrão” considerada neste relatório segue as conclusões da Reunião de Peritos da OIT de Fevereiro de 2015 sobre formas de emprego atípicas(8). Por exemplo, o emprego temporário pelo qual os trabalhadores são contratados por um período específico de tempo inclui contratos a termo, por projecto ou por tarefa, além de trabalho sazonal ou casual. Para a OIT (ILO, 2016c, pp. 7-8), “trabalho casual” é o engajamento de trabalhadores num prazo muito curto ou ocasional e intermitente, geralmente por um número específico de horas, dias ou semanas, em troca de um salário estabelecido pelos termos do contrato de trabalho periódico, sendo que — de acordo com a OIT — os contratos de trabalho a termo, na maioria dos países, são regulados por disposições legais específicas sobre a duração máxima do contrato, o número de renovações e os motivos válidos para a sua celebração. As mudanças socioeconómicas levam a uma nova reflexão sobre como abordar as lacunas na protecção legal e social decorrentes da distribuição das funções tradicionalmente concentradas num modelo de contrato e num único empregador. Além disso, atendendo à profusão de novos vínculos contratuais, essas mudanças conduzem a novas leituras “da maioria das definições iniciais de trabalhador assalariado”, exigindo uma reflexão sobre como abordar as lacunas na legislação e sobre protecção social decorrente da desintegração da empresa verticalmente integrada (ILO, 2016c, p. 12).

(7) Acerca destas formas de emprego: ILO (2016), *Non-standard employment around the world — Understanding challenges, shaping prospects*, International Labour Office — Geneva: ILO. (disponível em <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_534326.pdf>).

(8) ILO (2015), *Conclusions of the Meeting of Experts on Non-Standard Forms of Employment*, disponível em: <http://www.ilo.org/gb/GBSessions/GB323/pol/WCMS_354090/lang--en/index.htm>.

E a OIT, nesta matéria, considera três eixos de análise: em primeiro lugar, a relação de emprego faculta “segurança no emprego e rendimento”, garantindo a estabilidade contratual e, na maioria das jurisdições, exigindo razões válidas para o despedimento. As múltiplas funções da relação de trabalho e a segurança do rendimento estabelecem as diferenças entre o “emprego padrão” (com horário definido e duração ilimitada e, portanto, um rendimento estável) e as formas de “emprego atípico” (*non standard employment*), onde o horário é variável e/ou onde não há expectativa de continuar o trabalho. Ao estabelecer uma relação de emprego, a relação jurídica é regulada por meio de leis de salário mínimo e acordos de negociação colectiva, a fim de proporcionar um nível de rendimento que ofereça uma remuneração decente pelo trabalho realizado e garanta o bem-estar do trabalhador e sua família, assim como as leis que regulam o despedimento e protegem o trabalhador do despedimento arbitrário e injusto. O segundo eixo — “locais de trabalho seguros e saudáveis” — reconhece a garantia da segurança e a saúde do trabalhador, podendo o cumprimento da segurança e saúde no trabalho exigir mudanças específicas no processo de produção ao nível do envolvimento do trabalhador. O terceiro eixo — “a produtividade” — reconhece que a relação de emprego faz da mão-de-obra um “custo quase fixo na produção”, significando um custo que não é completamente variável. O “emprego fora do padrão” é, por vezes, chamado de “emprego precário”, embora haja distinções entre as duas descrições, pois a precariedade geralmente é entendida como trabalho mal remunerado e inseguro, o que significa que há incerteza quanto à continuidade do emprego e o risco de perda de emprego é alto; além do mais o trabalhador — nas suas condições de trabalho, salários ou tempo de trabalho — encontra-se mais desprotegido. Certos sectores também são mais comumente associados à precariedade, reflectindo, em parte, os diferentes graus de regulamentação presentes em vários sectores, incluindo a presença, ou a ausência, de representação sindical e negociação colectiva (ILO, 2016, p. 18) Daí que a precariedade possa ser encontrada quer nos “empregos padrão” quer nos “empregos fora do padrão”. De facto, é importante considerar que existem diferenças entre países nas condições de trabalho de muitos empregos “padrão” e para muitos trabalhadores estes empregos podem ser precários, por exemplo, se seus salários estão ao nível de pobreza, ou se a continuidade do trabalho é incerta ou se o trabalho os expõe a riscos ocupacionais⁽⁹⁾. O uso da expressão “padrão” como refe-

⁽⁹⁾ Assim, como realça a OIT, os “empregos padrão” podem ser precários, também os “empregos fora do padrão” podem não ser necessariamente precários, pois “fora do padrão” é sobre

rência justifica-se porque surgiram novas formas contratuais que se desviam das principais características associadas ao trabalho padrão (que é contínuo, a tempo completo e duradouro)⁽¹⁰⁾.

Em Portugal, como referimos, a Constituição Portuguesa consagra como princípio central orientador, o princípio da dignidade da pessoa humana. A dignidade humana, tão bem tratada por diversos autores, designadamente, pelo espanhol Miguel Unamuno — na sua obra *La Dignidad Humana*, onde lembrava que “Lo único que tiene el fin em sí mismo, lo verdaderamente autoteleológico, es la vida, cuyo fine es la mayor y más intensa y completa vida posible” — apresenta-se, nas sociedades contemporâneas, como um valor supremo (UNAMUNO, 1967, p. 17). Tal como enunciado no seu art. 1.º (República Portuguesa), em que se realça a dignidade da pessoa humana e a vontade popular e no art. 13.º (Princípio da igualdade), a Constituição é expressão da Justiça e da Solidariedade, o grande desafio colocado ao nível político, será o de assegurar um país mais justo ao nível laboral.

Como referem Jorge Miranda e Rui Medeiros, a dignidade da pessoa é “axiologicamente primordial e, por isso, a vontade popular está-lhe juridicamente subordinada — não é outro, aliás, o significado da prevalência dos direitos fundamentais sobre a lei. (...) Uma sociedade que respeita a dignidade da pessoa humana é aquela em que as pessoas são reconhecidas como polos de liberdade, são tratadas com justiça e apoiadas com solidariedade” (MIRANDA e MEDEIROS, 2010, pp. 77-78). Por outro lado, cabe referir

uma forma contratual, enquanto a precariedade se refere aos atributos do trabalho, embora ambos reflectam mudanças nas condições de emprego (ILO, 2016,18).

⁽¹⁰⁾ Como salienta a OIT, na maioria dos países, os contratos a termo são regulados por disposições legais específicas, mas também podem ser regidos por convenções colectivas nos níveis empresarial, sectorial ou nacional, como nos países nórdicos (ILO, 2016, 41-42) e o contrato de trabalho a termo é aquele cujo fim está, implícita ou explicitamente, vinculado a condições como a ocorrência de um determinado evento ou a conclusão de uma tarefa ou projecto específico. Os contratos de trabalho a termo ou temporários não são directamente regulados pelas normas internacionais de trabalho, no entanto, a Convenção n.º 158, sobre o Despedimento, de 1982 (aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 55/94, de 27 de Agosto de 1994 (disponível em <<https://dre.pt/application/file/219444>>), exige que sejam fornecidas salvaguardas adequadas contra o uso de contratos de trabalho a termo. A nível regional, o instrumento que regula o trabalho a termo é a Directiva 1999/70/CE do Conselho da União Europeia, de 28 de Junho de 1999, relativa ao Acordo-Quadro de Trabalho a Prazo celebrado pelos parceiros sociais (CES, UNICE e CEEP). É reconhecido na presente Directiva que os contratos por tempo indeterminado são (e continuarão a ser) a forma geral de relação de trabalho entre empregadores e trabalhadores, mas que os contratos de trabalho a termo podem responder, em certas circunstâncias, às necessidades de ambos. A Directiva considera trabalhador a termo, uma pessoa que tem um contrato de trabalho celebrado directamente com um empregador em que o fim do contrato de trabalho é determinado por condições objectivas, como a ocorrência da data do termo, concluindo uma tarefa específica ou a ocorrência de um evento específico.

também que, considerando o conjunto dos direitos fundamentais nela consagrados, a nossa Constituição tem-se afirmado como o garante de promoção de uma sociedade justa e solidária, tendo por desígnio um desenvolvimento sustentável. Assim, é “inegável que o nosso Direito do Trabalho se encontra fortemente marcado pelo conjunto de normas constitucionais estruturantes do trabalho” (LEAL AMADO, 2015, p. 34). Desde o final do século XIX que tem sido definido um conjunto de direitos que se aplicam uniformemente a todos os trabalhadores, contribuindo para a emergência do trabalho por conta de outrem. Com o intuito de “garantir uma certa padronização das condições de uso da força de trabalho” (MONTEIRO FERNANDES, 2014, p. 27), daqui resultou a formação de um ramo de Direito — com uma vocação especialmente protectora do trabalhador — em que o princípio constitucionalmente consagrado da segurança no emprego dominava a relação individual de trabalho, permitindo proporcionar uma tutela eficaz aos trabalhadores. Como sublinha Monteiro Fernandes, o Direito do Trabalho “apresenta-se sob o signo da protecção do trabalhador” (MONTEIRO FERNANDES, 2014, p. 22) e capaz de “compensar a debilidade contratual originária do trabalhador no plano individual” (MONTEIRO FERNANDES, 2014, p. 25).

Na Constituição, no elenco dos direitos, liberdades e garantias contam-se, desde a revisão de 1982, os direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores. A consagração, no art. 53.º CRP, da garantia dos trabalhadores à segurança no emprego, abre o catálogo constitucional deste tipo particular de direitos fundamentais, que por se incluírem, no plano sistemático, no capítulo III (“Direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores”) do título II (“Direitos, liberdades e garantias”) da Parte I da Constituição — são tidos, sistemicamente, como direitos de defesa⁽¹¹⁾. É neste contexto que se deve determinar o sentido a atribuir ao direito consagrado no art. 53.º do CRP — a garantia da segurança no emprego — entendida como direito, liberdade e garantia ou como direito de defesa, tem um conteúdo que não pode ser dissociado do direito ao trabalho, consagrado no art. 58.º da Constituição. Enquanto direito social, o direito ao trabalho incluirá seguramente no seu

⁽¹¹⁾ A jurisprudência do Tribunal Constitucional pronunciou-se, por diversas ocasiões, acerca do alcance que tem, para a compreensão da unidade de sentido da categoria dos direitos, liberdades e garantias, a inclusão dos direitos dos trabalhadores. Vejam-se a este propósito, por exemplo, os Acórdãos n.º 372/91, 581/95 e 683/99 (disponíveis em <www.tribunalconstitucional.pt>) tendo a condição existencial da pessoa, do cidadão e do trabalhador como critério para a modulação da titularidade dos direitos, liberdades e garantias, e considerando que os direitos de defesa que consagra não podem ser vistos apenas como direitos a abstenções do Estado ou direitos referidos apenas ao Estado, mas também incidindo nas relações entre cidadãos, vinculando entidades privadas.

âmbito uma dimensão multifacetada, que inclui o direito a ter um emprego digno. Significa isto que, na conformação do exercício da liberdade de empresa não pode deixar o legislador ordinário de ter em conta o que lhe é imposto pela garantia da segurança no emprego, na amplitude prevista no art. 53.º CRP. E, desde logo, no âmbito de protecção da norma está ainda o direito à estabilidade do emprego, que implica a necessária evitação — por parte do Estado em geral e do legislador em particular — de situações injustificadas de precariedade de emprego. E, além de protecção do contraente mais débil, o Direito do Trabalho tem também a função de promover valores reconhecidos como fundamentais na ordem jurídica. Como enfatiza Monteiro Fernandes, o “elevado grau de implicação da pessoa do trabalhador na relação de trabalho (...) põe em relevo a necessidade de o desenvolvimento dessa relação não afectar negativamente a sua vida” (MONTEIRO FERNANDES, 2014, p. 26), sendo que — como já defendemos — “a pessoa constitui o fundamento da consagração constitucional dos mais basilares princípios jurídicos” (REBELO, 2004b, p. 98).

2. As alterações ao regime do contrato de trabalho a termo

No âmbito do já referido propósito de reduzir a precariedade, assim como os níveis de segmentação do mercado de trabalho, o legislador nas recentes alterações ao Código do Trabalho, modificou o regime de alguns contratos de trabalho, designadamente do contrato a termo (e ao contrato de muito curta duração) e do contrato de trabalho intermitente.

Acerca do recurso ao contrato a termo, referia Jorge Leite: “é uma das mais expeditas, mais frequentes e mais ostensivas modalidades de trabalho precário. De um ponto de vista jurídico, a sua caracterização é simples: trata-se (...) de um contrato que nasce com um tempo de vida delimitado (...) constitui hoje um dos mecanismos mais generalizados de acesso ao emprego” (LEITE, 1990, pp. 30-31). Na sua origem este contrato designava um trabalho por natureza provisório, tendo surgido, nos países europeus, no decurso dos anos 1950 (REBELO, 2003, p. 98).

Mediante a Lei n.º 93/2019, de 4 de Setembro, o legislador alterou o regime do contrato de trabalho a termo, sendo esta uma modalidade há muito identificada com a precariedade laboral e a segmentação do mercado de trabalho. Desde logo, o legislador alterou o disposto no n.º 1 do art. 140.º CT passando a ler-se agora que o contrato de trabalho a termo

resolutivo só pode ser celebrado para a satisfação de necessidades temporárias, “objectivamente definidas pela entidade empregadora” e apenas pelo período estritamente necessário à satisfação dessas necessidades.” Ou seja, reforçando o que já decorria do n.º 5 (exigindo ao empregador a prova dos factos que justificam a celebração do contrato a termo) reforça a exigência para a concretização do motivo justificativo.

A outra novidade diz respeito aos motivos justificativos constantes do n.º 4 do art. 140.º do CT (que não atinentes a necessidades temporárias). O legislador em 2019 decidiu alterar em parte a alínea *a*) e, na alínea *b*), eliminar o incentivo à contratação a termo para os trabalhadores à procura de primeiro emprego e desempregados de longa duração. Assim a alínea *a*) passa a prever o “lançamento de nova actividade de duração incerta, bem como início do funcionamento de empresa ou de estabelecimento pertencente a empresa com menos de 250 trabalhadores” (ou seja, considerando o disposto no art. 100.º do CT, passa a aplicar-se apenas a micro, pequenas e médias empresas, excluindo as grandes empresas, e não como anteriormente se previa a empresa com menos de 750 trabalhadores) nos dois anos posteriores a qualquer um desses factos; e na alínea *b*), eliminando a contratação de trabalhador à procura de primeiro emprego e de desempregado de longa duração (inscrito nos centros de emprego há 12 ou mais meses) passa a incluir apenas a contratação de trabalhador em situação de desemprego de muito longa duração (ou seja, inscrito nos centros de emprego há 24 ou mais meses)⁽¹²⁾.

Mas o legislador não alterou os motivos justificativos do regime do contrato a termo constantes do n.º 2 do art. 140.º do CT. E se, no regime do contrato de trabalho a termo, como é sabido, o motivo de “acréscimo excepcional de actividade”, constante da alínea *f*) do n.º 2 do art. 140.º do

⁽¹²⁾ De acordo com o Acórdão STJ de 16-01-2013/ Proc. 1767/08.3TTLSB.L1.S1, considera que sendo o contrato de trabalho a termo um contrato de trabalho especial, é de recurso excepcional, sujeito a forma escrita, exigindo sempre a verificação de um fundamento objectivo, com o motivo justificativo do termo estipulado devidamente circunstanciado no documento. Vacionado, por regra, para acorrer a necessidades temporárias da empresa, deve ser celebrado pelo período estritamente necessário à satisfação dessas necessidades. A lei admite todavia, de modo acessório, o uso do contrato a termo para outras finalidades, *maxime* por motivações de feição social (contratação de trabalhadores à procura de primeiro emprego ou de desempregados de longa duração), situações que não pressupõem necessariamente a transitoriedade do trabalho, e nestas circunstâncias, deixa de funcionar a exigência da cláusula geral do instituto, bastando que se cumpra o requisito pressuposto. Também de acordo com o Acórdão STJ, de 06-02-2013/Proc. 154/11.0TTVNF.P1.S1, a celebração de contrato de trabalho a termo tem sempre natureza excepcional e resulta de uma relação de equilíbrio entre a estabilidade e segurança no emprego (art. 53.º CRP) e as exigências de gestão empresarial (fundadas na liberdade de iniciativa económica prevista no n.º 1 do art. 61.º CRP).

CT, tem sido muito presente no clausulado destes contratos (contratos de regime especial, que exigem um fundamento para a sua celebração⁽¹³⁾ e para os quais não basta a indicação do motivo justificativo e que este faça parte do elenco contemplado nas alíneas do n.º 2 do art. 140.º do Código do Trabalho de 2009, sendo, ainda, indispensável que esse motivo tenha correspondência com a realidade), o legislador optou por manter inalterado este motivo e apenas procedeu a alterações nas situações previstas no n.º 4 do art. 140.º do CT.

O legislador escolheu acolher a referência relativa aos “trabalhadores à procura de primeiro emprego e desempregados de longa duração” que constava da alínea *b*) do n.º 4 do art. 140.º do CT, na norma que regula a duração do período experimental para os contratos de trabalho por tempo indeterminado, acrescentando uma subalínea *iii*) à alínea *b*) do n.º 1 do art. 112.º do CT, alteração que implica um alargamento da duração máxima legal do período experimental de 90 dias para 180 dias. Ora esta opção do legislador suscita dúvidas quanto à sua aptidão para atingir o fim atribuído — a redução da precariedade — pois a verdade é que não parece adequado que uma maior limitação do recurso à contratação a termo possa ser legitimamente compensada, por via indirecta, com o aumento de outra forma de precariedade laboral, através de um expressivo alargamento do período experimental. Estaríamos, porventura, na situação de o período experimental do contrato por tempo indeterminado ser convolado numa nova forma de contratação a prazo por seis meses, com a agravante de se tratar de um regime laboral cuja denúncia se encontra desprovida do direito a indemnizar a contraparte (ao contrário do que acontece no caso em que a caducidade é comunicada pelo empregador no contrato a termo)⁽¹⁴⁾. De

⁽¹³⁾ Motivo expresso de forma algo indeterminada pelo legislador, mas sempre necessário de concretizar. Sobre este motivo específico, o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 16-09-2013/Proc. 488/11.4TTVFR.P1, entendeu-se que estando a celebração deste contrato a termo na dependência de vários requisitos formais, cuja indicação se elenca no art. 141.º do CT, na invocação do motivo não basta remeter para a previsão legal, pois torna-se necessário fazer referência à situação concreta, devendo estabelecer-se, na redacção da cláusula, uma relação entre o motivo invocado e o termo estipulado. Torna-se assim imperioso que se mencione com clareza e concretamente os factos e circunstâncias que justifiquem a aposição do termo, pois só assim é possível exercer controlo sobre a ocorrência daquele.

⁽¹⁴⁾ Na verdade, tem sido invocado na jurisprudência constitucional que qualquer alargamento da duração do período experimental nos contratos de trabalho — sobretudo nos contratos de trabalho por tempo indeterminado — redundaria numa restrição a um direito, liberdade ou garantia, a saber, o direito à segurança no emprego, consagrado no art. 53.º do CRP. Assim sendo, diz-se ainda, a restrição só será lícita se se conformar com as exigências contidas no art. 18.º do CRP, atento o cumprimento do princípio da proporcionalidade, inscrito na parte final do seu n.º 2. Sobre o período experimental, no Acórdão 632/2008, o Tribunal Constitucional pronunciou-se pela inconstitucionalidade da norma con-

facto, o pagamento do valor das compensações, associadas às cessações (por exemplo, caducidades e despedimentos), para além de uma função reparatória, ressarcindo o trabalhador pela privação do emprego, desempenha ainda uma função de carácter moderador, obrigando o empregador a uma ponderação na decisão da cessação (LEAL AMADO, 2015, p. 333) e, quanto a isso, dir-se-á que no período experimental essa função moderadora não existe.

Acresce que a questão que se coloca é a de saber se, por razões relacionadas com a gestão da empresa, será necessário que, nos contratos por tempo indeterminado, estes trabalhadores passem a ter um período experimental que é o dobro do tempo previsto anteriormente? Parece-nos que não. Além das razões já explanadas, pela própria natureza do período probatório, uma vez que a “prova” será menos exigente quanto menos exigente for também o tipo de prestação de trabalho: prestações menos qualificadas poderão ser testadas ou experimentadas (tanto por empregador quanto por trabalhador) em menos tempo do que as outras. Além do que tendem precisamente a ser os trabalhadores sem especiais qualificações, os mais carentes da protecção do direito, por serem também eles os potencialmente mais expostos a situações injustificadas de precariedade de emprego. Considerando a própria assimetria dos interesses em presença, e a estrutural contraposição que entre eles se estabelece, é evidente que não se vê como é que o alargamento deste período de experiência para 180 dias seja necessário⁽¹⁵⁾, pois o empregador não carece do dobro do prazo em vigor estipulado para o período experimental para aferir do interesse da empresa na manutenção do contrato. Nesta medida, é sustentável que se alegue que este aumento da duração do período experimental se traduzirá em benefício para o empregador e numa correspondente compressão dos interesses do trabalhador⁽¹⁶⁾. O legislador encontrou também aqui uma

tida na alínea *a*) do n.º 1 do art. 112.º do CT, quando aplicada aos trabalhadores que exercem trabalho indiferenciado. Considerando que a norma seria restritiva de direitos, liberdades e garantias, pois quanto mais dilatado for o período experimental maior a precariedade da relação jurídico-laboral e mais frágil a garantia na segurança do emprego (Acórdão TC 632/2008, de 9 de Janeiro, Diário da República n.º 6/2009, Série I de 2009-01-09).

⁽¹⁵⁾ Em particular não parece que o empregador necessite, objectivamente, de meio ano para avaliar as qualidades profissionais destes trabalhadores, tendo em vista a celebração de um contrato de trabalho por tempo indeterminado. Acresce que o alargamento do período experimental neste caso pode mesmo operar como factor compensatório da maior onerosidade de celebração de contratos a termo certo.

⁽¹⁶⁾ Sobretudo para os desempregados de longa duração. Como se sabe em Portugal são vários os problemas do mercado de trabalho mas do conjunto merece especial destaque o problema do Desemprego de Longa Duração. Para lá da precariedade do emprego, Portugal enfrenta o problema do

forma de “flexibilizar” a relação individual de trabalho, procurando não só reduzir os custos ligados à cessação do contrato de trabalho como ampliar o próprio poder de decisão dos empregadores (e o poder de direcção, considerando a pressão para a avaliação durante o período experimental), mas não reduzir a precariedade do trabalhador, pois o alargamento do período experimental neste caso pode mesmo operar como factor compensatório da maior onerosidade de celebração de contratos de trabalho a termo. Assim, qualquer medida legislativa que opere no sentido do aumento da precariedade laboral, não poderá deixar de suscitar dúvidas sobre uma eventual compressão do bem jurídico protegido pelo art. 53.º da Constituição. E a duração do período experimental não pode ser fixada em período de tal forma prolongado que resulte desvirtuado o princípio da segurança no emprego⁽¹⁷⁾. Deste modo, cabe aquilatar das consequências quer no plano jurídico quer ao nível social do conjunto destas alterações. No plano jurídico porque ao nível da tipologia contratual, importa não abdicar do fim de responder ao problema da precariedade, assegurando estabilidade contratual e boas condições de trabalho às pessoas, pois o que evidenciam alguns exemplos de outros ordenamentos jurídicos é que a estabilidade laboral se deve, pelo menos em parte, a intervenções legislativas bem ponderadas, acompanhadas pela preocupação em assegurar não só um equilíbrio entre os interesses empresariais e os interesses dos trabalhadores como também trabalho digno. Se o objectivo prosseguido é o de intensificar a diminuição do custo do trabalho, através do recurso a uma modalidade de cessação de contrato de trabalho que não implica o pagamento de uma indemnização à contraparte, um enfraquecimento do sistema legal de garantias que rodeiam a contratação individual pode por em causa o próprio princípio da estabilidade contratual. E, sobretudo, porque não se vislumbra qual o interesse constitucionalmente protegido que possa justificar a ampliação *ope legis* para o dobro do prazo previstos no Código do Trabalho. No plano social, porque o objectivo de reduzir a precariedade laboral não parece alcançado pois há que pensar no efeito precarizante destas alte-

Desemprego de Longa Duração — isto é, dos desempregados há doze meses ou mais, pois de acordo com os dados do INE, em 2018, a proporção de desempregados de longa duração no conjunto dos desempregados foi de 51,1%, sendo que Portugal é dos países da OCDE com maior proporção de desempregados de longa duração no total da população desempregada, problema que é especialmente significativo junto da população com 45 ou mais anos e com menos qualificações.

(17) Como refere Reis Novais “se se entender por restrição a um direito toda a “acção ou omissão estatal que, eliminando, reduzindo, comprimindo ou dificultando as possibilidades de acesso ao bem jus-fundamentalmente protegido,” pode bem sustentar-se, que estas alterações dificultam o acesso ao bem jus-fundamentalmente protegido da segurança no emprego (REIS NOVAIS, 2003, 247).

rações no emprego especialmente dos desempregados de longa duração em Portugal, uma vez que sendo o regime do período experimental demasiado flexibilizado quanto à cessação pode, inevitavelmente, aumentar o risco de precariedade, particularmente dos desempregados de longa duração com 45 ou mais anos.

Quanto à duração dos contratos a termo, o n.º 1 do art. 148.º do CT, prevê agora, para os contratos de trabalho a termo certo, um limite máximo de dois anos independentemente do motivo justificativo⁽¹⁸⁾, sendo que, nos termos do n.º 4 do art. 149.º do CT, o contrato de trabalho a termo certo pode ser renovado até três vezes e a duração total das renovações não pode exceder a do período inicial daquele. Ou seja, o legislador promove o alargamento do período inicial contratual, apenas possibilitando renovações por período igual ou inferior ao inicial. Também para o n.º 4 do art. 140.º do CT, prevê-se agora que “a situação prevista na alínea a) do n.º 4 do art. 140.º do CT, a duração do contrato não pode exceder os dois anos posteriores ao início do motivo justificativo, o que permite concluir também pelos 24 meses. Por seu turno, o contrato de trabalho a termo incerto passa a ter uma duração até quatro anos (ao invés dos anteriores 6 anos).

Já para os contratos de trabalho de muito curta duração (uma submodalidade dos contratos de trabalho a termo), dispõe o art. 142.º do CT, que o contrato de trabalho seja motivado em “acréscimo excepcional e substancial da actividade”⁽¹⁹⁾, de empresa “cujo ciclo anual apresente irregularidades decorrentes do respectivo mercado ou de natureza estrutural que não seja passível de assegurar pela sua estrutura permanente⁽²⁰⁾, nomeadamente em actividade sazonal no sector agrícola ou do turismo”, prevendo

⁽¹⁸⁾ Que inclui, nos termos do disposto no n.º 6 do art. 148.º do CT: “a duração de contratos de trabalho a termo ou de trabalho temporário cuja execução se concretiza no mesmo posto de trabalho, bem como de contrato de prestação de serviço para o mesmo objecto, entre o trabalhador e o mesmo empregador ou sociedades que com este se encontrem em relação de domínio ou de grupo ou mantenham estruturas organizativas comuns”.

⁽¹⁹⁾ Expressão que resulta mais exigente da constante na alínea f) do n.º 2 do 140.º do CT, uma vez que ao carácter excepcional da necessidade o legislador adiciona “substancial”.

⁽²⁰⁾ A questão que se coloca aqui é a de saber este contrato fica sujeito a diferentes exigências de forma e se caberá ao empregador determinar o motivo estabelecendo a relação entre a justificação invocada e o termo estipulado, uma vez que essa exigência já decorre da celebração dos contratos a termo. Neste sentido, o Acórdão do STJ de 17-03-2016/ Proc. 2695/13.6ttlsb.11.s1, “devendo o contrato a termo constar de documento escrito, a indicação do motivo justificativo da sua celebração constitui uma formalidade “*ad substantiam*”, sendo que “ocorre a invalidade do termo, conforme determina o n.º 3 do art. 147.º do Código do Trabalho de 2009, se o documento escrito transcreve de forma insuficiente as referências respeitantes ao termo e ao seu motivo justificativo, que têm de ser concretizadas em factos que permitam estabelecer a relação entre a justificação invocada e o termo estipulado, conforme prescreve o art. 141.º, n.º 3, do mesmo compêndio legal”.

agora que a duração não superior a 35 dias. Recorde-se que, na letra primordial de 2009, este regime previa um prazo máximo legal não superior a uma semana e no limite de 60 dias de trabalho no ano civil, passando nas alterações ao Código do Trabalho de 2012, para 15 dias e no máximo de 70 dias por ano.

Este contrato não está sujeito a forma escrita, devendo o empregador comunicar a sua celebração e o local de trabalho ao serviço competente da segurança social, mediante formulário electrónico que contém os elementos referidos nas alíneas *a)*, *b)* e *d)* do n.º 1 do art. 141.º do CT. Ora, considerando o menor grau de exigência de formalidades neste formulário electrónico (designadamente no que respeita à identificação de período normal de trabalho) parece-nos que a intenção do legislador é agora a de ampliar o âmbito de aplicação desta figura especialmente concebida para os sectores do turismo e da agricultura. Se o recurso ao contrato a termo é marcado pelo cunho da excepcionalidade, a isso induz o dever — que recai no legislador ordinário — de evitar criar situações injustificadas de precariedade de emprego. Quanto a este aspecto da desnecessidade de identificar o período normal de trabalho, importa referir que a determinação de limites de tempo de trabalho constitucionalmente imposta ao legislador [alínea *b)* do n.º 2, do art. 59.º da CRP], corresponde a um direito fundamental dos trabalhadores [alínea *d)*, do n.º 1 do art. 59.º da CRP], em ordem a assegurar, *prima facie*, os fundamentais direitos ao repouso e aos lazeres (primeira parte da alínea *d)* do n.º 1 do art. 59.º da CRP) e à conciliação da actividade profissional com a vida familiar [alínea *b)* do n.º 1 do art. 59.º da CRP], e, em grande medida, os direitos dos trabalhadores ao desenvolvimento da personalidade (n.º 1 do art. 26.º da CRP) e à saúde (n.º 1 do art. 64.º da CRP). Pelo que a determinação do tempo de trabalho — através da fixação de um período normal de trabalho — é essencial para limitar a subordinação do trabalhador perante o empregador, assegurando a sua liberdade pessoal ao delimitar temporalmente a sua disponibilidade⁽²¹⁾, razão pela qual

(21) Desde logo, em nome do respeito pelos princípios gerais da segurança e saúde no trabalho e pelo limite máximo da jornada de trabalho, pelo direito de conciliação da vida profissional com a vida pessoal e familiar e pela tutela do descanso diário (ou seja do intervalo entre o termo de uma jornada de trabalho e o início da que imediatamente lhe sucede, actualmente fixada em onze horas seguidas, um tempo crucial de recuperação fundamental, nomeadamente através do sono), sendo que o direito ao repouso é especialmente relevante” (REBELO, 2017a, 97). Como se lê no Acórdão do STJ de 29-11-2016/Proc. 7613/09.3TBCSC.L1.S1, “os direitos ao repouso, ao sono e à tranquilidade são emanção dos direitos fundamentais de personalidade, à integridade moral e física, à protecção da saúde e a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado, corolários da dignidade humana. Por outro lado, são tarefas fundamentais do Estado (...) o bem-estar e a qualidade de vida”.

difícilmente se entende esta opção do legislador em não exigir, no conjunto dos elementos constantes do formulário, a indicação do período normal de trabalho, tanto mais que a duração desta modalidade de contrato é agora alargada até 35 dias.

3. As alterações ao regime do contrato de trabalho intermitente

Introduzido no Código do Trabalho em 2009, embora com tendência para uma expansão, estima-se que a sua expressão seja ainda residual (DRAY, 2016, p. 167), o regime jurídico do contrato de trabalho intermitente celebrado por tempo indeterminado — consagrado a arts. 157.º-160.º do CT — possibilita ao empregador ajustar a descontinuidade ou a intensidade variável do funcionamento anual da sua empresa, flexibilizando a relação de trabalho mediante a estipulação de uma prestação de actividade do trabalhador intercalada por um ou mais períodos de actividade⁽²²⁾.

Desde a sua consagração, em 2009, que esta modalidade de contrato destina-se a empresas que exerçam actividade com descontinuidade ou intensidade variável⁽²³⁾, e uma vez que estas expressões designam quer actividades que abrangem interrupções quer flutuações de actividade, responde sobretudo às intermitências próprias dos sectores do turismo ou da agricultura. Este contrato tem natureza formal, devendo ser reduzido a escrito (n.º 1 do art. 158.º do CT), sendo ainda exigíveis a identificação, assinaturas e domicílio ou sede das partes (conforme o disposto na alí-

⁽²²⁾ Para alguns autores existem duas modalidades de trabalho intermitente: por um lado, o trabalho alternado — aquele em que existe uma prévia definição do *quantum* (número anual de horas ou número anual de dias de trabalho a tempo completo, conforme exigência constante da alínea *b*) do n.º 1 do art. 163.º CT) e do *quandum* da prestação de trabalho (ficando fixados no contrato os períodos de actividade anuais) e, por outro, o trabalho à chamada, aquele em que existe apenas uma prévia definição do *quantum* (neste sentido, e distinguindo ainda três subespécies desta segunda modalidade, NUNES VICENTE, 2018, 76). Também acerca da consagração do contrato de trabalho intermitente noutros ordenamentos jurídicos, em particular no francês, italiano e espanhol, NUNES VICENTE, 2018, 74.

⁽²³⁾ Entende Nunes de Carvalho que, no n.º 1 do art. 159.º do CT, foi delineada uma distinção entre “duas submodalidades do trabalho intermitente, na medida em que, por um lado, se permite que as partes estabeleçam no contrato “a duração da prestação de trabalho, de modo consecutivo ou interpolado”, definindo também “o início e termo de cada período de trabalho”, assim optando pela submodalidade do trabalho alternado, ou então, por outro lado, e num registo de maior flexibilidade e incerteza, escolham antes a “antecedência com que o empregador deve informar o trabalhador do início daquele”, o que caracteriza o núcleo essencial do chamado “trabalho à chamada” (NUNES DE CARVALHO, 2015, p. 327, ss.).

nea *a*), assim como a indicação do número anual de horas de trabalho ou do número anual de dias de trabalho a tempo completo (na alínea *b*)(²⁴).

Ora, no caso do regime jurídico do contrato de trabalho intermitente, figura muito usada no sector do turismo em Portugal, as principais alterações assentam no facto de, no n.º 2 do art. 159.º do CT, a prestação de trabalho não poder agora ser inferior a 5 meses a tempo completo por ano (quando desde 2009 era, no mínimo, de 6 meses) dos quais pelo menos 3 meses (quando desde 2009 eram 4 meses) consecutivos. As opções do legislador em causa implicam ponderações que se inserem na esfera própria da actuação legislativa (que não cabem analisar aqui) mas, na verdade, entre os objectivos assumidos para estas alterações ao Código do Trabalho — a redução da precariedade — não parece ter, por isso, sustentação o entendimento de que aqui este objectivo é alcançado. Pelo contrário. Se, nos termos do n.º 2 do art. 160.º do CT, “durante o período de inactividade, o trabalhador tem direito a compensação retributiva, a pagar pelo empregador com periodicidade igual à da retribuição, em valor estabelecido em instrumento de regulamentação colectiva de trabalho ou, na sua falta, de 20% da retribuição, aqui o trabalhador sofre uma compressão salarial anual, o que acentua o desequilíbrio jurídico e económico entre as partes(²⁵).

Um aspecto importante nas alterações a este regime prendem-se com a compensação retributiva paga ao trabalhador em situação de inactividade. O legislador reconhece ao trabalhador — durante os períodos de inactividade ao longo do ano civil — o direito a receber uma compensação retributiva, em valor estabelecido ou por IRCT ou, na sua falta, correspondente a 20% da retribuição-base acordada com o trabalhador. A intenção do legislador sendo de compensar financeiramente o trabalhador em inactividade, dado que mantendo-se o trabalhador disponível para responder à

(²⁴) Sendo que no n.º 2 do art. 160.º do CT, se estipula que “quando não tenha sido observada a forma escrita, ou na falta da indicação referida na alínea *b*) do número anterior, considera-se o contrato celebrado sem período de inactividade”.

(²⁵) Como se lê no Acórdão do STJ de 29-11-2016/Proc. 7613/09.3TBCSC.L1.S1, “os conflitos entre o direito fundamental de um sujeito e o mesmo ou outro direito fundamental ou interesse legalmente protegido de outro sujeito não-de ser solucionados mediante a respectiva ponderação e harmonização, em concreto, à luz do princípio da proporcionalidade, evitando o sacrifício total de um em relação ao outro e realizando, se necessário, uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual” sendo que “a essência e a finalidade deste princípio da proporcionalidade é a preservação, tanto quanto possível, dos diversos direitos fundamentais com amparo na Constituição e, em concreto, (...) através da (*i*) a sua adequação ao fim em vista; (*ii*) a sua indispensabilidade em relação a esse fim (devendo ser, ainda, a que menos prejudica os cidadãos envolvidos ou a colectividade; (*iii*) a sua racionalidade, medida em função do balanço entre as respectivas vantagens e desvantagens”.

convocatória do empregador nestes períodos existe uma heterodisponibilidade que deve ser remunerada. Ora, as actuais alterações, alargando o período anual de inactividade de 6 meses para 7 meses e reduzindo o período mínimo de actividade de 6 para 5 meses a tempo completo, representam uma compressão de rendimentos anuais para o trabalhador — diminuindo o *quantum* retributivo⁽²⁶⁾ —, tanto mais que o cálculo do valor dos subsídios de férias e de Natal está associado à média do valor das retribuições e das compensações retributivas auferidas ao longo dos últimos 12 meses, implicando igualmente uma redução do valor a pagar a título destas prestações⁽²⁷⁾. Deste modo, a questão que se poderá colocar é a de saber se esta alteração legislativa representa uma restrição do direito à retribuição do trabalho, fazendo prevalecer o interesse empresarial que visa proteger, uma vez que uma redução do período de inactividade se traduzirá também aqui num benefício para o empregador e numa correspondente compressão dos interesses do trabalhador.

Acresce que o legislador não só reduziu o período mínimo de actividade anual de 6 para 5 meses a tempo completo como também alterou as regras que regulam a possibilidade de, durante o período de inactividade, o trabalhador poder exercer outra actividade (para compensar a perda de

⁽²⁶⁾ Como refere Leal Amado, a norma do art. 59.º da CRP, ao estatuir que todos os trabalhadores têm direito à retribuição do trabalho “de forma a garantir uma existência condigna” [alínea *a*) do n.º 1] e ao afirmar que “incumbe ao Estado assegurar a retribuição a que os trabalhadores têm direito, designadamente através do estabelecimento do salário mínimo nacional” (alínea *a*) do n.º 2) não se mostra compaginável com a possibilidade de o *quantum* retributivo descer abaixo de certo nível, mesmo se por aplicação de critérios de cálculo prévia e contratualmente ajustados entre as partes” (LEAL AMADO, 2007, p. 231).

⁽²⁷⁾ De referir que, de forma diferente da que estabelece, por exemplo, para o contrato de trabalho por tempo indeterminado para cedência temporária, nos termos do previsto no n.º 7 do art. 185.º do CT, o legislador considera aqui — expressamente — o apuramento da média do valor das retribuições e das compensações retributivas e, embora o legislador fixe expressamente o cálculo dos subsídios de férias e de Natal, nada dispõe acerca da determinação do *quantum* da retribuição de férias pelo que, segundo o consagrado no n.º 1 do art. 264.º do CT, a retribuição do período de férias corresponde à que o trabalhador receberia se estivesse em serviço efectivo (neste sentido, NUNES VICENTE, 2018, p. 79). Já quanto ao subsídio de Natal traduz-se, como é sabido, uma prestação retributiva de vencimento anual, é — na ausência de estipulação em contrário — constituída pela retribuição-base e diuturnidades devidas ao trabalhador, pois como refere Leal Amado, “veio a disposição codicística em apreço (o art. 250.º do CT) dar resposta, firmando o princípio segundo o qual (...) apenas a retribuição-base e as diuturnidades servirão de base para o cálculo das prestações complementares acessórias” (LEAL AMADO, 2007, p. 234). Questão distinta será a do gozo das férias, pelo que no caso particular do sector do turismo, importará também articular o disposto especificamente no n.º 4 do art. 241.º do CT, uma vez que “na falta de acordo, o empregador que exerça actividade ligada ao turismo está obrigado a marcar 25 % do período de férias a que os trabalhadores têm direito, ou percentagem superior que resulte de instrumento de regulamentação colectiva de trabalho, entre 1 de Maio e 31 de Outubro, que é gozado de forma consecutiva”.

rendimento), exigindo agora — embora sem explicitar a antecedência — que este informe o empregador desse facto (n.º 1 *in fine*), estabelecendo ainda que se o trabalhador exercer outra actividade durante o período de inactividade, o montante da correspondente retribuição deva ser deduzido à compensação retributiva calculada de acordo com o disposto no n.º 2 do art. 160.º do CT.

Por outro lado, na letra anterior do n.º 3 do art. 159.º do CT, previa-se que a antecedência com que o empregador devia informar o trabalhador do início de cada período de trabalho não devia ser inferior a 20 dias e agora o legislador estabelece que esta antecedência não possa ser inferior a 30 dias (imperativa mínima) na situação em que, durante o período de inactividade, o trabalhador exerce outra actividade, sendo de 20 dias apenas nos restantes casos. Ora, se esta solução jurídica confere ao empregador muito maior flexibilidade — até porque, por exemplo, no sector do turismo, os períodos do Carnaval e da Páscoa dependem do calendário fixado anualmente, uma vez que estas festas móveis estão sujeitas ao calendário litúrgico cristão para cada ano, exigindo que a empresa adapte as suas necessidades de funcionamento ao calendário — para o trabalhador esta antecedência é crucial, uma vez que lhe permite organizar a sua vida pessoal e familiar. Tanto mais que, como já defendemos, “hoje um dos desafios prioritários que se colocam no plano laboral é o de encontrar um compromisso social que permita conciliar direitos dos trabalhadores com o aumento da capacidade de adaptação da empresa, sendo em especial a matéria relativa à organização do tempo de trabalho decisiva para responder a este intento, desde logo, em nome do respeito pelo princípio constitucional da organização do trabalho de forma a facultar a conciliação da actividade profissional com a vida familiar.

4. Considerações finais

Pelo conjunto das razões expostas, no que respeita às alterações introduzidas aos regimes do contrato de trabalho a termo e do contrato de trabalho intermitente, importa estar vigilante quanto às consequências destas alterações, pois como realçava o eminente ensaísta português — “sobre a feitura e aplicação das leis, porque “o mais prudente (...) é ir corrigindo, segundo os resultados da experiência, as imperfeições que revela ter” (SÉRGIO, 1974, p. 95), e a justiça laboral não pode esquecer que tem de ser parte de uma “justiça social”, pelo que foi avisado que o legislador tenha pre-

visto no art. 12.º da Lei n.º 93/2019, de 4 de Setembro (que tem como epígrafe “avaliação de impactos”) que a aplicação da lei e os efeitos destas alterações devam ser objecto de uma avaliação decorridos 24 meses da sua entrada em vigor. Desde logo, porque não nos parece que este conjunto de alterações quer no âmbito do contrato de trabalho a termo no contrato de trabalho intermitente responda ao problema da precariedade, robustecendo a estabilidade e a segurança laboral ou os rendimentos dos trabalhadores.

Por fim, de mencionar que, traduzindo a precariedade — como já referimos — um termo amplo que descreve as diversas mudanças nas relações de trabalho, abrangendo modalidades de contratação individual, de organização do tempo de trabalho e de cessação do contrato de trabalho, está sobretudo ligada à redução de custos por cessação dos contratos de trabalho. E hoje, em Portugal, dado o aumento progressivo da multiplicidade de formas de precariedade, esta pode estender-se a qualquer forma de emprego e de contrato. De facto, na actualidade pode ser ilusória a ideia de que, um contrato de trabalho por tempo indeterminado confere maior estabilidade contratual a um trabalhador, tanto mais que a partir de 2011 o Código do Trabalho foi sucessivamente alterado no sentido de diminuir o valor das compensações atribuídas nos casos de cessação de contrato de trabalho nomeadamente abrangendo não só caducidades mas também despedimentos colectivos, ou por extinção de posto de trabalho, ou ainda por inadaptação (que atingem, na sua maioria, pessoas vinculadas com contratos de trabalho por tempo indeterminado), sendo que esta situação reconfigurou, significativamente, a noção de precariedade em Portugal.

Bibliografia

- ABRANTES, J. J. (1999), “Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais”, in Moreira, A. (org.), *Direito do Trabalho — Memórias, II Congresso Nacional*. Coimbra: Almedina.
- _____, (2015), “A jurisprudência constitucional recente em matéria laboral (algumas notas)”, in Reis, J., et al., *Para Jorge Leite — Escritos Jurídico-Laborais*, Vol. 1. Coimbra: Coimbra Editora, pp. 1-20.
- _____, (2017), “Em torno da Autonomia do Direito do Trabalho”, in Lobo Xavier, B. G. et al. (coord), *Estudos de Direito do Trabalho em Homenagem ao Professor António Monteiro Fernandes*. Lisboa: Nova Causa Edições Jurídicas, pp. 764-779.
- APPAY, B. (1997), “Précarisation sociale et restructurations productives”, in APPAY, B. e THÉBAUD-MONY, *Précarisation sociale, travail et santé*. Paris: IRESCO-CNRS/INSERM, pp. 508-559.
- BELOUS, R.S. (1989), *The contingent Economy: the Growth of the Temporary, Part-time and Subcontract Workforce*. Nova Iorque: National Planning Association.
- BOY, L. (2003), “Le déficit démocratique de la mondialisation du droit économique et le rôle de la société civile”. *Revue internationale de Droit Économique*, 3 (T. XVII), pp. 471-493.
- BOYER, R. (1986), *La flexibilité du travail en Europe*. Paris: Éditions de la Découverte.
- BRUNHES, B. (1989), “La flexibilité du travail — réflexions sur les modèles européens”. *Droit Social*, 3, pp. 251-255.
- BURCHELL, B. (1999), “The unequal distribution of job insecurity 1967-1986”. *International Review of Applied Economics*, 13, pp. 437-458.
- CALLAGHAN, P. e HARTMANN, H. (1991), *Contingent work: a chart book on part-time and temporary employment*. Washington: Economic Policy Institute.
- CARNEIRO, J. (2011), “O contrato de trabalho intermitente — a relação laboral cimentada na segurança no emprego através do trabalho descontínuo”. *Questões Laborais*, ano XVII, pp. 35-36, pp. 205-242.
- CARRE, F. J. (1998), *Temporary and contracted work in the United States: policy issues and innovative responses*. Paris: OECD Working Papers — Vol. VI.
- DRAY, G. (coord.) (2016), *Livro Verde sobre as Relações Laborais*, Lisboa: MTSSS.
- ÉLBAUM, M. (1997), “Pour une autre politique de traitement du chômage”, in Boisard, P., et al., *Le travail quel venir?* Paris: Gallimard.
- EUROFOUND (2009), *Working conditions in the European Union: Working time and work intensity*, Luxembourg, Publications Office of the European Union.
- EVERAERE, C. (1999), “Emploi, travail et efficacité de l’entreprise: les effets pervers de la flexibilité quantitative”, *Revue française de gestion*, pp. 124, pp. 5-21.
- FAGAN, C., et al. (1995), *Wage determination and sex segregation in employment in the European Community*. Luxemburgo: Office for Official Publications of the European Communities.
- FARBER, H. S. (1999), *Alternative and part-time employment arrangements as a response to job loss*. Cambridge: National Bureau of Economic Research.

- FELSTEAD, A. e JEWSON, N. (ed.) (1999), *Global Trends in Flexible Labour*. Londres: Macmillan.
- FOURCADE, B. (1992), “L’évolution des situations d’emploi particulières de 1945 a 1990”. *Travail et Emploi*, p. 52, pp. 4-19.
- FREYSSINET, J. (1989), “Nouvelles formes d’emplois et precarité: comparaisons internationales”. *Droit Social*, 4, pp. 293-300.
- FURTADO MARTINS, P. (1993), “O Acordo Económico e Social e a Evolução do Direito do Trabalho Português”, in CES, *Os Acordos de Concertação Social em Portugal*. Lisboa: CES, p. 117, ss.
- GALLIE, D. (1989), *Employment in Britain*. Oxford: Blackwell.
- GAUDU F. (2006), “Libéralisation des marchés et droit du travail”. *Droit Social*, 5, pp. 505-513.
- GOMES, M. I. (2009), “Primeiras reflexões sobre a revisão do regime jurídico do contrato de trabalho a termo pelo novo Código do Trabalho”. *Scientia Iuridica* — Tomo LVIII, p. 318, pp. 281-282.
- GORDON, D. M. (1996), *Fat and Mean: The Corporate Squeeze of Working Americans and the Myth of Managerial “Downsizing”*. Nova Iorque: Free Press.
- HARVEY, M. (1995), *Towards the Insecurity Society: The Tax Trap of Self-Employment*. Londres: Institute of Employment Rights.
- ILO (2003), *The scope of the employment relationship, Report V*, International Labour Conference, 91.st Session, Geneva.
- ___, (2004), *Conclusions on the future of work and quality in the information society, Tripartite Meeting on the Future of Work and Quality in the Information Society: The Media, Culture, Graphical Sector*. Geneva: International Labour Organization.
- ___, (2006), *The employment relationship* — Report V(1), International Labour Conference, 95.th Session. Geneva: International Labour Organization.
- ___, (2012), *Fundamental principles and rights at work: From commitment to action. Recurrent discussion under the ILO Declaration on Social Justice for a Fair Globalization and the follow-up to the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work* — Report VI, International Labour Conference, 101.st Session. Geneva: International Labour Organization.
- ___, (2013), *Revision of the International Classification of Status in Employment (ICSE-93)* — 19.th International Conference of Labour Statisticians. Geneva: International Labour Organization.
- ___, (2014a), *Studies on growth with equity: Tackling the jobs crisis in Portugal*. Geneva: International Labour Organization.
- ___, (2014b), *World Social Protection Report 2014/15: Building economic recovery, inclusive development and social justice*. Geneva: International Labour Organization.
- ___, (2015), *Conclusions of the Meeting of Experts on Non-Standard Forms of Employment*. Geneva: International Labour Organization.
- ___, (2016a), *Decent Work in Global Supply Chains*, Report IV, International Labour Conference, 105.th Session. Geneva: International Labour Organization.
- ___, (2016b), *Fourth item on the agenda: Decent Work in Global Supply Chains*, Reports of the Committee on Decent Work in Global Supply Chains: Resolution and conclu-

- sions submitted for adoption by the Conference, Provisional Record, International Labour Conference, 105.th Session. Geneva: International Labour Organization.
- _____, (2016c), *Non-standard employment around the world — Understanding challenges, shaping prospects*, International Labour Office. Geneva: International Labour Organization.
- _____, (2016d), *Third item on the agenda: Information and Reports on the Application of Conventions and Recommendations*, report of the Committee on the Application of Standards, Provisional Record, International Labour Conference, 105.th Session. Geneva: International Labour Organization.
- LEAL AMADO, J. (2007), “Comissões, Subsídio de Natal e Férias (Breve apontamento à Luz do Código do Trabalho)”. *Prontuário do Direito do Trabalho*, pp. 76-77-78, pp. 229-242.
- _____, (2015), *Contrato de Trabalho — Noções Básicas*. Coimbra: Coimbra Editora.
- LEAL AMADO, J. e NUNES VICENTE, J. (2009), “Contrato de trabalho intermitente”, in António Moreira (coord.), *XI-XIII Congresso Nacional de Direito do Trabalho — Memórias*. Coimbra: Almedina, pp. 119-137.
- LEITE, J. (1990), “O Direito do Trabalho na Crise”, in *Temas de Direito do Trabalho*. Coimbra: Coimbra Editora, pp. 21-49.
- LOBO XAVIER, B. G. (1990), “O Direito do Trabalho na Crise (Portugal)”, in *Temas de Direito do Trabalho*. Coimbra: Coimbra Editora, pp. 101-138.
- LYON-CAEN, A. & URBAN, Q. (2008), *Le Droit du Travail à l'épreuve de la Globalisation*. Paris: Dalloz.
- LYON-CAEN, A. (1992), “Le droit et la gestion des compétences”. *Droit Social*, 6, pp. 573-580.
- LYON-CAEN, G. (1985), “La bataille truquée de la flexibilité”. *Droit Social*, 12, pp. 801-810.
- MIRANDA, J. e MEDEIROS, R. (2010), *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2.^a ed., Coimbra: Coimbra Editora.
- MONTEIRO FERNANDES, A. (2014), *Direito do Trabalho*, 17.^a ed., Coimbra: Livraria Almedina.
- NUNES DE CARVALHO, A. (2015), “Considerações sobre o trabalho intermitente”, in AAVV, *Estudos dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier*, Vol. 1. Lisboa: Universidade Católica Editora, p. 327, ss.
- NUNES VICENTE, J. (2018), “Trabalho Intermitente”, in AAVV, *II Jornadas Regionais de Direito do Trabalho — Memórias*. Ponta Delgada: Direcção Regional do Emprego e Qualificação Profissional, pp. 73-83.
- OECD (2015), “Non-standard work, job polarisation and inequality”, in *Why less inequality benefits all*, Paris: OECD, pp. 135-208.
- PÉLISSIER, J. (1987), “Le travail intermittent”. *Droit Social*, 2, pp. 93-100.
- QUINLAN, M. (2016), *The effects of non-standard forms of employment on worker health and safety, Conditions of Work and Employment Series*, 67. Geneva: International Labour Organization.
- REBELO, G. (1999), *A (In)Adaptação no Trabalho — Uma Perspectiva Sociorganizacional e Jurídica*. Oeiras: Celta.
- _____, (2002a), *Emprego e Formas de Precariedade da Actividade Laboral: Portugal no contexto da UE*. Tese de Doutoramento policopiada, Lisboa: ISEG/UTL.

- ___, (2002b), “Flexibilidade ou precariedade? Alguns exemplos de formas de trabalho/emprego no contexto europeu”, in AAVV, *Actas do IX Encontro da APSIOT*. Lisboa: APSIOT.
- ___, (2002c), *Trabalho e Igualdade — Mulheres, Teletrabalho e Trabalho a Tempo Parcial*. Oeiras: Celta.
- ___, (2002d), “Para uma tipologia da precariedade da actividade laboral”. *Organizações e Trabalho*, p. 28, pp. 69-85.
- ___, (2003), *Emprego e Contratação Laboral em Portugal — Uma Análise Socioeconómica e Jurídica*. Lisboa: RHEditora
- ___, (2004a), *Flexibilidade e Precariedade no Trabalho — Análise e Diagnóstico*. Lisboa: ed. autor cofinanciada Fundação para a Ciência e Tecnologia e Dinâmia/ISCTE-IUL.
- ___, (2004b), “Reflexões sobre o teletrabalho: entre a vida privada e a vida profissional”. *Questões Laborais*, p. 23, pp. 98-116.
- ___, (2005), “Do conceito de actividade no Código do Trabalho”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 65, pp. 503-514.
- ___, (2006), “Alternativas à precariedade laboral: propostas para uma flexibilidade tendencialmente qualificante”. *Sociologia*, XVI, pp. 191-201.
- ___, (2008), *A revisão do Código do Trabalho*. Lisboa: WP Dinâmia/ISCTE, 70.
- ___, (2010), *Trabalho e Emprego — Actualidade e Prospectiva*. Lisboa: Edições Sílabo.
- ___, (2012), *Trabalho e Emprego — Actualidade e Prospectiva*. Lisboa: Edições Sílabo.
- ___, (2017a), “Duração e organização do tempo de trabalho em Portugal — Alterações ao Código do Trabalho”. *International Journal on Working Conditions*, p. 14, pp. 85-104.
- ___, (2017b), “Do Livro Verde sobre as Relações Laborais 2016.” *Prontuário de Direito do Trabalho*, I, pp. 167-186.
- ___, (2017c), *Trabalho, Emprego e Segurança Social*. Lisboa: Edições Sílabo.
- ___, (2018), “A Constituição e a Segurança no Emprego”, in Gonçalves, M. E. (org.), *Constituição e Mudança Socioeconómica*. Cascais: Principia, pp. 103-121.
- ___, (2019), *Estudos de Direito do Trabalho*. Lisboa: Edições Sílabo.
- REDINHA, M. R. G. (1998), “A precariedade do emprego — uma interpelação ao Direito do Trabalho”. In *Direito do Trabalho — Memórias — I Congresso Nacional de Direito do Trabalho*. Coimbra: Livraria Almedina.
- REIS NOVAIS, J. (2003), *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora.
- REIS, J., SOUSA SANTOS, B. e LEITÃO MARQUES, M. M. (1990), O Estado e as transformações recentes da relação salarial — a transição para um novo modelo de regulação da economia”, in *Temas de Direito do Trabalho*. Coimbra: Coimbra Editora, pp. 139-179.
- ROMANO MARTINEZ, P. (2019), *Direito do Trabalho*, 9.^a ed., Coimbra: Livraria Almedina.
- ___, et al. (2004), *Contrato de trabalho*, 2.^a edição. Coimbra: Almedina.
- ROSENBERG, S. e LAPIDUS, J. (1999), “Contingent and Non-Standard Work in the United States: Towards a More Poorly Compensated, Insecure Workforce”, in Felstead, A. e Jewson, N. (org.), *Global Trends in Flexible Labour*. Londres: Macmillan.
- SCHMIDT, M. (2002), “News of atypical work in Germany: Recent developments as to fixed-term contracts, temporary and part-time work”. *German Law Journal*, Vol. 3, p. 7, pp. 1-12.
- SÉRGIO, A. (1974), *Democracia*. Lisboa: Livraria Clássicos Sá da Costa.

- SOETE, L. (2000), “A economia baseada no conhecimento num mundo globalizado — desafios e potencial”, in Boyer, R., *et al.*, *Para uma Europa da Inovação e do Conhecimento*. Oeiras: Celta.
- STAMFORD, R. H. (org.) (2000), *Marginal employment, Research in the Sociology of Work*. Connecticut: JAI Press.
- SUPIOT, A. (2015), *L'Entreprise Dans Un Monde Sans Frontières; Perspectives Économiques Et Juridiques*. Paris: Dalloz.
- TREPOS, J. Y. (2000), “L'intervention sociale, emplois, nouveaux emplois, quasi-emplois, non-emplois, proto-emplois et idéologies professionnelles”, in Lestrade, B. e Boutilier, S. (org.), *Les mutations du travail en Europe*. Paris: Harmattan.
- UNAMUNO, M. (1967), *La Dignidad Humana*. Madrid: Espasa-Calpe.

DE QUE FALAMOS, QUANDO FALAMOS DE CONTRATO DE SERVIÇOS?

— Ainda os conceitos de meios e de resultado —

Por Hígina Castelo(*)

SUMÁRIO:

I. Introdução. **II. O contrato de prestação de serviço no ordenamento jurídico português.** 1. Amplitude do conceito no Código Civil. 2. A obrigação de proporcionar *certo resultado* do trabalho — significado. 2.1. Significado da *obrigação de resultado* na classificação de Demogue. 2.2. Continuando na dicotomia demoguiana — meios e resultado — significado e relevância. 2.3. O resultado no artigo 1154.º do CC português. **III. França: do “louage d’ouvrage” ao “contrat d’entreprise” e ao “contrat de prestation de service”.** **IV. O “arrendamiento de obras y servicios” em Espanha.** **V. O “Dienstvertrag” na Alemanha.** **VI. O contrato de serviços no Code des obligations suíço.** **VII. Os contratos de serviços no Codice civile italiano.** **VIII. Os contratos de serviços no Draft Common Frame of Reference (DCFR).** **IX. Algumas conclusões.**

I. Introdução

O texto trata do *contrato de serviços*, enquanto modelo contratual em que uma das partes se obriga a fornecer um serviço à outra, mediante um preço (perspetiva-se o contrato oneroso, por ser o mais habitual, mas muito do que se escreve vale também para contratos de serviços gratuitos).

(*) Juíza Desembargadora. Investigadora do Centro de Investigação & Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade (CEDIS).

É inegável a relevância económica, a diversidade e a complexidade das ocorrências sociais reconduzíveis a tal modelo, bem como o seu sucessivo crescimento, primeiro, na sociedade pós-industrial e, mais recentemente, na sociedade da informação. Hoje em dia, os contratos de serviços trespassam todas as relações contratuais; mesmo quando o principal contrato visado numa dada relação não tem por conteúdo uma prestação de serviço, os *pagamentos* que se efetuam têm na sua base contratos de serviços, as *comunicações* pré-contratuais e contratuais circulam por meios, tecnológicos ou não, de que as partes dispõem através de contratos de serviços, os contratos são celebrados com *intermediação* de (entidades que disponibilizam) plataformas eletrónicas que prestam serviços a quem as utiliza (seja comerciante, profissional ou consumidor), etc.

Acresce o frequente contacto com múltiplas ordens jurídicas, formal e materialmente distintas. Mesmo quando a internacionalização sucede no seio da Europa, o problema mantém-se, pois a harmonização europeia em sede de regulação de contratos de direito privado é escassa e superficial.

No plano da conceção e da disciplina jurídicas, a importância do tema evidencia-se nas divergentes abordagens que se encontram nos diversos sistemas, na obsolescência de várias das suas normas, nas dúvidas por outras suscitadas, e nas pontuais alterações introduzidas em alguns ordenamentos na tentativa de acompanhar a evolução social na matéria.

Justificado o interesse no objeto, o objetivo é o de contribuir para a compreensão do conceito e estrutura do contrato de serviços: como se posiciona no sistema, como se relaciona com figuras mais amplas, mais restritas e afins; e, qual a dimensão da obrigação do prestador, na sua relação com a satisfação do interesse primário da contraparte (sendo, neste aspeto, envolvida a dicotomia que opõe obrigações de resultado e obrigações de meios).

O ponto de partida e primeiro intento é o da busca de sentido para o instituto que o Código Civil português designa por *contrato de prestação de serviço* e ao qual dedica um conjunto de normas que várias interrogações suscitam (não só no plano conceptual e estrutural, sobre o qual o trabalho incide, mas também no plano das soluções do regime, que é deixado à margem). É na busca de respostas para o direito pátrio que o modelo contratual em questão é observado em alguns ordenamentos estrangeiros, jurídica e economicamente próximos, e também no sistema de *soft law* corporizado no *Draft Common Frame of Reference* (DCFR), no qual marca presença com densa regulação geral e de várias subespécies (empreitadas, de construção — *construction* — e de reparação ou manutenção — *processing* —, depósito, arquitetura e design, informação e aconselhamento,

tratamento). Os ordenamentos estrangeiros são percorridos pela ordem cronológica dos códigos vigentes onde o contrato é contemplado (*Code Civil des français*, de 1804, Código Civil espanhol, de 1889, *Bürgerliches Gesetzbuch* alemão, de 1900, *Code des Obligations* suíço, de 1911, e *Codice Civile* italiano, de 1942).

A título de nota prévia, esclareço que parte relevante do que escrevo nos números seguintes, até ao VII, inclusive, sem prejuízo de atualizações que entretanto se impuseram, provém da minha tese de doutoramento, onde foi escrito com o objetivo de relacionar o *contrato de prestação de serviço* com o *contrato de mediação*.

II. O contrato de prestação de serviço no ordenamento jurídico português

1. Amplitude do conceito no Código Civil

O Código Civil português vigente (de 1966), no Título II (*Dos contratos em especial*) do seu Livro II (*Direito das Obrigações*), dispõe de 16 capítulos dedicados aos contratos de compra e venda, doação, sociedade, locação, parceria pecuária, comodato, mútuo, trabalho, *prestação de serviço*, *mandato*, *depósito*, *empreitada*, renda perpétua, renda vitalícia, jogo e aposta, e transação.

Olhando apenas a esta sistematização, parece que os contratos de prestação de serviço, de mandato, de depósito e de empreitada se encontram no mesmo patamar e têm o mesmo nível de regulação. Lendo, porém, o capítulo IX, intitulado “Prestação de serviço”, percebe-se que assim não é. O capítulo inclui apenas três artigos: no primeiro, confere a *noção*; no segundo, identifica os contratos de *mandato*, de *depósito* e de *empreitada* como *modalidades* do contrato de prestação de serviço; e, no terceiro, institui o *regime do mandato* como *extensivo*, com as necessárias adaptações, às modalidades do contrato de prestação de serviço não especialmente reguladas.

A noção conferida pelo art. 1154.º é muito ampla, engloba todos os contratos em que o prestador se obriga a prestar um serviço mediante um preço, e outros ainda (os gratuitos). Lê-se no citado artigo: o “*contrato de prestação de serviço é aquele em que uma das partes se obriga a proporcionar à outra certo resultado do seu trabalho intelectual ou manual, com ou sem retribuição*”. Vendo bem, encontra-se nela apenas uma caracterís-

tica: a obrigação de uma das partes propiciar à outra certo resultado do seu trabalho. Os trechos “intelectual ou manual” e “com ou sem retribuição” têm por efeito enfatizar que a “obrigação de uma das partes propiciar à outra o resultado do seu trabalho” é a única nota necessária à qualificação de um contrato como de prestação de serviço.

Além das divisões aludidas no art. 1154.º — entre contratos de serviços intelectuais e contratos de serviços manuais, e entre contratos de serviços onerosos e contratos de serviços gratuitos —, cabem ali quaisquer outras, nomeadamente a divisão entre contratos de serviços que implicam a prática de atos materiais e contratos de serviços com prática de atos jurídicos (mandatos).

O progresso Código Civil português, de 1867, dito *Código de Seabra*, regulava também um conjunto de contratos, sob o título “*Dos contratos em particular*”. Neste encontrava-se um capítulo para o contrato de mandato (“Capítulo III — Do mandato ou procuradoria”, arts. 1318.º a 1369.º) e outro capítulo para os contratos de prestação de serviços (“Capítulo IV — Do contrato de prestação de serviços”, arts. 1370.º a 1451.º), com secções dedicadas aos seguintes contratos: serviço doméstico, serviço salariado, empreitadas, serviços prestados no exercício das artes e profissões liberais, transportes por animais de carga e por barcas (recovagem, barca-gem e alquilaria), albergaria ou pousada, aprendizagem e depósito.

O conjunto dos contratos de prestação de serviços no Código de Seabra era, portanto, mais restrito que o conjunto de contratos com o (quase) mesmo nome no Código vigente. No precedente, o conceito excluía serviços que implicavam (pelo menos a título principal) a obrigação de praticar um ato jurídico; enquanto no Código vigente, a noção é de tal forma abrangente que acolhe também contratos de mandato (com a particularidade de o regime para este gizado ser a bitola pela qual o Código manda que se rejam os contratos de prestação de serviço sem regime específico).

O contrato de prestação de serviço no Código Civil português vigente corresponde, portanto, a uma ampla categoria ou classe, que permite agregar espécies contratuais muito díspares, incluindo as que o Código identifica e regula como tal (mandato, depósito e empreitada) e outras (reguladas noutras leis ou sem regulação específica).

Vários autores têm chamado a atenção para isso. Nas palavras de PAIS DE VASCONCELOS, “[n]ão obstante lhe ter sido atribuído um capítulo próprio (...), como sucede em relação aos tipos contratuais, não consta do Código uma disciplina própria que possa ser tida como modelo regulativo típico. A remissão genérica para as regras do mandato significa a ausência de um modelo regulativo próprio. O contrato de prestação de serviço de que trata

o Capítulo IX do Título II do Livro II do Código não constitui um tipo contratual, mas sim uma classe de contratos”(1). É também como categoria ampla que ele é tratado por CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA(2) e por INOCÊNCIO GALVÃO TELLES(3). A atribuição por RUI PINTO DUARTE(4) da designação de *macrotipo* ao contrato de prestação de serviço é também reveladora de que não se trata de um tipo contratual vulgar.

Este entendimento do sistema português ultrapassa fronteiras, sendo partilhado por M.^A BELÉN TRIGO GARCÍA ao escrever: “Esta expresión [contrato de prestación de servicios], desde nuestro punto de vista, tiene en contra el ser demasiado general, más adecuada para designar un género de relaciones contractuales — contratos relativos a la prestación de servicios — que un contrato específico. De hecho, la recogen con este sentido el Derecho portugués y el Derecho peruano”(5).

2. A obrigação de proporcionar *certo resultado do trabalho* — significado

A redação do art. 1154.º do CC, com a sua alusão à obrigação de proporcionar um *resultado* do trabalho, tem dado azo a que seja chamada à exegese do artigo a classificação doutrinária das obrigações (ou das prestações de que se constituem), em obrigações de meios e obrigações de resultado(6). A noção legal que descreve a obrigação característica do prestador

(1) PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos atípicos*, Coimbra: Almedina, 1995, pp. 163-4.

(2) CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico*, Coimbra: Almedina, 1992, pp. 514 e ss. e *Contratos*, II, *Conteúdo, contratos de troca*, Coimbra: Almedina, 2007, pp. 184, ss.

(3) INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, “Aspectos comuns aos vários contratos”, *Boletim do Ministério da Justiça*, 23, mar. 1951, 18-91 (pp. 82 e 89-90). Também assim, remetendo para o anterior, em “Contratos civis, exposição de motivos”, RFDUL, 9, 1953, 144-221 (p. 209), mais tarde, também publicado em *BMJ*, 83, fev. 1959, 114-84.

(4) RUI PINTO DUARTE, “Contratos de intermediação no Código dos Valores Mobiliários”, *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários*, 7, 2000, 352-73 (pp. 355, nota 6, e 373).

(5) M.^A BELÉN TRIGO GARCÍA, *Contrato de servicios: perspectiva jurídica actual*, Granada: Comares, 1999, pp. 134-5. Na nota 269, acrescenta: “Los arts. 1154-1155 Cc. portugués de 1966 regulan la categoría genérica de *contrato de prestación de servicio*”.

(6) Sobretudo em acórdãos nos quais se discute a qualificação como *contrato de trabalho* ou como *contrato de prestação de serviço*, é frequente escrever-se que a distinção entre eles assenta em dois elementos essenciais: o objeto do contrato (prestação de atividade ou obtenção de um resultado) e o relacionamento entre as partes (subordinação ou autonomia). Vejam-se, a título de exemplo, os Acórdãos do STJ de 09/03/2017, proc. 424/13.3TTVFR.P1.S1, de 15/09/2010, proc. 4119/04.0TTLSB.S1, de 03/02/2010, proc. 1148/06.3TTPRT.S1, e de 23/02/2005, proc. 04S2268; os Acórdãos do TRL

do serviço — *obrigação de proporcionar certo resultado do trabalho* — é efetivamente enigmática, trazendo à memória as obrigações de resultado da classificação de DEMOGUE, sem que com elas se identifique. Longe disso, os contratos de serviços são o mais fecundo palco de contratos cujas prestações características se reconduzem a obrigações que, naquela categorização, se designam “obrigações de meios”, por contraposição às “obrigações de resultado”.

Porque, por um lado, a identificação do *resultado* do trabalho a que se reporta o art. 1154.º do CC português com o *resultado* na classificação demoguiana não é exata, e, por outro lado, esta classificação é interessante e útil na dogmática dos contratos de serviços, intento em seguida aclarar o significado do termo em cada um dos contextos.

2.1. Significado da *obrigação de resultado* na classificação de Demogue

Pelo final do primeiro quartel do século XX, RENÉ DEMOGUE dividiu as obrigações em *obrigações de meios* e *obrigações de resultado*. Fê-lo de forma incidental, ao discorrer sobre as diferenças relativas ao *onus da prova* na *responsabilidade contratual* e na *responsabilidade aquiliana*(7). Concluiu que a diferença do regime do ónus da prova não dependia da *fonte*, contratual ou delitual, da obrigação, mas sim do *conteúdo* da obrigação do devedor: a *prestação de um resultado* ou apenas a *tomada de medidas que normalmente são de natureza a atingi-lo*. No primeiro caso (obrigação de resultado), constatando-se a obrigação e a sua inexecução, o credor ganharia a causa, a menos que o devedor provasse que a impossibilidade de executar se deveu a caso fortuito ou de força maior (haveria, portanto, uma presunção de *faute* do devedor). No segundo (obrigação de

de 12/01/2011, nos processos 633/08.7TTALM.L1-4 e 4879/07.7TTLSB.L1-4; os Acórdãos do TRP de 05/07/2010, proc. 317/05.8TTVFR.P1, de 22/02/2010, proc. 394/07.7TTMAI.P1, e de 23/03/2009, proc. 0845906, disponíveis e consultados em <www.dgsi.pt> (como todos os citados sem indicação de outra proveniência). Embora em alguns destes arestos se reconheça a dificuldade da distinção através do primeiro critério, sendo, em última análise, “o relacionamento entre as partes — a subordinação ou autonomia — que permite atingir aquela distinção”. Outros acórdãos afirmam, ou pressupõem, que os contratos de prestação de serviço podem limitar-se a obrigações de meios — exemplificativamente, os Acórdãos do STJ de 23/03/2017, proc. 296/07.7TBMCN.P1.S1, de 02/06/2016, proc. 4845/12.0TB STB.E1.S1, e de 15/10/2009, proc. 08B1800; e o Acórdão do TRL de 15/05/2008, proc. 3578/2008-6.

(7) RENÉ DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, I, *Sources des obligations (Suite et fin)*, T. V, Paris: Rousseau et Cie Editeurs, 1925, pp. 536-44.

meios), *quer a fonte da obrigação fosse a lei, quer fosse um contrato*, o credor teria de demonstrar a falta das adequadas medidas e o nexo causal entre aquela falta e o dano⁽⁸⁾.

Já anteriormente outros autores tinham posto em evidência a distinção das obrigações segundo a maior ou menor correspondência entre o seu objeto e o resultado esperado pelo credor⁽⁹⁾, mas foi DEMOGUE quem atribuiu aos dois tipos de obrigações as designações pelas quais ainda hoje são mais conhecidas⁽¹⁰⁾ e que deu o mote para inúmeros estudos e desenvolvimentos em vários países, em sentidos variados.

Depressa, no entanto, a distinção se concentrou no campo dos contratos. Em França, tem sido utilizada para facilitar a resolução de problemas de ónus da prova no domínio da responsabilidade contratual: nas obrigações de resultado, assente a inexecução (ou a mora), o devedor é responsável por ela, a menos que prove que ela teve origem em caso fortuito ou de força maior; nas de meios, cabe ao credor a prova de que o devedor não agiu com os cuidados de um bom pai de família⁽¹¹⁾.

O critério da dicotomia é, como resulta do dito, referente ao *objeto imediato* da obrigação, na sua *relação com o resultado que satisfaz o interesse primário do credor*: se a prestação consiste em causar aquele resultado, a obrigação é de resultado; se a prestação consiste em tentar causá-lo, sem que o devedor responda pela não causação, a obrigação é de meios. No primeiro caso diz-se que o resultado (que satisfaz o interesse primário

⁽⁸⁾ *Idem, ibidem*, sobretudo pp. 538-9 e 542-3.

⁽⁹⁾ Sobre esses antecedentes J. MIGUEL LOBATO GÓMEZ, “Contribución al estudio de la distinción entre las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado”, *Anuario de Derecho Civil*, 45, 2, abril-junho 1992, 651-734 (pp. 660-3); RICARDO LUCAS RIBEIRO, *Obrigações de meios e obrigações de resultado*, Coimbra: Wolters Kluwer Portugal, 2010, pp. 24-7.

⁽¹⁰⁾ Sem prejuízo do uso menos frequente de terminologias distintas, como por exemplo, obrigações de *prudência* ou de *diligência* (em vez de *meios*) e obrigações *determinadas* (na vez de *resultado*) — HENRI MAZEAUD, LÉON MAZEAUD, FRANÇOIS CHABAS, *et al.*, *Leçons de droit civil*, T. II, Vol. I, *Obligations*, 9.^a ed., Paris: Montchrestien, 1998, p. 13; obrigações de *diligência* e obrigações de *resultado* — ANDRÉ TUNC, “La distinction des obligations de résultat et des obligations de diligence”, *JCP — La Semaine Juridique*, I, 1945, art. 449.^o, ponto 1. As diferentes terminologias não passam disso, não tendo reflexo nos respetivos conceitos ou efeitos jurídicos — assim o nota também LOBATO GÓMEZ, “Contribución al estudio de la distinción entre las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado”, *cit.*, p. 657.

⁽¹¹⁾ Assim, por exemplo, ALAIN BÉNABENT, *Droit civil, les obligations*, 12.^a ed., Paris: Montchrestien-Lextenso, 2010, p. 290; HENRI MAZEAUD, LÉON MAZEAUD, FRANÇOIS CHABAS *et al.*, *Leçons de droit civil, cit.*, pp. 677, 684-5; ANDRÉ PLANCQUEEL, “Obligations de moyens, obligations de résultat (Essai de classification des obligations contractuelles en fonction de la charge de la preuve en cas d’inexécution)”, *RTDC*, 70, 1972, pp. 334-40; STÉPHANIE PORCHY-SIMON, *Droit civil, les obligations*, 6.^a ed., Paris: Dalloz, 2010, pp. 11 e 225-6; ANDRÉ TUNC, “La distinction des obligations de résultat et des obligations de diligence”, *cit.*, ponto 6.

do credor, ou *resultado definidor da prestação*)⁽¹²⁾ está “*in obligatione*”, incluído na obrigação. No segundo, a prestação a que o devedor se vincula não contempla a *obtenção do resultado*, mas apenas a *tentativa* de o causar, o desenvolvimento da atividade adequada à sua eclosão.

Repare-se que a clivagem entre obrigações de resultado e obrigações de meios ressalta apenas no âmbito das obrigações *de facere*, que são as obrigações típicas dos contratos de prestação de serviço — as *de dare* e as *de non facere* são de resultado. Os exemplos de obrigações de meios encontrados em monografias são de contratos pertencentes à classe dos de prestação de serviço, sendo quase sempre recordado o de prestação de serviço médico, que inclusivamente esteve na base da primeira posição da jurisprudência francesa sobre o problema⁽¹³⁾. Os casos judiciais e as obras sobre prestação de serviço médico têm sido o pano de fundo privilegiado das referências à classificação, em Portugal⁽¹⁴⁾. Tanto bastaria para se afirmar que o “resultado” referido na noção legal de contrato de prestação de serviço não é o “resultado” da dicotomia de DEMOGUE.

2.2. Continuando na dicotomia demoguiana — meios e resultado — significado e relevância

Estando desde já assente que, à luz do amplo conceito de *contrato de prestação de serviço* insito no Código Civil português, esta classe de contratos comporta *obrigações de meios* (v.g., em certos contratos de serviço médico) e *obrigações de resultado* (v.g., no contrato de empreitada), e antes de atribuímos um significado útil ao “resultado” referido na noção

(12) A expressão é de PEDRO MÚRIAS e MARIA DE LURDES PEREIRA, “Obrigações de meios, obrigações de resultado e custos da prestação”, in *Centenário do nascimento do Professor Doutor Paulo Cunha: estudos em homenagem*, Coimbra: Almedina, 2012, pp. 999-1018.

(13) Acórdão da *Cour de cassation* de 20/05/1936, por quase todos referido, v.g., por ANDRÉ TUNC, “La distinction des obligations de résultat et des obligations de diligence”, *cit.*, ponto 1.

(14) A título de exemplo, vejam-se os Acórdãos do STJ de 19/06/2001, proc. 01A1008, de 17/02/2002, proc. 02A4057, de 11/07/2006, proc. 06A1503, de 18/09/2007, proc. 07A2334, de 04/03/2008, proc. 08A183, de 15/10/2009, proc. 08B1800, de 17/12/2009, proc. 544/09.9YFLSB, de 07/10/2010, proc. 1364/05.5TBBC.L.G1.S1, de 24/05/2011, proc. 1347/04.2TBPNF.P1.S1, de 15/12/2011, proc. 209/06.3TVPRT.P1.S1. Na doutrina, CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, “Os contratos civis de prestação de serviço médico”, in AAVV, *Direito da saúde e bioética*, Lisboa: AAFDL, 1996, *maxime* pp. 110-2; RIBEIRO DE FARIA, “Novamente a questão da prova na responsabilidade civil médica — reflexões em torno do direito alemão”, *RDFUP*, 1, 2004, 115-95, sobretudo pp. 115-120; MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, “Sobre o ónus da prova nas acções de responsabilidade civil médica”, in AAVV, *Direito da saúde e bioética*, Lisboa: AAFDL, 1996, *maxime*, pp. 125-6.

de contrato de prestação de serviço contida no art. 1154.º do CC, importa avançar, ainda que telegraficamente, na elucidação de alguns aspetos da dicotomia em presença.

Em primeiro lugar, a obrigação será aquilo que as partes tiverem convencionado. Em campo dominado pela liberdade contratual, as relações entre privados são regidas pelas suas estipulações negociais, pelo que o nível da obrigação é aquele que for acordado que seja. Nada impede, em geral, que as partes alarguem ou restrinjam as obrigações típicas e, em consequência, a medida da indemnização ou as circunstâncias em que será devida⁽¹⁵⁾. Portanto, aferir se o devedor contraiu uma obrigação de resultado, se de meios, depende da interpretação do contrato celebrado. Essa interpretação far-se-á de acordo com as regras gerais, desde logo, com as enunciadas nos arts. 236.º a 238.º do CC⁽¹⁶⁾. O grau de aleatoriedade do resultado, frequentemente referido como critério de distinção⁽¹⁷⁾, há de relevar se for de tal forma elevado que o credor não possa razoavelmente contar com a causação do resultado (cf. art. 236.º, n.º 1, parte final, do CC), ou se, havendo dúvida sobre o sentido da declaração, a obrigação de causar o resultado conduzir a um desequilíbrio das prestações (cf. art. 237.º do CC).

Numa segunda nota, há que deixar claro que todas as obrigações têm por conteúdo uma prestação que implica *atividade ou meios*, e todas as obrigações visam a obtenção de um *resultado* em vista do qual a atividade prestacional há de ser desenvolvida. Ou seja, mesmo as *obrigações de resultado* implicam uma *atividade para causá-lo*; e mesmo as *obrigações de meios* têm no seu horizonte um *resultado*, em vista do qual são assumidas e que há de orientar a atividade a desenvolver para o causar (ou tentar causá-lo). A consciência de que as obrigações de meios não prescindem do

(15) Sobre este ponto vejam-se as detidas análises de RICARDO LUCAS RIBEIRO, *cit.*, pp. 62-79; e de M.ª BELÉN TRIGO GARCÍA, *cit.*, pp. 194-212. Já de fragmento de Ulpiano (D.13.6.5.2) resultava que, nas obrigações contratuais, as partes são livres de determinar o nível da obrigação — citado por GEOFFREY SAMUEL, *Law of Obligations*, Cheltenham/Northampton: Edward Elgar, 2011, p. 32.

(16) Sobre o tema, RUI PINTO DUARTE, *A interpretação dos contratos*, Coimbra: Almedina, 2016; CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos IV Funções. Circunstâncias. Interpretação*, Coimbra: Almedina, 2017, pp. 222-314.

(17) Exposições dos vários critérios propostos para a distinção dos dois ramos da classificação, JOSEPH FROSSARD, *La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat*, Paris: LGDJ, 1965, pp. 128-64; LOBATO GÓMEZ, “Contribución al estudio de la distinción entre las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado”, *cit.*, pp. 697-706; RICARDO LUCAS RIBEIRO, *Obrigações de meios e obrigações de resultado*, *cit.*, pp. 61 e 79-86; FRANCISCO JORDANO FRAGA, “Obligaciones de medios y de resultado (A propósito de alguna jurisprudencia reciente)”, *Anuario de Derecho Civil*, 44, 1, janeiro-março 1991, 5-96 (p. 10); ANDRÉ PLANCQUEEL, “Obligations de moyens, obligations de résultat”, *cit.*, pp. 339-40; M.ª BELÉN TRIGO GARCÍA, *Contrato de servicios*, *cit.*, pp. 212-29; ANDRÉ TUNC, “La distinction des obligations de résultat et des obligations de diligence”, *cit.*, ponto 6.

resultado a que tendem, e as de resultado não prescindem de uma atividade destinada a causá-lo, está de há muito presente na doutrina. MANUEL GOMES DA SILVA afirmava ser “um erro prescindir inteiramente da ideia de resultado para caracterizar certas obrigações. Quando ao devedor se exigem simples cautelas, simples atos de prudência e de diligência, é o fim em vista a diretriz que o orienta na determinação dos atos que deve praticar”⁽¹⁸⁾. ANDRÉ TUNC, por seu turno, enfatizando a omnipresença da diligência, escreveu: “au fond, toute obligation contractuelle a pour objet une certaine diligence du débiteur, à la seule exception de l’obligation, très exceptionnelle, de donner, au sens latin du mot, c’est-à-dire de transférer la propriété d’un bien (...) e, si l’on veut, de l’obligation de ne pas faire”⁽¹⁹⁾. NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA nega, mesmo, que nas obrigações ditas de resultado o devedor se obrigue a prestar o dito, ao invés obrigar-se-ia, tal como nas de meios, a “um comportamento diligente concretizado na mais elevada medida de cuidado exterior”, o dever de prestar um resultado seria “tão-só o *dever de indemnizar* o dano causado pela falta do resultado prometido”⁽²⁰⁾. Lembrando a necessidade de ambos, resultado e diligência, ANDRÉ PLANCQUEEL: “C’est qu’il est rationnellement impossible de séparer, d’isoler le résultat, le but à atteindre, des moyens qui doivent y conduire. L’acceptation d’une obligation, quelle que soit sa nature, quel que soit son objet, vise nécessairement à l’atteinte d’un certain résultat, celui que les parties au contrat ont en vue”⁽²¹⁾.

O terceiro apontamento visa explicitar que o resultado que importa à dicotomia, seja por ser aquele que o devedor se compromete a causar (obrigações de resultado), seja por ser aquele que se compromete a tentar causar (obrigações de meios), é o que corresponde ao interesse primário do credor, àquele interesse que direta ou imediatamente visado pela contratação. PEDRO MÚRIAS e MARIA DE LURDES PEREIRA designam-no por “resultado definidor da prestação” (para o distinguir de resultados exteriores e de resultados subalternos)⁽²²⁾.

Em quarto lugar, esclarece-se que nem sempre o resultado é autónomo da atividade prestacional. Por exemplo, a prestação de um animador,

(18) MANUEL GOMES DA SILVA, *O dever de prestar e o dever de indemnizar*, Lisboa: [s.n.], 1944, p. 239.

(19) ANDRÉ TUNC, “La distinction des obligations de résultat et des obligations de diligence”, *cit.*, ponto 3.

(20) NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *Princípios de direito dos contratos*, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 42.

(21) ANDRÉ PLANCQUEEL, “Obligations de moyens, obligations de résultat”, *cit.*, p. 334.

(22) PEDRO MÚRIAS e MARIA DE LURDES PEREIRA, “Obrigações de meios, obrigações de resultado e custos da prestação”, *cit.*, pp. 1000 e 1006-9.

contador de histórias, mágico ou ator que se contrata para uma festa é de resultado, mas este não se distingue da atividade que o profissional vai desenvolver para cumprir a sua obrigação.

Uma quinta nota para dizer que, na legislação portuguesa, o regime do ónus da prova não difere em função de a obrigação ser de meios ou de resultado. O Código Civil fornece as mesmas regras sobre a prova, respetivos ónus e presunções (*maxime*, arts. 342.º, 344.º e 799.º). Num caso e no outro incumbe ao credor a prova dos factos constitutivos do direito que pretende fazer valer e que podem resumir-se ao contrato de que emerge a obrigação (no incumprimento *tout court* e na mora) ou podem ter de abranger também as falhas da tentativa de obter o resultado ou deste último (no cumprimento defeituoso). E cabe ao devedor a prova dos factos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do credor, por exemplo, a prova de que efetuou a prestação (caso lhe seja assacada falta de cumprimento ou mora), assim como lhe cabe a prova de que o incumprimento (ou o cumprimento defeituoso) em que tenha incorrido não lhe é imputável a título de culpa. Neste sentido manifesta-se também a maioria da doutrina portuguesa que sobre a questão se debruça⁽²³⁾. Sendo que para nós, a desadequação da atividade prestacional de uma obrigação de meios para a obtenção do resultado e a culpa no desenvolvimento dessa atividade são situações distintas⁽²⁴⁾.

Em síntese, a relevância da classificação e o fulcro da distinção respeitam à aferição do cumprimento (em que consiste) e do momento em

(23) ASSIM, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil português*, II, *Direito das obrigações*, T. I, Coimbra: Almedina, 2009, sobretudo pp. 447-54; EDUARDO DOS SANTOS JÚNIOR, *Direito das obrigações*, I, *Sinopse explicativa e ilustrativa*, Lisboa: AAFDL, 2010, p. 110; MENEZES LEITÃO, *Direito das obrigações*, I, *Introdução: da constituição das obrigações*, 9.ª ed., Coimbra: Almedina, 2010, p. 142; PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito das obrigações*, 3.ª ed., Lisboa: AAFDL, 2011, p. 182; NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *Princípios de direito dos contratos*, cit., pp. 40-1, e “Responsabilidade civil em instituições privadas de saúde: problemas de ilicitude e de culpa”, in *Responsabilidade Civil dos Médicos*, FDUC, CDB 11, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, pp. 127-255 (245); RICARDO LUCAS RIBEIRO, *Obrigações de meios e obrigações de resultado*, cit., pp. 103, 109-10, 118; JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, 4.ª ed., Coimbra: Almedina, 2002, nota 154, pp. 80-1; MANUEL GOMES DA SILVA, *O dever de prestar e o dever de indemnizar*, cit., pp. 205-7 e 238-48. No sentido de que a presunção de culpa do art. 799.º do CC não se aplica a obrigações de meios, RIBEIRO DE FÁRIA, “Novamente a questão da prova na responsabilidade civil médica — reflexões em torno do direito alemão”, cit. Porém, como assinalam PEDRO MÚRIAS e MARIA DE LURDES PEREIRA, “Obrigações de meios, obrigações de resultado e custos da prestação”, cit., p. 1012, nota 21, RIBEIRO DE FÁRIA define as obrigações de meios através da ideia de diligência — na responsabilidade contratual pelo incumprimento (*lato sensu*) de obrigação de meios, haveria uma sobreposição ou coincidência entre os requisitos da ilicitude e da culpa —, o que apenas é rigoroso em alguns casos.

(24) A este propósito e por todos, v. o citado trabalho de NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, “Responsabilidade civil em instituições privadas de saúde: problemas de ilicitude e de culpa”, pp. 238-245.

que se alcança: nas obrigações de meios, há cumprimento quando se completa a atividade mais adequada a causar o resultado e já não é exigível que este (se não eclodiu) continue a ser tentado; nas de resultado, há cumprimento quando o resultado definidor da prestação é causado (o que naturalmente implica que se tenha desenvolvido a atividade a tanto necessária).

2.3. O resultado no art. 1154.º do CC português

Relembro que o percurso pela dicotomia “obrigações de resultado” e “obrigações de meios” foi impulsionado, não apenas pela importância da categorização em causa nas prestações de serviços, mas também, e primeiramente, pela busca de sentido para a noção de contrato de prestação de serviço no Código Civil português (contrato pelo qual o prestador do serviço se obriga a proporcionar *certo resultado do seu trabalho* intelectual ou manual).

Como acima se concluiu, nos contratos de serviços, o prestador pode obrigar-se a causar o resultado desejado pela contraparte, como tipicamente sucede na empreitada; mas também pode obrigar-se apenas a desenvolver a atividade adequada à obtenção do resultado que satisfaz o interesse primário do credor, como tipicamente sucede em tratamentos médicos.

Consequentemente, o resultado inscrito no art. 1154.º do CC português não corresponde ao resultado a que se reporta a classificação que o juriconsulto francês imortalizou.

Para compreender o significado de “*resultado*” no art. 1154.º do CC é imprescindível confrontar o teor deste artigo com o do art. 1152.º que fornece a noção de contrato de trabalho. Enquanto no art. 1154.º do CC se afirma que o prestador do serviço se obriga a proporcionar *certo resultado do seu trabalho intelectual ou manual*, no art. 1152.º do mesmo Código afirma-se que o trabalhador se obriga a *prestar a sua atividade intelectual ou manual a outra pessoa, sob a autoridade e direção desta*.

GALVÃO TELLES, explicando as opções do projeto do que viria a ser o atual Código Civil, e reportando-se ao contrato de trabalho, afirma:

“Celebra-se tal espécie de contrato quando alguém se obriga para com outrem, mediante retribuição, a fornecer-lhe o próprio trabalho nas suas energias criadoras, e não concretamente o resultado ou os resultados dele. Promete-se a atividade na sua raiz, como processo ou instrumento posto dentro dos limites mais ou menos largos à disposição da outra parte para a realização dos seus fins; não se promete este ou

aquele efeito a alcançar mediante o efeito de esforço, como a transformação ou o transporte de uma coisa, o tratamento de um doente, a condução de um litígio judicial. Nisto se distingue a *locatio operarum* ou contrato de trabalho e a *locatio operis*, a que na falta de designação mais expressiva, o signatário dá em português o nome de contrato de prestação de serviço, regulado como figura geral no Capítulo seguinte e de que são espécies com autonomia legislativa, a incluir também no Código Civil, o mandato e o depósito”⁽²⁵⁾.

Neste raciocínio, olvida-se que muitas vezes, sobretudo no tratamento de doentes, também não se promete o “efeito a alcançar mediante o efeito de esforço”, havendo contratos de serviços em que só a atividade se promete. O Autor, porém, continua (a ênfase é acrescentada):

“Mas como se pode verdadeiramente saber se se promete o trabalho ou um seu resultado? Todo o trabalho conduz a algum resultado e este não existe sem aquele. O único critério legítimo está em averiguar se a atividade é ou não prestada sob a direção da pessoa a quem ela aproveita, que dela é credora. Em caso afirmativo promete-se o trabalho em si, porque à outra parte competirá, ainda que porventura em termos bastante ténues, dirigi-lo, encaminhando-o para a consecução dos resultados que se propõe. (...) Na outra hipótese promete-se o resultado do trabalho, porque é o prestador que, livre de toda a direção alheia sobre o modo de realização da atividade como meio, a orienta por si, de maneira a alcançar os fins esperados”⁽²⁶⁾.

Sobre o contrato de prestação de serviço, afirma:

“O prestador obriga-se à realização de um serviço, que efetuará por si, com autonomia, sem subordinação à direção da outra parte, como no contrato de trabalho. (...) O que se pretende exprimir com o uso do singular [serviço] é (a exemplo da fórmula latina *opera*) o caráter *concreto* da atividade prometida, que é olhada no seu resultado, e não em si, como energia laboradora que a outra parte oriente em conformidade com os seus fins”⁽²⁷⁾.

E, nesta passagem sintetizadora:

“O trabalho é além *subordinado*, aqui *autónomo*. A subordinação ou autonomia é que permite em última análise extremar a *locatio operarum* ou contrato de trabalho e a *locatio operis* ou contrato de prestação de serviço”⁽²⁸⁾.

É clara a identificação feita por GALVÃO TELLES entre *locatio operarum*, prestação de atividade e prestação juridicamente dependente, por um lado, e entre *locatio operis*, prestação de um resultado e prestação jurídica-

(25) GALVÃO TELLES, “Contratos civis, exposição de motivos”, *cit.*, pp. 200-1.

(26) GALVÃO TELLES, “Contratos civis, exposição de motivos”, *cit.*, p. 201.

(27) GALVÃO TELLES, “Contratos civis, exposição de motivos”, *cit.*, pp. 207-8.

(28) GALVÃO TELLES, “Contratos civis, exposição de motivos”, *cit.*, p. 201.

mente autónoma, por outro. Não são estes os sentidos de prestação de meios (ou atividade) e prestação de resultado na classificação de DEMOGUE, pese embora alguma interseção⁽²⁹⁾. E também não são aqueles os significados geralmente atribuídos aos modelos romanos. Em rigor, na Roma Antiga, a *locatio conductio operarum* correspondia a contratos pelos quais se locava uma certa quantidade de trabalho (fosse trabalho escravo, fosse trabalho fornecido pelo trabalhador livre); e a *locatio conductio operis* correspondia a contratos onerosos pelos quais o *conductor* fornecia ao *locator* uma obra efetuada por si; eram ambas reportadas a ocupações manuais, sendo os serviços intelectuais prestados por via do mandato⁽³⁰⁾. Presentemente, estes modelos romanos têm um interesse histórico de compreensão da evolução dos conceitos, mas não servem as necessidades atuais, nem têm correspondência com o direito vivido.

Hoje, os contratos de prestação de serviço integram quer atividades manuais quer intelectuais (não desprezando a dificuldade, e em certos casos a impossibilidade, de arrumar as atividades humanas nesta dicotomia simplificada), bem como integram prestações em que o prestador se obriga a causar um resultado, autónomo da atividade desenvolvida ou coincidente com esta (neste último caso, por exemplo, a prestação do ator ou do cantor), e outras em que apenas se obriga a tentar causar certo resultado.

Conclui-se, assim, que o *resultado do trabalho* a que se reporta o art. 1154.º não coincide com o *resultado das obrigações de resultado* a que se reporta a classificação de DEMOGUE, significando, sim, o modo juridicamente autónomo como o trabalho é realizado em vista de um dado resultado, que poderá integrar, ou não, a prestação a que o fornecedor do serviço se vinculou.

⁽²⁹⁾ Ainda que sem extrair esta conclusão, CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, “Os contratos civis de prestação de serviço médico”, *cit.*, p. 111, acusa a dificuldade de cruzamento da classificação de DEMOGUE com a noção portuguesa de contrato de prestação de serviço, concluindo, a propósito do contrato de prestação de serviço médico, que a distinção acaba por ser fonte de “confusões ou imprecisões (...) pelo que é preferível renunciar a ela”.

⁽³⁰⁾ Sobre a origem e as modalidades da *locatio conductio*, PAUL OURLIAC e J. DE MALAFOSSE, *Histoire du Droit privé I, Les Obligations*, 2.ª ed., Paris: Presses Universitaires de France, 1969, pp. 293-302; MAX KASER, *Direito privado romano*, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999, pp. 249-55; SANTOS JUSTO, *Direito privado romano*, II, *Direito das obrigações*, 4.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2011, pp. 63-72. Na doutrina espanhola e a propósito dos contratos de serviços, M.ª BELÉN TRIGO GARCÍA, *Contrato de servicios*, *cit.*, pp. 5-34 e 183-6; e MARIA JOSÉ VAQUERO PINTO, *El arrendamiento de servicios, propuesta de modelo general para la contratación de servicios*, Granada: Comares, 2005, *maxime* pp. 1-2 e 65-77. Em Portugal, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, XII, *Contratos em especial (2.ª parte)*, Coimbra: Almedina, 2018, pp. 373-7 e 803-11; o Autor assinala também a divergência do entendimento expressado por Galvão Telles (pp. 383 e 837-8).

Em suma, o trecho “certo resultado do seu trabalho” não afunila o grupo de contratos de serviços àqueles em que a prestação corresponde a uma obrigação de resultado. Pelo contrário, os contratos de prestação de serviço comportam ambas as espécies de obrigações.

III. França: do “*louage d’ouvrage*” ao “*contrat d’entreprise*” e ao “*contrat de prestation de service*”

O Código Civil francês⁽³¹⁾, ainda o *Code Napoléon*, vigente desde 1804, mas com inúmeras alterações — sendo relevante para o tema em análise a reforma do direito dos contratos de 2016-2018 —, prevê e regula alguns tipos de contratos de serviços, em sede de contrato de locação (seguindo a tradição romanista). O título dedicado ao contrato de locação (“*Titre VIII: Du contrat de louage*”), após um capítulo com disposições gerais (arts. 1708.º a 1712.º), dispõe de mais três capítulos dedicados, sucessivamente, à locação de *coisas* (arts. 1713.º a 1778.º), à locação de *trabalho e indústria* (arts. 1779.º a 1799.º-1), e à locação de *gado* (arts. 1800.º a 1831.º). Na locação de *trabalho e indústria* (“*Chapitre III: Du louage d’ouvrage et d’industrie*”), regulam-se três espécies principais, logo identificadas no art. 1779.º: a locação de *serviço* (*Section 1: Du louage de service* — art. 1780.º), a locação de *veículos*, por terra e por mar, que se encarregam do transporte de pessoas e de mercadorias (*Section 2: Des voitures par terre et par eau* — arts. 1782.º a 1786.º), e a locação de *arquitetos, construtores e técnicos*, para estudos, projetos e obras (*Section 3: Des devis et des marchés* — arts. 1787.º a 1799.º-1).

A *locação de serviço* (*Du louage de service*) corresponde ao trabalho subordinado e tem o seu domínio hoje consumido pelo direito do trabalho; e a secção intitulada *Des devis et des marchés* regula os contratos de empreitada. No capítulo relativo à *locação de trabalho e indústria* estão, portanto, regulados três tipos contratuais: o contrato de trabalho, o contrato de transporte e o contrato de empreitada.

Por via doutrinária e jurisprudencial surgiu a noção de *contrat d’entreprise*, como modelo amplo que abrange as prestações onerosas de serviços, efetuadas em nome próprio e de forma juridicamente autónoma, quer tenham por objeto a construção ou transformação de uma coisa material

(31) Consultável na página eletrónica oficial, em <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721>>.

(casos a que corresponde a regulação do capítulo *Des devis et des marchés*), quer tenham um objeto imaterial, como é o caso, em geral, dos serviços prestados por médicos, advogados, professores, agentes de viagens, consultores, entre outros⁽³²⁾. Nas noções avançadas — que, por estas ou outras palavras, dizem tratar-se do contrato pelo qual uma pessoa se compromete, contra remuneração, a efetuar, de maneira independente, um trabalho em benefício da outra, sem a representar — faz-se frequente apelo à noção contida na sentença da *Cour de Cassation*, de 19 de fevereiro de 1968 — “*une personne (l’entrepreneur) s’engage moyennant rémunération à accomplir de manière indépendante un travail, au profit d’une autre (le maître de l’ouvrage), sans la représenter*”⁽³³⁾. Esta noção permite a distinção face ao contrato de mandato que, em França, é sempre representativo: “O mandato ou procuração é um ato pelo qual uma pessoa dá a uma outra o poder de fazer alguma coisa para o mandante e em seu nome” (art. 1984.º do *Code civil*). Só o mandato comercial na sua forma de comissão pode ter caráter não representativo: “O comissário é aquele que age em seu próprio nome ou sob um nome social por conta de um comitente. Os deveres e os direitos do comissário que age em nome de um comitente são determinados pelo Título XIII do Livro III do Código Civil” (art. L132-1 do *Code de commerce*). Num caso e no outro não subsistem dúvidas sobre o cerne do objeto da prestação do mandatário como sendo constituído pela prática de atos jurídicos⁽³⁴⁾.

O chamado *contrat d’entreprise* abrange os contratos em que o prestador se compromete a uma prestação *de facere*, composta, a título princi-

(32) JÉRÔME HUET, *Les principaux contrats spéciaux*, 2.ª ed., Coleção Traité de Droit Civil (dir. Jacques Ghestin), Paris: LGDJ, 2001, pp. 1243-7 e 1281-4; PHILIPPE MALAURIE, LAURENT AYNÈS e PIERRE-YVES GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, 4.ª ed., Paris: Defrénois, 2009, p. 405 — “D’une part, il y a toute une catégorie de contrats d’entreprise qui ont pour objet une chose matérielle; le Code civil les régit sous le nom de devis et marchés (arts. 1787.º-1799.º), ce qui embrasse tous les contrats ayant pour objet la fabrication (par exemple, la construction), la transformation ou l’entretien d’une chose (...). D’autre part, il existe de nombreux contrats d’entreprise qui portent sur un objet immatériel: par exemple, ceux que pratiquent les médecins, les avocats, les agences de voyage, les conseils (juridiques, fiscaux, en organisation), les organisateurs de spectacles, les professeurs”.

(33) FRANÇOIS COLLART DUTILLEUL e PHILIPPE DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, 6.ª ed., Paris: Dalloz, 2002, p. 595; FRANÇOISE LABARTHE e CYRIL NOBLOT, *Le contrat d’entreprise*, Paris: LGDJ, 2008, pp. 25-6; PHILIPPE MALAURIE, LAURENT AYNÈS e PIERRE-YVES GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, cit., p. 411.

(34) FRANÇOIS DUTILLEUL e PHILIPPE DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, cit., pp. 534-5 — “Le mandataire ne fait pas quelque chose. Sa tâche est plus précise: il accomplit des actes juridiques”, “Quant à la nature de ces actes, il doit s’agir d’actes juridiques” — e 552-3; PHILIPPE MALAURIE, LAURENT AYNÈS e PIERRE-YVES GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, cit., p. 286 — “Le mandat ne peut avoir traditionnellement pour objet que des actes juridiques (...). Un contrat ayant pour objet principal l’accomplissement pour autrui d’actes matériels n’est pas un mandat”.

pal, por atos que não implicam representação do cliente, executados de modo juridicamente autónomo, e quer garanta um dado resultado, quer se comprometa apenas aos seus melhores esforços para o conseguir⁽³⁵⁾.

A recente reforma do direito contratual em França — introduzida pela “*ordonnance*”⁽³⁶⁾ 2016-131, de 10 de fevereiro de 2016, sobre a reforma do direito dos contratos (abrangente do regime geral e da prova das obrigações), ratificada pela Lei 2018-287, de 20 de abril de 2018, publicada no Jornal Oficial de 21 de abril de 2018 —, introduziu no *Code* o conceito de “*contrat de prestation de service*”, ao estabelecer, no novo art. 1165.º, que nos *contratos de prestação de serviço*, na falta de acordo das partes antes da sua execução, o preço pode ser fixado pelo credor, incumbindo-lhe justificar o valor caso o devedor o conteste (e podendo o juiz arbitrar uma indemnização por danos em caso de abuso na fixação do preço).

No *Code* já havia uma referência à *prestação de serviços*, na expressão “*fourniture de biens ou de prestation de services*” dos arts. 1369.º-4 e 1369.º-6, retomada nos arts. 1127.º-1 e 1127.º-3 novos. Mas, nesse contexto, tratava-se da transposição da Diretiva sobre Comércio Eletrónico (Diretiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de junho de 2000), pelo que foi adotada a terminologia contratual europeia. No novo art. 1165.º (bem como no novo art. 1352.º-8) usam-se as expressões “contrato de prestação de serviço” (note-se o singular) e “restituição de uma prestação de serviço” fora do contexto europeu⁽³⁷⁾.

(35) PHILIPPE MALAURIE, LAURENT AYNÈS e PIERRE-YVES GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, cit., pp. 405-51 — “un contrat d’entreprise fait naître tantôt une obligation de moyens, tantôt une obligation de résultat, selon l’objet de l’obligation qu’il impose à l’entrepreneur” (p. 425).

(36) A “*ordonnance*” é uma espécie de proposta de lei do Governo, sobre matérias que têm de ser reguladas por lei, pelo que, para ser vinculativa, carece de ratificação por lei do Parlamento.

(37) GWENDOLINE LARDEUX, “Le contrat de prestation de service dans les nouvelles dispositions du code civil”, *Recueil Dalloz*, 2016, pp. 1659, ss., disponível online em <<https://www.dalloz.fr/documentation/lien?famille=revues&doctype=RECUEIL/CHRON/2016/0869>>: “Plus surprenant encore, en effet, est l’emploi du terme de prestation de service. Elle n’est ni celle du code civil — qui utilise encore l’expression vieillie de «louage d’ouvrage et d’industrie» (art. 1779.º) — ni celle de la jurisprudence où domine le terme de contrat d’entreprise. Faut-il déduire de cette nouvelle appellation que le «législateur» français a souhaité adopter un concept nouveau ? On pourrait certes penser que l’innovation est très relative puisque la référence aux contrats de prestation de service apparaît déjà dans le code civil, aux articles 1369.º-4 et 1369.º-6, repris aux articles 1127.º-1 et 1127.º-3 nouveaux. Mais l’utilisation de cette expression s’explique alors par le fait que ces textes ont permis de transposer des dispositions de la directive sur le commerce électronique. Ils reprennent donc logiquement la terminologie contractuelle européenne. L’originalité de l’article 1165.º, ainsi que de l’article 1352.º-8, est alors d’employer l’expression de contrat de prestation de service en dehors de tout contexte européen. Cela signifie-t-il que le droit de l’Union n’a pas à guider l’interprétation de cette nouvelle notion ou, à l’inverse, qu’il a vocation à supplanter le concept français de contrat d’entreprise?”.

Observa-se, em França, uma sucessão terminológica no âmbito dos contratos de serviços, do “*louage d’ouvrage et industrie*” ao “*contrat d’entreprise*” e, finalmente, ao “*contrat de prestation de service*”, ao qual o *Code* destina agora um par de artigos, sem contudo fornecer dele uma noção. Tal sucessão foi acompanhada de um alargamento da noção; do “*louage d’ouvrage et industrie*” para o “*contrat d’entreprise*”, como já referido; e deste para o “*contrat de prestation de service*”, considerando que as normas a este destinadas parecem ser adequadas a abranger também mandatos⁽³⁸⁾.

IV. O “*arrendamiento de obras y servicios*” em Espanha

O Código Civil espanhol⁽³⁹⁾, publicado no final do século XIX por Real Decreto de 24 de julho de 1889, e de inspiração napoleónica, trata o contrato de serviços no título dedicado ao arrendamento (“*Título VI. Del contrato de arrendamiento*”, arts. 1542.º, ss.). O título em questão compreende três capítulos: o primeiro intitula-se “*Disposiciones generales*”, o segundo “*De los arrendamientos de fincas rústicas y urbanas*”, e o terceiro “*Del arrendamiento de obras y servicios*”.

De acordo com a noção legal do art. 1544.º, pelo contrato de “*arrendamiento de obras o servicios*”, uma das partes obriga-se a executar uma obra ou a prestar um serviço, mediante retribuição. Porém, no respetivo capítulo “*Del arrendamiento de obras y servicios*”, o Código regula (apenas) três espécies de contratos: o serviço de criados e trabalhadores assalariados (arts. 1583.º a 1587.º), as obras por ajuste ou preço fixo (arts. 1588.º a 1600.º) e o transporte por água e terra, de pessoas e de coisas (arts. 1601.º a 1603.º).

⁽³⁸⁾ Neste sentido, GWENDOLINE LARDEUX, *cit.* (ênfase acrescentada): “La question qui se pose est alors de savoir si le passage du contrat d’entreprise au contrat de prestation de service opéré par l’ordonnance correspond également à une modification des contours de ce type de convention, à une seconde extension de son objet. Une réponse positive s’impose à la lecture du rapport explicatif remis au président de la République, aux termes duquel les contrats d’entreprise sont présentés expressément comme une catégorie de contrats de prestation de service. Mais jusqu’où alors repousser les limites de ceux-ci? Si la notion englobe à l’évidence les contrats de mandat et de dépôt, pour lesquels, par ailleurs, la jurisprudence admet de longue date que le prix puisse ne pas être déterminé par les parties au moment de la conclusion du contrat, quid de contrats comme le bail ou le prêt d’argent qui sont classiquement intégrés dans la catégorie des contrats portant sur un bien?”.

⁽³⁹⁾ Consultável na página eletrónica oficial, em <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>>.

Entende-se que a expressão “*arrendamiento de servicios*” abrange os contratos em que o prestador desenvolve uma atividade em benefício da parte contrária, como aqueles que servem de suporte ao trabalho independente, destacadamente os das chamadas profissões liberais⁽⁴⁰⁾, mas que não encontram regulação respetiva no Código. É reconhecida a inadequação das normas contidas nos arts. 1583.º a 1587.º para regular as várias espécies de contratos de serviços que se praticam no comércio jurídico, e é consensual o anacronismo e a duvidosa vigência daqueles artigos para regular as situações a que, em primeira linha, se destinam, dado o terreno entretanto ganho pelo direito do trabalho⁽⁴¹⁾. A ineficácia daquelas normas é tal que alguma doutrina não hesita em afirmar que o contrato de serviços é nominado, mas atípico⁽⁴²⁾.

A prestação característica do contrato de *arrendamiento de servicios* tem sido classificada como prestação de meios ou de mera atividade, servindo esta perspectiva como principal critério para a distinguir da do *arrendamiento de obra*, na qual o resultado está incorporado no compromisso contratual⁽⁴³⁾. A regulação dos arts. 1588.º a 1600.º do Código espanhol visa diretamente obras de construção civil, de criação ou transformação de objetos e de trabalhos de arquitetura. Serão adequadas a contratos de serviços nos quais o prestador se compromete a obter um resultado de outra

(40) FERNANDO MORILLO GONZÁLEZ, “El contrato de arrendamiento de servicios: su distinción de otras figuras jurídicas afines en la doctrina reciente de nuestros tribunales”, *Aranzadi Civil*, 1, 1999, 1620-35, *maxime* pp. 1620 e 1634-5; M.ª BELÉN TRIGO GARCÍA, *Contrato de servicios*, *cit.*, pp. 136-43; MARÍA JOSÉ VAQUERO PINTO, *El arrendamiento de servicios*, *cit.*, pp. 15-6.

(41) FERNANDO MORILLO GONZÁLEZ, “El contrato de arrendamiento de servicios...”, *cit.*, p. 1620; M.ª BELÉN TRIGO GARCÍA, *Contrato de servicios*, *cit.*, p. 127; MARÍA JOSÉ VAQUERO PINTO, *El arrendamiento de servicios*, *cit.*, p. 17.

(42) M.ª BELÉN TRIGO GARCÍA, *Contrato de servicios*, *cit.*, pp. 128-32; MARÍA JOSÉ VAQUERO PINTO, *El arrendamiento de servicios*, *cit.*, p. 30.

(43) FERNANDO MORILLO GONZÁLEZ, “El contrato de arrendamiento de servicios...”, *cit.*, pp. 1621-4; JOSÉ PUIG BRUTAU, *Fundamentos de derecho civil*, T. II, Vol. II, *Contratos en particular*, 2.ª ed., Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1982, p. 430; M.ª BELÉN TRIGO GARCÍA, *Contrato de servicios*, *cit.*, pp. 178-9 — “Si el contrato de obra se caracteriza por la idea de resultado, el objeto del contrato de servicios se configura como prestación de simple actividad” —, pp. 185-6 — “se ha aceptado de modo mayoritario la dicotomía obligación de medios y obligación de resultado, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, utilizándola preferentemente para la delimitación entre contrato de servicios y contrato de obra” —, e sobretudo todo o capítulo destinado à distinção entre o contrato de serviços e a empreitada, nas pp. 173-280; MARÍA JOSÉ VAQUERO PINTO, *El arrendamiento de servicios*, *cit.*, *maxime* pp. 105-16. VAQUERO PINTO, reconhecendo embora que o critério maioritariamente utilizado para distinguir *arrendamiento de servicios* e *arrendamiento de obra* é o do conteúdo da obrigação se ficar pela mera diligência ou incorporar um resultado, apresenta um entendimento diferente, que passa por uma relação de generalidade/especialidade entre os dois institutos: “en el arrendamiento de obra (tipo especial), la actividad debida se dirige a la creación o transformación de una cosa material que debe entregarse o restituirse, una vez finalizada la creación o la transformación” (pp. 179-80).

natureza? Por exemplo, contratos em que o prestador do serviço se vincula a realizar um implante de cabelo, a entregar a tradução de um texto escrito, a fazer certa tatuagem, etc.?

O contrato de mandato, à semelhança do que se passa no Código francês, é regulado em título independente (“*Título IX. Del mandato*”, art. 1709.º, ss.). Apesar de, face ao texto do art. 1709.º, o objeto do mandato ser muito lato — “Pelo contrato de mandato uma pessoa obriga-se a prestar algum serviço ou a fazer alguma coisa, por conta ou encargo de outra” —, a sua interpretação pela doutrina e pela jurisprudência afunila o conteúdo do mandato à prática de atos jurídicos. Como notam Díez-PICAZO e ANTONIO GULLÓN, a prestar algum serviço ou a fazer alguma coisa também se obrigam o prestador de serviço ou o empreiteiro, pelo que terá de encontrar-se o carácter distintivo do mandato para além daquela noção⁽⁴⁴⁾. A gratuidade não serve para o efeito uma vez que apenas é natural, e somente no mandato não profissional⁽⁴⁵⁾. Com efeito, o art. 1711.º do CC espanhol (à semelhança do que se passa com o art. 1158.º, n.º 1, do português) contém duas presunções, ambas ilidíveis: a presunção de gratuidade do mandato não exercido a título profissional e a presunção de onerosidade do mandato executado no âmbito da profissão do mandatário. A representação também não pode ser base incondicional da distinção, na medida em que não é essencial ao mandato — o art. 1717.º do Código espanhol prevê expressamente a possibilidade de o mandatário agir em seu próprio nome. A resposta é encontrada na parte final do art. 1709.º (*por conta ou encargo de outra*) e na regulação do contrato⁽⁴⁶⁾. Ora se refere que a atuação por conta de outrem carrega a ideia de o resultado da atividade do mandatário poder repercutir-se, ainda que mediatamente, na esfera jurídica do mandante. Ora se repara que, quando a lei faz concreta alusão a atos objeto do mandato, essa alusão aponta para atos com relevância jurídica: nos arts. 1713.º, 1727.º e 1734.º referem-se atos de administração, transação, alienação, hipoteca, obrigação de o mandante cumprir as obrigações contraídas pelo mandatário, mandato para contratar.

⁽⁴⁴⁾ LUIS DíEZ-PICAZO e ANTONIO GULLÓN, *Sistema de derecho civil*, II, *El contrato en general, la relación obligatoria, contratos en especial, cuasi contratos, enriquecimiento sin causa, responsabilidad extracontractual*, 9.ª ed., Madrid: Ed. Tecnos, 2001, reimp. 2005, p. 420.

⁽⁴⁵⁾ Em sentido contrário, defendendo a essencialidade da gratuidade e, concomitantemente, o alargamento do objeto do mandato a quaisquer tipos de atos, em toda a bibliografia espanhola citada, encontra-se apenas BONET RAMÓN, *Naturaleza jurídica del contrato de mandato*, Barcelona: Bosch, 1941, *maxime*, pp. 53 e 72.

⁽⁴⁶⁾ LUIS DíEZ-PICAZO e ANTONIO GULLÓN, *Sistema de derecho civil*, II, *cit.*, pp. 420-1; PUIG BRUTAU, *Fundamentos de derecho civil*, T. II, Vol. II, *cit.*, pp. 395-6 e 401-2.

Pode concluir-se que a noção de “*arrendamiento de servicios*” é:

- a) bastante mais restrita que a do português “contrato de prestação de serviço”, na medida em que apenas integra contratos onerosos, cuja prestação não consista na prática de atos jurídicos, e em que a obrigação seja de meios ou de mera atividade; e,
- b) mais restrita que a do francês “*contrat d’entreprise*”, na medida em que apenas comporta contratos com obrigações de meios e cuja prestação não consista na prática de atos jurídicos, ainda que não representativos (logo também mais restrita que a do novo conceito francês de “*contrat de prestation de service*”).

Mesmo a noção de “*arrendamiento de obras y servicios*” é, ainda assim:

- a) mais restrita que a do português “contrato de prestação de serviço”, na medida em que apenas integra contratos onerosos, cuja prestação não consista na prática de atos jurídicos; e,
- b) mais restrita que a do francês “*contrat d’entreprise*”, na medida em que apenas comporta contratos cuja prestação não consista na prática de atos jurídicos, ainda que não representativos (logo, também mais restrita que a do novo conceito francês de “*contrat de prestation de service*”).

V. O “*Dienstvertrag*” na Alemanha

O *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB)⁽⁴⁷⁾, vigente desde 1 de janeiro de 1900, tem incorporado inúmeras alterações, entre as quais se conta a regulação de vários tipos contratuais surgidos no comércio em momentos ulteriores à sua entrada em vigor, como alguns dos que adiante são referidos⁽⁴⁸⁾. Na Secção 8 do Livro 2, o Código regula obrigações em

(47) Consultável na página eletrónica oficial, em <<https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/>>; incluindo tradução para inglês, em <https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/index.html>.

(48) Em 2008, o BGB contava 185 alterações, das quais 64 entre 1997 e 2008 — veja-se a introdução do Tradutor ALBERT LAMARCA na obra *Código Civil alemán y ley de introducción al Código Civil*, trad. por ALBERT LAMARCA MARQUÉS, Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, 2008, p. 15. Sobre a grande reforma do direito obrigacional no BGB levada a efeito pela *Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*, aprovada em 2001 e entrada em vigor em 2002, v., em língua portuguesa, MENEZES CORDEIRO, “A modernização do direito das obrigações”, *ROA*, 62:1, 2 e 3, 2002.

especial distribuídas por 27 títulos, relevando para este estudo, sobretudo, o título 8, designado “contrato de serviços e contratos similares” (*Dienstvertrag und ähnliche Verträge*), o título 9, designado “empreitada e contratos similares” (*Werkvertrag und ähnliche Verträge*), e o título 12, designado “mandato, contrato de gestão de negócios alheios e serviços de pagamento” (*Auftrag, Geschäftsbesorgungsvertrag und Zahlungsdienste*).

O *Dienstvertrag* é um contrato de serviços em sentido estrito, regulado no subtítulo 1 do título 8, nos §§ 611 a 630, definido como aquele mediante o qual uma pessoa se *obriga a executar os serviços prometidos*, mediante retribuição. Tem por objeto serviços de qualquer espécie, incluindo o trabalho subordinado a par do prestado com autonomia jurídica⁽⁴⁹⁾. Em 2013, foi acrescentado um subtítulo 2 que regula o contrato de tratamento (§§ 630a a 630h), ali definido como aquele que obriga uma parte a providenciar tratamento médico à outra, contra retribuição. Estão especialmente regulados os deveres de informação, o consentimento, a documentação do tratamento, o direito de obter o processo clínico, e o ónus da prova. Sobre este, destaca-se recair sobre o profissional uma presunção de erro, se o tratamento tiver causado um dano correspondente a um risco controlável pelo lesante.

O contrato de serviço é tradicionalmente contraposto ao de empreitada (*Werkvertrag*, à letra “contrato de obra”), pelo qual o empreiteiro se obriga a conseguir um determinado resultado e é retribuído pela obtenção deste⁽⁵⁰⁾. Como contrato similar ao *Werkvertrag*, foi regulado o de viagem organizada, no subtítulo 2 que acrescentou os §§ 651a a 651m, para transpor a Diretiva 90/314/CEE do Conselho, de 13 de junho de 1990, relativa às viagens organizadas, férias organizadas e circuitos organizados.

(49) Isso resulta claro do articulado. Na doutrina, leia-se, a título de exemplo, KARL LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts, II, Besonderer Teil*, Parte 1, 13.^a ed., Munique: C.H. Beck Verlag, 1986, p. 308 — “Gleichgültig für die Anwendbarkeit der Normen über den Dienstvertrag ist, ob die Dienste von einem selbständig Tätigen oder ob sie in „abhängiger“ Stellung (...) geleistet werden. (...) Demnach unterscheiden wir solche Dienstverträgen, durch die jemand fremdbestimmte Tätigkeit verspricht, also ein Arbeitsverhältnis eingeht, und solche, durch die er eine eigenbestimmte Tätigkeit bestimmter Art, regelmäßig zum (wenigstens vermeintlichen) Nutzen des Dienstberechtigten verspricht. (...) Danach ist jeder entgeltliche Arbeitsvertrag zugleich ein Dienstvertrag (im Sinne des BGB), nicht aber jeder Dienstvertrag auch ein „Arbeitsvertrag“. Vielmehr werden Dienstverträgen auch von selbständig Tätigen geschlossen (...)”.

(50) KARL LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts, II, Besonderer Teil*, Parte 1, *cit.*, p. 342 — “Die Arbeit oder Dienstleistung wird beim Werkvertrag aber nicht als solche, sondern nur als Mittel für den herzustellenden Erfolg geschuldet. Dieser ist somit, anders als beim Dienstvertrag, der primär geschuldete Leistungsgegenstand”.

Os mandatos, gratuito (*Auftrag*, §§ 662 a 674) e oneroso (*entgeltliche Geschäftsbesorgungsvertrag*, §§ 675 a 675-b)⁽⁵¹⁾, são regulados no título 12, ao qual foi acrescentado um subtítulo que regula os contratos relativos aos serviços de pagamento (§§ 675c a 676c).

Observa-se grande similitude entre o *Dienstvertrag* e o *arrendamiento de servicios* espanhol, e entre o *Werkvertrag* e o *arrendamiento de obra* espanhol.

VI. O contrato de serviços no *Code des obligations* suíço

No *Code des obligations* suíço⁽⁵²⁾, de 1911, o contrato de serviços não tem autonomia face ao mandato (*mandat/Auftrag/mandato*, arts. 394.º a 406.º) e à empreitada (*contrat d'entreprise/Werkvertrag/appalto*, arts. 363.º a 379.º). Como afirmam TERCIER e FAVRE, “fundamentalmente, todos os contratos ditos de serviço podem subdividir-se em *duas categorias*, consoante o devedor prometa uma atividade em vista de um certo resultado (“ein Wirken”) ou garanta que a sua atividade conduzirá ao resultado (“ein Werk”)”; e mais adiante, “se se excluir o contrato de trabalho, o legislador considerou dois tipos principais de contratos de serviço: o contrato de mandato quando a obrigação principal é *de meios* e o contrato de empreitada quando ela é *de resultado*”⁽⁵³⁾. Quando o prestador se obriga simplesmente a prestar um dado serviço, a desenvolver uma atividade sem garantir um resultado autónomo — incluindo aqui os serviços médicos, os projetos de engenharia ou de arquitetura, outros serviços técnicos, os serviços de ensino, ou os contratos para prestação de informações⁽⁵⁴⁾ —, o con-

(51) Sobre esta bicefalia do mandato no direito alemão, apenas para manter a dogmática romana clássica, v. MICHAEL MARTINEK, “Auftrag und Geschäftsbesorgungsvertrag”, in *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, II, *Recht der Schuldverhältnisse*, §§ 657-704 (Geschäftsbesorgung), Berlin: Sellier — de Gruyter, 2006, pp. 123-693, *maxime*, pp. 131-40, 185-7 — “Das römisch-rechtliche Axiom „mandatum nisi gratuitum nullum est“ hat in den benachbarten Rechtsordnungen keine Anerkennung gefunden; nirgendwo sonst als im BGB ist die Unentgeltlichkeit konstitutives Begriffsmerkmal des Auftrags. Demgemäß sind in den Nachbarrechtsordnungen die unserem Auftrags- und Geschäftsbesorgungsrecht entsprechenden Institute miteinander verschmolzen” (p. 187).

(52) Consultável na página eletrónica oficial, em <<https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19110009/index.html>>.

(53) PIERRE TERCIER e PASCAL G. FAVRE, *Les contrats spéciaux*, 4.ª ed., Genebra: Schulthess, 2009, pp. 634-635.

(54) PIERRE TERCIER e PASCAL G. FAVRE, *Les contrats spéciaux*, *cit.*, pp. 803-30; PIERRE ENGEL, *Contrats de droit suisse*, 2.ª ed., Berna: Staempfli Editions, 2000, pp. 497-503.

trato é tido por mandato. Quando o prestador se obriga a executar uma obra e garante um resultado autónomo da atividade necessária à sua realização, o contrato é de empreitada. A obra pode ser constituída por uma coisa corpórea ou incorpórea, desde que, neste caso, o resultado se materialize num suporte físico e o prestador possa garantir e garantir a sua produção e qualidades. Consequentemente, e verificando-se estes requisitos, certos contratos de serviços médicos ou técnicos podem também ser contratos de empreitada⁽⁵⁵⁾.

Este englobamento dos contratos de serviços, sem resultado autónomo da atividade, no contrato de mandato é possível na medida em que, na Suíça, o mandato tem uma abrangência que não conhece noutros lugares, sendo definido pelo art. 394.º do *Code des obligations* como um contrato pelo qual o mandatário se obriga a gerir o negócio de que foi encarregado ou a prestar os serviços prometidos. Ou seja, o objeto do contrato não se cinge à prática de atos jurídicos, embora compreenda sempre os necessários à sua execução (art. 396.º, n.º 2), podendo integrar atos materiais, a título principal.

VII. Os contratos de serviços no *Codice civile italiano*

O Código Civil italiano⁽⁵⁶⁾, decretado por Régio Decreto de 16 de março de 1942, tipifica dois contratos de serviços: o de “*appalto*”, regulado em capítulo do título dedicado aos contratos em especial, no Livro IV — Das obrigações (arts. 1655.º a 1677.º); e o de “*opera*”, regulado no título referente ao trabalho independente, no Livro V — Do trabalho (arts. 2222.º a 2228.º).

Confrontando as respetivas noções legais, nos arts. 1655.º (*appalto*) e 2222.º (*opera*)⁽⁵⁷⁾, conclui-se que ambos são contratos pelos quais uma das partes, mediante retribuição, se obriga a, de modo juridicamente inde-

⁽⁵⁵⁾ PIERRE TERCIER e PASCAL G. FAVRE, *Les contrats spéciaux*, cit., pp. 632-4.

⁽⁵⁶⁾ Consultável em <<https://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2015/01/02/codice-civile>> ou <<https://www.brocardi.it/codice-civile/>>.

⁽⁵⁷⁾ Nos termos do disposto no art. 1655.º, “l’*appalto* è il contratto col quale una parte assume, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di un’*opera* o di un servizio verso un corrispettivo in danaro”. De acordo com o art. 2222.º, epígrafado “*Contratto d’opera*”, o estabelecido no capítulo que ali se inicia aplica-se “quando una persona si obbliga a compiere verso un corrispettivo un’*opera* o un servizio, con lavoro prevalentemente proprio e senza vincolo di subordinazione nei confronti del committente”.

pendente, executar uma obra ou prestar um serviço à outra, abrangendo, portanto, quer o contrato de serviços em sentido estrito, quer a empreitada. Distinguem-se na medida em que, no primeiro, o prestador é uma empresa — uma pessoa que exerce, com gestão de meios próprios, uma atividade organizada — e, no segundo, um trabalhador independente.

O contrato de mandato é uma espécie à parte, com capítulo próprio no título dedicado aos contratos em especial do Livro IV — Das obrigações (arts. 1703.º a 1741.º). Trata-se do “contrato pelo qual uma parte se obriga a realizar um ou mais atos jurídicos por conta da outra” (art. 1703.º), podendo ser acompanhado de poderes de representação (art. 1704.º) ou não (art. 1705.º).

VIII. Os contratos de serviços no *Draft Common Frame of Reference* (DCFR)

O DCFR⁽⁵⁸⁾ é uma espécie de código civil europeu não vinculativo. Resulta do trabalho de académicos, especialistas em direito privado, direito comparado e direito europeu, organizados em dois grupos independentes (o *Study Group on a European Civil Code* — “*Study Group*” — e o *Research Group on Existing EC Private Law* — “*Acquis Group*”) que, após décadas de investigação, criaram um conjunto de regras e princípios de direito privado sistematizado em forma de código.

Nos seus Livros II e III, o DCFR integrou os Princípios de Direito Europeu dos Contratos (*Principles of European Contract Law* ou PECL), um trabalho de preparação para um código civil europeu, elaborado pela Comissão de Direito Europeu dos Contratos, dirigida por OLE LANDO e formada em 1982, com o apoio da Comunidade Europeia⁽⁵⁹⁾.

Apesar de o DCFR ter o declarado propósito de servir de esboço de um Quadro Comum de Referência institucional e vinculativo, a sua autoria e

(58) *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law; Draft Common Frame of Reference* (DCFR) — Full Edition - Edited by Christian von Bar and Eric Clive, Munique: Sellier European Law Publishers, 2009; Outline Edition (2009) disponível *online* em <https://www.law.kuleuven.be/personal/mstorme/2009_02_DCFR_OutlineEdition.pdf>.

(59) A primeira publicação de uma parte dos PECL ocorreu em 1995. Em 1999, foram publicadas as Partes I e II — THE COMMISSION ON EUROPEAN CONTRACT LAW, *The Principles of European Contract Law, Parts I and II*, Ole Lando e Hugh Beale (ed.), Kluwer Law, 1999. A Parte III, e última, foi publicada em 2003 — THE COMMISSION ON EUROPEAN CONTRACT LAW, *The Principles of European Contract Law, Part III*, Ole Lando, André Prüm, Eric Clive e Reinhard Zimmerman (ed.), Kluwer Law, 2003.

responsabilidade é dos dois referidos grupos, não havendo regra, definição ou princípio que tenha sido aprovado por órgão politicamente legitimado, a nível europeu ou nacional (sem prejuízo de coincidências com legislação nacional ou europeia)⁽⁶⁰⁾. É, portanto, um instrumento de *soft law*.

Independentemente do ceticismo com que a futura vigência de corpos supranacionais, ou apenas intraestatais, de regras de direito privado material possa ser encarada⁽⁶¹⁾, certo é que a compilação em causa é o produto de prestigiados polos de investigação e pode ser fonte inspiradora quer para o legislador comunitário, quer para os legisladores do espaço europeu, quer, ainda, para os particulares contratantes, e até servir de apoio à fundamentação de decisões judiciais⁽⁶²⁾.

O Livro IV do DCFR, com o título “*Specific contracts and the rights and obligations arising from them*”, regula contratos em especial, a saber: compras e vendas (“*sales*”), locação de bens (“*lease of goods*”), serviços (“*services*”), contratos de mandato (“*mandate contracts*”), agência comercial, franquia e distribuição (“*commercial agency, franchise and distributorship*”), contratos de empréstimo (“*loan contracts*”), garantias pessoais (“*personal security*”) e doação (“*donation*”). A terminologia foi escolhida com intenção de ser apreensível e utilizável nos vários sistemas jurídicos nacionais, bem como de ser fácil e apropriadamente traduzível para as demais línguas europeias nos seus registos jurídicos.

A Parte C do Livro IV, dedicada aos contratos de serviços, tem dois capítulos destinados a disposições gerais (“*1: General provisions*”) e a regras aplicáveis aos contratos de serviços em geral (“*2: Rules applying to service contracts in general*”), seguidos de seis que regulam subespécies de contratos de serviços, a saber: empreitada de construção (“*construc-*

⁽⁶⁰⁾ DCFR, p. 6 (ponto 4 da Introdução). Sobre a origem e objetivos do Grupo, vide CHRISTIAN VON BAR, “Le groupe d’études sur un code civil européen”, *Revue Internationale de Droit Comparé*, 53, 1, 2001, pp. 127-139.

⁽⁶¹⁾ Refletindo sobre a necessidade, legitimidade e possibilidade de um Código civil europeu, e pronunciando-se pela negativa, DÁRIO MOURA VICENTE, “Um Código Civil para a Europa? Algumas reflexões”, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles*, Vol. 1, Coimbra, Almedina, 2002, pp. 47-73.

⁽⁶²⁾ V. o caso em que o English Court of Appeal, na interpretação de um contrato escrito, invocou os princípios do UNIDROIT sobre contratos comerciais internacionais e a Convenção das Nações Unidas sobre contratos de compra e venda internacional de mercadorias (não vigente no Reino Unido) — a situação vem narrada e comentada por MICHAEL JOACHIM BONELL, “The UNIDROIT Principles and CISG — Sources of inspiration for English courts?”, *Uniform Law Review*, Vol. XI, n.º 2, 2006, pp. 305-318. Entre nós, os princípios do UNIDROIT, os PECL e/ou o DCFR foram invocados nos Acórdãos do STJ, de 21/10/2010, proc. 1285/07.7TJVNF.P1.S1, de 11/04/2013, proc. 774/09.3TBVCD.P1.S1, de 2/12/2013, proc. 306/10.0TCGMR.G1.S1, de 09/07/2015, proc. 5105/12.2TBXL.L1.S1, de 15/02/2018, proc. 7461/11.0TBCSC.L1.S1, de 17/05/2018, proc. 567/11.8TVLSB.L1.S2.

tion”), empreitada de reparação ou manutenção (“*processing*”), depósito (“*storage*”), arquitetura e design (“*design*”), informação e conselho (“*information and advice*”), tratamento (“*treatment*”).

O regime dos contratos de serviços no DCFR aplica-se aos contratos pelos quais o prestador do serviço se *obriga a fornecer um serviço, com ou sem remuneração* [IV.C.-1:101(1)(a) e (b)], excluindo-se os contratos de transporte, seguro, garantia e fornecimento de produtos financeiros (IV.C.-1:102). O primeiro artigo do capítulo seguinte estabelece uma presunção de onerosidade quando a prestação de serviço seja feita no âmbito da profissão ou negócio do prestador (IV.C.-2:101).

Da sistematização e regulação das espécies contratuais no DCFR, constata-se que os contratos de serviços e os contratos de mandato estão colocados no mesmo patamar, não sendo designada nem regulada uma figura contratual dotada de maior generalidade que abranja aquelas duas.

A regulação é extensa e pormenorizada, mas interessam para este estudo sobretudo dois artigos: o IV.C.-2:105, com a epígrafe “Obrigação de perícia e diligência” (*Obligation of skill and care*); e o IV.C.-2:106, epígrafado “Obrigação de obter resultado” (*Obligation to achieve result*). Não se pense, porém, que o primeiro trata de obrigações de meios e o segundo de obrigações de resultado.

O art. IV.C.-2:105 estabelece que o prestador do serviço tem de exercer a atividade com a diligência e a perícia que um prestador de serviços razoável usaria naquelas circunstâncias e em conformidade com quaisquer regras legais e vinculativas aplicáveis ao serviço, se *standards* mais elevados não forem professados pelo prestador ou impostos pelas regras do grupo profissional a que pertence. A disposição elenca, ainda, exemplificativamente, as circunstâncias atendíveis no nível de perícia e diligência expectáveis, entre elas: natureza, magnitude, frequência e previsibilidade dos riscos envolvidos; custo das precauções tendentes à prevenção de danos; se o serviço é gratuito ou oneroso e, neste caso, valor do preço; se o serviço é prestado no âmbito da atividade comercial ou profissional do prestador.

A obrigação de perícia e diligência a que se reporta este art. 105.º do DCFR consiste num *standard* de execução que se impõe a toda a atividade prestacional, independentemente de o devedor se ter comprometido com a obtenção de um resultado, ou apenas com a execução da atividade mais adequada à sua causação. Trata-se, portanto, de uma obrigação situada num nível de abstração mais elevado do que o das obrigações de meios (de atividade ou de diligência) demoguanas. Mesmo quando o devedor se vinculou a causar dado resultado, a atividade necessária a obtê-lo há de ser executada com a perícia e diligência exigíveis, sob pena de responder por

eventual dano causado pela execução descuidada ou inábil (independentemente de o resultado ser obtido sem defeitos).

Nos comentários ao DCFR constantes da citada edição completa, os autores dão nota de duas possíveis interpretações para a extensão da obrigação de perícia e diligência, mas optam claramente por aquela que defendo. Leiam-se as seguintes passagens:

“It is undisputed that an obligation should be imposed on the service provider to carry out the service with the care and skill generally to be observed in the circumstances of the case and that it must at least be the intention of the service provider to achieve a result stated or envisaged by the client. The crucial issue is whether the service provider has a further obligation to actually achieve that result through the service. That issue is considered in Comment B to the following Article.

A related issue is whether the service provider must still carry out the service with the required care and skill if there is an obligation to achieve a particular result. One might argue that failure to carry out the service with due care and skill will then probably coincide with a failure to achieve that result, in which case the client will invoke a remedy on the basis of the non-performance of that primary obligation. There would then be no need for a separate obligation to carry out the service with care and skill, given that it would be superfluous to allow the client to resort to a remedy for the non-performance of that obligation if the client could also claim for non-performance of the primary obligation.

It could be argued that it is useful to impose the obligation of care and skill on the service provider in any event, because that gives the service provider incentives to prevent the result from not being achieved. Imposing the obligation, even in the case where the service provider has an obligation to achieve a particular result, would also make it easier for the client to take precautionary actions. The client is in the position to do so, given that the client can check and follow the service process as it proceeds, and discover problems at an early stage. Imposing the obligation of care and skill, even if the service provider is under an obligation to achieve a particular result, would then enable the client to anticipate the breach of that obligation. The client could give a direction or a notification and could demand an adequate assurance of due performance. Both parties will profit from these precautionary actions if they enable problems to be identified and disputes to be resolved at an early stage”⁽⁶³⁾.

A conclusão vem assertivamente no segundo parágrafo do comentário “C. Preferred option”:

“Even a service provider who is subject to the stricter obligation to achieve the required result will still be under an obligation to carry out the service with the required care and skill for the reasons explained above”⁽⁶⁴⁾.

⁽⁶³⁾ *DCFR, Full Edition, cit.*, Vol. II, pp. 1648-9.

⁽⁶⁴⁾ *DCFR, Full Edition, cit.*, Vol. II, p. 1649.

Estão em causa na norma deveres laterais, de proteção, de cuidado, deveres acessórios de conduta (as expressão equivalem-se) — deveres que se destinam a proteger as partes (e/ou terceiros que se relacionem com a obrigação) de lesões, nas suas pessoas ou patrimónios, potenciadas ou geradas pela atividade de execução do contrato⁽⁶⁵⁾.

O artigo seguinte (IV.C.-2:106, *Obligation to achieve result*), por seu turno, estabelece que o prestador do serviço está obrigado a obter o resultado estipulado no contrato, ou simplesmente visado pelo cliente, desde que, neste caso (resultado visado mas não estipulado), o resultado visado seja o que razoavelmente seria de esperar que fosse e o cliente não tivesse razões para acreditar que havia um risco substancial de o resultado não ser adquirido pelo prestador do serviço. É neste art. 106.º que está presente a classificação de DEMOGUE entre obrigações de resultado e de meios, fornecendo a norma o critério para as distinguir⁽⁶⁶⁾.

Como se lê em comentário:

“Whether a service provider has promised to achieve a particular result — for example to cure the patient from cancer, or to obtain damages in a lawsuit on his client behalf — is a matter of interpretation of the contract. The same goes for the question

(65) A sua primeira identificação deve-se HEINRICH STOLL, que lhes chamou *deveres de proteção* (*Schutzpflichten*) — citado por LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, *Allgemeiner Teil*, 14.ª ed., Munique: C.H. Beck Verlag, 1987, pp. 10-1 — “Heinrich Stoll, der zuerst die Sonderung dieser Pflichten von den Leistungspflichten durchgeführt hat, bezeichnete sie als «Schutzpflichten»”. Na doutrina portuguesa, v. sobretudo MANUEL A. DA CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e deveres de protecção*, Separata do Vol. 38 do Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1994. Para o Autor, os deveres de proteção têm sempre fonte legal; a sua estipulação contratual transfere-os para o campo dos deveres de prestação, dos comportamentos contratualmente devidos (pp. 55-69). Abordagens mais breves em MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil português*, II, *Direito das obrigações*, T. I, *cit.*, pp. 465-85 (que lhes chama *deveres acessórios*); MENEZES LEITÃO, *Direito das obrigações*, I, *cit.*, pp. 123-32 (usa a expressão *deveres acessórios de conduta*); NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *Direito das obrigações*, I, *Conceito, estrutura e função das relações obrigacionais, elementos das relações obrigacionais, direitos de crédito e direitos reais*, Coimbra: Almedina, 2005, sobretudo pp. 57-61 e 71-7 (deveres acessórios de conduta); JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, I, 10.ª ed., Coimbra: Almedina, 2000, pp. 123-8 (deveres de conduta ou deveres acessórios de conduta).

(66) Os princípios do Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado (UNIDROIT) relativos aos contratos do comércio internacional, contemplam a distinção entre obrigações de resultado e obrigações de meios no seu art. 5.1.4., sem no entanto fornecerem critérios para aferir quando é que a obrigação envolve a aquisição do resultado ou apenas os melhores esforços no desenvolvimento da atividade: “(1) *To the extent that an obligation of a party involves a duty to achieve a specific result, that party is bound to achieve that result.* (2) *To the extent that an obligation of a party involves a duty of best efforts in the performance of an activity, that party is bound to make such efforts as would be made by a reasonable person of the same kind in the same circumstances.*” — disponível em <<https://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2016/principles2016-e.pdf>>. A versão de 2010, em língua portuguesa, pode consultar-se em <<https://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/translations/blackletter2010-portuguese.pdf>>.

what that particular result to be achieved consists of. The purpose of the present Article is to assist the process of interpretation in those cases where the contract does not regulate the matter expressly”⁽⁶⁷⁾.

Os contratos de serviços comportam no DCFR obrigações de ambos os tipos — resultado e meios — e perceber a que tipo de reconduz uma dada obrigação tem de ser casuisticamente aferido, de acordo com os critérios fornecidos por este artigo.

A obrigação do prestador de serviço é de resultado, quando:

- as partes tiverem estipulado que um específico resultado deve ser obtido; ou
- na falta de estipulação, o resultado visado seja o que seria de esperar que o cliente visasse e o cliente não tivesse razões para acreditar que havia risco substancial de o resultado não ser obtido.

A obrigação do prestador de serviço é de meios, se:

- nenhum resultado tiver sido estipulado no contrato; e,
- o resultado visado não tiver correspondência com o que seria razoável pensar que o cliente visasse, ou o cliente tivesse razões para acreditar que havia risco substancial de o resultado não ser obtido.

IX. Algumas conclusões

Relembrando que a análise empreendida se destinava à compreensão do conceito e estrutura do contrato de serviços (sem entrar no plano, não menos relevante e carente de atenção, do regime jurídico), alinhavam-se algumas conclusões.

O posicionamento do contrato de serviços nos vários ordenamentos, a forma como se relaciona com outros modelos contratuais próximos, o nível de abstração do que é designado como tal, a variedade de (sub)espécies reguladas e a intensidade da regulação são muito diversificados.

A classificação que contrapõe *obrigações de meios* a *obrigações de resultado* é, em vários ordenamentos, chamada à análise; quase sempre para distinguir o contrato de serviços *stricto sensu* (*arrendamiento de ser-*

⁽⁶⁷⁾ DCFR, Full Edition, cit., Vol. II, p. 1653.

vícios espanhol, *Dienstvertrag* alemão, *mandat* suíço) do contrato de empreitada (*arrendamiento de obra* espanhol, *Werkvertrag* alemão, *contrat d'entreprise* suíço), mas também, no caso do ordenamento português, por causa da noção legal de contrato de prestação de serviço, que define a obrigação do prestador como sendo a de proporcionar à contraparte um resultado do seu trabalho.

Em relação aos primeiros casos, porém, há que dizer que o *resultado* nos *contratos de empreitada* é mais restrito que o resultado nas *obrigações de resultado* da dicotomia demoguiana. A obrigação contraída pelo empreiteiro é sempre uma obrigação de resultado, mas a obrigação assumida pelo prestador de serviços, noutros contratos de serviços, não é necessariamente de meios, sendo, com frequência, também de resultado. Simplesmente, nos contratos de empreitada, o resultado que o empreiteiro se obriga a causar é uma *obra*, sendo pelo conceito desta que se há de distinguir o contrato de empreitada de outros contratos de serviços com obrigação de resultado. Em geral, a obra é entendida como resultado separado da atividade necessária a gerá-la e como resultado material ou materializado numa coisa concreta. Nos demais contratos de serviços, o prestador também pode vincular-se a causar dado resultado, não subsumível ao conceito de obra ou indissociável da atividade prestacional.

No que respeita ao caso português, o resultado do trabalho a que a noção legal de contrato de prestação de serviço se reporta não tem correspondência com o resultado na classificação de DEMOGUE, reportando-se apenas à forma juridicamente autónoma como a prestação de serviço é realizada.

Todas as prestações de serviço implicam *atividade ou meios*, e todas elas almejam a obtenção de um *resultado* em vista do qual a atividade prestacional é desenvolvida. Ou seja, em contratos de serviços, mesmo as *obrigações de resultado* implicam uma *atividade para causá-lo*; e mesmo as *obrigações de meios* têm no seu horizonte um *resultado*, em vista do qual são assumidas e que há de orientar a atividade a desenvolver para o causar (ou tentar causá-lo). Nesta sequência, o DCFR apresenta uma abordagem correta sobre a *obrigação de perícia e diligência*, enquanto *standard* de execução contratual que deve nortear todas as prestações de serviço, e sobre a *obrigação de obter um resultado*, enquanto *estipulação contratual*, do que se conclui que o instrumento de *soft law* é, nesta matéria, um valioso ponto de partida, se não para uma harmonização legislativa europeia, pelo menos para a modernização de sistemas nacionais.

REPRESENTAÇÃO DAS PARTES EM ARBITRAGENS LOCALIZADAS EM PORTUGAL

Por Joana Granadeiro

SUMÁRIO:

1. Introdução. 2. Representação das partes no processo declarativo cível perante os tribunais judiciais portugueses. 3. Representação das partes nas arbitragens domésticas. 4. Representação das partes nas arbitragens internacionais. 5. Conclusão.

1. Introdução

A abordagem ao tema da representação das partes em arbitragens localizadas em Portugal tem como ponto de partida a identificação de contrastes. Ela parte, em primeiro lugar, do contraste entre as regras aplicáveis à representação das partes por terceiros nos atos e negócios do tráfico jurídico privado em geral, de um lado, e as regras aplicáveis à representação das partes perante órgãos jurisdicionais, do outro.

Relativamente às primeiras, vigora um princípio de ampla liberdade, podendo as partes eleger qualquer pessoa para agir em seu nome e interesse, desde que tenha a capacidade de entender e querer exigida pela natureza do ato ou negócio que haja a praticar (art. 263.º do Código Civil).

Relativamente às segundas, verifica-se existir um mais reduzido espaço de liberdade, que encerra o delicado equilíbrio que importa assegurar entre a especialidade do patrocínio forense face a outras modalidades de representação, a defesa do âmbito próprio de uma profissão cujo acesso é restrito e cujo exercício é disciplinado por uma associação pública pro-

fissional, a circunstância de o patrocínio forense se encontrar constitucionalmente consagrado como um «*elemento essencial à administração da justiça*»⁽¹⁾, e, finalmente, o não menos relevante espaço de liberdade que deve ser reconhecido às partes na condução da sua própria defesa ou na escolha de um representante da sua confiança para o efeito.

Tomando como ponto de partida a identificação deste primeiro contraste, o presente artigo propõe-se identificar, pelo menos, dois outros. Concretamente, explorar-se-ão de seguida as diferenças entre as regras aplicáveis à representação das partes perante os tribunais do Estado e as regras aplicáveis quando essa representação ocorra perante tribunais arbitrais, e, ainda, o contraste (se algum) entre o regime legal aplicável às arbitragens domésticas, de um lado, e o aplicável às arbitragens internacionais localizadas em Portugal, do outro.

Em suma, o presente artigo pretende explorar os concretos limites do espaço de liberdade de escolha das partes, e a forma como o equilíbrio de valores que as normas encerram, originariamente concebido para a representação perante os órgãos jurisdicionais do Estado, se aplica hoje às arbitragens, domésticas e internacionais, localizadas em Portugal.

2. Representação das partes no processo declarativo cível perante os tribunais judiciais portugueses

O tratamento do tema não pode omitir uma breve resenha das regras que disciplinam a representação das partes no processo judicial cível declarativo, pois elas constituem a matriz jurídica com base na qual as regras de representação das partes em arbitragem foram presumivelmente estabelecidas, e no confronto com a qual elas devem ser, por isso, analisadas.

De acordo com o disposto no art. 40.º do Código de Processo Civil (“CPC”), é obrigatória a constituição de advogado (*i*) nas causas da competência de tribunais com alçada, em que seja admissível recurso ordinário (em geral, nas ações às quais seja atribuído um valor superior a € 5.000,00)⁽²⁾, (*ii*)

(1) Cf. art. 208.º da Constituição da República Portuguesa.

(2) Uma vez que, nos termos do n.º 1 do art. 629.º do CPC, o recurso ordinário só é admissível quando «a causa tenha valor superior à alçada do tribunal de que se recorre e a decisão impugnada seja desfavorável ao recorrente em valor superior a metade da alçada desse tribunal, atendendo-se, em caso de fundada dúvida acerca do valor da sucumbência, somente ao valor da causa». O art. 44.º da Lei n.º 62/2013, de 26 de agosto (Lei da Organização do Sistema Judiciário), dispõe, por sua vez,

nas causas em que seja sempre admissível recurso, independentemente do valor⁽³⁾ e (iii) nos recursos e nas causas propostas nos tribunais superiores⁽⁴⁾.

O critério do legislador parece ter sido, como refere LOPES DOS REIS, «*o da suscetibilidade ... de intervenção de um tribunal superior, seja por via de recurso, seja em primeira instância*»⁽⁵⁾.

Em tais casos, e conforme previsto no art. 41.º do CPC, a falta de constituição de advogado pelo autor determina a absolvição da instância, e, sendo a falta do réu, determina a ineficácia da defesa eventualmente apresentada, correndo o processo à sua revelia.

Ora, da conjugação do disposto no art. 40.º do CPC, com o disposto no art. 66.º⁽⁶⁾ do Estatuto da Ordem dos Advogados (“EOA”), e nos n.ºs 1 e 5 do art. 1.º da Lei dos Atos Próprios dos Advogados (“LAP”)⁽⁷⁾, resulta claro que, nos processos judiciais que corram termos no território nacional, encontrando-se verificado um dos pressupostos elencados *supra*, as partes devem obrigatoriamente fazer-se representar em juízo, não por um qualquer representante, mas por um advogado ou solicitador habilitado ao exercício da profissão em Portugal, ou por um advogado estagiário, com as limitações e restrições previstas no EOA⁽⁸⁾.

Tal será o caso não só dos advogados com inscrição em vigor na Ordem dos Advogados portuguesa, mas também dos advogados oriundos de Estados Membros da União Europeia que exerçam a profissão com o seu título profissional de origem no território nacional⁽⁹⁾, seja em termos

que em matéria cível «*a alçada dos tribunais da Relação é de (euro) 30 000,00 e a dos tribunais de primeira instância é de (euro) 5 000,00*».

(3) Nomeadamente nos casos previstos nos n.ºs 2 e 3 do art. 629.º do CPC.

(4) A este propósito, cumpre notar que existem autores que vão ainda mais longe, defendendo a obrigatoriedade do patrocínio judiciário em todas as ações que sigam o processo comum, e também, por aplicação analógica do n.º 2 do art. 38.º da Lei n.º 78/2001 (Lei dos Julgados de Paz), que o juiz deve poder exigir que as partes constituam mandatário mesmo nas ações em que o patrocínio não seja legalmente obrigatório. *Vide*, nesse sentido, ALMEIDA RODRIGUES, CARLOS E. P., *Uma análise sobre a obrigatoriedade do patrocínio judiciário no âmbito do processo declarativo comum*, ROA, 2015, III-IV, p. 693.

(5) LOPES DOS REIS, JOÃO LUÍS, *Representação Forense e Arbitragem*, Coimbra Editora, 2001, p. 15.

(6) Art. 66.º, n.º 1, EOA: «*Sem prejuízo do disposto no art. 205.º, só os advogados com inscrição em vigor na Ordem dos Advogados podem, em todo o território nacional, praticar atos próprios da advocacia, nos termos definidos na Lei n.º 49/2004, de 24 de agosto*».

(7) Lei n.º 49/2004, de 24 de agosto.

(8) Nos termos do n.º 4 do art. 66.º do EOA, os advogados estagiários só podem praticar atos próprios da advocacia nos termos previstos no EOA. Nos termos do art. 196.º do EOA, uma vez concluída a primeira fase do estágio, o advogado estagiário pode praticar todos os atos da competência dos solicitadores e exercer a consulta jurídica, desde que sob a orientação do respetivo patrono, e pode praticar todos os demais atos próprios da profissão, desde que efetivamente acompanhado pelo respetivo patrono.

(9) Sem prejuízo da possibilidade, prevista no n.º 3 do art. 204.º do EOA e disciplinada nos arts. 30.º, 31.º e 32.º do Regulamento n.º 913-C/2015 (Regulamento de Inscrição dos Advogados e

pontuais, através da prestação ocasional de serviços nos termos previstos no n.º 1 do art. 205.º do EOA, dando disso prévio conhecimento à Ordem dos Advogados portuguesa⁽¹⁰⁾, seja em permanência, através do estabelecimento permanente em Portugal dependente de prévio registo na Ordem dos Advogados portuguesa nos termos do n.º 2 do art. 205.º do EOA⁽¹¹⁾.

Não obstante o acima exposto, importa notar que «*a representação e o mandato judiciais perante os tribunais portugueses*», quando levados a cabo por advogados da União Europeia que exerçam a profissão com o seu título profissional de origem, está sujeita à importante limitação de só poder ocorrer «*sob a orientação de advogado inscrito na Ordem dos Advogados*», conforme prescrito no art. 204.º do EOA⁽¹²⁾.

Por fim, nas causas em que não seja obrigatória a constituição de advogado, dispõe o art. 42.º do CPC que podem as próprias partes pleitear por si ou fazer-se representar por advogado estagiário ou por solicitador⁽¹³⁾.

Assim, não querendo as partes pleitear por si próprias, nos escassos casos em que lhes é concedido fazê-lo, só a profissionais do foro pode ser

Advogados Estagiários), de os advogados da União Europeia poderem exercer a sua atividade em Portugal com o título de advogado, mediante prévia inscrição na Ordem dos Advogados. Para além dos advogados oriundos de Estados Membros da União Europeia, podem inscrever-se como advogados em Portugal, nos termos do art. 201.º do EOA, os estrangeiros oriundos de Estados não Membros da União Europeia titulares do grau de licenciados em Direito ou de grau ao qual tenha sido atribuída equivalência a este, se o seu país de origem conceder aos portugueses nas mesmas condições idêntica possibilidade de inscrição, bem como os advogados brasileiros diplomados por faculdades de Direito portuguesas ou brasileiras, também na medida em que haja reciprocidade relativamente à possibilidade de inscrição de advogados portugueses, nas mesmas condições, na Ordem dos Advogados brasileira. Em ambos os casos, uma vez inscritos na Ordem dos Advogados portuguesa, os licenciados estrangeiros e os advogados oriundos de Estados Membros da União Europeia poderão, sem restrições, praticar os atos próprios dos advogados em território nacional.

⁽¹⁰⁾ A Lei n.º 9/2009, de 4 de março, disciplina, no seu art. 5.º os termos dessa declaração escrita e os documentos de que deve ser acompanhada. Nos termos do n.º 2 do mesmo artigo, a declaração é válida por um ano, e deve ser renovada para prestações de serviços posteriores.

⁽¹¹⁾ A este respeito, a Lei n.º 9/2009, de 4 de março, dispõe também, no seu art. 10.º, que quando, no território nacional, o exercício de uma profissão regulamentada esteja subordinada à titularidade de determinadas qualificações profissionais, a autoridade competente permite o seu exercício ao requerente que possua a declaração de competência ou o título de formação exigido por outro Estado membro para nele exercer a mesma profissão.

⁽¹²⁾ Conforme esclarece o art. 207.º do EOA, quando prestem serviços de advocacia em Portugal, os advogados de países da União Europeia estão naturalmente sujeitos às regras profissionais e deontológicas aplicáveis aos advogados portugueses e ao poder disciplinar exercido pela Ordem dos Advogados portuguesa, sem prejuízo das regras do Estado de origem a que devam continuar a sujeitar-se.

⁽¹³⁾ A este propósito, cumpre notar que, nos termos do disposto no n.º 3 do art. 40.º do CPC, nas causas em que, não sendo obrigatória a constituição de advogado, as partes não tenham constituído mandatário judicial, «*a inquirição das testemunhas é efetuada pelo juiz, cabendo ainda a este adequar a tramitação processual às especificidades da situação*».

conferido o mandato judicial⁽¹⁴⁾. Por conseguinte, não podem as partes fazer-se representar por terceiros que não sejam profissionais do foro.

3. Representação das partes nas arbitragens domésticas

A primeira questão que se coloca é a de saber se é, nalgum caso, obrigatória a constituição de advogado nas arbitragens domésticas. A resposta parece-nos ser negativa, pelas razões que se exporão de seguida.

Em primeiro lugar, não parece ser obrigatória a constituição de advogado nas arbitragens domésticas pois nem a Lei de Arbitragem Voluntária (“LAV”)⁽¹⁵⁾, nem nenhum outro diploma legal, o impõe. Na ausência de uma disposição específica que imponha tal obrigatoriedade, e sendo ademais a arbitragem um meio de resolução de litígios alicerçado e legitimado pela vontade consensualizada das partes, parece poder concluir-se que a constituição de advogado não é, em nenhum caso, obrigatória, salvo convenção das partes em contrário.

Em segundo lugar, os motivos que depõem a favor da constituição obrigatória de advogado no processo judicial cível, nos casos previstos no art. 40.º do CPC, não são, de modo algum, extensíveis à arbitragem. Com efeito, a suscetibilidade de intervenção de um tribunal judicial superior não tem paralelismo num mecanismo de resolução de litígios que, em regra, se caracteriza pela ausência de recurso para os tribunais estaduais, salvo convenção das partes em contrário⁽¹⁶⁾ (o que só muito raramente sucede)⁽¹⁷⁾.

Em suma, ambos os argumentos militam num mesmo sentido: nas arbitragens domésticas localizadas em Portugal, as partes podem escolher entre postularem por si próprias, ou serem representadas por um terceiro.

(14) Na eventualidade de a parte optar por ser representada por terceiro, cabe então à parte escolher entre fazer-se representar por advogado (ainda que tal não seja obrigatório), por advogado estagiário ou, finalmente, por solicitador.

(15) Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro.

(16) É crescente o número de regulamentos de arbitragem institucionalizada que preveem, em regime de *‘opting in’*, a possibilidade de interposição de recurso (de direito e de facto) para uma segunda instância arbitral. Quanto ao recurso para os tribunais estaduais, além de ser admitido, desde há muito, por algumas legislações nacionais, como por exemplo a italiana e a britânica.

(17) Nos termos do n.º 4 do art. 39.º da LAV, as partes podem convencionar a suscetibilidade de recurso da decisão arbitral que se pronuncie sobre o fundo da causa ou que, sem conhecer deste, ponha termo ao processo arbitral, para o tribunal estadual competente, desde que a causa não haja sido decidida segundo a equidade ou mediante composição amigável.

A segunda questão que se coloca é a de saber se, optando por não intervir pessoalmente, podem as partes escolher um qualquer terceiro para as representar em juízo arbitral, ou se, pelo contrário, estão vinculadas a fazer-se representar por um advogado nos mesmos moldes que estão previstos para o processo declarativo cível.

Como ponto preliminar, cumpre notar que a atual LAV é omissa relativamente a esta questão, embora a lei anterior não o tenha sido.

De facto, o art. 17.º da LAV anterior (Lei n.º 31/86, de 29 de agosto) dispunha que «[a]s partes podem designar quem as represente ou assista em tribunal». Sucede que, não obstante a existência de uma disposição expressa sobre o tema, subsistiam na doutrina da especialidade divergências relativas à correta interpretação a dar àquela disposição.

De um lado, DÁRIO MOURA VICENTE entendia que da disposição em apreço resultava a não obrigatoriedade do patrocínio forense, sendo no resto aplicáveis as disposições do Código de Processo Civil sobre a representação dos litigantes em juízo. Em síntese, para este autor as partes em arbitragem podiam optar entre postular pessoalmente ou fazer-se representar por advogado⁽¹⁸⁾.

Do outro, LOPES DOS REIS entendia que «se o legislador tivesse apenas querido declarar facultativo o patrocínio em tribunal arbitral, a LAV limitar-se-ia a dispor disso mesmo», e que o legislador foi mais longe e consagrou a liberdade de representação e assistência das partes em tribunal. Para este autor, o art. 17.º da LAV permitia às partes «intervir pessoalmente ou fazer-se representar ou assistir por qualquer pessoa, seja ou não profissional do foro»⁽¹⁹⁾.

Seja como for, o que é facto é que a atual redação da LAV omite qualquer referência a este tema⁽²⁰⁾, sendo de notar, contudo, que o legislador veio a esclarecer posteriormente, através da Lei dos Atos Próprios dos Advogados (“LAP”)⁽²¹⁾, de 2004, que o mandato forense compreende não

(18) MOURA VICENTE, DÁRIO, ‘L’évolution récente du droit de l’arbitrage au Portugal’, *Revue de l’Arbitrage*, Comité Français de l’Arbitrage 1991, Vol. 1991, Issue 3, pp. 426-427: «La représentation des parties devant le tribunal arbitral est, d’après l’art. 17 de la Loi, facultative. Les parties peuvent donc plaider elles-mêmes devant le tribunal arbitral; mais elles ne peuvent se faire représenter que par des avocats, des avocats-stagiaires ou des avoués (art. 34.º, CPC), dûment munis d’un pouvoir; sauf s’ils ont été investis dans leur mandat par une déclaration verbale prêtée devant le tribunal par la partie pour laquelle ils se présentent (art. 35, CPC)».

(19) LOPES DOS REIS, JOÃO LUIS, *op. cit.*, p. 118.

(20) Dos anteprojetos apresentados pela Associação Portuguesa de Arbitragem ao Governo em 2009 e em 2010, já não constava qualquer referência ao tema.

(21) Lei n.º 49/2004, de 24 de agosto.

apenas o mandato que é exercido perante os tribunais judiciais, mas também o que é exercido nos «tribunais ou comissões arbitrais»⁽²²⁾.

A LAP é também clara na afirmação de que o exercício do mandato forense é um ato próprio dos advogados, estando por isso reservado aos advogados «com inscrição em vigor na Ordem dos Advogados», ou a quem, de outra forma, e nos termos do Estatuto da Ordem dos Advogados, reunir as condições necessárias para adquirir o título profissional de advogado⁽²³⁾.

Posto isto, parece resultar da leitura conjugada do disposto no art. 1.º, n.º 5, e do art. 2.º, da LAP, que a representação das partes em arbitragens domésticas localizadas em Portugal obedece a regras análogas às da representação das partes no processo judicial cível. Quer isto dizer que optando as partes por se fazerem representar em juízo (por oposição a pleitearem pessoalmente), estão vinculadas a fazer-se representar por profissionais do foro.

Semelhantemente ao que sucede quanto ao exercício do mandato forense no contexto judicial, também neste contexto se afiguram aplicáveis as regras que permitem o exercício, a título ocasional ou permanente, do mandato forense por advogados de outras jurisdições da União Europeia no território nacional.

Assim, parece-nos que, fora nas situações abrangidas por esses regimes especiais, fundados na pertença a um mercado único de prestação de serviços e na ideia de reciprocidade, não podem, em princípio, advogados estrangeiros exercer o mandato forense nas arbitragens domésticas localizadas em Portugal.

4. Representação das partes nas arbitragens internacionais

Examinado como ficou o regime jurídico aplicável às arbitragens domésticas, coloca-se a questão de saber se idêntico regime deve aplicar-se às arbitragens internacionais localizadas em Portugal.

Relativamente a estas, a questão coloca-se em termos diferentes e reconduz-se a saber se a disciplina constante da LAP, que limita a liberdade de escolha de representante pelas partes no processo arbitral, constitui, ou não, parte integrante da *lex arbitri*.

(22) Cf. art. 5.º da Lei n.º 49/2004, de 24 de agosto.

(23) Cf. art. 5.º, n.º 1, do Estatuto da Ordem dos Advogados.

Mas antes de avançar no tratamento da questão, importa concretizar o conceito de arbitragem internacional consagrado na LAV, e as razões pelas quais o tema se coloca em termos diferentes, e com particular acuidade, no seu contexto.

Conforme preceituado no art. 49.º da LAV, uma arbitragem diz-se internacional quando «*põe em jogo interesses do comércio internacional*»⁽²⁴⁾. A arbitragem internacional caracteriza-se, por isso, por o litígio que dela é objeto ter elementos de contacto com mais do que uma jurisdição⁽²⁵⁾.

Ademais, a prática demonstra que, nas arbitragens internacionais localizadas em Portugal, não é raro que nenhum dos árbitros tenha a nacionalidade portuguesa, que a condução do processo seja feita em língua estrangeira (mormente em inglês) ou que o direito português não seja sequer aplicável ao mérito da causa⁽²⁶⁾.

Sem prejuízo do exposto, tais arbitragens não se desenvolvem num vazio jurídico⁽²⁷⁾, pelo que a ancoragem de uma arbitragem internacional numa determinada jurisdição se faz pelo estabelecimento nela da sua sede, a qual pode ser determinada pelas partes através de acordo ou, na sua ausência, pelo tribunal arbitral⁽²⁸⁾ ou pela instituição arbitral relevante⁽²⁹⁾.

Assim, quando nos referimos às arbitragens internacionais localizadas em Portugal, é a esta ideia que nos reportamos: arbitragens que, seja

(24) Como explica DÁRIO MOURA VICENTE na sua anotação a esta disposição, a definição de arbitragem internacional em função deste critério objetivo é uma definição ampla, que abrange não só os «*litígios cujas partes se encontrem estabelecidas em países diferentes*», mas também os «*litígios emergentes de operações económicas que envolvam a circulação de produtos, serviços ou capitais através de fronteiras*», MOURA VICENTE, DÁRIO (coordenador), *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2017, p. 159.

(25) «*International arbitration, unlike its domestic counterpart, usually involves more than one system of law or of legal rules*», in 'Chapter 3. Applicable Laws', in BLACKABY, NIGEL, PARTASIDES, CONSTANTINE, *et al.*, Redfern and Hunter on International Arbitration, 6.ª ed., Oxford University Press 2015, p. 157.

(26) Uma ideia comumente motivada por uma busca de uma certa ideia de neutralidade pelas partes. Nesse sentido, *vide* 'Chapter 3. Applicable Laws', in BLACKABY, NIGEL, PARTASIDES, CONSTANTINE, *et al.*, *ibid.*, p. 166: «*[w]here parties to an international arbitration agreement choose for themselves a seat of arbitration, they usually choose a place that has no connection with either themselves or their commercial relationship. They choose a 'neutral' place*».

(27) «*Like a contract, an arbitration does not exist in a legal vacuum. It is regulated, first, by the rules of procedure that have been agreed or adopted by the parties and the arbitral tribunal; secondly, it is regulated by the law of the place of arbitration. It is important to recognise at the outset — as even distinguished judges and commentators sometimes fail to do — that this dualism exists*», *ibid.*, p. 156.

(28) Como mandam, por exemplo, as regras de arbitragem da UNCITRAL.

(29) Como mandam, por exemplo, as regras da CCI.

por escolha das partes, seja por determinação dos árbitros ou da instituição arbitral, se consideram juridicamente sediadas, ou localizadas, em Portugal.

Ora, no âmbito da arbitragem internacional, a escolha da sede da arbitragem é extremamente consequente por diversas razões, mas desde logo porque determina também, na grande maioria dos casos, a escolha da *lex arbitri*⁽³⁰⁾.

A *lex arbitri* corresponde, por sua vez, ao conjunto de regras do ordenamento jurídico em que a arbitragem foi sediada que disciplinam, na maioria dos casos, de forma imperativa, aspetos fundamentais da condução do processo arbitral, bem como a competência dos tribunais estaduais locais na assistência e na supervisão das arbitragens aí sediadas⁽³¹⁾.

Na generalidade dos casos, a *lex arbitri* é plasmada no diploma que especificamente disciplina a arbitragem na jurisdição onde a arbitragem se encontra localizada, o que no caso português corresponde à atual LAV. Mas não tem necessariamente de ser assim.

Com efeito, os Estados são livres na forma como disciplinam a arbitragem⁽³²⁾. Alguns Estados optaram por regular a arbitragem nos respetivos códigos de processo civil (como um ‘regime especial’ relativamente à disciplina da organização e funcionamento dos tribunais estaduais e ao processo que perante estes se desenvolve), outros optaram por regular num único diploma todos os aspetos relacionados com a arbitragem, seja ela atinente a litígios domésticos ou internacionais (como fizeram Portugal, a Espanha e o Reino Unido), e, finalmente, outros Estados regulam a arbitragem internacional num diploma à parte, como é o caso da Suíça.

Posto isto, poderia eventualmente argumentar-se que, por não existir atualmente na LAV nenhuma disposição que imponha restrições à liberdade das partes na escolha dos seus representantes, as partes nas arbitragens internacionais localizadas em Portugal às quais a LAV se aplique seriam livres de escolher qualquer pessoa para as representar em juízo. Tal conclusão, de pendor formalista, encerraria dessa forma a discussão.

⁽³⁰⁾ De acordo com a chamada *seat theory*, que consiste na ideia de que «*arbitration is governed by the law of the place in which it is held, which is the ‘seat’ (or ‘forum’, or locus arbitri) of the arbitration*», a qual encontra amplo acolhimento tanto na teoria como na prática da arbitragem internacional, in BLACKABY, NIGEL, PARTASIDES, CONSTANTINE, *et al.*, *op. cit.*, pp. 171-172.

⁽³¹⁾ Também definida como «*the law governing the existence and proceedings of the arbitral tribunal (the lex arbitri)*», *ibid.*, p. 157.

⁽³²⁾ Neste sentido: «*Each state will decide for itself what laws it wishes to lay down to govern the conduct of arbitrations within its own territory*», *ibid.*, p. 167.

Não obstante, pode argumentar-se também que a simples circunstância de uma matéria, que até 2011 era disciplinada na LAV e se considerava por isso presumivelmente integrada no âmbito da *lex arbitri*, ter, entretanto, deixado de ser objeto de regulação nesse diploma, não faz com que deixe de pertencer ao acervo de matérias compreendidas no quadro básico e inderrogável das arbitragens sediadas em Portugal, sendo, por isso, aplicáveis as disposições imperativas da LAP relativamente ao exercício do mandato forense em arbitragem, não obstante constarem de um diploma que trata primordialmente de outras matérias que não a arbitragem.

É por isso pertinente indagar acerca da solução a dar ao problema à luz dos princípios do sistema e das razões de natureza material que advogam pelas soluções possíveis.

Em particular, pois é precisamente nas arbitragens internacionais que com maior probabilidade as partes se quererão fazer representar por mandatários de outras jurisdições, porventura pouco versados no direito português, mas seguramente conhecedores do direito aplicável ao fundo da causa e experimentados nas idiosincrasias do processo arbitral. É também possível que tais mandatários, ainda que sejam advogados, não o sejam em Estados Membros da União Europeia e por isso não reúnam as condições para poder, pontualmente ou em permanência, advogar com o seu título profissional de origem no território português nos termos previstos pelo EOA.

Expostos os termos em que o problema se coloca, impõe-se agora explorar os argumentos esgrimíveis tanto no sentido de que as disposições da LAP que limitam o exercício do mandato forense aos profissionais do foro, aplicáveis (como entendemos) às arbitragens domésticas, devem aplicar-se às arbitragens internacionais, como também no sentido contrário, de que às arbitragens internacionais não são aplicáveis tais disposições por não se considerarem integrantes da *lex arbitri* do foro.

Por um lado, pode arguir-se que a ausência de uma disposição expressa na atual LAV que imponha a representação das partes por advogado nas arbitragens internacionais, resulta no reconhecimento da liberdade das partes quanto a essa matéria. De acordo com esta lógica, se o legislador, em 2011, tivesse querido limitar o exercício do mandato forense em arbitragens internacionais localizadas em Portugal, teria tornado expressa essa opção. Não tendo sido estabelecida nenhuma proibição ou limitação a este respeito, o tema situa-se no âmbito da plena autonomia da vontade das partes.

Esta posição encontra respaldo numa conceção dualista da disciplina da arbitragem constante da LAV. Com efeito, aqueles que, como ANTÓNIO

MENEZES CORDEIRO⁽³³⁾, entendem que a LAV consagra um sistema dualista, em que o regime da arbitragem internacional é diferente do da arbitragem doméstica, mais facilmente se inclinam na defesa de que o regime da LAP não foi pensado e não é aplicável à representação das partes em arbitragens internacionais.

Em abono desta posição, depõem também os vários exemplos que, numa perspetiva comparatística, denunciam uma certa tendência no sentido da liberalização da representação das partes nas arbitragens internacionais.

Com efeito, o *Arbitration Act* britânico de 1996 é inequívoco na consagração da total liberdade das partes a este respeito, ao dispor na secção 36 que: «*Unless otherwise agreed by the parties, a party to arbitral proceedings may be represented in the proceedings by a lawyer or other person chosen by him*».

A evolução verificada na lei espanhola de arbitragem, idêntica à da nossa, pode ser também aventada como ilustrativa dessa tendência. Sendo certo que a lei de 1988⁽³⁴⁾ dispunha no n.º 3 do seu art. 21.º que as partes podiam intervir por si mesmas ou valer-se de advogado em exercício, a nova lei, aprovada em 2003⁽³⁵⁾, eliminou essa disposição, podendo agora arguir-se que houve uma intenção de deixar esta matéria à livre regulação pelas partes.

A lei brasileira de arbitragem, por seu turno, também parece reconhecer ampla liberdade às partes, ao prever que «*[a]s partes poderão postular por intermédio de advogado, respeitada, sempre, a faculdade de designar quem as represente ou assista no procedimento arbitral*»⁽³⁶⁾.

Ademais, chega-nos do outro lado do atlântico o exemplo recente da Califórnia, onde em julho de 2018 foi aprovada por unanimidade uma alteração ao código de processo civil estadual⁽³⁷⁾, no sentido de passar a admi-

(33) Este autor considera que a LAV acolheu um sistema de dualismo fraco, em parte por força da influência da tradição francesa. Cf. MENEZES CORDEIRO, ANTÓNIO, *Tratado da Arbitragem, Comentário à Lei 63/2011, de 14 de Dezembro*, Almedina, 2015, p. 483.

(34) Lei n.º 36/1988, de 5 de dezembro. O exemplo espanhol era inclusivamente citado por LOPES DOS REIS em 2001 como um caso isolado, em nítido contraste com aquela que era a tendência na generalidade das jurisdições. LOPES DOS REIS, JOÃO LUÍS, *op. cit.*, p. 121.

(35) Lei n.º 60/2003, de 23 de dezembro.

(36) *Vide* § 3.º do art. 21 da Lei n.º 9.307, de 23 de setembro de 1996.

(37) *Vide* Senate Bill, N.º 766, disponível para consulta em <www.leginfo.ca.gov>.

Note-se, porém, que nos termos desta lei, para a representação por advogado estrangeiro ou admitido noutra jurisdição ser permitida, é necessário que se verifique uma, e apenas uma, das cinco condições seguintes: (i) a representação ser levada a cabo em associação com um advogado admitido à ordem dos advogados da Califórnia, que participe ativamente na causa, (ii) os serviços serem emergentes ou esta ser razoavelmente relacionados com o exercício da profissão pelo advogado na jurisdição onde se encontra admitido à prática da profissão, (iii) os serviços serem prestados a um cliente que reside ou

tir expressamente a representação das partes por advogados de outras jurisdições e de outros Estados, nas arbitragens internacionais sediadas na Califórnia, sem necessidade de qualquer tipo de registo ou inscrição junto da ordem dos advogados respetiva.

Finalmente, e sendo verdade que a Lei Modelo da UNCITRAL nada diz a este respeito, não o faz provavelmente, porque o art. 5.º do Regulamento de Arbitragem da UNCITRAL (de 1976) já consagrava a liberdade de postulação e representação das partes, ao afirmar que «*[e]ach party may be represented or assisted by persons chosen by it*».

Predominam, pois, exemplos que amparam o entendimento de que as partes devem gozar de liberdade de representação perante os árbitros, podendo pleitear por si ou escolher um representante da sua confiança, o qual não tem necessariamente de ser um advogado ou outro profissional do foro no qual a arbitragem se sedia.

Mas também nos princípios gerais pertinentes se alicerça esta posição. Autores como MATTI S. KURKELA e SANTTU TURUNEN, salientam o princípio da autonomia das partes e a génese eminentemente fiduciária da relação entre um mandante e o seu mandatário, como fatores decisivos que propugnam pela defesa dessa liberdade na escolha dos representantes legais em arbitragem internacional⁽³⁸⁾.

De facto, e como refere LOPES DOS REIS, «*a arbitragem tem natureza contratual e justifica-se na autonomia da vontade ou, se se quiser, na amplitude que a lei reconhece à autonomia da vontade*»⁽³⁹⁾. Em arbitragem internacional, essa liberdade é ainda mais ampla, podendo as partes cometer a resolução dos seus litígios de acordo com a equidade⁽⁴⁰⁾, a decisores que não sejam sequer juristas⁽⁴¹⁾.

tem presença na jurisdição na qual o advogado se encontra admitido à prática da profissão, (iv) os serviços serem emergentes ou estarem razoavelmente relacionados com um assunto que tenha uma conexão substancial com a jurisdição na qual o advogado se encontra admitido à prática da profissão, ou (v) a representação dizer respeito a um litígio no qual seja aplicável o direito internacional ou o direito de uma jurisdição estrangeira ou de um Estado que não a Califórnia.

⁽³⁸⁾ KURKELA, MATTI S., TURUNEN, SANTTU; Conflict Management Institute (COMI), *Due Process in International Commercial Arbitration*, 2.ª ed., Oxford University Press, 2010, p. 191: «*A party being able to choose its own counsel is important in two ways. First, it allows the party to effectively enforce its substantive and procedural rights to the extent it decides to do so and in a manner that it wants. Second, there is an intrinsic value in having the right to choose legal help as trust is important, and the procedure may only be fair if a party can trust the counsel conducting it on the party's behalf*».

⁽³⁹⁾ LOPES DOS REIS, JOÃO LUÍS, *op. cit.*, pp. 123-124.

⁽⁴⁰⁾ Nos termos do n.º 1 do art. 39.º da LAV, «*[o]s árbitros julgam segundo o direito constituído, a menos que as partes determinem, por acordo, que julguem segundo a equidade*».

⁽⁴¹⁾ Com efeito, o art. 9.º da LAV não prescreve qualquer requisito dessa natureza.

Ademais, e tal como afirmado pelo Supremo Tribunal de Justiça, o exercício dessa autonomia pelas partes na escolha da sua representação não colide com outros princípios fundamentais, mormente com os princípios da igualdade e do contraditório. Significativamente, o Supremo Tribunal de Justiça afirmou que:

«Esta situação não implica violação do princípio da igualdade das partes — as partes estão exatamente nas mesmas circunstâncias — nem tão pouco violação do princípio do contraditório, pois não se vê, nem a recorrente nada alega em contrário, que o representante da parte, por não ser advogado, visse serem-lhe excluídos poderes processuais que, ao invés, fossem conferidos ao advogado mandatário da parte contrária.

...

Os princípios da igualdade e do contraditório que devem ser observados no processo [art. 980.º, al. e), do CPC] referenciam-se ao exercício dos atos processuais, não se referenciam às diferenças de natureza pessoal, designadamente às qualidades de desempenho dos intervenientes no processo, diferenças inerentes à condição humana; por isso, aceite pelo tribunal arbitral que o patrocínio forense seja exercido por profissional não forense, na sequência da posição da própria parte que decidiu prescindir dos serviços de advogado, optando por se fazer representar pro administrador, a posição de igualdade entre as partes está assegurada visto que tal entendimento vale de modo igual para todas as partes, não relevando a diferença qualitativa da representação que, se ocorreu, é da responsabilidade da recorrente»⁽⁴²⁾.

Finalmente, e atendendo à *ratio legis* subjacente à imposição da representação das partes por advogado do foro, pode argumentar-se que os motivos que militam a favor da sua imposição transversal no contexto do contencioso judicial e da arbitragem doméstica, não impõem necessaria-

⁽⁴²⁾ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, proferido em 09.07.2015 no processo n.º 36/14.4YRLSB.S1. Esta decisão foi proferida num processo de revisão e confirmação de sentença arbitral estrangeira proferida numa arbitragem internacional localizada em Paris, França, e conduzida sob os auspícios da Câmara de Comércio Internacional. Um dos fundamentos invocados pela requerida para se opor ao reconhecimento da decisão nos termos do disposto no art. 56.º/1, alínea a), da LAV, foi o de que a convenção de arbitragem seria nula por a contraparte não a ter informado acerca da impossibilidade de recorrer a apoio judiciário e de ser nomeado um advogado em caso de insuficiência económica no contexto deste meio de resolução de litígios. Mais alegou a requerida que, a partir de determinada altura, em virtude de não poder pagar os elevados custos associados ao patrocínio da causa, prescindiu dos seus advogados e passou a ser representada por um administrador seu, ao passo que os requerentes sempre estiveram patrocinados por mandatário forense, o que consubstanciaria uma violação dos princípios do contraditório e da igualdade. O Supremo Tribunal de Justiça rejeitou este argumento, tendo afirmado que quem subscreve convenção de arbitragem sujeita-se à administração de justiça não estadual e assume necessariamente as vantagens e os custos inerentes à opção que livremente tomou, não se impondo nenhum dever de informação entre as partes contratantes no que respeita às consequências processuais e aos custos decorrentes da opção assumida.

mente, no que à arbitragem internacional diz respeito, a representação por advogado.

Com efeito, e como refere ANTUNES VARELA, essas razões são tanto de ordem psicológica como de ordem técnica. Por um lado, entende-se que a defesa direta pelos litigantes da sua posição em juízo pode privá-los da «*serenidade de espírito indispensável à defesa mais eficaz da sua posição na lide*». Por outro, entende-se que «*faltam ao comum das partes a experiência e os conhecimentos técnicos necessários à exacta valoração das razões que lhes assistem em face do direito aplicável*»⁽⁴³⁾.

Ora, pode igualmente aduzir-se, face a isto, que a primeira ordem de motivos propugna pela representação em juízo por um qualquer terceiro, não necessariamente por advogado, satisfazendo-se assim a desejável alteridade na defesa de interesses em juízo. Relativamente à segunda, pode argumentar-se que, a defesa da representação por um profissional com conhecimento do direito aplicável, não conduz necessariamente à representação por um advogado admitido na Ordem dos Advogados portuguesa, uma vez que, como se referiu, na arbitragem internacional é frequente a escolha de um direito material diferente do da sede da arbitragem, como aplicável ao fundo da causa.

Por último, pode aventar-se um argumento de ordem prática, mas de importância não despreciable, e que se traduz no facto de «*o cumprimento de semelhante imposição nem sequer seria susceptível de controlo eficaz*»⁽⁴⁴⁾.

De facto, a arbitragem é um processo privado de resolução de litígios, protegido pelo dever de sigilo a que os seus intervenientes estão adstritos, nos termos do n.º 5 do art. 30.º da LAV⁽⁴⁵⁾.

Por estes motivos, pode arguir-se que a imposição da representação das partes por advogado nas arbitragens internacionais é dificilmente sus-

(43) BEZERRA, JOSÉ MIGUEL, SAMPAIO E NORA, e ANTUNES VARELA, JOÃO DE MATOS, *Manual de Processo Civil de acordo com o Dec.-Lei 242/85*, 2.ª ed., reimpressão, Coimbra Editora, 2006, p. 190. Assim, e por contraposição ao exposto, na justificação da desnecessidade de constituição de advogado em determinado tipo de ações, terá certamente pesado «*a consideração de que, em face do seu baixo valor e pela sua pretensa simplicidade a nível de tramitação, a imposição às partes de constituição obrigatória de mandatário e do pagamento dos respetivos honorários seria um ónus demasiado pesado no que toca ao exercício do seu direito de ação*», in ALMEIDA RODRIGUES, CARLOS E. P., *op. cit.*, p. 665.

(44) LOPES DOS REIS, JOÃO LUÍS, *Representação Forense e Arbitragem*, Coimbra Editora, 2001, p. 127.

(45) Concretamente, esta disposição prevê que: «*[o]s árbitros, as partes e, se for o caso, as entidades que promovam, com carácter institucionalizado, a realização de arbitragens voluntárias, têm o dever de guardar sigilo sobre todas as informações que obtenham e documentos de que tomem conhecimento através do processo arbitral, sem prejuízo do direito de as partes tornarem públicos os actos processuais necessários à defesa dos seus direitos e do dever de comunicação ou revelação de actos do processo às autoridades competentes, que seja imposto por lei*».

cetível de tutela efetiva e é, ademais, geradora do risco, para o qual autores como LOPES DOS REIS alertam, de «*levar os litigantes a preferir outro país para a sede da sua arbitragem*», ou no limite levar a situações de «*mera aparência de constituição de advogado, que não seriam dignas nem dignificantes*»⁽⁴⁶⁾.

Explanados os argumentos que, em nosso entender, são suscetíveis de sustentar a defesa de uma posição mais liberal relativamente ao tema da representação das partes nas arbitragens internacionais localizadas em Portugal, cumpre agora expor alguns dos possíveis argumentos em sentido contrário.

Em primeiro lugar, pode arguir-se que a circunstância de, em 2011, o tema da representação das partes ter deixado de ser objeto de tratamento na LAV, não é suficiente para conduzir à desaplicação do regime que, em 2004, o legislador português entendeu consagrar quanto a esta matéria na LAP. Por outras palavras, que tal circunstância não remove a matéria do âmbito da lei da sede da arbitragem, relativamente às arbitragens aqui sediadas em Portugal.

Com efeito, nem a LAP nem o EOA distinguem o mandato forense que é exercido em arbitragens domésticas, daquele que é exercido em arbitragens internacionais, pelo que não deve o intérprete traçar distinções onde o legislador não as esboçou.

Além disso, se tivesse querido o legislador português, em 2011, consagrar um regime para as arbitragens internacionais que se afastasse daquele que existia desde 2004 para as arbitragens domésticas, tê-lo-ia feito. De facto, o n.º 2 do art. 49.º da LAV é claro na afirmação de que, salvo o especialmente disposto no Capítulo IX quanto à arbitragem internacional, «*são aplicáveis à arbitragem internacional, com as devidas adaptações, as disposições da presente lei relativas à arbitragem interna*»⁽⁴⁷⁾.

Em segundo lugar, a recente entrada em vigor da Lei n.º 63/2019, de 16 de agosto, que veio sujeitar os conflitos de consumo de reduzido valor económico, por opção do consumidor, à arbitragem necessária ou mediação e introduzir o dever de informação do consumidor do direito a

⁽⁴⁶⁾ LOPES DOS REIS, JOÃO LUÍS, *Representação Forense e Arbitragem*, Coimbra Editora, 2001, nota de rodapé 127.

⁽⁴⁷⁾ Por fim, importa referir que esta interpretação parece ter ganho algum acolhimento junto de alguns autores, estrangeiros. Com efeito, MARGARET MOSES cita o exemplo português, como sendo um caso no qual «*it appears that to represent a party in an international arbitration, one must be admitted as a lawyer in Portugal, although there is apparently no court decision on the subject*», vide MOSES, MARGARET, *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*, Third Edition, Cambridge University Press, p. 179.

constituir advogado ou solicitador, pode igualmente ser interpretada como um sinal do legislador no sentido de que, exercendo as partes o direito de se fazerem representar em juízo, estão adstritas a eleger um advogado ou solicitador para o efeito.

Em terceiro lugar, também o direito comparado oferece exemplos de ordenamentos jurídicos nos quais esta posição prevalece. Com efeito, o ordenamento jurídico italiano é um dos exemplos citados na doutrina em que o patrocínio por advogados do foro é quase sempre obrigatório, podendo as partes representar-se a si próprias apenas perante os julgados de paz (*Giudice di Pace*), e nalguns processos judiciais de natureza laboral⁽⁴⁸⁾.

Finalmente, também do ponto de vista valorativo encontra esta posição respaldo, relacionado com a qualificação constitucional dos tribunais arbitrais como verdadeiros tribunais⁽⁴⁹⁾, e, bem assim, com o papel que é reconhecido ao advogado enquanto elemento essencial à administração da justiça.

O ponto de partida nesta matéria é, indiscutivelmente, o reconhecimento de que a nossa Constituição dedica o seu art. 208.º ao patrocínio forense, dispondo que «[a] lei assegura aos advogados as imunidades necessárias ao exercício do mandato e regula o patrocínio forense como elemento essencial à administração da justiça».

A relevância constitucional do tema é ainda reforçada pela consagração, no n.º 2 do art. 20.º da CRP⁽⁵⁰⁾, do direito ao patrocínio judiciário, enquanto dimensão da garantia geral de acesso ao direito e a uma tutela jurisdicional efetiva.

Sendo verdade que o direito ao patrocínio judiciário é uma dimensão da garantia de proteção jurídica, «desse direito não decorre um dever de as partes constituírem mandatário forense em todo e qualquer processo judicial». Assim, nas palavras do Tribunal Constitucional, «[a] Constituição deixa ao legislador uma ampla faculdade de conformação do universo de processos em que é obrigatória a constituição de mandatário»⁽⁵¹⁾.

Sem prejuízo do exposto, parece pacífico que o patrocínio judiciário assume uma importância central na administração da justiça, sendo evi-

⁽⁴⁸⁾ ALMEIDA RODRIGUES, CARLOS E. P., *Uma análise sobre a obrigatoriedade do patrocínio judiciário no âmbito do processo declarativo comum*, ROA, 2015, III-IV, p. 660, nota de rodapé n.º 19.

⁽⁴⁹⁾ Vide art. 209.º, da CRP.

⁽⁵⁰⁾ Art. 20.º, n.º 2, CRP: «Todos têm direito, nos termos da lei, à informação e consulta jurídicas, ao patrocínio judiciário e a fazer-se acompanhar por advogado perante qualquer autoridade».

⁽⁵¹⁾ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 91/2009, proferido no processo n.º 276/08.

dência disso a circunstância de o Estado assumir, nos termos da Lei n.º 34/2004, de 29 de julho (Lei de Acesso ao Direito e aos Tribunais)⁽⁵²⁾, a responsabilidade por permitir a todos o acesso ao direito e aos tribunais em condições de igualdade, assegurando para o efeito um sistema de apoio judiciário oficioso para aqueles que demonstrem insuficiência económica.

É precisamente essa relevância que justifica e explica que o exercício do patrocínio, contrariamente à representação dos sujeitos de direito privado em geral, se encontre sujeito a regras deontológicas próprias, que impõem ao advogado deveres de independência e isenção técnica, alguns dos quais extrapolam a relação com o cliente, e cuja tutela disciplinar é assegurada, em primeira linha, pela Ordem dos Advogados.

Com efeito, pode arguir-se que o interesse público em que a administração da justiça seja conduzida e protagonizada de modo emocionalmente equidistante por profissionais dotados de adequada formação deontológica e habilitações técnico-jurídicas certificadas por uma associação pública profissional, justifica a imposição de constituição de mandatário devidamente habilitado para o efeito nas arbitragens internacionais em que as partes optem por não pleitear pessoalmente em juízo.

Assim, facilmente se compreendem as vantagens em garantir-se que, num procedimento em que se postulam direitos em busca de um provimento jurisdicional, que é equivalente ao provimento jurisdicional estadual e que goza das proteções da lei portuguesa enquanto lei do foro, sejam respeitados mínimos deontológicos e técnicos na representação das partes.

5. Conclusão

Em suma, tudo visto e ponderado, parece-nos claro que a representação das partes por terceiros nas arbitragens domésticas obedece a regras análogas às da representação das partes perante os tribunais judiciais. Assim, e embora não seja em nenhum caso obrigatória a constituição de mandatário, as partes que optem por fazê-lo estão adstritas a escolher para o efeito um profissional do foro.

Ora, relativamente às arbitragens internacionais localizadas em Portugal, a questão não está resolvida nem é livre de controvérsia, existindo argumentos para defender ambas as posições.

⁽⁵²⁾ Lei esta que deve ler lida e aplicada em conjugação com a Portaria n.º 10/2008, de 3 de janeiro (Regulamento da Lei de Acesso ao Direito).

Na prática, a questão reconduz-se a saber se, nas arbitragens internacionais localizadas em Portugal, onde eventualmente não seja sequer aplicável o direito português ao fundo da causa, têm as partes de se fazer representar por advogados inscritos na Ordem dos Advogados, ou, no limite, por advogados de outros Estados-Membros da União Europeia mas sempre «*sob a orientação de advogado inscrito na Ordem dos Advogados*»⁽⁵³⁾, ou se, pelo contrário, podem escolher livremente um representante da sua confiança.

Salvo melhor entendimento, somos da opinião de que, nas arbitragens internacionais, as partes devem gozar de total liberdade na escolha de um representante da sua confiança, fundamentalmente pelas razões que se exporão de seguida. Parece-nos que é essa a solução que resulta da lei e da jurisprudência dos nossos tribunais superiores.

Em primeiro lugar, parece-nos preponderante a circunstância de não existir atualmente na LAV nenhuma disposição que especificamente trate o tema. Daqui retiramos que a matéria não integra, na perspetiva do legislador português, o quadro jurídico básico e inderrogável das arbitragens sediadas em Portugal.

Em segundo lugar, parece-nos significativo que, mesmo quando a matéria era regulada no art. 17.º da LAV anterior, a disposição pertinente consagrava um princípio de liberdade («*[a]s partes podem designar quem as represente ou assista em tribunal*»). Sendo certo que existiam à data interpretações diversas acerca da referida disposição, é também certo que nenhuma restrição expressa ressaltava dos seus próprios termos.

Em terceiro lugar, notamos que a eliminação do art. 37.º do texto da LAV de 2011, atualmente em vigor, não foi acompanhada de qualquer tipo de nota explicativa, não sendo sequer mencionada nos projetos que antecederam a aprovação da lei atual, o que mais consolida a nossa convicção de que, na perspetiva do legislador português, o tema não pertence ao quadro jurídico básico e inderrogável da *lex arbitri*.

Não obstante, parece-nos que é, em última análise, a dimensão deontológica do patrocínio judiciário, o fator mais determinante na defesa da presença de advogados como representantes das partes nas arbitragens internacionais.

O advogado está, enquanto tal, adstrito a deveres de não advogar contra o direito, de não recorrer a expedientes ilegais, de não representar interesses conflitantes, entre muitos outros. Deveres que são tanto mais rele-

(53) Conforme prescrito no art. 204.º do EOA.

vantes num momento em que, como agora, a legitimidade da arbitragem enquanto alternativa aos tribunais do estado é objeto de forte escrutínio pela sociedade civil, e se faz sentir uma maior pressão pela demonstração de transparência e ética por parte dos seus intervenientes.

Assim, e sem prejuízo da conclusão a que chegámos, consideramos que é desejável a aplicação à arbitragem internacional de regras deontológicas que disciplinem a atuação dos representantes das partes em juízo, sendo o Código de Deontologia dos Advogados Europeus⁽⁵⁴⁾ e o Código de Ética da *International Bar Association* instrumentos que, constituindo um denominador comum a vários Estados, eficazmente podem cumprir esse desígnio.

⁽⁵⁴⁾ Adotado na sessão plenária do Conseil des Barreaux européens (CCBE) de 28 de outubro de 1988 e cuja tradução para português foi aprovada pela Deliberação n.º 2511/2007.

UM POLVO CHAMADO AUTORIDADE DO CASO JULGADO

Por José Lebre de Freitas

SUMÁRIO:

1. Exceção e prejudicialidade no caso julgado.
2. Um conceito alargado de identidade da causa.
3. Exceção sem identidade.
4. Prejudicialidade e autoridade.
- 5.1. Antecedente lógico da sentença: autoridade ou exceção?
6. A exceção na veste da autoridade.
7. Crise na identidade das partes.
8. Finalmente, uma ilha sem polvo.

Sumário

A autoridade do caso julgado, tal como a jurisprudência dominante a entende, é um polvo devorador da figura da exceção do caso julgado e dos seus limites legais.

1. Exceção e prejudicialidade no caso julgado

Como é sabido, a decisão judicial transita em julgado quando já não é suscetível de reclamação nem de recurso ordinário, quer nenhuma impugnação tenha tido lugar nos prazos legais, quer se tenham esgotado os meios de impugnação admissíveis e efetivamente utilizados (art. 628.º do Código de Processo Civil: CPC). Forma-se então o **caso julgado**, com efeitos circunscritos ao processo concreto em que a decisão é proferida, constituindo caso julgado meramente **formal**, quando ela seja de absolvição da instância (art. 279.º, CPC), extingua a instância por causa diversa do julgamento

(art. 277.º, CPC)⁽¹⁾ ou constitua despacho interlocutório que não seja de mero expediente (art. 152.º-4, CPC), e com efeitos dentro e fora do processo, constituindo caso julgado simultaneamente **formal e material**, quando tenha sido de mérito (art. 619.º-1, CPC)⁽²⁾.

Dentro do processo, a definitividade da decisão impede que nele ela seja **contraditada** ou **repetida**⁽³⁾ Fora do processo, produz-se um **efeito preclusivo material**: não só precludem todos os possíveis meios de defesa do réu vencido e todas as possíveis razões do autor que perde a ação⁽⁴⁾, mas também, com maior amplitude, toda a indagação sobre a relação controvertida⁽⁵⁾, delimitada pela pretensão substantivada (pedido fundado numa causa de pedir) deduzida em juízo.

O caso julgado material é, pois, primacialmente caracterizado por impor às partes uma **norma de comportamento**⁽⁶⁾, baseada no prévio **acertamento**, com o referido efeito preclusivo, das respetivas situações jurídicas. Ao contrário das preclusões (processuais) do direito à prática dos vários atos processuais que precedem a sentença, esta preclusão manifesta-se assim no plano do direito substantivo^(7/8). A inadmissibilidade de

(1) A sentença homologatória da confissão, desistência ou transação constitui, no nosso sistema jurídico, uma decisão de mérito, equiparada à que julga aplicando o direito aos factos (art. 290.º-3, CPC).

(2) A epígrafe do art. 620.º, CPC, encerra alguma ambiguidade, na medida em que possa dar a entender que só a decisão que recaia sobre a relação processual produz o efeito de caso julgado formal, com o que a decisão de mérito produziria apenas o efeito de caso julgado material.

(3) Trata-se dum efeito preclusivo intraprocessual.

(4) MANUEL DE ANDRADE, *Noções elementares de processo civil*, Coimbra, 1956, pp. 302-303.

(5) ANGELO FALZEA, *Efficacia giuridica*, Enciclopedia del diritto, XIV, pp. 504-506, e *Accertamento (teoria generale)*, Enciclopedia del diritto, I, pp. 213-214 e 217.

(6) ARWED BLOMEYER, *Zivilprozessrecht*, Berlin, 1985, pp. 470 e 472.

(7) ANGELO FALZEA, *Efficacia*, pp. 506-507.

(8) Nenhum efeito que extravase o campo dum processo concreto pode ser qualificado como puramente processual, pelo que são substantivos todos os efeitos do caso julgado “fora do processo” (art. 619.º-1, CPC) e “noutra causa” (art. 581.º-3, CPC), assim como é substantivo o efeito consistente em se poderem invocar os “depoimentos e arbitramentos produzidos num processo (...) noutro processo” (art. 421.º-1, CPC). Contra esta posição, julgo não proceder o argumento retirado da **limitação da eficácia subjetiva** do caso julgado (ROSENBERG-SCHWAB, p. 972; KONRAD HELLWIG, *System des deutschen Zivilprozessrechts*, Leipzig, 1968, p. 781; CASTRO MENDES, *Limites objetivos do caso julgado*, Lisboa, Ática, 1968, pp. 40-41). A sua refutação seria mais fácil à luz da velha teoria dos efeitos reflexos do caso julgado perante terceiros: a sentença, válida *erga omnes*, perante todos define as situações jurídicas das partes entre si, verificando-se depois sobre as situações de terceiros repercussões que são mera consequência do modo como o direito substantivo conexiona as situações jurídicas desses terceiros com as das partes; mas, afastada tal teoria, por contrariar o direito fundamental de defesa (MARCO TULLIO LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, Milano, 1984, II, p. 437; NICOLÒ TROCKER, *I limiti soggettivi del giudicato tra tecniche di tutela sostanziale e garanzie di difesa processuale*, Rivista di diritto processuale, 1988, pp. 71-88; VARELA/BEZERRA/NORA, *Manual de processo civil*, Coimbra, Coim-

nova decisão em futuro processo entre as mesmas partes e com o mesmo objeto, seja repetindo-a (**proibição de repetição**), seja modificando-a (**proibição de contradição**), mais não é do que consequência processual desse efeito substantivo⁽⁹⁾: uma vez conformadas, pela sentença, as situações jurídicas das partes⁽¹⁰⁾, elas passam a ser **indiscutíveis**.

Esta indiscutibilidade manifesta-se de dois modos:

- **Entre as mesmas partes** e com o **mesmo objeto** (isto é, com o mesmo pedido e a mesma causa de pedir), não é admissível nova discussão: o caso julgado opera negativamente, constituindo uma **exceção dilatória** que evita a repetição da causa (**efeito negativo** do caso julgado);
- **Entre as mesmas partes** mas com objetos diferenciados, entre si ligados por uma relação de **prejudicialidade**, a decisão impõe-se enquanto pressuposto material da nova decisão: o caso julgado opera positivamente, já não no plano da **admissibilidade** da ação, mas no do **mérito** da causa, com ele ficando assente um elemento da causa de pedir (**efeito positivo** do caso julgado).

bra Editora, 1985, pp. 720-721 e 724-726), a caracterização como substantivo do principal efeito do caso julgado mantém-se, tanto assim que a delimitação do âmbito subjetivo do caso julgado tem o seu **paralelo** na circunscrição da eficácia do negócio jurídico pelas regras da **legitimidade**, tradicionalmente enunciadas pelo princípio *res inter alios acta allis nocere non potest* (LEBRE DE FREITAS/ISABEL ALEXANDRE, *CPC Anotado*, Coimbra, Almedina, 2019, II, n.º 2 da anotação ao art. 622.º). Desta delimitação resulta aquilo que pode ser designado como **relativização** do direito absoluto (para uma aplicação, apesar da sua fundamentação algo inadequada: **ac. do STJ de 19.1.16** GABRIEL CATARINO, proc. 126/12): o reconhecimento judicial da situação jurídica absoluta circunscreve os seus efeitos, nos termos gerais da eficácia do caso julgado, às partes processuais (arts. 581.º, n.ºs 1 e 2, e 619.º-1 do CPC), ficando **aquém** do âmbito da eficácia substantiva do direito absoluto; assim, por exemplo, a sentença condenatória obtida na ação de reivindicação surte efeitos contra o réu, mas não contra terceiros, relativamente ao processo, que se arroguem direito geneticamente independente do reconhecido e com ele incompatível (direito de propriedade ou compropriedade; direito real menor, de gozo ou de garantia). A **sentença constitutiva** confirma esta aproximação entre a eficácia da sentença e a do negócio jurídico: por ela constituído o direito, ainda que absoluto, é ele oponível *erga omnes*, desde que tenham sido partes processuais os titulares do direito potestativo e da sujeição que dele são pressuposto, exatamente como as coisas se passariam se o direito potestativo fosse de exercício extraprocessual.

⁽⁹⁾ A antiga classificação do caso julgado como exceção perentória (art. 500.º-a, CPC de 1939; art. 496.º-a, CPC de 1961 até ao DL 329-A/95, de 12 de dezembro) podia louvar-se nessa prevalência do efeito substantivo sobre os efeitos processuais.

⁽¹⁰⁾ Quer a verificação da sentença corresponda à realidade preexistente dessas situações, quer não: justa ou injusta, e ressalvadas as hipóteses de revisão do art. 696.º, CPC, e de modificação do art. 619.º-2, CPC, a sentença conformadora passa a conter, entre as partes, a única determinação jurídica dos seus direitos e deveres.

2. Um conceito alargado de identidade da causa

2.1. Para bem entender a tripla identidade do art. 581.º-1, CPC, tem que se ir além da mera verificação de que a segunda ação é proposta pela **mesma** pessoa que foi uma das partes na primeira contra a **mesma** pessoa que nela foi a respetiva contraparte⁽¹¹⁾, de que o pedido é exatamente o **mesmo** e de que ele se funda (ou é negado que se funde) na **mesma** narração de factos constitutivos que, na ação anterior, se pretendeu ter integrado a previsão das normas jurídicas invocadas.

A definição dos conceitos de identidade de parte, de pedido e de causa de pedir tem sido objeto do estudo de extensa doutrina jurídica que, ao longo de mais de um século, os foi consolidando, sem que algumas inevitáveis divergências tenham impedido a formação de um núcleo central de convergência que tem permanecido estável.

2.2. Na definição da **identidade das partes** há que atender, como diz o n.º 2 do art. 581.º, CPC, à **qualidade jurídica** em que autor e réu atuam. Daí deriva que, havendo **representação**, a parte é o representado e não o representante. Daí deriva também que, **transmitida** a terceiro a situação substantiva da parte, depois de transitada a sentença de mérito, se deva considerar que o adquirente tem a mesma qualidade jurídica do transmitente (cf. art. 54.º-1, CPC), pelo que há **identidade** de parte na nova ação em que o primeiro apareça no lugar que o segundo ocupou na primeira ação.

Igualmente há que atender, na definição de identidade das partes, à extensão subjetiva da eficácia da sentença, pois a identidade de sujeitos estende-se, **além das partes**: aos terceiros juridicamente indiferentes (o credor comum, ou outro titular de direito relativo, perante a sentença que declare que o seu devedor, ou outra contraparte, não é titular de certo direito absoluto, cuja titularidade é de quem com ele litigou — sem prejuízo do recurso de revisão fundado na simulação do litígio); aos titulares de situação jurídica concorrente com a que a sentença reconheceu (credor ou devedor solidário; credor de obrigação indivisível; contraente beneficiário da nulidade de cláusula contratual geral; comproprietário, co-herdeiro na fase da comunhão hereditária ou contitular de outro património comum)⁽¹²⁾; aos

⁽¹¹⁾ Independentemente da posição, ativa ou passiva, de cada uma: é indiferente que A repita a ação que propôs contra B ou que seja este a propor a segunda ação contra A.

⁽¹²⁾ Solução semelhante vigora entre o devedor e o fiador (ou entre a sociedade pessoal e o sócio) ou entre o devedor e o proprietário do bem hipotecado (ou empenhado, ou ainda objeto de privilégio creditório em garantia de dívida alheia).

titulares de situação jurídica cuja conservação (subcontrato) ou constituição (direito de preferência; contrato a favor de terceiro) dependa do exercício da vontade negocial duma das partes no processo; ao sócio que não impugne a deliberação social; ao chamado a intervir como parte principal ou acessória que não intervenha; ao adquirente do direito litigioso ou do direito já reconhecido ou constituído pela sentença e aos outros substituídos processuais⁽¹³⁾. Todos os casos de extensão a terceiros da eficácia da sentença são **equiparados** aos da estrita identidade de partes, para o efeito dos arts. 577.º-e e 581.º do CPC.

2.3. À identidade de efeito jurídico referida no art. 581.º-3, CPC⁽¹⁴⁾ basta uma identidade **relativa**, abrangendo, “não só o efeito **preciso** obtido no primeiro processo, como qualquer que nesse processo houvesse estado **implicitamente** mas **necessariamente** em causa”⁽¹⁵⁾.

O pedido tem um **elemento material** e um **elemento processual**: o primeiro consiste, na maioria dos casos, na afirmação duma situação jurídica atual, que lhe constitui o **conteúdo**; o segundo consiste na solicitação duma providência processual para tutela dessa situação jurídica, constituindo a sua **função**⁽¹⁶⁾. Ambos os elementos delimitam o conteúdo da sentença de mérito (cf. art. 10.º, CPC, n.ºs 2 e 3), mas é sobre o elemento material do pedido que se forma o caso julgado⁽¹⁷⁾, sem prejuízo de o elemento processual da pretensão servir à definição da **extensão** do elemento material para os efeitos de delimitação do objeto do processo e do futuro

⁽¹³⁾ Remeto para o meu — com ISABEL ALEXANDRE — *CPC Anotado, cit.*, II, n.º 3 da anotação ao art. 581.º e n.º 2 da anotação ao art. 622.º, onde a matéria é desenvolvida e se indicam as disposições da lei de que resulta o que se afirma no texto.

⁽¹⁴⁾ **Efeito prático-jurídico**, como é realçado nos acs. do STJ de 14.12.16 (LOPES DO REGO), proc. 219/14 (citado *infra*, nota 19), e de 11.7.19 (BERNARDO DOMINGOS), proc. 13111/17 (citado *infra*, n.º 8.4).

⁽¹⁵⁾ CASTRO MENDES, *Limites objetivos, cit.*, p. 350.

⁽¹⁶⁾ LEBRE DE FREITAS, *Introdução ao processo civil*, Coimbra, Gestlegal, 2017, n.º I.4.6, e *A ação declarativa comum*, Coimbra, Gestlegal, 2017, n.º 5.1.1.A. O não ter em conta esta decomposição tem sido fonte de muitos equívocos, que levam a tratar como fundamentos da sentença partes desta que integram a sua parte decisória. Sirva de exemplo o **ac. do STJ de 28.3.19** (TOMÉ GOMES), proc. 6659/08: pedida a restituição dum prédio pelo proprietário, o STJ entendeu que o reconhecimento ou a negação do direito de propriedade pelo tribunal constituía mero fundamento da decisão, só englobado no caso julgado (no caso, absolutório) enquanto antecedente lógico da decisão que ordena ou nega a entrega; considerada, porém, aquela decomposição, a decisão sobre o direito de propriedade integrava a parte decisória; não havia, pois, necessidade de recorrer à ideia de extensão do caso julgado aos fundamentos para que este se tivesse por verificado.

⁽¹⁷⁾ CASTRO MENDES, *Direito processual civil*, Lisboa, AAFDL, 1980, III, pp. 287-289 (do qual discordo apenas quanto à conclusão de que, após obter vencimento na ação de mera apreciação, o autor não pode propor uma ação de condenação).

caso julgado: se o direito do autor for de 50, mas ele só pedir a condenação do réu em 10, só estes 10 integram o objeto do processo e consequentemente integrarão o caso julgado.

Para chegar à definição da **identidade do pedido**, há que **interpretar a sentença**, atendendo ao seu objeto e às relações de implicação que a partir dele se estabelecem.

Em primeiro lugar, a liberdade de, em nova ação, pedir aquilo que não se pediu na primeira não se verifica quando o **tipo da ação** tenha função de carácter limitativo, nem quando o pedido se reporte a uma **parte não individualizada** do objeto do direito e a sentença seja **absolutória** ou condene em quantidade **menor** do que o pedido⁽¹⁸⁾.

Em segundo lugar, a decisão exclui as **situações contraditórias** com a que por ela é definida, não sendo admissível ação que pudesse levar a solução **incompatível** com a decisão, nomeadamente por com ela constituir **alternativa**⁽¹⁹⁾, ou que quantitativa ou qualitativamente **nela se inclua**.

Em terceiro lugar, com o caso julgado precludem, em caso de condenação no pedido, as **exceções**, invocadas ou invocáveis, contra o pedido deduzido, bem como, quando proceda uma exceção perentória, as **contraexceções** contra ele invocadas ou invocáveis.

Em quarto lugar, o caso julgado **terá** de se estender à decisão das **questões prejudiciais** quando, caso contrário, se possa gerar contradição entre os fundamentos de duas decisões que seja suscetível de **inutilizar** praticamente o direito que a primeira decisão haja salvaguardado⁽²⁰⁾, de

⁽¹⁸⁾ Para uma aplicação recente, veja-se o **ac. do STJ de 3.2.11** (LOPES DO REGO), proc. 190-A. O mesmo quando o autor haja pedido uma parte individualizada daquilo a que teria direito ou quando, tendo pedido uma parte não individualizada do objeto do direito, haja tido inteiro vencimento, mas resulte da interpretação da sentença uma função concretamente limitativa (*CPC Anotado, cit.*, n.º 4 da anotação ao art. 581.º).

⁽¹⁹⁾ Sendo a **sentença absolutória**, é preciso que esta outra solução estivesse ao alcance do julgador no momento da sentença e, estando, que o julgador não tenha expressamente considerado que não a podia dar. Veja-se os **acs. do STJ de 29.9.11** (proc. 3831/05), **2.9.13** (proc. 1202/11) e **14.12.16** (proc. 219/14), todos relatados por LOPES DO REGO, em casos em que o tribunal absolveu o réu do pedido e não podia, ou entendeu não poder, proferir uma condenação alternativa. No primeiro caso, o autor fundamentou a primeira ação em benfeitorias que realizara em prédio indiviso, cuja divisão pediu considerando o valor das benfeitorias realizadas, perdeu e pediu na segunda ação que o réu fosse condenado a restituir a parte de que beneficiara, na medida do seu enriquecimento; no segundo caso, o autor pediu indemnização fundada em responsabilidade extraobrigacional, perdeu e pediu na segunda ação indemnização fundada em responsabilidade contratual; no terceiro caso, o autor pediu na primeira ação a transmissão da propriedade da coisa adquirida pelo mandatário sem representação e, perdida essa ação, pediu na segunda o reconhecimento do direito de propriedade sobre a mesma coisa, cuja entrega consequentemente pretendeu.

⁽²⁰⁾ Veja-se como exemplo, além do referido no último parágrafo do n.º 4 da anotação ao art. 91.º do meu — com ISABEL ALEXANDRE — *CPC Anotado, cit.*, bem como do caso, frequente na juris-

impor praticamente um **duplo dever** onde apenas um existe ou de romper a reciprocidade entre o direito e o dever abrangidos pelo **senalagma**(²¹). Para o efeito, entende-se por questão prejudicial toda aquela cuja solução constitua pressuposto **necessário** da decisão de mérito, quer se trate de **questão fundamental**, relativa à causa de pedir ou a uma exceção perentória, quer respeite ao objeto de incidentes que estejam em correlação lógica com o objeto do processo(²²).

Tem entendido a jurisprudência (*infra*, n.º 5.1), indo para além dos tipos de caso que deixo indicados e de outros que porventura haja semelhantes, em que a extensão à questão prejudicial é de elementar justiça, que o caso julgado se estende à decisão de **todas** as questões que constituam pressuposto ou antecedente lógico necessário da decisão. Num caso tal me parece aceitável, por o não desaconselhar nenhum risco sério de ofensa de princípios gerais: quando a primeira ação **improceda** por não estar verificado **um pressuposto da norma** de direito material aplicável (condição, termo ou outro), tendo, porém, o tribunal verificado que estavam reunidos os seus restantes pressupostos, é **razoável** entender que a decisão a proferir na segunda ação, admissível nos termos do art. 621.º, CPC, se deve limitar à verificação **superveniente** do pressuposto em falta, respeitando a decisão anterior sobre os pressupostos já dados como verificados, desde que sobre eles tenha havido contraditório efetivo. Neste caso, tal como acontece no art. 619.º-2, CPC (a ação modificativa do caso julgado, por superveniência de circunstâncias que afetem o juízo de prognose na base da condenação, deixa em tudo o mais incólume a sentença proferida), a segunda decisão vem **completar** a primeira, que por ela é **absorvida** na parte relativa a esses pressupostos(²³). Já não assim, creio, se o réu for revel.

prudência, da alternativa proprietário/locador (veja-se, como exemplo, o ac. do STJ de 29.6.76, citado *infra*, nota 32) aquele outro de que trato no n.º 7.4 *infra*.

(²¹) Meu — com ISABEL ALEXANDRE — *CPC Anotado*, cit., n.º 4 da anotação ao art. 581.º. Ver também, no *CPC Anotado*, I, Coimbra, Almedina, 2019, os n.ºs 3 e 4 da anotação ao art. 91.º. Não difere desta a posição de TEIXEIRA DE SOUSA em *Estudos sobre o novo processo civil*, Lisboa, Lex, 1997, pp. 578-583. Embora ela seja tributária, tal como a minha, das posições de CASTRO MENDES, aparece, porém, com muita frequência, mal citada.

(²²) LEBRE DE FREITAS, *Introdução ao processo civil*, Coimbra, Gestlegal, 2017, n.º II.5.2. O art. 91.º-1, CPC, não se refere às questões relativas à causa de pedir porque, tendo por conteúdo **direto** uma norma de competência, esta é, no que a elas respeita, inerente à competência do tribunal para conhecer o pedido. Ver o n.º 2 da anotação ao art. 92.º do meu — com ISABEL ALEXANDRE — *CPC Anotado*, cit.

(²³) A questão foi discutida no **ac. do STJ de 22.9.16** (ABRANTES GERALDES), proc. 106/11. Um técnico oficial de contas demandou a seguradora com quem celebrara um contrato de seguro de responsabilidade civil profissional, pretendendo que ela fosse condenada a suportar o prejuízo fiscal sofrido por alguns clientes a quem o autor não informara, como devia, da possibilidade, que tinham, de

Próximo deste último caso se situa aquele outro em que a **mesma causa de pedir** em que se baseou a primeira **condenação** em determinadas prestações vencidas funda um pedido de condenação em **novas prestações**, vencidas supervenientemente. A diferença — considerável — está em que o pedido é, desta vez, distinto, mas também em que o primeiro pedido foi julgado procedente. A semelhança reside em que numa e noutra causa o autor pretende o cumprimento, ainda que agora só parcial, duma mesma obrigação, de tal modo que, no caso que agora nos ocupa, o autor

optar pelo regime de contabilidade organizada, em vez do regime simplificado. Foi dada como assente a vigência do contrato de seguro, o incumprimento dos referido deveres profissionais e os danos resultantes de os clientes do técnico oficial de contas terem sido tributados, pelo regime simplificado, em quantias superiores àquelas que resultariam da tributação pelo regime geral; mas não se provou nem que os lesados hajam exigido serem ressarcidos pelo autor nem que este lhes tenha pago as quantias correspondentes aos prejuízos sofridos, pelo que a seguradora foi absolvida do pedido. Na segunda ação, o autor veio deduzir, contra a mesma ré, o mesmo pedido, mas agora alegando — e provando — que havia suportado, posteriormente ao trânsito em julgado da primeira ação, o pagamento dessas quantias. A seguradora arguiu a exceção do caso julgado, a qual foi rejeitada com fundamento no disposto no art. 621.º, CPC, e em que os factos novos invocados constituíam **nova causa de pedir**. A seguradora pretendeu também pôr em causa o incumprimento dos deveres profissionais do contabilista. O STJ entendeu que a primeira decisão projetava na segunda a **autoridade de caso julgado**, fazendo precluir as questões (pressupostos de mérito) que positivamente apreciara, e que, provado o ressarcimento dos lesados, o pedido de reembolso, pela seguradora, das quantias pagas procedia. Considerou assim o STJ que a decisão das questões anteriormente resolvidas funcionava na segunda ação como caso julgado **prejudicial**. Pela leitura do acórdão afigura-se que, na primeira ação, tinha sido deduzido, em primeiro lugar, o pedido de reconhecimento da responsabilidade da seguradora, o qual foi julgado procedente, apenas um segundo pedido (de reembolso das quantias dispendidas) tendo improcedido. Sendo assim, havia, de facto, entre os dois pedidos uma relação de prejudicialidade, a decisão de procedência do primeiro pedido podia ter sido impugnada em recurso pela seguradora e o **caso julgado prejudicial** era invocável na segunda ação. Mas, se assim não foi — ou não fosse —, a inadmissibilidade da apelação, por a seguradora ter sido parte vencedora quanto ao único pedido deduzido, excluía — ou excluiria — qualquer discussão sobre a ereção em caso julgado material da decisão dessas questões, relativas a uma causa de pedir não inteiramente preenchida no plano da prova: de outro modo, seria gravemente violado o **princípio do contraditório**. A discussão pôr-se-ia, ao invés, se a Relação ou, eventualmente, o Supremo tivesse podido reexaminar essas questões, ou só não o tivesse feito por não ter sido exercido o direito a um recurso admissível. A circunstância de o **pedido** da segunda ação repetir o deduzido na primeira (mesmas partes, pedido e causa de pedir) não impede que se esteja perante situação em que o caso julgado se faz valer a título prejudicial, pois a tripla identidade da exceção do caso julgado é verificada **perante a decisão proferida** na primeira causa, não lhe bastando o que nela tenha sido pretendido. Duas observações ainda sobre o acórdão proferido: a causa de pedir (núcleo essencial dos factos alegados como fundamento do pedido) era **idêntica**, quer em ambas as ações se tivesse alegado os pagamentos feitos pelo autor, quer só na segunda a alegação tivesse tido lugar, desde que os pagamentos nesta provados fossem feitos depois do encerramento da discussão na primeira ação (LEBRE DE FREITAS/ISABEL ALEXANDRE, *CPC anotado, cit.*, n.º 2 da anotação ao art. 621.º); a verificação de que se encontravam reunidos determinados pressupostos da norma jurídica não constituía uma decisão de facto, mas sim de direito, extraída dos factos concretos que permitiram a subsunção, pelo que estava em causa a extensão do caso julgado à **fundamentação de direito** e não à fundamentação de facto da sentença (o que seria inadmissível: *infra*, nota 39).

teria podido pedir logo na primeira ação a **condenação genérica** nas prestações futuras (art. 557.º-1, CPC) ou a declaração — prévia — de que o réu era responsável pelo cumprimento da totalidade da obrigação. Quando não haja feito este pedido, as prestações futuras não integram o objeto do processo e os **princípios do dispositivo e do contraditório** inclinam para negar a extensão do caso julgado para além desse objeto⁽²⁴⁾.

É **idêntico** ao da ação anterior, para o efeito dos arts. 577.º-i e 581.º do CPC, o pedido que seja deduzido em segunda ação sem respeito pelas várias preclusões que ficam indicadas.

2.4. Quanto, finalmente, ao requisito da **identidade da causa de pedir**, há de se ter por verificado quando o mesmo pedido se baseie em causa de pedir **concorrente**, não cumulável com a invocada na primeira ação, ou com ela cumulável, mas nada acrescentando ao seu efeito, e na primeira ação o autor tenha obtido vencimento, caso em que, na terminologia de CASTRO MENDES⁽²⁵⁾, se produz **caso julgado absoluto**.

Por outro lado, havendo **concurso de normas**, para identificar os casos em que o apelo a uma norma distinta, ainda que sem previsão inteiramente coincidente, não impede que se verifique a identidade da causa de pedir, há várias distinções a fazer, consoante a modalidade (real ou apa-

⁽²⁴⁾ Não era, à partida, exatamente essa a situação no caso do **ac. do STJ de 26.2.19** (PINTO DE ALMEIDA), proc. 4043/10, em que, em duas ações sucessivas, a seguradora por acidentes de trabalho se sub-rogou ao segurado no exercício do direito a ser indemnizado pelo Fundo de Garantia Automóvel, por ser desconhecido o proprietário do veículo causador do acidente, simultaneamente de viação e de trabalho. Na primeira ação, a autora tinha pedido o reembolso, não só das quantias já pagas ao trabalhador, mas também das que viessem a ser futuramente liquidadas, mas foi decidido — em meu entender, **mal** — que a condenação nestas só podia ser pedida na medida em que lhes fossem sendo pagas. Tendo assim julgado improcedente o pedido genérico de condenação em prestações futuras pela falta deste pagamento, o caso subsumia-se nesta parte, tal como o do ac. do STJ de 22.9.16 (*supra*, nota 23), na previsão do art. 621.º, CPC. Se, porém, esse pedido genérico não tivesse sido deduzido, estaríamos perante a hipótese do texto. No caso, o STJ entendeu — em minha opinião, **mal** — que a **questão prejudicial** da existência do direito à sub-rogação era abrangida pelo caso julgado formado pela primeira decisão, não podendo voltar a ser discutida. Inversamente tinha decidido a Relação: perante o reconhecimento, na primeira ação, do “invocado direito de sub-rogação da autora quanto às indemnizações pagas à lesada derivadas das lesões corporais sofridas no acidente, mas apenas pelas efetivamente já desembolsadas e não, nesta ação, pelas que futuramente venham a ser desembolsadas (art. 593.º do CC e Assento do STJ n.º 2/78, de [22.3.78])”, entendeu — **bem** — que tal não constituía caso julgado prejudicial. Com efeito, a decisão, transitada, que julgara improcedente, por tal motivo, o pedido genérico de condenação do réu no reembolso de todas as prestações que viessem ainda a ser pagas equivalia, para o efeito da verificação do caso julgado, a uma decisão proferida em causa em que o autor apenas tivesse pedido a condenação no reembolso das prestações já vencidas, uma vez que a tripla identidade é verificada entre o novo pedido e a decisão — não o pedido — anterior.

⁽²⁵⁾ *Limites objetivos, cit.*, pp. 157-158 e 160-168.

rente) do concurso e o tipo de relações (de aplicação cumulativa, subsidiária ou dependente) entre as normas materiais envolvidas⁽²⁶⁾.

Há ainda que ter em conta que há identidade da causa de pedir quando os factos que a constituem na segunda ação **integrem**, embora excedendo-os, os alegados, ao mesmo título, na primeira, desde que seja idêntico o seu **núcleo essencial** (*infra*, nota 35).

É sempre irrelevante a **qualificação jurídica** que se dê, na primeira e na segunda ações, aos factos constitutivos da causa de pedir.

3. Exceção sem identidade

Todos estes domínios de eficácia respeitam à definição da tripla identidade que é requisito da exceção do caso julgado.

Mas o efeito negativo do caso julgado nem sempre assenta na identidade do objeto da primeira e da segunda ações. O caso julgado será feito valer por exceção, sendo a segunda ação igualmente **inadmissível**:

- a) quando o objeto desta **integralmente** coincida com o objeto de **questão prejudicial da primeira** e a decisão sobre ela proferida deva ser invocável, por preclusão de exceções ou extensão do caso julgado a questões prejudiciais (*infra*, n.º 5.1);
- b) quando se forme o **caso julgado absoluto**, anteriormente referido (*supra*, n.º 2.4).

4. Prejudicialidade e autoridade

O **efeito positivo** do caso julgado, pressupondo igualmente a **identidade das partes**, assenta **sempre** na existência duma relação de prejudicialidade entre a primeira e a segunda ação: na primeira terá de se ter decidido **questão jurídica** cuja resolução constitua pressuposto necessário da decisão de mérito a proferir na segunda, nomeadamente por respeitar à causa de pedir ou a uma exceção perentória⁽²⁷⁾. Esta prejudicialidade **extraprocessual** entre a decisão dada e o **novo pedido**, semelhante à pre-

⁽²⁶⁾ *CPC Anotado, cit.*, n.º 5 da anotação ao art. 581.º.

⁽²⁷⁾ LEBRE DE FREITAS, *Introdução ao processo civil*, Coimbra, Gestlegal, 2017, n.º II.5.2.

judicialidade **intraprocessual** (*supra*, n.º 2.3), pode acarretar ou não uma causa de pedir diversa.

Está-se agora fora do âmbito da inadmissibilidade da segunda ação e é no plano do **mérito** desta que o caso julgado atua, dispensando apenas a discussão sobre um dos seus pressupostos materiais, cuja verificação está feita e como tal se impõe ao juiz na sentença, assim se evitando a repetição da decisão anterior (**proibição de repetição**) ou uma sua eventual modificação (**proibição de contradição**). A decisão a proferir não é já de **absolvição da instância**, mas sim de reconhecimento ou negação da verificação de um **pressuposto substantivo** da decisão de mérito. No primeiro caso (**reconhecimento**), a prejudicialidade resulta em que, verificado esse pressuposto, a procedência da segunda ação ficará dependente da verificação dos restantes. No segundo caso (**negação**), julgada **improcedente** a primeira ação, tem lugar nova **absolvição do pedido**, decorrente da falta dum requisito da previsão da norma substantiva aplicável: o caso julgado é então uma **exceção perentória**.

Esta figura é integrada pela jurisprudência no conceito de **autoridade do caso julgado**. Esta expressão é ambígua: **em sentido lato**, significa a vinculatividade da decisão regularmente proferida por órgão do poder jurisdicional ou árbitro constituído nos termos da lei, e assim qualifica, em geral, a força adquirida pela decisão com o trânsito em julgado, seja essa vinculatividade feita valer por exceção ou como questão prejudicial; dada a sua imprecisão, quando usada **em sentido restrito**, não contribui para circunscrever o universo a que se aplica. A jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça, felizmente não unânime, mas infelizmente até hoje maioritária, revela um mergulho progressivo na indefinição.

É hoje recorrente, em muitos acórdãos do STJ, esta afirmação:

“A autoridade do caso julgado pode funcionar independentemente da verificação da tríplice identidade, pressupondo porém a decisão de determinada **questão que não pode voltar a ser discutida**”.

Debalde se procurará na jurisprudência do Supremo **critério** que permita determinar quando nos encontramos perante uma questão que não pode voltar a ser discutida. Na ausência desse critério, necessário para um mínimo de rigor científico, a referida corrente maioritária vai destruindo a teoria do caso julgado, reduzindo o conceito de identidade a uma caricatura simplista que leva a cobrir com o manto da autoridade casos nítidos de exceção e, sob esse manto indefinido, alargando cada vez mais a abrangência da figura do caso julgado, com vagas considerações sobre o prestígio dos tribunais e o respeito pelas suas decisões. Como um polvo —

simultaneamente tudo querendo abraçar e lançando uma tinta negra que não deixa ver contornos.

Tentarei ilustrá-lo com casos concretos.

5.1. Antecedente lógico da sentença: autoridade ou exceção?

Era controvertida, na vigência do CPC de 1939, a interpretação a dar ao segmento, suprimido no CPC de 1961, que excecionava, na norma do atual art. 91.º-2, CPC, além dos casos em que a parte ampliasse o objeto do processo (requerendo o julgamento da questão prejudicial ou incidental com a amplitude de caso julgado), aqueles em que “o conhecimento da questão ou do incidente [implicasse] o conhecimento do objeto da ação”: para uns, bastava que esse conhecimento fosse condição **necessária** da decisão final⁽²⁸⁾; para outros, ele teria de ser dela condição **necessária e suficiente**⁽²⁹⁾.

A supressão desse segmento, aí e também no § único do art. 660.º, correspondente ao atual art. 608.º, CPC, levou a entender que, de acordo com a limitação do caso julgado pelo pedido (“efeito jurídico pretendido”: art. 581.º, CPC, n.ºs 3 e 4), ficou afastada a eficácia automática de caso julgado material da decisão sobre os fundamentos da sentença⁽³⁰⁾, devendo ter-se, porém, bem em conta que integra a parte decisória da sentença a resposta do tribunal ao **elemento material do pedido**: esta resposta não faz parte da fundamentação da sentença, mas da decisão. Mas, a breve trecho, partindo da ideia de que a supressão desse segmento se fundou tão-só na sua obscuridade⁽³¹⁾, não tendo tido o alcance duma tomada de posição, ganhou dominância no STJ a orientação consistente em alargar o caso jul-

⁽²⁸⁾ ALBERTO DOS REIS, *CPC Anotado*, III, pp. 144-146.

⁽²⁹⁾ MANUEL DE ANDRADE, *Noções elementares de processo civil*, 1956, pp. 314-318. O que a muito pouco reduzia a extensão do caso julgado aos pressupostos da decisão: só operaria quando a decisão tomada sobre a questão prejudicial dispensasse a análise de qualquer outro pressuposto, passando a constituir o objeto **único** da sentença.

⁽³⁰⁾ CASTRO MENDES, *Limites objetivos*, cit., p. 152; **ac. do STJ de 18.2.99** (SOUSA INÉS), proc. 99B040. Veja-se também, na jurisprudência das relações, o **ac. do TRP de 8.2.10** (MARIA ADELAIDE DOMINGUES), proc. 1486/08, e o **ac. do TRG de 30.5.13** (ANTERO VEIGA), proc. 77/05 (porém criticável na parte em que estende aos factos o conceito de caso julgado).

⁽³¹⁾ EURICO LOPES CARDOSO, *CPC Anotado*, Coimbra, Almedina, 1967, p. 104; JACINTO RODRIGUES BASTOS, *Notas ao Código de Processo Civil*, anotação ao art. 96.º (Vol. I) e ao art. 660.º (Vol. III).

gado à decisão das questões que sejam “antecedente lógico indispensável à emissão da parte dispositiva da sentença”⁽³²⁾.

Sem pretender tratar no presente artigo desta questão, já atrás enunciada (*supra*, n.º 2.3), realço que, na jurisprudência recente do STJ, aparece a afirmação de que a extensão do caso julgado aos fundamentos da decisão se dá por via da sua **autoridade**, excluindo-se que tenha lugar no âmbito da exceção⁽³³⁾. Ora é, na maior parte das vezes, no âmbito da exceção que a questão se coloca.

Trata-se de determinar em que medida o silogismo judiciário no seu todo (fundamentos e conclusão) é abrangido pelo caso julgado: apenas a conclusão, e os fundamentos só como sua **justificação**, não extrapolável para fora dela, como defende CASTRO MENDES⁽³⁴⁾? ou a conclusão e os fundamentos em que necessariamente assenta, com a força própria das decisões **autónomas**, como tem sido predominantemente afirmado pelo STJ⁽³⁵⁾?

Perfilhe-se a segunda interpretação ou defenda-se, como eu próprio, que a extensão da decisão aos fundamentos só ocorre **em casos excepcionais** em que outros princípios devam prevalecer sobre o princípio do dis-

⁽³²⁾ **Ac. do STJ de 29.6.76** (RODRIGUES BASTOS), *BMJ*, 258, p. 220. No caso deste acórdão, a não extensão do caso julgado à decisão da questão prejudicial criaria o risco da inutilização prática do direito material do autor senhorio (cf. *supra*, n.º 2.3): a nulidade do contrato de arrendamento levava, na primeira ação, à improcedência da ação de despejo; mas o réu veio invocar, na segunda ação (de reivindicação do prédio), a existência do arrendamento. Veja-se também, entre muitos outros, o **ac. do TRL de 27.7.82** (JOAQUIM DE CARVALHO), *CJ*, 1982, IV, pp. 221 e 223, comentado por LEBRE DE FREITAS — ISABEL ALEXANDRE em *CPC Anotado, cit.*, I, n.º 4 da anotação ao art. 91.º.

⁽³³⁾ Sirva de exemplo o **ac. do STJ de 12.7.11** (MOREIRA CAMILO), *proc.* 129/07 (*infra*, n.º 7.5).

⁽³⁴⁾ *Limites objetivos, cit.*, pp. 152-153.

⁽³⁵⁾ Nem sempre este enunciado corresponde à decisão do caso concreto: na maioria dos acórdãos em que ele se lê, não está verdadeiramente em causa a extensão do caso julgado aos fundamentos. Sirva de exemplo o **ac. do STJ de 22.2.18** (TOMÉ GOMES), *proc.* 3747/13: proferida absolvição do pedido, por falta de prova do nexo de causalidade, numa ação em que um condómino petionara a condenação do condómino na reparação da canalização do prédio e dos danos provocados na cozinha do autor e outro condómino na “regularização” dessa canalização, por se verificarem infiltrações na sequência da feitura, em 1997, de obras de conservação no telhado do prédio, a autoridade do caso julgado, por extensão da decisão à solução das questões que constituem “antecedente lógico necessário à emissão da parte dispositiva do julgado”, levava à inadmissibilidade de nova ação, entre as mesmas partes, em que, de novo invocando a obra efetuada em 1997, o autor pretendia indemnização pelos danos resultantes das infiltrações que **continuavam** a verificar-se. Ora: as causas de pedir das duas ações coincidiam na parte que gerara a absolvição proferida na primeira, não sendo a sua identidade molestada com o facto de, **para além dessa parte do seu núcleo essencial**, a causa de pedir da segunda ação ser também integrada com a continuação das infiltrações e dos danos posteriormente à primeira sentença (cf. *supra*, n.º 2.4); quanto aos dois pedidos eram também idênticos, na medida em que o de indemnização era **alternativo** ao de reparação (cf. *supra*, n.º 2.3). A invocação da extensão da decisão aos fundamentos era descabida: a identidade verificava-se **no plano da decisão**. O não considerar a resposta do tribunal ao elemento material do pedido como parte da decisão, tendo-o antes como fundamento desta, é fonte de equívoco em muitos acórdãos do STJ.

positivo, ou em que não haja risco sério de ofensa de princípios gerais (*supra*, n.º 2.3), a projeção da eficácia do “efeito jurídico” do art. 581.º-3, CPC, assim amplamente entendido, fora do processo concreto em que a sentença é proferida pode dar-se como decisão prejudicial numa ação em que há de ser proferida uma sentença de mérito (o pressuposto da primeira decisão constitui também pressuposto da segunda)⁽³⁶⁾, mas dá-se também — e sobretudo — como causa de **absolvição da instância**. O apelo sistemático da jurisprudência à autoridade do caso julgado para justificar essa eficácia extraprocessual do fundamento constitui o primeiro abraço do polvo à exceção do caso julgado, dado sem bem atentar em que, quando é o efeito jurídico de absolvição da instância que está em causa, não largamos o campo da exceção, aparecendo o caso julgado no seu **efeito negativo** e não no seu efeito positivo.

Mas o polvo — longe disso! — não se queda por aqui.

5.2. Estendendo o conceito de antecedente lógico indispensável à decisão, retirado do art. 91.º-2, CPC, para além do de pressuposto (jurídico) de mérito, o **ac. do STJ de 15.1.13** (FERNANDES DO VALE), proc. 816/09, julgou que ele abrange a “factualidade provada”. Sem apelar aí explicitamente à autoridade do caso julgado⁽³⁷⁾, o acórdão afasta a ideia de que se verifique a exceção do caso julgado, por não ocorrer a tripla identidade do art. 581.º-2, CPC; e, no entanto, era esta que se verificava.

Na primeira ação o réu B foi condenado a indemnizar por prejuízo causado em prédio de A, no qual abriu duas valas, lavrou e plantou eucalip-

⁽³⁶⁾ Em ação em que pedido diferente do da primeira se funde na **mesma causa de pedir**, a extensão a esta do caso julgado resulta na imposição da solução duma questão que é **também prejudicial** na segunda ação, jogando o efeito positivo do caso julgado. Assim acontece, nomeadamente, quando a reciprocidade própria do sinalagma imponha nesta a decisão tomada sobre a questão prejudicial da validade ou da eficácia do contrato e se pretenda obter a condenação numa prestação contratual ou na sua restituição. Se, por exemplo, o comprador tiver logrado a condenação na entrega da coisa na primeira ação e, na segunda, o vendedor pretender o pagamento do preço, a validade da compra e venda impõe-se **positivamente** na segunda ação, tal como se impõe positivamente, mas agora como **exceção perentória**, se na primeira ação o contrato tiver sido declarado nulo; mas já se na primeira ação tiver sido prejudicialmente verificada a nulidade do contrato e na segunda se pretender **tão-só** declará-lo válido, o caso julgado será feito valer como **exceção dilatória**. Ver outro exemplo de prejudicialidade *infra*, n.º 7.4 (ação contra o Fundo de Garantia Automóvel, depois da declaração, em ação contra a seguradora, de que não havia contrato de seguro válido).

⁽³⁷⁾ Só no sumário, porém subscrito pelos autores do acórdão, se faz essa referência: “O alcance e autoridade do caso julgado não se pode confinar aos **rígidos** contornos definidos nos arts. 497.º, ss., do CPC para a exceção do caso julgado, antes se devendo tornar **extensivos** a situações em que, não obstante a ausência **formal** da identidade de sujeitos, pedido e causa de pedir, o **fundamento** e **razão de ser** daquela figura jurídica estejam, notoriamente, presentes”. O enunciado deveria antes levar a uma interpretação extensiva do art. 581.º, CPC, como a que é feita no presente artigo.

tos. Na segunda, proposta por B, este pretende, obter a condenação de A e outros réus, ligados, segundo o autor, por solidariedade passiva, a indenizá-lo pelos custos suportados com a primeira ação e por tudo aquilo que viesse a dispender a título de pagamento da indemnização que nela foi fixada. Baseia-se para tanto na falsidade dos meios de prova (documentos e testemunhos) que haviam sido produzidos e haviam levado à condenação.

O objeto das duas ações era, pois, idêntico e, quanto à identidade de partes, não era beliscada com o facto de a segunda ação ter sido proposta também contra outras pessoas, tendo nomeadamente em conta que estas seriam convededores solidários e, por isso, beneficiavam do resultado da primeira ação (art. 522.º do Código Civil: CC). **A tripla identidade verificava-se** e o que B pretendia era, à margem dum recurso de revisão, obter a revogação da decisão proferida na primeira ação, destruindo a prova dos factos que nela haviam constituído causa de pedir. A questão que se punha não era de invocabilidade da decisão sobre os factos em **outra causa**, mas sim de invocação dessa decisão na **mesma causa**. Era nítida a ocorrência da **exceção do caso julgado**.

O efeito prático alcançado foi, porém, o mesmo.

5.3. Já no ac. do STJ de 4.12.18 (CABRAL TAVARES), proc. 190/16, a extensão do caso julgado aos fundamentos de facto da sentença conduziu a um resultado prático inaceitável.

A propôs contra B e C uma ação em que pediu a resolução ou revogação da doação que lhes fizera com o encargo de os donatários tratarem, além do mais, da sua saúde e higiene, com fundamento em que os réus tinham deixado de cumprir as obrigações contratuais e se tinham apropriado de bens e dinheiro da autora. A ação foi julgada improcedente, por falta de prova dos factos alegados por A.

Posteriormente, B e C propuseram contra A uma ação de condenação na restituição de quantias que lhe haviam mutuado. Na reconvenção desta ação, A voltou a alegar os mesmos factos que alegara na petição da ação anterior, mas agora para pedir a condenação de B e C na restituição das quantias de que se haviam apoderado e das que A tivera de dispender com a sua saúde, bem como numa indemnização pelo incumprimento das obrigações que perante ela haviam contraído. B e C vieram requerer a eliminação dos temas de prova relativos aos factos que tinham sido dados como não provados na ação anterior.

A reconvenção foi julgada em 1.ª instância parcialmente procedente, tendo o tribunal dado como provados os factos que não haviam sido provados na ação anterior, considerando que a decisão que não os dera como provados

não fazia caso julgado. Interposta apelação, a Relação mandou ampliar a matéria de facto, mas manteve integralmente a restante decisão sobre os factos por entender também que a decisão de facto não é abrangida pelo caso julgado.

Interposta revista com fundamento na violação de caso julgado, entendeu o STJ que, além dos pedidos, divergiam as causas de pedir da ação reconvenicional e da segunda ação, mas que era “no essencial, o mesmo [o] conjunto de factos concretos trazidos por A ao tribunal na anterior ação e na presente”; a sua reapreciação na segunda ação não podia, por isso, ter lugar, pois violava a regra segundo a qual o âmbito objetivo do caso julgado se estende à “apreciação das questões preliminares que constituem antecedente lógico necessário da parte dispositiva da decisão”. Ao caso julgado não importava que a resposta dada a esses pontos de facto tivesse sido negativa na primeira ação, mas tão-só que houvesse uma **relação de prejudicialidade**, que o STJ não definiu qual fosse. O caso julgado estendia-se, pois, à resposta dada pelo tribunal à matéria de facto da primeira ação, que a segunda não podia contradizer.

Toda a decisão de direito se baseia nos factos provados na causa. É assim tanto com a decisão final como com a decisão das questões prejudiciais. Mas, com a exceção da sentença de mera declaração da existência ou inexistência de factos (art. 10.º-3-a, CPC), todo o apuramento da matéria de facto tem como escopo o preenchimento da previsão de normas jurídicas, o qual se pode fazer com esses ou outros factos que igualmente integrem essa previsão, não havendo nunca uma relação de prejudicialidade entre os factos concretos e os factos abstratos da norma e, portanto, tão-pouco uma relação de prejudicialidade (indireta) entre os primeiros e a estatuição. Assim, sendo questão prejudicial aquela cuja resolução constitui pressuposto ou antecedente lógico **necessário** da decisão de mérito, está à partida excluído que o possa ser a decisão de facto.

Aliás, os artigos do CPC que tratam das questões prejudiciais são os arts. 91.º e 92.º, onde se vê claramente que “incidentes”, “questões que o réu suscite como meio de defesa” (exceções) e “questões da competência do tribunal criminal ou do tribunal administrativo” são sempre e apenas **questões de direito**. O mesmo nos arts. 608.º-2, 578.º e 579.º (questões suscitadas pelas partes e questões de conhecimento oficioso). A matéria de facto e a sua decisão têm, ao longo do Código, sempre tratamento diferenciado (arts. 411.º, 412.º, 607.º-4 e 611.º entre outros). A decisão de facto pode apenas constituir **caso julgado formal**⁽³⁸⁾.

(38) LEBRE DE FREITAS, *Em torno do caso julgado formal*, in *O livro dos amigos de Luíz Lignau da Silveira*, Coimbra, Almedina, 2016, pp. 151-155.

Isso explica a norma do art. 421.º, CPC, sobre o **valor extraprocessual das provas**: as provas constituídas podem ser invocadas noutro processo contra a mesma parte, nele passando pelo crivo duma nova apreciação judicial⁽³⁹⁾, sem que o **resultado** da sua apreciação de algum modo se imponha neste outro processo.

A orientação do acórdão comentado é tanto mais criticável quanto nele é defendido o efeito de caso julgado da decisão que **não julga** o facto provado. Pense-se, aliás, na hipótese dos factos admitidos por falta de impugnação e na dos não provados por falta de proposição de prova.

Outro ponto em que o acórdão erra: a **causa de pedir** era a mesma em ambas as ações, pois a qualificação jurídica dos factos à luz de uma ou outra norma do sistema (para o efeito da resolução ou revogação da doação, ou para o de restituição e indemnização) não integra a causa de pedir, que é apenas o acervo de factos concretos de que o autor pretende retirar o efeito pretendido.

Num outro ponto, enfim, o acórdão está certo: ao contrário de outras decisões do STJ (*infra*, n.º 7), exige a **identidade de partes** para que possa ser invocado o caso julgado prejudicial (“autoridade do caso julgado”).

5.4. Em ac. do STJ de 6.3.08 (OLIVEIRA ROCHA), proc. 08B402, julgou-se que a decisão proferida, em determinado processo, sobre a verificação dum **pressuposto processual** se impunha, em processo posterior, de diferente natureza — no caso, entre as mesmas partes —, a coberto do conceito indefinido de autoridade do caso julgado.

O pressuposto em causa era a personalidade judiciária dum fundo de investimento imobiliário. Este fundo havia requerido a declaração de insolvência duma sociedade por quotas; aguida e reconhecida a sua falta

⁽³⁹⁾ Sobre esta norma nada diz o texto do acórdão que comento. Apenas no sumário, que não se mostra ter sido redigido pelo relator, se lê que “importa destringer, no plano de atuação extraprocessual da sentença, entre o valor, a esse título, das provas produzidas (art. 421.º do CPC) e a extensão ao âmbito objetivo do caso julgado da decisão sobre matéria de facto”. Correto, em contraposição, neste particular, o **ac. do STJ de 28.3.19 (TOMÉ GOMES)**, proc. 478/08: o caso julgado não se estende à decisão proferida sobre os factos da causa; estende-se (segundo esse acórdão e a doutrina dominante do STJ) apenas às questões **jurídicas** prejudiciais que são também pressuposto da nova pretensão). No mesmo sentido de negação da abrangência pelo caso julgado dos fundamentos de facto da decisão, sem prejuízo da possibilidade da consideração da prova produzida noutro processo contra a mesma parte, pode ver-se os **acs. do STJ de 5.5.05 (ARAÚJO BARROS)**, proc. 05B602 (também ele admitindo a extensão do caso julgado aos fundamentos de direito), **de 2.3.10 (URBANO DIAS)**, proc. 690/09 (dizendo que, “quando muito”, o caso julgado estende-se aos fundamentos de direito), e **de 19.9.19 (HENRIQUE ARAÚJO)**, proc. 1168/12 (vincando que o âmbito objetivo do caso julgado se circunscreve sempre à parte decisória da sentença — num caso, aliás, em que tinha ocorrido a revelia do réu).

de personalidade, o processo de insolvência extinguiu-se. Posteriormente, o mesmo fundo instaurou, contra a mesma sociedade por quotas, ação de execução hipotecária, em que a mesma questão processual foi excecionada. O Supremo, dando à exceção dilatória da falta de personalidade, sem explicitamente o referir, o mesmo tratamento que às exceções perentórias que levem à verificação de um pressuposto de mérito da segunda ação, entendeu que, sendo a mesma a exceção deduzida na insolvência e na execução, a decisão tomada no primeiro processo impunha a sua autoridade no segundo, inviabilizando uma pronúncia de mérito. Não obstante a consequência tirada ter sido “a extinção da instância (...) por julgamento de forma (...), inviabilizando uma pronúncia de mérito”, foi invocada a autoridade do caso julgado, como algo diverso da exceção de caso julgado e como tal liberta da verificação da tripla identidade para esta requerida.

É razoável entender que a repetição da causa (propositura de ação entre as mesmas partes, com o mesmo pedido e a mesma causa de pedir) depois da verificação, na primeira, da falta dum pressuposto processual, falta que se repete também, constitui a **exceção** de caso julgado⁽⁴⁰⁾. Mas o pedido da declaração de insolvência é distinto do pedido de execução dum crédito e também a causa de pedir se distingue num e noutro caso. Pode dizer-se que a finalidade **prática** do credor é a mesma em ambos os processos (a satisfação do seu crédito), mas está longe de ser seguro que tal permita a invocação, no segundo processo, da exceção dilatória julgada precedente no primeiro. De qualquer modo, todas estas questões se colocam ao nível da exceção do caso julgado.

6. A exceção na veste da autoridade

6.1. Este entendimento errado do conceito de tripla identidade, com a consequência de passar ao domínio da autoridade matéria que é de exceção, tem-se verificado, fora do domínio da questão da extensão do caso julgado aos fundamentos, em vários outros acórdãos do STJ. E agora a tinta do polvo começa verdadeiramente a prejudicar a visão do jurista.

⁽⁴⁰⁾ ANSELMO DE CASTRO, *Direito processual civil declaratório*, Coimbra, Almedina, 1982, p. 16; LEBRE DE FREITAS/ISABEL ALEXANDRE, *CPC Anotado, cit.*, II, n.º 7 da anotação ao art. 581.º; ac. do STJ de 30.11.17 (ROSA TCHING), proc. 3074/15.

6.2. Começemos pelo **ac. do STJ de 10.10.12** (ABRANTES GERALDES), proc. 1999/11.

Na primeira ação foi reconhecido o direito de propriedade dos autores AA sobre uma faixa de terreno, integrante do seu prédio rústico, em que os réus BB efetuaram uma construção, que foram condenados a demolir.

Na segunda ação BB pedem o reconhecimento do direito de propriedade sobre a mesma faixa de terreno com fundamento na acessão industrial imobiliária, por eles não invocada na primeira ação.

Entendeu o STJ, invocando MIGUEL MESQUITA⁽⁴¹⁾, que BB tinham o **ônus de reconvir** a acessão na primeira ação, porquanto, embora a reconvenção tenha, em regra, natureza facultativa, esta faculdade converte-se em ônus quando do seu não exercício possa resultar a **preclusão** do direito do réu, por via do caso julgado que se formará se proceder a ação; a pretensão à aquisição por acessão não tem autonomia — conclui o STJ — em face da reivindicação da contraparte, porquanto essa aquisição é **impeditiva** do reconhecimento, quer do direito de propriedade alegado pelos reivindicantes, quer da obrigação de restituição da parcela e de demolição da construção feita⁽⁴²⁾. Não se verificando os requisitos da exceção do caso julgado, a segunda ação não podia, pois, prosseguir, por via da autoridade do caso julgado.

Julgo que a ideia de ônus de reconvir está certa: a não dedução da reconvenção colocou BB, embora **condicionalmente**, em situação de desvantagem⁽⁴³⁾. Mas o que estava, rigorosamente, em causa era a definição do alcance da sentença proferida na primeira ação, a qual excluía **situações contraditórias** (cf. *supra*, n.º 2.3): sendo AA proprietários plenos da parcela de terreno, dela não podiam BB ser proprietários plenos. Verificava-se a **identidade do pedido**⁽⁴⁴⁾ e, tendo sido julgada procedente a pri-

(41) *Reconvenção e exceção no processo civil*, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 439-456.

(42) O acórdão invoca “algum paralelismo” com o regime de invocação das benfeitorias na ação executiva para entrega de coisa certa (art. 860.º-3, CPC). Este paralelismo não é total: o executado **mantém** o direito de crédito por benfeitorias, embora não as invoque na execução; só perde é a possibilidade de **excecionar** o direito de recusar a entrega da coisa.

(43) Com a observância do ônus visa-se obter uma vantagem ou evitar uma desvantagem [LEBRE DE FREITAS, *A confissão no direito probatório*, Coimbra, Coimbra Editora, 2.ª ed., 2013, n.º 22 (69)]. No ponto de que tratamos, a desvantagem resultante da não dedução da reconvenção não é **automática**.

(44) Correta a qualificação dada por BRUTO DA COSTA, porém vencido neste ponto da fundamentação, no ac. do STJ de 6.7.76, *BMJ*, 259, p. 180, de que foi relator. Na qualificação que fez vencimento, a oposição entre os dois pedidos (responsabilidade do réu; responsabilidade do autor) excluía a identidade. Para o relator, ao invés, o pedido era o mesmo, pois se tratava de determinar quem era o responsável pelo acidente de viação. O sumário do acórdão apela à autoridade do caso julgado, mas o texto não: o conceito de autoridade só pode ser aqui considerado no seu sentido amplo (cf. *supra*, n.º 4).

meira ação, a posterior invocação de outra causa de pedir para o mesmo direito de propriedade estava excluída, por se ter formado **caso julgado absoluto** (*supra*, n.º 2.4). A consequência era a inadmissibilidade da segunda ação, contra a qual era oponível, pela parte ou oficiosamente pelo tribunal, a **exceção do caso julgado**⁽⁴⁵⁾.

No mesmo sentido deste acórdão, e em caso de contornos muito semelhantes, decidiu o STJ no **ac. de 29.5.14** (JOÃO BERNARDO), proc. 1722/12, em ação em que, depois de reconhecido, perante B, o direito de propriedade de A sobre o prédio x, que adquirira por compra e venda, B pretendeu, contra A, que lhe fosse reconhecido o direito de propriedade sobre o mesmo bem, por o ter adquirido por usucapião e acessão industrial imobiliária. Entendeu o STJ, neste acórdão, que, quer a extensão do caso julgado aos fundamentos, quer a preclusão (em casos como este), pertencem ao domínio da autoridade do caso julgado⁽⁴⁶⁾.

A doutrina do acórdão de 10.10.12 foi também seguida pelo STJ no **ac. de 30.11.17** (ROSA TCHING), proc. 3074/16, em caso em que A, réu na ação de resolução de arrendamento, nela não invocara o direito de propriedade sobre a fração, o qual foi prejudicialmente reconhecido a B, autor, mas que A pretendeu posteriormente que fosse reconhecido como seu em nova ação. Havia, porém, duas diferenças a considerar: A tinha apresentado reconvenção na primeira ação, mas a contestação/reconvenção fora desentranhada, por extemporaneidade; a primeira ação decretou a resolução do arrendamento, constituindo o reconhecimento do direito de propriedade um seu pressuposto (nem sequer necessário).

6.3. Abro um parênteses no recurso à jurisprudência do STJ para referir seguidamente o **ac. de 22.5.15 do Tribunal Central Administrativo Norte** (HELENA RIBEIRO), proc. 01098/09, que igualmente ilustra o des-

⁽⁴⁵⁾ Aliás, o acórdão ora comentado faz derivar da autoridade do caso julgado o **impedimento** do pressuposto da ação, com a consequência da **absolvição da instância**, isto é, com o típico efeito da exceção do caso julgado. Já TEIXEIRA DE SOUSA, em anotação ao mesmo acórdão, em *Cadernos de Direito Privado*, n.º 41, pp. 24-28, apontava essa contradição, considerando o caso como de autoridade do caso julgado, fundada na **contradição** (*Kontradiktorisches Gegenteil*) entre o efeito jurídico da decisão transitada e o efeito jurídico pretendido na nova ação e vendo aí uma solução do direito português divergente da que é perfilhada pela doutrina alemã, que coloca a questão — tal como eu a coloco — no plano da inadmissibilidade da ação.

⁽⁴⁶⁾ Isto apesar de expressamente dizer que a autoridade do caso julgado não pode, **sob pena de destruir a relevância da exceção do caso julgado**, ser alargada nos termos em que o STJ vem, em várias decisões, enunciando, tornando **letra morta** a norma do art. 581.º, CPC: “seria fazer entrar pela janela o que não entrou pela porta, considerando, em termos práticos, letra morta os requisitos daquele art. 498.º”.

mesurado alargamento do chapéu de chuva da autoridade do caso julgado à custa da exceção do caso julgado.

A requereu à Administração Pública que proibisse a sua entrada em casinos, dado ser um jogador impulsivo, o que foi deferido pelo período de dois anos. Não obstante a ordem administrativa emitida, continuou a ser-lhe permitida a entrada no casino que usava frequentar. A jogou de novo, repetidamente, e perdeu.

Propôs então uma ação civil a pedir a condenação de B, proprietária do casino, no pagamento da indemnização de 700.000 euros, dos quais 420.000 € correspondentes às importâncias por si gastas no jogo. O Estado interveio nesta ação como interveniente acessório. B foi condenada a pagar a A 85.830 euros, correspondentes a 60% das quantias que se provou este ter dispendido, julgando-se que os restantes 40% deviam ser suportados por A, uma vez que a culpa na produção dos danos se repartia nessa percentagem entre as partes.

Posteriormente, A propôs nova ação, desta feita nos tribunais administrativos, contra o Estado Português, pedindo a condenação deste a indemnizá-lo no mesmo montante de 700.000 euros, apurados nos mesmos termos em que o fizera na antecedente petição inicial, por ter descuidado o cumprimento do seu dever de inspeção, que lhe permitiria verificar que a ordem administrativa não estava a ser respeitada. B interveio nesta ação como interveniente acessório.

Embora citando doutrina que faz a distinção correta das duas figuras (identidade na exceção; prejudicialidade na autoridade), o tribunal entendeu, na sentença, que **exceção e autoridade configuram matéria de exceção**⁽⁴⁷⁾; coincidindo no caso concreto o pedido e a causa de pedir, as partes não eram, porém idênticas, o que apelava ao conceito de autoridade, suscetível de se verificar quando o objeto é idêntico, mas as partes diferem — o que o STJ entendeu ser o caso.

Esta fundamentação é inaceitável. O que acontecia no caso era que, à luz da pretensão do autor, B e o Estado seriam responsáveis solidários. A força de caso julgado *secundum eventum litis* levava a que o Estado, independentemente de ter sido parte acessória na primeira ação, beneficiasse da parte da decisão que na primeira ação fora favorável a B (art. 522.º, CC). Era

(47) Esta confusão não é privativa deste acórdão. Veja-se inclusivamente, neste mesmo artigo, não só a decisão da Relação no proc. 1375/06 (n.º 7.2, *infra*), mas também, dadas as consequências por eles tiradas, os acs. do STJ de 6.3.08 no proc. 0B402 (*supra*, n.º 5.4) e de 10.10.12 no proc. 1999/11 (*supra*, n.º 6.2). A autoridade do caso julgado passaria assim a produzir um efeito negativo idêntico ao da exceção! O caso julgado prejudicial pode, isso sim, configurar uma exceção **perentória** (*supra*, n.º 4 e nota 36).

assim, desde logo, com o juízo sobre a corresponsabilidade de A, mas também o era com o juízo negativo sobre a verificação de danos superiores a 85.830 euros: a causa de pedir da segunda ação não coincidia inteiramente com a da primeira, na medida em que incluía **também** factos relativos à falta de fiscalização por parte do Estado; mas a parte comum do seu **núcleo essencial** não havia sido provada, com a consequência da absolvição parcial de B, nada obstando a que jogasse a **exceção de caso julgado** (cf. *supra*, n.º 2.4).

6.4. Mais estranho é o **ac. do STJ de 18.9.18** (ROSA TCHING), proc. 3316/11.

A, B e C propuseram uma ação declarativa de condenação em que pediram, contra D, fornecedora de serviços telefónicos, o reconhecimento da resolução do contrato de compra e venda dum central telefónica, celebrado com A, e contra o banco E o reconhecimento da consequente resolução do contrato de mútuo bancário com ele celebrado por B e C para o financiamento da compra. A ação foi julgada improcedente.

E veio a instaurar contra B e C uma execução para cobrança da dívida constante da livrança que haviam subscrito para garantia da restituição da importância mutuada. Contra essa execução, B e C deduziram embargos, em que alegaram, como fundamento de oposição, os mesmos factos que haviam constituído causa de pedir na ação anterior.

Posta a questão da formação de caso julgado invocável nos embargos, o STJ entendeu que não se verificava a exceção de caso julgado, porquanto não ocorria a identidade de sujeitos (também A e D tinham sido partes na ação declarativa anterior); mas, constituindo o objeto da ação anterior “pressuposto indiscutível” da ação de embargos de executado, julgou o STJ que se verificava a autoridade do caso julgado.

É óbvio que um enquadramento correto levaria à conclusão de que se verificava a **identidade de sujeitos**, nada relevando o facto de outros terem intervindo na ação anterior: o caso julgado formou-se perante B, C e E, e só isso relevava para a configuração da identidade. E é óbvio também que não ocorria no caso qualquer relação de prejudicialidade entre os dois objetos, mas sim uma perfeita **identidade**: na primeira ação havia sido discutida a validade do contrato subjacente e era esta mesma validade que B e C vieram de novo questionar, ao deduzirem na execução, que tinha como causa de pedir a relação cambiária, os embargos de executado, cujos pedidos e causa de pedir coincidiam assim com os da ação anterior⁽⁴⁸⁾.

⁽⁴⁸⁾ Tal como relativamente às partes, nada importava que na primeira ação se tivesse também discutido e decidido sobre a validade do contrato de compra e venda da central telefónica. Note-se que,

O caso era, manifestamente, de exceção de caso julgado.

7. Crise na identidade das partes

7.1. Será que a tinta do polvo acabará por nos cegar? Quase me sentiria inclinado a dizê-lo quando me confronto com acórdãos do STJ que, vendo avançar perante si um animal já muito engrossado com a ingestão da exceção do caso julgado, dão de barato o requisito da **identidade das partes** na autoridade do caso julgado. Domínio para tanto privilegiado é o dos acidentes de viação.

Domínio para tanto privilegiado é o dos acidentes de viação. A questão tem sido posta, nomeadamente, nos seguintes tipos de caso: ações cruzadas em que cada um dos condutores/proprietários dos automóveis que colidiram demanda a seguradora do outro; ação proposta contra o Fundo de Garantia Automóvel depois da ação em que a seguradora é absolvida por falta atual de seguro; ação de regresso da seguradora contra o condutor que conduzia com taxa excessiva de alcoolémia.

7.2. Começo por duas decisões contraditórias do STJ, dadas no **ac. de 30.3.17** (TOMÉ GOMES), proc. 1375/06, e no **ac. de 27.2.18** (FÁTIMA GOMES), proc. 2472/05.

No primeiro deles, tinha o caso a particularidade de a segunda ação (Z) ter sido proposta, não pelo lesado A, mas pela seguradora que o tinha indemnizado com base em seguro por acidentes de trabalho, dado que o acidente de viação tinha constituído simultaneamente um acidente de trabalho. Esta particularidade é irrelevante: a seguradora autora estava exercendo, em sub-rogação, contra a seguradora do veículo causador do acidente de viação, os mesmos direitos, deste decorrentes, que cabiam originariamente ao seu segurado. Foi arguida a ocorrência de caso julgado, com fundamento em que a responsabilidade por esse acidente de viação já havia sido definida na ação x anterior, proposta pelo lesado B contra a seguradora de A, o qual nela havia sido considerado responsável exclusivo

em hipótese, diferente do caso concreto, em que uma primeira ação, decidida no sentido da procedência, tivesse tido lugar com base na relação abstrata, seria inadmissível segunda ação (declarativa ou executiva) visando obter novo pagamento, agora com base na relação subjacente (o mesmo se primeiro se tivesse invocado a relação subjacente e depois a relação abstrata): verificar-se-ia incompatibilidade entre a decisão proferida e o novo pedido (cf. *supra*, n.º 2.3).

pelo acidente. A 1.^a instância absolveu a ré, por entender que se verificava a exceção do caso julgado, dado haver identidade de causa de pedir, enquanto a 2.^a instância fundou a mesma decisão de absolvição na “**exceção** inominada de autoridade de caso julgado”.

Antes ainda do trânsito em julgado da decisão dada na ação x, havia sido julgado, na ação y, relativa ao mesmo acidente de viação, em que era autor o hospital que prestara cuidados hospitalares a um dos condutores, que quer A quer B tinham sido responsáveis pelo acidente, em proporção que a sentença definiu (30% para A e 70% para B).

Entendeu o STJ não haver critério para escolher entre estes dois acórdãos, “de alcance incompatível”, não se aplicando a norma atualmente no art. 625.º, CPC (prevalência do caso julgado formado em primeiro lugar), por ela só se aplicar à exceção, e sendo irrelevante que houvesse inversão da prova da culpa na ação movida pelo hospital, visto que tinha desta sido feito um apuramento positivo⁽⁴⁹⁾. Não havia, pois, modo de fazer valer a autoridade do caso julgado.

O segundo dos referidos acórdãos foi proferido no âmbito das relações emergentes do mesmo acidente de viação, numa ação proposta por outros dois lesados contra quatro companhias de seguro, duas das quais as seguradoras de A e de B. Nele voltou a pôr-se a questão da prevalência de uma ou outra das mesmas duas decisões transitadas anteriores, para a conformação da autoridade do caso julgado. Julgou o STJ, desta vez, que a decisão que atribuíra culpa exclusiva a A projetava, nesse novo caso, autoridade de caso julgado, pelo que a seguradora de B devia, tal como tinham decidido as instâncias, ser absolvida do pedido: embora a seguradora de B não tivesse sido parte naquela ação, a decisão era-lhe favorável e a seguradora de A, a quem a decisão era desfavorável, tinha sido nela ré, pelo que tinha podido aí discutir a questão da responsabilidade pelo acidente. Esta conclusão não era — segundo agora o STJ — prejudicada pela decisão da ação y, porquanto se tratara aí de meras dívidas hospitalares e portanto de um tipo de processo distinto.

Confrontado com a posição distinta tomada no ac. de 30.3.17, o STJ limita-se a dizer, misteriosamente, que foi “uma decisão justificada em face das especialidades [quais?] do processo judicial submetido à sua apreciação — e apenas isso”.

Sobre o primeiro dos acórdãos citados, é de dizer que, ao não aplicar à autoridade do caso julgado a norma do art. 625.º, CPC, está destruindo a

⁽⁴⁹⁾ Vinca ainda o STJ que a Relação errara ao tirar da autoridade do caso julgado a consequência da absolvição da instância: haveria, sim, uma absolvição do pedido. Com toda a razão (*supra*, n.º 4 e nota 36).

própria ideia que serve de base à linha jurisprudencial maioritária sobre a figura da autoridade do caso julgado: se esta se impõe porque as decisões anteriores dos tribunais têm de ser seguidas, não é o surgir de uma decisão contrária que retira à primeira a autoridade adquirida. Recusando-a, a decisão de 30.3.17 destrói — bem, mas inconscientemente — a própria figura da autoridade do caso julgado (tal como o STJ dominantemente a tem entendido).

Mas o segundo acórdão, além de incorrer na mesma crítica, ilustra muito melhor a rede de contradições a que o alargamento da figura pode conduzir, na medida em que não considera sequer esse primeiro acórdão, que, se fosse lógico, teria de respeitar: ele próprio constituiu uma decisão que os defensores da autoridade do caso julgado a todo o preço não poderiam contradizer ... Quanto ao argumento de que, tendo sido parte em ambas as causas, a seguradora de A já tinha exercido o contraditório quanto à imputabilidade do acidente, esquece que a solução legal para esse caso é outra — a da **eficácia extraprocessual dos meios de prova** produzidos na primeira ação, sem prejuízo do confronto com aqueles que venham a ser produzidos na segunda⁽⁵⁰⁾. A seguradora de A era o único dos réus na segunda ação que havia sido também réu na primeira e os autores eram totalmente diversos, diversos sendo também o pedido e, exceto quanto às causas do acidente, a causa de pedir.

7.3. De grau em grau, a jurisprudência vem proporcionando a possibilidade dos maiores atropelos, nomeadamente ao princípio do contraditório: isso já acontece quando não é tido em conta, como nos acórdãos referidos, que a diversidade de causas de pedir e de pedidos pode implicar variações apreciáveis no interesse da parte em contradizer e levar até a que a parte vencida descure a sua defesa (revelia, falta de impugnação de factos, falta de apresentação de provas); mas acontece sobretudo quando se

⁽⁵⁰⁾ No direito processual brasileiro há, desde a entrada em vigor do novo CPC, uma norma segundo a qual o caso julgado abrange a questão prejudicial, quando desta “depende o julgamento do mérito” (art. 503.º, § 1.º, I). É preciso, porém, que tenha “havido contraditório prévio e efetivo”, não se formando o caso julgado quando, nomeadamente, haja revelia ou o processo em que a questão prejudicial é decidida tenha limitações probatórias (art. 503.º, § 1.º, II, e § 2.º). Entende-se que o requisito do contraditório efetivo implica que tenha havido impugnação no âmbito da questão prejudicial, mas não que, uma vez que tenha impugnado, a parte haja prosseguido (mediante apresentação de prova e discussão) na defesa da sua posição (LUÍS GUILHERME MARINONI, *Coisa julgada sobre questão*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2018, pp. 257-258). A decisão sobre a matéria de facto não é abrangida por esta extensão do caso julgado aos fundamentos (art. 504.º, II), embora o direito brasileiro não tenha norma sobre a eficácia extraprocessual da prova. Nem no direito italiano (art. 34.º, CPC) nem no direito alemão (§ 322 II ZPO) encontramos normas semelhantes a estas.

extrapole para casos em que não ocorre a identidade da parte **vencida**. O nosso polvo está aqui no máximo da sua força.

Sirva de exemplo o **ac. do STJ de 21.3.13** (ÁLVARO RODRIGUES), pr. 3210/07.

Neste processo, a sociedade A, que havia locado um automóvel a B, demandara este, C, condutor do automóvel na altura do acidente, e D, com quem B celebrara seguro contra acidentes de viação, pretendendo ser ressarcida de 80% do valor do veículo locado, percentagem em que, em ação anterior, tinha sido fixada a contribuição culposa de C para a colisão verificada com o veículo de E, da qual resultara a perda total de ambos os veículos. Essa primeira ação tinha sido proposta por B, que nela pedira a condenação de F, a seguradora do veículo automóvel de E, no ressarcimento do prejuízo por ele sofrido com o acidente; nela tinham tido intervenção principal, do lado ativo, A e D, havendo a primeira pedido a condenação de F ou, subsidiariamente, de D no pagamento das prestações do aluguer do seu veículo vencidas após o acidente.

Foi proferida em 1ª instância sentença de absolvição do pedido, com fundamento na autoridade do caso julgado (!). A Relação manteve a ocorrência desse fundamento, mas entendeu que a autoridade do caso julgado levava antes ao prosseguimento do processo para se apurar os direitos da autora contra a seguradora. O Supremo frisou não haver **nem identidade dos pedidos nem identidade de sujeitos**, não relevando, quanto a esta, a intervenção principal de A e D, com o reduzido alcance de que se revestiu: nomeadamente, nenhuma pronúncia tinha havido quanto à “responsabilidade” de D perante A, à luz do contrato de seguro celebrado com B. Mas havia **autoridade do caso julgado** (imposta pela consideração do prestígio dos tribunais e da necessidade de certeza e segurança jurídicas) e esta tinha sido respeitada por A ao propor a segunda ação. Manteve assim a decisão da Relação.

Note-se, em primeiro lugar, que C, condutor, que A pretendia, na segunda ação, ser devedor solidário da restituição de 80% do valor do automóvel, não tinha sido parte na primeira ação: é nítida a violação do seu **direito de defesa** ao lhe ser imposta, com violação do art. 522.º, CC, a decisão anterior da questão prejudicial. Quanto a D, além da ressalva da questão da transferência para ela da responsabilidade de B perante A, afigura-se-me, embora o acórdão seja algo impreciso quanto ao âmbito que revestiu a sua intervenção principal na primeira causa, que havia também que ressaltar a inoponibilidade da decisão anteriormente proferida, por imposição do **princípio do contraditório**.

Nem a exceção nem a autoridade do caso julgado eram invocáveis.

7.4. A decisão escolhida para ilustrar uma ação contra o Fundo de Garantia Automóvel (FGA) não é do STJ. Trata-se do **ac. do TRC de 28.9.10** (JORGE ARCANJO), proc. 392/09.

A, lesado no acidente de viação, demandou a seguradora de B, que por ele considerava responsável. A ré foi absolvida do pedido, com fundamento em que não havia, à data do acidente, contrato de seguro válido entre B e a ré. A demandou então o FGA, mas este arguiu a sua ilegitimidade por haver seguro válido, o que o tribunal deu como provado, absolvendo consequentemente o réu. O STJ entendeu que a primeira decisão (sobre a invalidade do seguro) se impunha na segunda ação, a título de autoridade do caso julgado: embora o FGA fosse terceiro em face da primeira causa, esta tinha corrido perante os **legítimos contraditores**.

A decisão foi acertada. Encontramo-nos perante um caso em que a não extensão do caso julgado aos fundamentos (no caso, a existência de seguro válido) levaria à possibilidade duma **denegação de justiça**, inutilizando praticamente o direito do autor à indemnização (cf. *supra*, n.º 2.3): nem contra a seguradora, nem contra o FGA, ele obteria vencimento. Por outro lado, o FGA está sujeito, por lei, a suportar na sua esfera jurídica os efeitos da sentença que se pronuncie sobre a existência, validade ou eficácia do contrato de seguro, visto que esses efeitos são equivalentes àqueles que, extrajudicialmente, as partes (seguradora e segurado) poderiam indiretamente criar mediante manifestação, ou falta de manifestação, da sua vontade de contratar o seguro (cf. *supra*, n.º 2.2 e nota 8). A questão da existência e validade do seguro era fundamental em ambas as ações e a primeira sentença impunha-se na segunda, como **caso julgado prejudicial**.

7.5. Fixada, pelo acórdão uniformizador n.º 6/2002 do STJ, a interpretação segundo a qual é a seguradora que exerça o direito de regresso contra o condutor que conduza em estado de alcoolémia quem tem o ónus de provar o nexo de causalidade entre a condução sob a influência do álcool e o acidente, põe-se o problema de saber se a decisão judicial, transitada em julgado, que tenha julgado provado que o acidente ocorreu em consequência do estado de alcoolémia do condutor se impõe, a título prejudicial, em ação subsequentemente proposta, contra ele, pela seguradora que haja pago a indemnização ao terceiro lesado.

Assim decidiu o STJ no **ac. do 12.7.11** (MOREIRA CAMILO), proc. 129/07, em caso em que a verificação da culpa do condutor alcoolizado e do nexo de causalidade se fizera na ação proposta por este contra a seguradora do terceiro, por coincidência a mesma em que também o seu veículo se encontrava segurado.

Este entendimento só estará certo para quem entenda que faz sempre caso julgado, suscetível de invocação autónoma, a decisão das questões em cuja solução a decisão final concretamente se funde, dado ocorrer no caso a **identidade de partes**. Mas a mesma conclusão é inaceitável para quem entenda que assim não é, tida em conta a diversidade dos pedidos. E seria totalmente de repudiar se as partes na segunda ação não tivessem sido partes na primeira.

8. Finalmente, uma ilha sem polvo

8.1. Ao lado destes e de outros acórdãos que reduzem a figura da exceção do caso julgado a uma mera caricatura, redutora dos dizeres do art. 581.º, CPC, sobre a tripla identidade de sujeitos, pedido e causa de pedir, uma outra corrente jurisprudencial do STJ há que faz uso correto da distinção entre a exceção e a autoridade do caso julgado. Minoritária até há pouco⁽⁵¹⁾, esta corrente tem ganho muito recentemente maior expressão. É-lhe possível apontar os seguintes pontos de evolução:

- Leitura mais fidedigna dos autores normalmente citados (MANUEL DE ANDRADE, ANTUNES VARELA, TEIXEIRA DE SOUSA, eu próprio), não só em matéria de distinção da exceção e da autoridade do caso julgado, mas também sobre a função delimitadora do âmbito da própria decisão que a causa de pedir desempenha, sem que ela seja, em regra, autonomamente abrangida pelo caso julgado;
- Delimitação mais rigorosa dos campos da exceção e da autoridade do caso julgado e, conseqüentemente;
- Extensão do conceito de identidade de partes, pedido e causa de pedir na demarcação da exceção do caso julgado;
- Redução do âmbito da figura da autoridade do caso julgado, tendencialmente circunscrita no âmbito duma relação de prejudicialidade objetiva.

⁽⁵¹⁾ Depois de uma época, mais remota, em que o STJ procurava, com maior rigor e embora sempre predominantemente perfilhando a ideia da extensão do caso julgado aos fundamentos, aplicar a distinção doutrinária das figuras da exceção e da autoridade do caso julgado (por exemplo: **acs. de 22.12.77**, JOÃO MOURA, *BMJ*, 272, p. 185, e de 19.2.98, MIRANDA GUSMÃO, *BMJ*, 474, p. 405) e usar conceitos latos adequados na definição da tripla identidade da primeira (por exemplo: ac. de 6.6.2000, GARCIA MARQUES, *BMJ*, 498, p. 179).

8.2. Começo pelo **ac. do STJ de 27.9.18** (TOMÉ GOMES), proc. 10248/16.

Punha-se a questão de saber se o reconhecimento dum crédito reclamado em processo de insolvência revestia a força de caso julgado material, como tal gerando a improcedência da posterior ação proposta por um credor concorrente para obter a declaração de nulidade duma dação em pagamento, por simulação que tinha como pressuposto a inexistência do mesmo crédito. A 1.^a instância julgara que se verificava a exceção de caso julgado e a Relação que a decisão proferida só tinha força de caso julgado formal.

O STJ entendeu que, ao contrário da decisão proferida sobre a reclamação de créditos na ação executiva, a decisão proferida sobre a reclamação de créditos na insolvência faz parcialmente caso julgado material, perante todos os credores do insolvente intervenientes ou para ela pessoalmente citados⁽⁵²⁾. As partes eram as mesmas. Não ocorria a completa identidade de pedidos e causa de pedir; mas o reconhecimento do crédito no processo de insolvência contrariava a pretensão de declaração de nulidade, uma vez que esta tinha como pressuposto a inexistência do mesmo crédito. Entendeu o Supremo que se verificava o **efeito positivo do caso julgado**, que impunha na segunda ação que se tivesse o crédito como existente, daí resultando a improcedência da ação. E entendeu bem (*supra*, n.º 4 e nota 36)⁽⁵³⁾.

8.3. Passo a referir três acórdãos do STJ que se mostram enérgicos na defesa da figura da exceção do caso julgado, criticando que, a coberto da preocupação de evitar qualquer contradição lógica entre as sentenças judiciais, se desvirtue a figura do caso julgado, nomeadamente prescindindo do requisito da identidade das partes, imposto pelo princípio do contraditório.

Um deles (**ac. de 18.6.14**, proc. 209/09), relatado por ABRANTES GERALDES, foi proferido em ação de declaração de nulidade da doação de uma parcela de terreno de área inferior à unidade de cultura. Os donatários argui-

⁽⁵²⁾ Já assim havia sido decidido no **ac. do STJ de 12.12.13** (BETTENCOURT DE FARIA), proc. 1240/11, quanto à invocação da simulação do negócio jurídico de constituição do crédito previamente reconhecido no processo de insolvência, perante, entre outras, as partes na posterior ação.

⁽⁵³⁾ No ac. de 12.12.13, citado na nota anterior, o STJ ripristinou a decisão da 1.^a instância, que fora de **absolvição da instância** e não de absolvição do pedido. Já não se tratava, na segunda ação, de fazer valer a simulação absoluta dum negócio **posterior** à constituição do crédito, a qual assentava na sua inexistência, mas de fazer valer a simulação absoluta do próprio ato constitutivo. Tratou-se de evitar o risco de decisão incompatível com a primeira, pelo que não se extravasou o campo da exceção (*supra*, n.º 2.3). A qualificação feita era, pois, correta.

ram a exceção do caso julgado formado por sentença, proferida em ação anterior que corra entre um deles e o Município de Ponte de Lima, que declarara que os adquirentes eram proprietários dum prédio confinante, cuja área a aquisição se destinava a aumentar. A 1.^a instância afastara a exceção de caso julgado, por os sujeitos não coincidirem, mas julgara verificada a autoridade do caso julgado. A Relação, no acórdão recorrido, havia dado como provados factos que haviam sido apurados nessa outra ação, dos quais resultava a titularidade do direito sobre o prédio confinante, invocando também para tanto a autoridade do caso julgado.

O Supremo entendeu que nem a sentença proferida nem os factos provados na ação anterior eram invocáveis, não jogando a autoridade do caso julgado, “conceito — diz-se na fundamentação — que tem sido usado para extrair efeitos de uma sentença em determinada situação em que não se verifica a conjugação dos três elementos de identidade”, mas que não pode ser usado contra quem não foi parte no primeiro processo⁽⁵⁴⁾.

O segundo dos acórdãos a que me refiro foi proferido em **4.6.15** no proc. 177/04, sendo relator JOÃO BERNARDO. Tratava-se duma ação de preferência na compra e venda de determinados prédios, proposta pelo Município de Mourão contra compradores e vendedores, na qual o autor alegou a simulação do preço, que, sendo superior ao declarado, lhe permitia preferir nos termos do art. 176.º do Código da Sisa e do Imposto sobre Sucessões e Doações, à data ainda em vigor (hoje, mais limitadamente, art. 55.º do Código do Imposto Municipal de Imóveis e do Imposto Municipal de Transações). Em ação anterior, que corra no Tribunal Tributário de Beja, na sequência de processo de liquidação complementar de sisa, não havia sido provada a simulação.

Entendeu o STJ que esta decisão não era invocável, como caso julgado (autoridade) na ação que lhe cabia apreciar, o que só poderia ter acontecido se o juiz tivesse, no uso do poder que lhe é conferido pelo art. 97.º-1, CPC, suspenso a instância até que o tribunal tributário se pronunciasse. Vinca o acórdão que, sob pena de entrarem pela janela os casos de recusa de procedência da ação em que a causa de pedir e as partes são diferentes, tornando letra morta estes dois requisitos que a lei exige para a exceção, “nunca poderá ter lugar autoridade do caso julgado se a lei, na hipótese de se verificar o triplo requisito, veda a exceção”, o que acontece, por disposição do art. 97.º-1, CPC, quando não seja decretada a suspensão da instância. O conceito de autoridade do caso julgado carece de delimita-

⁽⁵⁴⁾ Tão-pouco os meios de prova produzidos poderiam ser invocados contra outra parte (art. 421.º, CPC).

ção, constituindo a relação de prejudicialidade “uma das delimitações”. Era, portanto, possível, no caso concreto, fazer (como se fizera) a prova da simulação.

O terceiro dos referidos acórdãos é de ACÁCIO DAS NEVES, data de **28.6.18** e foi proferido no processo 2147/12. Em ação intentada pelo condomínio contra um condômino, em que se invocava a cedência a este de parte do logradouro do prédio por uma renda que o réu não pagara e por isso o autor pretendeu cobrar, foi proferida sentença que julgou a ação procedente; mas o TRL revogou a sentença e absolveu o réu do pedido, com fundamento em que o autor não conseguira provar o direito de propriedade sobre aquele logradouro. Foi interposta revista em que se invocou o caso julgado anteriormente formado por uma sentença que julgara procedente a ação que havia sido proposta por outra condômina do prédio contra o condomínio para que este procedesse à reparação, como proprietário, de outra parte do mesmo logradouro, questão esta que constituía antecedente lógico necessário da decisão.

O STJ decidiu que, na falta do requisito da identidade de partes (o condômino réu não podia ser considerado como tendo sido representado pelo condomínio na primeira ação), não era invocável a autoridade do caso julgado.

8.4. É também de registar aqui o rigor que sempre foi posto por LOPES DO REGO na solução de várias questões de caso julgado, dadas com a análise cuidadosa dos requisitos da tripla identidade (entendida extensivamente como atrás deixo exposto) e sem nunca extrapolar do domínio da exceção para o da autoridade. Além dos acórdãos que já tive ocasião de citar (*supra*, nota 19), em que a **absolvição** proferida na primeira ação não impediu a admissibilidade da segunda, veja-se os de **21.4.10** (proc. 6640/07), de **3.2.11** (proc. 190-A) e de **28.6.12** (proc. 24635/05), em que foi julgado que a **condenação** proferida precludia a possibilidade de dedução posterior de novos pedidos, seja pelo autor, seja pelo réu, contra a outra parte.

8.5. Mais recentemente, já no ano de 2019, saliento, além dos acs. de 28.3.19 e 19.9.19, referidos na nota 39 *supra*, os seguintes:

- O **ac. de 11.7.19** (BERNARDO DOMINGOS), proc. 13111/17: em caso em que, após uma primeira decisão, transitada, que reconheceu a incapacidade do autor para o trabalho de 15%, este pretendia que lhe fosse reconhecida a incapacidade, subsequentemente adquirida, de 37,8%, sendo porém ambos os valores equivalentes para o efeito da aplicação duma cláusula do contrato de seguro, de que

o autor se queria prevalecer, que exigia para certo efeito a incapacidade mínima de 75%, o STJ julgou que se verificava a identidade da causa de pedir, por coincidirem os **factos essenciais** de que resultaria o efeito jurídico-prático pretendido, razão por que se verificava a exceção do caso julgado (e não a autoridade do caso julgado, como entendera o despacho saneador recorrido).

- O **ac. de 19.9.19** (CATARINA SERRA), proc. 789/18: em caso em que ambas as partes, em ações sucessivas, pretenderam ser proprietárias de determinada parcela de terreno, sobre o que houve uma primeira decisão transitada em julgado, e em que, na segunda ação, a 1ª instância havia entendido estar-se perante a figura da autoridade do caso julgado e a Relação entendera que era a exceção que se verificava, o STJ manteve a fundamentação da 2ª instância, com base na definição ampla da identidade da causa de pedir e do pedido.
- **Ac. de 1.10.19** (RAIMUNDO QUEIROZ), proc. 653/14: em caso em que, depois de numa primeira ação o proprietário do veículo x ter demandado a seguradora do veículo y, com o qual o seu tinha colidido, tendo nessa ação sido a ré absolvida do pedido de indemnização pelos danos sofridos pelo veículo sinistrado, com fundamento em que o acidente tinha sido causado por culpa do condutor do veículo x, este demandou a mesma seguradora, a quem pediu indemnização pelos danos pessoais por si sofridos, o STJ decidiu que, embora a causa de pedir fosse a mesma, a falta de identidade das partes e do pedido afastava a autoridade do caso julgado, o que permitia ao STJ julgar não provada a culpa de qualquer dos condutores e fazer funcionar as regras do risco próprio dos veículos intervenientes na fixação da indemnização a prestar ao autor.

É cedo para dizer se esta corrente constituirá uma nova tendência da jurisprudência do STJ, suficientemente forte para substituir por outra a orientação até agora maioritária. Mas é de desejar que tal aconteça e para isso pretende contribuir o presente artigo.

O FUTURO DA COMPRA E VENDA (DE COISAS DEFEITUOSAS)

Por Mafalda Miranda Barbosa

SUMÁRIO:

1. Introdução. **2.** A venda de coisas defeituosas, no Código Civil. **3.** A falta de conformidade da coisa com o conteúdo do contrato, no Decreto-Lei n.º 67/2003, de 8 de abril. **4.** A Diretiva (UE) 2019/771, de 20 de maio de 2019. *4.1.* O âmbito de aplicação. *4.2.* O princípio da conformidade e a responsabilidade do vendedor. *4.3.* Os remédios. *4.4.* A responsabilidade do produtor. **5.** As linhas orientadoras da proteção do consumidor no âmbito da compra e venda: reflexão conclusiva.

1. Introdução

De certo modo, pode dizer-se que o contrato de compra e venda surge como o arquétipo dos contratos bilaterais onerosos, para o que também contribuirá a sua tipicidade social. Definido nos termos do art. 874.º, CC, como “o contrato pelo qual se transmite a propriedade de uma coisa ou outro direito, mediante um preço”, apresenta como deveres típicos de prestação principal a entrega da coisa ou direito, pelo vendedor, e o pagamento do preço, pelo comprador.

Não obstante esta simplicidade enunciativa e não obstante a autonomia privada que a este nível derrama a sua eficácia, o contrato de compra e venda assume maior complexidade, quando nos confrontamos com a multiplicidade de regimes que o podem disciplinar. Para além da disciplina geral do Código Civil, aplicável à compra a venda em geral, somos ainda confrontados com a disciplina da compra e venda comercial, isto é, aquela que é feita para revenda, nos termos do art. 463.º, C.Com., e com a

disciplina da compra e venda de consumo, regida, nos aspetos relativos à falta de conformidade da coisa com o conteúdo do contrato, pelo Decreto-Lei n.º 67/2003, de 8 de Abril⁽¹⁾.

A par destes regimes, topamos ainda com a disciplina da compra e venda consagrada na Convenção de Viena de 1980 sobre os contratos de compra e venda internacional de mercadorias, a qual, porém, Portugal, apesar de ter participado nos trabalhos preparatórios, nunca chegou a ratificar⁽²⁾.

Esta variedade de disciplinas justificava, por si só, uma reflexão aprofundada sobre o que deve ser, no futuro, a compra e venda. Tal reflexão parece impor-se com mais acutilância nos nossos dias, fruto das especificidades que a aquisição de bens digitais e de conteúdos digitais envolve⁽³⁾. Se isto não fosse bastante, a aprovação da Diretiva (UE) 2019/771, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2019, relativa a certos aspetos dos contratos de compra e venda de bens, a implicar necessárias alterações à disciplina do contrato de compra e venda no nosso ordenamento jurídico, pela necessidade de transposição do diploma comunitário, torna-a inadiável.

Não pretendemos, por tal tarefa se revelar manifestamente impossível no quadro de um trabalho como o que agora se apresenta, levar a cabo a reflexão que se anuncia como imperiosa. O nosso propósito é, contra o que poderia ser sugerido pelo título do nosso artigo, muito mais modesto: dar conta, num momento em que ainda não se conhecem as opções do legislador português, das forçosas implicações que a transposição da

(1) Importa, ainda, lembrar a este propósito o regime da compra e venda de animais defeituosos. O art. 920.º CC excepciona o regime da venda de animais defeituosos, determinando que a mesma se rege por leis especiais ou, na falta delas, pelos usos. Somos, por isso, confrontados com o Decreto de 16 de dezembro de 1886. Sobre o ponto, cf. A. PINTO MONTEIRO/AGOSTINHO CARDOSO GUEDES, “Venda de animal defeituoso: parecer”, *Colectânea de Jurisprudência*, Ano XIX, T. 5, 1994, p. 5 ss. Referindo-se a este problema, veja-se, ainda, JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Compra e venda de coisas defeituosas (Conformidade e segurança)*, Coimbra, Almedina, 2008, p. 85, ss.

(2) Cf. Rui Moura RAMOS, “A Convenção de Viena de 1980 sobre o Contrato de Compra e Venda Internacional de Mercadorias Trinta e Cinco Anos Depois”, *Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. 92, Tomo I, 2016, pp. 1-21; RUI MOURA RAMOS/MARIA ÂNGELA COELHO, “Os meios à disposição do comprador, no caso de violação do contrato pelo vendedor, na Convenção de Viena de 1980 sobre os contratos de compra e venda internacional de mercadorias”, *Revista de Direito e Economia*, 8/1, 1982, p. 83, ss.; DÁRIO MOURA VICENTE, “A Convenção de Viena sobre a compra e venda internacional de mercadorias: características gerais e âmbito de aplicação”, *Estudos de Direito Comercial Internacional*, I, Almedina, Coimbra, 2004, p. 272, ss.; Joana FARRAJOTA, “Why hasn’t Portugal adopted the Convention on contracts for the international sale of goods”, *Themis*, 34, 2018, p. 119, ss.

(3) Cf., sobre o ponto, MAFALDA MIRANDA BARBOSA, “Produtos complexos e proteção do consumidor — breve reflexão a propósito do caso Huawei/Google”, *Revista de Direito Comercial*, 3-2019, pp. 545-610.

citada diretiva terá no ordenamento jurídico pátrio. Nas páginas que se seguem, daremos, portanto, notícia do desenho básico da Diretiva (UE) 2019/771, articulando-a, sempre que adequado, com a sua congénere, a Diretiva (UE) 2019/770, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2019, sobre certos aspetos relativos aos contratos de fornecimento de conteúdos e serviços digitais. Significa isto que nem sequer abordaremos a compra a venda na sua globalidade, cingindo-nos às questões que são colocadas pela venda de coisas defeituosas.

2. A venda de coisas defeituosas, no Código Civil⁽⁴⁾

O Código Civil disciplina a venda de coisas defeituosas nos arts. 913.º, ss. Considera-se defeituosa a coisa que sofra de um vício que a desvalorize ou impeça a realização do fim a que é destinada ou que não apresente as qualidades asseguradas pelo vendedor ou necessárias para a realização daquele fim⁽⁵⁾. Em causa estão os chamados vícios ocultos do objeto negocial, distintos dos vícios da vontade⁽⁶⁾. Não obstante, o legislador, por

(4) Veja-se, a este propósito, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO/MAFALDA MIRANDA BARBOSA, “A imposição das obrigações decorrentes do DL n.º 67/2003, de 8 de Abril, ao intermediário na venda”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 147.º, n.º 4011, 2018, pp. 368-386, que aqui reproduzimos em alguns pontos, nesta contextualização do âmbito do problema central que iremos tratar.

(5) Cf. A. PINTO MONTEIRO/PAULO MOTA PINTO, “La protection de l’acheteur de choses défectueuses en droit portuguais”, *Boletim da Faculdade de Direito*, LXIX, 1993, p. 259, ss.; LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, III, *Contratos em especial*, 7.ª ed., Almedina, Coimbra, 2010, p. 122, ss.

(6) Entendeu-se tradicionalmente que a vontade jurídico-negocial não se estendia às qualidades da coisa. Estas, podendo ser o motivo da escolha do sujeito, ficariam fora da vontade. Daí que o erro sobre as qualidades da coisa tenha sido encarado por autores como Zitelmann como um erro-motivo, que seria equiparável por lei ao erro na declaração. Sobre o ponto, cf. JOÃO BAPTISTA MACHADO, “Acordo negocial e erro na venda de coisas defeituosas”, *Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. XLVI, 1970, p. 45. A perspetiva haveria de sofrer, contudo, uma mutação. Conforme esclarece Baptista Machado, depois do trabalho sobre a matéria de Flume, passa a entender-se que a vontade negocial se reporta quer à identificação, quer à entidade (constituição e qualidades) do objeto. Mais adianta o Autor que “a constituição da coisa pressuposta no acordo das partes, a qualidade que a coisa, segundo esse acordo, deve possuir é uma constituição que «deve ser», uma *Sollbeschaffenheit* — por contraposição àquilo que ela na realidade é, a sua *Istbeschaffenheit*”. (JOÃO BAPTISTA MACHADO, “Acordo negocial e erro na venda de coisas defeituosas”, p. 46). Donde se deve atender, continuando a acompanhar a exposição deste saudoso Mestre, ao erro sobre as qualidades na própria declaração negocial, sempre que o acordo das partes se refira a uma coisa com uma determinada qualidade. E este erro não deve classificar-se nem como um erro na declaração, nem como um erro nos motivos. Simplesmente, na contraposição entre o que a coisa deve ser e o que ela é, estamos no âmbito das consequências jurídico-negociais, afastando-nos do regime do erro. O que está em causa é a impossibilidade de cumprir o que foi acordado, adentrando-se no domínio do incumprimento. Segundo Baptista Machado, estar-se-ia aí

remissão do art. 913.º para o art. 905.º, CC, determina que o contrato pode ser anulado por erro ou dolo, desde que se verifiquem os requisitos de anulabilidade⁽⁷⁾. Esta parece ser a solução pensada para os casos em que a coisa já é defeituosa no momento da celebração do contrato, mas já não para as hipóteses de defeituosidade superveniente, isto é, em que o defeito surge depois da celebração do negócio, mas antes da entrega da coisa, nem para as hipóteses de venda de coisa futura ou de coisa indeterminada de certo género, situação em que estaremos diante de um caso de cumprimento defeituoso, se o vício for imputável ao devedor, nos termos do art. 918.º, CC⁽⁸⁾.

diante de um problema de *divergência entre o acordo e a realidade* e um problema de *impossibilidade qualitativa parcial originária* (JOÃO BAPTISTA MACHADO, “Acordo negocial e erro na venda de coisas defeituosas”, p. 47, ss.).

(7) Não está, não obstante, em causa um erro em sentido técnico-jurídico. Sobre o ponto, novamente, JOÃO BAPTISTA MACHADO, “Acordo negocial e erro na venda de coisas defeituosas”, 45 s.; em sentido contrário, LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, III, p. 123; ANTUNES VARELA, “Cumprimento imperfeito do contrato de compra e venda. A exceção do contrato não cumprido”, *Coletânea de Jurisprudência*, 12, 1987, p. 29, ss.

(8) Cf. ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, “Garantias na venda de bens de consumo — a transposição da Directiva 1999/44/CE para o direito português”, *Estudos de Direito do Consumidor*, 5, Coimbra, 2003, p. 126. Sobre o ponto, cf. LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, III, p. 123, sublinhando que esta dualidade pode conduzir a iniquidades (de acordo com o exemplo oferecido pelo autor, se A escolhe numa ourivesaria um anel de brilhantes e descobre nele um risco, terá de provar o erro e os requisitos de relevância deste para se poder desvincular do negócio; mas, se encomendar um anel de brilhantes e o vendedor entregar um anel riscado, haverá incumprimento e uma possível indemnização, já não pelo interesse contratual negativo, mas pelo interesse contratual positivo), mas entendendo que, no plano do direito constituído, é esta a solução defensável. Veja-se, igualmente, ANTUNES VARELA, “Cumprimento imperfeito do contrato de compra e venda. A exceção do contrato não cumprido”, p. 29, ss. Em sentido diverso, cf. CARNEIRO DA FRADA, “Erro e incumprimento na não conformidade da coisa com o interesse do comprador”, *O Direito*, 121, 1989, p. 463, ss.; JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Compra e venda de coisas defeituosas (Conformidade e segurança)*, Coimbra, Almedina, 2008; ARMANDO BRAGA, *Compra e venda de coisas defeituosas: a venda de coisas defeituosas no código civil — a venda de bens de consumo*, Porto, 2005; MENGONI, “Profili di una revisione della teoria sulla garanzia per i vizi nella vendita”, *Studi in onore di Alfredo De Gregorio*, II, 1955, p. 127, ss.; e, com amplo desenvolvimento, JOÃO BAPTISTA MACHADO, “Acordo negocial e erro na venda de coisas defeituosas”, p. 35, ss. Partindo da análise dos arts. 905.º e 913.º CC, o autor nega que eles constituam simples especializações do regime geral do erro, considerando, outrossim, que é o vício da coisa (a “falta de qualidades próprias das coisas do mesmo tipo que, de conformidade com um acordo expresso ou tácito, aquela coisa concreta deveria possuir”), ou seja, a não conformidade ao conteúdo do acordo que constitui o fundamento para a aplicação do regime da venda de coisas defeituosas. O Autor opõe-se, assim, à posição de outros civilistas portugueses, entre os quais MANUEL DE ANDRADE (*Teoria Geral da Relação Jurídica Civil*, II, Almedina, Coimbra, 2003, p. 231). Segundo BAPTISTA MACHADO, “bem pode a relevância do vício da coisa (ou do direito) estar na dependência da verificação de um erro e todavia não ser este, o erro, o verdadeiro fundamento daquela relevância” (cf. p. 36). Acresce que “alguns dos direitos concedidos ao comprador, como o direito à reparação ou substituição da coisa, o direito à redução do preço nos termos do art. 911.º e o direito a indemnização em caso de simples erro, não podem de forma alguma ter o seu fundamento no erro (da verificação de cujos pressupostos de relevância aliás não dependem).

O comprador terá, ainda, direito à reparação ou à substituição da coisa, nos termos do art. 914.º, CC, resultando do preceito a primazia do primeiro remédio em relação ao segundo. De facto, só haverá lugar à substituição se tal for necessário e se a coisa tiver natureza fungível. Estes direitos à reparação ou à substituição da coisa cessam se o vendedor desconhecia sem culpa o vício ou a falta de qualidade da coisa. A falta de culpa determina, ainda, que, nos casos de simples erro, o comprador perde o direito a uma indemnização. Esta terá lugar quando o vício ou a falta de qualidade eram conhecidas pelo vendedor ou eram desconhecidas, mas com culpa, bem como nas hipóteses de dolo. O comprador poderá ter, ainda, direito a uma redução do preço, nos termos do art. 911.º, CC.

Se da convenção das partes ou dos usos resultar uma garantia de bom funcionamento, o vendedor terá de reparar a coisa ou substituí-la, quando a substituição seja necessária e a coisa seja fungível, mesmo que não haja culpa sua e mesmo que não haja erro por parte do comprador⁽⁹⁾. Trata-se, portanto, da previsão de uma garantia convencional, distinta da garantia legal com que somos confrontados nos artigos que analisámos precedentemente⁽¹⁰⁾.

Os prazos para o exercício de todos estes direitos são relativamente curtos. A denúncia do defeito deve ser feita em trinta dias a contar do conhecimento daquele e sempre dentro dos seis meses subsequentes à entrega, elevando-se os prazos para um e cinco anos no caso de bens imóveis. A ação de anulação fundada em erro caduca se, findos os prazos mencionados, o comprador não tiver feito a denúncia ou, caso esta tenha tido lugar, no prazo de seis meses a contar desse momento⁽¹¹⁾. No caso de

Antes, tais direitos do comprador pressupõem uma base negocial — pressupõem, isto é, o seu fundamento no próprio contrato (no conteúdo deste) e, portanto não-de ser concebidos como efeitos jurídico-negociais; e não como puros efeitos legais, do mesmo modo que os efeitos do erro (...). O direito de anulação por erro ou dolo a que se referem os arts. 905.º e 913.º não representa um simples direito de arrependimento, não representa uma espécie de contradireito dirigido contra a validade de um determinado conteúdo negocial objetivamente válido, como acontece no típico direito de anulação fundado em erro; mas representa antes um direito baseado no conteúdo do negócio e, portanto, um efeito negocial” (cf. pp. 38-39). O autor não deixa de vincar, contudo, o carácter híbrido da disciplina contida nos arts. 905.º e 913.º CC.

(9) Sobre a questão de saber se poderá, caso haja uma garantia de bom funcionamento, exigir-se uma indemnização, mesmo nos casos em que não há culpa por parte do vendedor, cf. L. MENEZES LEITÃO, *Direito das obrigações*, III, p. 136.

(10) PINTO MONTEIRO/PAULO MOTA PINTO, “La protection de l’acheteur de choses défectueuses en droit portuguais”, p. 259, ss.; ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, “Garantias na venda de bens de consumo — a transposição da Directiva 1999/44/CE para o direito português”, p. 125.

(11) Salvuaguarda-se, porém, a hipótese de o negócio não estar cumprido, nos termos do art. 287.º, n.º 2, para o qual somos remetidos pelo art. 917.º, CC. O prazo de caducidade também se deve

dolo, vale o prazo geral de arguição da anulabilidade, previsto no art. 287.º, CC.

3. A falta de conformidade da coisa com o conteúdo do contrato, no Decreto-Lei n.º 67/2003, de 8 de abril⁽¹²⁾

O princípio norteador da disciplina passa a ser o da conformidade dos bens com o contrato⁽¹³⁾, presumindo-se a não conformidade caso se verifi-

aplicar à ação de reparação e de substituição da coisa. Cf. ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, “Garantias na venda de bens de consumo — a transposição da Directiva 1999/44/CE para o direito português”, p. 127.

⁽¹²⁾ Com as alterações do DL n.º 84/2008, de 21 de maio. O diploma citado resulta da transposição da Directiva 1999/44/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa a certos aspetos da compra e venda de bens de consumo e das garantias a ela associadas. Sobre o regime instituído pela diretiva e a sua transposição, a bibliografia é quase inabarcável, no nosso ordenamento jurídico e além-fronteiras. A título exemplificativo, vide ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, “Garantias na venda de bens de consumo — a transposição da Directiva 1999/44/CE para o direito português”, p. 123, ss.; SINDE MONTEIRO, “Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à venda e às garantias dos bens de consumo”, *Revista Jurídica da Universidade Moderna*, 1, 1998, p. 461, ss.; DÁRIO MOURA VICENTE, “Desconformidade e garantias na venda de bens de consumo: a directiva 1999/44/CE e a Convenção de Viena de 1980”, *Themis*, ano II, 4, 2001, p. 121, ss.; PAULO MOTA PINTO, “Conformidade e garantias na venda de bens de consumo. A Directiva 1999/44/CE e o direito português”, *Estudos de Direito do Consumidor*, 2, Coimbra, p. 197, ss.; Id., “Anteprojeto de diploma de transposição da Directiva 1999/44/CE para o direito português. Exposição de motivos e articulado”, *Estudos de Direito do Consumidor*, 3, Coimbra, 2001, p. 165, ss.; JÉRÔME FRANK, “Directive 1999/44 du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente e des garanties des biens de consommation”, *Estudos de Direito do Consumidor*, 2, Coimbra, 2000, p. 159, ss.; JOÃO CALVÃO DA SILVA, “Venda de bens de consumo: Decreto-lei n.º 67/2003, de 8 de Abril/Directiva 1999/44/CE — comentário”, Coimbra, 2003; LUÍS MENEZES LEITÃO, “*Caveat venditor?* A directiva 1999/44/CE do Conselho e do Parlamento Europeu sobre a venda de bens de consumo e as garantias associadas e suas implicações no regime jurídico da compra e venda”, *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, I, *Direito Privado e Vária*, Almedina, Coimbra, 2002, p. 263, ss.; Id., *Direito das obrigações*, III, p. 136, ss.; CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, “Orientações de política legislativa adoptadas pela Directiva 1999/44/CE sobre a venda de bens de consumo. Comparação com o direito português vigente”, *Themis*, ano II, 4, 2001, p. 109, ss.; CHRISTIAN TWIGG-FLESNER/ROBERT BARDGATE, “The E.C. Directive on Certain Aspects of the Sale of Consumer Goods and Associated Guarantees. All talk and no do?”, *Web Journal of Current Legal Issues*, 2, 2000, <www.webjcli.ncl.ac.uk/2000/issue2/flesner2.html>. Para uma análise da necessidade de transposição da diretiva, em confronto com o direito interno português, cf. ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, “Garantias na venda de bens de consumo — a transposição da Directiva 1999/44/CE para o direito português”, p. 130; PAULO MOTA PINTO, “Anteprojeto de diploma de transposição da Directiva 1999/44/CE para o direito português. Exposição de motivos e articulado”, p. 165, ss. Neste ponto expositivo, acompanhamos — dando por reproduzidas algumas ideias fulcrais para a contextualização dos aspetos que pretendemos sublinhar no cerne deste trabalho — ANTÓNIO PINTO MONTEIRO/MAFALDA MIRANDA BARBOSA, “A imposição das obrigações decorrentes do DL n.º 67/2003, de 8 de Abril, ao intermediário na venda”.

⁽¹³⁾ Para uma referência à influência da Convenção de Viena, cf. LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito*

que algum dos factos elencados no art. 2.º, n.º 2: não ser a coisa conforme com a descrição que dela é feita pelo vendedor ou não possuir as qualidades do bem que o vendedor tenha apresentado como amostra ou modelo; não ser adequada ao uso específico para o qual o consumidor a destine e do qual tenha informado o vendedor, quando celebrou o contrato, tendo aquele aceitado; não ser a coisa adequada à utilização habitualmente dada aos bens do mesmo tipo; não apresentar a coisa as qualidades e o desempenho habituais nos bens do mesmo tipo e que o consumidor pode razoavelmente esperar, atendendo à natureza do bem e às declarações públicas sobre as suas características concretas, feitas pelo vendedor, pelo produtor ou pelo seu representante, nomeadamente através de publicidade ou rotulagem. Do mesmo passo, equipara-se à falta de conformidade do bem a falta de conformidade da instalação, quando ela fizer parte do contrato de compra e venda e tiver sido efetuada pelo vendedor ou sob sua responsabilidade, ou quando o produto for instalado pelo consumidor, mas a má instalação resultar de falhas no dever de informação, no tocante às instruções de montagem.

Embora o regime do Código Civil já garantisse em certa medida a posição do comprador, o consumidor passa a estar dotado de uma tutela acrescida. Por um lado, deixa de recair sobre si o ónus, muitas vezes excessivo, de verificar as qualidades da coisa no momento da entrega, passando a impender sobre o vendedor a garantia da inexistência de desconformidades do bem com o contrato. A existência de factos que sustentam a presunção de não conformidade é disso reflexo bastante. Por outro lado, a operacionalidade das referidas presunções de não conformidade, constantes do art. 2.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 67/2003, parece beneficiar a parte mais frágil da relação no contrato de compra e venda.

Nos termos do art. 2.º, n.º 2, al. a), do Decreto-Lei n.º 67/2003, presume-se que os bens de consumo não são conformes com o contrato se se verificar que não são conformes com a descrição que deles é feita pelo vendedor ou se não possuírem as qualidades do bem que o vendedor tenha apresentado ao consumidor como amostra ou modelo. Se a segunda parte da presunção corresponde ao disposto no art. 919.º, CC, de acordo com o qual, sendo a venda feita sobre amostra, se entende que o vendedor assegura a existência de qualidades iguais às da referida amostra, nem por isso se apagam as diferenças. Em geral, é verdade que a descrição que o vendedor faça do bem pode ser interpretada, nos termos do art. 236.º, CC, como

das obrigações, III, p. 141; JÉRÔME FRANK, “Directive 1999/44 du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente e des garanties des biens de consommation”, p. 160.

uma declaração tácita de garantia, integrando o conteúdo do contrato, pelo que a falta de conformidade entre a declaração e a coisa determina uma situação de não cumprimento, mas, não é menos certo que em muitas situações podemos não estar diante de uma verdadeira declaração negocial. Ora, de acordo com o Decreto-Lei n.º 67/2003, nem sequer necessitamos de indagar se a descrição do bem se integra ou não no conteúdo contratual, porque a sua integração resulta do direito objetivo, donde a não conformidade com a mencionada descrição desencadeia uma presunção de não conformidade com o contrato⁽¹⁴⁾.

Haverá também presunção de não conformidade, como se disse acima, quando o bem não é adequado ao uso específico para o qual o consumidor o destine e do qual tenha informado o vendedor, no momento da celebração do contrato, tendo aquele aceitado, ou quando o bem não é adequado às utilizações habitualmente dadas aos bens do mesmo tipo. Se se consagra uma conceção objetiva de defeito que também está prevista no art. 913.º, n.º 2, CC, há uma diferença de não pequena monta, já que o art. 2.º, n.º 2, al. c) do Decreto-Lei n.º 67/2003 lida com os critérios em termos cumulativos⁽¹⁵⁾.

Por último, presume-se a não conformidade com o contrato quando o bem de consumo não apresente as qualidades e o desempenho habituais dos bens do mesmo tipo, que o consumidor pode razoavelmente esperar, atendendo à natureza do bem, às declarações públicas sobre as suas características concretas feitas pelo vendedor, pelo produtor ou por um seu representante, nomeadamente através da publicidade ou da rotulagem. Numa solução que parece já decorrer do art. 7.º, n.º 5, LDC (Lei de Defesa do Consumidor: Lei n.º 24/96, de 31 de julho), as informações precisas e

⁽¹⁴⁾ Sobre o ponto, cf. PAULO MOTA PINTO, “Conformidade e garantias na venda de bens de consumo. A Directiva 1999/44/CE e o direito português”, p. 236. No mesmo sentido, cf. LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, III, p. 147. O último autor citado acrescenta que, como o art. 2.º, n.º 2, do DL n.º 67/2003 não ressalva a hipótese de o vendedor ter recorrido a sugestões e artifícios considerados legítimos, segundo as conceções dominantes do comércio jurídico, isto é, não ter recorrido a *dolus bonus*, ou a hipótese de a amostra apenas servir para indicar de modo aproximado as qualidades do objeto, estas situações não excluem a responsabilidade do vendedor.

⁽¹⁵⁾ PAULO MOTA PINTO, “Conformidade e garantias na venda de bens de consumo. A Directiva 1999/44/CE e o direito português”, 239; LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, III, p. 149. A cumulatividade a que nos referimos significa que, se para o art. 913.º, o critério só releva quando o fim a que a coisa se destina não resulta do contrato, em face da disciplina consumerística, é possível que, independentemente do fim específico, haja presunção de não conformidade. MENEZES LEITÃO considera, aliás, que a solução pode ser excessiva em certos casos, “já que se o consumidor declarar ao vendedor que pretende utilizar a coisa para determinado fim, e se verificar que ela é idónea para esse fim, mas não para outros fins para que habitualmente servem coisas do mesmo tipo, poderá mesmo assim reclamar falta de conformidade” — LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, III, p. 149.

concretas incluídas em mensagens publicitárias passam a integrar o conteúdo do contrato, eventualmente ao arrepio do que resultaria do funcionamento das regras próprias da formação do negócio jurídico.

Esta garantia de conformidade pode ser excluída se, no momento da celebração do contrato, o consumidor tiver conhecimento da falta de conformidade ou não puder razoavelmente ignorá-la, ou se esta decorrer de materiais fornecidos pelo consumidor, nos termos do art. 2.º, n.º 3, Decreto-Lei n.º 67/2003. O conhecimento do vício pelo comprador também é relevante para o Código Civil, já que, se ele existir, não haverá erro, não se podendo lançar mão dos direitos previstos no art. 913.º, CC. Mas, de acordo com Menezes Leitão, parece existir aqui um retrocesso na proteção que é dispensada ao consumidor⁽¹⁶⁾. Na verdade, a Lei de Defesa do Consumidor, antes da alteração introduzida pelo diploma que temos vindo a acompanhar, “apenas excluía a garantia do bom estado e do bom funcionamento da coisa (...), quando o consumidor a quem seja fornecida a coisa com defeito dela tenha sido previamente informado e esclarecido antes da celebração do contrato”, pelo que inexistia qualquer ónus de o comprador examinar a coisa comprada, ónus que passou a existir com o Decreto-Lei n.º 67/2003⁽¹⁷⁾. De modo a não agravar a posição do consumidor, Menezes Leitão defende, então, que a exclusão da responsabilidade do vendedor fique limitada aos casos de culpa grave do consumidor⁽¹⁸⁾. Mas não cremos que se possa falar de um ónus alargado de examinar a coisa, a recair sobre o consumidor. Apenas naqueles casos em que não era possível ignorar a desconformidade, isto é, naqueles casos em que o homem médio a não a teria ignorado se afasta a garantia que a lei prevê. Ora, em face das circunstâncias concretas, pode não ser exigível ao consumidor médio o exame da coisa comprada, no momento da celebração do negócio, ou sequer aperceber-se da não conformidade, ainda que a atividade inspetiva tenha lugar.

A conformidade é relevante no momento da entrega da coisa, o que implica que os defeitos ocorridos entre a venda e a entrega ao consumidor corram por conta do vendedor, determinando, portanto, um afastamento em relação às soluções dos arts. 796.º, CC, e 882.º, n.º 1, CC⁽¹⁹⁾. Presumem-se existentes no momento da entrega da coisa as faltas de conformi-

(16) LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, III, p. 153.

(17) LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, III, p. 153.

(18) LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, III, p. 153.

(19) ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, “Garantias na venda de bens de consumo — a transposição da Directiva 1999/44/CE para o direito português”, p. 135; LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, III, p. 155.

dade que se manifestarem num prazo de dois ou cinco anos a contar da data da entrega, consoante a coisa seja um bem móvel ou imóvel. É também este o prazo que é concedido ao consumidor para exercer os seus direitos. O art. 5.º, n.º 1, dispõe que “o consumidor pode exercer os direitos previstos no artigo anterior quando a falta de conformidade se manifestar dentro de um prazo de dois ou de cinco anos a contar da entrega do bem, consoante se trate, respetivamente, de coisa móvel ou imóvel”, consagrando o art. 5.º-A que os referidos direitos caducam nesse prazo. O consumidor deve, porém, denunciar ao vendedor a falta de conformidade num prazo de dois meses, caso se trate de bem móvel, ou de um ano, se se tratar de bem imóvel, a contar da data em que a tenha detetado. Feita a denúncia, os direitos do consumidor caducam no prazo de dois anos a contar dela, para os bens móveis, ou no prazo de três anos, para os bens imóveis.

Quanto aos direitos que são conferidos ao consumidor, eles já estavam previstos no nosso direito interno. Contudo, os pressupostos do seu exercício divergem⁽²⁰⁾. O consumidor tem direito, caso se denote a não conformidade, à reparação, substituição, redução do preço ou resolução do contrato, para além do direito à indemnização previsto no art. 12.º, LDC. Contrariamente ao que resulta da diretiva, o legislador português não procedeu a um escalonamento dos remédios ao dispor do consumidor. Com isto, o regime afasta-se, igualmente, da solução consagrada no art. 914.º, CC, que apenas admite a substituição em lugar da reparação quando for necessário e se a coisa for fungível, excluindo-a se o vendedor desconhecia sem culpa o vício ou a falta de qualidade de que a coisa padece⁽²¹⁾. De acordo com o Decreto-Lei n.º 67/2003, o consumidor apenas ficará impedido de lançar mão dos direitos em questão quando tal for impossível ou constituir abuso do direito. Para reforço da posição do consumidor, o n.º 2 do art. 4.º Decreto-Lei n.º 67/2003 determina que, tratando-se de um bem imóvel, a reparação ou a substituição devem ser realizadas dentro de um prazo razoável, tendo em conta a natureza do defeito, e tratando-se de um bem móvel, num prazo máximo de 30 dias. Em ambos os casos, a reparação ou a substituição não podem comportar grave inconveniente para o consumidor.

Solução inovadora é a que resulta do art. 6.º Decreto-Lei n.º 67/2003, ao consagrar a responsabilidade direta do produtor. Ficam, porém, limitados os direitos que o consumidor pode exercer perante aquele à reparação e à substituição.

⁽²⁰⁾ ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, “Garantias na venda de bens de consumo — a transposição da Directiva 1999/44/CE para o direito português”, p. 135.

⁽²¹⁾ Frisando o ponto, cf. LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, III, p. 157.

4. A Diretiva (UE) 2019/771, de 20 de maio de 2019

4.1. O âmbito de aplicação

Dispõe o art. 3.º da Diretiva (UE) 2019/771, de 20 de maio de 2019, que ela é aplicável aos contratos de compra e venda entre um consumidor e um vendedor; e aos contratos celebrados entre um consumidor e um vendedor para o fornecimento de mercadorias a fabricar ou a produzir, que são considerados, para estes efeitos, contratos de compra e venda. Significa isto que, a despeito da designação que conhece, a Diretiva se aplica igualmente aos contratos de empreitada, o que não configura novidade bastante, já que o art. 1.º-A DL n.º 67/2003 dispõe, exatamente, que o diploma “é, ainda, aplicável, com as necessárias adaptações, aos bens de consumo fornecidos no âmbito de um contrato de empreitada ou de outra prestação de serviços, bem como à locação de bens de consumo”.

Já no que diz respeito ao bem objeto do contrato parece haver um alargamento. Se o art. 1.º-B/b) DL n.º 67/2003 definia bem de consumo como qualquer bem, imóvel ou móvel corpóreo, incluindo bens vendidos em segunda mão, com a Diretiva passa a ser considerado qualquer bem móvel tangível e qualquer bem com elementos digitais, isto é, qualquer bem móvel tangível que incorpore ou esteja interligado com um conteúdo ou serviço digital, ou que com este esteja interligado, de tal modo que a falta desse conteúdo ou serviço digital impeça os bens de desempenharem as suas funções. Apesar de a diretiva não se aplicar aos contratos para o fornecimento de conteúdo ou serviços digitais, é aplicável a conteúdos ou serviços digitais que estejam incorporados em bens, ou que estejam interligados com esses bens, e sejam fornecidos com eles nos termos de um contrato de compra e venda, independentemente de serem fornecidos pelo vendedor ou por um terceiro. Nos termos do art. 3.º/3, “em caso de dúvida sobre se o fornecimento de conteúdos ou serviços digitais incorporados ou interligados fazem parte do contrato de compra e venda, presume-se que os conteúdos ou serviços digitais estão abrangidos pelo contrato de compra e venda”. Estes conteúdos digitais traduzem-se nos dados produzidos e fornecidos em formato digital, entre os quais se integram os sistemas operativos, aplicações e outro *software*.

De acordo com o *considerandum* 15, «a inclusão do fornecimento dos conteúdos ou serviços digitais incorporados ou interligados no contrato de compra e venda celebrado com o vendedor deverá depender do conteúdo desse contrato. A presente diretiva deverá incluir conteúdos ou serviços digitais incorporados ou interligados cujo fornecimento seja explicitamente exigido pelo contrato. Deverá também incluir os contratos de compra e

venda que podem ser entendidos como abrangendo o fornecimento de conteúdos específicos ou a prestação de um de um serviço digital específico, atendendo a que esses conteúdos e serviços são habituais nos bens do mesmo tipo e que o consumidor pode razoavelmente esperar a sua presença, dada a natureza dos bens e tendo em conta qualquer declaração pública feita pelo vendedor ou em nome deste ou por outras pessoas em fases anteriores da cadeia de transações, incluindo o produtor. Se, por exemplo, uma televisão inteligente tiver sido anunciada como incluindo uma determinada aplicação de vídeo, considerar-se-á que tal aplicação faz parte do contrato de compra e venda. Esta solução deverá aplicar-se independentemente de os conteúdos ou serviços digitais estarem pré-instalados nos próprios bens ou terem de ser descarregados posteriormente noutros dispositivos e estarem apenas interligados aos bens. A título de exemplo, um telemóvel inteligente pode vir com uma aplicação normalizada pré-instalada fornecida nos termos do contrato de compra e venda, como por exemplo uma aplicação de alarme ou uma aplicação de câmara. Outro exemplo possível é o de um relógio inteligente. Nesse caso, o próprio relógio seria o bem que integra elementos digitais, que só podem desempenhar as suas funções com uma aplicação fornecida nos termos do contrato de compra e venda, mas que deverá ser descarregada pelo consumidor num telemóvel inteligente; nesse caso, a aplicação seria assim o elemento digital interligado. Tal deverá aplicar-se também se os conteúdos ou serviços digitais incorporados ou interligados não forem fornecidos pelo próprio vendedor, mas sim, nos termos do contrato de compra e venda, por terceiros. A fim de evitar incertezas para os operadores e para os consumidores relativamente à questão de saber se o fornecimento dos conteúdos ou serviços digitais faz parte do contrato de compra e venda, deverão aplicar-se as regras da presente diretiva».

Porém, nos termos do *considerandum* 16, «se a falta de conteúdos ou serviços digitais incorporados ou interligados não impedir os bens de desempenharem as suas funções ou se o consumidor celebrar um contrato de fornecimento de conteúdos ou serviços digitais que não faça parte de um contrato de compra e de bens com elementos digitais, esse contrato deverá considerar-se distinto do contrato de compra e venda dos bens, mesmo que o vendedor atue como intermediário nesse segundo contrato com o operador terceiro, e poderá estar abrangido pelo âmbito de aplicação da Diretiva (UE)2019/770. Por exemplo, se o consumidor descarregar uma aplicação de jogo de uma loja de aplicações para um telemóvel inteligente, o contrato de fornecimento da aplicação de jogo é distinto do contrato de compra e venda do próprio telemóvel inteligente. Por conseguinte, a presente diretiva deverá apenas aplicar-se ao contrato de compra e venda

do telemóvel inteligente, enquanto o fornecimento da aplicação de jogo deverá estar abrangido pela Diretiva (UE) 2019/770, caso se encontrem preenchidas as condições nela previstas. Outro exemplo é o caso em que é expressamente acordado que o consumidor compra um telemóvel inteligente sem um sistema operativo específico e posteriormente celebra com um terceiro um contrato para o fornecimento de um sistema operativo. Nesse caso, o fornecimento do sistema operativo comprado em separado não faz parte do contrato de compra e venda e, por conseguinte, não é abrangido pelo âmbito de aplicação da presente diretiva, mas poderá estar abrangido pelo âmbito de aplicação da Diretiva (UE) 2019/770, caso se encontrem preenchidas as condições nela previstas».

Resultam daqui algumas ideias fundamentais. Em primeiro lugar, a Diretiva (UE) 2019/771 só pode ser compreendida na sua articulação com a Diretiva (UE) 2019/770, da qual é complementar. O novo enquadramento normativo que resulta desta complementaridade é pensado para fazer face a muitos problemas suscitados pelos novos conteúdos digitais. Fundamental é, pois, distinguir — como também já tinha sido prenunciado das nossas anteriores considerações — o tipo contratual concretamente em causa, para o que, quando se lide com bens digitais, haveremos de ter em conta a estrutura e a intencionalidade do acordo firmado entre as partes.

Tomando como referente, por exemplo, a aquisição de um *smartphone* ou de um *tablet*, e em concordância com o que as diretivas analisadas dispõem, se o bem é adquirido na pressuposição de que integra um determinado sistema operativo, sem o qual não funciona, o bem digital faz parte do conteúdo do contrato de compra e venda, fazendo parte integrante do bem material em questão; pelo contrário, se o *smartphone* ou *tablet* tiverem sido adquiridos com a consciência da inexistência de um sistema operativo específico, que será disponibilizado por um terceiro, então, tal sistema operativo não faz parte do contrato de compra e venda, não integrando incidivelmente o bem material, hipótese em que estaremos diante de um contrato de prestação de um serviço conjugado com um contrato de compra e venda. É neste ponto que o fornecedor do sistema operativo pode ser diretamente responsabilizado pelo consumidor. Ora, tendo em conta os remédios que a Diretiva consagra, esta inovação pode ser fundamental para dar resposta aos consumidores no quadro da aquisição de produtos que sejam integrados por conteúdos digitais ou *software*⁽²²⁾.

(22) Cf. MAFALDA MIRANDA BARBOSA, “Produtos complexos e proteção do consumidor — breve reflexão a propósito do caso Huawei/Google”, *Revista de Direito Comercial*, 3-2019, p. 545, ss.

Por outro lado, a Diretiva, apesar de se estabelecer como uma diretiva de harmonização máxima⁽²³⁾, admite que os Estados-membros possam decidir se incluem no âmbito de relevância do diploma que a transponha, abrangendo na compra e venda de consumo, as vendas em segunda mão (atualmente disciplinadas pelo DL n.º 67/2003) e a venda de animais (hoje em dia excluídas do âmbito de aplicação do citado diploma)⁽²⁴⁾.

Do mesmo modo, os Estados-membros são livres de estabelecer a concreta disciplina da compra e venda de bens imóveis. De acordo com o *considerandum* 12, «a presente diretiva só deverá ser aplicável aos bens móveis tangíveis que constituam bens na aceção da presente diretiva. Os Estados-Membros deverão, por conseguinte, ser livres para regular os contratos de compra e venda de bens imóveis, tais como edifícios residenciais, e os seus principais componentes destinados a constituir uma parte importante desses bens imóveis». Também neste ponto não parece haver uma imposição de restrição do âmbito de proteção que, atualmente, é dispensado aos consumidores, tudo dependendo da posição que o legislador português venha a adotar.

4.2. O princípio da conformidade e a responsabilidade do vendedor

A Diretiva (UE)2019/770 mantém-se fiel, à semelhança da Diretiva 1999/44/CE, ao princípio da conformidade dos bens ao conteúdo do contrato. O mesmo é enunciado no art. 5.º, que serve de pórtico de entrada para a enunciação dos requisitos subjetivos e objetivos a que o bem deve obedecer.

Estabelecem-se, então, requisitos objetivos (art. 7.º) e requisitos subjetivos (art. 6.º) de conformidade.

Assim, os bens devem ser adequados às utilizações a que os bens do mesmo tipo normalmente se destinam, tendo em conta o direito da União e os direitos nacionais aplicável, as normas técnicas, ou, na falta de tais normas técnicas, os códigos de conduta específicos do setor que forem aplicáveis; possuir a qualidade e corresponder à descrição de uma amostra ou

⁽²³⁾ Cf. art. 4.º: Os Estados-Membros não podem manter ou introduzir no seu direito nacional disposições divergentes das previstas na presente diretiva, nomeadamente disposições mais ou menos estritas, que tenham por objetivo garantir um nível diferente de proteção dos consumidores, salvo disposição em contrário na presente diretiva.

⁽²⁴⁾ Cf., *supra*, o que se disse sobre o ponto.

modelo que o vendedor tenha disponibilizado ao consumidor antes da celebração do contrato; ser entregues juntamente com os acessórios, incluindo a embalagem, instruções de instalação ou outras instruções que o consumidor possa razoavelmente esperar receber; corresponder à quantidade e possuir as qualidades e outras características, inclusive no que respeita à durabilidade, funcionalidade, compatibilidade e segurança, que são habituais nos bens do mesmo tipo e que o consumidor possa razoavelmente esperar, dada a natureza dos bens e tendo em conta qualquer declaração pública feita pelo vendedor ou em nome deste ou por outras pessoas em fases anteriores da cadeia de transações, incluindo o produtor, particularmente através de publicidade ou de rotulagem. Tal como no anterior regime, o vendedor não fica vinculado pelas declarações públicas do produtor ou de terceiro, se demonstrar que não tinha, nem podia razoavelmente ter, conhecimento da declaração pública em causa; se no momento da celebração do contrato, a declaração pública em causa tinha sido corrigida de forma igual ou comparável à forma por que tinha sido feita; ou se a decisão de comprar os bens não poderia ter sido influenciada pela declaração pública.

No caso de bens com elementos digitais, o vendedor deve assegurar que o consumidor seja informado sobre as atualizações e que estas lhe sejam fornecidas, incluindo atualizações de segurança, quando sejam necessárias para colocar tais bens em conformidade, durante o período em que o consumidor pode razoavelmente aspirar por essa conformidade, dado o tipo e finalidade dos bens e dos elementos digitais, e tendo em consideração as circunstâncias e natureza do contrato, caso o contrato de compra e venda estipule um único fornecimento do conteúdo ou serviço digital; ou durante o período indicado no art. 10.º, n.º 2 ou n.º 5, sempre que o contrato de compra e venda estipule o fornecimento contínuo do conteúdo ou serviço digital durante um determinado período. Porém, se o consumidor não proceder à instalação, num prazo razoável, das atualizações fornecidas, o vendedor não é responsável por qualquer falta de conformidade resultante unicamente da falta de atualização em causa, desde que o vendedor tenha informado o consumidor sobre a disponibilidade da atualização e as consequências da sua não instalação; ou desde que a não instalação ou a instalação incorreta da atualização pelo consumidor não se tenha ficado a dever a deficiências nas instruções de instalação fornecidas ao consumidor.

No que respeita à conformidade subjetiva, os bens devem corresponder à descrição, ao tipo, à quantidade e à qualidade e ter a funcionalidade, a compatibilidade, a interoperabilidade e as demais características, tal como exigidas pelo contrato de compra e venda; ser adequados a qualquer

finalidade específica para a qual o consumidor os destine e que tenha sido comunicada ao vendedor o mais tardar no momento da celebração do contrato e relativamente à qual o operador tenha manifestado concordância; ser entregues juntamente com todos os acessórios e instruções, inclusivamente de instalação, tal como estipulado no contrato de compra e venda; e ser fornecidos com todas as atualizações, tal como estipulado no contrato de compra e venda.

Pode ainda haver falta de conformidade por uma incorreta instalação, nos termos do art. 8.º.

A formulação dos índices de conformidade com o contrato não é totalmente coincidente. Vejamos.

Se com o DL 67/2003 se presume que os bens de consumo não são conformes com o contrato se se verificar que não são conformes com a descrição que deles é feita pelo vendedor ou se não possuírem as qualidades do bem que o vendedor tenha apresentado ao consumidor como amostra ou modelo; a Diretiva estabelece como requisito de conformidade o facto de o bem possuir a qualidade e corresponder à descrição de uma amostra ou modelo que o vendedor tenha disponibilizado ao consumidor antes da celebração do contrato. A exclusão da referência à descrição que o vendedor haja feito dos bens não é determinante, na medida em que, entre os requisitos subjetivos, se determina que os bens devem corresponder à descrição, ao tipo, à quantidade e à qualidade e ter a funcionalidade, a compatibilidade, a interoperabilidade e as demais características, tal como exigidas pelo contrato de compra e venda.

Do mesmo modo, se o DL n.º 67/2003 presume a falta de conformidade quando o bem não é adequado ao uso específico para o qual o consumidor o destine e do qual tenha informado o vendedor, no momento da celebração do contrato, tendo aquele aceitado, ou quando o bem não é adequado às utilizações habitualmente dadas aos bens do mesmo tipo; a Diretiva impõe como requisito de conformidade subjetiva que os bens sejam adequados a qualquer finalidade específica para a qual o consumidor os destine e que tenha sido comunicada ao vendedor o mais tardar no momento da celebração do contrato e relativamente à qual o operador tenha manifestado concordância e complementa este requisito com outro de índole objetiva: corresponder à quantidade e possuir as qualidades e outras características, inclusive no que respeita à durabilidade, funcionalidade, compatibilidade e segurança, que são habituais nos bens do mesmo tipo e que o consumidor possa razoavelmente esperar, dada a natureza dos bens e tendo em conta qualquer declaração pública feita pelo vendedor ou em nome deste ou por outras pessoas em fases anteriores da cadeia de transações, incluindo o pro-

dutor, particularmente através de publicidade ou de rotulagem. Integram-se, aqui, fatores de conformidade que contendem, igualmente, com outra das presunções a que acedemos por via do DL n.º 67/2003. Na verdade, neste presume-se a não conformidade com o contrato quando o bem de consumo não apresente as qualidades e o desempenho habituais dos bens do mesmo tipo, que o consumidor pode razoavelmente esperar, atendendo à natureza do bem, às declarações públicas sobre as suas características concretas feitas pelo vendedor, pelo produtor ou por um seu representante, nomeadamente através da publicidade ou da rotulagem. Mas, se aqui se fala apenas das qualidades e desempenho habituais, a Diretiva refere-se à qualidade e outras características, como a funcionalidade e durabilidade, o que parece apontar para a compatibilidade entre as duas disciplinas no que respeita a este aspeto específico. A Diretiva estabelece, ainda, como requisitos de conformidade que os bens sejam adequados às utilizações a que os bens do mesmo tipo normalmente se destinam, tendo em conta o direito da União e os direitos nacionais aplicáveis, as normas técnicas, ou, na falta delas, os códigos de conduta específicos do setor que forem aplicáveis. Ademais, especifica-se que os bens devem ser entregues juntamente com os acessórios, incluindo a embalagem, instruções de instalação ou outras instruções que o consumidor possa razoavelmente esperar receber.

Significa isto que, apesar de formulações diversas, a Diretiva, neste aspeto, não restringe — antes pelo contrário — a proteção que é devida ao consumidor.

O vendedor é responsável perante o consumidor por qualquer falta de conformidade que exista no momento em que os bens foram entregues e se manifeste num prazo de dois anos a contar desse momento. No caso de bens com elementos digitais, caso o contrato estipule o fornecimento contínuo do conteúdo ou serviço digital durante um determinado período, o vendedor é também responsável por qualquer falta de conformidade do conteúdo ou serviço digital que ocorra ou se manifeste no prazo de dois anos a contar da data em que os bens com elementos digitais foram entregues. Caso o contrato estipule o fornecimento contínuo durante um período superior a dois anos, o vendedor é responsável por qualquer falta de conformidade dos conteúdos ou serviços digitais que ocorra ou se manifeste no período durante o qual os conteúdos ou serviços digitais devam ser fornecidos nos termos do contrato de compra e venda, de acordo com o art. 10.º.

O paralelo com a Diretiva (UE) 2019/770 é evidente. Determina esta, no seu art. 5.º/1, que o profissional deve fornecer os conteúdos ou serviços digitais ao consumidor, sem demora indevida, depois da celebração do

contrato, e em conformidade com os requisitos objetivos e subjetivos, consagrados nos arts. 7.º e 8.º. Ou seja, os conteúdos ou serviços digitais devem corresponder à descrição, à quantidade e à qualidade e ter a funcionalidade, a compatibilidade, a interoperabilidade e as demais características exigidas pelo contrato; ser adequados a qualquer finalidade específica para a qual o consumidor os destine e que tenha sido comunicada ao profissional, o mais tardar no momento da celebração do contrato, e relativamente à qual o profissional tenha manifestado concordância; ser fornecidos juntamente com todos os acessórios e instruções, inclusivamente de instalação, e apoio ao cliente, tal como exigidos pelo contrato; ser atualizados; ser adequados às utilizações a que os conteúdos ou serviços digitais do mesmo tipo normalmente se destinam, tendo em conta, sendo caso disso, o direito da União e o direito nacional em vigor, as normas técnicas ou, na falta de tais normas técnicas, os códigos de conduta específicos do setor que forem aplicáveis; corresponder à quantidade e possuir as qualidades e as características de desempenho, inclusive no que respeita à funcionalidade, compatibilidade, acessibilidade, continuidade e segurança, que são habituais em conteúdos ou serviços digitais do mesmo tipo e que o consumidor possa razoavelmente esperar, dada a natureza do conteúdo ou serviço digital e tendo em conta qualquer declaração pública feita pelo profissional ou em nome deste, ou por outras pessoas em estádios anteriores da cadeia contratual, particularmente através de publicidade ou rotulagem; ser fornecidos juntamente com os acessórios e as instruções que o consumidor possa razoavelmente esperar receber; e estar em conformidade com quaisquer versões de teste ou pré-visualizações dos conteúdos ou serviços digitais disponibilizadas pelo profissional antes da celebração do contrato.

Por outro lado, o prestador do serviço deve fornecer as atualizações necessárias, incluindo atualizações de segurança, durante o período em que os conteúdos digitais ou os serviços digitais devam ser fornecidos nos termos desse mesmo contrato, nas hipóteses de fornecimento contínuo durante um determinado lapso temporal; ou, nos casos em que há único ato de fornecimento ou uma série de atos individuais de fornecimento, durante o período em que o consumidor possa razoavelmente contar com esse serviço acessório, dado o tipo e finalidade dos conteúdos ou serviços digitais e tendo em consideração as circunstâncias e natureza do contrato. Exige-se da parte do consumidor a diligência para proceder às referidas atualizações, sob pena de se excluir qualquer responsabilidade do fornecedor.

Lidamos, assim, com duas hipóteses distintas: uma em que existe um único fornecimento ou diversos atos individuais de fornecimento; outra em que o fornecimento é contínuo. No primeiro caso, o fornecedor é res-

ponsável por qualquer falta de conformidade que exista no momento do fornecimento; na segunda alternativa, o profissional é responsável pelas faltas de conformidade que ocorram ou se manifestem no período durante o qual os conteúdos ou serviços digitais devam ser fornecidos.

Voltando à Diretiva (UE) 2019/771, importa referir que a não verificação de um dos requisitos de conformidade permite presumir a desconformidade no momento da entrega dos bens. O art. 11.º dispõe que “qualquer falta de conformidade que se manifeste no prazo de um ano a contar da data em que os bens foram entregues é considerada existente à data em que os bens foram entregues, a menos que se comprove o contrário ou que tal presunção seja incompatível com a natureza dos bens ou com a natureza da falta de conformidade. O presente número aplica-se igualmente aos bens com elementos digitais”. No tocante aos bens com conteúdos digitais, quando o contrato de compra e venda estipule o fornecimento contínuo de conteúdos ou serviços digitais durante um determinado período, o ónus da prova relativo à determinação da conformidade do conteúdo ou serviço digital durante o período de responsabilidade do vendedor incumbe a este relativamente a qualquer falta de conformidade que se manifeste no prazo de um ano a contar da data da entrega.

A Diretiva (UE) 2019/771 consagra, à semelhança do que já ocorria anteriormente, uma presunção de desconformidade no momento da entrega do bem, sempre que se detete qualquer falta de conformidade com os requisitos subjetivos ou objetivos no prazo de um ano. A presunção pode ser ilidida, pela prova do contrário, e afastada quando seja incompatível com a natureza dos bens ou da falta de conformidade. Há, portanto, um encurtamento do prazo de dois, previsto no art. 3.º/2 DL n.º 67/2003, para um ano no que respeita ao período de relevância da verificação da falta de conformidade para efeitos de presunção, solução desfavorável ao consumidor. Mas, importa referir que a Diretiva admite que os Estados Membros alarguem o prazo para dois anos, nos termos do n.º 2 do art. 11.º. Além disso, o prazo da garantia, ou seja, a responsabilidade do vendedor mantém-se por um período de dois anos, de acordo com o 10.º/1 Diretiva, o que significa que, depois de um ano a contar da entrega dos bens, a prova da falta de conformidade correrá por conta do consumidor.

Em compensação, se, nos termos do DL n.º 67/2003, embora deixasse de recair sobre o consumidor o ónus, muitas vezes excessivo, de verificar as qualidades da coisa no momento da entrega, passando a impender sobre o vendedor a garantia da inexistência de desconformidades do bem com o contrato, se considerava, numa posição que, como vimos, parte da doutrina considerava demasiado onerosa para o adqui-

rente, que a garantia de conformidade podia ser excluída se, no momento da celebração do contrato, o consumidor tivesse conhecimento da falta de conformidade ou não pudesse razoavelmente ignorá-la, ou se esta decorresse de materiais fornecidos pelo consumidor, com a Diretiva (UE) 2019/771, a garantia de conformidade só pode ser afastada se, no momento da celebração do contrato, o consumidor tiver sido especificamente informado de que uma característica particular dos bens se desviava dos requisitos objetivos de conformidade e o consumidor tiver expressa e separadamente aceitado esse desvio aquando dessa celebração.

No tocante aos conteúdos digitais, a responsabilidade do vendedor estende-se por um prazo superior nos termos do art. 10.º/2 Diretiva (UE) 2019/771, o que significa que se tem em conta a natureza específica dos bens concretamente em causa. Também a presunção de desconformidade nestes casos segue regras especiais, consoante o disposto no art. 11.º/3 Diretiva e conforme vimos *supra*.

4.3. Os remédios

Havendo desconformidade, o consumidor tem direito à reposição, à redução proporcional do preço ou à rescisão do contrato.

A reposição implica a escolha entre a reparação do bem e a sua substituição, a menos que o meio de ressarcimento escolhido seja impossível, ou, em comparação com outro meio de ressarcimento, imponha ao vendedor custos que sejam desproporcionados. O vendedor pode, por seu turno, recusar repor a conformidade dos bens se a reparação ou a substituição forem impossíveis ou impuserem custos ao vendedor que sejam desproporcionados.

O juízo acerca desta desproporcionalidade deve ter em conta todas as circunstâncias, designadamente as previstas no art. 13.º/2 Diretiva (UE) 2019/771. A saber: o valor que os bens teriam se não se verificasse a falta de conformidade; a importância da falta de conformidade; e a possibilidade de recorrer ao meio de ressarcimento alternativo sem inconvenientes significativos para o consumidor.

A ideia de proporcionalidade parece, assim, cumprir uma dupla função. Por um lado, ela é critério de limitação da possibilidade de escolha entre a reparação e a substituição, no quadro do exercício do direito à reposição; por outro lado, é causa de justificação para o vendedor se eximir ao cumprimento da obrigação de reparar ou substituir o bem.

Note-se, ainda, que a reparação ou a substituição devem ser feitas a título gratuito, num prazo razoável a contar do momento em que o vendedor tenha sido informado pelo consumidor da falta de conformidade, e sem inconveniente importante para o consumidor, tendo em conta a natureza dos bens e a finalidade se destinam.

O comprador terá direito, ainda, à redução do preço ou à resolução do contrato. Mas estes direitos só podem ser exercidos se o vendedor não efetuar a reparação ou a substituição ou não efetuar a reparação ou a substituição nos termos em que a deveria fazer, de acordo com o art. 14.º Diretiva, ou se se recusar a reparar ou a substituir o bem com base na impossibilidade do remédio ou na desproporção dos custos que envolvem; se se verificar uma falta de conformidade apesar da tentativa de repor os bens em conformidade; se a falta de conformidade for de natureza tão grave que justifica a imediata redução do preço ou a rescisão do contrato de compra e venda; ou se o vendedor declarar ou for evidente das circunstâncias que não irá repor os bens em conformidade num prazo razoável ou sem inconvenientes importantes para o consumidor.

Sublinhe-se, também, que o direito à resolução deixa de existir se a falta de conformidade for menor. A solução extrai-se do art. 13.º/5 Diretiva (UE) 2019/771, mas decorreria igualmente do princípio da boa-fé, na sua dimensão negativa.

Abandona-se, neste quadro, uma ideia de perfeita alternativa entre os diversos remédios que o ordenamento jurídico passa a predispor para satisfazer o interesse do consumidor. Se nos termos do art. 4.º/5 DL 67/2003, o consumidor pode exercer qualquer dos direitos previstos na lei — reparação, substituição do bem, redução do preço ou resolução do contrato —, exceto se tal se manifestar impossível ou constituir abuso do direito, agora o direito à redução do preço ou à resolução do contrato surgem como subsidiários. Além disso, o consumidor deixa de ter como limite ao exercício dos seus direitos — pela ordem legalmente prevista — o abuso do direito para passar a estar em causa uma ideia de desproporcionalidade que com aquele não coincide necessariamente.

Também no âmbito da Diretiva (UE) 2019/770, complementar da Diretiva (UE) 2019/771, se perde uma ideia de alternatividade entre os remédios postos à disposição do consumidor. Em casos de não fornecimento, este deve solicitar ao profissional o fornecimento dos conteúdos ou serviços digitais; caso tal não ocorra, sem demora indevida, ou num prazo adicional, convencionado pelas partes, tem direito a resolver o contrato. O direito à resolução opera imediatamente se o fornecedor declarar que não vai fornecer os conteúdos ou serviços digitais ou se tiver sido conven-

cionado um termo necessário. Nas hipóteses de falta de conformidade, o consumidor tem direito à reposição dos conteúdos ou serviços digitais em conformidade, salvo se tal for impossível ou se se manifestar desproporcional para o fornecedor, a uma redução do preço ou à resolução do contrato. Ou seja, estes remédios não são alternativos, existindo uma precedência necessária entre eles.

4.4. A responsabilidade do produtor

Se nos termos do art. 6.º DL n.º 67/2003, o produtor é diretamente responsável perante o consumidor pela reparação ou substituição, salvo se elas se manifestarem impossíveis ou desproporcionadas tendo em conta o valor que o bem teria se não existisse falta de conformidade, a importância desta e a possibilidade de a solução alternativa ser concretizada sem grave inconveniente para o consumidor, podendo, porém o produtor opor-se ao exercício dos direitos pelo consumidor se se verificar um dos factos previstos no n.º 2 do citado preceito⁽²⁵⁾, a Diretiva (UE) 2019/771 não consagra qualquer norma atinente à responsabilidade direta do produtor, apenas se referindo a ela nas hipóteses de estabelecimento de garantias voluntárias.

Sobre este aspeto, o *considerandum* 63 da Diretiva (UE) 2019/771 dispõe que «a questão de saber se o consumidor pode igualmente apresentar uma reclamação diretamente contra uma pessoa em fases anteriores da cadeia de transações não é regulada pela presente diretiva, exceto nos casos em que um produtor ofereça ao consumidor uma garantia comercial pelos bens».

Ora, parece que, embora se esteja diante de uma diretiva de harmonização máxima, a interpretação do diploma, do seu sentido e intencionalidade, à luz do *considerandum* citado nos autoriza a considerar que a solução da responsabilidade direta do produtor não é obstada pela nova disciplina. Na verdade, em vez de se opor a ela, parece que o diploma simplesmente não a regula.

⁽²⁵⁾ A saber: ter o defeito resultado exclusivamente das declarações do vendedor sobre a coisa e a sua utilização ou de má utilização; o defeito não existir no momento em que entrou em circulação; não ter fabricado a coisa para venda ou qualquer outra forma de distribuição com fins lucrativos, ou não a ter fabricado ou distribuído no quadro da sua atividade profissional; ou terem decorrido mais de dez anos sobre a colocação da coisa em circulação.

Admite-se, porém, que o vendedor possa exercer o seu direito de regresso perante as pessoas responsáveis em fases antecedentes da cadeia de transações. Significa isto que o produtor será responsável pela não conformidade, necessariamente, mesmo que o ordenamento jurídico — na transposição necessária da diretiva — opte pela não responsabilidade direta.

5. As linhas orientadoras da proteção do consumidor no âmbito da compra e venda: reflexão conclusiva

A breve descrição das alterações introduzidas pela Diretiva (UE) 2019/771 abre-nos as portas a algumas conclusões.

Desde logo, o facto de estarmos diante de uma Diretiva de harmonização máxima pode determinar uma diminuição das garantias de que os consumidores portugueses beneficiavam em matéria de compra e venda de bens de consumo.

Mas, em compensação, cremos que o novo quadro normativo a que assim acedemos, na sua articulação com o que é desenhado a partir da Diretiva (UE) 2019/770, permite uma tutela acrescida noutros aspetos.

A nova disciplina afigura-se particularmente importante quando esteja em causa a venda de bens com conteúdos digitais, bem como a prestação de conteúdos digitais. Pense-se na hipótese de venda de um determinado telemóvel inteligente ou *tablet*, impedindo, passado algum tempo, o fornecedor do *software* (do sistema operativo) que o integra que ele funcione naquele aparelho. O caso hipotético tem contornos *quase* reais, como resultado da guerra económica entre a China e os EUA, a determinar o antagonismo entre a Google e a Huawei, não se encontrando uma forma de tutela direta e segura do consumidor no nosso ordenamento jurídico, exceto se recorrêssemos a expedientes interpretativos complexos⁽²⁶⁾.

Na verdade, a disciplina da responsabilidade civil do produtor não nos auxilia numa hipótese como esta, porque não só não há defeito, como no momento em que o produto entrou em circulação não existia qualquer problema, bem como porque não estão em causa danos sofridos num terceiro bem, diferente do produto; o regime das garantias associadas às vendas de bens de consumo não assimila o âmbito de relevância do problema,

(26) Sobre o ponto, cf. MAFALDA MIRANDA BARBOSA, “Produtos complexos e proteção do consumidor — breve reflexão a propósito do caso Huawei/Google”, p. 545, ss.

já porque não há, no momento da entrega da coisa, qualquer desconformidade entre o bem e o contrato, já porque, demandado o produtor (do produto final), este pode invocar que, aquando da entrada em circulação do produto, não havia qualquer desconformidade, que se vem a revelar supervenientemente e por força da atuação de um terceiro. Acresce que o “defeito” se verifica num componente não corpóreo, o que pode acarretar problemas de assimilação pelo âmbito de relevância do DL 67/2003, atenta a noção de bem com que somos confrontados⁽²⁷⁾.

Ademais, parece que a intencionalidade do regime da venda de bens de consumo e das garantias a ela associadas afasta do núcleo de relevância do mesmo o produtor de partes integrantes do produto final. E entende-se. O produtor do bem consumido não se desonera pelo facto de a falta de conformidade do bem com o contrato resultar de uma parte componente, desde que ela existisse no momento da entrada do produto em circulação. Se é certo que a responsabilidade do produtor do produto final, no âmbito da responsabilidade do produtor, também não desaparece pelo facto de o defeito se verificar numa parte componente ou na matéria-prima, a verdade é que, afastando-nos do plano dos interesses em conflito, para mergulharmos no plano da fundamentação, percebemos que a transposição da solução de chamar para o núcleo de relevância do regime o produtor de partes componentes deste domínio para o da garantia das vendas de bens de consumo é inviável. Na verdade, o produtor da parte componente, do ponto de vista extracontratual, assume uma esfera de risco ao colocar o bem em circulação, ainda que para o integrar noutra produto, em nome de uma ideia de responsabilidade pelo outro; do ponto de vista contratual, apenas poderá vir a ser assacada a responsabilidade àquele que se vinculou

⁽²⁷⁾ Tenha-se, porém, em conta a problemática que envolve a qualificação das coisas como corpóreas. Um exemplo paradigmático disso mesmo é a eletricidade entendida pelos autores como uma coisa corpórea, embora imaterial. Cf. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil — Teoria Geral*, I, Coimbra Editora, Coimbra, 2000, ponto 201. Concretamente sobre o *software*, cf. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, III, *Parte Geral. Coisas*, 4.^a ed. (com a colaboração de A. BARRETO MENEZES CORDEIRO), Coimbra, 2019, p. 172, considerando que “alguma doutrina, particularmente sugestionada pelas vantagens em aplicar, ao *software*, o regime próprio do vício sobre a coisa vendida, veio defender que a programação seria uma coisa corpórea, no sentido do §90 do BGB. Subsequentemente, porém, quer a doutrina, quer a jurisprudência se distanciaram de tal orientação: os suportes seriam coisas corpóreas; a própria programação em si seria, antes, uma coisa incorpórea. Todavia, seria possível aplicar-lhe, quando a analogia das situações o justificasse e com as adaptações necessárias, o regime das coisas corpóreas”. Sobre o ponto, num sentido problematizador, veja-se, ainda, HENRIQUE SOUSA ANTUNES, “Responsabilidade civil do produtor: os danos ressarcíveis na era digital”, *Revista de Direito da Responsabilidade*, ano 1, 2019, propondo, a propósito da noção de produto para efeitos de responsabilidade do produtor, uma noção alargada de coisa móvel, nela compreendendo tudo aquilo que divirja de um bem imóvel ou de um serviço, independentemente de o bem ser tangível ou intangível.

ou, em última instância, àquele que viola deveres decorrentes da boa-fé, no quadro de uma relação de confiança que se gera. Ora, parece que é este dado fundacional que está ausente. A relação de confiança que se pode denotar entre o produtor final e o consumidor final — em nome das declarações por aquelas prestadas, pela rotulagem ou pela publicidade, v.g. — desaparece quando pensamos em partes componentes em geral. Por outro lado, podendo o produtor da parte componente ser visto como um auxiliar do produtor final, este seria sempre contratualmente responsável pela defeituosidade que aquele protagonizasse, nos termos do art. 800.º, CC (ultrapassando-se, até, a mera responsabilidade pela reparação ou substituição da coisa).

Ora, estando em causa bens digitais ou com conteúdo digital, se devidamente ponderado o problema se pode aventar a hipótese de uma concreta relação contratual ou quase contratual entre o produtor do *software* e o consumidor, a sustentar uma concreta responsabilidade contratual pela defeituosidade daquela parte componente do produto final, naquelas hipóteses em que se gerou uma relação de confiança especial entre aquele produtor do *software* e o consumidor, as dificuldades são evidentes: é que para que a solução responsabilizatória possa proceder, para além de termos de afastar a relação de mero auxiliar entre produtor final e produtor do *software*, será necessário que a prestação não se cumpra com a simples entrega do bem (ou com a simples incorporação do *software* no bem), pois, nesse momento, o bem estava perfeito.

Em alternativa, era viável pensar-se na disponibilização do mencionado *software* como a prestação de um serviço que é fornecido como execução de um contrato previamente estabelecido entre a entidade que desenvolve o *software* e o produtor do telemóvel. Ora, a partir dessa ideia, eram em teoria cogitáveis vias alternativas de enquadramento dogmático da situação. Entre o produtor do *hardware* e o produtor do *software* teria sido celebrado um contrato de utilização de tecnologia e esse contrato teria eficácia em relação aos terceiros que adquiram o produto final. Mais do que uma mera eficácia protetiva que poderia ser descoberta à semelhança do que ocorre noutros âmbitos negociais, atenta a complexidade da relação obrigacional que fazem surgir, podíamos aventar a hipótese de uma eficácia que se estende aos deveres de prestação principal. Estaríamos, nesse caso, diante de um contrato a favor de terceiro, por meio do qual a entidade que desenvolve o *software* se obriga perante o produtor do telemóvel a disponibilizar o sistema operativo aos terceiros que adquiram os produtos daquele. A hipótese faz sentido em termos dogmáticos, tanto quanto se compreenda que o adquirente do dispositivo eletrónico não passa a ter um

poder direto e imediato sobre o sistema operativo, ficando sempre dependente — para a utilização do mesmo — da prestação de quem o criou. Mas mesmo que assim não seja, se, por exemplo, estiver em causa uma licença de utilização para o produtor do dispositivo móvel, com vista a que a mesma seja posteriormente usada por terceiros (consumidores finais), sempre se haveria de considerar que o contrato de licenciamento envolveria uma eficácia protetiva para terceiros. Em termos fácticos, tal implica que a partir da disponibilização do código do *software*, que viabiliza a configuração e funcionamento do dispositivo móvel, a entidade que o desenvolve tenha de garantir todas as atualizações de segurança aos terceiros — traduzir-se-ia nisto a prestação do fornecedor do *software*, durante a vida do dispositivo móvel, já que a prestação principal se traduziria na disponibilização do código do *software* para ser utilizado pelo produtor do telefone ou *tablet*. Simplesmente, pergunta-se: a integração do consumidor no âmbito de proteção do contrato deixaria de existir a partir do momento em que se verificasse a rescisão daquele contrato de licenciamento? Ora, se é verdade que, no quadro de um contrato com eficácia de proteção para terceiros, o terceiro não pode exigir o cumprimento dos deveres decorrentes da boa-fé, dado que os distancia dos contratos a favor de terceiro, não é menos certo que muitos autores advertem para o facto de os deveres de proteção (os que estão em causa a este propósito) poderem perdurar depois da extinção da obrigação e mesmo quando o contrato não seja válido⁽²⁸⁾. Questiona-se, ainda, em que medida é possível configurar a existência de um contrato diretamente celebrado entre o consumidor e o fornecedor do *software*. Na verdade, não raras vezes, a utilização do sistema operativo e das funcionalidades que lhe andam associadas implica a adesão a um clausulado geral do fornecedor daquele que disciplina os termos e condições

(28) Muitos autores encontram aqui um argumento importante para afastar os deveres de proteção do núcleo do contrato. Nesse sentido, cf. CARNEIRO DA FRADA, “Os deveres ditos acessórios e o arrendamento”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 73, 2013, p. 273; MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, VI, *Direito das Obrigações (Introdução, sistemas e direito europeu, dogmática geral)*, 2.^a ed., Coimbra, 2012, p. 511, ss. Veja-se, ainda, LARENZ, *Lebruch des Schuldrecht*, Band I, Allgemeiner Teil, 14.^a ed., München, 1987, pp. 365-366. Entende o autor que o conteúdo da relação negocial só em parte se determina pela vontade das partes, sendo, no restante, completada pela ordem jurídica, pelo que abrange também os efeitos não negociais. Acaba, porém, por, aderindo a uma teoria da transformação, admitir que no caso de contratos inválidos, os deveres de proteção passariam a ter uma fundamentação legal, constituindo-se uma relação legal de proteção. A nossa posição vai no sentido da integração dos deveres de proteção no núcleo de relevância da contratualidade. Cf., *inter alia*, MAFALDA MIRANDA BARBOSA, “O problema da integração das lacunas contratuais à luz de considerações de carácter metodológico — algumas reflexões”, *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977*, Vol. II, *A parte geral do Código e a Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, p. 367.

de uso. Sempre que tal aconteça, não será difícil divisar a dimensão negocial da relação que se estabelece entre ambos.

Mas, se todas estas soluções podiam e podem ser pensadas, são claras as dificuldades dogmáticas que se enfrentam, e exigir um laborioso trabalho por parte do jurista.

Com o novo quadro normativo resultante da articulação entre a Diretiva (UE) 2019/771 e 2019/770, a solução para problemas com esta envergadura torna-se mais simples, como se pode perceber pela nossa exposição anterior.

Havendo, ainda, um caminho a percorrer até à transposição das referidas Diretivas, antevê-se a este nível uma proteção acrescida para o consumidor. A preocupação é, entre outras, a de dotar o mercado digital de garantias análogas às que existiam no mercado convencional. Não se estranha, por isso, que a profunda reforma do direito do consumidor que está a ser preparada ao nível europeu, ao ponto de se questionar se estamos diante de um *new deal do consumidor*, passe, também, embora não exclusivamente, pela resposta aos problemas que a nova realidade potencia.

Note-se, a este propósito, a preocupação das instâncias europeias em chamarem para o âmbito de relevância da tutela do consumidor os contratos que tenham por objeto o fornecimento ou a prestação de conteúdos digitais ou serviços digitais. Nesse sentido, devem ser compreendidas algumas alterações contidas na proposta de Diretiva relativa ao *enforcement* e modernização do direito europeu do consumidor, que vai alterar as Diretivas 93/13/CEE, 98/6/CE, 2005/29/CE e 2011/83/UE. Assim, segundo os novos termos propostos para a Diretiva 2005/29/CE, relativa à disciplina das práticas comerciais desleais, o produto deve passar a ser entendido como “qualquer bem ou serviço, incluindo bens imóveis, serviços digitais ou conteúdo digital, bem como direitos e obrigações”. Do mesmo modo, bem, para efeitos da Diretiva 2011/83/UE, passará a ser compreendido de acordo com a Diretiva 2019/771. No quadro dessa mesma Diretiva 2011/83/UE, o contrato de compra e venda passa a ser entendido como “o contrato nos termos do qual o vendedor transfere ou se compromete a transferir a propriedade dos bens para o consumidor, incluindo contratos que tenham como objeto simultaneamente bens e serviços”; e o contrato de serviço surge definido como “o contrato que não o contrato de compra e venda, nos termos do qual o profissional presta um serviço, incluindo um serviço digital a um consumidor”. A diretiva também se aplica aos contratos de fornecimento de conteúdos digitais que não sejam fornecidos por um meio tangível ou um serviço digital ao consumidor e por meio do qual o consumidor fornece dados pessoais ao profissional, exceto se os dados

pessoais fornecidos pelo consumidor forem tratados exclusivamente pelo profissional com o propósito de fornecer o conteúdo digital⁽²⁹⁾.

Os novos dados normativos podem, para além das soluções concretas que traduzem, abrir as portas a alterações noutros domínios. Assim, alguns autores já vieram considerar que as soluções pensadas ao nível das Diretivas (UE) 2019/770 e 771 não poderão deixar de se repercutir ao nível da disciplina da responsabilidade do produtor. A este propósito, Henrique Sousa Antunes, numa brilhante e inovadora análise do impacto que a era digital deverá ter nesse âmbito, aduz que, “se o conteúdo digital preservar a sua identidade relativamente ao produto acabado, o produtor daquele conteúdo deve responder diretamente perante o terceiro lesado pelas lesões pessoais ou materiais por este sofridas, compreendendo nos danos às coisas o bem tangível de suporte e os demais conteúdos digitais aí instalados. À aquisição de conteúdos digitais equipara-se a aquisição das suas atualizações”⁽³⁰⁾. Mais refere o autor que “a distinção operada pelas diretivas de 2019 proporciona o critério necessário para imputar ao produtor de conteúdos digitais o dever de indemnizar pelos “defeitos repercutentes”. Haverá exclusão da responsabilidade daquele produtor pelos danos no produto final se o contrato respeitar à venda de “bens com elementos digitais”. Nesses casos, o suporte material dos bens não é irrelevante (na verdade, é elemento determinante da compra e venda — veja-se o art. 3.º, n.º 4, da Diretiva (UE) 2019/770), ainda que os conteúdos digitais incorporados ou aos bens interligados se apurem essenciais para que o produto final desempenhe as suas funções”.

Repare-se que a preocupação é, em face da limitação dos danos ressarcíveis, no quadro da responsabilidade do produtor, aos danos causados em coisa diferente do produto, saber em que medida os conteúdos digitais podem ou não diferenciar-se dos bens materiais que lhes servem de

⁽²⁹⁾ Permita-se uma referência adicional a este ensejo. A nova proposta para a Diretiva 2011/83/UE vem, subsequentemente, reforçar os deveres de informação a cargo dos profissionais, para os ajustar aos modernos meios de comunicação, às especificidades deste tipo de contratos e aos perigos que o ambiente digital acarreta. Denota-se uma especial atenção no que respeita à necessidade de reforçar deveres de informação no quadro dos contratos de fornecimento de conteúdos digitais e serviços digitais e bem assim no quadro dos contratos celebrados em *marketplaces*. A este propósito, passa a considerar-se, de acordo com a redação proposta para a Diretiva 2005/29/CE, que não especificar, aquando de uma venda feita num *Marketplace*, se o vendedor é um consumidor ou um profissional constitui uma prática enganosa. Sobre o ponto, embora não se referindo aos *marketplaces*, mas com notas que podem ser prestimosas, cf. ANTÓNIO PINTO MONTEIRO/Mafalda Miranda BARBOSA, “A imposição das obrigações decorrentes do DL n.º 67/2003, de 8 de abril, ao intermediário na venda”, pp. 368-386.

⁽³⁰⁾ HENRIQUE SOUSA ANTUNES, “Responsabilidade civil do produtor: os danos ressarcíveis na era digital”.

suporte. Mas as reflexões do autor acabam por não só vincar a cisão a que as diretivas nos conduzem, como mostrar que nas hipóteses em que o conteúdo digital faz parte integrante do produto final as soluções serão diversas daquelas a que chegamos quando o que está em causa é o fornecimento de um serviço. No fundo, é o próprio conceito de dano relevante para efeitos da responsabilidade do produtor que tem de ser reponderado.

A compra e venda está, portanto, no epicentro de uma série de alterações que se avizinham no quadro da proteção do consumidor. Ao legislador português caberá, na transposição necessária dos diplomas comunitários, acomodar as melhores soluções, dentro do que é possível, atenta a natureza de harmonização máxima da diretiva em questão. Mas esta talvez seja uma oportunidade para, indo mais além, reformar profundamente a disciplina do contrato em questão, designadamente através da unificação dos diversos regimes hoje existentes, pondo assim termo a dificuldades interpretativas com que a doutrina ainda tem de lidar, quando confrontado com a venda de coisas defeituosas regulada no Código Civil⁽³¹⁾.

(31) Neste sentido se terá pronunciado, também, PAULO MOTA PINTO, na sua intervenção oral sobre o tema, no congresso realizado pelo Centro de Direito do Consumo e pelo Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, no dia 22 de novembro de 2019, sob o mote *Direito do Consumidor — Ruturas e continuidades após as recentes alterações legislativas*.

INTERROGATÓRIO DE ARGUIDO PRIVADO DA SUA LIBERDADE SEM A ASSISTÊNCIA DE ADVOGADO(*)

Por Manuel Monteiro Guedes Valente(**)

O arguido⁽¹⁾ é um sujeito processual detentor de direitos e deveres. O arguido não é, hoje, um objeto do processo-crime⁽²⁾. É esta a matriz dos Estados constitucionais democráticos em que a pessoa humana é e deve sempre ser tratada como um ator ativo — com capacidade de pensamento, de decisão e de influência no andamento do processo-crime de que é sujeito processual —, própria de uma estrutura acusatória do processo penal.

O art. 32.º da Constituição da República Portuguesa consagra as garantias processuais penais que, como já decidira o Tribunal Constitucional⁽³⁾, se estendem ao processo civil, em especial no que respeita às provas

(*) Ao longo do texto procedemos a referências legislativas do Brasil — v. g., Constituição Federal e o Código de Processo Penal — e, sempre que nos referirmos aos mesmos, faremos a devida referência ao Brasil. Nos demais casos e respetivas siglas a acrónimos, queremos-nos referir à legislação de Portugal.

(**) Doutor em Direito pela Universidade Católica Portuguesa. Advogado e Jurisconsulto. Professor Associado da Universidade Autónoma de Lisboa. Professor do Programa de Mestrado e Doutoramento da PUC-RS. Professor Convidado da ESP/ANP-PF. Consultor da Feldens.Madruga — Sociedade de Advogados.

(1) Qualidade processual daquele que é suspeito da prática de um crime, sendo designado no Brasil de denunciado, acusado ou réu.

(2) O arguido é sujeito processual e, em alguns momentos do *iter processualis*, pode ser meio de prova — quando presta declarações, quando é submetido a exames corporais ou a perícias médico legais —, mas não é objeto do processo-crime [FIGUEIREDO DIAS (2004), pp. 427-439; MARQUES DA SILVA (2013), pp. 307-311; ROXIN e SCHÜNEMANN (2019), pp. 197-204; e ROXIN (2003), pp. 207-217.

(3) Cf. Ac. TC n.º 209/95, de 20 de abril, que, no âmbito da produção de prova em processo civil, defende que o direito a produzir prova em sede de processo não significa que “o direito subjetivo à prova implique a admissão de todos os meios de prova permitidos em direito, em qualquer tipo de processo e relativamente a qualquer objeto do litígio”. O TRL de 3 de junho 2004, Processo

inadmissíveis e não valoráveis por força do n.º 8 do mesmo comando constitucional. Uma das garantias é o direito do arguido ser defendido/assistido por advogado, sendo este um elemento essencial à administração da justiça⁽⁴⁾. Essa defesa/assistência tem de ser efetiva e não pode ser esca-moteada com a ideia de que basta a nomeação e não a sua convocação para estar presente nos atos em que a sua presença/assistência é obrigatória.

As frequentes detenções efetuadas pela polícia criminal⁽⁵⁾ no seu trabalho de prevenção criminal sem sentido estrito, missão constitucional da polícia⁽⁶⁾, promovem a privação da liberdade do(s) visado(s). Essa privação da liberdade — privação do *ius ambulandi* —, mesmo que seja para identificação⁽⁷⁾, não fica isenta de garantias de defesa constitucionais processuais penais, como a assistência de advogado. Toda a privação da liberdade é credora de defesa/assistência de advogado, por força da interpretação conjunta do art. 32.º, n.º 3 da CRP e do art. 64.º, n.º 1, alínea a) do CPP.

Este é o momento em que muito do que é recolhido e conservado pela polícia criminal é vertido no processo-crime como admissível e de futuro

n.º 1107/2004-6, afastou a utilização de uma gravação vídeo reputante de adultério, gravada ilicitamente, como prova, a mais que a admissibilidade de provas atendíveis [art. 413.º do CPC] e o princípio da colaboração provatória ou a cooperação para a descoberta da verdade [art. 417.º do CPC] têm limites. O TRL aplicou, desta feita, o art. 32.º, n.º 8 da CRP. Na mesma linha de posição jurisprudencial, o TRP, por Acórdão de 15-04-2010, Processo n.º 10795/08.8TBVNG-A.P1 decidiu que « I — Não sendo o CPC tão claro como o C. Proc. Pen. (art. 126.º) quanto à nulidade das provas e à sua inadmissibilidade no processo civil, há-de, todavia, as suas normas conformar-se — tal como as demais de todo o nosso ordenamento jurídico — às normas e princípios constitucionais em vigor (art. 204.º da CRP), particularmente, e no que agora releva, às dos arts. 26.º, n.º 1 e 32.º, n.º 8, da CRP. II — Por isso, a disciplina normativa deste art. 32.º, n.º 8, apesar de epigraficamente referenciada para o processo penal, tem aplicação analógica ao processo cível, sendo a interpretação por analogia possível devido a não ser excepcional a regra deste artigo, nem as suas razões justificativas (dimanadas dos direitos individualmente reconhecidos no art. 26.º, n.º 1 da mesma Constituição) serem válidas apenas para o processo penal (art. 126.º, n.º 3 do Cod. Proc. Pen.)». Já o STJ, por Acórdão de 19 de maio de 2019, Processo n.º 158/06.5TCFUN.L1.S1, decidiu admitir como prova a certidão fiscal furtada, tendo em conta a ponderação de interesses em confronto subsumida ao princípio da proporcionalidade, e por considerar que “a junção de um documento furtado não constitui, em si mesma, uma ilicitude, pelo que, por esse motivo, nada obsta à valoração em processo desse meio de prova”, a mais que essa certidão furtada se mostrava relevante para a decisão e no processo civil não vigora o princípio *fruits of poisonous tree*. O STJ olvidou que a realização da justiça, independentemente da área jurídica, tem limites e que o art. 32.º, n.º 8 da CRP se aplica ao processo civil.

⁽⁴⁾ Cf. art. 32.º, n.º 3 e art. 208.º, ambos da CRP.

⁽⁵⁾ Optamos por utilizar a expressão **polícia criminal** por considerarmos ser a que melhor integra os corpos de polícia com funções de polícia criminal — ou de polícia judiciária —, tais como as autoridades de polícia criminal, os órgãos de polícia criminal, delegados, agentes e escrivães de polícia com funções de polícia criminal/judiciária.

⁽⁶⁾ Cf. art. 272.º, n.ºs 1 e 3 da CRP. Quanto a este assunto GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA (2010), p. 861 e VALENTE (2013 e 2017), pp. 148-157 e 170-174.

⁽⁷⁾ Cf. art. 27.º, n.º 3, alínea g) da CRP e art. 250.º, n.º 6 do CPP.

valorado como prova. Poder-se-á afirmar que é o momento em que o visado com a diligência processual penal [ou pré-processual] se encontra mais vulnerável pela surpresa e pela incapacidade de reação e solicitação de advogado.

Cabe, assim, aos elementos policiais o dever de pugnarem com o não apenas ler, mas explicar e influenciar o visado a estar acompanhado/a ser assistido por um advogado. Falamos, pois, de uma polícia democrática e servidora da Constituição e do povo e que se rege pelos princípios constitucionais democráticos, em especial pelos princípios da boa fé, da confiança e da lealdade⁽⁸⁾.

Esta premissa de tutela efetiva das garantias constitucionais dos visados com uma persecução criminal está também presente na Constituição Federal do Brasil quando consagra, no seu art. 5.º, inciso LXIII, que «o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe *assegurada a assistência da família e de advogado*»⁽⁹⁾. Veja-se que a pessoa presa, independentemente da modalidade da privação da liberdade [v. g., preso em flagrante delito ou preso preventivamente ou privado da liberdade em condução coercitiva] tem o direito de ser assistido por advogado; mais a Constituição Federal impõe que lhe seja **assegurada** pela polícia judiciária ou pelo Ministério Público ou pelo Juiz **a assistência de advogado**. A mais que a garantia de acompanhamento de advogado é um dos axiomas centrais e nevrálgicos do devido processo legal, consagrado no art. 5.º, inciso LIV. Ou seja, o interrogatório de um arguido/réu sem a presença de defensor — advogado — viola o princípio do devido processo legal e a estrutura acusatória do processo penal.

O interrogatório de arguido pela polícia criminal, após a detenção — entenda-se, privação da liberdade — e antes da sua submissão ao crivo judiciário, e em qualquer situação, exige [por ser obrigatória] a presença de advogado, como impõe o art. 64.º, n.º 1, alínea *a*), conjugado com o art. 61.º, n.º 1 alínea *f*), ambos do CPP. Os dizeres inscritos nos autos, resquício de um Estado de polícia, de que «o arguido prescindiu de advogado» devem ser abolidos e substituídos por «o arguido encontra-se assistido por advogado»⁽¹⁰⁾.

⁽⁸⁾ No que respeita aos princípios regentes da atividade da polícia, seja de prevenção e ordem pública, seja administrativa, seja judiciária ou criminal, como *in casu*, VALENTE (2019), pp. 235-321 (272-274 e 286-292). No que respeita à submissão da ação penal, melhor da repressão criminal por parte dos operadores judiciários, à objetividade e à lealdade processual penal, sendo este uma exigência de *fair trial* persecutória, ROXIN (2000), pp. 13,101 e 108, ROXIN e SCHÜNEMANN (2019), pp. 147-150, FIGUEIREDO DIAS (1996), pp. 344 e ss., MARQUES DA SILVA (2013), pp. 77-81. Cf. os arts. 272.º e 266.º, n.º 2 da CRP.

⁽⁹⁾ Itálico nosso.

⁽¹⁰⁾ É assim que os Tribunais da Relação do Porto — Acórdão de 12 de outubro de 2011, Processo n.º 1977/08.8TAVCD-A.P1 — e da Relação de Guimarães — Acórdão de 18 de dezembro

A redação dada pela reforma de 2007 afastou quaisquer dúvidas quanto à interpretação literal e restritiva dada pelos operadores judiciais à al. a) do n.º 1 do art. 64.º do CPP. Este preceito estipulava a *obrigatoriedade de assistência de defensor no primeiro interrogatório judicial de arguido detido*, cuja tramitação se processa de acordo com os arts. 141.º, ss., do CPP. Os Tribunais superiores e o Tribunal Constitucional — v. g., Ac. 413/2004 — eram do entendimento de que só se impunha a obrigação de assistência — presença — de advogado quando o cidadão detido fosse presente ao Juiz de Instrução Criminal para primeiro interrogatório Judicial, com escopo de garantir uma defesa eficaz desde o início do processo-crime [e ao longo do mesmo] e dar oportunidade ao arguido de colaborar, de forma aconselhada e consciente, com a administração da justiça⁽¹¹⁾.

Mas, face à efetiva garantia de defesa consagrada nos n.ºs 1 e 3 art. 32.º da CRP e na al. c) do n.º 3 do art. 6.º da CEDH, e à própria jurisprudência do TEDH⁽¹²⁾ — de que o arguido [acusado], independentemente

de 2017, Processo n.º 143/15.6T9PTL-B.G1 — entenderam quanto ao advogado arguido, em que não pode se autodefender e tem obrigatoriamente de ser assistido por defensor nos atos obrigatórios próprios deste. Se ao próprio advogado, que é arguido num processo-crime, não é permitida a autodefesa exigindo-se legal e constitucionalmente um defensor para prática própria de atos que a lei lhe reserva [art. 61.º, n.º 1, alínea f) do CPP em respeito com o art. 32.º, n.º 3 da CRP], muito mais se impõe este raciocínio lógico-sistemático-jurídico quando o arguido é uma pessoa sem conhecimentos jurídicos.

⁽¹¹⁾ Neste mesmo sentido se pode ler MAIA GONÇALVES (2001 & 2007), pp. 210 e 184; e SILVA (2000), p. 298.

⁽¹²⁾ Cf. Acórdãos do TEDH *John Murray vs. Reino Unido* (1996), R96-I, p. 55, §66; *Averill vs. Reino Unido*, de 6 de junho de 2000, R00-VI, p. 253, §58, Processo n.º 36408/97; *Magee vs. Reino Unido*, de 6 de junho de 2000, R00-VI, p. 198, §44, Processo n.º 28135/95; *Brennan vs. Reino Unido*, de 16 de outubro de 2001, R01-X, pp. 257 e 262, §§45 e 58, Processo n.º 39846/98; *Öcalan vs. Turquia*, de 12 de maio de 2005, R05-IV, p. 92, §131, Processo n.º 46221/99. No que se refere ao caso *Brennan vs. Reino Unido*, o TEDH afirma que a assistência de advogado pode ser restringida na fase inicial, mas em casos especiais que não coloquem em causa a equidade do processo — “§45. The manner in which Article 6 §§ 1 and 3 (c) is to be applied during the preliminary investigation depends on the special features of the proceedings involved and on the circumstances of the case. In its judgment in *John Murray v. the United Kingdom* (8 February 1996, Reports of Judgments and Decisions 1996-I, pp. 54-55, § 63), the Court also observed that, although Article 6 will normally require that the accused be allowed to benefit from the assistance of a lawyer already at the initial stages of police interrogation, this right, which is not explicitly set out in the Convention, may be subject to restriction for good cause” —, assim como se admite que a restrição se possa ampliar com a presença de uma terceira pessoa quando o arguido comunica com o seu advogado, também em casos especiais e fundamentados, mas sem que o processo justo e equitativo seja colocado em causa: “§58. The Court has noted above (see paragraph 45) that Article 6 § 3 normally requires that an accused be allowed to benefit from the assistance of a lawyer at the initial stages of an interrogation. Furthermore, an accused’s right to communicate with his advocate out of hearing of a third person is part of the basic requirements of a fair trial and follows from Article 6 § 3 (c). If a lawyer were unable to confer with his client and receive confidential instructions from him without surveillance, his assistance would lose much of its usefulness, whereas the Convention is intended to guarantee rights that are practical and effective

de estar ou não privado da sua liberdade, deve ser assistência de defensor desde os interrogatórios iniciais efetuados pela polícia⁽¹³⁾, porque só esta interpretação é compaginável com o *fair trial*, com o processo equitativo e justo⁽¹⁴⁾.

Roxin e Schünemann criticam o *BGH* por, no que respeita à necessidade de assistência de advogado desde o momento em que a pessoa é detida, pressuposto básico da aplicação de uma medida de coação e medida levada a cabo pela polícia, que ao detê-la lhe deve comunicar a razão da privação da liberdade, não assumir em definitivo a posição do TEDH e da CEDH, no sentido de que, desde os interrogatórios efetuados pela polícia, o arguido deve obrigatoriamente ser assistido por um advogado⁽¹⁵⁾. Acresce que o §140, I, n.º 2 do *StPO* determina a assistência obrigatória de advogado sempre que é a uma pessoa lhe é imputada a prática de um crime⁽¹⁶⁾.

Se o arguido se encontra detido ou preso [preventivamente ou em obrigação de permanência em habitação ou a cumprir uma pena por outro processo-crime], a presença/assistência de defensor é **obrigatória**. O legislador não deu a faculdade de decidir sobre a assistência ou não de defensor; determina que a mesma é obrigatória por estar vigente e em vigor um Código de Processo Penal aprovado em tempos de Constituição democrática. Veja-se que esta obrigatoriedade se expressa também para os interrogatórios de arguido por autoridade judiciária⁽¹⁷⁾ — Juiz, Juiz de Instrução Criminal e Ministério Público —, sendo que essa exigência se mantém nos interrogatórios efetuados pela polícia criminal, sob pena de diminuirmos as garantias processuais penais.

(see S. v. Switzerland, judgment of 28 November 1991, Series A no. 220, p. 16, § 48). The importance to be attached to the confidentiality of such consultations, in particular that they should be conducted out of hearing of third persons, is illustrated by the international provisions cited above (see paragraphs 38–40). However, **the Court's case-law indicates that the right of access to a solicitor may be subject to restrictions for good cause and the question in each case is whether the restriction, in the light of the entirety of the proceedings, has deprived the accused of a fair hearing**. While it is not necessary for the applicant to prove, assuming such were possible, **that the restriction had a prejudicial effect on the course of the trial, the applicant must be able to claim to have been directly affected by the restriction in the exercise of the rights of the defence**". Consultado em <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-59722>>. Negrito nosso.

⁽¹³⁾ Neste mesmo sentido e na linha do TEDH, BARRETO (2015), p. 215 e ARANGÜENA FANEGO (2005), pp. 395-400 (399).

⁽¹⁴⁾ Como se retira de uma interpretação conjunta do art. 32.º, n.º 1 com o art. 20.º, n.º 4 da CRP.

⁽¹⁵⁾ Cf. ROXIN e SCHÜNEMANN (2019), p. 215.

⁽¹⁶⁾ Cf. ROXIN (2000), pp. 138, ss.

⁽¹⁷⁾ Cf. art. 64.º, n.º 1, alínea b) do CPP.

A garantia constitucional de assistência de defensor nos interrogatórios de arguido — réu — preso está também plasmada no art. 185.º do CPP do Brasil, no §1.º, na redação dada pela Lei n.º 11.900 de 2009. Veja-se que o §5.º do mesmo normativo estipula que deve ser garantido prévio contato e reservado entre o arguido — réu — preso e o seu advogado. Mas é no *caput* do art. 185.º do CPP do Brasil que se maximiza a aplicação da garantia constitucional da assistência obrigatória do defensor: «O acusado que comparecer perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado na presença de seu defensor, constituído ou nomeado»⁽¹⁸⁾. Se se exige a assistência do defensor — advogado — quando o arguido/réu é presente ou convocado a comparecer perante autoridade judiciária, muito mais se impõe quando essa comparência ou a privação da liberdade ocorre por decisão de polícia criminal, como se retira do art. 306.º, §1.º do mesmo diploma⁽¹⁹⁾.

Caso a polícia criminal proceda a um interrogatório de arguido, detido, mesmo que seja tão-só para identificação, em que a polícia procede a um interrogatório sem a assistência de advogado e cujo conteúdo vai integrar o corpo dos autos — conteúdo que pode ser autoincrimatório e fundante da acusação e da condenação⁽²⁰⁾ —, estamos perante uma nulidade insanável e inexistência plena do ato, cuja admissibilidade e valoração de toda a prova obtida por meio das declarações do arguido/réu, prestadas perante a polícia sem a presença de advogado, é proibida, assim como toda aquela que for obtida com fundamento no conteúdo alcançado por esse ou através desse interrogatório. Não estamos perante uma nulidade sanável, dependente de arguição.

Estamos perante uma nulidade insanável por força do art. 119.º, alínea c) do CPP, que não carece de arguição e pode ser arguida ou decidida *ex officio* a todo o tempo do *iter processualis* — corpo inicial do art. 119.º do CPP⁽²¹⁾ —, incluindo, na nossa opinião, em sede de recurso extraordinário de revisão de sentença por a decisão condenatória assentar em uma

(18) Redação dada pela Lei n.º 10.792 de 1 de dezembro de 2003.

(19) Veja-se que, caso a pessoa presa não tenha advogado, exige-se a comunicação à Defensoria Pública para lhe ser nomeado um advogado que presta a assistência jurídica necessária na defesa da pessoa criminalmente perseguida. A assistência do advogado em todos os atos relevantes do arguido — réu —, como o seu interrogatório, é uma garantia constitucional que maximiza e concreciona o comando constitucional de assistência obrigatória de advogado.

(20) Neste mesmo sentido e na linha do TEDH, BARRETO (2015), p. 216. É de avocar os *casos Salduz vs. Turquia*, de 27 de novembro de 2008, §55, Processo n.º 36391/02; e *Dayanan vs. Turquia*, de 13 de outubro de 2009, §32, Processo n.º 7377/03.

(21) No mesmo sentido desta nossa posição podemos ler PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE (2010), pp. 203 e 317.

valoração de prova ferida de nulidade insanável e, por essa razão, valoração proibida. Podendo, mesmo, cogitar-se se esse interrogatório, sem a presença de advogado, que é obrigatória por estar detido⁽²²⁾, não configura um meio proibido de obtenção de prova por o arguido/réu não estar ciente do ato processual e das suas consequências jurídico-penais e, por essa razão ser fundamento de admissibilidade de recurso extraordinário de revisão de sentença — art. 449.º, n.º 1, alínea e) do CPP. Esse interrogatório gerará conteúdo probatório⁽²³⁾ — prova — que está viciado, podendo, por falta de ciência do arguido/réu, integrar o sentido de prova proibida do art. 126.º do CPP, que não pode ser valorada como fundamento condenatório⁽²⁴⁾.

Acresce que a nulidade insanável gera efeitos negativos dos atos ou diligências seguintes, por força do art. 122.º do CPP, e o conteúdo viciado desde a nascença não pode ser valorado como prova no processo⁽²⁵⁾. É de salientar que as informações obtidas num interrogatório de arguido privado da liberdade — detido ou preso — sem assistência de advogado produzem espaços futuros de investigação adequados a obter e carrear prova para o processo, que se encontra viciada por ser proibida. Neste caso não podem ser avocadas as teorias de admissibilidade de prova ilícita por nenhuma ter qualquer colhimento jurídico-operativo⁽²⁶⁾.

Mesmo que se invoque o Acórdão do STJ de 11 de fevereiro de 2010, Processo n.º 21/07.2SULSB-E.S1, quando decidiu que «mesmo as nulidades insanáveis, que a todo o tempo invalidam o ato em que foram praticadas e os atos subsequentes, ficam cobertas pelo trânsito em julgado da decisão, o que significa que, transitada em julgado a decisão, jamais podem ser invocadas ou oficiosamente conhecidas quaisquer nulidades, mesmo aquelas que a lei qualifica de insanáveis», consideramos que esta posição não afasta a possibilidade de arguição de sentença condenatória

(22) Cf. al. a) do n.º 1 do art. 64.º do CPP.

(23) Veja-se a posição dos Colendos Conselheiros do STJ português em ANTÓNIO HENRIQUES GASPAR. *et al.* (2016), pp. 197-198, assim como a posição de ROXIN e SCHÜNEMANN (2019), pp. 309-316.

(24) Nem devia ter sido admitida.

(25) É de salientar que o art. 573.º do CPP do Brasil prevê a mesma consequência, ou seja, «Os atos, cuja nulidade não tiver sido sanada, na forma dos artigos anteriores, serão renovados ou retificados.

§ 1.º A nulidade de um ato, uma vez declarada, causará a dos atos que dele diretamente dependam ou sejam consequência.

§ 2.º O juiz que pronunciar a nulidade declarará os atos a que ela se estende.»

(26) As teorias da ponderação e da necessidade investigatória e, até mesmo, da concordância prática para admissibilidade e valoração *in extremis* de prova obtida com violação da ordem jurídico-constitucional e infraconstitucional não podem servir para sanar o desconhecimento da lei e, quiçá, a não competência de persecução dos agentes do crime dentro dessa ordem jurídica.

assente em prova proibida como fundamento do recurso de revisão⁽²⁷⁾. Somos da opinião de que a prova obtida após as declarações não livres e cientes — aconselhadas pelo advogado — por parte do arguido perante os interrogatórios iniciais de arguido, em especial quando arguido detido, são suscetíveis de integrar o elenco da proibição de prova, no mínimo por o seu consentimento não integrar o consentimento esclarecido e, estando privado da liberdade — detido —, esse consentimento pode ser tudo menos livre e espontâneo.

O STJ, e bem, afirma que o trânsito em julgado faz cessar o *iter processualis* e, por essa razão, extingue o conhecimento *ex officio* da nulidade insanável e dos efeitos negativos da sua declaração por parte do Tribunal. Não afirma que a mesma não possa ser invocada como base de admissibilidade e valoração de prova proibida como pressuposto e fundamento de um recurso de revisão, uma vez que a prova obtida e colhida por força de interrogatório de arguido detido ou preso sem a presença/assistência de advogado é proibida nos termos do art. 126.º conjugado com os arts. 61.º, n.º 1, alínea f) e 64.º, n.º 1, alínea a), todos do CPP.

O trânsito em julgado carrega a dolorosa missão de garantir a segurança jurídica do caso julgado e de ser fonte real do restabelecimento da paz jurídica e social, enquanto função do Direito penal e de todo o Direito. Mas o trânsito em julgado não pode ser um entrave ao restabelecimento do Estado constitucional democrático, em que o Direito é mais negado e nefasto com uma condenação com base em violação da lei positiva e de princípios intrínsecos ao Direito das pessoas humanas do que com a absolvição de um arguido por inexistência de prova [ou impossibilidade de admitir e valorar prova viciada *ab initio*].

Interrogatório de arguido sem a presença/assistência de advogado quando o ato processual gera, melhor, impõe a assunção de uma nulidade insanável a ser oficiosamente declarada em sede de *iter processualis* até ao trânsito em julgado da decisão. Só podemos admitir que esta decisão, a que alude o STJ, é a decisão final — a sentença — sob pena de negarmos o sentido literal do art. 119.º quando determina «que devem ser oficiosamente declaradas *em qualquer fase do procedimento*», ou seja, quando detetadas e arguidas ou invocadas. O legislador foi claro e declarativo, pelo que se se entendesse serem declaradas em cada ato decisório, teria optado por prescrever «que devem ser declaradas *por fase* de procedimento» e não «em qualquer fase do procedimento».

(27) Cf. art. 449.º, n.º 1, alínea d) do CPP.

Consideramos que a tese de que a nulidade insanável, ocorrida na fase de inquérito, deve ser arguida dentro do prazo estipulado para a contestação ou para requerimento de abertura de instrução não colhe e é de todo contrária a uma interpretação declarativa da norma do art. 119.º do CPP e, por isso, parece-nos que tal interpretação normativa pode estar ferida de inconstitucionalidade material por violação das garantias de defesa, consagradas no art. 32.º, n.º 1 da CRP, e da exigência constitucional de um processo leal, justo e equitativo, consagrada no art. 20.º, n.º 4 conjugado com o art. 32.º, n.ºs 1, 3 e 8 da CRP, e com o art. 6.º da CEDH.

Foi neste sentido e face às constantes violações do direito e garantia da assistência de advogado sempre que o arguido se encontra privado da liberdade, desde o início do processo-crime, como se podem aferir das várias decisões do TEDH e no sentido de harmonizar os direitos e as garantias processuais penais no espaço da União Europeia, que o Parlamento Europeu e o Conselho, por meio da Diretiva 2013/48/UE, de 22 de outubro de 2013, **relativa ao direito de acesso a um advogado em processo penal e nos processos de execução de mandados de detenção europeus, e ao direito de informar um terceiro aquando da privação de liberdade e de comunicar, numa situação de privação de liberdade, com terceiros e com as autoridades consulares**, estipularam que os Estados-membros devem assegurar aos suspeitos e acusados o acesso a um advogado, sem demora injustificada, *antes de serem interrogados pela polícia ou por qualquer outra autoridade judicial ou de aplicação da lei* [al. a) do n.º 2 do art. 3.º]; *quando uma autoridade de investigação ou outra autoridade competente leve a cabo uma diligência de investigação ou de recolha de provas* nos termos do n.º 3, alínea c)⁽²⁸⁾ [al. b) do n.º 2 do art. 3.º]; e *após a privação de liberdade* [al. c) do n.º 2 do art. 3.º].

O arguido/réu tem direito e é obrigatória a assistência de advogado sempre que seja privado da liberdade e de contactar com ele antes de qualquer interrogatório sob pena de se nulificar o processo equitativo e justo e a efetividade e eficácia da defesa. A realização da justiça criminal tem limites inultrapassáveis. Caso contrário, convertemo-la em vingança.

(28) Ou seja:

«Os Estados-Membros garantem que, no mínimo, o suspeito ou acusado tenha o direito a que o seu advogado esteja presente nas diligências de investigação ou de recolha de provas adiante indicadas, se tais diligências estiverem previstas na lei nacional aplicável e o suspeito ou acusado for obrigado ou autorizado a estar presente na diligência em causa:

- i) sessões de identificação,
- ii) acareações,
- iii) reconstituições da cena do crime».

Bibliografia

- ALBUQUERQUE, PAULO PINTO, 2010, *Comentário do Código de Processo Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4.^a ed., Lisboa: Universidade Católica Editora.
- ARANGÜENA FANEGO, CORAL, 2005, Exigencias en Relación com el Derecho de Defensa: El Derecho a la Autodefensa, a la Defensa Técnica y a la Asistencia Jurídica Gratuita. In: Javier García Roca e Pablo Santolaya (coords.). *La Europa de los Derechos. El Convenio de Derechos Humanos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- BARRETO, IRENEU CABRAL, 2015, *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 5.^a ed., Coimbra: Almedina.
- CANOTILHO, GOMES e MOREIRA, VITAL, 2010, *Constituição da República Portuguesa Anotada — II*. 4.^a ed., Coimbra: Coimbra Editora.
- DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO, 2004, *Direito Processual Penal — Clássicos Jurídicos* — reimpressão da 1.^a ed. de 1974, Coimbra: Coimbra Editora.
- ___, 1988-9, *Direito Processual Penal*. Lições Coligidas por Maria João Antunes. Coimbra.
- ___, 1996, “Do princípio da «objectividade» ao princípio da «lealdade» do comportamento do Ministério Público no Processo Penal”. Anotação ao AC. STJ n.º 5/94, Proc. n.º 46444, in: *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 128, n.º 3860, março de 1996.
- GONÇALVES, MANUEL LOPES MAIA, 2001 e 2007, *Código de Processo Penal Anotado e Comentado*. 12.^a e 16.^a eds., Coimbra: Almedina.
- ROXIN, CLAUS, 2000, *Derecho Procesal Penal*. Tradução do alemão — *Strafverfahrensrech*, 25.^a ed. — de Gabriela E. Córdoba e Daniel R. pastor, revisada por Julio B. J. Maier. Buenos Aires: Editores del Puerto s. r. l., 2000.
- ROXIN, CLAUS e SCHÜNEMANN, BERND, 2019, *Derecho Procesal Penal*. Tradução do alemão — *Strafverfahrensrech*, 29.^a ed. — de Mario F. Amoretti e Dario N. Rolón, revisada por Ignacio F. Tedesco. Buenos Aires: Didot.
- SILVA, GERMANO MARQUES DA, 2013 e 2015, *Curso de Processo Penal* — I e III. 4.^a ed., Lisboa: Universidade Católica Editora.
- VALENTE, MANUEL MONTEIRO GUEDES, 2013, *Do Ministério Público e da Polícia. Prevenção Criminal e ação Penal como Política Criminal do Ser Humano*. Lisboa: Universidade Católica Editora.
- ___, 2019, *Teoria Geral do Direito Policial*, 6.^a ed., Coimbra: Almedina, 2017.

Jurisprudência
dos Conselhos

PARECER DO CONSELHO SUPERIOR

Processo n.º 25/2015-CS/L

Relatora Maria Emília Morais Carneiro

PARECER

1. Relatório

Veio o Sr. Advogado requerente (fls. 190 a fls. 202) ao abrigo do disposto no art. 20.º do Regulamento dos Laudos de Honorários n.º 40/2005, de 20 Maio, requerer a Revisão da deliberação proferida em processo de laudo (fls. 129 a fls. 138) pela 3.ª secção deste C. Superior, aprovada por Acórdão de 19 de Julho de 2018 (fls. 139), que não lhe concedeu laudo favorável ao montante dos honorários requeridos, no valor de 18.696,00€ acrescidos de IVA e já pagos pelo seu constituinte, concedendo-lhe no entanto como valor dos honorários adequado para o trabalho que foi desenvolvido, a quantia de 5.000,00€ (cinco mil euros).

Inconformado com a decisão, o Sr. Advogado arguente sustenta a sua pretensão nos termos do n.º 1 do referido preceito legal com fundamento *em factos relevantes e novos*.

Embora de difícil compreensão pela forma confusa e pouco concreta como o Sr. Advogado arguente expõe os pretensos *factos novos*, resumem-se os mesmos ao alegado nos arts. 67.º, ss., do pedido de revisão — (fls. 200 a fls. 202), os quais passamos a transcrever:

1. *O Parecer e o Acórdão de Laudo, na avaliação requerida do seu trabalho não teve em consideração que o valor da hora de trabalho era de € 123 c/ IVA incluído;*

2. *Correção dos valores recebidos pelo Advogado; em honorários e despesas é de € 15.850. (Requerimento 9/10/15 e de 16/9/2016). Os trabalhos concluídos e pagos pelo seu cliente (...) antes de falecer;*
3. *E os pagos pelo senhor (...) antes de falecer mas que não foi possível concluir pelas razões já expostas, precisamente aquele trabalho: “Sr. (...), foi de acordo com a sua vontade pessoal adiantar € 10.000 de Honorários e € 2.500 de despesas para este processo específico de Justificação de Posse na Conservatória de Registo Predial, com apresentação de petição Inicial elaborada e depois a produção de prova testemunhal e ainda o processo de discriminação cadastral que é entregue na Repartição de finanças.*
4. *A questão da legitimidade da requerida, atender os fundamentos pelos quais não foi apresentada a Nota de Honorários e despesas à Requerida, porque não era a cliente e não ordenou a realização dos trabalhos (...)*

2. Apreciação

É pois sobre estes factos que nos cumpre pronunciar: Determinar se estamos perante eventuais *factos novos*, ou não.

Compulsados os autos verificamos que após notificação do Parecer de laudo (fls. 141), o Sr. Advogado veio sucessivamente ao processo apresentar diversos requerimentos: **o primeiro a fls. 145**, ao qual se respondeu por despacho de fls. 147; **o segundo de fls. 152 a fls. 166** onde de forma extensa, vem invocar nulidades ao abrigo do disposto no n.º 5 do art. 17.º e art. 19.º ambos do regulamento dos laudos de honorários. A este requerimento foi emitido Parecer devidamente fundamentado e aprovado por Acórdão da 3.ª secção de 16 de Janeiro de 2019 (fls. 173 a fls. 175), tendo sido considerado *improcedente, por falta de fundamento legal, da nulidade referida*. Desta decisão foi o Sr. Advogado notificado a fls. 178. Não conformado veio ainda apresentar um **terceiro requerimento** a fls. 182 onde requer *Aclaração/Esclarecimentos* do referido Parecer. Tendo sido devidamente esclarecido por despacho da Sra. Relatora de 16 de Fevereiro de 2019 (fls. 185), conforme segue: *Sobre o requerimento de fls. 182, esclarece-se apenas o seguinte: nem as despesas, nem o IVA são objecto*

de laudo. Este é apenas uma avaliação sobre valores apresentados a título de honorários.

Reiteradamente vem agora o Sr. Advogado porque não conformado com as decisões anteriores, jogar mão de novo expediente processual, desta vez o previsto no n.º 1 do art. 20.º do regulamento dos laudos de honorários.

Cumpridas as formalidades previstas nos n.ºs 2 e 3 e ao abrigo do disposto no n.º 4 do referido preceito legal cumpre-nos em conformidade, (...) *apresentar parecer sobre a verificação das condições de admissibilidade da revisão, (...) que será submetido a deliberação da secção.*

Desde logo poderíamos ficar por aqui, chegados à conclusão que no pedido de Revisão apresentado, não existem novos factos que não pudessem ter sido invocados no decurso do processo!

Ainda assim, tomando em consideração as diversas insistências do Sr. Advogado ao longo dos autos, sempre esclareceremos que o Parecer de laudo aprovado por Acórdão da 3.ª secção deste C. Superior, teve em consideração todos os elementos que constam do processo, nomeadamente as inúmeras informações prestadas pelo Sr. Advogado requerente sobre o tipo de serviço jurídico que foi prestado e todos os actos no período compreendido entre o início do ano de 2009 e fim do ano de 2012. O Sr. Advogado Requerente vem invocar como fundamento do seu pedido de revisão e como *factos novos*, o Parecer não ter apreciado questões relacionadas com a divergência de valores recebidos do seu cliente (o pai da requerida), bem como não ter tomado em consideração o IVA que já está incluído nos valores que recebeu, e, por último, que o valor hora que apresentou não foi considerado na fixação dos honorários. Ora da análise de todas as decisões que foram emitidas ao longo do processo pela S.ª Relatora, tanto a decisão de laudo, como as decisões no âmbito dos vários requerimentos apresentados pelo Sr. Advogado Requerente, nomeadamente sobre alegadas nulidades, verifica-se que todas estas questões já foram anteriormente invocadas por este e devidamente esclarecidas e decididas pela 3.ª secção deste C. Superior, sendo que, não **foram agora invocados quaisquer factos novos**, que já o não tenham sido anteriormente.

E sobre a questão da divergência entre o requerente e a requerida quanto ao valor efectivamente pago, não é assunto sobre a qual este Conselho Superior se deva pronunciar, devendo o mesmo ser dirimido pelos Tribunais. Tal como referido nos anteriores Pareceres e que perfilhamos, **só compete às secções do Conselho Superior avaliar o trabalho efectuado**, o que já foi feito exhaustivamente pela anterior S.ª Relatora.

Consideramos que decisão aqui posta em causa, foi devidamente apreciada e fundamentada no âmbito de todos os documentos e esclarecimentos apresentados pelo Arguente e nestes termos o critério seguido no Parecer quanto à fixação dos honorários, foi precisamente o mencionado no n.º 1 do art. 100.º do EOA que sujeita estes, ao *princípio geral da adequação dos serviços prestados*, o que também foi tido em conta na análise dos autos.

Não podemos deixar de referir que nos termos do art. 2.º do RLH “*O laudo sobre honorários constitui parecer técnico e juízo sobre a qualificação e valorização dos serviços prestados pelos advogados, tendo em atenção as normas do Estatuto da Ordem dos Advogados, a demais legislação aplicável e o presente regulamento*”. Portanto os *laudos de honorários* emitidos pela Ordem dos Advogados, nos termos do respectivo Estatuto bem como do Regulamento dos Laudos, não são mais do que um parecer técnico, um juízo pericial respeitante à adequação dos honorários fixados e aos serviços efectivamente prestados. (*Ac. Relação de Coimbra n.º 897/ /07.3TBCTB*). É assim sob estes critérios que nos cumpre decidir.

Pelo exposto e considerando que o pedido de Revisão apresentado pelo Sr. Advogado carece em absoluto de fundamento por não apresentar quaisquer factos novos, somos de parecer que não merece provimento,

À próxima sessão da 1.ª secção.

Tavira aos 09 de Dezembro de 2019

Aprovado em sessão plenária do Conselho Superior da Ordem dos Advogados, de 12 de Dezembro de 2019

Pelo C. Superior,

a Relatora

MARIA EMÍLIA MORAIS CARNEIRO

PARECER DO CONSELHO GERAL

Processo n.º 10/PP/2019-G

Doença súbita de Advogado e o justo impedimento no adiamento de audiências

Relatora Isabel Malheiro Almeida

Por comunicação escrita dirigida ao Senhor Bastonário em (...), a Senhora D.^{ra} (...), Advogada, veio expor o seguinte:

1. — Encontra-se atualmente, e desde meados de Maio, de baixa médica, não tendo previsão de alta.

2. — Tinha agendada para o passado dia (...) Conferência de Pais no âmbito de Processo de Regulação das Responsabilidades Parentais, tendo antecipadamente avisado a Colega da outra Parte da sua impossibilidade de comparência e remetido ao Tribunal requerimento a informar do que considerava ser “justo impedimento”, solicitando o adiamento da referida diligência.

3. — Entendeu o Tribunal que nos termos do art. 37.º, n.º 4 do RGPTC que a conferência de pais não pode ser adiada mais do que uma vez por falta dos pais ou seus representantes, e que do art. 37.º do referido diploma legal em conjugação com a previsão respeitante ao adiamento dos julgamentos de acordo com o disposto no art. 29.º, n.º 4 do mesmo diploma decorre que o adiamento por falta de advogado apenas se mostra legalmente previsto quanto à audiência de julgamento e não quanto à conferência de pais.

4. — Considera o Tribunal que a falta da Mandatária da progenitora não constitui fundamento para o adiamento da conferência.

5. — Iniciou-se a diligência para fixar provisoriamente um regime para os feriados de Junho, tendo a mesma sido interrompida por impedimento do próprio Tribunal em razão de diligência noutra processo e adiada para o dia (...).

6. — A Senhora Advogada não tem expectativa de alta antes de (...), e a Cliente que representa não pretende mudar de Advogado, porquanto o processo comporta muitas particularidades que muito dificilmente outro Colega em tão curto espaço ficaria igualmente ciente, estando já fixado um regime provisório e não revestindo o processo natureza urgente.

Cumpre-nos dizer:

Preceitua o art. 603.º, n.º 1, do CPC que, *“verificada a presença das pessoas que tenham sido convocadas, realiza-se a audiência, salvo se houver impedimento do tribunal, faltar algum dos advogados sem que o juiz tenha providenciado pela marcação mediante acordo prévio ou ocorrer motivo que constitua justo impedimento”*.

E preceitua o n.º 1 do art. 140.º do Código de Processo Civil, que o justo impedimento é *“o evento não imputável à parte nem aos seus representantes ou mandatários, que obste à prática atempada do acto”*.

A alteração da redacção deste preceito, com a eliminação do requisito de *“evento normalmente imprevisível”*, teve por fim *“a flexibilização do conceito de justo impedimento, de modo a permitir abarcar situações em que a omissão ou o retardamento da parte se haja devido a motivos justificados e desculpáveis que não envolvam culpa ou negligência séria”* (cf. LEBRE DE FREITAS, JOÃO REDINHA e RUI PINTO, *Código de Processo Civil Anotado*, Vol. 1.º, 2.ª ed., p. 273).

Assim, e na redacção actual, para que haja justo impedimento, basta *“que o facto obstaculizador da prática do acto não seja imputável à parte ou ao mandatário, por ter tido culpa na sua produção. Tal não obsta à possibilidade de a parte ou o mandatário ter tido participação na ocorrência, desde que nos termos gerais, tal não envolva um juízo de censurabilidade”* (ob. e loc. cit.).

Por sua vez, advoga LOPES DO REGO que *“[o] que deverá relevar decisivamente para a verificação do “justo impedimento” — mais do que a cabal demonstração da ocorrência de um evento totalmente imprevisível e absolutamente impeditivo da prática do acto — é a inexistência de culpa*

da parte, seu representante ou mandatário no excedimento ou ultrapassagem do prazo peremptório, a qual deverá naturalmente ser valorada em consonância com o critério geral estabelecido no n.º 2 do art. 487.º do C. Civil, e sem prejuízo do especial dever de diligência e organização que recai sobre os profissionais do foro no acompanhamento das causas” (Comentários ao Código de Processo Civil, Vol. I, 2.ª ed., pp.154-155).

A Senhora Advogada tomando conhecimento do seu impedimento deu conhecimento ao tribunal da ocorrência de um evento imprevisível impeditivo da sua presença na conferência- a sua doença- ao qual não pode ser imputada à Senhora Advogada qualquer culpa.

Não obstante o requerimento apresentado pela Senhora Advogada deduzindo o competente incidente, a Senhora Juiz considerou que tal facto não constitui justo impedimento.

Como recentemente bem decidiu o Tribunal da Relação de Lisboa, no Acórdão proferido no Pr. 1734/13.5TBTVD.L1-7, em 06.12.2017, *“O juiz deve adiar a audiência final se reconhecer que os factos alegados no requerimento correspondem a um caso de justo impedimento, só assim não fazendo se tiver indícios sérios de que se trata de expediente dilatório para provocar um adiamento injustificado do julgamento”*.

Ademais, como bem refere o Acórdão do TCA Norte, de 20.03.2015, Proc. 1578/14: CDA, 11º-77, *“o instituto do justo impedimento tem o seu fundamento num imperativo de natureza ético-jurídica, cuja intelecção é de fácil apreensão e que se prende com o facto de não poder exigir-se a ninguém que pratique actos, em processos judiciais ou administrativos, que esteja absolutamente impossibilitado de, em determinado momento, levar a cabo, por razões que não lhe sejam imputáveis. O contrário consubstanciaria uma restrição inaceitável ao núcleo essencial do direito fundamental de acesso ao Direito previsto no art. 20.º da CRP”*.

É que preceitua o art. 20.º da Constituição da República Portuguesa, no seu n.º 2, que, *“todos têm direito, nos termos da lei, à informação e consulta jurídicas, ao patrocínio judiciário e a fazer-se acompanhar por advogado perante qualquer autoridade”*. (s.n.n.).

Resulta do exposto que as referidas normas por si impõem, quando tal não seja obrigatório, a possibilidade de um qualquer cidadão ser assistido por um advogado. E tal possibilidade encontra consagração constitucional, não podendo o facto de se tratar de um processo de jurisdição voluntária, onde, erradamente a nosso ver, não é obrigatória a constituição de Advogado, ser fundamento para a denegação do direito constitucional a fazer-se acompanhar por um Advogado.

Aliás, acrescentamos que, conforme resulta do Parecer 32/PP/2017-G deste Conselho Geral, de 29 de Setembro, *“numa sociedade cada vez mais complexa e em que os direitos e deveres dos cidadãos resultam das mais diversas fontes, a participação destes de forma eficaz e verdadeiramente capaz apenas pode acontecer caso exista a possibilidade de se ser assessorado por alguém apto a entender a complexidade técnico-jurídica da situação, nas suas mais variadas vertentes. Quem melhor do que o advogado para o fazer?”*

Mesmo existindo a possibilidade de a Senhora Advogada substabelecer face ao seu impedimento, no mandato, o exercício da faculdade de substituição só é admissível se o mandante o permitir ou se essa faculdade resultar do conteúdo do mandato (art. 264.º, n.º 1, *ex-vi* art. 1165.º do Código Civil). E sendo o mandato forense um negócio jurídico *intuitu personae*, não pode o mandante ser coagido a permitir o substabelecimento ou a constituir outro mandatário face ao justo impedimento daquele mandatário que escolheu e que lhe merece confiança.

Recorde-se o recente Parecer do Conselho Superior da Magistratura, de 13 de Dezembro de 2018, aprovado por deliberação de 05 de Fevereiro de 2019 e proferido, entre outros, sobre um Parecer deste Conselho que lhes foi comunicado. O referido parecer do CSM, com o qual concordamos, refere que

“(...) a interpretação do art.140.º, do CPC, segundo a qual o justo impedimento do Mandatário, oportunamente comunicado, justifica o adiamento da audiência de julgamento.

Por outro lado, merece indiscutível adesão a interpretação segundo a qual a circunstância de em determinada espécie processual não ser obrigatória a constituição de mandatário não implica a ausência de direito ao patrocínio forense. Sendo certo que o direito geral de fazer-se acompanhar por advogado implica que a constituição de mandatário e as vicissitudes do mandato tenham sempre de ser consideradas.

Para a factualidade em causa implica que sendo o processo de jurisdição voluntária terá que se ter em conta o eventual impedimento do II. Mandatário”.

A tudo isto acresce que o art. 69.º do E.O.A., preceitua que, sem prejuízo do disposto no n.º 4 do art. 66.º, os advogados e advogados estagiários com inscrição em vigor não podem ser impedidos, por qualquer autoridade pública ou privada, de praticar atos próprios da advocacia. E acresce que, o art. 72.º, n.º 1 do mesmo Estatuto, preceitua que, os

magistrados, agentes de autoridade e trabalhadores em funções públicas devem assegurar aos advogados, aquando do exercício da sua profissão, tratamento compatível com a dignidade da advocacia e condições adequadas para o cabal desempenho do mandato, o que se encontra reforçado pelo art. 12.º, n.º 1, da Lei orgânica do Sistema Judiciário, que prescreve que, “*o patrocínio forense por advogado constitui um elemento essencial na administração da justiça e é admissível em qualquer processo, não podendo ser impedido perante qualquer jurisdição, autoridade ou entidade pública ou privada*”.

Estamos perante um processo que diz respeito a menores, mas tratando-se de um caso em que o superior interesse deste (s) está já provisoriamente salvaguardado, o fundamento sério e atendível resultante do impedimento da Senhora Advogada, desde que não signifique um adiamento prolongado e sine die, deveria ser atendido e ter como consequência o adiamento da conferência.

A mesma conclusão retirou o Conselho Superior da Magistratura no parecer supra referido, quando conclui, entre outros, que

“O exercício dos direitos dos Advogados sempre justificará a sua ausência a alguma diligência nos termos legais, poderá contudo sofrer restrições como fundamento para adiamento de diligências na ponderação dos diferentes interesses em presença, em particular no que respeita a processos de natureza urgente”.

Como não se trata de um processo de natureza urgente, a conferência deveria ter sido agendada em respeito pelo disposto no art. 151.º, n.º 1, do CPC, por remissão do art. 33.º, n.º 1, do RGPTC.

Até porque relativamente à segunda data agendada pelo Tribunal (...), não se tratando de um facto impeditivo imprevisível, uma vez que a Senhora Advogada sabe já com antecedência que não poderá estar presente, deverá o Tribunal ponderar as razões aduzidas pela I. Mandatária e alterar a data fixada.

O que se impõe neste tipo de processos é que não decorra “*longo lapso de tempo entre o momento em que perante o tribunal se praticam os actos de instrução e discussão e o momento em que é chamado a decidir*” — A. REIS, *Código de Processo Civil Anotado*, 4.º, 1962, Coimbra, 573, o que no caso não sucede atenta a invocação de impedimento que foi feita antes do início da conferência.

Em conclusão:

1. — A doença súbita de Advogado, constitui justo impedimento, violando o despacho judicial proferido o disposto no art. 140.º do CPC.

2. — A parte tem o direito a fazer-se acompanhar por advogado perante qualquer autoridade, conforme preceitua o art. 20.º da Constituição da República Portuguesa, independentemente da natureza do processo.

3. — E o art. 69.º do EOA, preceitua que os advogados não podem ser impedidos, por qualquer autoridade pública ou privada, de praticar atos próprios da advocacia.

4. — O art. 12.º, n.º 1, da Lei orgânica do Sistema Judiciário, que prescreve que o patrocínio forense por advogado constitui um elemento essencial na administração da justiça e é admissível em qualquer processo, perante qualquer jurisdição, autoridade ou entidade pública ou privada, não podendo ser impedido ou limitado o exercício do mandato.

5. — Tratando-se de processo de natureza não urgente, a conferência de pais deverá ser agendada em respeito pelo disposto no art. 151.º, n.º 1, do CPC, por remissão do art. 33.º, n.º 1, do RGPTC.

É este, s.m.o., o meu parecer.

A Relatora

ISABEL MALHEIRO ALMEIDA

Aprovado em Sessão Plenária do Conselho Geral da Ordem dos Advogados de 28 de Junho de 2019.

Pareceres sobre as Iniciativas Legislativas

PARECER DA ORDEM DOS ADVOGADOS

Sobre o projecto de lei n.º 109/XIV/1.^a, que visa a regulação das relações estabelecidas entre Advogados e diversos beneficiários dessa actividade

A Ordem dos Advogados (doravante, OA), em presença do projecto de lei n.º 109/XIV/1.^a, apresentado pelo Bloco de Esquerda, que visa regular as relações estabelecidas entre Advogados e diversos beneficiários dessa actividade, entre as quais se contam sociedades de Advogados, titulares de escritórios de Advogados, singulares ou colectivos, Advogados em prática individual e empresas — cf. art. 2.º, n.º 1 do projecto de lei.

Como é sabido, a OA já havia apresentado, junto dos grupos parlamentares dos diversos partidos com assento na Assembleia da República, um projecto de regulação que tinha por objectivo consagrar um estatuto para os Advogados que exercem a sua actividade para as sociedades de Advogados ou escritórios não organizados em forma societária, que, tendo alguns pontos em comum com o projecto do BE, se afasta, contudo, na respectiva definição conceptual, com reflexo directo nas soluções concretas encontradas por um e outro projecto.

Com efeito, sublinhamos a imperiosa necessidade, subjacente a um e outro projecto, de encontrar uma regulação do ponto de vista normativo, que preencha um vazio que, neste momento, se verifica, propiciador, aqui ou ali (acreditamos que, felizmente, de forma não generalizada), de situações em que alguns dos prestadores da actividade se encontram insuficientemente protegidos, desprovidos de um respaldo normativo que lhes garanta um conjunto de direitos que constituem uma indiscutível conquista das sociedades hodiernas.

Se configura matéria de consenso — entre o projecto da OA e o do BE — a necessidade de regulação de uma actividade que assume um peso cada vez mais significativo na forma de exercício da profissão, e a exigên-

cia da consagração normativa de um conjunto de direitos mínimos para os prestadores da actividade, ainda que muitos deles já hoje deles beneficiem, na certeza de que esses direitos não podem estar dependentes da maior ou menor sensibilidade dos beneficiários da actividade, já o mesmo não poderemos dizer do paradigma encontrado para enquadrar esta especial relação.

O projecto da OA parte de um pressuposto insofismável, o de estarmos perante uma relação cujas especificidades não a permitem enquadrar nas tradicionais formulações do contrato de prestação de serviços ou do contrato de trabalho.

O projecto do BE, partindo da proposta de regulação do Conselho Geral (CG) da OA — de tal sorte que algumas das disposições constituem reproduções, algumas *ipsis verbis*, desse outro projecto da autoria da OA (ver, por todos, arts. 4.º, 5.º, 6.º, 9.º, 10.º, 12.º, 14.º e 18.º do projecto do BE, por confronto com os arts. 2.º, 3.º, 5.º, 6.º, 8.º, 10.º e 16.º do projecto da OA) —, tem a indisfarçável preocupação de alterar o seu paradigma, consagrando que a especial relação, cujas particularidades o BE não contesta, é aplicável a legislação laboral.

Ora, a nosso ver, e com o máximo respeito por opinião contrária, radica aqui o fatal equívoco do projecto do BE e, outrossim, o argumento decisivo para que esta solução não possa ser acolhida, ao invés do que sucede com a proposta oportunamente apresentada pela OA.

Na verdade, se a esta especial relação fosse, sem mais, aplicável a legislação laboral, afinal não existiria vazio carente de preenchimento por via da regulação que ora se propõe.

Se a estas reacções fosse indubitavelmente aplicável a legislação laboral, então não necessitaríamos de qualquer regulação autónoma, porquanto o quadro legal existente daria a resposta que entendemos inexistir — à semelhança do que entende o BE, pois se assim não fosse, mal se compreenderia um diploma que só visa esclarecer qual a legislação aplicável — no ordenamento vigente.

Mas não é assim que sucede.

Ademais, admitindo-se academicamente que o projecto do BE seria aprovado nestes precisos termos, teríamos o efeito contrário do pretendido: o preenchimento de um vazio legal.

No art. 1.º, estatui-se logo, programaticamente, que o diploma visa estabelecer o regime aplicável aos Advogados que exercem a sua actividade “para uma entidade empregadora de forma dependente”.

Ora, trata-se de uma estipulação que, com todo o respeito, consideramos tautológica.

Em que condições o Advogado exerce a sua actividade de forma dependente?

É aqui que radica a grande dificuldade de dirimir os litígios que têm chegado a juízo.

Quando é que o Advogado exerce a sua actividade de forma dependente?

É consabida a dificuldade de determinar/provar essa dependência.

Assim, bastaria que o Advogado não provasse essa sua qualidade de trabalhador dependente para que a regulação emergente do diploma que o BE propõe deixasse de ser aplicável ao caso concreto.

E, nessa eventualidade, teríamos um diploma que falharia o seu propósito: preenchimento de uma lacuna.

Caso o Advogado prove a sua qualidade de trabalhador dependente, não carece de um diploma que lhe confira quaisquer direitos, porquanto estes ser-lhe-ão assegurados pela legislação laboral.

Em conclusão, louvamos a iniciativa do BE que tem a virtualidade de permitir a discussão sobre um tema que não pode continuar a ser ignorado: a necessidade de regular uma especial relação estabelecida entre Advogados e beneficiários da actividade que podem ser sociedades de Advogados, mas também Advogados não organizados sob a forma societária.

As puras relações laborais, como as que, por exemplo, se estabelecem entre Advogados e empresas deverão ficar a margem deste diploma, justamente por se tratar de relações laborais, que já encontram tutela legal, daí a nossa discordância relativamente à inclusão destas no projecto em apreço.

Acaso se entenda aproveitar o ensejo para também incorporar a regulação das relações de trabalho dependente, designadamente as que se estabelecem entre Advogados e empresas, então deverá encontrar-se um modelo dual, um pouco semelhante ao que vigora no ordenamento jurídico francês, que prevê a existência da figura do Advogado colaborador assalariado, reservada para as relações de trabalho dependente, como as que, por exemplo, se estabelecem entre Advogados e empresas, por um lado, e a figura do Advogado colaborador liberal, reservada para as demais relações, como as especialmente previstas na regulação proposta pela OA, por outro.

Sublinhe-se, ademais, que os próprios eventuais beneficiários desta regulação, desprezam a atribuição do carácter laboral que o BE pretende conferir a esta relação.

A OA teve oportunidade de, no processo de preparação do seu anteprojecto, ouvir os colegas que prestam a sua actividade nas condições deli-

neadas, e, de forma esmagadora, asseveraram que a atribuição de um estatuto laboral a sua relação não representaria qualquer “plus”, pelo contrário, poderia vir a constituir um estigma, que os poderia colocar em pior situação do que aquela em que se encontram.

Se podemos afirmar consenso quanto é necessidade de regulação desta — nunca é demais, afirmá-lo — especial relação, com o fito de consagrar um conjunto de direitos, à data inexistentes por decorrência da ausência de regulação expressa, também não pode restar menos evidente o dissenso quanto ao paradigma encontrado no projecto do BE, que, no afã de filiar esta relação na matriz laboral, acaba por poder comprometer o fito visado por esta regulação, deixando a esmagadora maioria das situações constituídas desprovidas da protecção visada.

Esperamos, assim, que da proveitosa discussão se possa expurgar o projecto de diploma do BE deste equívoco inquinador das soluções em concreto encontradas, como esperamos ter demonstrado, recuperando as soluções do ante-projecto da OA, as quais, procurando responder ao mesmo núcleo de questões de que precede a iniciativa legislativa do BE, se encontram ancoradas na realidade concretamente vivida sobretudo por muitos jovens Advogados portugueses, que desenvolvem a sua actividade para sociedades de Advogados e escritórios não organizados sob a forma societária.

Lisboa, 23 de Dezembro de 2019.

O Bastonário

GUILHERME FIGUEIREDO

PARECER DA ORDEM DOS ADVOGADOS

Sobre o Projecto de Lei N.º 6/XIV/1.^a, que altera o Código do Processo Civil estabelecendo um regime de impenhorabilidade da habitação própria e permanente e fixando restrições à penhora e execução de hipoteca

Esta iniciativa legislativa retoma quer o Projecto de Lei n.º 703/XII/4.^a, pese embora com alterações, quer o Projecto de Lei n.º 1234/XIII/4.^a, ambos da autoria do Partido Comunista Português, daí que, por identidade de razão, todos os considerandos expendidos no parecer emitido pela Ordem dos Advogados acerca deste último Projecto de Lei comi-nuem a ser válidos, os quais importa, antes do mais, reproduzir.

A primeira nota que pretendemos exprimir é de apreensão para com este conjunto de propostas legislativas que, no nosso entender, configura uma clamorosa violação de princípios constitucionais.

No essencial, e como decorre do preâmbulo, o regime proposto pretende instituir uma protecção adicional sobre a casa de morada de família do executado e do seu agregado, a pretexto de as dificuldades que atingiram as vidas de milhões de portugueses nos últimos anos terem ocasionado a perda de habitação de muitos milhares de famílias. Na verdade, a ser aprovada, esta proposta operaria uma injusta, injustificada e ilegítima desprotecção dos exequentes.

Desde logo, o direito constitucional à habitação não pode atropelar o direito à propriedade, também com assento constitucional.

O primeiro constitui uma vocação estatal, e não pode em caso algum ser imposto aos particulares, como repetiremos adiante. A autonomia privada é, e deve ser, imune aos sacrifícios que a lei fundamental impõe ao Estado.

Este projecto de lei opera, portanto, uma injustificada protecção dos devedores que, no nosso prisma, a ordem jurídica não reclamava.

Até por que e em abono da posição contrária, a prática mostra precisamente que a casa de habitação do executado é, com frequência, o único bem que o credor pode mobilizar para procurar obter a satisfação do seu crédito, quer por que os executados estão depauperados pela crise económica ou por outras razões de mercado, quer por que se desfizeram do restante património.

A matéria em causa consente um paralelismo com a proposta do Partido Socialista recentemente aprovada pelo grupo parlamentar de trabalho que se encontra a elaborar a Lei de Bases da Habitação que admite paradigmaticamente a entrega da casa para pagamento de empréstimo hipotecário, conquanto essa hipótese se encontre prevista no contrato celebrado com a instituição bancária.

Esta é uma situação diversa que legitima um tratamento diverso. De facto, é consabido que a Banca, queremos acreditar que em tempos idos, fez avaliações ligeiras dos imóveis dados de garantia, como se essa fosse uma mera formalidade sem consequências, celebrando contratos de crédito hipotecário cujas condições de antemão sabia, ou devia saber, levariam mais tarde ou mais cedo, a incumprimentos generalizados.

Como assim, os direitos dos devedores colocados na posição de executados já se encontram devidamente acautelados por esta proposta que integrará a futura Lei de Bases da Habitação, não se alcançando, de resto, como é que a reforma proposta pode ser compaginada com aquelas disposições.

Existe, ainda, outro diploma que importa convocar para a discussão: a Lei n.º 13/2016, de 23 de Maio, que previu a impenhorabilidade da casa de morada de família pelas Finanças em sede de processo de execução fiscal.

Mas esta limitação aplica-se, unicamente, à Fazenda Pública. Para os credores particulares a casa de habitação própria e permanente do devedor é, e deve continuar a ser, um bem penhorável, por serem diferentes as exigências do Estado das que se impõem aos particulares.

Essas alterações legislativas justificam-se e eram há muito reivindicadas pela opinião pública, até por que foram sendo acolhidas em ordenamentos jurídicos próximos do nosso. O mesmo não pode ser dito daquelas sobre que nos debruçamos.

Parece-nos, de outra banda, evidente a infracção do princípio da proporcionalidade e do princípio da segurança e certeza jurídicas.

Cumprir fazer uma sucinta ponderação sobre estes princípios gerais de direito.

O princípio da proporcionalidade é um princípio material de justiça, definido por Vitalino Canas⁽¹⁾ como “*princípio geral de direito, constitucionalmente consagrado, conformador dos actos do poder público e, em certa medida, de entidades privadas, de acordo com o qual a limitação instrumental de bens, interesses ou valores subjectivamente radicáveis se deve revelar idónea e necessária para atingir os fins legítimos e concretos que cada um daqueles actos visam, bem como axiologicamente tolerável quando confrontada com esses fins*”.

É uma das expressões constitucionais do princípio do Estado de Direito nas suas três dimensões: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Submetendo as normas trazidas à nossa análise ao teste daqueles sub-princípios temos que não existe adequação ou idoneidade das medidas aos fins por elas perseguidos, que se mostram demasiado lesivas para os credores não sendo, por isso, necessárias, nem sequer proporcionais em sentido estrito na medida em que o sacrificio imposto e os direitos comprimidos não são admissíveis quando ponderados os interesses que a norma visa proteger, e que no vertente caso se analisam nos interesses dos credores.

Por seu turno, o princípio da segurança jurídica e da protecção da confiança dos cidadãos consagrado no art. 2.º da Constituição da República Portuguesa impõe um mínimo de certeza e segurança nos direitos dos cidadãos e nas expectativas juridicamente criadas.

As normas em apreço promovem a desprotecção de uma determinada classe de pessoas — os credores perspectivados como exequentes — que assim vêem a sua confiança na actuação do Estado e no ordenamento jurídico abalada, daí que mais uma vez não resistam ao controlo da constitucionalidade.

Além do que os normativos vigentes já acautelam devidamente os direitos, interesses e bens dos executados, como sejam o art. 737.º do Código do Processo Civil que estabelece a isenção de penhora para os bens imprescindíveis a qualquer economia doméstica, ressalvada a situação plasmada na segunda parte do n.º 3, ou o n.º 2 ao classificar como impenhoráveis os instrumentos de trabalhos e os objetos indispensáveis ao exercício da atividade ou formação profissional do executado.

Por outro lado, analisado o n.º 3 do art. 751.º da proposta verifica-se que não existem razões para alterar a redacção actual do preceito.

(1) CANAS, VITALINO, “Proporcionalidade (Princípio da)”, in Dicionário da Administração Pública, Vol. IV, Lisboa, 1994, p. 591, ss.

Com relação ao art. 751.º-A, introduzido pela Proposta, este não fixa de que forma se aferem os “*rendimentos suficientes para assegurar a subsistência do executado ou do seu agregado familiar*”. Deve entender-se como tal o salário mínimo nacional? E no caso de o executado auferir uma retribuição muito superior a esse quantitativo e suportar despesas mensais elevadas, *maxime* com a escola particular dos filhos, se não conseguir fazer face a esses encargos aplica-se ou não este artigo? O Projecto de Lei refere que esta situação tem de ser comprovada. É ao julgador que compete dissecar as despesas do executado para perceber se aquele circunstancialismo se verifica? Ou a uma entidade terceira? E nesse caso qual?

Esta análise afigura-se-nos impraticável, e convida a situações de abuso que o n.º 6 não ameniza.

O preâmbulo do documento alude às funestas consequências da crise para “*as vidas de milhões de portugueses*” que perderam as suas habitações. Fazemos notar que a crise económica é transversal a toda a sociedade, e o fim de preservar a habitação não pode justificar todos os meios, tanto mais quanto o direito à habitação deve ser uma preocupação do Estado e não dos entes privados. Ademais, em nome da protecção da casa de habitação não se pode, pura e simplesmente, obliterar os princípios da segurança e da certeza que devem imperar no comércio jurídico, desresponsabilizando os devedores, mesmo quando estes contraíam, de forma incauta, obrigações que já sabem estar muito para além da sua capacidade de as solver.

Os credores também cumprem uma função social, por exemplo, fornecendo a matéria-prima ao tecido empresarial, e é a própria ideia de Direito e de Justiça a impor a reparação pelos bens ou serviços prestados e não pagos, sempre sem olvidar a existência de muito justificadas “válvulas de escape” do sistema que podem acudir a situações extremas, como o instituto da insolvência.

Tudo visto, entendemos então que o nosso parecer não poderia ser outro que não o de rejeição desta proposta e de todas as alterações legislativas que esta alvitra.

E a verdade é que não vislumbramos qualquer razão para alterar o nosso parecer face a este outro Projecto de Lei.

Refira-se, aliás, que o Projecto de Lei .º 1234/ XIII/ 4.ª foi retirado a favor do texto de substituição apresentado pela Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias relativo à Proposta n.º 202/ XIII/ 4.ª (GOV), Projetos de Lei n.ºs 1234/XIII/4.ª e 1235/XIII/4.ª, aprovado por unanimidade em votação final global, e que deu origem à Lei n.º 117/2019, de 13 de setembro, que entrará em vigor no dia 1 de Janeiro de 2020.

E, esta Lei que altera o Código do Processo Civil em matéria de processo executivo, recurso de revisão e processo de inventário, foi já, na nossa óptica, longe de mais na protecção que dispensa aos executados.

Em face das considerações antecedentes, a Ordem dos Advogados é totalmente desfavorável à aprovação da presente proposta de lei.

Lisboa, 19 de Dezembro de 2019

O Bastonário

GUILHERME FIGUEIREDO

PARECER DA ORDEM DOS ADVOGADOS

Sobre o Supremo Interesse da Criança

Sobre as seguintes Iniciativas:

PJL 87/XIV/1.^a (PS) — Altera o Código Civil, estabelecendo o princípio da residência alternada do filho em caso de divórcio, separação judicial de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação do casamento dos progenitores.

PJL 107/XIV/1.^a (PSD) — 76.^a alteração ao Código Civil, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 47344, de 25 de novembro de 1966, alterando o regime do exercício das responsabilidades parentais em caso de divórcio, separação judicial de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação do casamento, de forma a clarificar que o tribunal pode determinar a residência alternada do filho com cada um dos progenitores sempre que tal corresponda ao superior interesse do menor.

PJL 110/XIV/1.^a (CDS-PP) — Sobre o estabelecimento da residência alternada dos menores, em caso de divórcio separação judicial de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação do casamento.

PJL 114/XIV/1.^a (BE) — Altera o Código Civil, prevendo o regime de residência alternada da criança na regulação do exercício das responsabilidades parentais em caso de divórcio, separação judicial de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação do casamento.

PJL 52/XIV/1.^a (PAN) — Privilegia o modelo de residência alternada sempre que tal corresponda ao superior interesse da criança, excecionando-se o decretamento deste regime aos casos de abuso infantil, negligência e violência doméstica.

Quanto aos motivos expostos no preambulo de qualquer um dos projectos leis aos quais agora nos vimos pronunciar temos, na generalidade, que manifestar a nossa concordância. Mas, para a consagração dos mesmos, entendemos que não é necessária qualquer alteração legislativa, pois com o actual sistema de regulação das responsabilidades parentais os mesmos podem e devem ser cumpridos. Os projectos de lei agora apresentados poderão, como maior facilidade, não permitir que os mesmos se alcancem.

E entendemos que não há necessidade de qualquer alteração no sentido proposto pelos projectos lei por cogitarmos que qualquer um deles parte de princípio errado, ou seja, parte da posição dos progenitores perante a guarda de um menor aquando da fixação das responsabilidades parentais.

Ao se regularem as responsabilidades parentais o princípio que tem que estar presente é o Supremo Interesse da Criança. Sendo este princípio o ponto de partida e de chegada de qualquer ponderação de interesses subjacente a qualquer situação concreta, o que exige uma reflexão sobre os restantes valores do sistema para se obter uma decisão que concretize esse mesmo princípio, o que não permite que este seja visto como um critério rígido e absoluto na interpretação e julgamento da situação. Onde o Supremo Interesse da Criança é alcançado através do aprofundamento os direito de liberdade, de respeito e de dignidade da criança que o sistema garante com a individualidade expressa da manifestação de vontade de cada criança, da análise das concretas relações estabelecidas com os seus progenitores e com as famílias destes, com todas as envolventes do seu dia-a-dia. Tem que haver ponderação de todas as questões que directa ou indirectamente lhe digam respeito. A dignidade da Criança concretiza-se na liberdade, autonomia, promoção, protecção e participação que esta tem nas decisões que lhe digam respeito. Nesta ponderação o princípio do Supremo Interesse da Criança alcança a sua dupla vertente, como princípio básico a atingir e como regra adjectiva que permite a sua própria concretização.

Nesse processo a relação que a criança tem, em abstracto, com cada um dos progenitores tem exactamente o mesmo valor. Pois o desejável para um desenvolvimento saudável da criança e da formação da sua personalidade é que esta tenha com cada um dos progenitores e com as famílias destes as melhores das relações. Assim sendo, só será fixada a guarda partilhada sempre que tal se demonstre como sendo o melhor para a criança, depois de analisada e ponderada a sua situação em concreto. Daí que ter um regra fixa, seja ela qual for, predefinida para a generalidade das situações, quando cada situação tem a sua individualidade, e é nela que tem que

ser feito o preenchimento do Supremo Interesse da Criança para o poder alcançar, é, no nosso entendimento, um erro. Dizemos mais, é um perigo aprazar regras no âmbito da fixação do regime das responsabilidades parentais.

É um perigo uma vez que, apesar de não haver uma posição concreta nos projectos leis sobre o que é juridicamente “dar preferência ao regime da guarda partilhada”, pois não pode ser uma “chamada de atenção para os tribunais” ou uma “orientação dada aos magistrados”, o que seria de todo inadmissível, não pode ser a fixação da hierarquização dos princípios a ter em conta na ponderação dos interesses quando da regulação das responsabilidades parentais, pois o princípio dos princípios em causa é o do Supremo Interesse da Criança.

O que se pretende com os projectos leis, apesar de haver diferenças significativas entre eles, é que a guarda partilhada seja a regra e qualquer outro regime a excepção. E é esta regra que é extremamente perigosa para as crianças, nunca podemos esquecer que são estas o centro gravitacional de todos os interesses em jogo numa regulação das responsabilidades parentais e não os interesses dos progenitores. O problema não existe quando os progenitores estão de acordo e conseguem ter um entendimento, pois aí dúvidas não se põem. O problema está quando os progenitores não se entendem quanto ao regime a aplicar. Sendo a guarda partilhada a regra esta vai ser aplicada nos regimes provisórios até que em sede de audiência final seja possível provar qual o melhor regime a determinar. E durante o período que premeia entre a data da fixação do regime provisório e a sentença, muitas vezes decorrem muitos meses, a fixação de uma guarda partilhada pode trazer graves problemas para a criança. Por outro lado, fazer a prova para ilidir a presunção da guarda partilhada é muito difícil, pois tem que se fazer prova de um facto negativo. E como todos os que diariamente vestem toga sabem o quanto tal prova é muito difícil de produzir em tribunal. Ter que provar que a guarda partilhar não é o regime que protege a criança e “preenche o princípio” do seu superior interesse é muito tortuoso e complicado.

Quando não há acordo entre os progenitores sobre o regime a aplicar, normalmente, o grau de conflitualidade entre estes é elevado, ficar o ónus sobre um deles de carrear para o processo todos os factos, prova-los e explicar o motivo pelo qual, na sua convicção, não é benéfico para a criança ver fixada a residência partilhada irá, na grande maioria dos casos, contribuir para um aumento do grau de conflito entre as partes, conflito esse que, para além dos prejuízos directos com esse regime por si só tem para a criança, irá esta, também, directa e/ou indirectamente, sofrer com

esse grau de conflitualidade. Há unanimidade entre os investigadores sobre a ideia que o conflito entre os progenitores afecta muito negativamente o bem-estar e desenvolvimento da criança.

Se o projecto lei **PJL 87/XIV/1.^a (PS)** não admite qualquer excepção à regra que pretende impor, a da guarda partilhada, situação que é acautelada nos projectos lei do **PJL 52/XIV/1.^a (PAN)**, tal regra ainda é mais grave quando está a decorrer nos tribunais criminais processos de violência doméstica. E quanto a estas situações temos que ter presente as recomendações último relatório do Comité GREVIO (Grupo de Peritos/as independentes), que monitoriza a Convenção de Istambul, que, entre outras, instou as autoridades portuguesas a tomarem as medidas necessárias, incluindo alterações legislativas, para garantir que os tribunais de família considerem devidamente todas as questões relacionadas com a violência contra as mulheres ao determinar os direitos de guarda e de visita bem como devem avaliar se tal violência justifica os direitos de guarda e de visita e para tomarem medidas, incluindo, as que garantam a disponibilidade e a aplicação eficaz das ordens restrição e/ou de protecção.

As recomendações do Comité GREVIO vêm reforçar as reservas que temos em relação aos projectos leis em causa no presente parecer uma vez que as pretensas alterações irão desproteger gravemente as vítimas de violência doméstica, correndo, com grande probabilidade, o risco, de contribuir para o aumento da violência intrafamiliar.

Pelos motivos expostos a Ordem dos Advogados entende que o Superior de Interesse da Criança está devidamente acautelado no sistema jurídico e as alterações propostas põem em risco, ou podem por, a concretização desse princípio sempre que tenha que ser fixado um regime de guarda a uma da criança em concreto, pelo que o nosso parecer não pode ser outro que não o de total rejeição das proposta de alterações legislativas, no mesmo sentido foi, também, o parecer anteriormente por nós dado ao projecto n.º 530/XIII/3.^a e em tempo enviado.

Lisboa, 4 de Dezembro de 2019

O Bastonário

GUILHERME FIGUEIREDO

ORDEM DOS ADVOGADOS

Regulamento n.º 624/2019

SUMÁRIO:

Regulamento Eleitoral aprovado em Assembleia Geral da Ordem dos Advogados, de 29 de julho de 2019.

A Assembleia Geral da Ordem dos Advogados, reunida em 29 de julho de 2019, ao abrigo do disposto na alínea *d*), do n.º 2, do artigo 33.º do Estatuto da Ordem dos Advogados (EOA), aprovado pela Lei n.º 145/2015, de 9 de setembro, deliberou aprovar a proposta de Regulamento Eleitoral aprovada em sessão plenária do Conselho Geral da Ordem dos Advogados de 28 de junho de 2019:

Regulamento Eleitoral

CAPÍTULO I **Princípios gerais**

Artigo 1.º

Princípios gerais

1 — O presente regulamento estabelece as regras aplicáveis ao processo de eleição de todos os órgãos da Ordem dos Advogados.

2 — As eleições para o Bastonário, Conselho Geral, Conselho Superior, Conselho Fiscal, Conselhos Regionais e Conselhos de Deontologia, realizar-se-ão, simultaneamente, na mesma data ou no mesmo período temporal, com o mesmo horário, no Continente e nas Regiões Autónomas, nos termos do disposto no artigo 13.º do Estatuto da Ordem dos Advogados (EOA).

3 — As eleições para os órgãos da Ordem dos Advogados referidos no número anterior, realizam-se entre os dias 15 e 30 de novembro do ano imediatamente anterior ao do início do triénio subsequente, em data ou período eleitoral a designar pelo Bastonário.

4 — Independentemente das datas que venham a ser estabelecidas para as mesmas, o presente regulamento aplica-se igualmente às eleições dos Delegados e Delegações da Ordem dos Advogados, sem prejuízo do disposto no artigo 62.º do EOA.

5 — O presente Regulamento, por força do disposto no artigo 21.º e no n.º 2 do artigo 22.º, ambos do Regulamento da Caixa de Previdência dos Advogados e Solicitadores (CPAS) aprovado pelo Decreto-Lei n.º 119/2015, de 29 de junho, com as alterações subsequentes, aplica-se com as necessárias adaptações às eleições para os membros Advogados da Direção e para os membros Advogados do Conselho de Fiscalização da CPAS.

6 — As eleições para os referidos membros Advogados dos órgãos da CPAS, quando a respetiva Direção assim o deliberar, realizar-se-ão em simultâneo com as eleições para os órgãos da Ordem dos Advogados.

CAPÍTULO II

Convocatória

Artigo 2.º

Convocatória

A convocatória da assembleia eleitoral será feita pelo Bastonário, por meio eletrónico através do endereço constante dos registos da Ordem, com a antecedência mínima de 60 dias e publicação no portal da Ordem dos Advogados, tudo nos termos do artigo 34.º, n.º 1 do EOA.

CAPÍTULO III

Comissão Eleitoral

Artigo 3.º

Comissão Eleitoral

1 — Uma vez designada a data ou período temporal para a realização das eleições, o Conselho Geral, por proposta do Bastonário, procede à constituição da Comissão Eleitoral, a quem caberá:

- a) Organizar e dirigir todo o processo eleitoral;
- b) Fiscalizar o cumprimento das normas do Estatuto da Ordem dos Advogados e deste regulamento durante todo o processo eleitoral;
- c) Tomar todas as decisões que sejam da sua competência própria ou delegada;
- d) Dirigir o apuramento dos resultados e comunicá-los aos presidentes das respetivas assembleias gerais;
- e) Apreciar e decidir os recursos das eleições das Delegações, nos termos do artigo 48.º, n.º 2, do presente Regulamento.

2 — O Bastonário deverá, no caso de ser candidato, delegar num dos membros do Conselho Geral, que integre a Comissão, todas as suas competências em matérias relativas ao processo eleitoral, designadamente a presidência da assembleia eletiva, apreciação dos recursos, reclamações sobre a admissão ou rejeição de candidaturas e demais atos e decisões referentes ao decurso do mesmo.

Artigo 4.º *Constituição*

- 1 — A Comissão Eleitoral será composta por:
- a) Dois membros designados pelo Conselho Geral;
 - b) Um membro designado pelo Conselho Superior;
 - c) Um membro advogado designado pelo Conselho Fiscal;
 - d) Um membro designado por cada um dos Conselhos Regionais;
 - e) Um membro designado por uma Delegação, esta escolhida por sorteio a realizar pelo Bastonário e pelos Presidentes dos Conselhos Regionais;
 - f) Um membro advogado designado pela Direção da CPAS;
 - g) O membro advogado designado pelo Conselho de Fiscalização da CPAS.

2 — Os membros identificados nas alíneas f) e g), do n.º anterior, só integrarão a Comissão Eleitoral no caso previsto no n.º 6, do artigo 1.º do presente Regulamento.

3 — Os membros referidos no n.º 1 serão escolhidos pelos respetivos conselhos, de entre os seus membros, sem prejuízo do disposto no n.º 4.

4 — Os membros da Comissão Eleitoral não deverão ser candidatos a qualquer órgão social nas eleições em que exercem funções na Comissão. No caso de nenhum dos membros em funções preencher esta condição, poderá o respetivo conselho designar, a título excecional, um advogado, de reconhecido mérito, para preencher o lugar na Comissão Eleitoral, sem prejuízo do cumprimento da exigência do artigo 40.º, n.º 2 do EOA.

5 — A Comissão Eleitoral será presidida por membro indicado pelo Conselho Geral.

6 — A Comissão Eleitoral cessará funções na data da tomada de posse dos titulares dos órgãos da Ordem dos Advogados eleitos.

Artigo 5.º

Funcionamento

1 — A Comissão Eleitoral reunirá sempre que convocada pelo presidente ou por, pelo menos, um terço dos seus membros efetivos.

2 — As convocatórias da Comissão Eleitoral serão feitas por correio eletrónico ou telefone, com a antecedência mínima de 48 horas, podendo, contudo, os formalismos de convocação ser dispensados, desde que se achem presentes, ou nisso tenham acordado expressamente, a totalidade dos seus membros.

3 — Para deliberar, validamente, a Comissão deverá ter a presença de, pelo menos, 6 dos seus membros, um dos quais o presidente.

4 — As deliberações da Comissão Eleitoral serão tomadas por maioria dos votos dos membros presentes, dispondo o presidente de voto de desempate.

5 — Para agilizar os procedimentos, a Comissão poderá constituir um Colégio Executivo, integrado pelo presidente e dois outros membros, a quem caberá praticar os atos intercalares de expediente previstos no presente Regulamento.

CAPÍTULO IV

Candidaturas e listas concorrentes

Artigo 6.º

Das candidaturas

1 — As propostas de candidatura deverão ser apresentadas perante a Comissão Eleitoral em exercício até ao dia 30 de setembro do ano imediatamente anterior ao do início do triénio subsequente, nos termos do artigo 12.º do EOA.

2 — Às eleições concorrerão apenas as candidaturas aceites nos termos do EOA e do presente Regulamento.

Artigo 7.º*Das propostas dos candidatos*

1 — Os proponentes das diversas candidaturas aos órgãos nacionais e regionais da Ordem dos Advogados devem subscrever as propostas de candidatura, identificando-se pelo nome e número de cédula profissional.

2 — As listas de candidatos deverão cumprir, para além dos requisitos estabelecidos no EOA e neste Regulamento, o disposto na Lei n.º 26/2019, de 28 de março.

3 — Nos processos de candidatura a apresentar à Ordem dos Advogados devem constar unicamente candidatos efetivos aos diversos órgãos.

Artigo 8.º*Dos mandatários e das notificações*

1 — Com a apresentação de cada candidatura deve, obrigatoriamente, ser nomeado o respetivo mandatário, com indicação dos respetivos números de fax e endereço de correio eletrónico, de onde e para onde deverão ser remetidas todas as notificações e citações.

2 — Os mandatários das candidaturas deverão estar investidos com plenos poderes para receber notificações destinadas à respetiva candidatura e decidir em conformidade.

3 — Uma candidatura pode, se assim o entender, indicar mais do que um mandatário, considerando-se, neste caso, o mandato conjunto, podendo qualquer deles receber validamente notificações e praticar atos isoladamente.

Artigo 9.º*Da regularidade das candidaturas*

1 — Findo o prazo para a apresentação das candidaturas, a Comissão verificará, dentro dos oito dias subsequentes, a regularidade do processo, a autenticidade dos documentos que o integram e a elegibilidade dos candidatos.

2 — Verificando-se irregularidades processuais, a Comissão Eleitoral mandará notificar imediatamente o mandatário do candidato, ou da lista candidata, que deverá supri-las no prazo quarenta e oito horas a contar da notificação.

3 — A falta de retificação das irregularidades no prazo fixado implicará a rejeição de toda a lista.

Artigo 10.º*Das retificações ou aditamentos*

Findos os prazos estipulados no artigo anterior, a Comissão Eleitoral deve decidir, em vinte e quatro horas, das retificações ou aditamentos mencionados nesses artigos.

Artigo 11.º*Do sorteio das listas*

1 — Até ao 15.º dia após o fim do prazo para a apresentação das candidaturas, a Comissão Eleitoral procederá ao sorteio das listas, para atribuição de letra identificadora, que corresponderá ao conjunto de listas representadas por cada mandatário.

2 — Os mandatários das listas serão notificados com, pelo menos, quarenta e oito horas de antecedência para, querendo, estarem presentes no ato do sorteio.

3 — Se, durante este ato, for verificada qualquer irregularidade, qualquer dos mandatários presentes pode reclamar. Não havendo reclamações, a lista considera-se definitiva, não podendo ser posteriormente impugnada.

4 — As listas definitivas dos candidatos serão publicadas no Diário da República, 2.ª série, no Boletim da Ordem dos Advogados, no endereço Internet da Ordem dos Advogados — <www.oa.pt> — e afixadas na sede da Ordem dos Advogados e nos Conselhos Regionais.

CAPÍTULO V**Reclamações e recursos****Artigo 12.º***Da interposição de recurso*

1 — Das decisões da Comissão Eleitoral, relativas à apresentação das candidaturas, cabe recurso para o Presidente do Conselho Superior da Ordem dos Advogados, subscrito pelo mandatário, a interpor no prazo de vinte e quatro horas a contar da notificação da decisão.

2 — As funções previstas no número anterior deverão ser exercidas por outro membro do Conselho Superior, desde que não seja candidato, no caso de impedimento do Presidente daquele Conselho, designadamente por este também ser candidato.

3 — O requerimento de interposição de recurso deverá conter a fundamentação e as conclusões do interessado.

Artigo 13.º

Recursos das Decisões de admissão ou de não admissão de candidatura.

1 — Em caso de recurso apresentado contra o despacho de admissão de qualquer candidatura, o Presidente do Conselho Superior, ou quem o substituir, manda notificar imediatamente os mandatários das respetivas listas, ainda que não admitidas, para, querendo, responderem no prazo de vinte e quatro horas a contar da notificação para o efeito.

2 — Em caso de recurso apresentado contra a não admissão de qualquer uma das candidaturas, o Presidente do Conselho Superior, ou quem o substituir, manda notificar imediatamente os mandatários das respetivas listas, ainda que não admitidas, para, querendo, responderem no prazo de vinte e quatro horas a contar da notificação.

Artigo 14.º

Da decisão do recurso

O Presidente do Conselho Superior, ou quem o substituir, decide o recurso no prazo de vinte e quatro horas a contar do termo dos prazos previstos no artigo anterior.

CAPÍTULO VI

Procedimento Eleitoral

Artigo 15.º

Do voto eletrónico

A votação será realizada por recurso ao voto eletrónico recorrendo a plataforma que deverá garantir a autenticidade e carácter secreto do voto de cada eleitor bem como auditabilidade de todo o processo.

Artigo 16.º

Do ato eleitoral

1 — As eleições decorrerão em período a designar pelo Bastonário entre 1 a 5 dias, tendo início às 0h00 m (zero horas) do primeiro dia e encerrando-se às 20h00 (vinte horas) do último dia.

2 — Os horários de funcionamento do processo eleitoral estabelecidos neste regulamento aferem-se, sempre à hora oficial de Portugal Continental.

3 — Durante o período de funcionamento da plataforma eleitoral, os eleitores poderão votar através dos meios eletrónicos próprios, usando os elementos de identificação previstos neste regulamento.

4 — No último dia de votação a atribuição das credenciais de voto, em caso de extravio, será feita nas sedes dos Conselhos Regionais, salvo o Conselho Regional de Lisboa, que será feita na sede da Ordem dos Advogados.

5 — O universo eleitoral é composto por todos os Advogados com inscrição em vigor 20 dias antes do início do ato eleitoral. Se existir perda de direito de voto após o fecho do universo eleitoral, a alteração será refletida na plataforma eleitoral até 3 dias antes do início da votação.

Artigo 17.º

Dos cadernos eleitorais

1 — O Conselho Geral fornecerá a cada um dos Conselhos Regionais, até à véspera da data designada para o início da votação, cadernos eleitorais atualizados dos advogados inscritos na Ordem dos Advogados, em suporte informático.

2 — Ao representante de cada uma das listas concorrentes em cada mesa de apoio eleitoral será facultada a consulta dos cadernos eleitorais.

Artigo 18.º

Do acesso à Plataforma

1 — O acesso à plataforma eleitoral onde são disponibilizados os boletins de voto será feito por recurso à autenticação constituída por pelo menos dois elementos que serão designados por identificação de eleitor (IdEleitor) e PIN.

2 — Para os Advogados com direito a voto os dois elementos necessários para acesso à plataforma eleitoral serão enviados por via postal, de forma isolada e em datas diferentes, para a morada profissional.

Artigo 19.º

Das garantias de segurança no acesso às credenciais

1 — De forma a garantir a contínua reserva de confidencialidade e inviolabilidade das credenciais de acesso à plataforma, no caso de um eleitor perder o acesso a estas credenciais, as mesmas podem ser obtidas

recorrendo a mecanismo automatizado que permite o reenvio do PIN por SMS para telemóvel registado previamente na OA e o acesso ao IdEleitor na Área Reservada do Portal OA.

2 — O e-mail, o número de telemóvel e qualquer outra informação adicional a utilizar nos processos automáticos de reenvio de credenciais são os que constam nos registos da OA à data do fecho do universo eleitoral. O e-mail a utilizar no processo automático de reenvio será o disponibilizado pela OA — <@adv.oa.pt> ou <@advogados.oa.pt> — e o número de telemóvel é o registado para efeitos de certificado digital.

Artigo 20.º

Da Plataforma Eleitoral

A plataforma informática onde residem as aplicações utilizadas para permitir o acesso aos boletins de voto e recolher os votos será disponibilizada em infraestrutura tecnológica independente, não utilizando qualquer recurso que seja propriedade ou sob gestão efetuada pela Ordem dos Advogados.

Artigo 21.º

Abertura e Encerramento das Assembleias eleitorais

1 — Para os procedimentos informáticos de abertura e encerramento das Assembleias Eleitorais serão geradas 9 chaves individuais de acesso atribuídas a 9 membros, sendo uma atribuída ao respetivo Presidente, outra ao representante do Conselho Fiscal e as restantes aos membros da Comissão Eleitoral que esta designar.

2 — A abertura das Assembleias eleitorais bem como o seu encerramento e posterior apuramento de resultados deve obrigar a procedimento de autenticação simultânea de pelo menos 5 das 9 chaves indicadas no número anterior.

Artigo 22.º

Dos boletins de voto

1 — A cada eleitor e consoante o seu direito de voto serão apresentados boletins eletrónicos de voto relativos a:

- Bastonário e Conselho Geral;
- Conselho Superior;
- Conselho Fiscal;
- Conselho Regional;

Conselho de Deontologia;
Direção da CPAS;
Conselho de Fiscalização da CPAS.

2 — Por cada um dos órgãos a plataforma deve permitir que o eleitor escolha uma das listas, não escolha qualquer lista ou invalide o voto.

3 — No final da votação para cada órgão, será mostrado ao eleitor a escolha que efetuou sendo-lhe permitido finalizar a votação ou rever o seu sentido de voto. Após finalizar a votação, deverá ser disponibilizado ao eleitor um recibo de voto em formato eletrónico.

Artigo 23.º

Da organização do voto

1 — No último dia de votação, entre as 10 horas e as 19 horas, em Lisboa, na sede da Ordem dos Advogados, funcionarão o mínimo de 3 mesas de apoio eleitoral. No Porto e em Coimbra, na sede dos respetivos Conselhos Regionais funcionarão um mínimo de 2 mesas de apoio eleitoral, em Évora, Faro, Madeira e Açores, funcionará na sede dos respetivos Conselhos Regionais pelo menos uma mesa de apoio eleitoral.

2 — Cada mesa de apoio eleitoral deverá ser composta por um Presidente, 2 Secretários assessorados por elemento que assegurará a operação da plataforma eleitoral executando a tarefa de atribuição e ativação de credenciais aos eleitores que se dirijam à mesa para obtenção das mesmas.

3 — Em caso excecional pode ser atribuído pela mesa de apoio eleitoral credenciais de voto após a verificação da identidade do eleitor e do seu direito de voto. A atribuição de credenciais pela mesa só é possível se as credenciais anteriormente emitidas ainda não tiverem sido usadas. a atribuição de novas credenciais invalida todas as anteriormente emitidas existindo a garantia que cada eleitor só terá em cada momento um conjunto de credenciais válido.

4 — Em cada uma das mesas de apoio eleitoral poderá estar presente um representante das listas concorrentes.

5 — Em cada um dos Conselhos Regionais, com exceção do Conselho Regional de Lisboa, cujo acesso será na sede da Ordem dos Advogados, devem ser disponibilizados meios informáticos que permitam aos eleitores o acesso à plataforma eleitoral.

6 — O Advogado poderá dirigir-se a qualquer mesa de apoio eleitoral independentemente do Conselho Regional para o qual exerce o seu voto.

Artigo 24.º*Do resultado oficial do apuramento*

1 — O resultado oficial do apuramento será obtido após o encerramento da plataforma eleitoral, através da introdução de 5 das 9 chaves distribuídas nos termos do disposto no artigo 21.º, n.º 2, cabendo aos serviços de apoio técnico a operação de finalização e apuramento, perante a Comissão Eleitoral e os mandatários das listas concorrentes.

2 — Os resultados apurados pela Comissão Eleitoral serão por esta comunicados ao Bastonário, na sede nacional da Ordem dos Advogados, em Lisboa, onde funcionará a assembleia geral sob sua presidência, na presença de um representante de cada uma das listas concorrentes.

Artigo 25.º*Das reclamações no decurso do ato eleitoral*

1 — As reclamações que se suscitarem no decurso do ato eleitoral serão decididas pela Comissão Eleitoral, no prazo de duas horas após a apresentação da reclamação.

2 — Nas decisões das reclamações deverão ser ouvidos os mandatários das listas concorrentes ao mesmo órgão, desde que contactáveis.

Artigo 26.º*Dos recursos no decurso do ato eleitoral*

Da decisão proferida nos termos do artigo anterior, cabe recurso para o Conselho Superior em funções, a decidir no prazo de vinte e quatro horas e sem efeito suspensivo, não podendo participar na deliberação os membros que estejam impedidos por serem candidatos nas eleições.

Artigo 27.º*Da publicação oficial dos resultados eleitorais*

Uma vez recebidos os resultados eleitorais pelo Bastonário, este fará publicar no Diário da República, 2.ª série, bem como, no endereço Internet da Ordem dos Advogados — <www.oa.pt> —, o resultado oficial do apuramento.

CAPÍTULO VII

Regras especiais

SECÇÃO I

Congresso dos Advogados Portugueses

Artigo 28.º

Eleições para o Congresso

As eleições para o Congresso serão realizadas, com as necessárias adaptações, nos termos do disposto neste Regulamento.

SECÇÃO II

Órgãos nacionais

Artigo 29.º

Eleição do Bastonário e do Conselho Geral

A eleição para Bastonário é feita em simultâneo com a eleição para o Conselho Geral, sendo eleita a lista que obtiver mais de metade dos votos validamente expressos, não se considerando como tal os votos em branco e os votos inválidos, e designado como Bastonário o primeiro candidato da lista vencedora.

Artigo 30.º

Segundo sufrágio

1 — Se nenhuma das listas concorrentes a Bastonário e Conselho Geral obtiver o número de votos referidos no artigo anterior, procede-se a segundo sufrágio, a realizar até ao vigésimo dia subsequente à primeira votação, ao qual, concorrem as duas listas mais votadas no primeiro sufrágio, em data a designar pelo Bastonário.

2 — As credenciais a utilizar na votação eletrónica da segunda volta serão as mesmas disponibilizadas para a primeira volta.

SECÇÃO III

Órgãos regionais

Artigo 31.º

Da eleição para os Conselhos de Deontologia

A eleição para os Conselhos de Deontologia é efetuada de forma a assegurar a representação proporcional de acordo com o método da média mais alta de Hondt.

SECÇÃO IV

Delegações

Artigo 32.º

Âmbito do Regulamento

1 — O presente Regulamento aplica-se, com as necessárias adaptações, às eleições das Delegações.

2 — O recurso ao voto eletrónico nas eleições para as Delegações apenas será possível quando o Conselho Geral reconheça estarem reunidos os requisitos para tal caso em que serão aplicáveis as normas previstas para a votação eletrónica nas secções anteriores, com as necessárias adaptações.

Artigo 33.º

Das eleições das Delegações

1 — As eleições para as Delegações deverão realizar-se no período compreendido entre os dias 15 e 30 de novembro do ano imediatamente anterior ao início do triénio subsequente, em data a designar pelo Presidente da Delegação em exercício.

2 — O Presidente da Delegação em exercício deverá fazer-se substituir por membro da Delegação que não seja candidato ao ato eleitoral, e em caso de impedimento de todos deverá designar um advogado inscrito na área da delegação que não faça parte de qualquer lista candidata, vinte dias antes do dia das eleições, que será investido de todos os poderes que tem o Presidente da Delegação no processo eleitoral quando não seja candidato.

3 — O Presidente da Delegação em exercício notificará os advogados da comarca do nome do Advogado que irá dirigir o processo eleitoral, indicando todos os seus contactos.

4 — O Presidente da Delegação em exercício designará a data, hora e local das eleições, de acordo com o disposto no n.º 1 deste artigo e convocará os advogados para o ato eleitoral com pelo menos trinta dias de antecedência.

Artigo 34.º

Capacidade e elegibilidade eleitoral

1 — Possuem capacidade eleitoral ativa e passiva todos os advogados com inscrição em vigor e no pleno exercício dos seus direitos que possam participar na Assembleia Local constituída nos termos do n.º 1 do artigo 60.º do EOA.

2 — Cada advogado eleitor tem direito a um voto.

Artigo 35.º

Apresentação das listas

1 — A candidatura ao ato eleitoral das Delegações será formalizada pela apresentação de uma lista composta por um número mínimo de três e um número máximo de nove elementos, incluindo o Presidente, nos termos da lei.

2 — As listas deverão indicar o candidato a Presidente.

3 — Das listas devem constar apenas os candidatos efetivos à Delegação.

4 — As listas devem ser subscritas por todos os candidatos, devidamente identificados pelo nome e número de cédula profissional.

5 — Nenhum dos candidatos pode integrar mais do que uma lista.

Artigo 36.º

Dos mandatários e das notificações

Com a apresentação das candidaturas deve, igualmente, ser indicado o respetivo mandatário com plenos poderes para decidir, que pode ser um elemento da lista, que indicará o respetivo número de fax ou correio e endereço de correio eletrónico, de onde e para onde deverão ser remetidas todas as notificações e citações.

Artigo 37.º

Prazo e verificação da regularidade das listas

1 — As listas deverão ser apresentadas perante o Presidente da Delegação em exercício, ou o Advogado designado nos termos do n.º 2, do artigo 33.º, até ao décimo dia anterior à realização do ato eleitoral.

2 — Findo o prazo para a apresentação das listas o Presidente da Delegação em exercício, ou o Advogado designado nos termos do n.º 2, do artigo 33.º, verificará a regularidade do processo e a elegibilidade dos candidatos, comunicando a sua decisão à Comissão Eleitoral.

3 — Verificando-se irregularidades processuais, o Presidente da Delegação em exercício, ou o Advogado designado nos termos do n.º 2 do artigo 33.º, mandará notificar de imediato o mandatário da lista respetiva, que deverá supri-las no prazo máximo de 48 horas a contar da notificação, sob pena de rejeição da lista.

4 — Do despacho de rejeição cabe recurso hierárquico obrigatório para o Presidente do Conselho Regional, no prazo de 48 horas, salvo se aquele for candidato a qualquer órgão da Ordem dos Advogados, caso em que deverá delegar essa competência em outro membro do Conselho Regional.

Artigo 38.º

Sorteio e publicidade das listas

1 — Admitidas as listas candidatas, o Presidente da Delegação em exercício, ou o Advogado designado nos termos do n.º 2 do artigo 33.º procederá ao sorteio das letras a atribuir a cada uma das listas admitidas, na presença dos mandatários indicados pelas listas.

2 — Após a admissão das listas candidatas será fornecida ao mandatário de cada lista, uma listagem atualizada dos advogados inscritos na Delegação, com os contactos profissionais constantes da área reservada do site da Ordem dos Advogados.

3 — Até ao quinto dia útil anterior ao da realização das eleições, a Delegação divulga as listas admitidas.

Artigo 39.º

Dos cadernos eleitorais

O Conselho Geral fornecerá, a pedido do Presidente da Delegação em exercício ou do advogado designado para dirigir o ato eleitoral, até 48 horas antes da data designada para a realização das eleições, cadernos eleitorais atualizados dos advogados inscritos na Ordem dos Advogados pela delegação respetiva.

Artigo 40.º

Boletim de voto e forma de votação

1 — Os boletins de voto serão impressos em papel e nele devem constar todas as letras das listas admitidas a sufrágio.

2 — No boletim de voto as listas vêm indicadas por ordem alfabética, seguida de um quadrado à frente para se assinalar com uma cruz a lista escolhida.

3 — A votação é presencial.

Artigo 41.º

Da organização das mesas de voto na sede da Delegação

1 — O número de mesas de voto é fixada pelo Presidente da Delegação em exercício aquando da convocatória para o ato eleitoral, em conformidade com o disposto no n.º 2, do artigo 33.º

2 — A Mesa Eleitoral ou de Voto é composta por um Presidente e dois Secretários, cuja presença é obrigatória durante o funcionamento da mesa de voto, podendo, dependendo das horas de funcionamento da mesa, haver substituições daqueles por outros previamente nomeados.

3 — Não pode haver substituição de qualquer membro da mesa na hora que antecede o fecho das urnas.

4 — Cada lista poderá nomear um representante para estar presente durante todo processo eleitoral.

5 — Os membros da Mesa Eleitoral ou de Voto são nomeados pelo Presidente da Delegação em exercício, ou pelo Advogado designado nos termos do n.º 2 do artigo 33.º, que os indicará de entre os advogados, não candidatos, inscritos na Delegação.

Artigo 42.º

Funcionamento da Mesa Eleitoral ou de Voto

As mesas de voto funcionarão na sede da Delegação, se esta tiver sede própria, ou nas salas de advogados do tribunal da área territorial da Delegação ou em local indicado na convocatória que não seja escritório de algum advogado.

Artigo 43.º

Da distribuição dos cadernos eleitorais pelas mesas

1 — A cada presidente de mesa serão distribuídos os cadernos eleitorais relativos aos advogados com direito de voto.

2 — Aos representantes das listas concorrentes serão disponibilizados para consulta um caderno eleitoral relativo aos advogados com direito de voto e um relativo aos advogados sem direito de voto.

Artigo 44.º*Das formalidades no ato eleitoral*

No ato da votação, verificada a identificação do eleitor e o seu direito a voto pelo presidente da mesa, o secretário da mesa dá baixa do eleitor nos cadernos eleitorais, procedendo-se, de seguida, à entrega ao advogado do boletim de voto, para que este o preencha e o devolva ao presidente da mesa, a fim de ser introduzido na urna.

Artigo 45.º*Da validade dos votos*

São considerados votos em branco os boletins em que não seja assinalada qualquer lista e inválidos aqueles cujo boletim contenha risco, desenho, rasura ou escrito, ou aqueles em que seja assinalada mais do que uma lista.

Artigo 46.º*Contagem dos votos*

1 — Encerrada a votação, o Presidente da Mesa contará os votantes pelas assinaturas constantes da respetiva folha e contará o número de boletins de voto entrados.

2 — Para a contagem dos votos, os respetivos boletins serão examinados e exibidos pelo Presidente, que os agrupará, com a ajuda dos Secretários, em lotes separados, correspondentes a cada uma das candidaturas votadas, aos votos em branco e aos votos nulos.

3 — O resultado do apuramento eleitoral será registado em ata que será assinada por todos os elementos da Mesa de Voto, considerando-se eleito o Presidente e a respetiva lista sobre a qual tenha recaído o maior número de votos.

4 — No caso de empate entre as listas mais votadas, o ato eleitoral repetir-se-á oito dias depois, apenas com a participação dessas listas, sendo eleita a que obtenha mais votos.

Artigo 47.º*Ata eleitoral*

1 — A ata elaborada pelo Secretário da Mesa Eleitoral deverá conter, para além do apuramento final das eleições, os seguintes elementos:

- a) O nome dos membros da Mesa Eleitoral ou de Voto, incluindo os representantes das listas de candidaturas;
- b) A hora de abertura, encerramento e local da votação;
- c) As deliberações tomadas pela mesa;

- d) O número dos advogados que o exerceram o seu direito de voto;
- e) O número de votos obtidos por cada lista;
- f) O número de votos em branco e votos nulos;
- g) Eventuais reclamações e protestos;
- h) As assinaturas de todos os elementos da Mesa Eleitoral na hora do seu encerramento.

2 — Da ata eleitoral serão remetidas cópias ao Presidente do Conselho Regional respetivo e à Comissão Eleitoral.

Artigo 48.º

Reclamações no decurso do ato eleitoral

1 — A Mesa de Voto decide as reclamações apresentadas no decurso do ato eleitoral em conformidade com o disposto no Estatuto da Ordem dos Advogados e no presente Regulamento.

2 — Destas decisões cabe recurso para a Comissão Eleitoral, a interpor no prazo de três dias, por correio eletrónico, para o endereço de e-mail: <comissao.eleitoral@cg.oe.pt>.

CAPÍTULO VIII

Disposições finais e transitórias

Artigo 49.º

Prazos

Todos os prazos previstos neste Regulamento são contínuos, não se suspendendo ao sábado, domingo, dias feriados e férias judiciais.

Artigo 50.º

Da identificação dos eleitores

A identificação dos eleitores será efetuada através da exibição da respetiva cédula profissional.

Artigo 51.º

Revogação

É revogado o Regulamento Eleitoral aprovado em Assembleia Geral de 30 de maio de 2016, Regulamento n.º 602/2016, publicado no Diário da República, 2.ª série, n.º 116, de 20 de junho de 2016.

Artigo 52.º*Direito transitório*

O sistema de votação eletrónica não será aplicável às eleições para as Delegações para o mandato de 2020 a 2022.

Artigo 53.º*Início de vigência*

O presente Regulamento entra em vigor no dia seguinte ao da sua publicação no Diário da República.

31 de julho de 2019. — O Presidente da Assembleia Geral e Presidente do Conselho Geral, GUILHERME FIGUEIREDO.