Data Venia

Revista Jurídica Digital

ISSN 2182-6242 | Semestral | Gratuito
Ano 1 • N.º **01** • Julho-Dezembro 2012

Data Venia
Revista Jurídica Digital

Publicação gratuita em formato digital
Periodicidade semestral
ISSN 2182-8242

Ano 1 ● N.º 01 ● Julho-Dezembro 2012

Propriedade e Edição:
© DataVenia
Marca Registada n.º 486523 – INPI.

Administração:
Joel Timóteo Ramos Pereira

Internet: www.datavenia.pt
Contacto: correio@datavenia.pt

A Data Venia é uma revista digital de carácter essencialmente jurídico, destinada à publicação de doutrina, artigos, estudos, ensaios, teses, pareceres, crítica legislativa e jurisprudencial, apoiando igualmente os trabalhos de *legal research* e de *legal writing*, visando o aprofundamento do conhecimento técnico, a livre e fundamentada discussão de temas inéditos, a partilha de experiências, reflexões e/ou investigação.

As opiniões expressas são da exclusiva responsabilidade dos respectivos autores e não traduzem necessariamente a opinião dos demais autores da Data Venia nem do seu proprietário e administrador.

A citação, transcrição ou reprodução dos conteúdos desta revista estão sujeitas ao Código de Direito de Autor e Direitos Conexos.

É proibida a reprodução ou compilação de conteúdos para fins comerciais ou publicitários, sem a expressa e prévia autorização da Administração da Data Venia e dos respectivos Autores.

A Data Venia faz parte integrante do projecto do Portal Verbo Jurídico. O Verbo Jurídico (www.verbojuridico.pt) é um sítio jurídico português de natureza privada, sem fins lucrativos, de acesso gratuito, livre e sem restrições a qualquer utilizador, visando a disponibilização de conteúdos jurídicos e de reflexão social para uma cidadania responsável.

ÍNDICE

Data Venia 03
Joel Timóteo Ramos Pereira, Juiz de Direito

Responsabilidade Civil por Erro Médico: Esclarecimento/ / Consentimento do Doente..... 05
Álvaro da Cunha Gomes Rodrigues, Juiz Conselheiro

O Interesse no Contrato de Seguro..... 27
Pedro Miguel S.M.Rodrigues, Mestrando em Direito

A Problemática da Investigação do Cibercrime..... 63
Vera Marques Dias, Advogada

Notas sobre o Direito à Subida de Divisão no Futebol Profissional Português..... 89
Sérgio Monteiro, Advogado-Estagiário

O Segredo de Justiça..... 103
Valentim Matias Rodrigues, Oficial de Justiça

A Intervenção da Polícia no Procedimento de Urgência e na Informação Tutelar Educativa..... 137
João Manuel Pereira Duarte, Chefe da PSP

O Crédito Hipotecário face ao Direito de Retenção 151
Maria Conceição da Rocha Coelho, Advogada

A Lista Pública de Execuções..... 179
Armando Branco, Solicitador e Agente de Execução

A evolução da atividade interpretativa do Juiz da União Europeia e a aplicação das teses de Hart e de Dworkin 189
João Chumbinho, Juiz de Paz

Do Processo Especial de Tutela da Personalidade no Projeto de Reforma do Código de Processo Civil 223
Ana Catarina Fialho, Mestranda em Direito

Registo Histórico e Judicial – As Ordenações Afonsinas
Os Juízes, Procuradores e Escrivães nas Ordenações Afonsinas.....243

Data Venia

JOEL TIMÓTEO RAMOS PEREIRA
Juiz de Direito

Data Venia: locução latina, traduzida por *"com a devida vénia"*, representa a expressão respeitosa com que se principia uma argumentação, tese ou sustentação em princípio divergente da do interlocutor, tendo também o significado de *"com o devido consentimento"*.

Outrora muito aproveitada em articulados processuais e também no "teatro" da sala da audiência, começa a ser escassa a sua utilização na prática judiciária portuguesa, em virtude de ter passado a ser indevidamente conotada com uma atitude de subordinação ou humilhação (por graça, favor ou benevolência), que não tem qualquer correspondência com o seu sentido originário.

Pelo contrário, *data venia* encerra a ausência de constrangimento na apresentação de uma posição discordante, desarmónica ou mesmo oposta, mas vincando, com cortesia e nobreza de trato, o respeito devido pelo entendimento contrário, alicerçando-se numa argumentação racional, fundamentada, profusamente justificada e instruída que permite ao interlocutor fazer uma reflexão ponderada e, no respectivo confronto, reconhecer a força da motivação ou sustentar com novos argumentos a sua tese inicial.

É precisamente esse o desiderato da presente revista jurídica digital. Mais do que um simples *ad argumentandum tantum* (o argumentar por argumentar), pretende-se recuperar o espírito originário da *data venia* e disponibilizar um acervo de doutrina, artigos, estudos, ensaios, teses, pareceres, crítica legislativa e jurisprudencial, apoiando igualmente os trabalhos de *legal research* e de *legal writing*, visando o aprofundamento do conhecimento técnico, a livre e fundamentada discussão de temas inéditos, a partilha de experiências, reflexões e/ou investigação, a análise com profundidade pragmática das diversas questões e o apontar de soluções com o adequado senso crítico exigível.

Procurando a sedimentação do conhecimento pela partilha de diversas áreas, formações e actividades, este espaço está aberto à livre participação e debate de todas as profissões ligadas de alguma forma ao mundo do Direito: desde estudantes a professores universitários, de magistrados a oficiais de justiça, de advogados, notários, conservadores, solicitadores, agentes de execução, administradores judiciais, de membros de órgãos de polícia criminal a técnicos de reinserção social, medicina legal, peritos, tradutores ou historiadores do judiciário, passando por assessores ou adjuntos dos órgãos de soberania, bem como qualquer outro profissional de alguma forma relacionado com o universo da Justiça, todos são convidados a intervir neste projecto, que muito nos honrará, pelo privilégio da mais-valia da partilha de cada contributo. Precisamente nesse sentido, este primeiro número tem vincada a abrangência inclusiva a promover.

Resta-me, com *data maxima venia*, convidar o leitor à apreciação e reflexão crítica de cada estudo ora publicado e agradecer o privilégio concedido pelo interesse que a leitura destas modestas linhas já representa.

RESPONSABILIDADE CIVIL POR ERRO MÉDICO:
Esclarecimento / Consentimento do Doente

ÁLVARO DA CUNHA GOMES RODRIGUES
Juiz Conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça
Doutor em Direito

SUMÁRIO:

I. Introdução.
II. Conceito de erro médico e figuras afins.
III. Relevância do erro médico e suas modalidades.
IV. Erro médico e consentimento esclarecido do paciente.

RESPONSABILIDADE CIVIL POR ERRO MÉDICO:

Esclarecimento / Consentimento do Doente

ÁLVARO DA CUNHA GOMES RODRIGUES
Juiz Conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça
Doutor em Direito

I.
Introdução

A presente comunicação [1] será apresentada em linguagem tão acessível quanto possível e em tom coloquial, tendo em vista, especialmente, os que não dominam a temática do direito médico, com particular ênfase em matéria da responsabilidade médica.

Visa o método preconizado, por um lado, não sobrecarregar o auditório com o peso de uma erudição teórica de reduzido valor na prática forense e com uma terminologia hermética e pouco sedutora em palestras que se integram em acções de formação, e por outro, tendo sempre no horizonte que esta acção de formação se destina aos práticos do Foro, especialmente a Magistrados Judiciais e do Ministério Público que, no terreno do exercício quotidiano do seu múnus, terão de lidar com os casos de responsabilidade médica, proporcionar um acervo de conceitos operativos, de proposições científicas e de conexões de sentido entre uns e outros que lhes permitam, na prática, distinguir certas realidades do exercício médico coadas à luz do Direito contemporâneo, com especial reflexo no domínio da Responsabilidade Civil médica.

Foi-me atribuído o tema da Responsabilidade Civil por Erro Médico e sua conexão com melindrosa problemática do Esclarecimento do Doente e o Consentimento deste para os tratamentos e intervenções médico-cirúrgicas.

Começaremos por dizer que o **erro médico,** por muito que impressione**,** é uma realidade conatural ao próprio exercício da Medicina, como todo o erro é inerente à própria actividade humana, ocorrendo com inusitada frequência e provocando, muitas vezes, lesão ou perigo grave para eminentes b ens jurídicos pessoais, tais como a integridade física, a saúde e até a vida do paciente.

Não constitui axiomática verdade que « *errare humanum est*»?

Mas, precisamente porque assim é, não é menos verdade que ao «*errare humanum est*» se usa acrescentar-lhe a expressão «*sed diabolicum perseverare*»!

[1] O texto que ora se publica é o que, com ligeiras alterações, serviu de guião à conferência que proferimos, em 12 de Novembro de 2010, a convite do Centro de Estudos Judiciários, num ciclo de intervenções que aquela prestigiosa Escola levou a efeito no Instituto Bissaya Barreto, em Coimbra. Mantivemos neste escrito, o mesmo tom coloquial que usámos na dita intervenção, por se tornar mais vivo e, por isso, mais convidativo a despertar o interesse do leitor menos familiarizado com a temática médico-jurídica.

Portanto, errar é humano, mas já é diabólico perseverar no erro!

Não obstante esta axiomática verdade, raros têm sido, entre nós, os estudos sobre tal matéria e, sobretudo comunicações científicas médicas e jurídicas que abordem esta temática com a profundidade e autonomia suficientes, raramente se deparando com um artigo de revista ou um livro que a aborde com a clareza indispensável e numa perspectiva técnico-científica, como mais raras, ainda, são as intervenções orais adrede realizadas por especialistas.

Situação tanto mais grave quanto parece haver, entre nós, algum equívoco conceptual entre o **erro médico**, a **negligência médica**, o **evento adverso** e a denominada **violação das *leges artis***.

Tudo é tratado, sobretudo nos meios de comunicação social, sob o denominador comum e estigmatizante de *Negligência Médica*!

Isto apesar da abundante informação noticiosa sobre casos denominados, sem qualquer precisão terminológica também, de *erro médico*.

Tal défice cognitivo prejudica, não apenas aqueles que directa e profissionalmente lidam com a problemática do erro médico, designadamente ao nível clínico e forense, como a todos os que se interessam por questões relacionadas directa ou reflexamente com a saúde e a actividade médica, o que vale dizer que importa a um público cultural e profissionalmente heterogéneo e diversificado já que respeita a um património comum a todos, constituído por bens jurídicos eminentemente pessoais, como a saúde, o corpo e a vida, que são ou podem ser atingidos por erros médicos.

Ninguém desconhece, na verdade, que a medicina dos nossos dias é, cada vez mais, em muitos planos, substancialmente diferente da que foi praticada, ao longo de tantas gerações até cerca, apenas, de um quarto de século.

Diferente nos meios e técnicas que utiliza para a elaboração do diagnóstico, para terapêutica e para o acto cirúrgico, diferente na própria organização dos serviços médicos e paramédicos, com manifesto predomínio para o trabalho interdisciplinar e em equipa, mas, por isso mesmo, diferente também, no plano da responsabilização jurídica dos seus profissionais, tanto na área cível, como na penal e disciplinar.

É evidente que todo este progresso científico-tecnológico, envolvendo técnicas extremamente melindrosas e susceptíveis de produzir efeitos capazes de questionar os valores comummente aceites na sociedade contemporânea, levanta questões até há pouco dificilmente figuráveis, despertando a atenção dos pensadores dos mais variados quadrantes, dos sociólogos, dos cientistas, dos teólogos e, naturalmente, dos juristas.

O médico de cabeceira, o velho e paternal Dr. João Semana, aquele que nos ouvia, circunspecto e abanava a cabeça, sem nada dizer, instituindo o tratamento a partir da sua própria intuição diagnóstica, de experiência pessoal feita, já não existe!

Todos temos, sem dúvida, testemunhado o enorme progresso registado na área das ciências médicas e da tecnologia específica da medicina, no último quartel do século que findou e que continua a registar-se nesta primeira década do século em que vivemos.

São disso mesmo exemplo a inseminação assistida medicamente, a fecundação *"in vitro"*, a detecção de anomalias genéticas por via da amniocentese, as operações de mudança de sexo, os avanços da cirurgia estética e reparadora, designadamente a neurocirurgia, a microcirurgia e a cirurgia a *"laser"*, os progressos registados nas técnicas de cirurgia torácica especialmente a cardiovascular, os enxertos e transplantações de órgãos, os processos de transexualidade, a manipulação genética, o tão falado, recentemente, processo de clonagem dos genes, etc.[2]

[2] Cfr. Jean Penneau *La Responsabilité du Médecin*, Dalloz, col "Connaissance du Droit" 2eme édition, p. 1.

Como escrevemos em outro lugar, mesmo em Portugal, onde, há pouco mais de uma década, o silêncio sobre casos de responsabilidade médica era quase absoluto, é hoje inusitado o fluxo noticioso sobre tal tema, a partir da comunicação social, desde a narração dos casos nos serviços noticiosos televisivos, assim como na imprensa escrita, até à conversa quotidiana da praça pública e no aumento exponencial da litigância nos tribunais.

Para se aquilatar da dimensão da problemática do erro médico e da consequente relevância deste tema, é de toda a conveniência ter em mente a impressionante asserção constante da primeira página de uma obra de indiscutível referência, publicada em 2000 nos EUA pelo Institute of Medicine, intitulada «*To Err is Human: Building a Safer Health System*», que constitui um relatório apresentado pelo *Committee on Quality of Health Care in America*, da autoria de três conceituadas investigadoras. Segundo o referido Relatório, «*more people die in a given year as a result of medical errors than from motor vehicle accidents (43, 458), breast cancer (42, 297), or AIDS (16, 516)*[3]».

II.

Conceito de erro médico e figuras afins

Mas, afinal, o que se há-de entender por erro médico?

Nunca é demais começar por indicar a definição de erro médico delineada por Eberhard Schmidt « Todo o erro, cometido por um médico durante a assistência a um doente, deve ser aqui abordado como sendo um "erro profissional" [Eberhard Schmidt, *Der Arzt im Strafrecht* (Leipzig, 1939, p. 138,)] que, embora de amplitude indesmentível, continua a ser uma definição clássica em que não é difícil entrever que, face a tal conceito, nem todo o erro médico, como falha profissional, assume relevância jurídico-penal ou civil, mas apenas aquele que é susceptível de integrar ou determinar o preenchimento de um tipo de ilícito criminal ou que, pelos danos causados e reunidos os demais pressupostos da responsabilidade civil (ilicitude, culpa e comprovado nexo de causalidade entre os danos e a conduta ilícita), constitua o seu autor no dever de indemnizar.

Por isso, Eb. Schmidt, penalista emérito da Universidade de Leipzig e também médico, escrevia: «*Um procedimento errado pode ficar sem qualquer consequência e, deste modo, ser insignificante do ponto de vista penal.*

Mesmo assim, acrescentava, o «erro *profissional persiste, embora sem relevância penal. Os aspectos da negligência podem não estar presentes*».

O erro médico configura-se, deste modo, como uma falha profissional, independentemente da sua valoração jurídica e, portanto, um erro do ponto de vista técnico.

O erro médico, em si mesmo, isto é, desligado das suas consequências, não releva para o Direito penal ou civil, o que não quer dizer que não seja censurável noutros domínios jurídicos, como, *v.g*, no plano disciplinar, ou até, consoante o circunstancialismo da sua ocorrência, ética e socialmente reprovável.

Por ora, apenas interessa abordar algumas noções conceptuais de erro médico, de modo a pôr em relevo a não uniformidade dos autores no recorte do mesmo conceito, e procurar estabelecer as diferenças entre o erro médico e certas figuras que, com o mesmo, apresentam algumas afinidades.

No traçado conceptual do Prof. José Fragata, o erro em medicina (erro médico), é delineado como «*uma falha, não intencional, de realização de uma sequência de actividades fisicas ou mentais,*

[3] Mais pessoas morrem por ano em resultado de erros médicos, do que de acidentes de viação (43. 458), cancro da mama (42. 297) ou SIDA (16. 516).

previamente planeadas, e que assim falham em atingir o resultado esperado. Sempre que essa falha se não deva à intervenção do acaso»[4].

De acordo com esta definição, para que se possa falar de erro médico, é fundamental a convergência dos seguintes elementos: existência de plano, intencionalidade no seu incumprimento, desvio da sequência das acções previstas, incapacidade de consecução do objectivo proposto e causalidade, vale dizer, que a causa não seja o acaso.

Esta definição é convergente com a que foi traçada por James Reason, aliás citado pelos autores referidos, na sua obra *Human Error* segundo a qual «*an error is defined as the failure of a planned action to be completed as intended (error of execution) or the use of a wrong plan to achieve an aim (error of planning)*».

Os autores citados, ainda na esteira de Reason, distinguem também o erro médico de uma figura afim que é o ***evento adverso*** (*adverse event*), definido pelos autores portugueses citados, como «*qualquer ocorrência negativa ocorrida para além da vontade e como consequência do tratamento, mas não da doença que lhe deu origem, causando algum tipo de dano, desde uma simples perturbação do fluxo do trabalho clínico a um dano permanente ou mesmo a morte*».

Afirmam os autores de "O *Erro em Medicina*" que relativamente ao processo causal do erro, podem considerar-se erros, os resultantes de acções não intencionais em que, por distracção, por má aplicação de regras ou por má deliberação, se falhou o plano, acrescentando, contudo, que no extremo oposto, «*encontram-se os erros que resultam de uma transgressão de regras tidas como recomendáveis ou seguras; estes últimos erros não são desculpáveis, poderiam ser evitados se as regras definidas (estado de arte) tivessem sido seguidas, são portanto violações*», concluindo no sentido de que «*podemos assim falar de «erros honestos», os primeiros, fruto da natureza humana e da nossa característica inseparável que é a de cometermos erros, e os outros, os «erros desonestos» ou violações, que se cometem por imprudência, comportamentos de risco ou desobediências aos preceitos estabelecidos ou boas regras*».

Este conceito de erro médico não é, contudo, unívoco, havendo outras elaborações conceptuais, o que bem demonstra a equivocidade e a fluidez tendencial do próprio conceito.

Assim, só a título de exemplo, referiremos o gizado por Alan Merry e McCall Smith na sua obra *"Errors, Medicine and Law"*, na qual os referidos autores propõem a seguinte noção de erro médico «*an error is an unintentional failure in the formulation of a plan by which it is intended to achieve a goal, or an unintentional departure of a sequence of mental or physical activities from the sequence planned, except when such departures due to a chance intervention*».

Para Germano de Sousa, erro médico é «*a conduta profissional inadequada resultante de utilização de uma técnica médica ou terapêutica incorrectas que se revelam lesivas para a saúde ou vida do doente*»[5].

Tal definição engloba, se bem vemos as coisas, também o erro de diagnóstico, já que, também nesta fase, o médico deve recorrer à técnica adequada para se abalizar a emitir tal juízo, a par, naturalmente, da observância das regras de cuidado.

De acordo com o citado autor, importa «*diferenciar o erro médico culposo do erro resultante de acidente imprevisível, consequência de caso fortuito, incapaz de ser previsto ou evitado*».

Considera, ainda, que não é erro o resultado incontrolável, isto é, o que decorre da situação

[4] JOSÉ FRAGATA E LUÍS MARTINS, *O Erro em Medicina (Perspectivas do Indivíduo. da Organização e da Sociedade)*, Almedina, reimpressão da edição de Novembro/2004, pg. 312/13.

[5] J. GERMANO DE SOUSA, *Negligência e Erro Médico*, Boletim da Ordem dos Advogados, n.º 6, pg 12-14.

incontornável de curso inexorável quando até ao momento da ocorrência a ciência médica e a competência profissionais não dispõem de soluções.

Finalmente, o autor referido exclui ainda do conceito de erro médico o **resultado adverso**, quando o médico emprega todos os meios disponíveis sem obter o sucesso pretendido.

Neste brevíssimo excurso sobre as várias posições sobre o conceito de erro médico, não podíamos deixar de aludir à do Professor da Faculdade de Medicina de São Paulo, Irany Novah Moraes, que à temática do erro médico, dedicou dois extensos volumes sobre as suas múltiplas facetas.

Para o conceituado autor brasileiro, o erro médico é a falha do médico no exercício da profissão, aqui se aproximando significativamente de Eb. Schmidt e de Karl Engisch, excluindo de tão amplo conceito, as falhas da própria natureza, bem como as lesões produzidas deliberadamente pelo profissional para o tratamento de um mal maior, como a amputação de uma perna para o tratamento de um gangrena que, por si só, poderia levar o paciente à morte.

Novah Moraes[6] distingue entre erro propriamente dito e acidente, e entre este conceito e o de complicação.

O **acidente,** para este autor, é «*a ocorrência desagradável não esperada mas previsível, como as intercorrências que acontecem, tanto no processo diagnóstico, como no terapêutico, como são, por exemplo, os acidentes radiológicos, anestésicos e cirúrgicos*».

A **complicação** é «*o aparecimento de uma nova condição mórbida no decorrer de uma doença, devida ou não à mesma causa*».

O referido autor apresenta como exemplos de complicações, o caso do paciente arteriosclerótico, que tendo sido tratado de uma gangrena, falece de enfarte do miocárdio, no dia da alta hospitalar, ou da complicação que ocorre nos doentes mal nutridos no pós-operatório de uma cirurgia abdominal, designada por evisceração, pois a sutura rompe-se e as vísceras ficam expostas.

Todos conhecemos casos de doentes internados, que mercê da sua posição de decúbito dorsal prolongada, são vítimas de embolias fatais por força de coágulos produzidos pela estase em que se encontram, ou de pneumonias por acumulação de muco nos pulmões em caso de supressão ou de diminuição acentuada do reflexo da tosse.

Em todo o caso, importa não olvidar que por detrás de um acidente ou de uma complicação, pode estar um ***erro de percepção ou cognitivo*** [como um erro de diagnóstico, de profilaxia ou de terapêutica decorrente da ausência de conhecimentos técnico-científicos (**ausência de representação da realidade**), da errada interpretação da sintomatologia do paciente ou de dados laboratoriais, imagiológicos ou clínicos (**representação deformada ou distorcida da realidade**)] ou um ***erro de execução***, como o manejo indevido de instrumentos na realização do acto clínico ou cirúrgico ou troca de produtos farmacológicos no tratamento do paciente.

Para além da figura fronteiriça de evento adverso, cujo conceito ficou já consignado, uma outra figura relevante apresenta afinidades com a do erro médico, que é a do risco clínico, definido por J. Fragata como «*a probabilidade de ocorrência de um qualquer evento adverso*».

Segundo o conceituado Professor, as estratificações do risco, actualmente em uso, assumem como únicos determinantes de resultado o chamado risco intrínseco à doença actual (natureza e estado clínico), o risco incremental (devido às co-morbilidades associadas e, embora

[6] IRANY NOVAH MORAES *Erro Médico e a Justiça,* 5ª edição, Editora Revista dos Tribunais, S.Paulo, 2005, pg. 493 e ss.

em menor percentagem, à natureza do procedimento médico ou cirúrgico.

Aqui não se incluem, ainda segundo o mesmo autor, «*aspectos fundamentais como a dificuldade técnica devida, por exemplo, à variação anatómica, à performance do operador ou do hospital, bem como factores complexos de interacção incerta e mesmo o acaso*»

Exemplo característico de situação de maior risco clínico será, ainda segundo o Prof. José Fragata «*operar doentes idosos, com diversas co-morbilidades associadas*»,[7] ou, por exemplo, no que tange aos factores com influência no risco operatório e segundo C. Alves Pereira e José Domingos Vaz, a idade do paciente, o seu estado geral, se a cirurgia é electiva ou urgente, doenças associadas e repercussão sistémica da doença.[8]

A instituição do tratamento ou a decisão cirúrgica, com a eleição dos meios, designadamente anestésicos, será sempre avaliada em função da equação risco-benefício para o doente ou, como afirmam os autores acabados de citar «*a avaliação do risco operatório requer um conhecimento perfeito da história natural da doença, da morbilidade e da mortalidade prováveis, bem como da sua relação com o benefício esperado da operação. É, portanto, uma avaliação que deve ser feita tendo em vista os riscos para o doente quando se tratar cirurgicamente uma doença*».

III.
Relevância do erro médico e suas modalidades

A importância social, médica e mesmo jurídica do erro médico, como é bom de ver, decorre da potencialidade de tal fenómeno causar, no sentido ôntico-fenomenológico do termo, lesão ao corpo ou à saúde do paciente, por acção ou omissão, ou produzir um elevado risco para a integridade física do mesmo.

Por outro lado, é da essência humana a inarredável realidade cristalizada no aforismo latino «*errare humanum est*» e, por isso, como referem José Fragata e Luís Martins «o erro está intrinsecamente ligado à natureza humana e não poderá nunca ser abolido, isto é, os erros são inevitáveis. No entanto, e em relação com o processo de errar, podemos considerar os erros resultando de acções não intencionais em que, por distracção, por má aplicação de regras tidas ou por má deliberação, se falhou o plano[9]».

No plano jurídico-penal, a relevância do erro médico advém, justamente, da susceptibilidade de a conduta médica errada realizar um ou mais tipos de ilícito penal.

Os citados autores dividem a categoria do erro médico em duas espécies, os erros honestos, aqueles que são «*fruto da natureza humana e da nossa característica inseparável que é a de cometermos erros, e os outros, os erros desonestos ou violações, que se cometem por imprudência, comportamentos de risco ou desobediência aos preceitos estabelecidos nas boas regras*».

Permitimo-nos não sufragar a dicotomia terminológica erros honestos/erros desonestos, não apenas pela carga ética negativa que o referido binómio é passível de comportar, sobretudo em matéria como a que está em apreço, mas também por isso que um erro, ainda que negligente ou imprudente, não coenvolve em princípio, na nossa perspectiva, uma atitude de desonestidade intelectual ou moral, antes de descuido (infracção do dever de cuidado objectivo) ou de leviandade, perante o dever-ser jurídico-penal[10] e/ou disciplinar e, portanto, juridicamente censurável, que nada tem a ver com a probidade intelectual ou

[7] Idem, pg. 41.

[8] C. ALVES PEREIRA e J.DOMINGOS VAZ, *Avaliação do Doente Cirúrgico,* in «CIRURGIA (Patologia e Clínica)» obra colectiva sob coord. de C. Alves Pereira e Joaquim Henriques, McGraw -Hill, 2ª ed. 2006, pg. 85.

[9] *O Erro em Medicina*... cit, pg 313.

[10] FIGUEIREDO DIAS, *Temas Básicos da Doutrina Penal*..., cit. pg. 244.

ética do agente médico e, finalmente, porque não cabe qualquer valoração ética do agente ou da sua conduta, no âmbito de uma dissertação de natureza jurídico-penal.

Com o devido detalhe, todavia, apreciaremos o erro cometido por imprudência (erro negligente) com violação das regras de arte médica, em sede de análise dos aspectos jurídico-penais do erro médico!

O erro médico reveste-se, pelo que se deixa exposto, de alta relevância social e ética, além da sua irrefragável projecção no plano jurídico-penal, no condicionalismo que se descreverá adiante, já que é considerado factor determinante de uma morbilidade e mortalidade elevadíssimas, conforme as referidas estatísticas documentam.

Porém, o erro médico só é penalmente relevante, como anteriormente tivemos ocasião de afirmar, quando, por via dele, o médico preenche a factualidade de qualquer tipo de ilícito penal, ou seja, na medida em que tal erro (conduta médica errada) fundamenta a imputação objectiva de um resultado lesivo a essa conduta penalmente punível (realização de um tipo legal doloso, na forma tentada ou consumada, ou de um tipo legal negligente, na forma consumada), como melhor se verá mais adiante.

Aspecto essencial do erro médico é a falta de consciência (focal ou marginal) do mesmo, pelo agente, pelo menos até ao momento em que é praticado, o que, todavia, não significa a ausência da sua previsibilidade abstracta.

Se o agente tiver consciência de que vai cometer uma conduta indevida e mesmo assim se decidir pela sua execução, estaremos, em nossa opinião, ante uma violação consciente das *leges artis*.

Em tal caso, não se pode falar de erro (que pressupõe desconhecimento da realidade, como, por exemplo da existência de uma massa tumoral oculta ou do estado exacto de determinado tecido ou uma deformada representação da mesma realidade), mas, antes, de uma violação deliberada, contrária ou indiferente às regras de arte médica, essencialmente dolosa, em qualquer das modalidades de dolo, com maior frequência, de dolo eventual..

Se o agente não tiver tal consciência, podemos falar de erro médico **com** ou **sem** violação do dever de cuidado, conforme o caso!

Assim, razão inteira assiste a Sónia Fidalgo, Assistente da Faculdade de Direito de Coimbra quando, na sua dissertação de Mestrado, escreve que «*os erros não são cometidos de forma deliberada; eles caracterizam, na sua essência mais pura, a actuação humana e são verdadeiramente inevitáveis, qualquer que seja a actividade exercida pelo homem.*[11]».

Por sua vez, também J. Fragata / L. Martins convergem neste sentido quando, na definição deste conceito, consideram que o erro médico é uma falha não intencional, tal como Alan Merry e McCall Smith ao se referirem à *unintentional faillure.*[12]

Na verdade, uma falha intencional ou consciente, isto é, a representação mental de que a conduta desencadeada é indevida, acompanhada da vontade da sua realização, traduz-se *sempre* numa violação consciente e não num erro no sentido estrito do termo.

Isto não significa, sem mais, que o médico tenha deliberado actuar contra a saúde ou a vida do paciente, pois pode ter praticado o acto médico sem essa intenção, mas consciente de que o que estava a fazer era contrário e *sem fundamento para tal*, às regras da arte médica.

[11] SÓNIA MARIZA FLORÊNCIO FIDALGO, *Responsabilidade penal por Negligência no Exercício da Medicina em Equipa* (dissertação de Mestrado), publicação do Centro de Direito Biomédico/Faculdade de Direito de Coimbra, pela Coimbra Editora, 2008, pg. 28.

[12] ALAN MERRY/ ALEXANDER McCALL SMITH, *Errors, Medicine and law... cit, pg.*74.

Como modalidades mais importantes do erro médico, costumam os autores indicar, entre várias outras, o **engano** (*mistakes*), as **falhas** e os **riscos**.

Outros autores falam de **faltas** ou **lapsos** (*slipses* or *lapses*).

Uma taxonomia quase exaustiva das modalidades do erro médico, da autoria de Lucien Leape e Col. (designada por tabela de Leape) podemos encontrar na obra americana «*To Err is Human, Building a Safe System*» e que se encontra também no nosso idioma noutra obra de mérito da autoria do Professor José Fragata e Luís Martins, O *Erro em Medicina* que basicamente enquadra os erros médicos em quatro grandes categorias: **erros de diagnóstico**, **erros de tratamento**, **erros preventivos** (falhas para providenciar o tratamento profilático adequado e monitorização inadequada ou de seguimento (*follow up*) do tratamento) e **outros erros** (falhas na comunicação, falhas no equipamento e outras falhas no sistema).

Depois deste brevíssimo esboço, necessariamente a traço grosso, sobre o conceito do erro médico e a sua distinção relativamente às figuras fronteiriças de evento adverso (aqui se incluindo os conceitos de acidente e de complicação), negligência médica e violação das *leges artis*, é tempo de questionarmos a relevância do erro médico no plano jurídico e, designadamente, no plano da responsabilidade civil.

Para a cabal resposta a esta questão, é fundamental que se averigue da natureza do erro médico em termos da clássica dicotomia « *matéria de facto*» e «*matéria de direito*».

O erro médico é uma realidade que, por ser ôntico-fenomenológica, releva *in se ipsa* no plano da matéria de facto.

Eberhard Schmidt ensinava que o *Kunstfehler*, neste sentido, não encerra qualquer juízo de valor jurídico, mas é somente uma designação para um facto. Segundo o ilustre penalista e médico alemão, trata-se somente da confirmação, de que num determinado caso particular, algo aconteceu do ponto de vista médico e que, desse mesmo ponto de vista, está errado. (*Der Arzt im Strafrecht*, pg. 137).

Também este continua a ser o entendimento actual de grande parte da doutrina especializada.

Para Romeo Casabona, o erro médico traduz-se num «*defeito de aplicação de métodos, técnicas e procedimentos nas distintas fases de actuação do médico (técnica exploratória, diagnóstico, prognóstico, realização do tratamento)*».

O mesmo autor acrescenta que, de acordo com tal linha de pensamento, o erro médico não supõe uma valoração jurídica, posto que se trata unicamente da comprovação fáctica de que um determinado acto clínico ou cirúrgico não está correcto do ponto de vista técnico.

Não sendo, portanto, uma realidade do mundo do Direito, uma figura jurídica, a verdade é que o erro médico reveste-se, pelo que se deixa exposto, de alta relevância social e ética, além da sua irrefragável projecção no plano jurídico, quer no domínio do Direito Penal, quer no domínio do Direito Civil com reflexos no campo jurídico-administrativo, jurídico-laboral e no domínio do direito disciplinar.

Porém, aqui surge uma questão:

Sendo uma realidade de facto, como releva o mesmo para o Direito?

Já dissemos que no que tange ao Direito Penal, o erro médico só é penalmente relevante quando, *por via dele*, o médico preenche a factualidade de qualquer tipo de ilícito penal em que o bem jurídico tutelado seja a saúde, o corpo ou a vida do paciente, ou a sua liberdade ou autodeterminação, na medida em que tal erro fundamenta a imputação objectiva de um *resultado lesivo* a uma conduta penalmente punível (realização de um tipo legal doloso, na forma tentada ou consumada, ou de um tipo legal negligente, na forma

consumada), como melhor se verá no número seguinte.

Todavia, neste domínio há que ter em atenção que o nosso ordenamento jurídico-penal considera, no art.º 150.º/1 do Código Penal, não haver ofensa à integridade física nos casos de intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos realizados por:

a) Médico ou pessoa legalmente equiparada;

b) Havendo indicação médica;

c) Conformidade com as *leges artis;*

d) Intenção curativa.

No domínio do Direito Civil, que é aquele que ora nos importa mais, atento o tema desta Acção de Formação, o erro médico releva, na medida em que tenha sido condição causal (a apurar mediante as conhecidas teorias da imputação objectiva do resultado à conduta do agente, designadamente a *doutrina da causalidade adequada* e *de incremento de risco* mitigada pela *doutrina do âmbito da protecção da norma*, esta última essencialmente para os casos do ilícito por omissão e imputáveis ao agente a título de negligência).

O erro, como se disse, pressupõe desconhecimento da realidade (*ignorantia*) ou a deformação da imagem da realidade na consciência do agente (erro intelectual ou de percepção) ou, então, pode consistir numa *aberratio ictus* ou erro na execução, vulgarmente conhecido como acidente ou falha humana.

Exemplos de tais erros são os seccionamentos ou perfurações vasculares ou de nervos durante a cirurgia, o rompimento de uma artéria friável, apesar de todos os cuidados do cirurgião, lesões de nervos que podem ocasionar perda definitiva da fala, queimaduras, engano no instrumento utilizado ou no produto químico aplicado, por confusão de rótulos, como há bem pouco tempo aconteceu conforme foi amplamente noticiado, com consequências dramáticas.

Chegados aqui, impõe-se dizer que quando nos referimos aos factores determinantes da responsabilidade médica estamos, como é óbvio, a referir-nos às «*causas*» dessa responsabilidade, sendo certo, todavia que, em bom rigor, causa da responsabilidade criminal é a própria conduta criminosa e, para que esta exista, é mister que haja não apenas uma conduta voluntária, isto é, controlável pela vontade, mas que nela convirjam os restantes pressupostos da punição: *ilicitude*, *tipicidade*, *culpa* e *punibilidade*.

Vale isto por dizer que, relativamente à responsabilidade penal por factos negligentes que integrem os ilícitos típicos de ofensas à integridade física ou de homicídio, interessa à própria estrutura da infracção penal o surgimento do resultado típico, embora em termos puramente dogmáticos nada pareça impedir a criação de tipos legais negligentes de mera actividade ou de omissão pura.

Só que o processo causal naturalístico é uma cadeia de factores ligados, entre si, por um nexo de causa-efeito que, contudo, nem sempre é suficiente, para a atribuição do resultado material à conduta do agente, exigindo-se, antes, a aplicação do *princípio lógico da causalidade*[13] para a atribuição normativa, é dizer, valorativa, do resultado típico ao comportamento do agente.

Tem, assim, inteira razão Sousa Mendes, na sua douta dissertação de Doutoramento, ao referir-se ao denominado princípio lógico da causalidade (quando trata da evolução diacrónica do pensamento penal relevante em matéria da causalidade humana como origem da lesão ou do perigo de lesão dos bens jurídicos), ao escrever que «não pode dizer-se que um golpe causou *naturalmente* a morte da vítima – *natura non facit saltus* – e podemos asseverar que nenhum relatório de perícia médico-legal mencionaria a agressão mecânica como a causa da morte da vítima, mas indicaria antes a própria ferida como a causa do decesso», acrescentando que «no entanto, o princípio lógico da causalidade garante a ligação do

[13] PAULO DE SOUSA MENDES, in *O Torto Intrinsecamente Culposo como Condição Necessária da Imputação da Pena* (dissertação de Doutoramento), Coimbra Editora, 2007, pg. 327.

golpe (movimento corporal) com a morte da vítima (modificação do mundo externo penalmente relevante) em conformidade com a velha máxima segundo a qual também a causa da causa é causa causante *(causa causae est causa causati)*».[14]

Deste modo, os diversos factores que, emergindo no âmbito da actividade hospitalar contemporânea, podem determinar, por integração no processo causal, a produção de lesão à integridade física ou à vida, são aqui considerados como «causas», ou melhor, como factores determinantes dos referidos resultados, pelo elevado risco de produção de tais resultados que conlevam, riscos esses que, infelizmente, não raro, se materializam em danos irreversíveis para os bens jurídicos indicados.

Já se deixou perceber – pensamos – que o erro médico apenas assume relevância em termos de responsabilidade civil quando através dele resulte um dano ou prejuízo no caso da responsabilidade civil e, mesmo assim, quando se verificarem os restantes pressupostos da responsabilidade civil extracontratual.

No caso da responsabilidade penal, desde que se verifique o resultado típico, a lesão ou perigo de lesão da integridade física (corpo ou saúde/ art.ºs 143.º e segs do C. Penal) ou da vida (art.ºs 131.º e segs. do Código Penal), mas sempre tendo em atenção que se verifica exclusão da tipicidade do crime de ofensas à integridade física se se verificar a cumulação dos requisitos exigidos pelo art.º 150.º, n.º 1 do mesmo Código.

Porém, aqui chegados, impõe-se uma explicação!

Poderá parecer estranho, *primo conspectu*, que numa intervenção que deveria versar a responsabilidade civil por erro médico, se tenha dado tanta relevo a aspectos da responsabilidade penal médica.

A explicação é simples!

Desde o advento do Código Penal de 1982, cujo anteprojecto foi de autoria do saudoso Professor de Coimbra, Eduardo Correia, o Direito Médico em Portugal encontra nos preceitos daquele diploma legal que à matéria da responsabilidade médica concernem, a verdadeira e mais avançada matriz normativa, de tal forma que seria impossível que se não tivessem presentes tais preceitos no tangente, quer à responsabilidade civil do médico, *maxime* à responsabilidade extracontratual médica, quer à responsabilidade disciplinar de tais profissionais de saúde.

Os conceitos normativos de *intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos* (art.º 150.º/1), de *violação punível das leges artis* (art.º150.º/2) de *consentimento esclarecido ou informado* (art.º 156.º) e do próprio *dever de esclarecimento* (art.º 157.º) gizados pelo nosso Código Penal, que mereceram de reputados penalistas de vários países europeus, da envergadura do alemães Albin Eser e Klaus Ulsenheimer, além do internacionalmente renomado Professor de Munique, Claus Roxin, as mais vivas saudações, oferecem ao Jurista luso um respaldo seguro e de acordo com as mais modernas e abalizadas concepções doutrinárias médico-jurídicas, que não se limitam à jurisdição penal, antes se consubstanciam como bordão seguro para quem se afoita nos terrenos movediços ou pelas emaranhadas ramagens da difícil matéria da responsabilidade médica.

Em matéria de responsabilidade civil contratual não está o paciente, se for Autor, dispensado de alegar a factualidade integrante da acção ou omissão médica, mas já terá facilitada a matéria relativa à culpa, posto que, como se sabe, neste domínio existe o princípio da inversão do ónus da prova da culpa consagrado, entre nós, no art.º 799.º/1 do Código Civil, segundo o qual «*incumbe ao devedor provar que a falta de cumprimento não provem de culpa sua*».

[14] Ibidem.

Todavia, seria estultícia grave pensar que a responsabilidade civil médica, tanto a contratual como a extracontratual ou aquiliana, se compadecem com a aplicação pura e seca das matrizes legislativas dos nossos compêndios substantivos civil e penal.

Na responsabilidade médica é de capital importância ter-se presente que, como ensina a penalista espanhola Maria del Carmen Gómez Rivero na sua obra de referência *La Responsabilidad Penal del Médico*, que «*todos os pressupostos da responsabilidade do médico decorrem sob o signo da* ***circunstancialidade,*** *daqui decorrendo a impossibilidade de firmar em regras fixas a relatividade dos aspectos a ter em conta na hora de realizar o acto médico*»[15]

Efectivamente, todos nós já ouvimos a conhecida expressão «*não há doenças, há doentes*», com isto pretendendo significar que cada organismo responde individualmente à doença e ao tratamento médico.

Todos sabemos que a evolução das patologias, designadamente as infecciosas, do foro cárdio e cérebro vascular, nas crises epidémicas etc., depende muito da constituição do paciente, dos seus factores hereditários, do seu estado orgânico e nutricional, dos seus antecedentes nosológicos, dos seus hábitos e vícios, etc., a par de reacção variada e individual aos medicamentos e outros produtos farmacológicos, as respostas do foro imunológico, as idiossincrasias de cada paciente e vários outros factores que seria fastidioso aqui enumerar.

Do exposto resulta, em primeiro lugar, que não pode um caso de responsabilidade médica e, designadamente, o apuramento do erro médico, ser julgado com a relativa simplicidade de um vulgar caso de responsabilidade civil, como, em geral, de um acidente de viação.

Já no recuado ano de 1978, o então jovem Juiz-Estagiário, Dr. António Henriques Gaspar, hoje Ilustre Juiz Conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça[16], referindo-se à culpa médica, escrevia, num seu estudo de referência intitulado «*A Responsabilidade Civil do Médico*» o seguinte:

«Em termos gerais, ter agido culposamente significa ter o médico actuado de tal forma que a sua conduta lhe deva pessoalmente ser censurada e reprovada, isto é, poder-se determinar que, perante as *circunstâncias concretas de cada caso*, o médico obrigado devia e podia ter actuado de modo diferente. Diversamente, a actuação do médico, não seria culposa quando, consideradas as circunstâncias de cada caso, ele não possa ser reprovado ou censurado pelo modo como actuou»[17] (sublinhado nosso).

Não podemos alongar-nos demasiado no estudo da responsabilidade civil médica, não só porque nesta mesma sessão, outras intervenções terão lugar sobre o específico tema da responsabilidade civil médica, mas também porque o tempo concedido para uma intervenção sobre o erro médico, não consente que nos afastemos do nódulo central desta programática.

De todo o modo, será útil recordar que o Doutor Cunha Gonçalves, consciente das espinhosas dificuldades em matéria de responsabilidade por erro médico, especialmente por erro de diagnóstico, escrevia no longínquo ano de 1940, no seu monumental Tratado de Direito Civil:

«O erro de diagnóstico não é necessariamente culposo; porque a ciência do médico é incerta e conjectural; Há, infelizmente, doenças distintas com síndromas similares; e, assim, não é de estranhar que um médico se equivoque, logo de entrada, sobretudo quando não possui larga

[15] MARIA DEL CARMEN GOMEZ RIVERO, *La Responsabilidad Penal del Medico*, Tirant lo Blanch (Tratados), 2003, pg. 334.

[16] Presentemente, o Conselheiro Henriques Gaspar é um dos Vice-Presidentes do Supremo Tribunal de Justiça, eleito pelos seus Pares.

[17] ANTÓNIO SILVA HENRIQUES GASPAR, *A Responsabilidade Civil do Médico* , Col. Jur, ano III (1978), T1, pg. 335 e segs.

experiência e aquela intuição que é o raro dote das celebridades profissionais.

Outras vezes, em certos doentes, por motivos inexplicáveis, a doença adquire grande virulência, em marcha galopante, como na septicémia e na urémia, de sorte que, ou todos os esforços do médico se tornam ineficazes, ou este nem sequer tem vagar para assentar num diagnóstico exacto e empregar adequado tratamento».[18]

Por isso, há que ter presente sempre, na aferição do cumprimento das *leges artis*, que, não raro, o médico pode em determinado caso concreto ter tido a necessidade de se afastar do cumprimento das *guide lines* e dos protocolos médicos, até dos tratados médicos e da casuística semelhante, para instituir o tratamento tido por conveniente para aquele caso.

Haverá, nesse caso, violação das *leges artis*?

Para cabal resposta a esta questão, importa antes do mais averiguar de que realidade falamos, quando se fala das leis da arte médica.

Não temos tempo para, nesta intervenção, discorrermos sobre o controverso conceito das *leges artis medicinae*.

Diremos apenas, *brevitatis causa*, que por tais regras de arte médica se entende «*um complexo de regras e princípios profissionais, acatados genericamente pela ciência médica, num determinado momento histórico, para casos semelhantes, ajustáveis, todavia, às concretas situações individuais. Em caso de não se ter em conta uma determinada situação individual, a designação apropriada será a de leges artis medicinae, não se vendo qualquer adequação na utilização da locução latina «ad hoc».*

Trata-se, enfim, na expressão anglo-americana tão em voga nos tempos hodiernos, das regras do know-how sobre o tratamento médico que devem estar ao alcance de qualquer clínico no âmbito da sua actividade profissional.

Regras de índole não exclusivamente técnico-científica, mas também deontológicas ou de ética profissional,[19] *pois não se vislumbra qualquer razão, antes pelo contrário, para a exclusão destas da arte médica*».

Se neste complexo de regras ou normas (não necessariamente jurídicas, mas técnicas – embora nada obste a que uma regra técnica médica seja acolhida pelo Direito e *juridificada*, isto é, tornada obrigatória mediante a estrutura de norma jurídica, com as inerentes características de generalidade, abstracção e coercibilidade – ou deontológicas), se incluir o princípio hipocrático de «*primum non nocere*» (em prmeiro lugar, não prejudicar o doente), facilmente nos aperceberemos de que situações existem em que o médico pode e deve se afastar de determinados padrões de tratamento, se constatar que tais terapêuticas ou aplicação de meios de diagnóstico podem se revelar perigosas ou contra-indicadas para o paciente, devendo nesse caso registar no processo clínico do paciente, para a sua salvaguarda e memória futura, a opção por meio diverso com a devida fundamentação.

A observância das *leges artis* exclui, em princípio, o chamado erro médico (*ärztliche Kunstfehler*), designadamente na sua modalidade, porventura a mais relevante, de "erro de tratamento" (*Behandlungsfehler*) definido por Schwalm como «*o tratamento médico não indicado ou realizado de modo não conforme à técnica curativa adequada a uma determinada finalidade*

[18] LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil,* vol. XII, pg. 154.

[19] Já nos afastados anos 60 o Professor espanhol Pedro Pons escrevia: «O extraordinário progresso científico experimentado pela Medicina nestas últimas décadas não afrouxou o sentido humano e tradicional da profissão médica. Apesar destes avanços, a prática diagnóstica, desde o interrogatório até ao exame do doente e as análises laboratoriais, conservam o mesmo sentido hipocrático de outrora. Em contraste com a perdurabilidade da arte clínica, os modernos programas do ensino da Medicina, orientam-se para a criação de novas perspectivas, algumas eivadas de acentuada tendência experimental, com o consequente menosprezo das tradicionais que, apesar de tudo, conservam actualidade permanente» (A. PEDRO PONS, Prólogo à obra de SURÓS, Semiologia Médica, Salvat Editores, Madrid, Barcelona, VII).

terapêutica, segundo os conhecimento da ciência médica, tendo em conta as circunstâncias cognoscíveis do caso concreto no momento do tratamento; e a omissão do tratamento curativo correcto, que se afigure como objectivamente indicado à obtenção de uma determinada finalidade terapêutica – segundo os conhecimentos da ciência médica – nas circunstâncias do caso concreto e no momento necessário, desde que seja possível a realização do omitido».[20]

Após tudo o que exposto foi, cremos possível e desejável extrair as seguintes notas conclusivas sobre a relevância jurídico-civil e jurídico-penal do erro médico:

a) O erro médico que não produza resultado lesivo ou ponha em perigo grave de lesão a saúde ou a vida do paciente é irrelevante para o direito penal ou civil.

b) O erro médico que não tenha sido fruto de violação de dever de cuidado, e não obstante toda a diligência possível do médico, tenha ocorrido, não pode ser penal ou civilmente relevante, por inexistência dos respectivos pressupostos de responsabilidade.

c) A conduta médica errada que, no exercício da actividade médica que se mostre indicada para o caso, tenha observado as *leges artis*, seja realizada por médico ou pessoa legalmente autorizada e com intenção curativa, *ainda que produza resultado infausto*, é penalmente irrelevante dada a **atipicidade criminal** de tal conduta, mas no plano jurídico-civil tudo dependerá das circunstâncias concretas na apreciação da ilicitude e da culpa.

d) O erro médico que resulte da (ou coenvolva a) violação das *leges arits*, será penalmente relevante se dele resultar lesão da integridade física/vida do paciente, desde que ocorram os restantes pressupostos de punição.

   No plano jurídico-civil, relevará desde que o resultado danoso seja objectivamente imputável à conduta errada e tal conduta seja censurável ao agente a título de dolo ou de negligência.

Uma observação pertinente é a que diz respeito à prova do erro médico, *rectius*, de que a conduta médica em apreciação foi errada (erro de diagnóstico, erro de tratamento ou erro de execução).

A quem cabe o ónus de tal prova?

Sabemos que no domínio da responsabilidade extracontratual, delitual ou aquiliana, cabe ao lesado a prova de que o autor da lesão (no caso, o médico) não actuou com a diligência que um médico nas suas condições e com as suas habilitações teria actuado – art.º 487.º, n.os 1 e 2 do Código Civil.

Este critério aferidor do «*bonus pater familias*» ou do homem mediano e prudente, é, no caso do exercício da medicina, referido ao médico razoavelmente prudente, o «*reasonable doctor*» do direito anglo-saxónico.

Haverá sempre que ter em conta que ao especialista se exigem mais conhecimentos do respectivo domínio do que ao de clínica geral e que ao médico de uma aldeia não são exigíveis os apurados conhecimentos e técnicas dos médicos que exercem nos grandes centros hospitalares das cidades, com meios de diagnóstico sofisticados e com equipas multidisciplinares variadas.

Também é ao lesado que compete, como factos constitutivos do seu direito, alegar e provar a conduta do médico e que a mesma era contrária ou divergente daquela que se impunha na ocasião e perante as circunstâncias concretas do caso.

No caso da responsabilidade contratual, temos presente que nos termos do art.º 799.º/1 do

[20] G. SCHWALM, *Zum Begriff und Beweis des ärztlichen Kunstfehlers*, Bockelmann -F. S., apud. A. Jorge Barreiro, *La Imprudencia Punible*... cit., p. 44.

Código Civil incumbirá o devedor (médico) provar que a falta de cumprimento ou o cumprimento defeituoso da obrigação não procede de culpa sua.

Porém, como recorda Henriques Gaspar, «o art.º 799.º, n.º 1 do C. Civil apenas diz que o defeituoso cumprimento se presume proceder de culpa do médico (devedor), mas pressuposto desta presunção é o próprio defeito do cumprimento que tem, naturalmente, de ser provado por quem o invoca – o doente-credor. E a prova deste defeito será, no domínio da responsabilidade médica, seguramente, a mais difícil de obter»[21].

Ora o erro médico insere-se na conduta que causa o defeito de diagnóstico, de prescrição do tratamento ou de execução do mesmo (tratamento em sentido amplo) logo cabendo ao doente a prova de que tal tratamento, em sentido amplo, estava errado.

Cremos ter tratado do erro médico de forma a transmitir-vos um conceito operativo desta figura que pode revestir-se de utilidade nos vossos trabalhos profissionais quer na área cível, quer penal.

IV.
Erro médico e consentimento esclarecido do paciente

Dito isto, é tempo de nos interrogarmos sobre o que é que o erro médico tem a ver com o consentimento do doente, como refere o tema que nos foi confiado.

Claro que, como é de primeira evidência, ninguém consente no erro médico, pelo que o consentimento do paciente ou do seu legal representante há-de incidir sobre o tratamento ou intervenção médico-cirúrgica, em que uma situação de erro pode ocorrer.

E aqui chegados, mais uma vez se impõe que façamos uma cisão entre a realidade normativa jurídico-penal e a jurídico-civil.

É do conhecimento geral que o nosso ordenamento jurídico-criminal, neste concreto aspecto, é dos mais avançados da Europa, pois enquanto a generalidade dos Estados considera que a realização dos tratamentos médicos realizados sem o consentimento do paciente é passível de integrar o crime de ofensas à integridade física, tanto o Código Penal Português de 1982 (com as diversas alterações legislativas a que foi sujeito) como o Código Penal austríaco (§100 do ÖStGB), gizaram um tipo legal de crime em que o bem jurídico tutelado, quando ocorre a falta de consentimento do paciente, não é o corpo, a saúde ou vida do paciente, mas sim a autodeterminação do mesmo, o direito de dispor livremente sobre o seu corpo.

Assim ocorre, porque um dos deveres que impende sobre o médico é o **dever de esclarecimento** (*Aufklärungspflicht*, no direito germânico), justamente em homenagem à liberdade e ao consequente direito à autodeterminação sobre o seu corpo a até sobre a sua vida, que é reconhecido a toda a pessoa humana.

Dispõe o artigo 157.º do Código Penal, que podemos considerar o arquétipo normativo nesta matéria, que o consentimento só é eficaz quando o paciente tiver sido *devidamente esclarecido sobre o diagnóstico e a índole, alcance, envergadura e possíveis consequências da intervenção ou do tratamento* ressalvando *as situações em que a comunicação de tais circunstâncias podem colocar em perigo a vida ou, de forma grave, a saúde (física e psíquica) do mesmo.*

Por sua vez, o C.D.O.M. anterior impunha ao médico o dever de procurar esclarecer o doente, a família ou quem legalmente o represente, acerca dos métodos de diagnóstico ou de terapêutica que pretende aplicar, concretamente, impõe ao médico

[21] H.GASPAR, Op. cit, pg. 345.

o dever de revelar ao doente o prognóstico e o diagnóstico, salvo se o médico, por motivos que em sua consciência julgue ponderosos, entenda que o não deve fazer.

O novo CDOM (Regulamento 14/2009, de 13.01.2009) veio estatuir no seu art.º 50.º o seguinte:

> *«1- O diagnóstico e o prognóstico devem, por regra, ser sempre revelados ao doente, em respeito pela sua dignidade e autonomia.*
>
> *2 - A revelação exige prudência e delicadeza, devendo ser efectuada em toda a extensão e no ritmo requerido pelo doente, ponderados os eventuais danos que esta lhe possa causar».*

Do cumprimento deste dever de informação, melhor, do dever de esclarecimento,[22] depende a validade do consentimento do paciente pois, como resulta óbvio, só um consentimento estribado no conhecimento e compreensão do significado, alcance e riscos da intervenção médica (para efeitos de simples diagnóstico ou terapêuticos) poderá ser excludente da tipicidade do ilícito penal das intervenções ou tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários (artigo 156.º) ou justificativo de ofensas corporais, v. g., em caso de violação das *leges artis* (artigo 150.º *a contrario)*.

Com efeito, como adiante melhor se verá, para que qualquer tratamento ou intervenção médica não se considere ofensa à integridade física são necessários quatro requisitos cumulativos: ser efectuado por médico ou pessoa legalmente autorizada, com intenção curativa, ser medicamente indicado e ser realizado *lege artis*.

Se este último requisito faltar (ou qualquer dos outros três) estaremos perante ofensas corporais ***típicas***[23], que poderão, todavia, ver excluída a sua ilicitude através do consentimento válido do ofendido, *in casu* do paciente (artigos 31.º n.ºs 1 e 2 al. d) e 38.º do Código Penal) ou de outra causa de justificação.

A partir dos finais do século XIX, a doutrina alemã começou a falar do *Aufklärungspflicht*, tendo esta temática conhecido largo desenvolvimento jurisprudencial neste país, como em vários outros, designadamente na França e nos Estados Unidos.

Agustín Jorge Barreiro formula as seguintes considerações esquemáticas sobre o dever de esclarecimento, que não resistimos a transcrever:[24]

a) Há-de ser o médico que conhece o estado do paciente quem deve informá-lo sobre o alcance da intervenção cirúrgica;

b) Estamos perante um dever relacionado com o respeito pela liberdade do paciente, que deve ser cumprido pelo médico – pelos seus conhecimentos profissionais – numa situação de primazia. Nesta perspectiva, verifica-se a íntima relação entre a exigência de esclarecer o paciente e o seu direito à autodeterminação, isto é, em definitivo, com a sua dimensão constitucional, como é a relacionada com a liberdade e dignidade pessoais;

c) O dever de esclarecimento pode supor uma base contratual entre o paciente e o médico que vincule este a informar o doente sobre o

[22] Preferimos abertamente a expressão *"dever de esclarecimento"* à de *"dever de informação"*, já que não é uma simples informação superficial, mero cumprimento formal de uma imposição legal que está em causa.

Para o paciente poder prestar validamente o seu consentimento, deve o mesmo ser convenientemente esclarecido sobre o diagnóstico, a índole, o alcance, a envergadura e as possíveis consequências da intervenção ou tratamento, como dispõe o artigo 157.º do nosso Código Penal.

A latitude de tal informação variará de acordo com a própria preparação psicológica e cultural do paciente, não se estabelecendo grelhas pré-fixadas ou "standardizadas".

Por isso as "meias verdades" ou as *soft answers* (respostas adocicadas) não integram o esclarecimento para efeitos de consentimento penalmente relevante.

A expressão "dever de informação" é decorrente da locução inglesa *informed consent*, traduzida em português por "consentimento informado" devendo, como se referirá mais adiante, ser substituída com vantagem por "consentimento esclarecido" a que, como reverso, corresponde o pertinente dever de esclarecimento.

[23] Isto é, que se inserem no desenho legal (tipo legal) do crime de ofensas á integridade física.

[24] A. Jorge Barreiro, *La Imprudencia Punible en la actividad medico-quirurgica*, Tecnos, Madrid, 1990, p. 89.

tratamento médico a realizar, podendo dar lugar, em caso de incumprimento, a uma indemnização pelos prejuízos decorrentes; e

d) O dever de esclarecimento do médico possui especial significado no âmbito penal: a informação médica, indicada por exigências terapêuticas é exigível ao médico no exercício das suas funções para cumprimento dos seus deveres de diligência. No entanto, este mesmo autor reconhece que, nesta perspectiva, abre-se caminho na doutrina penal moderna para a ideia de que tal esclarecimento médico é, para ele, mais uma carga (*Aufklärungslast)*, do que uma mera obrigação legal.

Quanto ao objecto do esclarecimento, pode dizer-se que o mesmo se refere, na sequência dos exames médicos, à situação do paciente e da intervenção médica como tal.

A informação do médico deve ser encaminhada de forma a dissipar as dúvidas e formular oportunas explicações sobre o diagnóstico e o tratamento (processo, riscos, consequências acessórias, diagnóstico, prognóstico e alternativas de tratamento).[25]

Relativamente à extensão do dever de esclarecimento, diz A. Barreiro, que nesta matéria seguimos de perto, que há que ter em conta que ***o consentimento do paciente se estende até onde de acha esclarecido***. Desta forma, segundo este autor, deve haver um equilíbrio entre o respeito pelo direito de autodeterminação do doente e a exigência de "*uma carga razoável*" sobre o médico e, sobretudo, pela necessidade de protecção da saúde (e da vida) do enfermo.

O que por todos é aceite é que em caso algum estará o médico obrigado a discutir todos os detalhes possíveis inerentes à execução de qualquer tratamento médico-cirúrgico.

Não se requer, da parte do médico, uma dissertação técnico-científica sobre a moléstia e o tratamento do paciente, nem é aconselhável o uso de terminologia técnica ou uma linguagem hermética inacessível à generalidade das pessoas.

Tal forma de expressão desvirtuaria, antes do mais, a própria finalidade do esclarecimento que é de permitir a livre e consciente decisão do destinatário do esclarecimento.

Porém, é fundamental esclarecer o paciente acerca do seu diagnóstico, dos riscos de atraso ou da falta de tratamento, das possibilidades de cura ou de melhoria, dos riscos habituais (não meramente acidentais) do tratamento e outros aspectos que o doente pretenda saber para se decidir de forma livre e esclarecida.

Agustín Barreiro sugere que, para a delimitação do conteúdo do dever de esclarecimento médico, se tenham em conta os seguintes factores:

a) De carácter subjectivo:

O médico deve informar o paciente ponderando determinados factores subjectivos concorrentes, como o nível cultural, a idade, a situação pessoal, familiar, profissional e social do doente.

É esta também a posição de Eb Schmidt na sua já clássica obra *Der Arzt im Strafrecht.*[26]

Adverte o autor espanhol citado que neste contexto, particular relevância terá o esclarecimento sobre a incidência do tratamento no plano da actividade profissional do paciente, pois poderá condicionar o seu consentimento.

b) De carácter objectivo:

Ainda segundo o autor que vimos de referir, o grau de precisão do esclarecimento deve estar, segundo importante sector da doutrina penal, em

[25] Idem, ibidem.

[26] Eb. Schmidt, *Der Arzt im Strafrecht*, Leipzig, 1939, Verlag von Theodor Weicher,1939 p. 103.

razão inversa da urgência do tratamento que se mostra medicamente indicado.

De entre os factores objectivos, contam-se, além do mais, um maior ou menor perigo da intervenção médico-cirúrgica, a maior ou menor oportunidade de esclarecimento tendo em conta a gravidade da situação, etc.

Desta forma, a informação deverá ser tanto mais ampla quanto menos urgente for e menos indicado se mostrar o tratamento médico.[27]

Ponto que merece particular detalhe é a questão da inclusão do diagnóstico no dever de esclarecimento do médico.

A este propósito, Costa Andrade anota que a jurisprudência e os autores alemães têm-se mostrado preocupados em saber *se o diagnóstico deve ou não figurar entre os tópicos cujo esclarecimento é pressuposto de um consentimento eficaz; e, para a hipótese afirmativa, em que medida a comunicação do diagnóstico deve ceder face às contra-indicações ou perigos que ela comporta, questão já mais directamente atinente ao problema de* privilégio terapêutico.[28]

E mais adiante, após afirmar que a jurisprudência alemã dos tribunais superiores vêm-se pronunciando afirmativamente, citando mesmo o caso de uma velha decisão do R.G. (1932) que sentenciou *«mesmo no caso das doenças mais graves, como o cancro, o paciente tem interesse e assiste-lhe o direito de ser informado com verdade sobre a natureza do seu mal».*

O mesmo ilustre Professor acrescenta: *«a jurisprudência vem, contudo, evoluindo para posições mais mitigadas, aproximando-se tendencialmente da doutrina maioritária. De acordo com o* Strahlen-Urteil, *já será lícito-- mas só será lícito -- ocultar o verdadeiro diagnóstico nos casos em que a comunicação da doença viesse a produzir* "um dano grave e irreversível para a saúde do paciente". *São, precisamente, o compromisso e o relativismo que, em geral, caracterizam as respostas da doutrina, sendo cada vez mais raras as posições extremadas.*[29]

Em Portugal a questão não se coloca, já que tanto a lei penal (artigo 157.º do C. P.) como a norma deontológica (artigo 50.º n.ºs 1e 2 do C.D.O.M.), como se disse, impõem ao médico o dever de revelar ao doente o diagnóstico, embora exceptuando as situações de privilégio terapêutico.

Impõe-se notar que o *privilégio terapêutico* a que se refere o artigo 157.º do Código Penal é exclusivo do diagnóstico, isto é, fica o médico dispensado de revelar o diagnóstico ao doente quando tal revelação seja susceptível de pôr em perigo a vida deste ou de lhe causar grave dano à saúde.

Sucede, porém, que também fora do âmbito do diagnóstico releva a questão do privilégio terapêutico, onde assume autonomia dogmática e relevo prático-jurídico.[30]

É o caso da revelação dos riscos de uma operação cirúrgica melindrosa, a uma pessoa, cuja sucumbência ou grave dano para a saúde seja previsível perante tal revelação.

Parece que, dada a identidade dos potenciais efeitos decorrentes de semelhantes revelações (risco de vida ou de dano grave para a saúde do paciente), o tratamento jurídico-penal deve ser também idêntico pois, em ultima instância, o legislador procura acautelar a própria saúde e vida do indivíduo, sem o que não fará sentido, sequer, falar em direito à autodeterminação do paciente.

Há aqui um nítido *favor vitae vel salutis*, perfeitamente consentâneo com a dignidade da pessoa humana, de que, aliás, é tributário, pois de

[27] A. J. Barreiro, op. cit., p. 93.

[28] Costa Andrade, *Consentimento e Acordo em Direito Penal (Contributo para a Fundamentação de um Paradigma Dualista)*, Dissertação de Doutoramento, Coimbra Editora, 1991, p. 460, nota de rodapé 292.

[29] Idem, ibidem.

[30] Costa Andrade, *Consentimento e Acordo*, p. 461, nota 293.

outra forma verificar-se-ia uma hetero-colocação em perigo do paciente pela ordem jurídica através do próprio médico, o que seria insustentável.

Costa Andrade explica: «O *esclarecimento não tem de obedecer a um modelo único de densidade e de intensidade. Ele pode ser* reduzido *em maior ou menor medida ou ser, pura e simplesmente* recusado. *E isto logo em nome do* "favor vitae vel salutis" *que aflora em muitos outros aspectos do regime jurídico-penal das intervenções médico-cirúrgicas.*

Uma experiência que pode ditar a não comunicação dos factos ou circunstâncias quando o seu conhecimento pelo paciente pode pôr em perigo a sua vida *ou* integridade física. *É a este propósito que se fala em* privilégio terapêutico, *uma ideia a que a lei penal portuguesa acordou guarida expressa ao dispensar a* "comunicação de circunstâncias que, a serem conhecidas pelo paciente, poriam em perigo a sua vida ou seriam susceptíveis de lhe causar grave dano à saúde, física ou psíquica"».[31]

No domínio do Direito Civil, é na área das causas de exclusão da ilicitude ou causas de justificação, que o consentimento do paciente ganha relevo (art.º 340.º do C. Civil).

Como ensinou o Professor Antunes Varela, que definiu o consentimento do lesado como a «*aquiescência do titular do direito à prática do acto que, sem ela, constituiria uma violação desse direito ou uma ofensa da norma tuteladora do respectivo interesse*» (A. Varela, *Das Obrigações em Geral*, I. 10ª edição, pg.560)

Mas o saudoso Mestre de Coimbra vinca nas suas lições, de referência indiscutível, que ressalvado fica o caso de o acto autorizado ser contrário a uma proibição legal (*v.g.*, por constituir um crime ou infringir os bons costumes).

Também neste domínio a lei consagrou *expressis verbis* o consentimento presumido, nos temos do n.º 3 do referido art.º 340.º do C. Civil.

Apesar do que fica dito, é, no entanto, de primordial importância ter presente que o consentimento prestado pelo paciente, normalmente documentado em impressos previamente elaborados pelas clínicas, hospitais e até consultórios médicos com vista à defesa contra a invocação de eventual arbitrariedade no tratamento, tem como objectivo o tratamento ou intervenção médico-cirúrgica, incluindo os exames ou outros meios de diagnóstico nos laboratórios ou estabelecimentos em exames imagiológicos, ultrassonográficos, tomografias axiais computorizadas, e toda a gama dos modernos exames invasivos, aqui se incluindo os que utilizam produtos de contraste que, nem sempre, são isentos de riscos.

É a utilização destes meios de diagnóstico e tratamentos que é consentida ou autorizada pelo paciente, desde que efectuados com técnica necessária e diligência imprescindível e desde que medicamente indicados para o caso em apreciação, não cobrindo assim qualquer erro médico censurável, não obstante a previsão dos riscos que deverão ser objecto de esclarecimento ao paciente.

O erro culposo, e especialmente o erro grosseiro ou a negligência temerária não se incluem no âmbito do consentimento prestado, não são objecto de consentimento, pelo que as suas consequências danosas, não isentam o médico da responsabilidade, desde que, como se disse insistentemente, ocorra a verificação cumulativa de todos os pressupostos da responsabilidade.

Resta-nos agradecer a atenção dispensada, e a esperança de que o que hoje foi aqui tratado possa merecer dos nossos Magistrados a devida atenção e gosto pelo estudo desta temática, pois só assim teremos uma Justiça mais justa e mais consentânea com a evolução do Direito Penal e Civil da Medicina que, cada vez mais, esconjuram o risco, temido por Karl Binding, de a incisão do bisturi médico ser tratada ao mesmo nível das facadas angrentas dos vulgares brigões.

[31] Costa Andrade, *Comentário Conimbricense,* .cit. Tomo 1, p. 399, anot. ao art.º 157.º (§ 12).

O AUTOR

Álvaro da Cunha Gomes Rodrigues é Juiz Conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça.

1. GRAUS ACADÉMICOS E CURSOS

2008 | *Doutor em Direito* (Ciências Jurídico-Criminais), pela Universidade Católica Portuguesa – Faculdade de Direito, Escola de Lisboa, com classificação final de 17 valores;

2003 | *Mestre em Direito* (Ciências Jurídico-Criminais), pela Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa – Lisboa, com classificação final de 17 valores. Dissertação: *"Erro médico e culpa – Estudo sobre a responsabilidade penal do médico"*. Dissertação publicada: *Responsabilidade médica em direito penal*, Almedina, 2007.

2006 | *Curso de Pós-Graduação* em Responsabilidade Médica, Centro de Direito Biomédico;

1999 | *Curso de Pós-Graduação* em Direito de Medicina, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Centro de Direito Biomédico). Trabalho final: *"Consentimento informado, pedra angular da responsabilidade do Médico*. Classificação final: Muito Bom;

1998 | *Curso de Pós Graduação* em Direito Penal Económico e Europeu, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Classificação final: Muito Bom;

1975 | *Licenciatura em Direito*, Faculdade de Direito da Universidade Clássica de Lisboa.

2. PERCURSO PROFISSIONAL

2009 | *Juiz Conselheiro* do Supremo Tribunal de Justiça;

1999 | *Juiz Desembargador* (Tribunal da Relação de Évora);

1998 | *Juiz de Círculo* (Círculo Judicial de Portimão);

1995 | *Inspector Judicial* (Conselho Superior da Magistratura);

1992 | *Vogal do Conselho Superior da Magistratura* (eleito).

Anteriormente, exerceu funções como:

– *Juiz de Direito* (Comarcas de Seixal, Figueira de Castelo Rodrigo e Almeida, Portimão (Tribunal de Trabalho) e Círculos Judiciais de Portimão (Tribunal de Círculo) e Faro (Tribunal de Família e Menores);

– *Delegado do Procurador da República* (Comarcas de Lisboa, Ponte de Sor e Sintra).

3. OUTRAS FUNÇÕES EM EXERCÍCIO / EXERCIDAS

– *Juiz Formador* de 6 magistrados judiciais (na fase de estágio)

– *Presidente do Conselho Consultivo do Centro Hospitalar do Barlavento Algarvio, EPE* (cargo não remunerado: nomeação por despacho do Ministro da Saúde, na sequência de convite por deliberação do Conselho de Administração e com autorização do Conselho Superior da Magistratura).

4. TRABALHOS CIENTÍFICOS PUBLICADOS

4.1. *Esquema Sinóptico sobre a Responsabilidade Médica em Geral (breves anotações)* - publicado pelo Centro de Direito Biomédico da Fac. Direito de Coimbra, na Lex Medicinae, ano 4 – n.º 8/ 2007, pg. 85-96.

4.2. *"O Crime de Recusa de Médico numa visão panorâmica entre o pretérito e o presente no Direito Penal"*, publicado pelo Centro de Direito Biomédico da Fac. Direito de Coimbra, na Lex Medicinae, ano 4 – n.º 7/ 2007, pg. 27-36.

4.3. *"Aspectos Pluriformes da Responsabilidade no Direito Rodoviário" in* «Acidentes de Viação (responsabilidade civil e criminal por defeitos de construção e manutenção das estradas)», AA.VV., ed. Livraria Petrony, 2007, pg. 15-37.

4.4. *"Responsabilidade Médica em Direito Penal (Estudo dos Pressupostos Sistemáticos)"*, Almedina, 2007 (Dissertação de Mestrado, defendida na Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa/ Lisboa).

4.5. *"Em torno da Composição e Funcionamento do Conselho Superior da Magistratura de Portugal. Um Olhar Português"*, Bol. da Associação Sindical dos Juízes Portugueses, IV Série, n.º5, Abril de 2005, pg.227/237.

4.6. *"Consentimento Informado, Pedra Angular da Responsabilidade Criminal do Médico"*, Direito da Medicina I, Centro de Direito Biomédico (Faculdade de Direito) de Coimbra, Coimbra Editora, 2002, pag. 5 a 51.

4.7. *"Reflexões em Torno da Responsabilidade Civil dos Médicos"*, "Direito e Justiça", Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, vol. XIV, 2000, T3.

4.8. *"Reflexões em Torno do Sistema Sancionatório no Direito Penal Económico"* (Relatório Final do Curso de Pós – Graduação em Direito Penal Económico e Europeu, disponível na Biblioteca da U.Coimbra, Instituto do DPEE).

4.9. *"A Responsabilidade Disciplinar no Estatuto dos Juízes Portugueses Face às Novas Exigências Sociais"* – Bol.Associação Sindical dos Juízes Portugueses, n.º 6, II Série, Novembro 99, pg. 15 a 29.

4.10. *"Controlo Garantístico dos Direitos do Arguido pelo Juiz de Instrução"* in "Direito e Justiça", Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa vol. XIII, T3, Lisboa, 1999.

4.11. *"As Consequências Jurídicas do Crime nos Delitos Antieconómicos"* in "Direito e Justiça", Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa vol. XIII, T2, Lisboa, 1999.

4.12. *"Breves Perspectivas sobre a Protecção dos Menores no Plano da Intervenção Judiciária"* in O Direito dos Menores: Reforma ou Revolução? in Caderno da Revista do M. Público, Ed. Cosmos, Lisboa, Julho de 1998.

4.13. Parecer de que foi relator, aprovado pelo CSM em 13/12/94 e publicado no Bol. Informativo n.º 4 do referido Órgão.

4.14. *"O Poder Judicial na Perspectiva de Futura Revisão Constitucional"* in Boletim Informativo do Conselho Superior da Magistratura, n.º4 (Dez. 94).

4.15. *"Alguns Aspectos da Filiação nos Ordenamentos Jurídicos Português e Brasileiro (Breve Estudo de Direito Comparado)"* conferência publicada in "Direitos da Família e dos Menores" 3ª ed. sob a direcção do Juiz do Supremo Tribunal Federal, Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Belo Horizonte, Brasil, 1993.

5. TRABALHOS QUE AGUARDAM PUBLICAÇÃO

5.1. *"Recolha e Valoração da Prova nas Acções Cíveis Emergentes de Acidente de Viação"*, texto de conferência realizada no Centro de Estudos Judiciários (CEJ) em 19 de Abril de 2007, a ser publicada na Revista do Centro de Estudos Judiciários.

5.2. *"O art.º 150.º, n.º 1 do Código Penal, Círculo de Ouro ou de Ferro no Direito Penal Médico?*, aguarda publicação em «Direito e Justiça», Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa.

5.3. Dissertação de Doutoramento (no prelo).

6. CONFERÊNCIAS PROFERIDAS E OUTRAS ACTIVIDADES

6.1. "Qualidade de Vida, Digno Nível de Vida e Direitos Sociais" (Direito ao Trabalho e Emprego. Trabalho Infantil e os Direitos da Criança. Os Direitos Sociais e os Direitos dos Estrangeiros Extra-Comunitários nos nossos dias), Comissão de Justiça e Paz, Évora, a convite de S.Exª Revª, o Bispo do Algarve.

6.2. "O Contrato de Trabalho a prazo em Portugal -Análise de Alguns Aspectos -Lições do Presente e perspectivas Futuras". Conferência proferida na Escola Superior de Tecnologia e Gestão do Instituto Politécnico de Faro em 28 de Maio de 1988.

6.3. "Responsabilidade do Empregador nos Acidentes de Trabalho". Conferência proferida na Escola Superior de Gestão, Hotelaria e Turismo, do Instituto Politécnico de Faro em 4.5.90.

6.4. "Alguns Aspectos da Filiação nos ordenamentos jurídicos Português e Brasileiro (Breve Estudo de Direito Comparado)". Intervenção proferida nas Primeiras Jornadas Judiciais Luso-Brasileiras, Lisboa, 1991.

6.5. "Alguns Dados de Observação sobre a Nova Reforma do Processo Civil", Comunicação ao V Congresso dos Juízes Portugueses em Viseu.

6.6. Discurso proferido no Salão Nobre do Supremo Tribunal de Justiça, como Vogal do Conselho Superior da Magistratura, na cerimónia da posse dos novos Juízes – Junho/94, Lisboa.

6.7. Representou o Estado Português na Conferência Judiciária Regional organizada pelo Conselho da Europa, em Março de 2000, sob o tema "La Justice Independente Garante de Stabilité en Europe de Sud' Est", realizada em Budapeste.

6.8. Em 1996 chefiou, em missão de cooperação, uma Equipa que se deslocou à República de S. Tomé de Príncipe, numa acção de formação sobre Inspecções Judiciais.

6.9. Cooperação com Moçambique, por indicação do Conselho Superior da Magistratura, a convite do Centro de Estudos Jurídicos e Judiciários de Maputo, onde organizou e leccionou um Curso de Formação de Inspectores Judiciais e do Ministério Público, elaborando também um Projecto de Manual das Inspecções Judiciais e do Ministério Público, em 2003, versando e analisando diversos aspectos de classificações e critérios de promoção nos países europeus (sistemas anglo-saxónico e continental) sob o prisma juscomparatístico e efectuando uma análise paralela dos dispositivos constitucionais, legais e regulamentares de Portugal e Moçambique, relativos aos sistemas das inspecções de magistrados de ambos os países.

6.10. Cooperação com a República de Cabo Verde, a pedido expresso do CSM de Cabo de Verde ao CSM de Portugal, onde colaborou na estruturação do serviço de Inspecções Judiciais daquele país, em 2004.

6.11. Palestra realizada em Madrid no âmbito das Jornadas Consejos Generales, promovidas pelo Consejo Superior del Poder Judicial de Espanha, em conjunto com a MEDEL, em 16 e 17 de Janeiro/2005, sendo tal palestra centrada na seguinte temática: «Composición y Funciones del CSM portugués. Significado y alcance de la Reforma Operada por la Ley 88/87 de 23/12. El CSM, de órgano de auto-gobierno a órgano de gestión y disciplina de la Magistratura Judicial».

6.12. Conferência proferida no auditório da Universidade Católica em Lisboa, em 30 de Setembro de 2005, com o título Aspectos Pluriformes da Responsabilidade no Direito Rodoviário, seguido de debate, integrado no Colóquio «Velhas e Novas Culpas» realizado pelo OSEC/ Universidade Católica Portuguesa.

6.13. Intervenção como orador no Seminário sobre Ética Judicial, Direito Civil e Processo Civil e Direito Criminal e Processo Penal, realizado na República da Guiné-Bissau, a convite do Supremo Tribunal da Justiça do referido país, no período de 4.10.06 a 13.10.06, integrando uma Equipa que se deslocou de Portugal, constituída por mais dois Juízes Desembargadores.

6.14. Conferência proferida no seminário sobre Problemáticas Relativas aos Acidentes de Viação. Produção e Valoração da Prova, realizado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, no dia 19 de Abril de 2007, no âmbito de Acção de Formação Permanente do Centro de Estudos Judiciários, tendo a referida conferência a designação de «Recolha e Valoração da Prova nas Acções Cíveis Emergentes de Acidente de Viação».

6.15. Intervenção, a convite de S.Exª o Presidente do Supremo Tribunal de Justiça, no Colóquio sobre «Cooperação entre os Supremos Tribunais da Comunidade dos Países e Territórios de Língua Portuguesa», realizado no Supremo Tribunal de Justiça, em Lisboa, nos dias 16 e 17 de 2008, com a presença dos Presidentes dos Supremos Tribunais de todos os países de Língua Portuguesa.

7. INTERVENÇÕES NO CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS

7.1. Integrou Júris de concursos ao CEJ para ingresso nos Cursos de admissão às Magistraturas Judicial e do Ministério Público por três vezes como vogal e três como Presidente de Júri.

7.2. Foi participante e apresentou uma comunicação nas Jornadas de Processo Civil realizadas em Beja, no dia 20 de Julho de 1997, levadas a cabo pelo Centro de Estudos Judiciários e pela Ordem dos Advogados, como consta do documento que se junta.

7.3. Em 17 de Outubro de 1997, foi participante e apresentou uma comunicação nas Jornadas de Processo Civil, levadas pelas mesmas entidades referidas na no ponto anterior, na cidade de Portimão.

7.4. No ano de 1998/99, participou como palestrante do tema «Deontologia e Inspecções Judiciais», a convite do Exmº Director do CEJ, na Acção Complementar de Formação realizada em 30 de Abril de 1999, no Salão Nobre do Tribunal da Relação de Coimbra.

7.5. Nesse mesmo ano, em 31 de Maio, participou com palestra de tema idêntico numa Acção Complementar de Formação realizada em Lisboa no Centro de Estudos Judiciários.

7.6. Foi orador na Acção de Formação do XVII Curso Normal dos Auditores de Justiça, realizada em 13 de Julho de 2000 e genericamente designada por «Gestão dos Tribunais e Relações Interpessoais».

7.7. Em 19 de Abril de 2007, a convite do Exmº Director – Adjunto do CEJ, Juiz Desembargador Tomé Gomes, participou na Acção de Formação Permanente «Problemáticas Relativas aos Acidentes de Viação» apresentando uma conferência sobre o tema «Produção e Valoração da Prova em Juízo: Julgamento de Facto: análise crítica da prova, decisão e motivação».

7.8. Em Novembro de 2010, a convite da Exmª Directora do Centro de Estudos Judiciários, Exmª Juíza Desembargadora Ana Geraldes proferiu, no âmbito de uma acção de formação realizada no Instituto Bissaya Barreto, em Coimbra, uma conferência subordinada ao tema «Responsabilidade Civil por Erro Médico: Esclarecimento/Consentimento do Doente».

O Interesse no Contrato de Seguro

Relatório de Mestrado

Pedro Miguel S. M. Rodrigues

Mestrando em Direito

Sumário:

1.Introdução
2. Análise histórico-legislativa do interesse no contrato de seguro
  2.1. O Código Comercial Português de 1888
  2.2. A Lei do Contrato de Seguro
3. O interesse no contrato de seguro: elemento essencial ou pressuposto?
  3.1. A doutrina dos *"essentialia"* e a conformação do interesse como elemento essencial do contrato de seguro
  3.2. O interesse como realidade exterior e anterior ao contrato de seguro: crítica à doutrina dos *"essentialia"*
  3.3. Posição adoptada
4. O interesse na Lei do Contrato de Seguro
  4.1. O regime geral do art.º 43.º da Lei do Contrato de Seguro
    4.1.1. O interesse no seguro de danos
    4.1.2. O interesse no seguro de vida: o requisito do consentimento
  4.2. O interesse no seguro por conta própria e no seguro por conta de outrem
  4.3. O interesse nos seguros de responsabilidade civil
  4.4. A cessação do contrato de seguro: a perda superveniente do interesse
5. Conclusão
6. Bibliografia

O INTERESSE NO CONTRATO DE SEGURO

PEDRO MIGUEL S.M. RODRIGUES
Mestrando em Direito

1 – Introdução (*)

O interesse surge como uma das duas pedras angulares que sustentam todo o edifício legal que dá suporte ao contrato de seguro. Tal como o requisito do risco, o interesse surge como um elemento que vai dar origem e fundamentação ao contrato de seguro. O seu tratamento dogmático começou a ser feito no século XVIII, com a sua primeira referência legal a constar do Marine Insurance Act de 1745, e, rapidamente, se solidificou como uma das referências principais neste tipo contratual. A doutrina nacional não ficou arredada deste movimento dogmático e de sistematização do conceito, com o Código Comercial de Veiga Beirão a seguir as tendências já consolidadas no lugar que o interesse deve ter no contrato de seguro.

Discutir o que é o interesse para o contrato de seguro não pode ser entendida como uma proposta de troca de ideias estéril ou sem uma meta pré definida. Bem pelo contrário, trata-se de perceber, antes de tudo, porque o seguro é um dos tipos contratuais mais em voga no mundo moderno desta civilização capitalista. Analisar o requisito do interesse é, também, perceber a função e a importância que o contrato de seguro detém na ordenação social e económica, servindo como sustentação para uma melhor distribuição de riscos e desvantagens no mundo actual. Com isto não se pretende entrar numa mera discussão dogmática, abstracta, que não tenha contacto com a realidade mais presente ao leitor. Pretende-se sim mostrar o que é o interesse, que lugar ele tem no contrato e, sobretudo, porque é que se construiu ao longo dos tempos como um dos dois pilares que são a base desta figura contratual.

Naturalmente não se pode fugir do regime legal, tratar do tema do interesse no contrato de seguro é abarcar, concomitantemente, toda uma multiplicitude de subtipos contratuais, todos eles diferentes na sua génese e nas suas consequências para os seus intervenientes. Não obstante, o interesse, tal como o risco, é o catalisador que os une a todos sobre a mesma capa protectora que lhes transmite uma validade e uma eficácia negocial reconhecida pelo Direito. O interesse não poderá ser entendido como um conceito estanque com uma única função dogmática dentro do contrato; ao invés, o interesse deve-se consubstanciar-se por ser um conceito maleável, capaz de ser adaptável às várias figuras contratuais dentro do contrato de seguro, estabelecendo uma plataforma comum para aferir da sua existência e conformidade com o Direito.

(*) Relatório de Mestrado Científico, apresentado em Agosto de 2011, no âmbito do Mestrado Científico em Ciências Jurídicas, Especialidade de Direito dos Seguros, da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, sob a regência do Prof. Doutor Pedro Romano Martinez e Prof. Doutor José Bonifácio Ramos.

Sendo estas as coordenadas a que preside a nossa investigação, cabe referir que o presente trabalho tem como ponto central de análise o requisito do interesse no contrato de seguro, regulado pelo Decreto-Lei n.º72/2008, de 16 de Abril de 2008. Numa primeira fase, pretende-se dar um enquadramento histórico, através de uma análise legislativa e dogmática do requisito do interesse; no fundo, visa-se apresentar ao leitor as razões pelas quais o interesse surgiu como um requisito indispensável para a validade e existência do contrato de seguro e, concomitantemente, apresentar a evolução que o conceito teve, no seu tratamento dogmático, à luz dos pressupostos necessários para aferir da sua utilidade neste tipo contratual.

Numa segunda fase, tem-se por objectivo proporcionar ao leitor a discussão, sumária, da função dogmática que o interesse tem para o tipo contratual dos seguros. Trata-se de aferir se estaremos perante, tal como a esmagadora maioria da doutrina nacional o apresenta, um elemento essencial do contrato de seguro, com a respectiva cominação de nulidade para a sua falta. Ou, diferentemente, se estaremos perante uma figura que vai mais além do que a mera classificação como elemento essencial; no fundo, colocar-se-á a questão de saber se não estaremos, na verdade, perante um verdadeiro pressuposto negocial, com a respectiva consequência jurídica a ser mais grave que a mera nulidade.

Numa terceira fase, proceder-se-á à análise do regime legal do interesse na Lei do Contrato de Seguro. Começar-se-á pela análise do regime geral do art.43.º da Lei do Contrato de Seguro, analisando os pressupostos deste requisito legal. Esta análise será feita através de dois parâmetros: por um lado, que função e em que moldes se consubstancia o interesse no contrato de seguro de danos; e, por outro, quais as particularidades que o interesse tem no regime legal do seguro de vida. De seguida, a análise irá debruçar-se sobre os vários subtipos de contrato de seguro previstos pela Lei do Contrato de Seguro, procurando analisar que lugar tem o requisito do interesse em cada um deles. Em comum a todos estes subtipos negociais irá ser abordada a questão de se saber até que ponto o conceito do interesse, tal como ele é entendido actualmente na doutrina e na jurisprudência, pode ser maleável o suficiente para abarcar situações fronteira que, numa primeira análise, podem permitir a desqualificação deste requisito como um elemento preponderante para aferir da validade e da existência do dito contrato de seguro.

Por último abordar-se-á a questão da perda superveniente do interesse, como causa da caducidade do contrato de seguro. Neste ponto, especificamente, trata-se de analisar a importância que o requisito do interesse tem nas várias fases da execução contratual, mormente, no que toca à possibilidade de cessação do contrato por facto superveniente ao seu nascimento. Aqui, verificar-se-á que o interesse não surge apenas como um requisito do contrato de seguro, mas também tem, dentro da sua função primordial, aferir da validade do contrato, durante a sua existência. Assim, o interesse irá surgir não apenas como pressuposto de validade, como também motivo para a cessação do contrato.

2 – Análise histórico-legislativa do interesse no contrato de seguro

2.1 – O Código Comercial Português de 1888

O art.º 428.º do Código Comercial Português[1], doravante Cód.Com., estabelecia que o contrato de seguro apenas seria válido se aquele por quem ou em nome de quem o seguro for feito, tiver interesse na coisa, objecto do seguro[2]. Já na doutrina oitocentista nacional, seguindo as tendências anglo-saxónicas já fixadas a partir do

[1] Aprovado por Carta de Lei em 28 de Junho de 1888.

[2] Sobre a matéria do interesse no âmbito do Código Comercial Português, com pertinentes anotações e mais detalhada bibliografia, *vide*, *Comentário ao Codigo Comercial Portuguez*, ANTHERO, Adriano, Vol.II, Porto, 1915; *Código Comercial Português Actualizado e Anotado*, RIBEIRO, Aureliano Strecht, Vol.III, Lisboa, 1940; *Comentário ao Código Comercial Português*, GONÇALVES, Luiz da Cunha, Vol.II, Lisboa; *Código Comercial Anotado*, NETO, Abílio e MORENO, Carlos, Livraria Petrony, 5ª Edição(act.), Lisboa, 1980.

século XVIII com as primeiras leis a estabelecerem o interesse como um requisito de validade e existência do contrato de seguro, se estabelecia, com particular clareza legal, que o contrato de seguro apenas poderia produzir efeitos jurídicos se quem celebrasse o contrato tivesse interesse na coisa que era objecto do negócio, isto é, considerava-se que deveria haver uma *ligação efectiva* entre o bem e o sujeito.

Esta evolução dogmática surge com a transformação da figura do contrato de seguro, dantes considerado como um jogo de azar em que não havia a necessidade de determinar uma ligação entre a pessoa que celebrava o contrato, e a coisa que era objecto do mesmo[3]. Desta forma, o contrato de seguro era utilizado para fins especulativos, como se se tratasse de um mero contrato aleatório à semelhança do contrato de jogo. De forma a obviar os perigosos perigos sociais que esta prática acarretava, cedo se tornou basilar e visível ao legislador a obrigatoriedade de estabelecer uma fronteira clara entre estes dois negócios jurídicos, de forma a evitar negócios especulativos com o objectivo de explorar esta figura para retirar dividendos sobre o destino das coisas ou a vida das pessoas. Primeiramente com Giuseppe Lorenzo Maria de Casaregis, que considerou o interesse como um elemento constitutivo de todo o contrato de seguro, e, posteriormente, através de consagração legal no *Marine Insurance Act* de 1745 e, sobretudo, no *Life Assurante Act*, também denominado de *Gambling Act*, de 1774[4], o interesse surge, finalmente, juntamente com o risco, como um elemento indispensável que define o contrato de seguro e o distingue do contrato de jogo.

Depois destes passos vincados e decisivos tomados pelo legislador anglo-saxónico, rapidamente esta evolução dogmática se estendeu ao resto do continente europeu, encontrando consagração no Código Comercial Português, de 1888, no art.428.º.

O n.º 1 do art.º 428.º do Cód.Com., estabelecia que o contrato de seguro seria nulo com a falta do requisito do interesse. A doutrina à época considerava que esta consagração legal surgiu através da necessidade, na legislação nacional, de evitar a utilização desta figura contratual como meio de obter lucros especulativos com coisas ou pessoas[5]. Ao mesmo tempo considerava-se que o requisito do interesse devia existir no momento da *celebração* do contrato, sendo requisito de *validade*, e no momento do *sinistro*, durante a fase de execução do contrato e como requisito de subsistência[6]. A validade do interesse teria que ser aferido através do critério da *legitimidade*, da sua *efectividade* ou *realidade*, sendo que apenas seria válido se se confirmasse que era legítimo e efectivo ou real[7]. A doutrina ainda considerava que, não considerando como elementos preponderantes, o interesse devia ser *pessoal* ou *directo* e *presente* ou *não-eventual*[8]. Por último, considerava a doutrina oitocentista que o desvalor associado à inexistência do interesse na formação do contrato de seguro era

[3] Cfr., *Comentário ao Código Comercial Português*, GONÇALVES, Luiz da Cunha, Vol.II, pág. 498, Lisboa.

[4] Cfr., REGO, Margarida Lima, *Contrato de Seguro e Terceiros: Estudos de Direito Civil*, diss., págs. 191-195. Em ambos os diplomas legais se faz referência à necessidade da existência de um interesse, como forma de proibição de apostas sobre o sucesso de negócios marítimos ou a vida de terceiros, respectivamente. Caso não existisse interesse no objecto do seguro, *v.g.*, um navio ou uma pessoa, o contrato seria nulo. No fundo, tentava-se diminuir a intenção de deliberadamente causar o dano, ao mesmo tempo que se tentava condenar moralmente o jogo e que se pretendia que o seguro fosse construído como uma figura para compensar prejuízos resultantes da deterioração da coisa, ou da morte da pessoa como objecto do seguro, e não como uma figura, usada e explorada, para obter lucro.

[5] Cfr., ANTHERO, Adriano, *Comentário ao Codigo Comercial Portuguez*, Vol.II, pág. 143, Porto; GONÇALVES, Luiz da Cunha, *ob.cit.*; ALMEIDA, J.C. Moitinho de, *O Contrato de Seguro no Direito Português e Comparado*, Sá da Costa Editora, 1ª Edição, pág. 147, Lisboa, 1971.

[6] Cfr., GONÇALVES, Luiz da Cunha, *ob.cit.*, pág. 513; e RIBEIRO, Aureliano Strecht, *Código Comercial Português Actualizado e Anotado*, Vol.II, pág. 56, baseando a sua posição, citando Luiz da Cunha Gonçalves. Posição contrária parece defender NETO, Abílio e MORENO, Carlos no seu *Código Comercial Anotado*, pág. 439, ao argumentarem que apenas é necessário que o interesse exista no momento do sinistro, e não no momento da celebração do contrato.

[7] Cfr., GONÇALVES, Luiz da Cunha, *ob.cit.*, pág. 513. O autor entende que o interesse será *legítimo* quando este surge através de justa causa, que se pode fundar na lei, no contrato, no testamento, na lei, entre outras. Haverá interesse *efectivo* quando este seja *real*, não fictício ou imaginário. Aduz RIBEIRO, Aureliano Strecht, *ob.cit.*, pág. 56, que não podem ser objecto do contrato de seguro factos com origem ilícita ou criminosa.

[8] Cfr., GONÇALVES, Luiz da Cunha, *ob.cit.*, pág. 513.

a *nulidade* do mesmo, sendo que esta nulidade apenas poderia ser invocada pelo segurador, isto é, aquele a quem favorecia esta faculdade[9].

Na análise da estrutura do art.º 428.º do Cód.Com., podemos encontrar uma distinção basilar entre os *seguros por conta própria* e os *seguros por conta de outrem*, tendo esta distinção consequências legais e práticas para o regime do interesse. Desde logo, podemos verificar que houve uma consagração legal, através do art.º 428.º, n.º 2 do Cód.Com., da presunção de que o contrato de seguro seria feito por *conta de quem o fez*, caso não houvesse declaração de que o seguro é por conta de outrem. Entendia-se, à altura, que se estava perante uma presunção *ilidível* pela parte interessada[10], havendo uma "(…) *conveniência que há de declarar sempre na proposta do seguro, se este é feito por conta própria ou de terceiro* (…)"[11].

Outra consagração legal importante para a caracterização do requisito do interesse, surge através do art.428.º, n.º 3 do Cód.Com. Nos termos do preceito em questão, "*Se o interesse do segurado for limitado a uma parte da cousa segura na sua totalidade ou do direito a ela respeitante, considera-se feito o seguro por conta de todos os interessados, salvo àquele o direito a haver a parte proporcional do prémio.*". Novamente, estamos perante uma presunção ilidível, que permitia aferir da importância que o requisito do interesse tinha para situações paradigmáticas em que o contrato de seguro tinha, por objecto, bens, de que o sujeito que celebrava o negócio, tinha a propriedade ou o usufruto. À luz do Cód.Com., considerava-se que nestas situações, salvo prova em contrário, o seguro era por conta do próprio sujeito[12].

O regime do art.º 428.º do Cód.Com. não esgotava as suas particularidades de regime na consagração legal do seu n.º 2. Discutia-se à época em que qualidade jurídica poderia o terceiro celebrar um contrato de seguro por *conta de outrem*, à luz do n.º 1 e do n.º 2, ambos do art.º 428.º do Cód.Com.. Considerava-se que era possível o terceiro celebrar tal contrato, mas desde que o fizesse apenas como *mandatário*, *comissário* ou *gestor de negócios*[13]. Resumidamente, destas três figuras, de uma forma comum, ressalta à vista uma certa maleabilidade do conceito de interesse, sobretudo a possibilidade de esta *ligação jurídica*[14] que existe entre o bem, objecto do negócio, e o sujeito, a pessoa que o celebra, poder ser configurada em moldes mais extensos do que a mera relação de propriedade. Deste modo, considerava-se que, quanto ao *mandato*, a manifestação do interesse surgiria através do acto de seguro e que, esta faculdade de celebrar o contrato de seguro, poderia estar incluída na faculdade de administrar que cabe ao mandatário[15]. No que toca ao comissário, a doutrina à época considerava que ao comissário, visto que este trabalha *em nome* do comitente, recaíam as obrigações derivadas do contrato de seguro, como seja, o pagamento do prémio[16]. Por último, a doutrina comercialista abordava a hipótese do gestor de negócios poder ter interesse na celebração deste contrato: aqui, especificavam, defendendo que o gestor apenas poderia intrometer-se nos negócios do gerido[17] em casos muito excepcionais, aduzindo o argumento de que este podia não ratificar a gestão e, ademais, o gestor ficaria obrigado a pagar o prémio, visto que

[9] Cfr., GONÇALVES, *ob.cit.*, pág. 513. Vide ainda, ANTHERO, Adriano, *ob.cit.*, pág. 150, que defende que a arguição da nulidade deve ser feita durante a subsistência do contrato. Já quanto aos seus efeitos, defende o mesmo autor, que estes manifestam-se enquanto não houver prescrição do contrato.

[10] Cfr., GONÇALVES, Luiz da Cunha, *ob.cit.*, pág. 513; e ALMEIDA, J.C. Moitinho de, *ob.cit.*, pág. 55.

[11] Cfr., GONÇALVES, Luiz da Cunha, *ob.cit.*, pág. 513.

[12] Cfr., NETO, Abílio e MORENO, Carlos, *ob.cit.*, pág. 438, *ex vi*, GONÇALVES, Luiz da Cunha, *ob.cit.*

[13] Cfr., ANTHERO, Adriano, *ob.cit*, pág. 144. GONÇALVEZ, Luiz da Cunha, *ob.cit*, pág. 518, refere que pode ser um mandatário, um comissário ou qualquer outro estipulante a favor de terceiro.

[14] Com esta expressão, pretendemos aproximarmo-nos da noção que nos parece mais adequada para o que é o interesse no contrato de seguro. Esta mesma definição irá ser abordada e reflectida, infra, no ponto 2.2.

[15] Cfr., ANTHERO, Adriano, *ob.cit*, pág. 144, que refere ainda que o mandatário estaria obrigado, perante o segurador, a comunicar todas as circunstâncias a si comunicadas pelo mandante, essenciais para a determinação do risco, anotando ainda que possíveis reticências e mentiras são extensíveis ao segurado, nos seus efeitos; *vide* também RIBEIRO, Aureliano Strecht, *ob.cit.*, pág. 56.

[16] Cfr., ANTHERO, Adriano, *ob.cit*, pág. 144; *vide* também RIBEIRO, Aureliano Strecht, *ob.cit.*, pág. 56.

[17] Como seja, a celebração de um contrato de seguro válido, segundo os termos do art.º 428.º do Cód.Com.

nestas situações este ficaria identificado com o gerido[18].

Em comum com estas situações anteriormente referidas, buscando a solução numa mesma base argumentativa, podíamos ainda encontrar, na doutrina à época, a referência à possibilidade de um terceiro poder celebrar um contrato de seguro sobre determinado bem, mesmo não sendo o proprietário, desde que a detivesse por qualquer título que o obrigasse a restituir a coisa ao legítimo proprietário[19]. Em todas estas situações podemos deslindar um ponto em comum que assentava numa elasticidade conceptual do requisito do interesse, em que se exigia que houvesse uma *ligação efectiva* que pudesse demonstrar a relevância jurídica do interesse. Isto é, não bastava uma mera ligação entre o sujeito que celebrava o contrato e o bem objecto do mesmo; o critério, apesar de ser maleável, exigia que essa ligação tivesse uma base jurídica efectiva, quer fosse fundada na propriedade, ou em qualquer outro título que obrigasse a restituição ao legítimo proprietário.

Outro pormenor que norteia o Código Comercial Português, e em especial para o tema deste trabalho, é a distinção operada entre *seguros de vidas* e *seguros de danos*, com consequências práticas para o regime do interesse.

No que toca ao seguro de danos, considerava-se que o requisito do interesse estaria preenchido, v.g., conforme a exigência legal, quando o segurado tivesse interesse na *não verificação* do risco associado ao bem em causa[20]. Exigia-se que houvesse uma efectiva ligação com forte solidez jurídica, entre o sujeito que celebrava o contrato e o bem segurado, sendo que aquele teria interesse na preservação e conservação deste, de forma a retirar utilidades patrimoniais e com o intuito de atenuar o risco de perecimento da coisa. Na doutrina começa-se a determinar que o interesse, como requisito fundamental do contrato do seguro, seria a *relação, susceptível de valoração económica, entre um sujeito e um bem exposto ao risco*[21]. Parece-nos, em consonância com o que foi referenciado supra, de valia aduzir a tripartição que JOSÉ VASQUES efectua no que toca aos elementos constitutivos do interesse, de forma a que seja feita uma análise mais cuidada de toda a realidade que encerra o interesse no contrato de seguro. Defende este autor[22], que o interesse é composto por três elementos: um elemento *subjectivo*, tratando-se da pessoa que celebra o contrato e que é titular do interesse em causa; um elemento *objectivo*, em referência ao bem que é objecto do contrato e que se encontra exposto ao risco que se pretende tutelar; e, por fim, um terceiro elemento, composto pela *relação jurídica* existente entre o sujeito e o bem.

Os *seguros de vida* encontravam a sua base legal, não no art.º 428.º do Cód.Com., já analisado, mas sim no art.º 456.º do Cód.Com.. Estipulava que o contrato de seguro podia ser celebrado pela *própria pessoa* ou por quem tenha interesse na conservação da sua vida. Aduz o n.º 2 do citado artigo que, caso fosse um terceiro a celebrar o contrato, cujo interesse seja susceptível de protecção legal, então considerava-se que o segurado seria a pessoa em cujo benefício se estipulava o seguro e seria o sujeito com a obrigação de pagar o prémio. Entendia ainda a doutrina à época que, neste caso e em moldes semelhantes ao art.º 428.º do Cód.Com., o contrato podia ser celebrado pela própria pessoa segurada ou por terceiro em seu nome[23], não obstante com uma ligeira diferença: nos seguros de vida o interesse teria que ser referente à pessoa que celebrava o contrato[24]. Este requisito adicional para

[18] Cfr., ANTHERO, Adriano, *ob.cit.*, pág. 146; *vide* também RIBEIRO, Aureliano Strecht, *ob.cit*, pág. 56. Em ambos os autores se refere que, se o gerido ratificar a gestão, então ambas as partes – gerido e gestor – ficam obrigadas a pagar o prémio, sendo que o gerido apenas se exonerava se já tivesse pago ao gestor o importe de tal prémio.

[19] Cfr., NETO, Abílio e MORENO, Carlos, *ob.cit*, pág. 439, *ex vi*, GONÇALVES, Luiz da Cunha, *ob.cit.*, e ANTHERO, Adriano, *ob.cit.*

[20] Cfr., ALMEIDA, J.C. Moitinho de, *ob.cit.*, pág. 147.

[21] Cfr. ALMEIDA, J.C. Moitinho de, *ob.cit.*, pág. 147; VASQUES, José, Contrato de Seguro – Notas para uma Teoria Geral, Coimbra, pág. 131, 1999.

[22] Cfr., VASQUES, José, *ob.cit.* pág. 132.

[23] Cfr., ANTHERO, Adriano, *ob.cit.*, pág. 212.

[24] No seguro contra danos, apenas era necessário que o segurado tivessse interesse na celebração do contrato de seguro.

a operacionalidade do regime do interesse, justificava-se à luz da necessidade de evitar e prevenir a realização de negócios especulativos, sobre a vida das pessoas, de forma a retirar lucros indesejáveis; considerava-se que a *ratio* correspondente aos seguros de vida visava, apenas, compensar o prejuízo da morte da pessoa, sendo esta entendida como o *objecto* do contrato de seguro[25].

Em suma, podemos concluir que, no Código Comercial Português de 1888, o interesse, tanto no seguro de danos, como no seguro de pessoas[26], foi construído como um requisito fundamental para a validade, existência e subsistência do contrato de seguro. Considerava-se que o interesse devia ser **lícito**, **actual** e **legítimo**, devendo a sua existência ser aferida tanto no momento da celebração do contrato, como no momento do sinistro. A sua configuração no seguro contra danos podia abranger qualquer tipo de bens, incluindo na sua esfera de influência as relações jurídicas baseadas na propriedade, no usufruto ou no comodato. Isto é, o interesse deveria expressar-se, para ser juridicamente atendível, como uma **relação jurídica, de valia económica, existente entre o sujeito que celebrava o contrato de seguro e o bem exposto ao risco que se pretendia tutelar**, de forma a compensar os prejuízos derivados da frustração das utilidades patrimoniais que esse bem proporcionava ao sujeito em causa. Neste ponto deve-se proceder a uma especificação deste conceito, e aduzir que, dentro desta noção, admitia-se a possibilidade de o sujeito titular do interesse fosse o proprietário do bem, como também podiam ser quaisquer pessoas que estivessem vinculadas a restituírem a coisa e a suportarem o seu valor, caso houvesse perecimento da mesma.

[25] GONÇALVES, Luiz da Cunha, *ob.cit.*, pág. 515, referia que a existência do § único se deve a um "*erro crasso da doutrina*", visto que a pessoa para quem se estipula o seguro seria sempre o *beneficiário*.

[26] No regime oitocentista do contrato de seguro, especificamente no que toca aos seguros de vida, não era exigível, na legislação comercial, o requisito do *consentimento* da pessoa segura, no caso desta e o tomador do seguro serem sujeitos diferentes. Aqui regia o art.º 11.º, n.º 1 do Decreto-Lei 176/95, de 26 de Julho, que exigia, no âmbito dos seguros de vida, o consentimento da pessoa segura. Cfr., VASQUES, José, *ob.cit.*, pág. 136.

2.2 – A Lei do Contrato de Seguro

Poucas são as diferenças e muitas são as semelhanças no que toca à maneira como o requisito do interesse é tratado, quer de forma legal, quer na doutrina, na Lei do Contrato de Seguro[27], doravante LCS, em comparação com o Código Comercial Português.

Numa atenta comparação entre o art.º 428.º do Cód.Com. e o art.º 43.º da LCS, pode-se facilmente chegar a esta conclusão: a formulação do requisito do interesse, como elemento indispensável para a existência e a validade do contrato de seguro, foi efectuada de forma diversa. Se por um lado no Código Comercial se refere que "(…) *aquele por quem ou em nome de quem o seguro é feito* (…)", abrangendo, respectivamente, a figura do *tomador* e do *beneficiário*; no art.º 43.º da LCS, diferentemente, apenas se faz referência, de forma mais lata, ao *segurado*, englobando a figura do *tomador*[28]. Não obstante esta diferença terminológica, a invalidade presente em ambos os diplomas, para a falta de interesse, continua a ser a nulidade.

Outra diferença assinalável é a forma como, na LCS, a relação entre o sujeito e o bem está tratada. Enquanto que no Código Comercial o requisito da *legitimidade* do interesse foi tratado na doutrina, sem apoio legal, no art.43.º da LCS temos a referência directa à necessidade de o interesse ser *juridicamente atendível*, assumindo claramente a indispensabilidade de a relação entre o sujeito e o

[27] Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 72/2008, de 16 de Abril de 2008.

[28] A clareza terminológica é indispensável para uma boa aventurança da qualquer pesquisa jurídica, e esta questão é particularmente premente no Direito dos Seguros. Facilmente se encontram referências na doutrina ao tomador do seguro, ao segurado, ao beneficiário, entre outros. Para o presente trabalho, entendemos como mais correcto seguir a posição de Engrácia Antunes. Para o autor, o *tomador do seguro* será a parte que está vinculada a pagar o prémio correspondente e definido pelo contrato de seguro; o *segurado* será o sujeito coberto pelo contrato, que pode ser o próprio tomador, na acepção conferida pelo art.º 47.º da LCS, ou um terceiro determinado ou determinável, nos termos do art.º 48.º da LCS; a *pessoa segura*, no que toca aos seguros de vida, é aquele sujeito cuja vida, ou saúde, ou integridade física, representa o objecto material do contrato, podendo ou não coincidir com o beneficiário do mesmo; os *terceiros beneficiários*, serão os titulares do direito de exigir a prestação do segurador em caso de liquidação do sinistro. Cfr., ANTUNES, José A. Engrácia, "O Contrato de Seguro na LCS de 2008", in: *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 69, Lisboa, 2009.

bem ter um mínimo de fundamentação jurídica. Do mesmo modo, ao contrário do que acontecia no Código Comercial, na LCS é explicitamente clarificado que o interesse se liga ao risco do bem, resultando numa melhor arrumação e esclarecimento quanto ao conceito de interesse, bem como à sua função nuclear dentro do contrato de seguro.

Outro pormenor distintivo que deve ser assinalado, no que toca à consagração legal, e à evolução legislativa, do requisito do interesse, é o facto de o legislador de 2008 ter procedido a uma arrumação sistemática diferente do Código Comercial. Por um lado, o art.º 43.º da LCS, nos seus n.os 2 e 3, aprofunda o âmbito do interesse nos seguros de danos e nos seguros de vida[29][30]. Por outro, houve a preocupação de proceder a um enquadramento sistemático diverso, vertida na necessidade de preencher o conceito de interesse, mediante as várias categorias de seguros. Se no art.º 428.º do Cód.Com., se fala, quer de seguros por conta própria, quer de seguros por conta de outrem[31]; na LCS, a distinção entre seguros por conta própria e seguros por conta de outrem, vem vertida nos arts. 47.º e 48.º, ambos da LCS, respectivamente[32]. No art.º 48.º da LCS encontramos a previsão legal de que o contrato de seguro tutela o *interesse próprio do tomador do seguro*, sendo que o n.º 2 deste artigo estabelece uma presunção, em moldes idênticos, àquela presente no art.º 428.º, n.º 2 do Cód.Com.. Contudo, não se deve olvidar que a presunção do n.º 3 do art.º 428.º do Cód.Com., se encontra presente no art.º 47.º, n.º 3 da LCS.

Em termos gerais, a evolução legislativa e doutrinária, do Código Comercial Português até à Lei do Contrato de Seguro, consolidou as coordenadas nucleares que definiam, e definem, o papel do interesse no contrato de seguro. Grande parte da doutrina considera o interesse como um *elemento essencial* do contrato de seguro, sendo um requisito indispensável para aferir da sua validade, existência e duração do mesmo. Não obstante, também se considera, tal como se considerava na doutrina oitocentista[33], que o requisito do interesse se deve aferir, tanto no momento da celebração do contrato, como no momento do sinistro: para esta solução, concorre a solução legal trazida pelo art.º 110.º da LCS, em que se prevê a caducidade do contrato por perda superveniente do interesse, o interesse deve ser *actual*. O interesse, em suma, pode ser definido como a **relação jurídica, de conteúdo económico, entre o sujeito, titular do interesse, e o bem exposto ao risco**[34]. Necessário e indispensável, para além de o interesse ter que ser específico, referente a um determinado bem, para o preenchimento completo desta noção apresentada, é que o titular do bem, o sujeito que celebra o contrato de seguro, consiga retirar utilidades patrimoniais do bem objecto do contrato, e que o seu perecimento lhe traga prejuízos, sendo que o seu interesse é que o risco inerente ao bem esteja juridicamente salvaguardado através da celebração do contrato de seguro. E, à imagem da doutrina oitocentista[35], neste conceito de interesse também se abrange todos aqueles sujeitos que tenham uma relação

[29] No n.º2 refere-se que o interesse "*respeita à conservação ou à integridade de coisa, direito ou património seguros*"; já no n.º3, refere-se que caso a pessoa segura que não seja beneficiária tem que dar o seu consentimento para a cobertura do risco referente à sua vida, excepto nos casos em que o contrato de seguro é obrigatório para cumprir disposição legal ou instrumento de regulamentação colectiva de trabalho.

[30] O Código Comercial, por sua vez, estabelece em artigos diferentes a necessidade do interesse nos seguros de danos e nos seguros de vida; *vide* art.º 428.º Cód.Com. e art.º 456.º Cód.Com.

[31] Realce-se o n.º 2 do art.º 428.º, com uma redacção semelhante constante do art.º 47.º, n.º 2 da LCS.

[32] Esta distinção não se mostra tão clara no Cód.Com., tendo sido a doutrina a proceder a esse rearranjo sistemático. *Vide*, por todos, GONÇALVES, Luiz da Cunha, *ob.cit.*.

[33] *Vide*, supra 2.1.

[34] Segundo Antigono Donati, o interesse *não coincide* com o dano, sendo o primeiro uma realidade pré-existente. Entende o autor que estes dois conceitos se contrapõem, considerando ainda que o dano é a negação do interesse. Conclui que o interesse é um *quid* positivo que existe, independentemente do dano, sendo este, na prática, a lesão, total ou parcial, do interesse. Ademais, este autor italiano rejeita as teorias que ligam o interesse com a coisa, objecto do contrato, negando-o como um conceito autónomo face ao bem. Donati acaba por concluir que, entre o sujeito e o bem, deve haver uma relação jurídica, de conteúdo económico, aduzindo que, entre o risco e o interesse, há uma relação de interdependência e de condicionalismo mútuo, subordinado à ideia de que não há interesse se não houver risco, e de que o risco apenas é segurável se houver interesse que o justifique. Cfr., DONATI, Antigono, *Trattato del Diritto delle Assicurazioni Private*, Vol.II, Giuffré Editore, 1954, pág. 191 e segs.

[35] *Vide*, supra 2.1.

juridicamente relevante com o bem, estando eles obrigados a restituírem a coisa ao seu legítimo proprietário, ou a entregar o seu valor respectivo em caso de deterioração ou perecimento.

De referir ainda que, numa evolução sistemática do legislador de 2008, encontra-se preenchido, em termos legais, o requisito da *legitimidade* do interesse, através do art.º 14.º da LCS, visto ser proibido segurar interesses que sejam contra a lei, a ordem pública e os bons costumes.

Numa interessante e feliz concepção trazida por GUERRA DA MOTA, existe interesse quando exista a "*possibilidade de um sujeito poder extrair utilidades ou vantagens económicas de uma determinada relação com uma coisa, ou encontrando-se exposto a sofrer alterações negativas no complexo da sua situação patrimonial, corra o risco de sofrer um dano económico, por feito de um evento que, independentemente da sua vontade, destrua ou altere negativamente a própria relação ou influa negativamente sobre o complexo da sua situação patrimonial*"[36].

3 – O interesse no contrato de seguro: elemento essencial ou pressuposto?

3.1 - A doutrina dos "*essentialia*" e a conformação do interesse como elemento essencial do contrato de seguro

O interesse é entendido, de forma recorrente pela doutrina, como um elemento essencial do contrato de seguro. Assim se referem ao interesse autores como MOITINHO DE ALMEIDA[37], JOSÉ VASQUES[38], entre outros[39]. No entanto, mediante o regime legal do interesse, é necessário colocar em causa esta classificação, tentando descobrir se o interesse é realmente um elemento essencial constante do contrato de seguro, segundo a doutrina dos *essentialia*; ou, ao invés, se o interesse constitui-se como uma realidade exterior e anterior ao próprio contrato de seguro, isto é, se será um *pressuposto* do contrato de seguro. Trata-se, no fundo, de reencaminhar a figura do interesse, e a sua importância para o contrato de seguro, para o seu lugar devido.

A doutrina maioritária, não só nacional[40], considera e trata dos elementos essenciais do contrato, como requisitos de validade e de existência do mesmo, sem os quais não poderá haver contrato, sendo que a consequência legal será, normalmente, a nulidade.

Segundo Manuel de Andrade, existe uma distinção entre os elementos essenciais dos negócios jurídicos em geral e os elementos essenciais de cada particular tipo legal de negócios jurídicos[41]. No primeiro caso, estarão abrangidos os requisitos gerais indispensáveis para a validade de qualquer negócio jurídico[42]; no segundo caso, pretende-se abarcar as cláusulas contratuais ou as estipulações negociais das partes, que vão caracterizar o contrato em causa e que o vão distinguir de figuras afins[43]. Por seu turno, JOSÉ TAVARES entende que os elementos essenciais são aqueles "*cuja importância consiste em que nenhum deles pode ser excluído pela livre autonomia*

[36] Cfr., MOTA, Francisco Guerra da, *O Contrato de Seguro Terrestre*, Primeiro Volume, Athena Editora, s/d

[37] Cfr., ALMEIDA, J.C. Moitinho de, *ob.cit.*

[38] Cfr., VASQUES, José, *ob.cit*, pág. 132.

[39] Cfr., ANTUNES, José A. Engrácia, *ob.cit.*; GONÇALVES, Luiz da Cunha, *ob.cit.*; AAVV, *Lei do Contrato de Seguro Anotada*, anotação de José Vasques ao art.º 43.º da LCS; BRITO, José Alves de, *Contrato de Seguro por Conta de Outrem. O Seguro por Conta de Outrem nos Seguros de Danos*, diss., Lisboa, 2005.

[40] Na pandectística alemã, podemos salientar dois autores. Segundo Von Tuhr, os elementos essenciais, "(...) *representam el mínimo que las partes han de acordar para que exista contrato. Estos elementos son, por ejemplo, en la compraventa la cosa y el precio; en el arrendamiento de cosa, ésta y el alquiler o renta, etc. Estos elementos, y lo que acerca de ellos se acuerde, son los que acusan el tipo de contrato.*". Segundo Arrigo Dernburg, os elementos essenciais são, "(...) *la parti costitutive essenziali del negozio. Esse dànno ad esso la sua caratteristica. Pel negozio di compravendita, per es., è essenziale l'accordo del compratore e del venditore sulla cosa e sul prezzo.*". Cfr., TURH, A. Von, *Tratado de las Obligaciones*, Tomo I, 1ª Edição, traduzido do alemão e coordenado por W. Roces, Editorial Reus, Madrid, 1934; DERNBURG, Arrigo, *Pandette*, Vol. I – Parte I, Parte Generale, trad. italiana da 6ª Edição, Fratelli Bocca Editori, Torino, 1906.

[41] Cfr., ANDRADE, Manuel de, *Teoria Geral da Relação Jurídica – Facto Jurídico, em especial Negócio Jurídico*, Vol.II, 4ª Reimpressão, Almedina, Coimbra, 1974, pág. 33 e segs.

[42] Tais por exemplo a capacidade das partes e o objecto possível. Cfr., ANDRADE, Manuel de, *ob.cit.*, pág. 34.

[43] Refere Manuel de Andrade, que estamos perante "(...) *as notas específicas do conceito de cada uma dessas particulares figuras de negócios jurídicos*". Cfr., ANDRADE, Manuel de, *ob.cit.*, pág.34.

da vontade das partes, pois que a falta de qualquer deles impede a constituição do acto jurídico, determinando a sua inexistência, ou seja, nulidade absoluta, ou pelos menos a sua rescindibilidade ou anulabilidade, ou seja, a sua nulidade relativa."[44]. Nas palavras de COELHO DA ROCHA, os elementos essenciais "(…) *são aquelles, cuja falta faz que o acto seja nullo, ou degenere em outra especie.*(…)"[45]. Segundo CUNHA GONÇALVES, estamos perante elementos essenciais quando a sua omissão "(…) *importa a inexistência legal do contrato, seja este qual for*(…), ainda subdividindo em elementos específicos, sendo aqueles que são necessários para "(…) *categorizar um contrato nominado, de modo que da sua falta resulta, ou a inexistência desse contrato, ou a possibilidade da sua conversão ou classificação sob outro nome*", e ainda em elementos habilitantes, consistindo naqueles "(…) *cuja falta torna anuláveis os contratos, mas susceptíveis de ficarem sanadas e perfeitos pelo decurso do tempo ou pela ratificação das partes.*"[46]. No entendimento de OLIVEIRA ASCENSÃO, estaremos perante elementos essenciais quando são "(…) *impostos injuntivamente em cada negócio*(…)"[47]. Já MOTA PINTO considera que o negócio jurídico apenas pode ser considerado como tal enquanto for válido, apto a prosseguir a sua função. Assim, entende o Autor que os elementos essenciais de todo e qualquer negócio jurídico são compostos pelos "(…) *requisitos ou condições gerais de validade de qualquer negócio.*"[48].

Em todos eles, podemos encontrar esta característica em comum: os elementos essenciais são o núcleo identificador do negócio em questão, validando a sua existência e a sua conformidade com as exigências legais, sendo ainda aqueles que não podem ser afastados pelas partes, sob pena de nulidade do contrato.

Refere Pedro de Pais Vasconcelos uma diferença importante nesta sede: se por um lado temos os elementos essenciais de todos os contratos, onde encontramos os requisitos para aferir da sua validade e existência; por outro, ainda temos os *elementos essenciais do tipo*, sendo aqueles que se relacionam com o conteúdo do contrato e que o distinguem de outros. Nas palavras de PEDRO DE PAIS VASCONCELOS "(…) *os primeiros têm a ver com o contrato como acto e os segundos com o contrato como regulação; os primeiros com o acto jurídico, os segundos com o seu conteúdo regulativo.*"[49]. Assim se justifica que a violação dos elementos essenciais de todos os contratos acarreta a nulidade, enquanto que a violação dos elementos essenciais do tipo apenas acarreta uma diferente qualificação.

Entende o Autor que a doutrina dos "*essentialia*" se coaduna naturalmente com o processo tipológico, entendendo que os elementos essenciais são as "(…) *características cuja verificação é necessária e suficiente para a inclusão e cuja falta é necessária e suficiente para a exclusão.*"[50]. Conclui PEDRO DE PAIS VASCONCELOS que os "*essentialia*" são uma ferramenta de extrema utilidade para o processo da subsunção, visto que a verificação total dos elementos essenciais mostra-se como indispensável e, após o apuramento dos factos e da interpretação do contrato, permite a subsunção; se, pelo contrário, determinar-se a falta de qualquer elemento essencial nuclear à subsunção, esta não se poderá realizar.

[44] Cfr., TAVARES, José, *Princípios Fundamentais de Direito Civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 1928, *apud* VASCONCELOS, Pedro de Pais, *Contratos Atípicos*, 2ª Edição, diss., Almedina, Coimbra, 2009, pág. 76.

[45] Cfr., ROCHA, M. A. Coelho da, *Instituições de Direito Civil Portuguez*, Tomo I, 7ª Edição aperfeiçoada, Livraria Classica Editora, Lisboa, 1907, pág. 65.

[46] Cfr., GONÇALVES, Cunha, *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, *apud*, VASCONCELOS, Pedro de Pais, *ob.cit.*, pág. 77.

[47] Cfr., ASCENSÃO, José de Oliveira, *Teoria Geral do Direito Civil – Acções e Factos Jurídicos*, Vol. III, Lisboa, 1992, pág. 387

[48] Cfr., PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3ª Edição Actualizada, 11ª Reimpressão, Coimbra Editora, Coimbra, 1996, pág. 383-384. Refere Mota Pinto que, dentro deste conceito, estão a capacidade das partes, a declaração de vontade sem anomalias e a idoneidade do objecto. Adverte ainda que se pode falar de "*elementos essenciais de cada negócio típico ou nominado*", tratando-se daquelas cláusulas que distinguem tipos negociais semelhantes.

[49] Cfr., VASCONCELOS, Pedro de Pais, *ob.cit.*, pág. 79.

[50] Cfr., VASCONCELOS, Pedro de Pais, *ob.cit.*, pág. 83. Para o Autor, apenas pode haver inclusão se estiverem preenchidos todos os elementos essenciais, no seu turno, haverá exclusão quando falte um, ou mais, elementos essenciais, independentemente de qual seja.

No regime do contrato de seguro, como podemos ver, o interesse é tratado como um elemento essencial, isto é, entendido como um requisito de *validade* do acto jurídico que está em causa. Estaremos, portanto, perante uma realidade que existe dentro do contrato, que tem que existir sob pena de a ordem jurídica considerar aquela estipulação negocial entre as partes ferida de *nulidade*[51]. De facto, a ordem legal parece validar esta opinião erigindo o interesse como um dos dois elementos sem os quais não poderá haver um contrato de seguro válido juridicamente. Estamos não só perante um elemento que determina a validade do contrato, como também o art.m43.º da LCS está referenciado como sendo uma norma de *imperatividade absoluta*, que não admite uma disposição em contrário através da autonomia privada[52]. Do mesmo modo, não são permitidos interesses que disponham contra a lei, a moral e os bons costumes, isto é, o interesse não pode ser referente a qualquer das alíneas do n.º 1 do art.º 14.º, contribuindo para adensar a ideia de que o interesse surge, ao lado do risco, como um requisito de validade do contrato de seguro. E assim se compreende a solução dada pela lei, em termos de consequência para a falta de interesse. Através da nulidade do acto jurídico, previne-se que este produza os seus efeitos *ab initio*, sendo os seus efeitos destruídos retroactivamente, à luz do regime geral do art.º 289.º, n.º 1 do Código Civil, doravante CC.

Não obstante os argumentos aduzidos e a doutrina considerada, parece-nos importante colocar em questão a pertinência da classificação do interesse como um elemento essencial. É do nosso entender que qualificar e entender o interesse como um requisito de validade não nos parece satisfatória nem nos parece que encerra, dentro de si, todo o universo que rodeia o interesse dentro do tipo contratual dos seguros. Ao lado do risco, o interesse surge como um, dos dois, elemento que não se esgota como um mero requisito de validade ou como um mero requisito que ajude a definir o tipo contratual que está em causa. É escassa a explicação dogmática dada a este pilar fundamental do contrato de seguros, porque estaremos no âmbito de um juízo de valor. Diferentemente, parece-nos de elementar consideração colocar a seguinte questão: não será o interesse, antes de tudo, uma realidade exterior e anterior ao contrato de seguro, isto é, se não será um *pressuposto* que existe antes da feitura do contrato, sendo, antes, necessário fazer um *juízo de realidade*, em vez de um juízo de valor.

3.2 – O interesse como realidade anterior e exterior ao contrato: crítica à doutrina dos "*essentialia*"

Como já foi referido anteriormente, o interesse, como requisito do contrato de seguro, é entendido como um elemento essencial, integrando-se assim na doutrina dos "*essentialia*" e inserida na sua clássica estrutura tripartida em elementos essenciais, acidentais e naturais[53]. Contudo, existe doutrina que coloca em questão esta classificação, propondo outras alternativas que buscam a sua *ratio* em argumentos diferentes que, particularmente, interessam para o regime do interesse no contrato de seguro.

Refere MENEZES CORDEIRO que existe uma diferença entre a Escola de Coimbra e a Escola de Lisboa, no que toca à importância classificatória a dar aos requisitos fundamentais de um negócio jurídico. Particular crítico da figura dos elementos essenciais, defende que se trata de uma confusão terminológica misturando factores exteriores ao próprio negócio, com outros factores que influem nos seus efeitos[54]. Para sustentar a sua posição crítica, o Autor faz alusão à posição de vários Autores da Faculdade de Direito de Lisboa,

[51] Tal como refere o art.º 43.º, n.º 1 da LCS.

[52] Segundo o art.º 14.º da LCS, "*São absolutamente imperativas, não admitindo convenção em sentido diverso, as disposições constantes da presente secção e dos artigos 16.º, 32.º, 34.º, 36.º, 43.º, 44.º, 54.º, n.º 1, 59.º, 61.º, 80.º, n.ºs 2 e 3, 117.º, n.º 3, e 119.º.*".

[53] Sobre o conceito dos elementos naturais e acidentais, *vide*, por todos, VASCONCELOS, Pedro de Pais, *ob.cit.*, pág. 74 e segs., com indicações bibliográficas.

[54] Cfr., CORDEIRO, António de Menezes, *Tratado de Direito Civil Português*, I, Parte Geral, Tomo I, 2ª Edição, Almedina, Lisboa, 2000, pág. 329 e segs.

entre eles PAULO CUNHA, DIAS MARQUES e GALVÃO TELLES, todos eles confluindo no mesmo sentido: o esquema clássico tripartido em elementos essenciais, naturais e acidentais está ultrapassado e não é capaz de explicar toda a realidade do negócio jurídico[55]. Defende o Autor, na esteira de PAULO CUNHA, que a noção de *elementos* do negócio jurídico deve ser explicitada de duas formas possíveis: por um lado, através de um conceito amplo, abrangendo os elementos que se consubstanciam num conjunto de realidades necessárias para que haja uma outra; ou através de um sentido estrito, em que os elementos serão a expressão dos requisitos que, num dado momento, "(…) *compõem um quid*"[56]. Desta forma, conclui que, abandonando a clássica tripartição dos elementos, por se revelar ultrapassada e inadequada, os *pressupostos*, referidos por Paulo Cunha, apenas podem ser entendidos se integrados no conceito amplo de elemento, dado anteriormente. Não obstante, defende ainda o Autor que os pressupostos do negócio jurídico incluem normas sobre pessoas, bens, ou sobre as *relações que entre estes ambos se estabeleçam*. No fundo, na esteira de MENEZES CORDEIRO, as realidades a que se referem os pressupostos negociais "(…) *devem ser estudadas a propósito das realidades a que, de modo imediato, digam respeito.*".

Deste modo, conclui o Autor que os elementos, *a contrario*, devem ser preenchidos com as "(…) *normas e princípios ligados, desde logo, à temática negocial.*"[57].

Numa outra perspectiva, RUI PINTO DUARTE coloca em causa a doutrina dos "*essentialia*"[58]. Defende o Autor, depois de colocar em causa a ideia estabelecida, por parte da doutrina, de que os contratos se formam após a concordância, por parte das partes através dos elementos essenciais do contrato[59], que "*A doutrina dos essentialia não pode ser tida como um critério bastante para a aplicação do Direito.*"[60]. Não se pode encontrar um sentido completo na norma jurídica, se esta se desagregar com inevitável perda de sentido: entende o Autor que estamos perante um *juízo de valor* da norma jurídica[61]. Na esteira do seu raciocínio, se a norma decomposta nunca poderá atingir o seu sentido através da soma das

[55] Cfr., CORDEIRO, António de Menezes, *ob.cit.*, pág. 329 e segs. Segundo Paulo Cunha, o negócio jurídico dividir-se-ia em quatro elementos: os elementos necessários, específicos, naturais e acidentais. Os primeiros refeririam-se aos requisitos que a lei exigiria para a validade de qualquer negócio jurídico; os elementos específicos seriam aqueles exigidos para cada tipo de acto; os naturais seriam regras, supletivas, estabelecidos pela lei para servirem diversos tipos negociais, dependendo da sua natureza; e, por último, os elementos acidentais seriam aqueles clausulados negociados pelas partes, dentro da sua autonomia privada, podendo ainda ser *típicos* se a lei já os tiver conceptualizado, ou *variáveis*, caso essa conceptualização seja levada a cabo pela vontade das partes. Já Dias Marques, segundo Menezes Cordeiro, defendia uma posição próxima de Emilio Betti, defendendo a existência de *pressupostos*, entendidos como *elementos extrínsecos* do próprio negócio, como seja o autor, o objecto e a legitimidade do autor; de uma *estrutura*, em que esta corresponderá aos *elementos intrínsecos* do negócio, isto é, o próprio acto do negócio, abrangendo elementos objectivos como a forma ou o conteúdo e ainda elementos subjectivos, como seja a vontade da parte; e ainda haveria uma *função*, sendo que esta se ligava à ideia de *causa*, entendida como "*o objectivo socialmente relevante procurado através do negócio*". Para Galvão Telles, um negócio jurídico divide-se em duas categorias: elementos, que englobam o acordo para a formação e o acordo para o conteúdo do negócio e, ainda, a causa ou o motivo; e os requisitos de validade.

[56] Cfr., CORDEIRO, António de Menezes, *op.cit.*, pág. 333-334.

[57] Cfr., CORDEIRO, António de Menezes, *op.cit.*, pág. 330 e segs.

[58] Seguimos de perto a argumentação expedida na sua tese de doutoramento, cfr., DUARTE, Rui Pinto, *Tipicidade e Atipicidade dos Contratos*, diss., Almedina, Coimbra, 2000.

[59] Cfr., DUARTE, Rui Pinto, *ob.cit.*, pág. 79 e nota 235, com apoio argumentativo nos trabalhos preparatórios de Vaz Serra.

[60] A análise do Autor à doutrina nacional é extensa, com referência a múltiplos autores e aos vários vocábulos que são utilizados para se referirem aos elementos essenciais. Em todos eles, se nota uma certa similitude argumentativa, em que se determina que os elementos essenciais são aqueles que definem, nas palavras de Pinto Monteiro, um contrato e o identificam perante outros. Refere ainda vários casos de jurisprudência, como forma de demonstrar a variação terminológica. No fundo, refere o Autor que para a "(...) *qualificação de um negócio como pertencente a dado tipo* (...)", a maioria da doutrina considera que é necessário determinar quais os elementos essenciais que estão presentes, só assim podendo classificar o negócio em causa, como aquele pretendido pelas partes. Nas palavras de J. G. Pinto Coelho, citadas pelo Autor, "*teem os negócios jurídicos elementos próprios ou específicos, constitutvos da sua essencia, que os caraterizam e distinguem entre si, elementos sem os quaes elles se não podem constituir, e a que as partes, portanto, teem que se subordinar, deixando, no caso contrário, de realizar o negócio jurídico que tinham em vista. Estes são os elementos essenciais do negócio jurídico (essentialia negotii), que, entrando no seu conteúdo, constituem, na sua organização typica estabelecida por lei, a sua essencia propria.*". Ou nas palavras de Manuel Januário Gomes, também citadas pelo Autor, "*são os elementos essenciais que definem o contrato e que justificam a aplicação do respectivo regime*". Ou ainda nas palavras de Oliveira Ascensão, em que "*A qualificação do contrato terá de fazer-se com base nos seus elementos essenciais, e não no regime jurídico traçado pelas partes. (...) O que há a fazer é verificar quais os elementos essenciais do contrato em causa e qualificá-lo*". No fundo, toda a doutrina citada por Rui Pinto Duarte, converge na mesma ideia fundamental: a qualificação do negócio jurídico apenas pode surgir através da verificação ou não da existência dos elementos essenciais indispensáveis para essa operação; surgindo, por sua vez, os elementos essenciais como os requisitos próprios daquele negócio jurídico em causa, sem os quais este não pode subsistir ou, sequer, ser válido. Cfr., DUARTE, Rui Pinto, *ob.cit.*, pág. 79 e segs.

[61] Cfr., DUARTE, Rui Pinto, *ob.cit.*, pág. 89.

suas partes, então o exercício de decomposição é inadequado para a aplicação do Direito[62]. Conclui Rui Pinto Duarte que a utilização desta classificação se mostra inadequada para ser aplicada aos tipos sociais de contratos; e mesmo nos tipos legais, se encontram muitas dificuldades visto que não apresenta uma solução satisfatória quando, previsivelmente, se verifica a existência de outras características para além das que são consideradas nucleares para a presença daquele tipo negocial, na espécies contratuais em causa. Nas palavras do Autor "(…) *a doutrina dos essentialia pode, nalguns casos, servir para a delimitação dos conceitos qualificativos, mas não é nunca critério bastante para o relacionamento destes com os factos.*"[63].

Num outro patamar, JOÃO DE OLIVEIRA GERALDES, a propósito do seu estudo sobre a tipicidade contratual e condicionalidade suspensiva, na sua dissertação de mestrado, também coloca em causa esta ideia de ligação dos *essentialia* aos pressupostos de validade[64]. Entende o Autor que os *essentialia* e os requisitos de validade pertencem a duas realidades separadas, em que os elementos essenciais específicos apenas têm uma função qualificadora do tipo e que, por esta ordem, os requisitos de validade não podem ser condicionados. Considera que os elementos essenciais ultrapassam a categoria dos requisitos de validade do negócio e que apenas os pressuspostos de validade não podem aceitar uma "*manipulação condicional*", mas que, já os elementos essenciais *específicos*, podem ser condicionáveis pois "(…) *não podem ser caracterizados como elementos essenciais para a validade do acto.*". Entende o Autor que o juízo de validade sobre o acto é actual, sendo algo de concreto aferido no momento do estabelecimento do vínculo[65].

3.3 – Posição adoptada

Nos termos doutrinários maioritários, considera-se que o interesse é um elemento essencial do contrato de seguro, sendo um requisito de validade, em que a sua não existência provoca a nulidade do contrato[66]. Tratar-se-á de uma realidade que existe dentro do contrato, que deve ser aferida aquando da sua celebração e apenas a sua existência poderá determinar a validade do acto jurídico em causa – não o sendo, o acto será nulo, nos termos do art.º 43.º, n.º 1 da LCS. Não obstante estas considerações iniciais, já vimos que a doutrina dos *essentialia* não é uma visão consensual, ou sequer, duradoura nos seus alicerces juridico-argumentativos. O que aqui pretende-se discutir é saber se, classificando o interesse como elemento essencial, este encontra a sua base dogmática correcta, ou se, por invés, precisa de ser recentrado em novas coordenadas – isto é, trata-se de saber se o interesse não será, antes, uma *realidade exterior e anterior* ao contrato de seguro. É este o caminho que propomos e que tentaremos, humildemente, confirmar através do chamamento à colação de vários argumentos nesse sentido.

---

[62] Cfr., DUARTE, Rui Pinto, *ob.cit.*, pág. 89. Refere ainda que não está em causa a utilidade da divisão do negócio jurídico em elementos para a sua compreensão. Cita ainda Pedro de Pais Vasconcelos, em que este Autor considera que "(...) *a doutrina dos "elementos do contrato" restringe a função de qualificação a alguma das características, que integram a definição, com a abstracção das outras, que são relegadas para o âmbito dos "naturalia". Esta separação é artificial e de rejeitar, por um lado, porque os elementos essenciais, embora sejam qualificativos, são também determinantes do regime e, por outro, porque os elementos naturais, além de determinarem o regime são também determinantes da qualificação na medida em que, sendo típicos, são imprescindíveis na formação do tipo jurídico estrutural, sem o qual a qualificação se desfigura.*". *Vide*, VASCONCELOS, Pedro de Pais, *ob.cit.*, *apud*, DUARTE, Rui Pinto, *ob.cit.*, pág. 89.

[63] Cfr., DUARTE, Rui Pinto, *ob.cit.*, pág. 90.

[64] Cfr., GERALDES, João de Oliveira, *Tipicidade Contratual e Condicionalidade Suspensiva – Estudo sobre a exterioridade condicional e sobre a posição jurídica resultante dos tipos contratuais condicionados*, 1ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2010. Realçe-se que, apesar da pertinência dos argumentos tecidos quanto à acidentalidade e quanto à condição, interessa-nos, para o escopo deste trabalho, as considerações que o Autor tece sobre a ligação que a maior parte da doutrina estabelece entre os elementos essenciais e os pressupostos de validade. Não obstante este ponto prévio, parece-nos importante referir a tónica que o Autor coloca na condição, como exemplo para ilustrar a sua posição. Entende o Autor que, definindo os elementos essenciais como requisitos indispensáveis para a validade do negócio, a *condição não é elemento essencial para a validade do tipo*, isto é, o elemento essencial não pode ser *condicionante*, pois esta é a função dos elementos *acidentais*. Com isto, pretende-se afirmar que a condição é um mero requisito de eficácia contratual, estranho aos elementos indispensáveis do tipo. No fundo, o Autor pretende chegar a esta ideia: "(...) *os elementos essencias específicos não são requisitos de validade, apenas desempenhando uma função qualificadora. Assim, estes podem ser objecto da acção reguladora do mecanismo da condicionalidade voluntária,* (...)". Cfr. GERALDES, João de Oliveira, *ob.cit.*, pág. 139 e segs.

[65] Cfr., GERALDES, João de Oliveira, *ob.cit.*

[66] Cfr. AA.VV., *Lei do Contrato de Seguro Anotada*, anotação de José Vasques ao art.º 43.º da LCS, pág. 186. Acrescenta ainda que a essencialidade é comprovada pelo facto de se estar perante uma disposição imperativa da LCS, cfr. art.º 12.º da LCS.

Primeiramente, pense-se no conceito já referido e que é pacificamente aceite pela doutrina, e que também nós perfilhamos: o interesse consiste na ***relação de valia económica entre o sujeito do contrato e o bem, objecto do mesmo, sujeito ao risco***. Como facilmente podemos depreender, o interesse refere-se, não ao sujeito, não ao bem, mas, concretamente, à ligação que existe entre ambos – ligação essa que deve ser juridicamente válida. Sem esta ligação o contrato será nulo, nas palavras do legislador. Facilmente podemos ser tentados a concordar com a classificação que é dada pela doutrina, de que estamos perante um elemento essencial. Juntamente com o risco[67], o interesse surge como um dos dois requisitos que a lei exige para a existência do contrato; sem eles, este não existe; apenas com eles, pode ser válido. Parece-nos, contudo, que esta concepção dogmática sobre o interesse não se revela suficiente para explicar por completo a função fundamental que este desempenha no contrato de seguro. Entendemos que, tomado apenas como elemento essencial, com a função de ditar a validade ou não do contrato, está-se a diminuir a importância do interesse na dogmática do seguro. Isto é, chama-se à colação um conceito-chave para perceber a dinâmica tipológica e reconduzindo-a a uma mera função classificatória.

Nesta sede devemos fazer referência a uma passagem de MENEZES CORDEIRO, onde o Autor afirma que os pressupostos devem ser entendidos como manifestações que devem "(...) *ser estudadas a próposito das realidades a que, de modo imediato, digam respeito.*"[68]. Mas antes, o Autor define os pressupostos como aqueles que se referem às pessoas, aos bens, ou às *relações que entre ambos – pessoas e bens – se estabeleçam.* Mais afirma, ao considerar que os pressupostos apenas podem ser considerados como elementos do negócio jurídico se se usar um sentido amplo de preenchimento desta categoria, isto é, os elementos devem traduzir um conjunto de realidades indispensáveis, sem as quais não pode existir outra subsequente.

Concomitantemente a esta realidade, devemos trazer à colação a seguinte ideia: ***sem interesse, não há contrato de seguro***. E acrescente-se a seguinte ideia: o interesse refere-se a uma relação que explica o porquê de alguém querer segurar um bem sujeito a risco, isto é, o interesse surge como o *quid* que justifica a necessidade da existência do risco. Um bem pode estar em risco, mas se o sujeito não tem interesse em segurar a coisa[69], então não pode haver um contrato de seguro válido para a ordem jurídica: ***sem interesse, não há risco segurável***[70]. Pegando nestas coordenadas dogmáticas, facilmente se percebe que o interesse é muito mais do que um mero elemento essencial que categoriza o tipo negocial e diz se o acto jurídico é válido ou não; na verdade, consubstancia-se como algo que existe previamente ao contrato, que deve ser sindicado, tanto na fase pré-contratual, como durante a execução do contrato e que, concomitantemente, irá influenciar a importância do risco para a existência, ou não, do contrato de seguro. O risco apenas irá revelar, nesta sede, se houver um interesse, se houver uma *ligação*, que norteie e que fundamente a contextualização num tipo contratual legal, essa relação entre o sujeito e o

[67] Qualquer análise dogmática sobre o requisito do interesse não pode esquecer que estamos perante um pressuposto indissociável do risco. Como iremos tentar demonstrar ao longo deste trabalho, tanto o interesse como o risco não podem ser analisados separadamente, no que toca à função que desempenham neste tipo contratual. Naturalmente, a sua *ratio* será diferente, a sua concretização será diversa; mas o que nos interessa para este trabalho é exactamente o papel que ambos desempenham – um papel de complementaridade, para a existência do contrato de seguro.

[68] Cfr., CORDEIRO, António de Menezes, *ob.cit.*, pág. 333.

[69] Pense-se no seguinte exemplo: um Jaguar verde, antigo, está sempre estacionado à porta de casa de Bento e corre um risco assinalável de ser destruído por uma árvore prestes a cair. Bento, desgostoso, quer fazer um seguro sobre o carro pelo qual ganhou uma ligação sentimental profunda, mesmo não sabendo quem é o dono. Naturalmente, Bento não poderá efectuar um seguro sobre este Jaguar, visto que, manifestamente, não existe interesse por parte dele. Isto é, não se verifica a tal ligação jurídica que, mais adiante no trabalho, iremos verificar que, no seguro de responsabilidade civil automóvel, pode ser fundada em título jurídico diverso da propriedade. Serve este exemplo para demonstrar que o interesse e o risco não podem ser considerados separadamente. Bem pelo contrário, a sua relação de interdependência é tão forte que não se poderá conceber um contrato de seguro válido se a coisa, objecto do contrato, não estiver sob um risco que coloque em causa a sua subsistência e a possibilidade de o sujeito poder retirar utilidades patrimoniais do mesmo. São duas faces da mesma moeda, são dois requisitos que, juntos, formam o tipo contratual em causa.

[70] Cfr., REGO, Margarida Lima, *ob.cit.*, pág. 221.

bem em causa: o contrato apenas poderá existir e subsistir se for justificada a importância da existência do risco para aferir da validade do negócio jurídico.

Nestes termos, parece-nos de superior valia recordar o que EMILIO BETTI nos ensina sobre os pressupostos do negócio jurídico. Defende o Autor italiano que existe uma diferença entre o que são elementos essenciais do contrato e o que são os pressupostos do negócio jurídico: refere-se a estes como *pressupostos de validade*[71]. Entende que estamos perante um pressuposto de validade quando este surge no momento da *celebração do contrato*, tratado como uma *circunstância* que é extrínseca ao negócio em si considerado, mas íntrinseca na procura de uma complexa situação de facto em que o negócio se integra[72].

Os pressupostos negociais devem ser divididos em três pilares fundamentais, compostos pelo *sujeito* do negócio, pelo *objecto* do negócio, e pela relação que existe entre o sujeito e o objecto. Por outras palavras, Emilio Betti refere-se, respectivamente, à capacidade do sujeito, à idoneidade do objecto e à legitimidade para o negócio[73]. No que toca à legitimidade da parte como pressuposto, entendida como uma *idoneidade adquirida* numa atitude do Homem integrado na sociedade[74], esta consubstancia-se numa *particular relação que o sujeito tem com o objecto do negócio*[75], em que existe uma posição específica do sujeito face ao interesse que se pretende regular naquele acto jurídico, onde seja possível ao sujeito retirar vantagens para a sua esfera jurídica. Concomitantemente com esta ideia nuclear de possibilidade de sentir os efeitos jurídicos na sua esfera jurídica, deve-se proceder a uma operação de identificação do sujeito do negócio com o sujeito do interesse, em concreto com aquele a que se refere a relação jurídica do acto em causa, de forma a que os efeitos sejam produzidos na esfera adequada e legítima, sendo esta a *legitimidade ordinária e normal*[76].

Esta posição anteriormente referida ganha especial acuidade e aplicação no domínio do que deve ser o interesse no contrato de seguro. Depois de se estabelecer o interesse como a relação jurídica, de valia económica, entre o sujeito e o bem sujeito ao risco, podemos encontrar pontos de contacto que nos ajudam a perceber e a identificar o interesse[77] como um *pressuposto negocial*, entendido, na esteira de EMILIO BETTI, como a legitimidade da parte em celebrar o negócio jurídico, tendo em conta a ligação jurídica com o objecto do acto. De facto, nos termos do art.º 43.º, n.º 1 da LCS, a existência ou não de um contrato de seguro depende, intrinsecamente, da especial relação que deve existir entre o sujeito e o objecto. Conclui o mesmo artigo que o acto é ferido de nulidade, na sua falta, mas também neste ponto temos que discordar com a solução encontrada pelo legislador. Do mesmo modo que consideramos que a qualificação do interesse como

[71] Cfr., BETTI, Emilio, *Teoria Generale del Negozio Giuridico*, 2ª Edição Reimpressa, Edizione Scientifiche Italiane, 1994, pág. 209. Refere o Autor que "*Se il riconoscimento dell'autonomia privata configura essenzialmente um fenomeno de recezione, per cui l'assetto dato dalle parti i propri interesse viene assunto nella sfera del diritto, è logico che l'ordine giuridico provveda a fissare anche i presupposti cui subordina il proprio riconoscimento*".

[72] Cfr., BETTI, Emilio, *op.cit.*, pág. 209-210. Refere ainda que, caso a presença destes elementos é reconhecido em momento posterior à celebração do contrato, estaremos perante uma condição.

[73] Cfr., BETTI, Emilio, *op.cit.*, pág. 210. No que toca à capacidade da parte, trata-se da capacidade de agir por parte do sujeito; a idoneidade do objecto, nas palavras do Autor, "*(...) costituisce un presupposto di validità del negozio anche l'idoneità dell'oggetto, ossia l'attitudine degli interessi sui quali il negozio verte, a ricevere l'assetto o regolamento pratico, che il negozio ha di mira*". Importante para este ponto é a distinção que Emilio Betti constrói entre a capacidade da parte e a legitimidade do negócio, e que é importante referir para posterior compreensão da nossa posição. Argumenta o Autor que a figura da legitimidade deve ser introduzida como forma de contornar e compor uma solução para aquelas figuras que não tenham assento na capacidade; ademais, quando se fala de legitimidade não se pretende chamar à colação a qualidade intrínseca da pessoa, mas sim a posição que ela tem perante o objecto do negócio, "(...) *considerati come possible oggetto di autoregolamento privato in genere oppure di speciali categorie di negozi.*". Desta forma, conclui que, se pelo lado da capacidade temos a "(...) *atittudine intrinseca della parte a porre in essere atti giuridici.*", por outro lado na legitimidade, em contraponto, temos "(...) *una posizione di competenza, caratterizzata o dal potere di porre in essere atti giuridici che abbiano un dato oggetto o dall'attitudine a risentirne gli effetti, in virtú di una relazione, in cui la parte si trova o si pone con l'oggetto dell'atto.*", cfr. BETTI, Emilio, *op.cit.*, pág. 210 e segs.

[74] Cfr., BETTI, Emilio, *ob.cit.*, pág. 211.

[75] Cfr., BETTI, Emilio, *ob.cit.*, pág. 221. Numa definição mais precisa, entende o Autor que estamos perante uma "(...) *competenza ad ottenere o a risentire gli effetti giuridici del regolamento d'interessi avuto di mira: competenza, la quale risulta da una specifica posizione del soggetto rispetto agli interessi che si tratt di regolare.*".

[76] Cfr., BETTI, Emilio, *ob.cit.*, pág. 221 e segs.

[77] E aqui também englobamos o risco, outro requisito indispensável para a existência e validade do contrato de seguro, tal como ja tínhamos referido, supra nota 66 e 69.

elemento essencial uma solução curta para a importância que este requisito tem dentro do tipo contratual; concomitantemente, pensamos que a solução da nulidade não pode responder, de todo, de forma adequada à nossa opinião de que o interesse, na verdade, se trata de um verdadeiro pressuposto negocial. Trata-se, nesta sede, de aprofundarmos a nossa investigação e as nossas conclusões, e levantarmos a questão se a violação do pressuposto do interesse não irá acarretar uma diferente qualificação do vício em causa, isto é, se não estaremos perante uma situação de inexistência jurídica.

Consideramos que esta discussão dogmática não é estéril nem desprovida de qualquer utilidade. Bem pelo contrário, entendemos que a nossa opção de enveredar por este caminho metodológico com as naturais consequências jurídicas associadas, pode trazer uma nova luz ao regime e à dogmática dos seguros. Deste modo, o levantamento da questão da existência da inexistência jurídica e, em particular, a sua aplicação no domínio dos seguros, revela-se de particular acuidade. A figura da inexistência jurídica não é pacífica na doutrina nacional, sendo maioritária aquela que defende a sua não aplicabilidade. Na esteira de MENEZES CORDEIRO, a figura da inexistência surge como um mero *conceptualismo* derivado de uma questão de interpretação no Código Civil francês à altura da Revolução Francesa[78]. Refere o Autor que a introdução desta figura foi controversa desde os primeiros tempos, dando conta da posição de diversos autores que a rejeitavam ou a admitiam[79]. Na sua opinião, da divisão entre inexistência material e inexistência jurídica, apenas esta merece ter tratamento dogmático visto que a primeira é "(...) *puramente descritiva*.". Assim, a inexistência jurídica seria aquela onde existiria, ainda, uma relevância negocial que a ordem jurídica iria desconsiderar e, dessa forma, retirar qualquer tipo de eficácia[80]. Defende o Autor que, no Direito da Família, onde esta figura está prevista, a divisão deveria ser dual, apenas abrangendo a anulabilidade e a nulidade. Com a existência da inexistência, a ordem legal pretende dar a entender que veda a possibilidade da produção de qualquer efeito jurídico, situação que acontece se o negócio for declarado nulo ou anulável[81]. Argumenta, concomitantemente, MENEZES CORDEIRO que se deve admitir uma interpretação restritiva do art.1630.º do CC para uma efectiva protecção dos terceiros de boa fé, visto que este artigo teve "(...) *meras preocupações conceptuais*."[82]. Defende ainda o Autor que a consideração da existência da inexistência, no negócio jurídico em geral, traria ainda consequências mais nefastas para o terceiro de boa fé, referindo vários exemplos práticos que ilustram a sua argumentação[83]. Em suma, MENEZES CORDEIRO entende que a consideração da inexistência jurídica no negócio jurídico em geral leva a soluções graves do ponto de vista da protecção do terceiro de boa fé, causando gritantes injustiças por mero conceptualismo.

[78] A figura da inexistência surge com a tentativa da doutrina e da jurisprudência de limitarem ao máximo os casos de dissolução do casamento, criando a regra "não há nulidade do casamento sem um texto que a pronuncie de modo expresso". Deste modo, para as situações de casamento celebrado entre pessoas do mesmo sexo, casamento celebrado sem forma legal e casamento sem o consentimento de uma das partes, a doutrina francesa criou uma figura de invalidade jurídica que não necessitaria de uma lei expressa: a inexistência jurídica. Cfr., CORDEIRO, António de Menezes, *ob.cit.*, pág. 650 e segs.

[79] Cfr., CORDEIRO, António de Menezes, *ob.cit.*, pág. 650 e segs. No caso de Guilherme Moreira, *ob.cit.*, rejeita a inexistência para o negócio jurídico em geral, apenas admitindo-a no casamento e em situações excepcionais. Já Pires de Lima, na sua dissertação de doutoramento, *O Casamento Putativo no Direito Civil Português*, Coimbra Editora, 1930, rejeita por completo a existência da figura da inexistência, considerando que apenas surgiu de uma mera "necessidade prática" e não de um "raciocínio lógico", cfr., *ob.cit.*, pág. 103 e segs., para uma explanação mais profunda, tanto em termos históricos, como em termos juridico-argumentativos. Raúl Ventura partilha desta visão comparando a inexistência à nulidade, reconduzindo-a a essa figura, cfr., VENTURA, Raúl Jorge Rodrigues, "Valor Jurídico do Casamento", in: *Revisdta da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Lisbo, 1951, pág. 22 e segs.

[80] Cfr., CORDEIRO, António de Menezes, *ob.cit.*, pág. 652.

[81] Pense-se no casamento putatitivo, presente no art.1647.º do CC. Defende Menezes Cordeiro, porém, que "(...) *os vícios que conduzem à inexistência (...) não são de molde a questionar a aparência do casamento: a pessoa que, de boa fé, acredite nele, merece tanta tutela quanta a concedida a quem creia num casamento declarado nulo ou anulado.*", cfr., CORDEIRO, António de Menezes, *ob.cit.*, pág. 652.

[82] Cfr., CORDEIRO, António de Menezes, *ob.cit.*, pág. 652.

[83] O Autor refere exemplos como a presunção de boa-fé na posse, nos termos dos arts. 1259.º, n.º 1 do CC e 1260.º, n.º 2 do CC, em que o possuidor de boa-fé adquire os frutos da coisa até ser notificado da nulidade, nos termos do art.1270.º, n.º 1 do CC. Cfr., CORDEIRO, António de Menezes, *ob.cit.*, pág. 652-653.

Em contraponto podemos encontrar um ponto de abrigo na posição de PEDRO DE PAIS VASCONCELOS, a qual aderimos por completo. Segundo este Autor, existe um momento em que se deve considerar a existência de algo no plano jurídico, ou seja, a partir do momento em que duas partes, no exercício da sua autonomia privada, acordam em celebrar certo negócio jurídico, transformam algo que existe em "(...) *potência* (...)", em algo que "(...) *é actual, é ente, (...) é agir humano.*"[84]. Desta forma considera que a posição de autores como MENEZES CORDEIRO, ou HEINRICH EWALD HÖRSTER[85], apenas faz referência às consequências do regime jurídico, concluindo que este modo de pensamento não leva em conta a "(...) *dimensão ontológica da acção negocial.*"[86]. Para este Autor, o negócio jurídico também tem uma dimensão que vai para além da mera consequência legal; tem que se ponderar o negócio a existência do "(...) *não-acto, o não-negócio* (...)"[87]. Deve-se privilegiar uma abordagem que parta de um *juízo de realidade*, em que a questão é colocada no "(...) *domínio do ser*", onde um acto jurídico inexistente simplesmente não existe para a ordem jurídica, por outras palavras, "(...) *é um nada* (...)"[88]. Numa perspectiva diversa o acto inválido surge como uma realidade que existe no plano jurídico, que é passível de produzir efeitos jurídicos laterais, mesmo que não sejam negociais. A sua consideração é feita num plano "(...) *do dever-ser.*", em que existe um "(...) *juízo de valor.*"[89]. Concomitantemente, o Autor considera a existência de três figuras dentro da inexistência: a inexistência ôntica, a inexistência qualificativa, e a inexistência por mera imposição da lei[90]. No que toca ao seu regime, a inexistência jurídica não produz quaisquer efeitos, podendo ser invocada a todo o tempo por qualquer pessoa, independentemente de declaração judicial[91].

Como subsídio a esta posição que perfilhamos, podemos encontrar os argumentos aduzidos por autores como OLIVEIRA ASCENSÃO[92] e LUÍS CARVALHO FERNANDES[93]. Entende OLIVEIRA ASCENSÃO que a figura da inexistência "(...) *vai muito além da nulidade.*", e se a vontade não existe não se pode considerar que haja um negócio no plano jurídico[94]. Argumenta que existe um limite a partir do qual se deve perguntar se existe propriamente um acto jurídico, no fundo, que consequência terão aquelas causas que sejam mais graves do que aquelas que conduzem à nulidade, não esquecendo, todavia que o negócio considerado nulo ainda produz efeitos fora da esfera negocial[95]. Havendo, na opinião do Autor, vários critérios para aferir da inexistência[96], aquele que deve ser seguido é o critério da acção. O vector principal gira à volta da ideia de que todo o negócio surge através da acção

[84] Cfr., VASCONCELOS, Pedro de Pais, *ob.cit.*, pág. 735-736.

[85] Entende o Autor que "(...) *a inexistência é uma figura supérflua: trata-se apenas de uma forma rigorosa da nulidade em que fica excluída a produção de todos e quaisquer efeitos laterais.*", cfr., Hörster, Heinrich Ewald, *A Parte Geral do Código Civil Português – Teoria Geral do Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 1992.

[86] Cfr., VASCONCELOS, Pedro de Pais, *ob.cit.*, pág. 736.

[87] Cfr., VASCONCELOS, Pedro de Pais, *ob.cit.*, pág. 736.

[88] Cfr., VASCONCELOS, Pedro de Pais, *ob.cit.*, pág. 736.

[89] Cfr., VASCONCELOS, Pedro de Pais, *ob.cit.*, pág. 736.

[90] A inexistência ôntica consubstancia-se naquela onde não existe qualquer negócio jurídico celebrado entre as partes, inexiste uma acção negocial, "(...) *trata-se de uma mentira ou de uma falsidade, embora possivelmente suportada por uma aparência que possa induzir a ilusão.*", englobando-se aqui os casos dos arts. 245.º e 246.º do CC. Na inexistência qualificativa o problema surge porque o acto existe no plano jurídico, mas não pode existir com o revestimento tipológico que as partes pretenderam. O acto existe, mas existe como algo diverso do que as partes pretenderam, podendo ser possível uma conversão do negócio jurídico. Por último, na inexistência por mera imposição da lei, é a própria ordem jurídica que determina a inexistência do acto jurídico em causa, não havendo "(...) *um fundamento ôntico nem de qualificação* (...)". cfr., VASCONCELOS, Pedro de Pais, *ob.cit.*, pág. 737 e segs.

[91] No caso da inexistência ôntica, não se admite a possibilidade de conversão do negócio jurídico; esta hipótese é apenas admitida na inexistência qualificativa, onde existe algo que o Direito pode aproveitar. Na inexistência por mera imposição legal temos uma nulidade agravada, em que a admissibilidade da conversão irá depender da verificação dos pressupostos e requisitos da figura da conversão jurídica. Cfr., VASCONCELOS, Pedro de Pais, *ob.cit.*, pág. 738-739.

[92] Vide ASCENSÃO, José de Oliveira, *Direito Civil – Teoria Geral*, Volume II – Acções e Factos Jurídicos, Coimbra Editora, Coimbra, 1999.

[93] Cfr., FERNANDES, Luís A. Carvalho, *Teoria Geral do Direito Civil*, Volume II – Fontes, Conteúdo e Garantia da Relação Jurídica, 5ª Edição Revista e Actualizada, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2010.

[94] Cfr., ASCENSÃO, José de Oliveira, *ob.cit.*, pág. 101.

[95] Cfr., ASCENSÃO, José de Oliveira, *ob.cit.*, pág. 310-311.

[96] Oliveira Ascensão refere os critérios da aparência, em que o acto considerado inexistente não teria a aparência que as partes pretendem; e ainda o critério da falta dos elementos essenciais do negócio.. Para mais detalhe, que aqui não pode ser referido por economia de espaço, *vide*, ASCENSÃO, José de Oliveira, *ob.cit.*, pág. 312 e segs.

humana, sendo que a sua falta implica a inexistência do negócio. Desta forma, a inexistência surgiria da falta de acção no agir humano[97]. Quanto ao regime da inexistência, defende o Autor que não existe a produção de quaisquer efeitos jurídicos, não se podendo aproveitar nada do acto em causa: trata-se de um "(...) *acto irrelevante*.", para a ordem jurídica[98].

Segundo CARVALHO FERNANDES, a autonomia da inexistência jurídica justifica-se pelo facto de estarmos perante uma situação particular de vício jurídico, diferente da nulidade, que justifica um regime próprio. Defende o Autor que a inexistência surge nos casos de "*desconformidade da realidade com o tipo de negócio considerado*" e de "*desconformidade da realidade com o tipo de negócio considerado ou com qualquer outro*."[99]. Acrescenta ainda que o problema da inexistência se coloca quanto à sua diferenciação de regime face à nulidade e à anulabilidade, concluindo que existem particularidades que os afastam. Deste modo, considera que existem certas realidades que surgem com tal desconformidade face à realidade subjacente, que a ordem jurídica não pode considerar como apto a produzir efeitos. Existirá sempre uma aparência de negócio, o que na verdade importa é determinar que na inexistência, ao contrário da nulidade, não pode haver a produção de quaisquer efeitos[100].

Concordamos que a solução que propomos – a qualificação do interesse como um pressuposto negocial que conduz, não à nulidade do negócio, mas sim à inexistência do mesmo – não é pacífica nem consensual. Mesmo com este facto presente, consideramos que esta é a melhor resposta que permite conjugar todos os factores que aduzimos. Não nos parece suficiente classificar o interesse como um elemento essencial, bem pelo contrário, estamos perante um pressuposto negocial fundado na legitimidade que a parte tem, sustentada pela especial relação que tem com o objecto do negócio. Concomitantemente, consideramos que o interesse surge como uma realidade anterior e exterior ao contrato em que, juntamente com o risco e numa relação de interdependência, se afere da existência de *algo* no plano jurídico, numa perspectiva ontológica colocada no plano do ser. Consideramos também que o contrato de seguro nada pode valer na ordem jurídica, nem pode ser considerado pelo Direito, visto que se trata da violação de um pressuposto que conduz à inexistência jurídica do negócio. Em suma, esta opção pela inexistência jurídica, admitindo por completo a sua existência e sua conformidade com o tipo contratual dos seguros, reflecte a visão que temos do que é o interesse e qual é o seu papel dentro da mecânica contratual. Não consideramos possível que um contrato de seguro, sem interesse ou sem risco, possa produzir quaisquer efeitos durante a sua vigência e enquanto não é declarada a sua desconformidade com o Direito. Mais, trata-se de uma realidade artificiosa das partes, em que o que pretendem não pode ter correspondência alguma com o que a ordem jurídica prevê no âmbito do Direito dos Seguros. Nas palavras de CARVALHO FERNANDES, estamos perante uma total "*desconformidade da realidade com o tipo de negócio considerado*"[101]. Apenas pode haver um contrato de seguro em que haja um bem ameaçado por um risco considerável e tem que haver uma especial ligação juridica entre o sujeito e o bem. Sem estes dois aspectos, ou apenas um deles, o negócio que as partes pretendem celebrar simplesmente perde a sua relevância original, perde o *quid* que lhe dá uma base jurídica de sustentação e de validade. Desta forma, não é de admitir que possa subsistir, de qualquer forma, na ordem jurídica; não se pode admitir que produza quaisquer efeitos jurídicos uma mera aparência de algo que verdadeiramente não existe. Sem o interesse, e/ou sem o risco, o

[97] Cfr., ASCENSÃO, José de Oliveira, *ob.cit.*, pág. 313, com exemplos.

[98] Cfr., ASCENSÃO, José de Oliveira, *ob.cit.*, pág. 314-315.

[99] Cfr., FERNANDES, Luís A. Carvalho, *ob.cit.*, pág. 488, com indicações bibliográficas.

[100] Cfr., FERNANDES, Luís A.Carvalho, *ob.cit.*, pág. 488-489. Refere ainda o Autor que na nulidade ainda é possível a sanação do vício que lhe dá origem, dando assim lugar à produção de efeitos; ao invés, na inexistência, nem essa hipótese é admitida. Desta forma, o instituto da conversão e da redução não podem ser aplicados ao instituto da inexistência jurídica, nem se poderá admitir o aproveitamento para efeitos de posse para a usucapião.

[101] Cfr., FERNANDES, Luís A. Carvalho, *ob.cit.*, pág. 488.

contrato de seguro não pode nascer nem subsistir, produzindo os seus efeitos: estamos perante a violação de um pressuposto negocial que conduz à inexistência jurídica do negócio. Não consideramos que o interesse surja como um objecto do contrato de seguro, mas sim surge como a sua causa primordial, ao lado do risco, preexistindo antes da sua celebração[102].

4 – O Interesse na Lei do Contrato de Seguro

4.1 – O regime geral do art.º 43.º da Lei do Contrato de Seguro

Nos termos do art.º 43.º, n.º 1 da LCS, o contrato de seguro apenas será válido perante a ordem jurídica se o segurado provar que detém um interesse, digno de protecção legal, relativamente ao risco coberto. Na esteira da doutrina maioritária, estaremos perante um elemento essencial do contrato, sendo que a sua falta é cominada com a nulidade do mesmo[103].

No que toca ao regime geral presente no art.43.º, n.º 1 da LCS, parece-nos importante, na esteira de JOSÉ VASQUES, proceder a uma distinção entre *seguros de prestações indemnizatórias* e *seguros com prestações de valor predeterminado*. No primeiro caso, o sinistro afecta a relação existente entre o sujeito e o bem, ou sobre a integridade física da pessoa, e onde o interesse deve ser sindicado no momento do evento que despoleta o seguro – o *sinistro* – e deve ser aferido, também, quanto ao seu valor como contributo para o cálculo da indemnização. Já no segundo caso, a indemnização não está garantida, donde, o interesse deve ser verificado no momento da celebração do contrato[104].

Este interesse surge como a *relação, de pendor jurídico e de valia económica, que conecta o sujeito do negócio e o bem do mesmo, que está sujeito a risco*. Surge, portanto, como "(...) *a relação entre o sujeito e o objecto desse interesse (...) e, por outro lado, é o valor pecuniário (do interesse) exposto ao risco.*"[105]. Ademais, deve ser um interesse *digno de protecção legal*, sendo aquele que funda a possibilidade, ao sujeito, de recorrer aos meios coercitivos legais – importante é que o seja de um prisma moral ou social, excluindo sempre aqueles interesses que sejam juridicamente irrelevantes. Concomitantemente a isto, a *ratio* da exigência deste requisito funda-se, tal como já tinhamos visto na análise sumária ao regime do Código Comercial[106], em dois grandes pilares: por um lado na necessidade de evitar que o tipo contratual dos seguros seja usado para especular com a sorte dos bens ou com a vida das pessoas, transformando-se num mero contrato aleatório de jogo; por outro lado, pretende-se que os sujeitos não sejam estimulados a praticarem actos de cariz danoso ou criminoso, de forma a conseguir uma vantagem patrimonial com a activação da indemnização do contrato de seguro – em suma, evitar o *moral hazard*[107].

Como já foi dito anteriormente, no que toca ao momento em que deve ser aferido a existência do requisito do interesse, existe uma diferença de fundo, no que toca à *ratio* fundadora da função do

---

[102] Cfr., CHICHORRO, Maria Manuela Ramalho Sousa, *O Contrato de Seguro Obrigatório de Responsabilidade Civil Automóvel*, 1ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pág. 123-124.

[103] Cfr., AA.VV., *Lei do Contrato de Seguro Anotada*, anot. de José Vasques ao art.43.º da LCS, pág. 186. Acrescenta-se ainda que a essencialidade é comprovada pelo facto de se estar perante uma disposição imperativa da LCS, *vide* art.º 12.º da LCS. Esta é uma posição que já tivemos oportunidade, supra no ponto 3.3., de discordar aduzindo aquela que consideramos mais consentânea com a função do interesse dentro do contrato de seguro. Não obstante, iremos seguir de muito perto as considerações feitas por José Vasques.

[104] Cfr., AA.VV., *ob.cit.*, pág. 188-189. Aqui importa estabelecer uma precisão, referente à natureza *patrimonial* do contrato de seguro. Nos termos do art.º 398.º, n.º 2 do CC, não é requisito indispensável que a prestação tenha uma natureza pecuniária, mas deve sempre "(...) *corresponder a um interesse do credor, digno de protecção legal.*". No contrato de seguro a prestação é sempre pecuniária, quer no seguro de danos onde será aferido no momento do sinistro e onde o interesse surge como o referencial de determinção do valor, ou quer no seguro de vida onde a indemnização, em regra, já estará predeterminada. Em suma, temos no Direito dos Seguros uma concepção mais restrita da natureza da prestação, face ao previsto nos termos gerais pelo art.º 398.º, n.º 2 do CC. Cfr., AA.VV., *ob.cit.*, pág. 187.

[105] Cfr., AA.VV., *ob.cit.*, pág. 187.

[106] *Vide*, supra ponto 2.1.

[107] Cfr., AA.VV., *ob.cit.*, pág. 187, onde se refere o exemplo de celebração de um contrato de seguro contra incêndio de um bem de terceiro e, depois, provocar o fogo de forma a retirar uma vantagem patrimonial.

interesse, nos seguros de danos e nos seguros de pessoas. Ao invés, no seguro de pessoas, mormente, no seguro de vida, o interesse aparece, não como medida da indemnização pois esta já está predeterminada, mas sim como a válvula que permite garantir que o segurado tem interesse na preservação da integridade física, ou na vida, da pessoa que é o objecto do contrato de seguro[108].

Refere JOSÉ VASQUES que o interesse presente no art.º 43.º, n.º 1 da LCS não é unívoco, conseguindo abranger várias situações. Deste modo, o interesse presente na Lei do Contrato de Seguro engloba as situações de riscos futuros que não estão presentes no momento da celebração do contrato, nos termos do art.º 44.º, n.º 3 da LCS; abarca as situações onde, nos seguros de prestação indemnizatória, o interesse deve existir durante toda a fase contratual e, principalmente, no momento do sinistro, nos termos dos arts. 127.º, n.º 4 e 130.º, n.º 1 da LCS[109]; e, ainda, as situações onde o interesse tem que existir no momento da celebração do contrato, mas que seja de todo irrelevante que ele surga num momento posterior, especialmente se tivermos em conta os seguros de vida[110].

No art.43.º da LCS encontramos, nos seus n.os 2 e 3, a bipartição entre *seguros de danos* e *seguros de pessoas*. Trata-se de uma distinção onde o interesse surge configurado de várias formas, nomeadamente, quanto à sua função, e é isso que iremos analisar nas páginas subsequentes.

4.1.1. – O interesse no seguro de danos

Nos termos do art.º 43.º, n.º 2 da LCS, o interesse, no seguro de danos, "(...) *respeita à conservação ou à integridade da coisa, direito, ou património seguros.*". Como já referimos anteriormente, nesta sede o interesse surge como a base jurídica que fundamenta a ligação que existe entre o sujeito do contrato e o objecto do mesmo, e ao mesmo tempo serve de limite, de medida, à indemnização devida em caso de sinistro.

No seguro de danos visa-se dar a oportunidade ao segurado, que tenha um interesse digno de protecção legal face ao objecto do negócio, de segurar um bem exposto ao risco de forma a evitar a frustração de utilidades económicas, derivadas da deterioração ou do perecimento da coisa. Podemos configurar, assim, o interesse como uma *particular relação* entre o sujeito e o bem, sendo que esta relação de seguro tem como principal objectivo *reintegrar*, em termos pecuniários, a situação prévia ao sinistro, na medida acordada[111]. Como tal, no seguro de danos é indispensável que o interesse se refira, claramente, à relação que certa pessoa tem com um determinado objecto exposto a um risco considerável, bem esse donde esse sujeito possa retirar vantagens patrimoniais para a sua esfera jurídica e que a cessação desse *income*, através da deterioração ou perecimento da coisa, lhe traga prejuízos[112].

No seguro de danos é possível encontrar quatro elementos constitutivos do interesse. O interesse deve ser específico, entendido como a necessidade de ser feita referência à relação que deve existir entre o sujeito e o objecto do contrato, sendo este o elemento que determina a existência e a validade do mesmo. O interesse também deve ser actual, sendo que a sua existência deve ser aferida no momento da celebração do contrato e no momento do sinistro[113], para além de ter que ser lícito, excluindo-se assim os seguros cujo interesse seja contrário à lei, à ordem pública ou aos bons costumes, nos termos do art.º 14.º, n.º 1 da LCS. E,

[108] Para esta solução concorre o facto de o art.º 43.º, n.º 1 da LCS exigir a existência de interesse para a validade do contrato e, por outro lado, o facto de o art.º 110.º, n.º 1 da LCS cominar com a caducidade do contrato em caso de perda superveniente do interesse.

[109] Sem esquecer a previsão legal do art.º 110.º, n.º 1 da LCS, que determina a caducidade do contrato por perda superveniente do interesse.

[110] Cfr., AA.VV., *ob.cit.*, pág. 189.

[111] Cfr., BRITO, José Alves de, *Contrato de Seguro por Conta de Outrem. O Seguro por Conta de Outrem nos Seguros de Danos*, diss., Lisboa, 2005, pág. 53 e segs.

[112] Cfr., ALMEIDA, J.C. Moitinho de, *ob.cit.*, pág. 148. Para ilustrar o ponto de que pode segurar-se qualquer interesse, o autor dá o exemplo do credor quirográfico cujo interesse de que o crédito sobre determinados bens seja segurável. Para uma posição contrária, *vide*, ANTHERO, Adriano, *ob.cit.*.

[113] Para esta solução concorrem, como já aflorámos ligeiramente atrás na nossa investigação, duas previsões legais fundamentais: por um lado, o art.º 43.º, n.º 1 da LCS, que exige a presença do interesse para a validade do contrato no momento da sua celebração; e, por outro, o art.º 110.º, n.º 1 da LCS que determina a caducidade do contrato por perda superveniente do interesse.

por fim, o interesse deve ser económico, visto que o risco, no seguro de danos, deve ter uma expressão pecuniária[114].

No seguro de danos o interesse, segundo os termos legais, diz respeito à conservação ou integridade de coisa, direito ou património seguros. Como podemos ver, este enunciado legal engloba várias situações jurídicas, podendo-se afirmar que se está perante um elenco meramente exemplificativo[115]. Trata-se de um elemento que, tratando-se de um seguro de prestação indemnizatória, deve ser aferido no momento da celebração do contrato e no momento do sinistro: se no primeiro caso pretende-se determinar a validade do contrato, no segundo pretende-se determinar a subsistência do requisito ao longo da fase da execução contratual. Concomitantemente, o interesse, para além de surgir como um requisito de validade, também irá ser usado, sendo uma das suas funções neste subtipo contratual, como limite da indemnização. Em suma, no seguro de danos o interesse surge como a representação jurídica da ligação entre o sujeito e o bem que está sujeito ao risco, ao mesmo tempo que surge como o elemento que determina o valor máximo da indemnização que é despoletada pela ocorrência do sinistro[116].

4.1.2. – O interesse no seguro de pessoas

Nos termos do art.º 43.º, n.º 3 da LCS, nos seguros de vida "(...) *a pessoa segura que não seja beneficiária tem ainda de dar o seu consentimento para a cobertura do risco, salvo quando o contrato resulta do cumprimento de disposição legal ou de instrumento de regulamentação colectiva de trabalho.*". Como podemos verificar pela norma legal, nos seguros de vidas existem duas situações a considerar: uma, os seguros contratados pela própria pessoa sobre a sua vida, onde não resultam problemas de maior no que toca à aplicação do requisito do interesse; e a situação de diferenciação entre a pessoa segura e o beneficiário, onde se acrescenta um novo elemento, a par do interesse – o consentimento do beneficiário.

Em termos gerais, podemos afirmar que, no seguro de pessoas, o interesse joga um papel preventivo: com a junção do interesse ao consentimento, pretende-se evitar a transformação do seguro num negócio aleatório que especula com a vida das pessoas, tornando-se num contrato de jogo onde se procura ganhos patrimoniais com o perecimento ou degradação das condições físicas de uma pessoa. O grande objectivo é evitar o *vortum mortis* do beneficiário ou do tomador do seguro, impedindo os negócios especulativos[117].

Segundo ANTIGONO DONATI, durante algum tempo, grande parte da doutrina negava que o interesse fosse um requisito do contrato de seguro de pessoas, em especial do seguro de vida[118]. Segundo estas posições, o interesse apenas teria campo de aplicação nos seguros de danos e a sua oposição derivava dos seguintes argumentos: repugnância em considerar a pessoa como um objecto passível de ser valorado economicamente, considerando ainda que seria inconcebível considerar que existe uma relação entre o sujeito e o seu próprio corpo; incapacidade de entender a interdependência existente entre *necessidade*, *interesse* e *dano*; incapacidade de admitir, a um nível positivo, que o interesse é um requisito nos seguros de pessoas, mormente, nos seguros de vida; e, por último, impossibilidade de definição do

[114] Cfr., BRITO, José Alves de, *ob.cit.*, pág. 62 e segs.

[115] Assim também defende José Alves de Brito, isto à luz do antigo art.º 432.º do Código Comercial. Concordamos com a sua posição, qundo refere que o interesse no seguro de danos pode-se referir a "(...) *coisas ou créditos, bens móveis ou imóveis, coisas simples ou universalidades de facto, expectativas, o próprio património* (...)", cfr., BRITO, José Alves de, *ob.cit.*, pág. 53-54.

[116] Cfr., AA.VV., *ob.cit.*, pág. 188. Acrescente-se ainda que, no seguro de vida, existe uma presunção de interesse por parte do segurado perante a sua própria vida, exigindo, portanto, o *consentimento* do terceiro caso este seja o objecto do contrato.

[117] Cfr., ALMEIDA, J. C. Moitinho de, *ob.cit.*, pág. 342. Defende o Autor que não se deve exigir cumulativamente o requisito do interesse, pois o consentimento tem como prévia afirmação a existência de um interesse. Outro ponto abordado pelo Autor é a dispensa do consentimento nos seguros por conta sobre a vida de terceiros, mas no interesse dos segurados, dando como exemplo os seguros feitos pelas empresas sobre a vida dos trabalhadores.

[118] Cfr., DONATI, Antigono, *Trattato del Diritto Delle Assicurazioni Private*, Volume Secondo, Giuffré Editore, 1954, pág. 204 e segs. Iremos seguir de perto as suas considerações e os seus argumentos.

momento em que o interesse deve estar presente[119].

No entendimento do Autor italiano, deve-se reconhecer, de um ponto de vista jusnaturalístico e ontológico, a existência do interesse no seguro de vida, fruto da evolução legislativa protagonizada pelo Gambling Act de 1774, que pela primeira vez colocou o acento tónico neste requisito, tornando-o nuclear no tipo contratual dos seguros[120]. No caso de um seguro de vida em caso de morte do tomador do seguro, o interesse deste sujeito é *implícito*, não retendo algum problema em específico: aqui, o interesse refere-se à própria pessoa, à sua própria vida ou integridade física. Já nas situações em que o contrato de seguro se debruça sobre a vida de terceiro, não só se deve exigir um interesse do tomador do seguro sobre a vida ou a integridade física do beneficiário, como ainda se deve exigir, como *mero complemento*, o consentimento deste[121]. Desta forma pretende-se evitar o *vortum mortis* e os negócios especulativos sobre a vida ou integridade física das pessoas, impedindo a obtenção de ganhos patrimoniais ilegítimos.

Para Donati, o homem pode ser considerado como o objecto do contrato de seguro, surgindo assim, nesta relação jurídica, como o bem em causa. Os conceitos de necessidade, interesse e dano são, na sua concepção, "(…) *interdipendenti* (…)", isto é, estes três conceitos operam na esfera jurídica de forma complementar, em que "(…) *al concetto di bisogno è correlativo quello di lesione di interesse, cioè di danno.*"[122]. Com isto pretende-se afirmar que é uma contradição nos seus próprios termos afirmar que pode existir uma necessidade no seguro de vida, mas ao mesmo tempo negar interesse. Naturalmente outra posição não se poderá afirmar ao longo deste trabalho, a mecânica contratual do seguro de vida não permite contextualizar e conceptualizar a existência do negócio sem que, por detrás, não exista um motivo jurídico que fundamente a relação jurídica em causa.

Desta forma podemos chegar ás seguintes conclusões iniciais sobre o seguro de vida: nos casos de contratos de seguro de vida por morte do tomador do seguro, o interesse deste surge como intrínseco ao próprio negócio, sendo sindicável no momento da celebração do contrato; nos seguros de vida por morte de terceiro, devemos descortinar o interesse na esfera do tomador sobre a vida ou integridade física do beneficiário, acrescido, ainda, do consentimento deste como requisito último para a validade e existência do contrato; por último, para os seguros de vida em caso de sobrevivência do segurado, o interesse surge, novamente, como implícito, em que apenas irá importar o interesse do segurado na *estipulação beneficiária*. Acrescentamos, por último, apenas este ponto complementar: se no momento da celebração do contrato o interesse deve ser procurado no tomador do seguro, entendemos que, no momento posterior que é o acontecimento do sinistro, no caso de o beneficiário e a pessoa segura serem distintas, o interesse também deve ser procurado no beneficiário.

Um problema que merece ser suscitado neste âmbito relaciona-se com a exigência do consentimento do beneficiário, nos seguros de vida em que a pessoa segura é diferente da do beneficiário. No fundo, trata-se de saber em que moldes se configura este consentimento, e se é um requisito autónomo face ao interesse geral que se exige neste contrato.

Segundo MARIA INÊS DE OLIVEIRA MARTINS[123], a exigência do consentimento não se consubstancia como um requisito autónomo ao do interesse, no que toca à prevenção do risco

[119] Cfr. DONATI, Antigono, *ob.cit.*, pág. 205 e segs., com argumentos e exemplos para a refutação desta doutrina que, por economia de espaço, não podemos aqui reproduzir.

[120] De referir que o Gambling Act de 1774 não considerava apenas válido o seguro de vida da própria pessoa que celebrava o contrato; também permitia a celebração de contratos de seguro sobre a vida de outrem, desde que houvesse um legítimo interesse sobre a sua vida por parte do tomador do seguro. sobre este documento legal, *vide*, por todos, REGO, Margarida Lima, *ob.cit.*, pág. 192 e segs.

[121] Cfr., DONATI, Antigono, *ob.cit.*, pág. 208 e segs. O Autor admite que o interesse, nos casos de seguros sobre vida de terceiro, esteja baseado em ligações de parentesco.

[122] Cfr., DONATI, Antigono, *ob.cit.*, pág. 206.

[123] Cfr., MARTINS, Maria Inês de Oliveira, *O Seguro de Vida Enquanto Tipo Contratual Legal*, 1ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pág. 283 e segs. Iremos seguir de perto as suas considerações nas linhas que se seguem.

moral nesta zona contratual dos seguros[124]. Ademais, considera que, numa opinião que perfilhamos, o requisito do consentimento não é um substituto do requisito do interesse, pois trata-se de "(…) *um acto unilateral de vontade, temporalmente situado e delimitado, cujo relevo se esgota na sua emissão e que consubstancia uma participação muito limitada no negócio jurídico e não propriamente um envolvimento pessoal na sua conformação.*"[125]. Na verdade o consentimento é um mero momento que surge após a aferição do interesse, é algo que não pode ser controlado ou sindicável pelas partes; ao invés, o interesse não significa que as partes tenham que intervir, bem pelo contrário, sendo um pressuposto negocial que deve ser aferido, não postula a intervenção das partes para a sua conformação[126].

Em suma, parece-nos que a exigência do consentimento não acrescenta nada de relevante à dogmática do interesse no seguro de vida. Na realidade, a sua função aparece bastante restrita aos seguros de vida por morte de terceiro, em que a sua utilidade apenas poderá ser aferida nos casos em que haja um risco moral que possa fazer perigar o bem jurídico em causa – a pessoa. Não existirá uma verdadeira e notória diferença entre o que é o requisito do interesse e o requisito do consentimento; o que verdadeiramente existe, na nossa perspectiva, é uma relação de complementaridade entre estes dois elementos, em que o interesse desempenha o papel principal de pressuposto negocial que determina a existência do negócio e, posteriormente, o consentimento surge como o mecanismo jurídico que irá complementar a acção do interesse, justificando a existência legal da relação jurídica entre o sujeito e o beneficiário, sendo este um terceiro.

Um último problema que merece a nossa atenção refere-se aos *unit linked*, mormente, ao papel e a relevância que o interesse merece nesta figura. Não nos cabe aqui analisar a figura contratual em si, mormente, se se trata de um verdadeiro contrato de seguro e, em termos mais gerais, a figura dos seguros de capitalização[127]. O que aqui nos interessa é aferir em que consiste o interesse neste tipo de contratos do ramo "Vida". O verdadeiro problema que se coloca nesta sede é o de saber até que ponto este tipo de contratos se enquadra no conceito de interesse que já tivemos oportunidade de referir e explanar. E este busílis surge porque, nos *unit linked* – seguros ligados a fundos de investimento[128] – o prémio que deve ser pago no momento contratualmente estipulado – imagine-se um seguro *unit linked* por morte da pessoa segura – não é pré-convencionado, como um normal seguro de vida, mas sim depende de unidades de participações em fundos de investimento, em que a sua cotação revelar-se-á flutuante. Se por um lado, nos seguros de vida por morte da pessoa segura, o interesse liga-se, puramente, ao bem que está sujeito ao risco – a *vida da pessoa* – ao invés, nos *unit linked*, o interesse ganha outra perspectiva completamente diferente. Por outras palavras, se no seguro de vida comum o interesse surge numa perspectiva pessoal de o sujeito que segura a sua própria vida, nos *unit linked*, não só o risco é suportado pelo próprio tomador do seguro[129], como o interesse surge numa perspectiva puramente económica e financeira, ligada exclusivamente à flutuação dos mercados de capitais.

Eis a grande dificuldade que nos parece surgir neste âmbito: como concatenar o conceito de interesse nos seguros de vida, para este tipo

[124] Cfr., MARTINS, Maria Inês de Oliveira, *ob.cit.*, pág. 287. Nas suas palavras, são meros "(...) *expedientes de prevenção do risco moral, que visam evitar a provocação voluntária do sinistro.*".

[125] Cfr., MARTINS, Maria Inês de Oliveira, *ob.cit.*, pág. 288. Moitinho de Almeida rejeita esta ideia, ao afirmar que, ao haver consentimento, existe automaticamente interesse, considerando que a exigência do consentimento pode suscitar vários problemas, cfr., ALMEIDA, J. C. Moitinho, *ob.cit.*, pp. 342.

[126] Na mesma óptica, MARTINS, Maria Inês de Oliveira, *ob.cit.*, pág. 288-289. Nesta linha, argumenta a Autora que o requisito do interesse é mais amplo que o consentimento, não só porque o primeiro é pressuposto de existência e de validade de todo os tipos de contratos de seguro, como também pode ser presumido. Já o consentimento torna-se irrelevante quando não existe a possibilidade de ocorrência de um risco moral.

[127] Para uma perspectiva dogmática sobre os *unit linked* e, em termos mais gerais, os seguros de capitalização e os problemas específicos que eles colocam, *vide*, por todos, POÇAS, Luís Manuel Pereira, *Sobre o Contrato de Seguro de Capitalização*, Relatório de Mestrado, Lisboa, 2007.

[128] Para a distinção entre os *unit liked* e os seguros de capitalização, *vide*, por todos, POÇAS, Luís Manuel Pereira, *ob.cit.*, pág. 21.

[129] Cfr., POÇAS, Luís Manuel Pereira, *ob.cit.*, pág. 21

contratual de seguro que se engloba, legalmente[130], nos seguros do ramo "Vida". E parece-nos que a resposta não se afigura fácil, por esta ordem de razão: a extensão de um conceito, quando feita de forma excessiva, corre o risco de desvirtuar por completo o ponto de partida, tornando completamente opaca o tipo contratual e retirando-lhe qualquer utilidade prática. Como já tivemos oportunidade de anotar, a referência, e a necessidade intrínseca da existência do interesse, surgiu como forma de evitar o *vortum mortis* no que toca à vida ou integridade física das pessoas. Exige-se uma efectiva ligação jurídica entre a pessoa que celebra o contrato e o beneficiário do mesmo, que tanto pode ser o próprio tomador do seguro ou um terceiro[131]. Já nos *unit linked* esta necessidade de ligação efectiva, com fundamento jurídico, entre a pessoa e o bem encontra-se extremamente atenuada, senão mesmo, completamente apagada. Entendemos ser extremamente forçoso conseguir justificar a presença de um interesse juridicamente atendível neste tipo de contratos de seguro, porque não nos parece de descortinar que a extensão do conceito de interesse usado para os seguros de vida seja de aplicação neste âmbito.

É verdade que realçámos que o interesse, nos seguros de vida, contém uma realidade económica, mas também acentuámos a componente pessoal do seguro. Isto é, nos contratos de seguros de vida está em causa a defesa, do sujeito que segura a sua própria vida, ou a vida de terceiro, de um interesse, não só patrimonial, mas também, em certas ocasiões, afectivo. Existe uma ligação em que se pretende proteger do risco, *risco* esse que consiste na possibilidade de deterioração da integridade física da pessoa, ou mesmo o seu perecimento. Ao contrário, nos seguros *unit linked*, o risco é maioritariamente económico, não só sendo suportado pelo próprio tomador de seguro[132], como a sua formação e constituição não necessita de ter uma motivação pessoal por detrás. Ou seja, com isto pretendemos afirmar que nos seguros *unit linked* a presença do interesse surge numa perspectiva, maioritariamente, económica e financeira onde o risco apenas é consubstanciado pela variação das cotações das unidades de participação em fundos de investimento. Mesmo admitindo que possa haver um interesse pessoal na conservação da vida da pessoa, na nossa perspectiva, existe sim um interesse financeiro, maioritário, em conseguir ganhos de capital através de fundos de investimento. Com isto, defendemos que a presença do interesse, tal como ele é configurado nos seguros de vida, afigura-nos de ténue argumentação, senão mesmo de completa impossibilidade, pois a extensão do conceito usado para os seguros de vida, neste âmbito, iria desvirtuar por completo o interesse, tentando justificar algo que de seguro, tal como ele é definido, pouco, ou quase nada, tem. O interesse, nos seguros de vida, deve ter sempre uma componente pessoal e o risco deve estar sempre referido à vida ou à integridade física das pessoas, e não aos ganhos de capitais que a pessoa pode ter através de fundos de investimento. Por estas razões, negamos que o conceito de interesse, que é usado nos seguros de vida, seja, *ipsis verbis*, aplicado aos *unit linked*, surgindo de uma forma completamente diversa, com um núcleo com contornos diferentes, e, ao mesmo tempo, colocando em questão se se está perante um verdadeiro contrato de seguro.

Perante o ponto de partida que tomámos – a extensão do conceito – outra solução não nos parece possível de argumentação sólida. Mas, partindo do ponto de partida que nos oferece a legislação actual, que considera este subtipo contratual integrado no tipo contratual dos seguros, admitimos uma solução intermédia com as seguintes coordenadas nucleares. Afirmámos, anteriormente, que é impraticável a extensão do conceito do interesse que é usado nos seguros de

[130] Assim é por força do art.º 124.´º, n.º 3 do Decreto-Lei n.º 94-B/98, de 17 de Abril de 1998.

[131] No caso de ser um terceiro, isto é, no caso de as figuras do tomador do seguro e da pessoa segura serem distintas, recorde-se, segundo o art.º 43.º, n.º 3 da LCS é necessário, ainda, e como mero complemento que não substitui o requisito principal, o consentimento do terceiro beneficiário.

[132] Ao contrário dos seguros de capitalização, como salienta Luis Poças, *ob.cit.*, pág. 21.

vida, comuns, para os seguros *unit linked*, por uma total falta de pontos de contacto e por desvirtuar por completo o interesse, concluindo pela incapacidade de classificar este tipo contratual como um contrato de seguro. Mas o legislador pretendeu outro prisma: definiu os *unit linked* como verdadeiros contratos de seguro, através do art.º 124.º, n.º 3 do Decreto-Lei n.º 94-B/98, de 17 de Abril de 1998. Definindo, *a priori*, que estamos perante um subtipo de contrato de seguro, é necessário averiguar se os pressupostos que ditam a sua existência se podem aplicar – o risco e o interesse. No que toca ao interesse, repetimos, a partir deste ponto de partida legal prévio, entendemos que se deve proceder a uma bipartição do conceito: se por um lado temos um interesse de molde económico-financeiro directo sobre os possíveis ganhos de capital que possam advir das unidades de participação, admitimos, ao mesmo tempo, que haja um interesse, de configuração *indirecta*, do sujeito sobre a sua própria vida. Isto é, entendemos que, partindo do pressuposto legal que estamos perante uma modalidade de contrato de seguro, o interesse terá uma dupla configuração: por um lado, uma vertente económico-financeira que irá motivar, maioritariamente, a vontade do agente em celebrar essa espécie de contrato, e uma outra vertente, de índole indirecta, que se refere à vontade do agente de arranjar uma "almofada" de segurança patrimonial no caso de deterioração ou mesmo morte. Só desta forma conseguimos admitir que, partindo da conclusão legislativa de que estamos perante uma espécie de contrato de seguro, o interesse seja configurado de forma satisfatória e conforme com o regime legal constante do art.º 43.º, n.º 1 da LCS.

4.2 – O interesse no seguro por conta própria e no seguro por conta de outrem

O art.º 47.º, n.º 1 da LCS determina que "*No seguro por conta própria, o contrato tutela o interesse próprio do tomador do seguro.*". Estamos perante uma das modalidades do tipo contratual dos seguros presente na Secção II do Capítulo IV da LCS. Nesta figura, o interesse em causa refere-se àquele presente na esfera jurídica do tomador do seguro, isto é, existe uma semelhança entre as figuras do beneficiário, do tomador do seguro e do segurado[133]. No seguro por conta própria, a singularidade distintiva encontra-se no facto de se segurar um bem que tem uma estreita relação com a figura do tomador do seguro, apenas referindo-se a este e a mais ninguém. Concomitantemente, a figura do tomador mistura-se com as figuras do beneficiário e do segurado, sendo todos estes ao mesmo tempo durante a vigência da relação contratual.

Nos termos do art.47.º, n.º 2 da LCS presume-se que o contrato é celebrado em conta própria, "*Se o contrário não resultar do contrato ou do conjunto de circunstâncias atendíveis* (…)". Estamos perante uma presunção *ilidível*, em todo semelhante à presente no art.º 428.º, § 2 do Código Comercial, apenas com esta ligeira diferença: agora, é necessário analisar as *circunstâncias atendíveis* que rodeiam o contrato.

Nos termos do art.47.º, n.º 3 da LCS, "*Se o interesse do tomador do seguro for parcial, sendo o seguro efectuado na sua totalidade por conta própria, o contrato considera-se feito por conta de todos os interessados, salvo disposição legal ou contratual em contrário*". Novamente estamos perante uma solução bastante semelhante à que era estipulada pelo Código Comercial, no seu art.º 428.º, § 3. Com a ressalva de disposição legal[134] ou cláusula inserta no contrato, determina-se que se o interesse se revelar parcial face ao tomador do seguro, e se o contrato é celebrado na totalidade por conta própria, então presume-se, de forma ilidível, de que o contrato terá sido celebrado em nome de todos os interessados. Na prática, considera-se que o contrato abrange a totalidade da coisa segurada quando existem vários concorrentes sobre o mesmo *quid*: o tomador do seguro toma a iniciativa de celebrar o contrato como se fosse o único interessado[135].

---

[133] Cfr., AA.VV., *ob.cit.*, anot. de José Alves de Brito, pág. 196.

[134] *Vide*, por todos, o art.1481º do CC.

[135] *Cfr.* AA.VV, *ob.cit.*, anot. José Alves de Brito, pág. 196. *Vide* ainda ALMEIDA, J.C. Moitinho, *ob.cit.*, em que refere o exemplo do

Nos termos do art.48.º, n.º 1 da LCS, "*No seguro por conta de outrem, o tomador do seguro actua por conta do segurado, determinado ou indeterminado.*". Do n.º 1 podemos retirar a seguinte conclusão preliminar: existem três partes intervenientes no contrato, o contraente sendo aquele que não é o titular do interesse; o segurador; e o terceiro titular do interesse. Nesta situação, facilmente se pode constatar que o tomador do seguro não se confunde com o segurado, sendo este, por seu turno, o beneficiário do contrato[136]. Nas palavras de DIOGO LEITE DE CAMPOS, no contrato de seguro por conta de outrem, "(…) *é coberto só o interesse do terceiro.*"[137].

Estaremos perante um contrato de seguro por conta de outrem quando não há coincidência entre a pessoa que materialmente faz o contrato, o *tomador do seguro*, e a pessoa em cujo interesse o contrato é celebrado, o *segurado*. No que toca à problemática do interesse, o escopo deste nosso trabalho, interessa realçar que, neste caso em específico deste subtipo contratual dos seguros, este pressuposto contém certas particularidades inerentes ao seu regime legal. Desde logo, trata-se de um sujeito segurar, por conta de um terceiro, bem exposto ao risco. Pormenor importante que deve ser salientado, é que esse sujeito que segura tenha um efectivo interesse na conservação da coisa que é objecto do contrato, e que tenha um prejuízo patrimonial na sua esfera jurídica em caso de perecimento ou deterioração da coisa. Neste âmbito, a doutrina admite que figuras como o credor hipotecário, o locatário, o comodatário, o depositário, o comproprietário, o usufrutuário, o usuário, em suma, todos aqueles que possuem ou detenham uma coisa alheia e que estejam obrigados a restituí-la, através de uma estreita relação jurídica com a coisa, possam celebrar um contrato de seguro por conta de outrem[138]. De facto todos os sujeitos anteriormente referidos possuem um interesse sobre a coisa alheia, um *interesse na estrita medida* em que está configurada a sua relação jurídica com o bem alheio. Naturalmente não se poderá reconhecer um verdadeiro direito real que funde, juridicamente, as suas pretensões sobre a coisa; o que, verdadeiramente, há é uma posse que legitima que os seus titulares possam segurar o objecto em questão[139].

Concomitantemente com a posição acima referenciada, pensamos ser de particular acuidade referir e analisar uma particularidade deste regime, relacionada com os credores preferentes. Duas hipóteses parecem ser passíveis de análise: ser o credor preferente a contratar *por conta própria* do proprietário devedor, donde o interesse relacionar-se-á com a coisa e com o interesse que o credor tem sobre ela; ou, se o seguro for *por conta do credor*, então o interesse apenas se irá sindicar ao valor do crédito deste sobre o devedor, sendo então a medida concreta do interesse[140].

usufrutuário, em que, tanto este como o proprietário receberão na proporção dos seus direitos, independentemente de quem quer que tenha feito o contrato de seguro. Defende o autor que a solução inserta no art.1481.º, n.º3 do CC é manifestamente injusta, ao estabelecer que a indemnização pertence por inteiro ao proprietário, tendo este pago os prémios. Na sua interpretação do artigo, Moitinho de Almeida coloca em dúvida a possibilidade de o tomador do seguro receber sempre a parte do prémio correspondente ao seu interesse, mesmo em situações em que o segurado por conta pode não desejar a existência do contrato.

[136] Cfr., ALMEIDA, J. C. Moitinho, *Alguns Aspectos do Regime Jurídico do Contrato de Seguro nos Códigos Civil e Comercial*, *apud*, AA.VV., *ob.cit.*, anot. José Alves de Brito, pág. 198.

[137] Cfr., CAMPOS, Diogo Leite de, *Contrato a Favor de Terceiro*, 2ª Edição, Almedina, Coimbra, 1991, pág. 76. Defende o Autor que No seguro por conta de outrem, quem o faz *age por conta*, assumindo desta forma autonomia. Pode-se defender que se está perante um contrato de terceiro, se se teorizar que aquele que *age por conta* é o titular dos direitos e das obrigações contratuais, tendo o titular do interesse apenas o direito à indemnização em caso de sinistro. Acrescenta ainda, pág. 78, que se está perante um mero ónus, do art.º 426.º do Código Comercial, defendendo que este ónus pode abranger o beneficiário; cita ainda o art.º 436.º do Código Comercial, justificando a inclusão do segurado com o dever de boa fé. Leite de Campos justifica a sua posição como contrato a favor de terceiro, usando estes argumentos: o terceiro não assume qualquer obrigação, *maxime*, o pagamento do prémio; os direitos que advém do contrato recaem sobre o contraente; o beneficiário apenas tem direito a exigir o pagamento da indemnização em caso de sinistro. Não obstante, Leite de Campos assinala uma diferença quando o contraente actua com a intenção de que os direitos e obrigações decorrentes do contrato se repercutem sobre aquele outrem: estaremos perante um *contrato para pessoa a nomear*. Existe efeito retroactivo, desde o momento da designação deste outrem ou do conhecimento da identidade do titular do interesse segurado. Sobre a natureza jurídica do contrato de seguro por conta de outrem, *vide*, por todos, BRITO, José Alves de, *ob.cit*, pág. 288 e segs.

[138] Cfr., BRITO, José Alves de, *ob.cit.*, pág. 25 e segs.

[139] Sobre as consequências desta posição aquando da verificação do sinistro, *vide*, por todos, BRITO, José Alves de, *ob.cit.*, pág. 27 e segs.

[140] Sobre esta questão, com mais pormenor e desenvolvimento bibliográfico e doutrinário, *vide*, BRITO, José Alves de, *ob.cit.*.

Outra situação particular que merece uma referência e uma análise cuidada relaciona-se com os credores quirográficos. Segundo ANTIGONO DONATI, surge clara a possibilidade do credor preferente ou hipotecário celebrar um contrato de seguro sobre o bem que é garantia do seu crédito, havendo um natural interesse económico. Mas mais complicada se torna a consideração desta faculdade ao credor comum, ou quirográfico. Caso se trate de bens sujeitos a créditos privilegiados, hipotecados ou penhorados, o credor quirográfico não poderá celebrar um contrato de seguro por falta de interesse; não obstante, o Autor admite que se possa construir um interesse *indirecto* do credor quirográfico sobre os bens que constituem a sua garantia genérica. Conclui DONATI que a solução a esta questão é de simples apreensão, visto que entende que o credor pode proteger o seu interesse, na prestação do crédito, através do seguro contra a insolvência do devedor[141].

Na doutrina nacional, na esteira de MOITINHO DE ALMEIDA, parece-nos que nada impede que o credor quirográfico celebre um contrato de seguro, com base no seu interesse sobre o crédito, no que toca a determinados bens do devedor. Segundo o Autor, existirá uma correlação entre a garantia geral e a diminuição do património: se este diminui, aquele irá também decrescer. Desta forma pode-se concluir que existe um interesse na esfera do credor quirográfico em segurar os bens do devedor que constituam a garantia genérica, de forma a proteger a sua esfera patrimonial para que esta não seja afectada, negativamente, pelo perecimento ou diminuição dos bens do devedor[142].

No que toca ao regime, propriamente dito, do seguro por conta de outrem, assinale-se o disposto no n.º 2 do art.º 48.º, onde se determina que cabe ao tomador do seguro cumprir as obrigações derivadas do contrato, com a excepção daquelas que só o segurado poderá cumprir. E ainda, de assinalar, temos a regra constante do n.º 3 do mesmo artigo, em que se estipula a titularidade dos direitos emergentes do contrato na esfera jurídica do segurado, sendo que estes direitos apenas podem ser exercidos pelo tomador do seguro, se este tiver obtido o consentimento daquele.

Por último, uma nota sobre o seguro por conta de quem pertencer. Previsto pelo art.º 48.º, n.º 6 da LCS, dispõe que "*No seguro por conta de quem pertencer e nos casos em que o contrato tutele indiferentemente um interesse próprio ou alheio, os n.os 2 a 5 são aplicáveis quando se conclua tratar-se de um seguro de interesse alheio.*". Neste subtipo o tomador do seguro desconhece quem será o titular do interesse à data do sinistro, ignorando, portanto, se será ele próprio ou um terceiro. De acordo com o regime legal supra citado, as normas do seguro por conta de outrem serão aplicáveis, a este caso, se se verificar que se está perante um seguro de *interesse alheio*.

4.3 – O interesse no seguro de responsabilidade civil

Nos termos do art.º 137.º da LCS, o seguro de responsabilidade civil destina-se a "(…) *cobrir o risco de constituição, no património do segurado, de uma obrigação de indemnizar terceiros.*". Neste ponto interessa-nos entender que papel desempenha o interesse neste subtipo de contratos de seguro: em que termos é considerado e que relação poderá existir entre o sujeito e o bem sujeito a risco, com uma especial atenção ao seguro obrigatório de responsabilidade civil.

Como já foi referido anteriormente, o interesse surge no contrato de seguro como a relação, de carácter económico, entre a pessoa e o bem exposto ao risco. No caso dos seguros de danos, visa-se conservar a coisa; no seguro de vida, pretende-se proteger a pessoa, sendo esta o objecto do contrato. Já no caso do seguro de responsabilidade civil, o art.º 137.º da LCS determina que se pretende proteger o património do segurado. A primeira dificuldade que nos deparamos, relaciona-se com a noção aqui presente de *património do segurado*.

[141] Cfr., DONATI, Antigono, *ob.cit.*, pág. 225-226. De referir ainda que, a nossa lei civil determina uma solução para o credor hipotecário, *vide*, art.º 702.º do CC.

[142] Cfr., ALMEIDA, J. C. Moitinho de, *ob.cit.*, pág. 148. Em contraponto, Adriano Anthero rejeitava a possibilidade do credor quirográfico poder segurar os bens do devedor, que constituam a garantia genérica, cfr., ANTHERO, Adriano, *ob.cit.*.

Segundo a doutrina[143], três vias nos apresentam como caminhos possíveis para teorizar a que se refere o interesse no seguro de responsabilidade civil e, em concreto, o que será o património do segurado. Uma defende que o interesse seria a relação entre o segurado e o seu património, sendo este o elemento ameaçado pelo risco. A principal crítica de que é alvo considera que, entendendo o interesse como a relação do segurado com o seu património, tornar-se-á incompatível com uma das particularidades do regime deste subtipo de seguro que é o facto de a obrigação do segurador surgir com a reclamação de terceiros[144].

Outra posição possível é a defendida por ANTIGONO DONATI[145]. Segundo o Autor italiano, o interesse, neste subtipo contratual, refere-se a um interesse patrimonial do sujeito do contrato, que num primeiro tempo se revela como *indirecto* sobre o bem do terceiro, e *directo* sobre os seus próprios bens[146]. Para sustentar a sua teoria, DONATI começa por determinar o que é o *dano*, entendendo-o como uma alteração, em sentido negativo, da situação patrimonial do indivíduo[147], dividindo-o em duas situações distintas: se houver uma diminuição do activo presente, então estaremos perante um dano emergente; se for a diminuição de uma expectativa futura, com um aumento, correspondente, do passivo, estaremos perante um lucro cessante[148]. Para DONATI a coincidência entre o dano e a lesão do interesse surge como natural quando estamos perante uma diminuição tangível do activo. Esta diminuição seria composta pelo perecimento de um meio de satisfação económica – aquilo a que se pode classificar de *bem*[149]. Partindo do pressuposto de que o evento será sempre danoso se afectar o património do segurado, pode-se concluir pela existência de situações em que o evento surge perante um objecto determinado do património do segurado e, outras vezes, esse evento recai directamente sobre o património de terceiro, com uma resposta reflexa no seu património[150]. Em suma, para DONATI, existem situações em que o sujeito adquire, na sua esfera, um interesse económico indirecto subordinado à coisa de outrem[151], em que, devido ao evento despoletado pela tal obrigação primária ou secundária que recai sobre a pessoa, o interesse directo deste surge exposto ao risco, risco esse que ameaça o bem do seu património. Assim, a base do seguro de responsabilidade civil, está no ***interesse patrimonial do sujeito que se revela indirecto sobre o bem do terceiro, e que surge como directo face aos seus próprios bens***[152].

Por último, a mais extrema das três teorias defende que não existe um interesse técnico-jurídico no seguro de responsabilidade civil. Para além da crítica que podemos encontrar em DONATI, apontando que os apoiantes desta teoria defendem que o dano, na sua perspectiva negativa,

[143] *Vide*, por todos, VASQUES, José, *ob.cit.*, pág. 133-134; DONATI, Antigono, *ob.cit.*, pág. 198 e segs.

[144] De facto, assim se torna mais claro se se pensar que nos seguros de danos a indemnização surge com a perturbação do interesse, este entendido como a relação entre a pessoa e o bem. Já nos seguros de responsabilidade civil, diferentemente, o património do segurado não sofre qualquer dano. Ademais, existe doutrina que defende que o seguro de responsabilidade civil opera mesmo que não haja património activo do lado do segurado: neste ponto, *vide* JOAQUÍN GARRIGUES, *apud*, VASQUES, José, *ob.cit.*, pág.134, nota 256.

[145] Cfr., DONATI, Antigono, *ob.cit.*, pág. 198 e segs.

[146] Cfr., DONATI, Antigono, *ob.cit.*, pág. 204.

[147] Nas palavras de Antigono Donati, *ob.cit.*, pág. 202, "*Danno, nella sua accezione più lata, è ogni alterazione in senso negativo del rapporto esistente, o previsto nella sua naturale dinamica, tra i bisogni economici di um soggetto e i mezii di soddisfazione di cui dispone (...) e cioè ogni diminuzione dei mezzi di soddisfazione esistenti o previsti, che non sai meramente dipendente dalla volontà del soggetto.*"

[148] Cfr., DONATI, Antigono, *ob.cit.* pág. 202.

[149] Lesão essa que, tal como foi referido anteriormente, pode-se dividir em dano emergente – se for a lesão de um bem presente – ou um lucro cessante, se for violado a expectativa de retirada de utilidades patrimoniais. Cfrl., DONATI, Antigono, *ob.cit.*, pág. 202.

[150] "*(...) che l'evento è sempre dannoso quando incide sul patrimonio del soggetto (...) ma talvolta vi incide incombendo direttamente su in singolo bene determinato che è nel patrimonio del soggetto (...); altre volte invece incombendo direttamente sul patrimonio di terzo e solo di riflesso per effetto di un obbligo primario o di un obbligo secondario (...) sul patrimonio del soggetto e cioè su una sua parte ancora indeterminata.*", cfr., DONATI, Antigono, *ob.cit.*, pág. 203.

[151] Este interesse indirecto terá por objecto uma coisa determinada, caso a obrigação seja provocada, e tenha a sua causa, numa coisa determinada, sendo, ao invés, um objecto indeterminado, se a obrigação surgir através de um evento que origine uma lesão no interesse de terceiro. Para mais pormenor, cfr., DONATI, Antigono, *ob.cit.*, pág. 203-204.

[152] José Vasques critica esta solução, pois considera que não se pode considerar haver uma lesão do interesse se os bens concretos que irão responder pela indemnização não sejam afectados. Ademais, o seguro não irá ver afectado o seu funcionamento interno caso não haja bens suficientes, no património do segurado, para responder pela indemnização. Cfr., VASQUES, José, *ob.cit.*, pág. 134.

será mais amplo, no seu conteúdo, do que o próprio conceito de interesse; e que, sendo o dano entendido como o surgimento de um *débito*, a relação que existiria seria com um *não-bem*, sempre com esta referência aos débitos. Segundo DONATI, a ideia de relação entre o sujeito e um não-bem é a negação do interesse; por outro lado, perfilhando desta teoria, deve-se concluir que o seguro não iria ter um objecto a proteger. Em suma, opera-se uma confusão entre o objecto do seguro e o risco[153]. Também José Vasques ao assinalar que este tipo de ideias não considera a existência de danos que necessitam de ser ressarcidos e que são a causa que levam ao sujeito celebrar um contrato de seguro, pois este terá sempre um interesse na não verificação dos danos que afectem a sua esfera patrimonial[154].

Entendemos que a posição que deve ser sufragada nesta questão é aquela que constrói o interesse como a *relação entre o segurado e o seu património bruto*, sendo este composto pelo *património activo*, isto é, os direitos, e o *património passivo*, constituído pelas obrigações de natureza pecuniária[155]. Desta forma, podemos já retirar uma conclusão preliminar: o interesse, no seguro de responsabilidade civil, será a relação entre o segurado, entendido como aquele que celebra o contrato de seguro, e o seu património bruto, composto pelo conjunto do património *activo* e do património passivo.

Nos seguros de responsabilidade civil, em termos gerais, pode-se concluir que a relação que existe entre o segurado e o seu património bruto, também se reveste de uma natureza económica. Não se pode olvidar que, ao contrário do seguro de danos, nos seguros de responsabilidade civil existe uma relação tripartida: entre o segurado, o segurador e o lesado[156]. O que realmente é afectado, e é aí que reside a problemática do interesse, é o património do segurado que está sujeito ao risco de constituição da obrigação de indemnizar terceiros. O *quid* responsável pela aferição da existência de um efectivo contrato de seguro de responsabilidade civil é a ligação, o interesse, que se deve descortinar entre o segurado e o seu património.

Cabe agora aqui analisar, com mais detalhe, da perspectiva do interesse, um exemplo de responsabilidade civil obrigatória: o seguro de responsabilidade civil automóvel[157]. Nos termos do art.º 4.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 291/2007, "*Toda a pessoa que possa ser civilmente responsável pela reparação de danos corporais ou materiais causados a terceiros por um veículo terrestre a motor para cuja condução seja necessário um título específico e seus reboques, (…), deve, para que esses veículos possam circular, encontrar-se coberta por um seguro que garanta tal responsabilidade, nos termos do presente decreto-lei.*". Quanto às pessoas obrigadas a celebrar este contrato de seguro, refere o art.º 6.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 291/2007 que esta obrigação recai sobre o proprietário do veículo, ou sobre o usufrutuário, adquirente ou locatário. Podemos afirmar que, no seguro de responsabilidade civil automóvel, o interesse surge como a relação entre o proprietário do veículo, primariamente, e o bem exposto ao risco – o automóvel. Dito de outra forma, o interesse será a relação entre o segurado, o sujeito da obrigação de segurar, e o seu património bruto, aqui representado pelo veículo terrestre.

Mas esta obrigação de celebrar este seguro de responsabilidade civil obrigatório, não cabe apenas ao proprietário. Como podemos constatar por um acórdão do Supremo Tribunal de Justiça[158], a obrigação de segurar também abrange os meros detentores do veículo. Nesta decisão jurisprudencial, entendeu-se que o seguro podia ser contratado, não só pelo proprietário da coisa, em que a relação era fundada através de um direito real sobre a coisa, v.g., a propriedade; mas também podia ser por todo aquele que, por qualquer título,

[153] Cfr., DONATI, Antigono, *ob.cit.*, pág. 198-199.

[154] Cfr., VASQUES, José, *ob.cit.*, pág. 134.

[155] Cfr., VASQUES, José, *ob.cit.*, pág. 134 e CHICHORRO, Maria Manuela Ramalho Sousa, *ob.cit.*, pág. 124.

[156] Cfr., ALMEIDA, J.C. Moitinho de, *ob.cit.*, pág. 272. Não cabe aqui a discussão em torno da configuração do que é o sinistro no seguro de responsabilidade civil. Para uma perspectiva doutrinária, sobre as várias teorias, *vide*, ALMEIDA, J.C. Moitinho de, *ob.cit.*, pág. 269 e ss.

[157] Regulado pelo Decreto-Lei n.º 291/2007, de 21 de Agosto.

[158] Acórdão 05B1611, de 06/09/2005, do relator Ferreira de Almeida e presente em http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/160bc9649f10f6438025708900373ca8?OpenDocument.

detivesse uma obrigação de restituição do bem segurado, ou do seu valor no caso do seu perecimento[159]. Concluiu-se, e a nosso ver bem, que a obrigação de segurar não pode recair apenas sobre aquele que detém a propriedade do bem; aduzimos nós que, a seguir esta posição, estar-se-ia a restringir, excessivamente, o interesse no âmbito contratual dos seguros. Como já referimos anteriormente, a propósito do seguro por conta de outrem[160], os sujeitos que detenham a posse do bem também podem celebrar um contrato de seguro sobre esse objecto. Importante e fulcral é que haja uma relação jurídica que legitime esse interesse, relação essa que irá consubstanciar-se na obrigação de restituição da coisa, ou do seu valor no caso de perecimento. Consideramos que, tal como nos seguros por conta de outrem, nos casos de seguro de responsabilidade civil automóvel, até por referência ao texto legal presente no art.º 6.º, n.º 1 da LCS, também existirá interesse na celebração do seguro nos sujeitos que detenham o veículo em causa. Existirá, portanto, um interesse, por parte desses sujeitos, no ressarcimento dos prejuízos causados na sua esfera patrimonial, através da perda de utilidades económicas que retirariam através da exploração do bem em causa.

Outro caso de seguro de responsabilidade civil obrigatória trata-se do seguro por acidentes de trabalho. Neste campo, a questão do interesse coloca-se com particular acuidade, pois a relação que aqui nos debruçamos tem um pendor diferente daquelas que analisámos até agora. Principalmente, estamos perante uma relação de *subordinação* entre o empregador e o empregado e, numa primeira abordagem, podemos adiantar que o interesse, neste subtipo contratual, na nossa opinião, irá mais longe do que o conceito usado de forma mais comum.

Desde logo, não existe uma verdadeira autonomia contratual dos sujeitos em causa, isto é, tratando-se de um seguro de responsabilidade civil obrigatória, tanto o empregador como o empregado, estão condicionados pela legislação a celebrar este contrato de seguro. Parece-nos natural que, numa primeira análise rápida, o interesse principal estará na esfera jurídica do empregador, visto que é na sua esfera patrimonial que surge a obrigação de indemnizar após a ocorrência do sinistro, sendo este o facto que despoleta a indemnização. De facto, é a esfera patrimonial do empregador que se encontra "ameaçada", é esta que sofrerá a diminuição das utilidades económicas resultantes do acidente que tenha incapacitado o trabalhador de desempenhar as suas tarefas normais dentro da empresa. Podemos realçar que, neste âmbito, é possível encontrar uma semelhança com o conceito de interesse que temos trabalhado: existe uma relação jurídica entre o sujeito que celebra o contrato de seguro – o *empregador* – e o bem objecto do contrato – o *trabalhador*.

Mas como já foi referido anteriormente, a relação que existe entre o empregador e o trabalhador é uma relação de subordinação hierárquica; é uma relação onde não existe a mesma autonomia que é passivel de ser encontrada na relação entre dois sujeitos em igualdade de circunstância, e que celebram o contrato de seguro como manifestação da sua liberdade contratual. Não obstante o que já foi argumentado, é do nosso entender que, no seguro de responsabilidade civil obrigatória de acidentes de trabalho, existirá ainda outro interesse; um interesse mais geral, que vá além daquele que é pertença do empregador. E aqui fazemos referência à função social do seguro, função essa que está presente, de forma vincada, neste subtipo de seguro. Não é só o empregador que tem interesse em ser ressarcido, também o trabalhador tem interesse em ter a compensação patrimonial das utilidades económicas que perde por estar incapacitado para o trabalho – o *salário*. Com isto, pretendemos afirmar que, dentro do seguro de acidentes de trabalho, não existe apenas o interesse do empregador; também existe o interesse do

[159] Tratava-se de um caso, o titular do veículo emprestou-o a um amigo, de forma a que o pudesse usar durante os dias úteis. Acontece que, num dia não útil, isto é, durante um feriado municipal da cidade de Fafe, o veículo foi furtado, sendo activado a indemnização prevista no contrato de seguro. A questão colocava-se perante a possibilidade, ou não, de o sujeito a quem tinha sido emprestado o carro, teria ou não interesse no ressarcimento dos danos que sofreu.

[160] *Vide*, supra, ponto 4.2.

trabalhador, tanto mais importante do que o daquele. E, para além destes dois interesses *imediatos*, haverá, ainda, um interesse *mediato* que irá fundar as considerações já tecidas. Referimo-nos a um interesse *geral de tutela das pessoas*, um interesse de ordem pública onde se pretende proteger os pilares fundamentais da convivência em sociedade, dentro deles poderemos encontrar a relação de trabalho. Isto é, não basta afirmar que o interesse está na esfera jurídica do empregador visto ser na sua esfera patrimonial que nasce a obrigação de indemnizar; não basta afirmar que o interesse, também, está na esfera jurídica do trabalhador pois as utilidades económicas que retira do seu trabalho, mais não são do que o fruto que necessita para poder viver de forma digna. Antes desses dois interesses imediatos, existe um interesse de ordem pública – um interesse mediato – que funda as pretensões de ambas as partes. Mas, acima de tudo, funda a função social desta figura contratual obrigatória, de forma a proteger a ordem pública e os valores necessários para que as relações de trabalho se desenrolam de forma benéfica para a sociedade, para que a falta de autonomia subjacente a esta ligação contratual não se prolongue até ao momento do ressarcimento dos danos que se projectam em ambas as esferas patrimoniais.

Em suma, mesmo que determinemos que o interesse primordial estará no empregador, pois é na sua esfera jurídica que se projecta a obrigação de indemnizar; este interesse não poderá ser únivoco, porque também o trabalhador terá um interesse digno de protecção legal, não só o seu interesse *directo* de ressarcimento dos danos, mas também um interesse *mediato*, de ordem pública e geral de tutela das pessoas.

4.4. – A cessação do contrato de seguro: a perda superveniente do interesse

Nos termos do art.º 110.º, n.º 1 da LCS, o contrato de seguro cessa a sua vigência no caso de *perda superveniente* do interesse[161]. A caducidade surge como uma figura geral de extinção dos negócios jurídicos. Não se trata de um acto jurídico, mas sim de uma consequência jurídica imediata que preclude o negócio jurídico, cessando os seus efeitos, após a verificação de certo facto jurídico[162]. A caducidade consiste na extinção de obrigações duradouras, sem eficácia retroactiva, com o decurso de um prazo estipulado, através da prossecução do fim pretendido, ou com qualquer outro facto superveniente que a lei comine com essa solução[163]. Em termos civis, a caducidade opera com o decurso do tempo, com referência a direitos temporários, nos termos do art.º 298.º, n.º 2 do CC; ou ainda a negócios jurídicos com prazo de vigência durante certo tempo[164].

No Direito dos Seguros estabelece-se a regra, no art.º 110.º, n.º 1 da LCS, de caducidade automática se o interesse, durante a vigência do contrato, se perder, isto é, se a relação jurídica entre o sujeito e o bem cessar por completo. Relembremo-nos que o interesse, para além de ser pressuposto da existência do contrato, também se constitui como requisito de manutenção da vigência do mesmo. Nesta norma, determina-se que a perda do interesse funciona como o *facto jurídico* que determina automaticamente a caducidade[165]. Esta perda superveniente do interesse refere-se a situações que ocorram durante a vigência do contrato de seguro, que alterem a relação jurídica entre a pessoa e o bem sujeito ao risco, que esteve na base da celebração do negócio. No fundo, trata-se de uma cessação por completo

[161] Dispõe o artigo 110.º, n.º 1 da LCS: "*O contrato de seguro caduca na eventualidade de superveniente perda do interesse ou de extinção do risco e sempre que se verifique o pagamento da totalidade do capital seguro para o período de vigência do contrato sem que se encontre prevista a reposição desse capital.*".

[162] Sobre a caducidade no Direito Civil, *vide*, por todos, VASCONCELOS, Pedro de Pais, *ob.cit.*, pág. 775-776; PINTO, Carlos Alberto da Mota, *ob.cit.*, pág. 621-622; MARTINEZ, Pedro Romano, *Da Cessação do Contrato*, 2ª Edição, Almedina, Coimbra, 2006, pág. 41 e segs e 105 e segs.; TELLES, Inocêncio Galvão, *Manual dos Contratos em Geral – Refundido e Actualizado*, 4ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, pág. 381.; ASCENSÃO, José de Oliveira, *Direito Civil – Teoria Geral*, Volume III, Relações e Situações Jurídicas, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, pág. 333.

[163] Cfr., PINTO, Carlos Alberto da Mota, *ob.cit.*, pág. 621-622. Trata-se de um efeito extintivo "*ex nunc*".

[164] Cfr., VASCONCELOS, Pedro de Pais, *ob.cit.*, pág. 775-776.

[165] Para além das outras hipóteses referidas pelo artigo.

da relação, em que o segurado deixa de retirar utilidades económicas do bem e, por outro lado, deixa de ter um prejuízo na sua esfera patrimonial com o perecimento ou desaparecimento da coisa – deixa de existir a necessidade de ressarcimento do dano na sua esfera jurídica.

Recorde-se a definição dada por GUERRA DA MOTA, em que o seguro surge como a "*possibilidade de um sujeito poder extrair utilidades ou vantagens económicas de uma determinada relação com uma coisa, ou encontrando-se exposto a sofrer alterações negativas no complexo da sua situação patrimonial, corra o risco de sofrer um dano económico, por efeito de um evento que, independentemente da sua vontade, destrua ou altere negativamente a própria relação ou influa negativamente sobre o complexo da sua situação patrimonial*"[166]. Com a perda superveniente do interesse, realça-se esta ideia: quebra-se esta relação de valia económica entre a pessoa e o bem exposto ao risco, deixando de ter qualquer relevância a prossecução do contrato; falta o *quid* que justifica a existência da relação contratual.

5 – Conclusão

Ao longo do nosso trabalho procurámos navegar pelos problemas suscitados pelo interesse na dogmática dos seguros, procurando identificar quais os caminhos para as melhores soluções. O requisito do interesse consiste na relação jurídica, de conteúdo económico, que existe entre um sujeito, aquele que celebra o contrato, e o bem, sujeito ao risco. Este requisito deve ser aferido, tanto no momento da celebração do contrato para determinar a sua existência, como também no momento do sinistro e durante a vigência do contrato. Trata-se, não de um elemento essencial do contrato, mas sim de um verdadeiro pressuposto do mesmo. Não é um objecto interno ao contrato, é sim uma realidade anterior e exterior ao contrato que é convocada para servir de base à relação jurídica, de carácter económico, que irá ter uma expressão no âmbito dos seguros. E, como tal, não basta declarar que a falta de interesse é cominada com a nulidade, pois esta solução não é suficiente para abarcar toda a importância do interesse, reduzindo-o a um mero elemento sem uma expressão autónoma face ao tipo contratual. Na verdade, a falta do interesse, deve ser cominada com a inexistência jurídica do acto, determinando o Direito que não existe nada no plano jurídico. Através de um juízo de realidade, no plano do ser, ao contrário da consideração do interesse como elemento essencial, estabelecendo um mero juízo de valor onde se coloca a questão no plano do dever-ser, deve-se determinar que, para o Direito, para existir algo – para existir um contrato de seguro – é necessário que haja um interesse legalmente atendível.

Esta relação jurídica, nos seguros de danos, pode ser baseada na titularidade real da coisa, através da propriedade, mas também pode ser fundada noutras ligações jurídicas – tais como o usufruto, a compropriedade, a locação, entre outras – que obrigem o detentor a restituir a coisa ao seu legítimo proprietário, ou a devolver o valor em caso do perecimento do bem. A acrescentar a isto, esta relação deve ser de conteúdo económico, com uma expressão pecuniária, visto que apenas haverá interesse se se verificar que o sujeito consegue retirar utilidades económicas do bem que pretende segurar e que, com o seu perecimento ou deterioração, irá ter um prejuízo patrimonial na sua esfera jurídica que precisa de ser ressarcida.

Já nos seguros de vida, o interesse surge configurado de forma bastante semelhante, mantendo-se o requisito da relação jurídica entre o sujeito e o bem, porém com pequenas particularidades. Desde logo, a admissão da possibilidade de a pessoa ser considerada o objecto do negócio, permitindo a sua expressão pecuniária. Não obstante, concomitantemente com esta solução, exige-se o consentimento do terceiro

[166] Cfr., MOTA, Franscisco Guerra da, *O Contrato de Seguro Terrestre*, Primeiro Volume, Athena Editora, s/d.

quando o beneficiário seja diferente da pessoa segura. Com isto pretende-se evitar o *vortum* mortis, ou seja, a especulação sobre a vida ou a integridade física das pessoas, de forma a retirar benefícios patrimoniais juridicamente injustificados.

Nos seguros *unit linked* a configuração do interesse surge de molde mais ténue. Trata-se de um subtipo contratual *sui generis*, fruto do desenvolvimento dos mercados financeiros e das actividades das seguradoras. Existem dois caminhos possíveis de configuração, ou falta dele, do interesse neste contrato. De um ponto de vista, podemos considerar que a extensão do conceito de interesse que é normalmente usado nos seguros de vida é impraticável e de ténue, ou mesmo, inexistente argumentação. Uma extensão exagerada no conceito desvirtua o seu ponto de partida, diluindo em meras considerações estéreis que o desligam completamente do seu sentido original. E com isto, não se pode concluir pela existência de um verdadeiro contrato de seguro. Noutro ponto de vista, partindo da solução legal dada pelo legislador de que estamos perante uma modalidade do contrato de seguro, deve-se proceder à divisão interna do conceito: teremos, então, a existência de um interesse, primordial, do sujeito com uma vertente económico-financeira de procurar ganhos de capital através das unidades de participação subscritas e, ao mesmo tempo, teremos a existência de um interesse, de pendor indirecto, minoritário, do sujeito na sua vida e na sua vontade de precaver qualquer acontecimento que lhe cause dano ou a morte.

Nos seguros de responsabilidade civil, o interesse configura-se como a relação existente entre o sujeito e o seu património, entendido como o conjunto do património activo e do património passivo da pessoa, contra o risco de surgimento de uma obrigação de indemnizar terceiros. No caso do seguro de responsabilidade civil automóvel, a relação jurídica estabelece-se entre o sujeito e o veículo, representando uma parte do seu património. Mas esta relação jurídica, à luz do seguro de danos, também pode ser configurada para além do proprietário do carro: também abrange as situações de detenção, de sujeitos que estejam obrigados a restituir a coisa, ou o seu valor no caso de perecimento. Já no seguro de acidentes de trabalho, também ele um seguro de responsabilidade civil obrigatória, o interesse desdobra-se em várias realidades dentro de si. Se por um lado podemos afirmar que o interesse, de forma primordial, pode ser encontrado no empregador pois é na sua esfera jurídica que nasce a obrigação de indemnizar; também é verdade que o trabalhador também tem interesse no ressarcimento do prejuízo que lhe é causado, porque fica impossibilitado de retirar utilidades económicas – o salário – do esforço que despende. Mas, para além destes dois interesses imediatos, também devemos considerar a existência de um interesse mediato mais geral, de tutela das pessoas, fundado no interesse público. Interesse público esse que origina a necessidade de atenuar a relação de subordinação que existe entre o empregador e o trabalhador, que pode levar a situações de abuso, de forma a proteger a parte mais fraca – o trabalhador – para que a função social do seguro seja cumprida de forma satisfatória.

O contrato de seguro, como fonte de obrigações duradouras, pode ser extinto através da figura da caducidade. E a perda superveniente do interesse, como tal, determina a extinção por caducidade do negócio, devido a um facto jurídico, superveniente, que determina a cessação da relação jurídica entre o sujeito e o bem, que fundou a existência do contrato. Isto é, o sujeito deixa de poder retirar utilidades económicas do bem que pretende proteger por estar em risco e, concomitantemente, deixa de haver um motivo juridicamente atendível para justificar a necessidade de ressarcir um prejuízo económico que, na verdade, já não existe após a perda do interesse.

6 – Bibliografia

AA.VV., *Lei do Contrato de Seguro Anotada*, Almedina, Coimbra, 2009

ALMEIDA, J. C. Moitinho de, O *Contrato de Seguro no Direito Português e Comparado*, Sá da Costa Editora, 1ª Edição, Lisboa, 1971

ANDRADE, Manuel de, *Teoria Geral da Relação Jurídica – Facto Jurídico, em especial Negócio Jurídico*, Volume II, 4ª Reimpressão, Almedina, Coimbra, 1974

ANTHERO, Adriano, *Comentário ao Codigo Comercial Portuguez*, Vol.II, Typhografia "Artes & Lettras", Porto, 1915

ANTUNES, José A. Engrácia, "O Contrato de Seguro na LCS de 2008", in: *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 69, Lisboa, 2009

ASCENSÃO, José de Oliveira, *Direito Civil – Teoria Geral*, Volume II – Acções e Factos Jurídicos, Coimbra Editora, Coimbra, 1999

- *Direito Civil – Teoria Geral*, Volume III, Relações e Situações Jurídicas, Coimbra Editora, Coimbra, 2002

BETTI, Emilio, *Teoria Generale del Negozio Giuridico*, 2ª Edição Reimpressa, Edizione Scientifiche Italiane, 1994

BRITO, José Alves de, *Contrato de Seguro por Conta de Outrem. O Seguro por Conta de Outrem nos Seguros de Danos*, dissertação, Lisboa, 2005

CAMPOS, Diogo Leite de, *Contrato a Favor de Terceiro*, 2ª Edição, Almedina, Coimbra, 1991

CHICHORRO, Maria Manuela Ramalho Sousa, O *Contrato de Seguro Obrigatório de Responsabilidade Civil Automóvel*, 1ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2010

CORDEIRO, António de Menezes, *Tratado de Direito Civil Português*, I, Parte Geral, Tomo I, 2ª Edição, Almedina, Coimbra, 2000

DERNBURG, Arrigo, *Pandette*, Vol.I – Parte I, Parte Generale, trad. Italiana, da 6ª Edição, Fratelli Bocca Editori, Torino, 1906

DUARTE, Rui Pinto, *Tipicidade e Atipicidade dos Contratos*, dissertação de doutoramento, Almedina, Coimbra, 2000.

DONATI, Antigono, *Trattato del Diritto Delle Assicurazioni Private*, Volume Secondo, Giuffré Editore, 1954

FERNANDES, Luís A. Carvalho, *Teoria Geral do Direito Civil*, Volume II – Fontes, Conteúdo e Garantia da Relação Jurídica, 5ª Edição Revista e Actualizada, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2010

GERALDES, João de Oliveira, *Tpicidade Contratual e Condicionalidade Suspensiva – Estudo sobre a exterioridade condicional e sobre a posição jurídica resultante dos tipos contratuais condicionados*, 1ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2010.

GONÇALVES, Luiz da Cunha, *Comentário ao Código Comercial Português*,Vol.II, Editora José Bastos, Lisboa, 1916

HÖRSTER, Heinrich Ewald,, *A Parte Geral do Código Civil Português – Teoria Geral do Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 1992.

LIMA, Fernando Andrade Pires de, O *Casamento Putativo no Direito Civil Português*, dissertação de doutoramento, Combra Editora, Coimbra, 1930

MARTINEZ, Pedro Romano, *Direito dos Seguros – Apontamentos*, 1ª Edição, Principia, Lisboa, 2006

- *Da Cessação do Contrato*, 2ª Edição, Almedina, Coimbra, 2006

MARTINS, Maria Inês Oliveira, *Seguro de Vida Enquanto Tipo Contratual Legal*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011

MOTA, Francisco Guerra da, O *Contrato de Seguro Terrestre*, Primeiro Volume, Athena Editora, Porto, s/d

MOREIRA, Guilherme Alves, *Instituições de Direito Civil Português*, Vol.I – Parte Geral, Coimbra, 1907

NETO, Abílio e MORENO, Carlos, *Código Comercial Anotado*, 5ª Edição Actualizada, Livraria Petrony, Lisboa, 1980

PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3ª Edição Actualizada, 11ª Edição Reimpressão, Coimbra Editora, Coimbra, 1996

POÇAS, Luís Manuel Pereira, *Sobre o Contrato de Seguro de Capitalização*, Relatório de Mestrado, Lisboa, 2007

RIBEIRO, Aureliano Strecht, *Código Comercial Português Actualizado e Anotado*, Vol.III, Procural, Lisboa, 1940

REGO, Margarida Lima, *Contrato de Seguro e Terceiros*, dissertação de doutoramento, 1ª Edição. Coimbra Editora, Coimbra, 2010

ROCHA, M. A. Coelho da, *Instituições de Direito Civil Portuguez*, Tomo I, 7ª Edição aperfeiçoada, Livraria Clássica Editora, Lisboa, 1907

TELLES, Inocêncio Galvão, *Manual dos Contratos em Geral – Refundido e Actualizado*, 4ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2002.

TUHR, A. Von, *Tratado de las Obligaciones*, Tomo I, 1ª Edição, traduzido do alemão e coordenado por W.Roces, Editorial Reus, Madrid, 1934

VASCONCELOS, Pedro Pais de, *Contratos Atípicos*, dissertação de doutoramento, 2ª Edição, Almedina, Coimbra, 2009

- *Teoria Geral do Direito Civil*, 6ª Edição, Almedina, Coimbra, 2010

VASQUES, José, *Contrato de Seguro – Notas para uma Teoria Geral*, Coimbra Editora, Coimbra, 1999

VENTURA, Raul Jorge Rodrigues, "Valor jurídico do casamento", in: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Lisboa, 1951.

O Autor

Pedro Miguel S.M. Rodrigues, nascido a 18 de Julho de 1988, actualmente frequenta o curso de Mestrado Científico da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, na área de Direito Bancário e Direito dos Seguros, procedendo neste momento à elaboração da respectiva Tese de Mestrado, após terminar o primeiro ano com média final de 16 valores.

Começou os seus estudos nos Salesianos de Lisboa, mudando-se posteriormente para a Escola Básica Luís de Camões, onde estudou até ao 9.º Ano. Efectuou os estudos secundários no Liceu D. Filipa de Lencastre, na área de Humanidades, e após ter frequentado o Neues Gymnasium Nürnberg ao abrigo de uma bolsa concedida pelo Göethe Institut, terminou os estudos secundários com a média final de 16 valores.

Mais tarde, concluiu a Licenciatura em Direito, com a média final de 14 valores, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, frequentando ainda, ao abrigo do programa Erasmus, a Mykolas Romeris Universitetas, em Vilnius.

A PROBLEMÁTICA DA INVESTIGAÇÃO DO CIBERCRIME

VERA MARQUES DIAS

Advogada

SUMÁRIO:

Neste estudo propomo-nos abordar a problemática do cibercrime, a face lunar das vantagens da Internet, pois elas facilitam a vida aos cibercriminosos e exasperam os ciberinvestigadores.

Para compreensão do submundo do cibercrime é essencial o estudo das motivações e vulnerabilidades dos seus actores, das particulares características deste tão específico tipo de crime e as dificuldades que as autoridades sentem no seu combate e que os utilizadores têm em prevenir-se.

Mais nos propomos analisar as respostas legislativas nacionais e internacionais que têm vindo a ser dadas a este tipo de criminalidade, nomeadamente a Convenção sobre o Cibercrime e a nova Lei do Cibercrime. Importa, ainda, discutir a aplicação ou não do Direito Penal do Risco ao contexto da criminalidade informática.

Dada a omnipresença da Internet na vida de todos os cidadãos é urgente o conhecimento deste fenómeno criminológico, de modo a poder identificar as causas e as possíveis medidas de prevenção e reacção.

A PROBLEMÁTICA DA INVESTIGAÇÃO DO CIBERCRIME

VERA MARQUES DIAS
Advogada

(*)

1 O Cibercrime

1.1 A Internet, a Sociedade da Informação e o Cibercrime

Aquando da criação da **Internet**, em 1969, pelo governo norte-americano, com objectivos militares, ninguém vaticinava a importância astronómica que iria ter na vida de todos nós[1]. Alastrando-se por toda a população mundial, tornou-se num cibermundo sem fronteiras espaciais, territoriais, sociais, económicas, culturais, etárias, linguísticas e raciais, surgindo a chamada "**Sociedade da Informação**". Para a tão falada globalização contribuíram outros factores como as telecomunicações e as redes de transportes, mas foi com a Internet que nasceu a "sociedade global", caracterizada pela interligação mundial de computadores, redes e sistemas informáticos e telemáticos. Com o aparecimento da cibernética, da digitalização e sobretudo de uma comunidade com uma cibercultura e ciberespaço próprio deu-se a evolução para a "**Sociedade Digital**"[2].

A popularidade da internet provém da sua capacidade de proporcionar uma comunicação e circulação transnacional de informação, da amálgama de serviços e dados fácil e instantaneamente disponíveis, e tudo isto à velocidade de um clique a baixos custos. Nos dias de hoje, com especial incidência nos países mais desenvolvidos, a internet tem um papel fulcral ao nível de todas as *infra-estruturas* estratégicas e nevrálgicas do país, como governamentais, militares, de segurança[3], económicas, de telecomunicações, de transportes, educacionais, energéticas, de saúde e serviços de socorro e emergência. Mas a sua importância não se fica por aqui pois estende-se a todo o tipo de relações, como as *comerciais*, negociais, empresariais, financeiras e económicas, e com o nascimento das redes sociais, *blogues* e fóruns, passou a fazer parte da vida *social, pessoal* e dos tempos livres dos utilizadores.

(*) O presente texto corresponde à tese efectuada em Novembro de 2010, no âmbito do I Curso de Pós-Graduação de Aperfeiçoamento em Direito de Investigação Criminal e da Prova, da Faculdade de Direito/IDPCC da Universidade de Lisboa, sob orientação do Professor Doutor Augusto Silva Dias. Contactos da Autora: *vera.marquesdias@hotmail.com.*

[1] HUGO LANÇA SILVA, *As leis do comércio electrónico: tentativa de desconstrução de um complexo puzzle*, Verbo Jurídico, 2007, em http://www.verbojuridico.pt, avança como paralelo de que: "A globalização que tanto se alarde nos nossos dias, se teve a sua génese nas Descobertas dos bravos marinheiros lusitanos, encontra o seu epicentro na Internet"; PABLO MEXÍA GARCIA "El Derecho de Internet", Principios de Derecho de Internet, Prainter, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 99 e ss.

[2] ROVIRA DEL CANTO, *Delincuencia Informática y Fraudes Informáticos*, Estúdios de Derecho Penal dirigidos por Carlos María Romeo Casabona, 33, Editorial Comares, Granada, 2002, p. 7-9.

[3] Onde se inclui, entre outros, os sistemas de defesa, a segurança de estações nucleares e sistemas de controlo de tráfego terrestre, marítimo e aéreo.

As redes sociais, a inúmera disponibilidade de serviços e o acesso à internet pelo telemóvel e equipamentos semelhantes formou uma nova geração de "viciados na internet", que estão muito mais expostos a este tipo de crime [4].

Como podemos constatar, a internet tentacularmente conseguiu infiltrar-se em todos os ramos da nossa vida, fazendo parte integrante dela. Na galáxia internet o número de utilizadores duplicou nos últimos cinco anos, ascendendo a mais de dois milhões [5]. Esta interacção dos utilizadores torna a rede extremamente poderosa, sendo uma fonte colossal de comunicação, o que leva à afirmação de que quem não está na *net* está "*unplugged*" [6].

Todavia, as vantagens da internet que levaram a uma explosão de utilizadores e de volume de circulação de informação, também levaram à multiplicação na penumbra de **condutas lesivas e ilícitas**, praticáveis e praticadas, na internet, ou por intermédio dela. Foi descoberto um campo fértil, vulnerável, de lucro fácil, com riscos físicos inexistentes, a baixo custo, e com uma grande probabilidade de impunidade, não só para o cometimento de novos delitos, como também para revisitar os crimes tradicionais, agora com a exponencial ajuda e cumplicidade da internet. A própria natureza da rede, ou seja, a interconexão de computadores e sistemas, aliada à dependência informática de todos os sectores, deixa-nos a todos expostos e torna-nos alvos extremamente vulneráveis a ataques perante falhas de segurança e dá vida a "*virtual criminal communities*[7] e ao "mundo *underground*"[8]. A forte relação de dependência da sociedade da informação - e com tendência a aumentar – em relação às redes e sistemas informáticos, leva a que o **cibercrime** se torne cada vez mais *frequente*, *diverso*, *móvel*, *internacional* e *perigoso* [9], o que impõe um elevado grau de segurança, fiabilidade e eficiência, de modo a evitar que este crime se torne no almejado crime perfeito. Para tal, é necessário que a sociedade de informação assente numa segurança informática que assegura a confidencialidade, a integridade e a disponibilidade fiável dos sistemas[10].

1.2 Definição, Tipologia e Classificação de Cibercrime

A prática de crimes na internet assume várias nomenclaturas como cibercrime, crime digital, crime informático, crime informático-digital, *high technology crimes*, *computer-related crime*. Não existe consenso quanto à expressão, quanto à definição, nem mesmo quanto à tipologia e classificação destes crimes[11]. Acompanhando a

[4] Uma das mais recentes e lucrativas modalidades de *hacking* é o *blue-jacking,* em que o *hacker* através do *bluetooth* acede remotamente ao telemóvel de outra pessoa fazendo chamadas para um número de valor acrescentado por ele criado.Também o *spyware FinFisher* que é usado para monitorizar chamadas do Skype, ligar Webcams e gravar o que o utilizador tecla, pode também ligar o microfone do telemóvel, descobrir a sua localização e ser usado para monitorizar chamadas, SMS, emails, sem que o dono tenha disso conhecimento. *Vide* http://exameinformatica.sapo.pt.

[5] Conforme anunciou a *International Telecommunication Union* (ITU), acrescentando que 65 por cento estão em países desenvolvidos e apenas 13,5 por cento em países em desenvolvimento, *em* http://clix.expresso.pt/telecomunicacoes-mais-de-2-mil-milhoes-de-pessoas-com-acesso-a-internet-ate-ao-fim-de-2010=f610310.

[6] MONTEIRO NETO, "Crimes informáticos uma abordagem dinâmica ao direito penal informático, *Computer crimes: a dynamic approach on Computer Science Penal Law*", Pensar, Fortaleza, volume 8, n.º8, Fevereiro, 2003: [39-54], p. 43, em http://www.unifor.br/notitia/file/1690.pdf.

[7] EUROPOL, *High Tech Crimes Within The EU: Old Crimes New Tools, New Crimes New Tools*, Threat Assessment 2007, High Tech Crime Centre, 2007, p. 36, 32, em *http://www.europol.europa.eu/publications/Serious_Crime_Overviews/HTCThreatAssessment2007.pdf*; LINO SANTOS, "Cibersegurança – A resposta à emergência", Planeamento Civil de Emergência, Revista n.º 19, Ano 2008, *in* www.cnpce.gov.pt, p. 36.

[8] JUAN SALOM CLOTET, "Delito Informático y su Investigación", Delitos Contra y A Través de las Nuevas Tecnologías Cómo Reducir su Impunidad?, Cuadernos de Derecho Judicial, III, Consejo General Del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, 2006, p. 106.

[9] Como refere ULRICH SIEBER, *Legal Aspects of Computer-Related Crime in the Information Society – COMCRIME-Study*-, 1998, p. 60, em http://www.archividelnovecento.it/archivinovecento/CAPPATO/Cappa-to/Faldone64-12Dirittiumanipaesiextracom/DonneAfghanistan/Desktop/sieber.pdf. O primeiro cibercrime aconteceu nos EUA, nos anos 60, através de um sistema de *blue box*, *v.* SÁNCHES MAGRO, "El Ciberdelito y sus Implicationes Procesales", Principios de Derecho de Internet, Prainter, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 261.

[10] PEDRO VERDELHO, "Cibercrime e segurança informática", Polícia e Justiça, Revista do Instituto Superior de Polícia Judiciária e Ciências Criminais, III série, n.º 6, Julho-Dezembro, 2005, Coimbra Editora, p. 162.

[11] São várias as classificações na criminalidade informática, como detalhadamente descreve SILVA RODRIGUES, *Direito Penal Especial, Direito Penal Informático-Digital*, Coimbra, 2009, p.168-194; SOFIA CASIMIRO, *A responsabilidade civil pelo conteúdo da informação transmitida pela Internet*, Coimbra, Almedina, 2000, p. 19.

mais recente legislação internacional e nacional adoptamos a nomenclatura de cibercrime, não nos vedando o uso de outras como sinónimo.

Nos últimos tempos, os crimes do ciberespaço mais falados – porque mais frequentes – são *phishing* [12/13] e o *carding* [14], o *hacking* [15], a pedo-pornografia infantil e a pirataria informática. Contudo, a panóplia de tipo de crimes praticada na internet é muito maior e diversificada correspondendo a cada um diferentes ***modus operandi*** e técnicas, que se adaptam constantemente às novas tecnologias. Entre eles podemos referir o *cracking, phreaking, cracking of passwords, identity theft, data diddling, trojan horse, trap doors, between-the-lines entry, bitknapping, pharming, SMiShing, vishing, web defacing, phatbot, trojan horses, botnets, worms, hijackers, keylogger, spyware,* bomba lógica ou programa-*crash* e vírus vários [16].

O cibercrime atinge toda a gente, está a aumentar em Portugal e quase duplicou de 2009 para 2010, passou de 600 para 1000 o número de processos por crime informático, resultando em perdas médias de 241 euros[17]. Avisa Javier Ildefonso que "*antes, os hackers queriam dar cabo do seu PC. Agora querem dar cabo da sua vida*"[18].

A Comissão Europeia engloba no cibercrime três categorias de actividade criminosa, a saber, os **crimes tradicionais** cometidos com o auxílio do computador e redes informáticas, os **crimes relacionados com o conteúdo**, nomeadamente a publicação de conteúdos ilícitos por via de meios de comunicação electrónicos, e os **crimes exclusivos das redes electrónicas**[19].

[12] Entre Janeiro e Outubro de 2010 o *phishing* representou mais de dois milhões e meio de euros, em http://diariodigital.sapo.pt/news.asp?section_id=18&id_news=473383&page=0, 13.10.2010.

[13] *Phishing* – criar uma página falsa de um banco, com o objectivo de adquirir dados pessoais financeiros, como números de cartões de crédito e senhas.

[14] *Carding* – manipulação de dados ou de elementos de identificação de cartões de crédito, de débito ou de telecomunicações; *Hacking* – intrusão em sistemas informáticos.

[15] *Hacking* – intrusão em sistemas informáticos.

[16] *SMiShing* – similar ao *phishing*, mas visando as SMS (mensagens escritas) dos telemóveis, com o objectivo de levar o utilizador a fornecer informação pessoal; *Vishing* – em inglês é a combinação entre as palavras *voice* e *phishing*, ou seja utiliza as chamadas de voz para obter determinados dados, como números de cartões de crédito e senhas de acesso ao banco; *Cracking* – descompilação de programas, quebra de sistemas de segurança; *cracking of passwords*; *Blueboxing* – ligação de dispositivos electrónicos que impedem a total ou diminuem a taxação devida; *Phreaking* – o phreak é o hacker das telecomunicações, nomeadamente dos telemóveis; *Warez* – software distribuído ilegalmente na internet. *Identity theft*; *Data diddling,* consiste em alterar a data antes e depois de ter entrado no computador; *Trojan horse* - ou em português "cavalo de Tróia", são programas que são automaticamente instalados em computadores e que visam facilitar o ataque remoto ao computador. Pode captar informação, como números de cartões de crédito e/ou danificar o computador; *Trap doors,* programa malicioso que permite aceder ao sistema; *Between-the-lines entry,* acesso não autorizado a um terminal momentaneamente não activo de um utilizador autorizado a aceder a um determinado canal de comunicação; *Bitknapping* - "rapto" de dados e ameaça de destruição se não houver pagamento em dinheiro; *Pharming* – Ao digitar o endereço (URL) do site que pretende aceder (por exemplo de um banco), o servidor DNS porque sofreu um ataque de *pharming* vai redirecionar o utilizador para uma página falsa, geralmente cópia fiel da original, visando que o utilizador forneça dados privados, como senhas e códigos; *Web defacing* – é um ataque a um site ou página que altera ilicitamente páginas web para afectar a imagem de entidades públicas e privadas; *Phatbot* – infecta o sistema e desliga ou desactiva os programas, incluindo antivírus e *firewall; Botnets* – conjunto de computadores, ligados à internet, e infectados por "bots" que são softwares maliciosos que se espalham autónoma e automaticamente, aproveitando as vulnerabilidades que possam ser exploradas; *Worms* – programa que se auto-replica e infecta o sistema, destrói dados e torna ineficaz o próprio computador; *Hijackers* – ou sequestradores, são cavalos de Tróia que modificam uma página ou a redirecionam para outra, levando o utilizador a clicar nelas, o que gera lucro para o criador do *hijacker*; *Keylogger* – é um programa espião que regista tudo o que é digitado pelo utilizador; *Spyware* - software que permite espiar tudo o que o utilizador faz no computador, recolhendo essa informação; Bomba lógica ou programa-*crash,* programa de computador que fica instalado na memória e que se acciona automaticamente quando se se verificar alguma acção ou estado do sistema; e vírus vários, que são softwares maliciosos que infectam o computador com o objectivo de lhe causar danos, nomeadamente a perda de dados. Para uma definição e descrição detalhada de cada um deles ver: EUROPOL, *op. cit.*, p. 20-45; LOURENÇO MARTINS, *op. cit.*, p. 13-14; GARCIA MARQUES e LOURENÇO MARTINS, *op. cit.*, p. 497, 502-505; SÁNCHES MAGRO, *op. cit.*, p. 272-274.

[17] ANA RITA GUERRA, "Processos de crime informático quase duplicam em 2010", 14 de Outubro de 2010, http://www.ionline.pt/conteudo/83163-processos-crime-informatico-quase-duplicam-em-2010. Já entre 2007 e 2008 o número de inquéritos associado a esta criminalidade cresceu 293 por cento no espaço de um ano, quanto a valores atingindo o aumento de 870 por cento, passando de 24 mil para mais de 210 mil euros, conforme, LICÍNIO LIMA, "Lei do Crime Ineficaz", Diário de Notícias, 21.11.2009, em http://www.inverbis.net/2007-2011/actualidade/leicibercrime-ineficaz.html.

[18] ANA RITA GUERRA, *op.cit.*

[19] http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/fight_against_organised_crime/l114560_pt.htm. Com outra sistematização, a doutrina e jurisprudência americana aplicam a seguinte divisão de categorias: "*1 Computer as the target (e.g. computer intrusion, data theft, techno-vandalism, techno-trepass). 2 Computer as the instrumentality of the crime (e.g. credit card fraud, telecommunications fraud, theft, or fraud). 3 Computer as incidental to other crimes (e.g. drug trafficking, money laudering, child pornography). 4 Crimes associated with the prevalence of computers (e.g. copyright violation, software piracy, component theft*). EOGHAN CASEY, *Digital Evidence and Computer Crime, Forensic Science, Computers and the Internet*, Academic Press, 2000, p. 17-18.

Já a principal doutrina portuguesa[20] distingue entre quatro grupos a criminalidade relacionada com a utilização de computadores e em especial na internet:

1 - Os crimes que *recorrem a meios informáticos,* não alterando o tipo penal comum, correspondem a uma especificação ou qualificação deste, são exemplo a devassa por meio de informática (art.º 193.º do Código Penal), o crime de burla informática e o crime de burla informática nas telecomunicações (art.º 221.º do Código Penal);

2 - Os crimes relativos à *protecção de dados pessoais ou da privacidade* (Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro, transposição da Directiva n.º 95/46/CE e a Lei n.º 69/98, de 28 de Outubro);

3 - Os *crimes informáticos em sentido estrito*, sendo o bem ou meio informático o elemento próprio do tipo de crime. Estes crimes são praticados contra e através do computador, este é o alvo da actividade criminosa, também classificados como *vertical use of hi-tech*[21]. Neste grupo inserem-se os crimes previstos na Lei n.º 109/2009 de 15 de Setembro;

4 - No último grupo temos os *crimes relacionados com o conteúdo*, onde se destacam a violação do direito de autor, a difusão de pornografia infantil [art.º 172.º, n.º 3, alínea d) do Código Penal][22] ou a discriminação racial ou religiosa [art.º 240.º, n.º 1, alínea a) do referido diploma]. Neste grupo a reacção repressiva tem de especializar por força do meio utilizado.

2- Os Sujeitos do Cibercrime

2.1 O sujeito activo / agente

Hoje em dia os grupos criminosos na internet são vários, com diferentes modos de actuação e diversas motivações[23]. A personagem mais conhecida deste mundo virtual do crime é o ***Hacker***[24], tendo as primeiras gerações deste grupo participado no desenvolvimento dos computadores

[20] OLIVEIRA ASCENSÃO, "Criminalidade Informática", Estudos sobre Direito da Internet e da Sociedade da Informação, Almedina, 2001, p. 286-287; PEDRO VERDELHO, "Cibercrime", Direito da Sociedade da Informação, APDI (Associação Portuguesa de Direito Intelectual), volume IV, Coimbra Editora, p. 347. Com uma divisão bipartida, SILVA RODRIGUES, *op. cit.,* distingue entre criminalidade informático-digital própria ou "pura" e criminalidade informático-digital imprópria ou "impura". Nos primeiros engloba os crimes em que "o sistema informático ou o fluxo informacional ou comunicacional que neles se encontra armazenado é o objecto da conduta criminosa" (p. 147 e 279 e ss). Quanto aos segundos são os crimes em que o "sistema informático é um meio para a prática de crimes informáticos" (p. 147 e 351 e ss.); Resumidamente concluem GARCIA MARQUES e LOURENÇO MARTINS, *Direito da Informática*, Lições de Direito da Comunicação, Almedina, 2000, p. 495, que da criminalidade informática fazem parte os "delitos que usam o computador como **instrumento**, aqueles que o têm por **objecto**, e ainda os delitos em que o ordenador, sendo ainda um instrumento, é utilizado para violar **direitos de personalidade**".

[21] EUROPOL, *op. cit.*, p. 4; PAULO SANTOS, RICARDO BESSA e CARLOS PIMENTEL, "*CYBERWAR* o fenómeno, as tecnologias e os actores", FCA, Editora de Informática, Lda, 2008, p. 12; PEDRO DIAS VENÂNCIO, *Breve introdução da questão da Investigação e Meios de Prova na Criminalidade Informática*, p. 7.

[22] Alguns diplomas como a Convenção sobre a Cibercriminalidade e a Decisão n.º 2000/375/JAI do Conselho da União Europeia de 29 de Maio de 2000 tomaram parte no combate à pornografia infantil na internet e ao aliciamento e perseguição de crianças para fins sexuais na Internet (*«grooming»*).

[23] GARCIA MARQUES e LOURENÇO MARTINS, *op. cit.*, p. 500, ordena a tipologia dos delinquentes informáticos entre amadores, perturbados, membros do crime organizado, quebra sistemas (*hackers*) e extremistas idealistas. Já quanto à motivação escalona entre utilitaristas, empreendedores, agressivos e destruidores. Por outro lado, EOGHAN CASEY, *op. cit.*, p. 33-39, agrupa os comportamentos em "*power reassurance/compensatory, power assertive/entitlement, anger retaliatory/displaced, sadistic/anger excitation, opportunistic, and profit oriented.*

[24] Os ***hackers*** acedem, sem autorização dos seus legítimos titulares, a computadores, sistemas e redes informáticas ou telemáticas alheias. Quanto ao seu nível de perícia podemos dividir os *hackers* em três grupos: 1 - Os *script kiddies*, também conhecidos por *losers*, *short-pants* ou *lammers*, têm um nível baixo, geralmente são jovens estudantes curiosos que se estão a iniciar na informática e que simplesmente reproduzem as técnicas de *hacking* que são ensinadas em pormenor em muitos sites; 2 - *Os hackers de nível médio*, com mais experiência, conhecem em pormenor as técnicas e utilizam os programas de outros, não os sabendo escrever nem desenvolver. Estes hackers estudam as vulnerabilidades da rede informática e identificam os potenciais alvos, conquistando o controlo dum sistema de informação; 3 - *Os hackers de nível alto*, também conhecidos por "Elite" ou "Gurus", são os especialistas e mentores entre estes grupos. São extremamente eficientes, eficazes e metódicos, dedicando-se à criação de vírus, programas e técnicas de *hacking*, as quais compartilha com os restantes, aconselhando-os e dando inclusive assistência técnica. ULRICH SIEBER, "Criminalidad Informática: Peligro y Prevención", *op.cit.*, p. 77; PAULO SANTOS, RICARDO BESSA e CARLOS PIMENTEL, *op. cit.*, p. 59 e 60; ULRICH SIEBER, "Documentación para una aproximación al Delito Informático", *op.cit.*, p. 78; ROVIRA DEL CANTO, *op.cit*, p. 109-114. Segundo MORÓN LERMA, *in Internet y Derecho Penal: Hacking y otros conductas ilícitas en la red*, Pamplona: Aranzadi, 1999, as condutas dos *hackers* não deveriam ser reguladas pelo Direito Penal. No meio dos cibercriminosos é sagrada a distinção entre *hackers* e ***crackers***, pois os últimos têm como objectivo a corrupção e quebra dos programas informáticos, apagar informação ou tornar um sistema informático ou mesmo um sítio inoperativo e inutilizável.

pessoais[25]. Entre os hackers mais famosos temos Kevin Mitnick[26], Dennis Ritchie[27] e Reonel Ramones[28].

A não percepção directa da operação, visto que esta é executada pelo computador com inexistência de presença física do autor e da vítima, o não uso de violência, e, por vezes, o anonimato das duas partes, torna a acção mais fácil, moralmente mais tolerável e com menos riscos para o autor do crime[29]. Este recorre muitas vezes a desculpas de auto-legitimação e à despersonalização da vítima para ultrapassar as barreiras do sentimento de culpa e do desvalor ético-social[30].

O perfil do cibercriminoso é descrito como um génio na área da informática, perito em computadores e programação, homem[31], estudante com um Q.I. acima da média, introvertido, associal, e que age pelo desafio de superação da máquina[32]. Com esta visão romântica, potenciada pela comunicação social, o criminoso informático é, por vezes, visto como um *Robin Wood* virtual aceite e não censurado pela sociedade, sendo depois de condenado, contratado por grandes empresas[33]. Este perfil, contudo, evoluiu bastante nos últimos tempos e tem vindo a ser substituído por novas categorias criminológicas de delinquentes, não tão jovens nem tão inteligentes, desprovidas de qualquer *tecno-ética*, cujo objectivo já não é quebrar sistemas mas sim extrair informação e usá-la ou vendê-la. O móbil preponderante para as práticas ilícitas no meio digital é o *animus lucrandi*, o *lucro monetário* fácil – *"hacking for dollars"-*, sendo os outros complementares, pois o "*cibercrime é mais rentável do que muitos outros crimes como o tráfico de droga*"[34].

Um dos grupos que nasceu com a ajuda da internet, através de inúmeros *sites* e redes sociais que ensinam detalhadamente como praticar estes crimes, assim como pela disponibilização de *softwares* e *hardwares*, foi o ***criminoso de oportunidade***[35].

Talvez o grupo mais comum e dissimuladamente letal seja dos ***insiders***, também chamados de "cibercriminosos de colarinho branco". Estes são funcionários altamente qualificados e colaboradores de confiança da entidade patronal, que se aproveitam do conhecimento interno da empresa, do seu sistema informático e suas debilidades, para praticar actividades ilícitas, como alterações informáticas, eliminação de dados, sabotagem de sistemas ou serviços e venda de informações confidenciais a

[25] Foi o caso de Stephen Wozniak e Stephen Jobs co-fundadores da Apple.

[26] Considerado o mais famoso hacker do mundo, de nickname "Condor" inspirou o filme "Os três dias do Condor". Por aceder às redes do FBI e a redes militares e causar milhões de dólares de prejuízos, foi preso em 1995 e libertado em 2000. PAULO SANTOS, RICARDO BESSA e CARLOS PIMENTEL, *op. cit.*, p. 64; EOGHAN CASEY, *op. cit.*, p. 11-12.

[27] Criou diversos vírus, o sistema operativo mais popular da informática, o UNIX e a famosa linguagem de programação "C". PAULO SANTOS, RICARDO BESSA e CARLOS PIMENTEL, *op. cit.*, p. 63.

[28] Alegado autor do vírus "*Love Letter*". *IDEM*, *op. cit.*, p. 66.

[29] MATA Y MARTÍN "Criminalidad Informática: una introducción al Cibercrime", Temas de Direito da Informática e da Internet, Ordem dos Advogados (Conselho Distrital do Porto), Coimbra Editora, 2004, p. 202; XAVIER BELLEFONDS, *A Informática e o Direito, Computer Law*, Colecção Jurídica Internacional, St. Au Byn, G&A Editores, 2000, p. 50; LOURENÇO MARTINS Criminalidade Informática", Direito da Sociedade da Informação, APDI, volume IV, Coimbra Editora, págs. 9-41, p. 13.

[30] GARCIA MARQUES e LOURENÇO MARTINS, *op. cit.*, p. 502.

[31] As mulheres são uma minoria nas comunidades fechadas de hackers. Grace Hooper, considerada a primeira hacker do mundo, criou na década de 50 e 60 a linguagem *Flowmatic* e *Cobol*, o primeiro compilador A-O *Math Matic*. *IDEM*, *op. cit.*, p. 61; MAJID YAR, *Cibercrime and Society*, Sage Publications, 2006, p. 35-36.

[32] Mais detalhadamente, o cibercriminoso é introvertido, tímido e de instinto aventureiro, destemido, com desejo de notoriedade, de demonstrar as falhas do sistema e aumentar os seus conhecimentos informáticos, prestando, assim, ainda segundo os próprios, "um favor aos incomodados". A competitividade, o status e reconhecimento entre os seus pares, o aumento da auto-estima ou a pura diversão são outras das motivações deste grupo.

[33] A contratação de criminosos informáticos pode ter como objectivo a sua participação no sistema de segurança informática, de modo a eliminar as falhas deste, mas também pode ter intenções ilícitas como o roubo de informação confidencial aos seus concorrentes ou a sua denegrição. ANDRÉS BLASCO, "Qué Es Internet?", Principios de Derecho de Internet, Prainter, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 52; EUROPOL, *op. cit.*, p. 14; *Vide* também MONTEIRO NETO, *op.cit.*, p. 41; E SALVATORE RESTA, Salvatore, *I Computer Crimes Tra Informatica E Telematica*, CEDAM – Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 2000, p. 176.

[34] EUROPOL, *op. cit.*, p. 4 e 54; ROVIRA DEL CANTO, *op.cit*, p. 108.

[35] Aqui ganha vida o provérbio "a oportunidade faz o ladrão". Com noções mínimas na área da informática, mas com o auxílio referido, ao deparar-se com a facilidade de contornar falhas de segurança e seguros pelo anonimato desta via praticam os chamados "*special oportunity crime*", quebrando, assim, a resistência que teriam no mundo real para a prática da conduta criminosa. MONTEIRO NETO, *op.cit.*, p. 41; SALVATORE RESTA, *op. cit., p.* 176-177.

concorrentes[36]. Por vezes as entidades empregadoras, após o despedimento, esquecem-se de invalidar as credenciais de acesso, o que facilita a vida aos ex-funcionários rancorosos ou com desejo de vingança.

Tendo na sua génese a ideologia defendida, temos o ***Hactivism***[37], que recorre ao uso de técnicas de *hacking*, principalmente contra Estados ou grandes empresas, para chamar à atenção e difundir a sua causa, geralmente mensagens políticas. Um dos casos mais famosos foi o da Estónia em 2003, do qual resultaram inúmeros prejuízos[38]. Actualmente o *hacker mais famoso* é Julian Assange que se tornou notícia ao roubar informações confidenciais aos poderes instituídos e divulgá-las no seu *site Wikileaks* [39].

Os grupos mais temidos são as Organizações Criminosas e os ciberterroristas. A maioria das ***Organizações Criminosas*** usa a internet tanto para coordenar os membros como para branquear – *cyber-laundering* - e dissimular as suas condutas ilícitas, recrutando ou contratando técnicos altamente especializados, usando também o cibercrime como forma de financiamento[40]. O cenário do ***Ciberterrorismo*** é algo que, depois do 11.09.2001 nos E.U.A, do 11.03.2004 em Espanha e do 07.07.2005 no Reino Unido, tem sido levado a sério pelos especialistas. Dois dias após a eleição, o Presidente dos E.U.A., Barack Obama, mostrou-se preocupado com a devastação que um ataque terrorista pode provocar a uma rede electrónica de sistemas de dados e na economia americana e global[41]. Tendo em conta o elevado grau de dependência dos serviços e infra-estruturas básicas em relação às redes, se a internet for alvo de um ataque, concertado na forma de *cyberattack* ou *cyberwarfare*, poderá levar à paralisação e ao caos do país ou países em causa. Outro dos grandes medos deste tipo de ataque, que usa a globalidade da internet, está relacionado com a possibilidade do massivo número de vítimas atingido[42].

Utilizada por alguns terroristas, como a *Al-Qaeda*[43], a internet é um veículo rápido, barato, anónimo, remoto e global para divulgar informações e propagandas terroristas, espalhar o medo na opinião pública, assim como para recrutar novos membros e treiná-los sem necessidade de

[36] Muitos são viciados na internet – *internet addiction disorder* - onde se desenrola quase toda a sua vida à parte do mundo real. Entre as suas motivações estão o descontentamento, revolta ou ressentimento contra a entidade empregadora, a resolução de problemas relacionados com dinheiro, a ganância, a vingança, a ascensão profissional ou simplesmente por falta de ética e de deontologia profissional. PAULO SANTOS, RICARDO BESSA e CARLOS PIMENTEL, *op. cit.*, p. 69-73; MAJID YAR, *op. cit.*, p. 34-35.

[37] Como o próprio nome deixa adivinhar o *hactivism* é a mistura do *hacking* com o *activism*, ou seja, o activista usa técnicas de *hacking* para promover as suas ideias e convicções, de modo a poder influenciar a tomada de decisões. *Vide* PAULO SANTOS, RICARDO BESSA e CARLOS PIMENTEL, *op. cit.*, p. 75-84.

[38] Entre Abril e Maio de 2008, a Estónia foi alvo deste fenómeno, quando em reacção à decisão de recolocar na periferia da cidade de Tallin um memorial soviético da II Guerra Mundial, *hacktivistas* bombardearam os servidores, fornecedores e portais públicos e privados com ataques do tipo DDos, com origem em *botnets*. De realçar que para além dos enormes prejuízos financeiros e de imagem das empresas, também teve um impacto efectivo na vida dos cidadãos, visto que provocou falhas nas caixas ATM. Outro exemplo foi protagonizado por *hactivistas* portugueses através de um ataque *web deface* aos sites do Governo Indonésio aquando o massacre de Santa Cruz em Timor Leste. *V.* LINO SANTOS, *op. cit.*, p. 35-36.

[39] Este *hacker,* considerado pela CIA e pelo Pentágono uma perigosa ameaça nacional, "protagonizou a divulgação da maior fuga militar de sempre: 91731 documentos classificados sobre a guerra no Afeganistão", por outro lado recebeu o Prémio Media, da Amnistia Internacional, em 2009 e o Prémio Index Censura em 2008. *V.* ISABEL NERY, "O guerrilheiro da verdade", Mundo Perfil, Revista Visão, de 29 de Julho de 2010.

[40] EUROPOL, *op. cit.*, p. 17; LOURENÇO MARTINS, *op. cit.*, p. 11.

[41] Em BOB WOODWARD, "A Ciberguerra do Futuro", Focus Magazin (trad. Cláudio Castro), Focus 574/2010, p. 106. No mesmo artigo podemos ler que Mike McConnell alertou para a vulnerabilidade dos EUA a ataques cibernáuticos, tendo deduzido que se os 19 terroristas do 11 de Setembro tivessem conhecimentos informáticos, poderiam ter provocado um efeito muito maior na economia americana do que a queda das torres do *World Trade Center*. No seguimento desta preocupação foi recentemente criado o *Cyber Command* no exército dos E.U.A, sincronizando as redes de defesa e segurança nacionais, pois como afirma Keith Alexander "O espaço digital é essencial para a nossa forma de viver e o Cyber Command sincroniza os nossos esforços em redes de defesa", em http://diariodigital.sapo.pt/news.asp?section_id=44&id_news=477020 (04-11-2010).

[42] Tanto na crise do Kosovo - chamada "*The War of the Web*" -, como na guerra do Iraque, a internet foi usada pelas células criminosas para o cruzamento e troca de informações e contra-informações, manobras de diversão e engodo. PAULO SANTOS, RICARDO BESSA e CARLOS PIMENTEL, *op. cit.*, p. 85.

[43] Com dificuldades no apoio à sua logística de treinos, a organização terrorista *Al-Qaeda* tem vindo a treinar os seus recrutas pela Web e pelos *chat rooms*. *V.* LINO SANTOS, *op. cit.*, p. 37; Segundo PAULO SANTOS, RICARDO BESSA e CARLOS PIMENTEL, *op. cit.*, p. 85, 88, 90, 93, existem dados que a *Al-Qaeda* utiliza a internet para "comunicar e disseminar os seus planos operacionais pelos seus elementos", pois "em túneis do Afeganistão utilizados pelos terroristas, tropas americanas encontraram planos da *Al-Qaeda* para atacar redes de computador e documentos em que se descrevia que recrutas desta organização criminosa estavam a receber formação especializada em sistemas "*High-tech*".

presença física. De sublinhar que a propaganda e recrutamento não se destina somente a países árabes, mas a pessoas de todas as nacionalidades[44].

Contudo, avisam Paulo Santos, Ricardo Bessa e Carlos Pimentel que muitas vezes "*verifica-se um fenómeno de exploração política e especulação mediática sobre esta temática, que não raro, ultrapassa os limites da realidade, gerando o temor na opinião pública*", surgindo também grupos de pessoas e empresas sedentas pela exploração profissional desta área, aproveitando-se do sentimento de insegurança da população[45].

Podemos, assim, concluir que o cibercriminoso pode ser qualquer um, "*não sendo a personalidade do mesmo nenhum factor determinante, mas sim o seu móbil*"[46].

2.2 O sujeito passivo / vítima

A vítima do cibercrime poderá ser qualquer pessoa, física ou jurídica, individual ou colectiva, pública ou privada, em qualquer momento ou circunstância, bastando para tal estar ligada a um sistema ou rede informática ou telemática. O elevado número de vítimas e a indeterminação da sua quantidade e identidade leva a inserir estas vítimas na construção dogmática do «sujeito passivo em massa»[47].

O estudo vitimológico da relação entre a vítima e o cibercriminoso pode revelar-se de extrema importância para a identificação do agente, pois podemos estar perante uma *vítima-alvo* sendo a escolha intencional, por existir um elo ou ligação, como no caso de um ex-relacionamento ou ex-empregador, ou perante uma *vítima colateral* ou uma *vítima simbólica*[48].

Os lesados ou vítimas são muitas vezes empresas, Bancos, Seguradoras e entidades financeiras que preferem não apresentar queixa às autoridades e resolver o problema internamente absorvendo as perdas com receio de que tal ataque, a ser conhecido, leve ao seu descrédito e perda de reputação e confiança junto do mercado e clientes, causando prejuízos superiores ao ataque sofrido, o que é agravado nas situações em que pode haver responsabilidade legal, devido ao dever de protecção de dados confidenciais[49]. Outra das razões comuns é o desconhecimento ou ignorância do sujeito passivo de que foi vítima, e a crença da ineficácia da investigação policial e na impunidade destes crimes[50]. As vítimas singulares são, por vezes, utilizadores incautos, que negligenciam a segurança permitindo a introdução de programas maliciosos e, por vezes, até ingénuos, fornecendo *passwords* e dados pessoais *on line* sem verificar a sua fidedignidade, o que leva aos crimes de roubo de identidade, ao *phishing*, entre outros[51].

3- As Características do Cibercrime

A problemática do cibercrime advém das suas características, isoladas ou em conjunto, pois são elas que dificultam a sua prevenção, investigação, repressão e punição e colocam, nos últimos tempos, este tipo de crime nos mais estudados e temidos.

---

[44] EUROPOL, *op. cit.*, p. 38; MAJID YAR, *op. cit.*, p. 50-61.

[45] *Op. cit.*, p. 87-88.

[46] ROVIRA DEL CANTO, *op.cit*, p. 108.

[47] ROMEO CASABONA, "De los Delitos Informáticos al Cibercrimen. Una aproximación Conceptual y Político-Criminal", *El Cibercrimen: Nuevos Retos Jurídico Penales, Nuevas Respuestas Político-Criminales*, Granada, Comares, 2006, p. 27.

[48] EOGHAN CASEY, *op. cit.*, p. 164-166, 174-175.

[49] A não cooperação e colaboração da vítima impede uma melhor avaliação das imperfeições e riscos e o aumento do *know how* das autoridades, da qualidade das medidas de segurança e dos meios de detecção do cibercrime. Contudo, aquela decisão é aprovada por alguma doutrina, como ULRICH SIEBER, "Documentación (...)", *op.cit.*, p. 95; EOGHAN CASEY, *op. cit.*, p. 228, que propõe a criação de uma entidade fidedigna que assegure a privacidade das empresas e dados fornecidos e informando os investigadores de modo a que estes possam melhorar o seu trabalho; *V.* EUROPOL, *op.cit.*, p.27; MAJID YAR, *op. cit.*, p. 14; SALVATORE RESTA, *op. cit., p.* 180-82.

[50] EUROPOL, *op. cit.*, p. 8, 29; ; ROVIRA DEL CANTO, *op.cit*, p. 88.

[51] ANA ISABEL CABO, "Nova lei facilita investigação", Criminalidade Informática, Boletim da Ordem dos Advogados, n.º 65, Abril 2010, p. 31; Todavia, mesmo que o utilizador utilize medidas preventivas ou de protecção estas não são infalíveis, sendo quase impossível *navegar* sem ser alvo de um vírus informático ou dum site comprometido. LINO SANTOS, *op. cit.*, p. 39.

3.1 Transnacionalidade e A-Temporalidade

Como narra Silva Rodrigues, a internet "*tornou-se numa terra de ninguém e numa terra de todos, num tempo de todos e num tempo de ninguém*"[52]. É com o carácter transfronteiriço ou extra-territorialidade da internet que nos apercebemos da dimensão planetária da rede e entramos no mundo virtual global. Através das redes informáticas internacionais o utilizador consegue aliar a quantidade à velocidade, pois são permitidas enormes transferências de dados e informação, por todo o globo, à velocidade de segundos[53]. Com a ausência de fronteiras estaduais desaparece também todo o controlo feito "entre portas" e potencia a criação de um mundo sem lei[54]. O utilizador consegue, no conforto do seu lar, atingir qualquer pessoa em qualquer país. Por exemplo, um pedófilo em Portugal pode vender imagens pornográficas de menores, através de um servidor americano, a todos os países com acesso[55]. A distância continental entre pessoas, dados e serviços reduz-se a um simples clique. Esta característica leva, assim, a um exponencial agravamento dos danos das condutas criminosas, pois podem atingir um número massivo de pessoas e em qualquer lugar que estas se encontrem.

Já com o seu carácter **a-temporal**, ou seja, entre a prática da inicial acção ilícita pelo autor e a sua materialização final através da produção do resultado pode existir uma separação temporal, são possíveis, ataques faseados, "retardados" ou "ao relógio", como também a sua interrupção, suspensão ou anulação fáctica[56]. Esta é uma das características mais apreciadas e aproveitadas pelos criminosos, nomeadamente organizações criminosas, podendo "sob controlo *remoto*" praticar crimes, o que permite um detalhado planeamento[57].

3.1.1 *A deslocalização*

Como refere Dias Venâncio[58] deparamo-nos tanto com uma deslocação criminosa *para* a internet, com uma deslocação criminosa *na* internet. Assistimos, assim, à deslocalização das práticas criminosas *para* a internet, que antes eram cometidas pelos métodos tradicionais e agora valem-se das ferramentas proporcionadas pelo ambiente digital, o que aliado ao carácter anónimo e à aparente impunidade alicia e conduz certas pessoas a consumarem crimes que de outra forma não praticariam.

E também a uma deslocalização na internet, que consiste na deslocalização de conteúdos[59] de um servidor para outro, para fugir às malhas da lei. Deste modo, ao ser detectada uma actividade proibida ou conteúdos ilícitos num determinado *site*, *e-mail*, ou rede social, pelas autoridades onde o servidor se aloja e aquelas obriguem este a bloquear ou a encerrar o ponto emissor, os infractores simplesmente transferem a actividade e/ou os conteúdos para um servidor de outro país[60]. Ora, deste modo, a competência territorial muda, tornando técnica e juridicamente difícil que as autoridades do país A. imponham que os servidores do país B. executem as suas decisões. E logicamente o cibercriminoso vai escolher deslocar os seus conteúdos para um servidor que se localize

[52] SILVA RODRIGUES, *op. cit.*, p. 161.

[53] ULRICH SIEBER, *Legal Aspects (...)*, *op.cit.*, p. 32-33.

[54] A Internet é, na sua génese, anárquica, sendo famosa a proclamação de Perry Barlow: "Governos do mundo industrial, em nome do futuro, pedimos que nos deixem sós. Não são vocês *personas* gratas entre nós. Falta-lhes soberania e legitimidade ética para implantar regras ou métodos. Temos motivos de sobra para temer-lhes. O ciberespaço não se ajusta em suas fronteiras"- Declaração de Independência da Internet em 1996.

[55] Ilustrativo é o exemplo dado por FARIA COSTA, *Direito Penal e Globalização, Reflexões não locais e pouco globais*, Wolters Kluwer, Coimbra Editora, 2010, p. 17, segundo o qual é real a possibilidade de um *hacker* em Portugal entrar no sistema informático de um hospital brasileiro e desligar a monitorização das funções vitais de um paciente, matando-o.

[56] ROVIRA DEL CANTO, *op.cit*, p. 96.

[57] SILVA RODRIGUES, *op.cit.*, p. 242- 244; EUROPOL, *op. cit.*, p. 50-51.

[58] *Op. cit.*, p. 6.

[59] Esta técnica de deslocalização de conteúdos, conhecida por "*mirrors*" ou espelhos, começou como forma de reagir contra as limitações à liberdade de expressão. Esta prática consiste no apelo entre a "comunidade internetiana" para reproduzirem o conteúdo proibido noutras páginas em servidores localizados em países em que tal conduta não é proibida e punível, podendo, devido ao carácter global da internet, ser acedido nos países onde é proibido. Este efeito dominó, em cadeia, leva à difusão incontrolável do conteúdo, perdendo-se o rasto às reproduções e torna-se juridicamente impossível punir os seus actores. *Vide* SOFIA CASIMIRO, *op. cit.*, p. 73-74; PAULO SANTOS, RICARDO BESSA e CARLOS PIMENTEL, *op.cit.*, p. 6-7; e HUGO LANÇA SILVA, *op.cit., p.11.*

[60] Na mesma linha DIAS VENÂNCIO *op. cit.*, p. 6.

num país em que a sua conduta não seja crime ou cuja legislação seja parca ou o favoreça, ou naqueles em que os instrumentos de investigação criminal são deficientes, privilegiando também aqueles que não tenham celebrado acordos de extradição. Estes servidores são os chamados **servidores *off-shore***, "zonas francas" ou "paraísos cibernéticos" e garantem a impunidade aos cibercriminosos[61]. Acusa Sánchez Magro que é necessário responsabilizar os provedores de serviço da internet quanto à identificação e perseguição dos criminosos[62].

3.1.2 *A diversidade de ordens jurídicas e o princípio da territorialidade*

A **diversidade de ordens jurídicas** existentes e a qualificação diferente de ilícito é outro dos problemas, pois leva a que à mesma infracção sejam aplicadas sanções diferentes, ou mesmo que uma conduta seja crime num país e noutro não, o que leva à deslocalização.

Apesar da internet ser internacional, quando um crime é praticado temos de determinar qual a lei aplicável. Ora, no caso do cibercrime coloca-se a dúvida de saber se aplica a lei do país onde está o servidor utilizado pelo infractor, onde o infractor praticou a infracção, onde reside o infractor, ou onde o(s) resultado(s) da sua conduta é(são) produzido(s), o que se pode verificar em diversos países. O enquadramento do cibercrime tem vindo a ser feito na problemática dos ***delitos à distância***, ou seja, o lugar onde o autor cometeu o crime é diferente do lugar onde o resultado é produzido. Neste contexto a aplicação do princípio da territorialidade[63] puro levaria a grandes limitações e ineficácia da investigação e julgamento destes crimes[64].

A aplicação no espaço da lei penal portuguesa e competência dos tribunais portugueses tornou-se mais clara com o art.º 27.º da Lei n.º 109/2009, de 15 de Setembro. Segundo o citado artigo, salvo tratado internacional, a lei penal portuguesa é aplicável aos factos cometidos por Portugueses, se não lhes for aplicada outra lei penal; aos fisicamente praticados em território português ou que visem sistemas informáticos localizados em território português; e também cometidos em benefícios de pessoas colectivas com sede em território português (n.º 1). Em caso de conflitos de jurisdição positivos entre Estados membros a decisão cabe aos órgãos e mecanismos instituídos da União Europeia (n.º 2). A decisão de aceitação ou transmissão do procedimento deve ser tomada tendo em conta o local da prática dos factos, a nacionalidade do autor e o local onde este foi encontrado (n.º 3).

3.2 Permanência, Automatismo e Repetição

A **permanência** do facto é considerada a característica preponderante na ajuda à comissão do crime e determina o carácter automático e repetitivo da conduta criminosa, levando ao aumento exponencial dos danos. Manipulado o programa informático ou alterada a base de dados,

[61] Estabelecemos o paralelo com a afirmação de MARIA JOSÉ MORGADO, "Criminalidade Global e insegurança Local, Um caso, Algumas questões", Colóquio Internacional: Direito e Justiça no Século XXI, Coimbra, 2003, p. 10, em http://www.ces.uc.pt/direitoXXI/comunic/MariaJoseMorgado.pdf, p. 11, quando refere que o mundo é "*tornado pequeno demais pela Internet, e grande demais pelos paraísos fiscais*". Um dos paraísos cibernéticos mais conhecidos, nomeadamente no caso do *worm* "*I Love You*" (2000) são as Filipinas, visto não terem legislação sobre "*computer hacking*". *Vide* MAJID YAR, *op. cit.*, p. 2-3; SILVA RODRIGUES, *op. cit.*, p. 239; LINO SANTOS, *op. cit.*, p. 38; JOEL PEREIRA, *Compêndio Jurídico Sociedade da Informação*, Quid Juris, Lisboa, 2004, p. 500.

[62] SÁNCHES MAGRO, *op. cit.*, p. 286.

[63] A maioria dos países, no qual se inclui Portugal, rege-se pelo *princípio da territorialidade* (atenuado por outros princípios), ou seja, aplica-se a lei do território onde foi cometida a infracção. Contudo, a transnacionalidade das condutas criminosas levanta problemas quanto à competência internacional em matéria de litígios relativos à internet.

[64] Para a determinação do lugar onde se deve considerar cometido o crime com vista à determinação de qual território é a lei penal aplicável são defendidas três tipos de teorias: a teoria da acção, a teoria do resultado e a teoria da ubiquidade. Segundo a ***teoria da ubiquidade*** é aplicável um critério misto, ou seja, tanto se considera praticado o crime no lugar em que a acção criminosa teve lugar, ou no caso dos crimes por omissão, o lugar em que o autor deveria ter agido (teoria da acção), como no lugar onde se produziu o resultado (teoria do resultado). Este critério é o seguido em alguns países, de forma a que os delitos à distância não escapem impunes nas falhas de jurisdição, contudo, também pode provocar alguns riscos como o de conflitos de jurisdição, ou colocar em causa tradições politico-criminais e jurídico-constitucionais. *Vide* MATA Y MARTÍN, *op. cit.*, p. 231-234; SÁNCHES MAGRO, *op. cit.*, p. 282-283.

em cada novo acesso o computador repete automaticamente o comando criminoso realizado pelo autor, tornando a comissão permanente[65]. O carácter **automático** e repetitivo inerente aos computadores e sistemas informáticos aliados à sua velocidade e instantaneidade leva à multiplicação ilimitada da acção criminosa, atingindo, deste modo, um número indeterminado de pessoas[66]. A possibilidade de **repetição** favorece a reiteração, quase irresistível, na comissão, pois o infractor após detectar uma falha ou uma brecha na segurança, vai continuar a aproveitar-se dela quando bem entender[67].

3.3 Anonimato

Inegavelmente o anonimato, a camuflagem ou o uso de identidade falsa é a característica mais aliciadora, tentadora e propulsora para a iniciação da prática criminosa na internet. É, também, a característica mais assegurada, recorrendo os infractores mais especializados ou as organizações através deles a técnicas que lhes permitam ocultar ou dissimular a sua identidade e as suas condutas, como a técnica de *spoofing*[68], programas de anonimização e codificação, que diariamente são aperfeiçoados e transformados. Para além de se assegurar o anonimato do autor também se pode ocultar a própria informação através de mecanismos de cifra forte ou de encriptação, como a estenografia, e outros disponíveis gratuitamente na rede[69]. Podem, assim, os cibercriminosos diminuir ou eliminar o risco de serem descobertos ou condenados, apagando todas as provas do ciberrastro[70].

O **anonimato** é muito apreciado nas redes, poder navegar, visitar e conversar sem ter de se identificar. Contudo, este anonimato quando sai do âmbito do direito à reserva da vida privada e entra na impossibilidade de punição dos actores dos actos ilícitos é abdicável[71].

3.4 Alta Tecnicidade

O elevado grau de tecnicidade do cibercrime favorece o anonimato, muitos dos dados estão protegidos por programas de encriptação e palavras passe de modo a barrarem o acesso a terceiros. Ora, a sua descodificação e manipulação de programas, a busca do rasto das operações informáticas e de toda a trama maliciosa, a identificação do infractor, e a recolha de provas digitais aceitáveis em julgamento impõem uma **alta tecnicidade** ao investigador, dificultando tanto a investigação como a prova[72], o que aumenta a probabilidade de impunidade.

3.5 Disseminação e Potenciação dos Danos

A extensa e alta lesividade provocada pelos crimes informáticos ultrapassa em muito a dos crimes tradicionais. Tal deve-se à sua *rentabilidade*, pois o investimento é mínimo em relação ao lucro ou benefício que daí poderá advir, à economia de esforço permitida pelo automatismo e ao potencial elevado número de vítimas que a transnacionalidade faculta. Ao que se junta a disseminação e multiplicação dos efeitos lesivos, através do "efeito cascata" ou do "efeito dominó", consequência da interligação de todos os sectores da sociedade à rede[73]. Por vezes, os danos

[65] ULRICH SIEBER, "Criminalidad Informática (...)", *op.cit.*, p. 29-30; ROVIRA DEL CANTO, *op.cit*, p. 78-79.

[66] SILVA RODRIGUES, *op. cit.*, p. 231 e ss.

[67] ULRICH SIEBER, "Criminalidad Informática (...)", *op.cit.*, p. 29. A configuração destas condutas é para alguma doutrina enquadrada na figura do crime continuado, recorrendo à Parte Geral do Código Penal, enquanto para outros são modalidades de acções criminosas de comissão instantânea e de efeitos permanentes. ROVIRA DEL CANTO, *op.cit*, p. 78-79.

[68] O *spoofing* é uma técnica ilícita para aceder a um determinado sistema, fazendo-se passar por outro computador da rede, este sim com acesso autorizado.

[69] LINO SANTOS, *op. cit.*, p. 38.

[70] ROVIRA DEL CANTO, *op.cit*, p. 82. SILVA RODRIGUES, *op. cit.*, p. 228. LINO SANTOS atribui a existência do anonimato quer a "*deficiências técnicas – também chamadas de vulnerabilidades de desenho – nos protocolos e aplicações que suportam as comunicações pela Internet, quer pela falta de regulamentação no acesso*", em o*p. cit.*, p. 38.

[71] SOFIA CASIMIRO, *op. cit.*, p. 77.

[72] SILVA RODRIGUES, *op. cit.*, p. 237.

[73] ROVIRA DEL CANTO, *op.cit*, p.80; SILVA RODRIGUES, *op.cit.*, p. 235. Como já referimos, um dos crimes que provoca descomunais

individuais são insignificantes, os chamados "delitos de bagatela". Contudo, esta diminuta quantia pode atingir quantias astronómicas se somados os prejuízos de todas as pessoas vítimas, afectando inclusive os sistemas informáticos e a segurança e fiabilidade na informação e nos dados[74], sendo o exemplo mais flagrante a *salami technique* ou a "técnica do salame"[75].

A mesma lógica seguem os *danos morais*, quando o prejuízo não é exclusivamente económico e se atinjam bens como a honra, a intimidade privada ou a imagem. Uma mensagem com conteúdos ilícitos na internet pode ter consequências devastadoras e irreparáveis, como por exemplo uma mensagem de cariz difamatório ou racista.

Defende alguma doutrina como resposta a criação de crimes de perigo ou risco quando a segurança e fiabilidade da informação, dos dados informáticos e dos sistemas informáticos esteja em causa, não devendo a quantia do prejuízo económico determinar a existência do crime em si, a sua consumação ou a execução, nem mesmo como atenuante, só devendo ser atendido para efeitos de qualificação ou agravação do tipo[76].

A denominada ***cifra negra*** ou obscura consiste na quantidade de crimes que não são levados ao conhecimento das autoridades, sendo este número extremamente elevado. Deste modo, não podemos ter conhecimento da realidade do cenário criminoso, o que impossibilita o conhecimento do efectivo número de crimes, o seu estudo, estatística, e reclamação de meios de prevenção e combate[77]. A elevada cifra negra neste tipo de criminalidade tem como causas a falta de denúncia, a grande tecnicidade, a deficiente segurança, a falta de meios de detecção e controlo adequados, a falta de prevenção e a diminuta percentagem de detecção e condenação. Tal leva ao nascimento de um sentimento de impunidade em relação a estes crimes, a que se junta a absorção da criminalidade informática pelos crimes tradicionais levando a que os primeiros não apareçam nas estatísticas[78].

4- As Dificuldades de Investigação do Cibercrime

4.1 Os Problemas

A dificuldade de *prevenção*, *investigação*, *perseguição*, *comprovação* e *punição*, sendo uma característica do cibercrime, é também a consequência de todas as outras características, sendo estas que a geram. As referidas características facilitam a comissão do crime e ao mesmo tempo dificultam a sua investigação e perseguição judicial[79].

São apontados como principais problemas na investigação a falta de legislação adequada, a falta de metodologia no tratamento da especificidade deste crime, a interoperatividade dos sistemas, e a lentidão da cooperação e falta de partilha de informações tanto entre entidades nacionais diferentes como ao nível internacional[80]. A elevada tecnicidade e especialidade destes crimes, aliada ao crescente elevado número de processos e de dados a rastrear, leva a uma elevada morosidade e a encargos económicos e de gestão insustentáveis[81]. Investigações em crimes, como o tráfico de pornografia infantil na internet[82], esbarram com a

perdas monetárias é o *phishing*, estando este fenómeno cada vez mais ligado à criminalidade organizada. *V.* EUROPOL, *op. cit.*, p. 28-29.

[74] ROVIRA DEL CANTO, *op.cit*, p. 81.

[75] Usando esta técnica são desviadas quantias diminutas, mesmo cêntimos, de diversas contas bancárias para a do infractor. No entanto, parecendo tratar-se apenas de cêntimos, não havendo grande prejuízo, se essa operação for feita a milhares de pessoas o prejuízo já é muito avultado. O criminoso informático consegue assim uma fonte gigantesca e ilimitada de dinheiro, e as suas pequenas transferências passam despercebidas aos legítimos titulares das contas e às entidades bancárias.

[76] ROVIRA DEL CANTO, *op.cit*, p. 82; SILVA RODRIGUES, *op.cit.*, p. 236.

[77] SALVATORE RESTA, *op. cit., p.* 180-182.

[78] SÁNCHES MAGRO, *op. cit.*, p. 267; ROVIRA DEL CANTO, *op.cit*, p. 88-93.

[79] ROMEO CASABONA, *op. cit.*, p. 3.

[80] EUROPOL, *op. cit.*, p. 24.

[81] ULRICH SIEBER, "Criminalidad Informática (...)", *op.cit.*, p. 32-33; SÁNCHES MAGRO, *op. cit.*, p. 266.

[82] Este crime cada vez mais rentável desemboca em tráfico de seres humanos, imigração ilegal, turismo sexual, lavagens de dinheiro, extorsão, prostituição e abuso sexual de crianças (*«grooming»)*. Técnica muito usada pelos pedófilos consiste na auto-

falta de recursos técnicos e humanos necessários à vasta análise, despistagem, descodificação dos dados, nomeadamente de fotografias e vídeos que estão encriptados ou dissimulados e à identificação e localização tanto dos criminosos como das vítimas[83].

A estas dificuldades junta-se a transnacionalidade que leva a que a cena do crime se estenda por todo o globo, sendo extremamente complexo deslindar o *cibertrail* ou rasto cibernético que se pode alastrar pelos cinco continentes[84]. O *inter criminis* de um cibercrime é muito enleado e elaborado, pois em regra os actos digitais são praticados em diversos pontos, o que envolve vários países e consequentemente diferentes jurisdições.

A ciberinvestigação centra-se, em primeiro lugar, na análise dos dados de tráfego, de modo a localizar a origem da comunicação, ou seja qual o IP (*Internet Protocol)* de origem[85] e a que usuário está esse IP vinculado[86]. Para tal é necessário o acesso ao registo dos ficheiros históricos – *logs* - com ele relacionado e arquivados pelos ISPs (*Internet Service Providers*)[87], cuja colaboração, intervenção e responsabilização é decisiva. Há que desenlear esta cadeia lógica. Identificado o ponto emissor, identifica-se o IP, que poderá estar alojado num domicílio ou local de trabalho[88], mas também num local público. Em seguida a investigação dirige-se na análise do localizado sistema informático, buscando provas da prática da infracção. Mas tal tarefa é extremamente complexa porque para além dos procedimentos técnicos, os investigadores ainda têm de se deparar com programas de anonimização, codificação e anti-rastro, e com a falta de controlo e identificação dos usuários nas empresas e principalmente em locais públicos como cibercafés, universidades ou bibliotecas. De referir que mesmo chegando aos dados de tráfego, estes são insuficientes, mas contêm sempre em si elevados vestígios, a informação só estaria completa com os dados de base e dados de conteúdo mas o acesso a estes, porque compreendem dados pessoais, é restrito e especificamente determinado na lei.

É vital assegurar a viabilidade e aceitação da ***prova digital***[89] em julgamento, assegurando a comprovação dos elementos constitutivos do tipo legal respectivo, pois se a prova não for válida a melhor das investigações será inútil. Para tal é necessário que o acesso, recolha, conservação e análise da prova forense seja sempre efectuado

instalação de um programa tipo *troyano*, de modo a criar a dúvida se foi ele a cometer o crime ou outro usuário remoto. SALOM CLOTET, *op. cit.*, 128.

[83] A que agrava o facto dos cibercriminosos estarem a ficar cada vez mais sofisticados, experientes e poderosos devido à troca e venda planetária de informações e conhecimentos entre eles. Um dos recentes métodos usados para evitar a detecção é a *"splitting technique"*, que consiste na divisão de tarefas entre cibercriminosos de várias partes do globo, que são especialistas em determinada área. EUROPOL, *op. cit.*, p. 24, 28; PINÓS FERNÁNDES, *op. cit.*, p. 236. Aqui o que ajuda bastante o investigador é a vaidade do cibercriminoso que deixa a sua marca, o que proporciona linhas de investigação que permitem a sua identificação, como afirma SALOM CLOTET, *op. cit.*, p. 113. As Organizações criminosas são muito bem organizadas e flexíveis, mudando imediatamente de tácticas e técnicas de exploração ilícita da tecnologia quando detectadas pelas autoridades. Muito utilizados por estas Organizações são o *phishing*, o *carding*, o tráfico destes dados e o roubo de identidade, que são efectuados sempre de países distantes e não cooperantes, o que torna crítico traçar o rasto do dinheiro e respectiva imputação. *V.* EUROPOL, *op. cit.*, p. 25, 27.

[84] Como afirma SILVA RODRIGUES (*op.cit* p. 245): "*o rasto cibernético criminoso galga, sem pedir autorizações, as fronteiras de diversos Estados soberanos*". O parlamento sul-coreano indicou que os recentes ciberataques feitos esta semana contra o país foram provenientes de 89 endereços IP de 16 países, incluindo os EUA, o Japão e a China, em http://tsf.sapo.pt/PaginaInicial/Internacional/Interior.aspx?content_id=1304530, 10.07.2009.

[85] A forma utilizada para chegar até ao agente é fazer o percurso ao contrário, ou seja, desde o computador da vítima (ponto receptor) até ao computador do agente (ponto emissor) – *método reversivo*.

[86] É de sublinhar que o usuário poderá não ser o titular do IP. SALOM CLOTET, *op. cit.*, p. 111 e ss, sistematiza a investigação em três fases: a *fase prévia*, na qual se determina o facto e delito; a *fase da investigação*, com vista a determinar quem cometeu o crime e como o cometeu; e a *fase incriminatória* em que se obtém e assegura as provas do crime.

[87] Como refere STEPHEN W. COGAR, *Obtaining admissible evidence from computers and internet service providers*, The FBI Law Enforcement Bulletin, 2003, em http://www2.fbi.gov/publications/leb/2003/july03leb.-pdf: "*The best source for learning the identity of anonymous persons who Access the Internet is through their ISP*"; MELGAREJO LÓPEZ, "Investigación Criminal y Proceso Penal: Las Directrices de la Propuesta del Consejo de Europa sobre *Cyber-Crime* y de la Directiva del Comercio Electrónico", Contenidos ilícitos y responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet, Aranzadi, 2002, p. 250-252 e 258-264.

[88] Como esclarece PINÓS FERNÁNDES, "Cuestiones Procesales Relativas a la Investigación y Persecución de Conductas Delictivas en Internet", Contenidos ilícitos y responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet, Aranzadi, 2002, p. 240.

[89] A prova digital é constituída por dados de tráfego, dados de base e dados de conteúdo e tem como características ser temporária, frágil, alterável, volátil, imaterial, complexa ou codificada/encriptada, dispersa, dinâmica e mutável. *Vide* SILVA RODRIGUES, *op.cit.*, p. 724-729.

com procedimentos específicos, de modo seguro e expedito, mantendo a sua autenticidade, integridade e conformidade à lei[90], competindo essa tarefa a especialistas com conhecimentos técnico-científicos, para evitar contaminações que levarão à sua inutilidade[91]. A prova digital não é igual à tradicional, sendo vital a sua rápida e precisa recolha, se não em tempo real, pelo menos em tempo útil, devido ao seu carácter temporário e volátil, de modo a evitar a sua destruição[92]. Esta é uma guerra perdida sem a colaboração expedita e cooperação estreita dos ISPs, que só são obrigados a preservar determinadas categorias de dados e por um tempo limitado[93].

[90] EOGHAN CASEY, *Op. cit.*, p. 226-227. O mesmo autor propõe um "*digital evidence map*" que indique onde a prova se encontra na rede, por quanto tempo irá lá permanecer e quais os procedimentos para a recolher de modo seguro e expedito mantendo a sua autenticidade, integridade e conformidade à lei e afirma que "*investigators require detailed information about digital evidence to help them recognize, collect, document, preserve, classify, compare and individualize it*" (p. 227). Já DELLA VECCHIA PEREIRA, "Investigação Digital: conceitos, ferramentas e estudo de caso", em http://www.infobrasil.inf.br/userfiles/26-05-S5-2-68766-Investigacao%20Digital.pdf, expõe-nos duas metodologias que conforme o tipo de crime digital em causa devem ser escolhidas pelos peritos, a metodologia ***Live Forensic***, que consiste na investigação do equipamento ainda em funcionamento, permitindo a aquisição de informações voláteis e a metodologia ***Post Mortem Forensic*** em que a análise é realizada após o equipamento ser desligado. Nos EUA a *Scientific Working Group on Digital Evidence* elaborou um documento informativo dos procedimentos a tomar quanto à prova digital – *Best Practices for Computer Forensics* (em http://www.oas.org/juridico/sp-anish/cyb_best_pract.pdf, version 2.1, July 2006. Na lógica de que o computador não é apenas o meio de cometer um crime, mas fornece também elementos de prova essenciais de um crime, a União Europeia criou o projecto CTOSE (*Cyber Tools On-Line Search for Evidence: Outils de recherche de preuves électroniques*) e o C*CAT (*Cyber-Crime Adviser Tool)*, *v.* SILVA RODRIGUES, *op.cit.*, p. 729-731.

[91] A sua validade depende do cumprimento das regras ao nível "do seu acesso, recolha, armazenamento, transferência, preservação ou apresentação/repetição", em SILVA RODRIGUES, *op.cit.*, p. 727-729. O referido autor defende um modelo de investigação forense digital gizado – *Modelo Dinâmico-Reversivo (op.cit*, p. 194 e 524 e ss.); Ver também PINÓS FERNÁNDES, *op. cit.*, p. 246.

[92] Como nos alerta PINÓS FERNÁNDES, *op. cit.*, p. 246, nota 38, "*No hay que olvidar que cualquier manipulación, por pequeña que sea, altera el contenido de un ordenador, ya sea en los ficheros de registro del sistema operativo o de outro tipo, sin olvidar la posibilidad de que el usuario haya colocado las trampas que haja creído oportunas para destruir determinada información en caso de acceso no autorizado*". Porque como refere ULRICH SIEBER, *in Legal Aspects (...)*, *op.cit.*, p. 100: "*Due to these new technical developments and to the growing use of computers in all areas of economic and social life, courts and prosecution authorities depend to an increasing extent on evidence stored or processed by modern information technology*".

[93] Quanto a esta matéria *v.* a Lei 41/2004, a Directiva n.º 2002/58/CE, de 12 de Junho, a Directiva 2006/24/CE, de 15 de Março, a Lei n.º 31/2008, de 17 de Julho, a Lei 32/2008, de 17 de Julho, a Portaria n.º 469/09, de 6 de Maio. Quanto à responsabilização dos prestadores de serviço *v.* Directiva 2000/31, de 8 de Junho, o Decreto-Lei n.º 7/2004, de 7 de Janeiro.

4.2 Algumas soluções

Para fazer frente aos *cyber*-attacks de grande escala contra as C*ritical Information Infrastructures* (CIIs), a Comissão Europeia propõe um plano de acção, contra os *cyber*-attacks de grande escala, baseado em cinco pilares: Preparação e prevenção, recorrendo às equipas de Resposta de Emergência (CERTs - C*omputer Emergency Response Teams*[94]) com o apoio da ENISA[95]; Detecção e resposta, desenvolvendo a *European Information and Alert System* (EISAS); Mitigação e recuperação, através de simulações e de uma forte cooperação entre CERTs; Cooperação internacional; e, por fim, estabelecer critérios para *European Critical Infrastructures* no sector das TIC (Tecnologias da Informação e Comunicação)[96].

a) Prevenção - a melhor arma para detectar, evitar, combater e mitigar os efeitos do cibercrime é a informação, a consciencialização, a prevenção e a preparação, aumentando a *literacia informática.* A prevenção deve ser feita através de sensibilização, seminários, campanhas públicas ou privadas, direccionadas à totalidade da população ou a um determinado grupo de risco, alertando os utilizadores dos riscos e perigos da internet e de

[94] A nível nacional a FCCN (Fundação para a Computação Científica Nacional), através do seu serviço CERT.PT tem vindo a promover e formar novas CSIRT *(Computer Security Incident Response Team*), tendo uma grande experiência no tratamento, coordenação e resposta a incidentes de segurança informática, como nos é dito no seu *site*: http://www.cert.pt/index.php/pt/institucional/enquadramento-e-motivacao.

[95] Agência Europeia para a Segurança das Redes e da Informação visa o reforço das capacidades da UE, dos Estados-membros e do sector das empresas no que diz respeito à prevenção, resposta, assistência, aconselhamento e gestão de problemas ligados à segurança das redes e da informação. V*ide* Regulamento (CE) n.º 460/2004 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 10 de Março de 2004, que cria a Agência Europeia para a Segurança das Redes e da Informação, em http://europa.eu/legislation_summaries/Information_society/l24153_pt.htm.

[96] Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions of 30 March 2009 on Critical Information Infrastructure Protection - "Protecting Europe from large scale cyber-attacks and disruptions: enhancing preparedness, security and resilience" [COM(2009) 149 final- Not published in the Official Journal], *in* http://europa.eu/legislation_summaries/information_society/si0010_en.htm. Nesta Comunicação somos alertados de que o *World Economic Forum* previu, em 2008, uma probabilidade de 10 a 20% de um *ciber-ataque* de grande escala nos próximos dez anos, que ascenderá a prejuízos de USD 250 biliões.

como se podem proteger, criando formas de ajuda e acompanhamento, mas também passa pela informação, bom senso e uso responsável de cada utilizador[97]. A prevenção do crime informático deve, assim, ser feita tanto pelas empresas através da tomada de consciência do problema e da imprescindibilidade das medidas de segurança, como pela informação às potenciais vítimas das técnicas de manipulação e seu encobrimento[98].

A outro nível, a aposta deve ser feita no apoio tecnológico e financeiro à investigação e desenvolvimento na área da segurança e em medidas de protecção, como o uso de *passwords* e em técnicas de protecção, ou de adopção de tecnologias que autentiquem o utilizador, o uso de assinaturas digitais, *back-ups* systems, filtros, a obrigação de identificação real por detrás dos *nicks* e pseudónimos, entre outras soluções técnicas que assegurem a segurança e fiabilidade nas comunicações[99].

Nesta tarefa, o sistema educativo, o governo, empresas de informática, comunicação e segurança independentes e os ISPs têm um papel fulcral no desenvolvimento de soluções técnicas e na criação de infra-estruturas seguras, assim como na informação e educação dos utilizadores[100]. Essencial é, também, a investigação e o estudo detalhado dos factores criminógenos, de modo a poder antever e assim prevenir o desenvolvimento de novas formas de cibercrime, tomando medidas eficazes no seu combate. Uma efectiva protecção impõe o conhecimento das causas e origens do cibercrime, *"a identificação das ameaças, a redução das vulnerabilidades, minimizando os danos e o tempo de reacção"*[101].

b) Multidisciplinaridade - as técnicas de investigação e perseguição criminal de crimes cibernéticos têm de se apoiar noutras ciências, como a engenharia e tecnologia informática, a psicologia criminal, a sociologia, a ciência forense criminal, entre outras, pois só desta forma se poderá cimentar a *Ciência Forense Digital*[102]. É essencial que o investigador digital se faça acompanhar de especialistas na área, que dominem as redes e as técnicas, pois só assim poderá interceptar, interpretar e conservar apropriadamente os dados.

c) Formação e recursos adequados aos profissionais - o sucesso da investigação depende da formação e treino especializado das autoridades policiais, judiciárias, advogados e restantes operadores jurídicos e funcionários[103]. Afigura-se urgente a criação de polícias especializadas - os previstos *cibercops*, *"electronic police patrols"*[104] ou *Task Forces especializadas* [105] - com elevados

[97] EUROPOL, *op. cit.*, p. 30-31; SILVA RODRIGUES, *op.cit.*, p. 238. Não são só os chamados utilizadores privados que não estão suficientemente informados acerca dos perigos da sociedade da informação que não se previnem contra os cibercrimes ou que desconhecem quais as medidas de protecção que devem usar, também, as empresas e indústrias, os governos e os políticos e quase todos os ramos da nossa sociedade pecam neste conhecimento. *Vide* ULRICH SIEBER, *Legal Aspects (...)*, *op.cit.*, p. 207. Como refere CARLOS GAMEIRO, "O Risco da Informação em Ambiente Electrónico", Estudos de Direito e Segurança, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Almedina, 2007, p. 135: "O atingir dos objectivos de protecção, passa por uma política concertada entre o Estado, as organizações e o cidadão/utilizador.

[98] Para alguns a descrição detalhada das técnicas de sabotagem é prejudicial porque deste modo se estaria a ensinar futuros cibercriminosos. Contudo, tal é essencial para alertar as vítimas que não estando familiarizadas com estas técnicas ficam expostas e desprotegidas perante os ataques maliciosos. E também é manifesto que estas técnicas já são conhecidas e dominadas entre a comunidade de piratas informáticos e aqueles que se querem iniciar neste caminho têm muitos sites, livros e revistas especializados que ensinam a técnica em pormenor, inclusive com o auxílio de *hackers* experientes, é o caso do "*Jargon File*" e do "*The Hacker´s Dictionary*". *Vide* EUROPOL, *op. cit.*, p. 13; ULRICH SIEBER em "Criminalidad Informática (...)", *op.cit.*, p. 34 e em "Documentación (...)", *op.cit.*, p. 77.

[99] ULRICH SIEBER, *Legal Aspects (...)*, *op.cit.*, p. 201-202. Para atingir esse objectivo é necessário ter em conta o custo financeiro das medidas de segurança, pois nem todos os utilizadores têm essa capacidade de investimento.

[100] *IDEM,* p. 203-204. PEDRO VERDELHO defende que a via mais eficaz consiste na "definição de boas práticas, não obrigatórias, que confiram fiabilidade e segurança aos ISP, levando os utilizadores a optar por aqueles que lhes ofereçam mais garantias" (em "Cibercrime e segurança informática", *op. cit.*, p. 169).

[101] CARLOS GAMEIRO, *op. cit.*, p. 132.

[102] SILVA RODRIGUES, *op.cit.*, p. 229.

[103] ULRICH SIEBER, "Criminalidad Informática (...)", *op.cit.*, p. 33; EOGHAN CASEY, *op. cit.*, p.223. Em Portugal, é da competência reservada da **Polícia Judiciária**, em todo o território, a investigação da criminalidade informática.

[104] ULRICH SIEBER, *Legal Aspects (...)*, *op.cit.*, p. 103 e ss.

[105] COM/97/0157: *"Um problema cada vez mais preocupante é o aparecimento dos cibercrimes, como lavagem electrónica de dinheiro, jogos a dinheiro ilegais, intrusão maliciosa e violação dos direitos de autor. Na Europa (Europol), bem como no contexto internacional mais vasto (P8) foram criadas Task Forces especializadas e foi reforçada a cooperação*

conhecimentos científicos, técnicos e forenses na área. Vaticina Lopes Rocha que "*a polícia do futuro muito próximo vai ser metade humana, metade robô*" e que quanto "*aos tribunais, há escolhas a fazer: especialização e carreiras novas*" [106].

Capital é também a existência de apoio financeiro e de recursos técnicos, humanos e monetários, sendo este o "calcanhar de Aquiles" em relação às poderosas Organizações Criminosas, com acesso à tecnologia de ponta. Só através do conhecimento do funcionamento da rede e do domínio do ciberespaço se poderá fazer uma perseguição em tempo real, diminuir o tempo de busca, e realizar uma correcta recolha de prova digital que permita a condenação dos infractores.

d) Regulação internacional – a uniformidade legal internacional tanto a nível substantivo como processual permite uma maior compreensão e operacionalidade entre as autoridades dos diferentes Estados. É exigido ao legislador uma grande capacidade de previsão, adaptação e acompanhamento dos desenvolvimentos técnicos[107] e da multiplicação de condutas criminosas, que se desenrolam a uma velocidade não compatível com a técnica legislativa. Só com quadros normativos similares[108], a cooperação internacional será verdadeiramente eficaz, extinguindo-se os "paraísos cibernéticos". Sendo de referir a inabdicável conformidade com a protecção dos direitos humanos assegurada nas diversas Convenções e legislações[109]. Neste âmbito seria de extrema importância a ratificação da Convenção sobre o Cibercrime pelo maior número de países.

Todavia, a legislação não deverá ser somente criminal, devendo inclusive apoiar-se na lei civil e administrativa, que por vezes se torna bem mais eficaz[110]. Apoiada é também a criação de códigos de conduta ou regras informais, a chamada *soft law*.

e) Comunicação, cooperação e coordenação internacionais - A decifração desta problemática assenta na seguinte imposição: "*para combater uma rede é preciso responder com uma rede*"[111], ou seja, é necessária uma rede com vários pontos de contacto que dê o alerta de emergência e uma resposta rápida e eficaz, diminuindo os tempos de resposta e o agravamento dos danos. Os autores são unânimes na solução apresentada para combater estes crimes e tal passa incontornavelmente pela cooperação internacional, a exemplo do Acordo *Shengen*, da Rede Judiciária Europeia, da Eurojust ou da Europol[112], que deve ser feita tanto a nível estatal e das autoridades policiais e judiciais, como pelas empresas e entidades privadas, nomeadamente a indústria de comunicação, ou organizações[113]. O ideal será a comunicação, a interligação próxima, a entreajuda operacional através da partilha de informações, *know how*, e a articulação em tempo real entre todas estas entidades, ao nível internacional[114].

A resposta a ataques coordenados e de grande envergadura, cometidos contra infra-estruturas nacionais de informação, só é possível com uma colaboração global, tal foi evidente no caso da Estónia que só com a conjugação de esforços de

operacional transfronteiras em áreas fundamentais como a "caça" em tempo real e da "busca e apreensão" de elementos de prova digitais."

[106] *Op. cit.,* p. 33.

[107] LINO SANTOS, *op.cit.*, p. 38.

[108] PEDRO VERDELHO, "A nova Lei do Cibercrime", Lei n.º 109/2009, Boletim da Ordem dos Advogados, n.º 65, Abril 2010, p. 34. A inexistência de harmonização dos tipos legais dificulta em muito a cooperação, exemplo disso é a punição do facto somente quando houver prejuízo patrimonial nos E.U.A.

[109] Como a Declaração Universal dos Direitos do Homem, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem ou a Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais.

[110] ULRICH SIEBER, *Legal Aspects (...)*, *op.cit.*, p. 198.

[111] HILLAR AARELEID, responsável pelo CSIRT da Estónia, *apud* LINO SANTOS, *op.cit.*, p.41. *Vide* nota 38.

[112] ROMEO CASABONA, *op. cit.*, p. 61-64; SOFIA CASIMIRO, *op. cit.*, p. 76; LINO SANTOS, *op.cit.*, p. 39.

[113] Exemplo desta visão no sector empresarial internacional é a criação por líderes empresarias mundiais do *GBDe – Global Business Dialogue on Electronic Commerce*, que consiste numa rede de políticas de desenvolvimento da economia *online*. PEDRO VERDELHO, "Cibercrime e segurança informática", *op. cit.*, p. 166.

[114] Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho e ao Comité das Regiões - Rumo a uma política geral de luta contra o cibercrime [COM(2007) 267 final – não Publicada no Jornal Oficial], *in* http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/fight_against_organised_crime/l14560_pt.htm; EUROPOL, *op. cit.*, p. 25-26.

equipas de segurança (CSIRT) e de ISPs internacionais foi possível superar a situação. Um Estado isolado não teria meios técnicos nem humanos para controlar e por termo a um ciber-ataque de grande dimensão[115]. A este nível, é essencial a criação de pontos de contacto, quer ao nível estatal ou privado, de equipas internacionais de resposta a emergências e de medidas tecnológicas de protecção e de segurança[116], que assegurem a mútua colaboração, assistência e repressão internacional no combate eficaz ao cibercrime. A cooperação e a colaboração são vitais não só para o combate a ataques globais, mas também à complexa prevenção, detecção, perseguição, comprovação e repressão deste tipo de crimes, porque o "*crime moveu-se da esfera local para a transnacional ou global e é necessário acompanhá-lo nessa viagem*"[117]. Deve, pois, ser combatida com as mesmas armas, ou seja, aproveitando as ferramentas oferecidas pela Sociedade da Informação na prevenção, investigação, prova e repressão da conduta ilícita[118].

f) Outras: outras propostas vão no sentido da atribuição de funções de ordenação e sancionamento aos ISPs, exigindo-se para o acesso a aceitação de códigos de conduta predefinidos, da arbitragem por magistrados virtuais dirimindo conflitos entre os utilizadores, da criação de Tribunais *ad hoc* ou de Tribunais Internacionais com uma única legislação aplicável e com uma só jurisdição, ou por alternativas extrajudiciais, como os mecanismos de solução extrajudicial de conflitos[119].

5 Possíveis Soluções Político-Criminais, em especial, o Direito Penal do Risco

5.1 O Direito Penal do Risco

A discussão em torno da "**Sociedade do Risco**" apareceu nos anos 80 relativamente aos perigos tecnológicos, como os industriais, os nucleares, os ambientais e a manipulação genética. Foi Ulrich Beck que se debruçou sobre o estudo da Sociedade do Risco, sendo um dos primeiros a reconhecer o estranho paradoxo de que o risco pode ser aumentado com o desenvolvimento e progresso da tecnologia, ciência e industrialismo, ao contrário do que seria esperado[120]. Os chamados novos riscos estão directamente relacionados com o fenómeno da globalização e com a insegurança derivada dos desenvolvimentos técnico-científicos. São infligidos ou potenciados por decisões humanas não intencionais, são transfronteiriços, ubiquitários, transgeracionais, imprevisíveis, indetectáveis, invisíveis, inseguráveis, incalculáveis, dinâmicos, complexos, têm uma dimensão social, desenvolvendo-se e transformando-se técnico-socialmente muito rápido, e escapam ao

[115] LINO SANTOS, *op.cit.,* p. 36, 38.

[116] ULRICH SIEBER *op. cit.*, p. 68.

[117] SILVA FERNANDES, *op. cit.*, p. 109.

[118] ULRICH SIEBER refere que "*the most effective means against illegal actions in the field of computer crime are technical and organizational safety measures", em Legal Aspects (...)*, *op.cit.*, p. 208; ROMEO CASABONA, *op. cit.*, p. 68.

[119] CLAUS ROXIN, *Pasado, presente y futuro del Derecho Procesal Penal*, Colección Autores de Derecho Penal, Rubinzal – Culzoni Editores, 2007, p. 62-70; SÁNCHES MAGRO, *op. cit.*, p. 284-286. Contudo, a criação de órgãos ou legislações internacionais esbarram com a soberania estatal e a diversidade de legislações de cada país, podendo passar a solução pelo alargamento de competência das jurisdições dos estados. Exemplo de alternativa extrajudicial é a criação de um centro de arbitragem internacional pela OMPI (Organização Mundial de Propriedade Intelectual), para a litígios em matéria de propriedade intelectual.

[120] Afirma o famoso sociólogo alemão que nos encontramos perante uma ***modernidade reflexiva*** ou segunda modernidade reflexiva, que consiste num processo de autoconfrontação com os efeitos da sociedade do risco com os próprios fundamentos do desenvolvimento desmesurado e as antinomias em relação à primeira modernidade. *V.* ULRICH BECK, *World Risk Society*, Policy Press, Cambridge, 2000, p. 133 e ss.; ULRICH BECK, "A Reinvenção da Política, Rumo a uma teoria da modernidade reflexiva", *Modernização Reflexiva: Política, Tradição e Estética no Mundo Moderno*, Celta Editora, Oeiras, 2000, p. 2, 5 e 6; SILVA DIAS, *Ramos Emergentes do Direito Penal Relacionados com a Protecção do Futuro (Ambiente, Consumo e Genética Humana)*, Coimbra Editora, 2008, p. 22 e em *«Delicta In Se» e «Delicta Mere Prohibita»: Uma Análise das Descontinuidades do Ilícito Penal Moderno à Luz da Reconstrução de uma Distinção Clássica*, Coimbra Editora, 2008, p. 223 e ss.; SILVA FERNANDES, *Globalização, "Sociedade de Risco" e o Futuro do Direito Penal, Panorâmica de alguns problemas comuns*, Almedina, 2001, p. 55 e ss.; ULRICH BECK, A Sociedade Global do Risco, Uma discussão entre Ulrich Beck e Danilo Zolo, trad: Selvino J. Assmann, 2000, *in* http://www.cfh.ufsc.br/~wfil/ulrich.htm); DARRYL S. L. JARVIS, *Theorizing Risk: Ulrich Beck, Globalization and the Rise of the Risk Society*, Lee Kuan Yew School of Public Policy, NUS – National University of Singapore, http://www.risk-and-regulation.com/wp-content/uploads/2010/05/RR3-Beck.pdf, p. 4, 9-12).

controlo[121]. Para enfrentar estes novos riscos a sociedade, com medo e insegura, refugia-se e recorre ao Direito Penal, que na forma de "***Direito Penal do Risco***" responde numa lógica preventiva e antecipa a tutela[122] dos bens jurídicos supra-individuais considerados essenciais, tipificando condutas de *perigo abstracto*[123], reformulando e flexibilizando categorias clássicas, através da punição de condutas negligentes ou tentadas, abdicando de relações de causalidade, de critérios típicos de imputação, do dolo e do princípio da taxatividade.

Devido à transformação e evolução tecnológica, à sua complexidade e dinamismos, que levam ao surgimento de novas modalidades e formas de comissão, na formulação tipológica requer-se a criação de tipos delituais amplos, utilizando cláusulas gerais e conceitos indefinidos ou *leis penais em branco*, para flexibilizar os tipos penais e que devem ser elaborados com critérios uniformes a nível internacional[124], equiparando-se, em prol de uma maior funcionalização, a responsabilidade das pessoas colectivas à das pessoas físicas[125]. O grande desafio é o equilíbrio entre a segurança e a mínima restrição às garantias e liberdades fundamentais dos cidadãos[126]. Maria José Morgado julga essencial a incriminação cada vez mais ampla e menos vinculada nestas formas especiais do crime e coloca a questão "*da necessidade dum direito penal preventivo, capaz duma intervenção mais eficaz, sem nunca beliscar as garantias essenciais do processo criminal democrático*"[127].

Contra o Direito Penal do Risco acusa-se a excessiva antecipação da tutela, a sobre-criminalização na protecção de interesses colectivos, o excesso de proibições *per se*, e o prejuízo de figuras de responsabilidade estrita[128]. Critica-se a criação de um direito penal do risco com cariz de prevenção geral de intimidação, que não atenta à prevenção geral de integração nem se preocupa com a real defesa da ordem jurídica, de duvidosa constitucionalidade, vulnerando os princípios do direito penal liberal, sendo politizado, instrumentalizado e com tendências totalitaristas[129]. Despoletado pelo 11 de Setembro o *Direito Penal do Inimigo* assenta na luta contra o

[121] Como explana ANTHONY GIDDENS, *"Viver numa sociedade pós-tradicional"*, *Modernização Reflexiva: Política, Tradição e Estética no Mundo Moderno*, Celta Editora, Oeiras, 2000, p. 92, a "*globalização é uma questão ´aqui dentro` que afecta, ou melhor, que está dialecticamente relacionada com os pormenores mais íntimos das nossas vidas"*. Ao que ULRICH BECK, *World Risk Society*, *op. cit.*, p. 142, acrescenta "*The global threats have led to a world in which the foundations of the established risk logic are undermined and invalidated, in which there are only difficult-to-control dangers instead of calculable risk. The new dangers destroy the pillars of the conventional calculus of security (...)*", *vide* também p. 143; Sobre a temática, ULRICH BECK, "A Reinvenção da Política, Rumo a uma teoria da modernidade reflexiva", *Modernização Reflexiva (...), op.cit.*, p.4; SILVA DIAS, *Ramos Emergentes (...), op. cit., p.* 22-24 e em *«Delicta (...)», op. cit.,* p.229-232; SILVA FERNANDES, *Globalização, op. cit.*, p. 48-49. ULRICH SIEBER, *Legal Aspects (...)*, *op.cit.*, p. 196; NIEVES SANS MULAS, "La Validez del Sistema Penal Actual Frente a los Retos de la Nueva Sociedad", El Sistema Penal Frente a Los Retos de La Nueva Sociedad", Editorial Colex, 2003, p. 11-13; FIGUEIREDO DIAS, *O Papel do Direito Penal na Protecção das Gerações Futuras*, *em* http://www.defenseociale.org/revista2002/8.1.htm.

[122] Como refere SILVA DIAS, *Ramos Emergentes (...), op. cit.,* p. 26, promove-se um Direito Penal preventivo centrado na "gestão dos riscos". A antecipação da tutela recua a um ponto anterior à lesão, bastando-se com a probabilidade da mesma, com a perigosidade da mera acção, adequada a abstractamente a provocar uma possível lesão do bem, mediante um juízo *ex ante* de perigosidade, como explica SILVA FERNANDES, *op. cit.*, p. 94.

[123] Sobre a validade dos crimes de perigo abstracto v. FARIA COSTA, *O Perigo em Direito Penal (...), op.cit.*, p. 620-652.

[124] ROVIRA DEL CANTO, *op.cit*, p. 44 e 188; SILVA RODRIGUES, *op.cit*, p. 238, 227.

[125] SILVA FERNANDES, *op. cit.*, p. 86; ULRICH SIEBER, *Legal Aspects (...)*, *op.cit.*, p. 197.

[126] ROMEO CASABONA, *op. cit.*, p. 68; JOSÉ EDUARDO DE FIGUEIREDO DIAS, "Direito à Informação, Protecção da Intimidade e Autoridades Administrativas Independentes", Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares, Stvdia Ivridica 61, Ad Honorem-1, Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2001, 615 e ss., 632-634, 652, analisa os problemas de articulação do direito à informação com a protecção da intimidade da vida privada e a sua potenciação na *sociedade do risco e da informação*, nomeadamente no ciberespaço.

[127] *Op. cit.*, p. 10; enuncia também "*alguns dos grandes desafios do direito e processo penal do século XXI: - o reforço dum direito e processo penal de intervenção com salvaguarda do princípio da culpa jurídico penal; - o reforço dum direito penal do risco, capaz de maior eficácia na protecção dos interesses individuais e colectivos com salvaguarda das garantias do processo penal democrático; - Um direito Penal capaz de fazer face aos riscos da vida moderna e das novas formas de criminalidade organizada global sem perder a sua face humana e justa. - Um direito penal dum mundo tornado pequeno demais pela Internet, e grande demais pelos paraísos fiscais*" (p. 11).

[128] ROVIRA DEL CANTO, *op.cit*, p. 49-50; SILVA FERNANDES, *op. cit.*, p. 71-75.

[129] DYELLBER ARAÚJO, "Institutos Penais de Emergência – "Novas" Fórmulas para Velhos Dilemas – Uma Análise dos Novos Estudos de Política Criminal Voltada aos Indesejados pela Sociedade", Direito Penal Hoje Novos desafios e novas respostas, Coimbra Editora, 2009, p. 146; SILVA FERNANDES, *op. cit.*, p. 91-92 e 114.

terrorismo, o qual se associa o ciberterrorismo, transformando o Estado num "*voyeur*", que através de medidas extremas, discricionárias, populistas e irracionais controla a vida dos cidadãos que vivem como que num aquário debaixo do olho do "*Big Brother*"[130].

5.2 O Direito Penal do Risco Informático e da Informação

Quanto à ***criminalidade informática*** coloca-se a questão da sua inserção ou não na sociedade do risco, sendo objecto da protecção do Direito Penal do Risco, resposta que divide a doutrina.

a) Do lado do sim, Rovira Del Canto defende acerrimamente o "***Direito Penal Global do Risco Informático e da Informação***"[131] e enquadra a nova criminalidade praticada através das tecnologias informáticas e da informação na sociedade do risco[132]. Segundo o autor as respostas doutrinais à problemática da criminalidade informática incidiram em três teorias, a saber: a *teoria da Lei Penal da Informação*[133]; a *teoria da harmonização legal internacional*[134]; e a *teoria da sociedade do risco*. Propondo, o mesmo autor, a conjugação das referidas teorias complementando-se entre si, como modo adequado de reacção. Defende uma evolução e modificação estrutural e tipológica do actual Direito Penal, constituindo um Direito Penal Global do Risco Informático e da Informação, que seria composto por um *"conjunto de normas penais reguladoras dos ilícitos vinculados aos riscos derivados do uso de meios informáticos e telemáticos, os dados e a informação em si mesma*[135].

O objecto desta protecção reforçada é a informação e os dados em si mesmos, como bens de valor económico-social e a segurança e fiabilidade colectiva da sociedade nos sistemas e redes informáticas e de telecomunicações[136]. A diferença existente entre os crimes informáticos e os crimes tradicionais impõe a adequação e transformação das medidas a tomar para combater os primeiros, o que leva a uma mudança de paradigma. Sustenta Ulrich Sieber que, na moderna sociedade do risco, os esforços para reduzir os riscos devem incidir em medidas técnicas, estruturais e educacionais, tendo sempre em conta a especificidade do bem informação e sendo esta uma sociedade global todas as medidas devem ser concertadas internacionalmente[137].

---

[130] No pólo oposto encontramos o *Direito Penal do Cidadão* que pugna pelas esferas de liberdade. *V.* DYELLBER ARAÚJO, *op. cit.*, p. 165 e ss; SILVA DIAS, *«Delicta (...)», op. cit., p.* 264-265.

[131] *Op.cit*, p. 53-56. O autor fundamenta a sua necessidade, descrevendo e aplicando-o a todas as características e factores do cibercrime, *op. cit.*, p. 116-118.

[132] Já SILVA RODRIGUES, (*op.cit*, p. 22, 200 e ss.), prefere a nomenclatura de "*Direito Penal Informático-Digital*" (p. 194). Para alguns autores o "Direito Penal Informático" tem autonomia normativa e científica, enquanto, que para outros é somente uma específica área de incriminação penal referente à informática, como podemos constatar em SILVA RODRIGUES, *op.cit*, p. 194 e ss. / FARIA COSTA, "Algumas Reflexões sobre o Estatuto Dogmático do Chamado "Direito Penal Informático", *Direito Penal da Comunicação (Alguns escritos)*, Coimbra Editora, 1998, p. 112-119 e em "Les Crimes Informatiques et d´Autres Crimes dans le domaine de la Technologie Informatique au Portugal", *idem*, p. 17-18; JOÃO BARBOSA DE MACEDO, "Algumas Considerações Acerca dos Crimes Informáticos em Portugal", Direito Penal Hoje Novos desafios e novas respostas, Coimbra Editora, 2009, p. 228; MAJID YAR, *op. cit.*, p. 11-12.

[133] Segundo a *teoria da Lei Penal da Informação*, a informação constitui um novo bem económico, cultural e político mas também um potencial perigo, o que conduz à necessidade de efectuar de uma regulação penal dos bens imateriais, que logicamente deve ser feita em moldes diferentes da dos bens materiais atenta a sua especialidade (*op.cit*, p. 188).

[134] Já a *teoria da harmonização legal internacional* nasce como uma resposta da sociedade global a esta nova criminalidade. É notório que reacções nacionais isoladas são ineficazes e estão destinadas ao fracasso. A mobilidade transnacional, à velocidade de meio segundo, de dados e informação exige também uma resposta internacional assente numa estratégia adequada e comum. Só com uma intensa e contínua cooperação entre os Estados e as organizações supranacionais se pode almejar uma eficaz prevenção e perseguição destes crimes (*op .cit*, p. 51-52).

[135] *Op.cit*, p. 53-56. Sendo o bem jurídico a proteger – a informação e os dados em si mesmos e a segurança e fiabilidade dos sistemas e redes informáticas e de telecomunicações – de *natureza pluriofensiva* e colectiva e existindo um grave e sério risco que ameace afectar este bem é justificada a técnica da tipificação dos *crimes de perigo*. *Op.cit*, p. 44-45, 187; e LOURENÇO MARTINS, *op. cit.*, p. 17.

[136] ROVIRA DEL CANTO, *op.cit*, p. 187. O lado negro do rápido progresso e evolução das novas tecnologias informáticas e o aperfeiçoamento dos *hardwares* e dos *softwares* é o medo e a insegurança dos cidadãos e a incapacidade de resposta dos Estados face a esta nova criminalidade.

[137] A informação é o actual principal bem económico, cultural e político, mas simultaneamente, e por causa disso, um grande perigo potencial. Para fazer face a estes perigos, o legislador tem de atentar à mudança social de paradigma de bens materiais para bens imateriais e a estes não é adequada a analogia das regras dos primeiros, *v.* ULRICH SIEBER, *Legal Aspects (...)*, *op.cit.*, p. 194-195, 201.

Esta posição defende que se estivermos perante um uso indevido de elementos ou sistemas informáticos e de telecomunicações que suponham um ataque grave à informação e aos dados em si mesmos, aos programas, sistemas ou redes informáticas e de telecomunicações, e quando seja susceptível de afectar a mesma em relação à segurança, fiabilidade e utilização pacífica, devemos enquadrar estas condutas no crime de risco informático e da informação, cujas modalidades devem ser previstas expressamente e analisadas no âmbito do Direito Penal do Risco Informático e da Informação. Caso contrário, ou seja, se não houver possibilidade de afectação, directa ou indirecta, não estamos perante um crime de risco informático e da informação[138].

b) Do lado do não, Silva Dias coloca a criminalidade informática fora dos novos riscos da sociedade do risco e da protecção do futuro, pois defende que se trata de novas formas de agressão a interesses eminentemente individuais, não autónomas relativamente aos bens jurídicos clássicos, cujos efeitos "*se esgotam num tempo presente consubstanciado na vida do acto ou da vítima*", e "*não são geradoras de grandes riscos que afectem ou comprometam as bases naturais da existência humana presente e futura*"[139]. Na mesma lógica, Faria Costa acusa a existência de uma tentativa de diabolização da informática o que leva a dar corpo a todas as formas para a sua possível contenção e defende que a **específica área da incriminação referente à informática** pode continuar a estudar-se com os instrumentos tradicionais do direito penal, podendo ser perfeitamente inseridos nos títulos de crimes já existentes, como contra as pessoas e contra o património[140].

[138] Conclui ROVIRA DEL CANTO, *op.cit*, p. 188.

[139] SILVA DIAS, *op. cit., p.* 50-53.

[140] "Algumas Reflexões (...), *op.cit*, p. 115-117. *V.* SILVA DIAS, *Ramos Emergentes(...), op. cit.*, p. 51, e em *«Delicta (...)», op. cit., p.* 225 e ss.

6- A Resposta Legislativa

6.1 Internacional

Alguns Organismos Internacionais têm-se debruçado sobre o assunto, como a **OCDE**[141], a **O.N.U**[142], a Interpol, o *P8 Countries*[143], entre outros. A **União Europeia** tem dedicado especial atenção ao cibercrime tendo legislado através de diversos instrumentos jurídicos neste âmbito, como foi o caso da *Decisão-Quadro 2005/222/JAI,* relativa a ataques contra os sistemas de informação, da *Decisão-Quadro 2004/413/JAI,* relativa à exploração sexual de crianças, da *Decisão 2001/413/JAI,* relativa ao combate à fraude e contrafacção de meios de pagamento que não em numerário, da *Directiva 2002/58/CE,* relativa à privacidade das comunicações electrónicas e a *Comunicação da Comissão Europeia, de 22 de Maio de 2007,* "Rumo a uma política geral de luta contra o cibercrime"[144]. Importantes foram também a *Recomendação R(81) 12, a Recomendação R(85) S,* a *Recomendação R(89) 9 e a Recomendação R(95) 13* do **Conselho da Europa**[145].

O instrumento internacional de maior relevo na área do cibercrime é a **Convenção sobre o Cibercrime** do Conselho da Europa de 23 de

[141] A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico adoptou o "*Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data"* (1980), o "*Manual on the Prevention and Control of Computer-related Crime*" (1994) e a *Recommendation Concerning Guidelines for the Security of Information Systems* (1992).

[142] A Assembleia Geral das Nações Unidas adoptou, a 15/11/2000, a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional que no seu art.º 27.º n.º 3 prevê a repressão da criminalidade cometida por meio das modernas tecnologias, e sobre a sua égide foram elaborados os manuais "*United Nations Manual on the Prevention and Control of Computer-Related Crime*" (1994), "*Guidelines on the Use of Computerised Personal Data Flow"(Resolução 44/132, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1988/22*).

[143] Constituído pelo *P8 Expert Group on "Misuse of International Data Networks"* e pelo *P8 Subgroup on High Tech Crime.*

[144] Ver nota 91.

[145] Outras contribuições importantes foram dadas pelo P8 Subgroup on High-Tech Crime, pela Interpol, pela *Association International de Droit Pénal*, pela WIPO e WTO, *vide* ULRICH SIEBER, *Legal Aspects (...)*, *op.cit.*, p. 146-192.

Novembro de 2001[146] destinada a «*proteger a sociedade do cibercrime, inter alia, através da adopção de legislação adequada e da melhoria da cooperação internacional*», de modo a «*tornar mais eficazes as investigações e os processos penais respeitantes às infracções penais relacionados com sistemas e dados informáticos, bem como permitir a recolha de prova, em formato electrónico*»[147].

Com este fim, a Convenção impõe aos Estados signatários que adequem o seu Direito Penal substantivo e adjectivo interno às especificidades destes crimes, tendo como objectivo a harmonização de legislações, incluindo instrumentos processuais e de produção de prova adequados e simplificar a cooperação internacional de modo a facilitar e agilizar a detecção, a investigação, a recolha de prova e a perseguição. Busca a harmonização do *direito penal material* [148] e, de modo a potenciar a perseguição e investigação pelas autoridades policiais e judiciais, a Convenção sugere a implementação de medidas específicas processuais adequadas a este tipo de criminalidade e promove a cooperação internacional[149]. Todavia, para esta Convenção funcionar em pleno e regular todo o ciberespaço tinha de ser ratificada por todos os países o que não acontece, nomeadamente com a China, que também não ratificou qualquer tratado internacional neste âmbito, restando quando esta está envolvida apenas em vias diplomáticas sempre frágeis[150].

6.2 Nacional

Em Portugal, a matéria da criminalidade informática está **regulada** dispersamente por vários diplomas, nomeadamente no Código Penal, na Lei n.º 109/2009, de 15 de Setembro, na Lei da Protecção de Dados Pessoais (Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro[151]), na Lei da Protecção Jurídica de Programas de Computador (Decreto-Lei n.º 252/94, de 20 de Outubro[152]), no Código de Direitos de Autor e dos Direitos Conexos (Decreto-Lei n.º 63/85, de 14 de Março[153]) e no Regime Geral das Infracções Tributárias (Lei n.º 15/2001, de 05 de Junho[154]).

[146] Legatária directa da Recomendação n.º R (89) 9, a Convenção sobre a Cibercriminalidade foi adoptada pelo Comité dos Ministros do Conselho da Europa em 8 de Novembro de 2001, tendo sido aberta à assinatura, em Budapeste, em 23 de Novembro de 2001. Foi assinada, até à data, por 42 Estados, entre os quais se encontravam 4 Estados não membros do Conselho da Europa (África do Sul, Canada, E.U.A. e Japão) e ratificada por 10 anos. A Convenção foi complementada pelo Protocolo adicional relativo à incriminação de actos de natureza racista e xenófoba cometidos através de sistemas informáticos, em 28 de Janeiro de 2003. Esta matéria não foi incluída inicialmente por oposição de alguns países como os E.U.A. que receavam a incompatibilidade com a sua Primeira Emenda, que garante a liberdade de expressão.

[147] Preâmbulo da Convenção.

[148] A Convenção divide os crimes em infracções contra a confidencialidade, integridade e disponibilidade de dados e sistemas informáticos, onde inclui o acesso ilegítimo (art.º 2.º), a intercepção ilegítima (art.º 3.º), a interferência em dados (art.º 4.º), a interferência em sistemas (art.º 5.º) e o uso abusivo de dispositivos (art.º 6.º); infracções relacionadas com computadores, que abarca nomeadamente a falsidade informática (art.º 7.º) e a burla informática (art.º 8.º); e infracções relacionadas com o conteúdo e relacionadas com a violação do direito de autor e direitos conexos' art.º 9.º (infracções relacionadas com pornografia infantil) e art.º 10.º respectivamente.

[149] Entre elas temos a *conservação expedita dos dados informáticos armazenados e a divulgação parcial de dados de tráfego* (arts. 16.º e 17.º), a *injunção* para divulgação de dados que estejam na posse de alguém (art.º 18.º), a *busca e apreensão de dados informáticos armazenados* (art.º 19.º), a *recolha de dados em tempo real de dados informáticos* (art.º 20.º) e a *intercepção de dados relativos ao conteúdo* (art.º 21.º). Debruça-se, ainda na formulação de princípios gerias relativos à, tão desejada rápida e eficaz, cooperação internacional (arts. 23.º e ss.), na qual se insere a Rede 24/7 (art.º 35.º) e sobre a assistência mútua (29.º-30.º).

[150] O relatório da GhostNet em Portugal da Trusted Tecnologies constata a infiltração de uma rede de espionagem electrónica em diversos organismos públicos do Estado português, cfr. JOÃO GONÇALVES DE ASSUNÇÃO, "*(In)segurança e a nova ´lei do cibercrime`*,em: http://www.abreuadvogados.com-/xms/files/05_Comunicacao/Artigos_na_Imprensa/Artigo_JGA_SOL_16.01.10.pdf.

[151] Alterada pela Declaração de Rectificação n.º 2-A/95, de 31 de Janeiro e pelo Decreto-Lei n.º 334/97, de 27 de Novembro. Tipifica o crime derivado do não cumprimento de obrigações relativas à protecção de dados (art.º 43.º), o crime de acesso indevido (art.º 44.º), o crime de viciação ou destruição de dados pessoais (art.º 45.º), o crime de desobediência qualificada (art.º 46.º) e o crime de violação do dever de sigilo (art.º 47.º).

[152] Alterado pela Rectificação n.º 2-A/95, de 31 de Janeiro e pelo Decreto-Lei n.º 334/97, de 27 de Novembro. Tipifica o crime de reprodução de computador não autorizada (art.º 14.º).

[153] Com a última alteração pela Lei n.º 16/2008, de 01 de Abril. Consagra o crime de usurpação (art.º 195), o crime de contrafacção (art.º 196.º),o crime de violação do direito moral (198.º) e o crime de aproveitamento de obra contrafeita ou usurpada (199.º do CDADC).

[154] Já com diversas alterações, consagra o crime de falsidade informática (art.º 128.º).

Na adaptação da Convenção[155], a Lei n.º 109/2009 de 15 de Setembro ou **Lei do Cibercrime**, já no seguimento da Lei n.º 109/91 de 17 de Agosto[156], no âmbito do direito penal ***material*** tipificou cinco crimes informáticos em sentido estrito: a *falsidade informática* (art.º 3.º), o *dano relativo a programas ou outros dados informáticos* (art.º 4.º), a *sabotagem informática* (art.º 5.º), o *acesso ilegítimo* (art.º 6.º), a *intercepção ilegítima* (art.º 7.º) e a *reprodução ilegítima de programa protegido* (art.º 8.º)[157].

A grande evolução da nova Lei é ao nível ***processual*** e da cooperação internacional. No âmbito processual é vital a adopção de eficazes disposições processuais específicas porque estamos perante crimes específicos que destinam ao fracasso a aplicação de procedimentos tradicionais. Estas disposições processuais, essenciais para agilizar a investigação e a punição do cibercrime, são também aplicadas a qualquer infracção penal cometidas por meio de um sistema informático e à recolha de prova em suporte electrónico de qualquer infracção penal.[158]

Tendo em vista a obtenção de prova, foi prevista a *preservação expedita de dados* até ao limite máximo de um ano (art.º 12.º) e a *revelação expedita de dados de tráfego* (art.º 13.º), que são medidas cautelares e provisórias, destinadas sobretudo aos ISPs, com vista a salvaguardar a produção futura de prova agilizando a investigação. Já a *injunção para apresentação ou concessão de acesso a dados* (art.º 14.º), que corresponde à *production order* inglesa, e a *pesquisa de dados informáticos* (art.º 15.º) são medidas coercivas impostas a quem tenha a disponibilidade dos dados. Estipula-se também a *apreensão de dados informáticos* (art.º 16.º), e a *apreensão de correio electrónico* quando forem encontrados dados ou documentos de informáticos necessários à produção de prova (art.º 17.º). A apreensão dos dados informáticos pode ser feita pela apreensão do suporte, pela realização de uma cópia dos dados, pela apresentação por meios tecnológicos e pela eliminação não reversível ou bloqueio do acesso aos dados. De notar, que em alguns casos, é permitido aos órgãos de polícia criminal actuar sem autorização prévia da autoridade judiciária. A *intercepção de comunicações* pode destinar-se ao registo de dados relativos ao conteúdo das comunicações ou somente à recolha e registo de dados de tráfego (art.º 18.º) e as *acções encobertas* foram consideradas admissíveis no âmbito do cibercrime, se verificados os requisitos do art.º 19.º.

Quanto à necessária eficácia e agilização da *cooperação internacional* é relevante o estabelecimento de um *ponto de contacto permanente*, assegurado pela Polícia Judiciária, no seguimento da *Rede 24/7* da Convenção, certificando assim a assistência, aconselhamento técnico, a preservação e a recolha de prova, a localização de suspeitos e informações jurídicas a outros pontos de contactos de outros países (art.º 20.º e ss).

Conclusão:

A Internet veio alterar radical e definitivamente a vida de todos. As infra-estruturas básicas de uma sociedade e das suas empresas públicas e privadas ficaram dependentes dela e os utilizadores particulares integram-se numa cibercomunidade. A Internet potenciou e efectivou a globalização, dando origem a uma "aldeia global" que vive na Sociedade da Informação.

Contudo, atrás das fantásticas e inegáveis vantagens da Internet vieram também as práticas criminosas, que se multiplicam, diversificam e tornam-se cada vez mais perigosas, adaptando-se

[155] Na adaptação da Convenção sobre o Cibercrime do Conselho da Europa e na transposição da Decisão Quadro n.º 2005/222/JAI, do Conselho, de 24 de Fevereiro, relativa a ataques contra sistemas de informação.

[156] Também chamada de Lei da Criminalidade Informática foi totalmente inspirada na Recomendação n.º R (89) 9 do Comité de Ministros aos Estados-membros. Alterada pelo Decreto-Lei n.º 323/2001, de 17 de Dezembro.

[157] Foram mantidas as tipificações previstas na Lei n.º 109/91, de 17 de Agosto, ou Lei da Criminalidade Informática e introduzidas novas variantes criminais, de forma a adaptar a legislação à constante evolução de condutas criminosas nesta área. *Vide* PEDRO VERDELHO, "A nova Lei do Cibercrime", *op.cit.*, p. 34.

[158] Artigo 11.º, reprodução das alíneas b) e c) do n.º 2 do art.º 14.º da Convenção.

rapidamente às inovações tecnológicas e fugindo ao controlo legal.

Os cibercriminosos tanto usam o computador como alvo ou objecto da conduta criminosa, como um instrumento ou meio para praticar o crime. O cibercriminoso pode ser qualquer um e atingir qualquer um, sendo o seu principal móbil, o lucro monetário.

As dificuldades de prevenção, investigação, perseguição, comprovação e punição do cibercrime jazem nas suas características. O seu carácter transnacional, que permite o refúgio nas leis territoriais mais favoráveis e um ciberrasto mundial, aliado à permanência do facto que é automático, com a protecção do anonimato das redes, leva a uma extensa e alta lesividade dos danos, sendo a cifra negra elevada, o que aproxima o cibercrime do almejado crime perfeito.

As soluções apontadas para combater este tipo específico de criminalidade são a prevenção, através da sensibilização das vítimas e aumento da literacia informática de toda a sociedade; a formação especializada dos profissionais que se dedicam a esta área, acompanhada de recursos adequados; e a conjugação de uma uniformidade legal internacional, com a cooperação e coordenação internacionais de autoridades e entidades públicas e privadas, pois só com uma resposta global se pode ganhar a luta com um crime transnacional.

Discutível é o enquadramento do cibercrime na sociedade do risco. Para alguma doutrina impõe-se a sua regulação por um Direito Penal Global do Risco Informático, que responde numa lógica preventiva e antecipa a tutela, já para outra parte da doutrina este crime pode ser perfeitamente combatido com os instrumentos penais tradicionais.

A resposta internacional de maior relevo foi a Convenção sobre a Cibercrime, que impôs a modificação do direito interno dos Estados signatários, dando origem em Portugal à Lei do Cibercrime em Setembro de 2009.

Bibliografia:

ANDRÉS, Javier de Blasco – "Qué Es Internet?", Principios de Derecho de Internet, Prainter, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

ARAÚJO, Dyellber Fernando de Oliveira – "Institutos Penais de Emergência - "Novas" Fórmulas para Velhos Dilemas - Uma Análise dos Novos Estudos de Política Criminal Voltada aos Indesejados pela Sociedade", Direito Penal Hoje Novos desafios e novas respostas, Orgz: Manuel da Costa Andrade e Rita Castanheira Neves, Coimbra Editora, 2009.

ASCENSÃO, José de Oliveira – "Criminalidade Informática", Estudos sobre Direito da Internet da Sociedade da Informação, Almedina, 2001.

ASSUNÇÃO, João Gonçalves de– "(In)segurança e a nova ´lei do cibercrime`, *in* http://sol.sapo.pt/Common/print.aspx.

BECK, Ulrich – *World Risk Society*, Polity Press, Cambridge, 2000.

– A Sociedade Global do Risco, Uma discussão entre Ulrich Beck e Danilo Zolo, trad: Selvino J. Assmann, 2000, *in* http://www.cfh.ufsc.br/~wfil/ulrich.htm ou http://lgserver.uniba.it.

BECK, Ulrich / **GIDDENS**, Anthony / **LASH**, Scott – *Modernização Reflexiva: Política, Tradição e Estética no Mundo Moderno*, trad. Maria Amélia Augusto, Celta Editora, Oeiras, 2000.

BELLEFONDS, Xavier Linant de – *A Informática e o Direito, Computer Law*, Colecção Jurídica Internacional, tradução de Isabel Maria Brito St. Au Byn, G&A Editores, 2000.

CABO, Ana Isabel – "Nova lei facilita investigação", Criminalidade Informática, Boletim da Ordem dos Advogados, nº 65, Abril, 2010.

CASEY, Eoghan – *Digital Evidence and Computer Crime, Forensic Science, Computers and the Internet*, Academic Press, 2000.

CASIMIRO, Sofia de Vasconcelos – *A responsabilidade civil pelo conteúdo da informação transmitida pela Internet*, Coimbra, Almedina, 2000.

COGAR, Stephen W. – "Obtaining admissible evidence from computers and internet service providers", The FBI Law Enforcement Bulletin, Jul 1, 2003, p. 11-15, em http://www2.fbi.gov/publications/leb/2003/july03leb.pdf.

COSTA, José Francisco de Faria – *Direito Penal e Globalização, Reflexões não locais e pouco globais*, Wolters Kluwer Portugal, Coimbra Editora, 2010.

– *O Perigo em Direito Penal (contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas)*, Coimbra Editora, 2000.

– "Algumas Reflexões sobre o Estatuto Dogmático do Chamado "Direito Penal Informático", *Direito Penal da Comunicação (Alguns escritos)*, Coimbra Editora, 1998.

– "Les Crimes Informatiques et d´Autres Crimes dans le domaine de la Technologie Informatique au Portugal", *Direito Penal da Comunicação (Alguns escritos)*, Coimbra Editora, 1998.

DIAS, Augusto Silva – *Ramos Emergentes do Direito Penal Relacionados com a Protecção do Futuro (Ambiente, Consumo e Genética Humana)*, Coimbra Editora, 2008.

– *«Delicta In Se» e «Delicta Mere Prohibita»: Uma Análise das Descontinuidades do Ilícito Penal Moderno à Luz da Reconstrução de uma Distinção Clássica*, Coimbra Editora, 2008.

DIAS, Jorge de Figueiredo – O *Papel do Direito Penal na Protecção das Gerações Futuras, in* http://www.defenseociale.org/revista2002/8.1.htm.

– "O Direito Penal entre a "Sociedade Industrial" e a "Sociedade do Risco", Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares, Stvdia Ivridica 61, Ad Honorem-1, Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2001, p.583-613.

DIAS, José Eduardo de Figueiredo – "Direito à Informação, Protecção da Intimidade e Autoridades Administrativas Independentes", Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares, Stvdia Ivridica 61, Ad Honorem-1, Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2001, p. 615-653.

DIAS, Pedro Simões – "O «Hacking» enquanto crime de acesso ilegítimo. Das suas especialidades à utilização das mesmas para a fundamentação de um novo direito", *in* http://www.uria.com/esp/actualidad_juridica/n14/art04.pdf

EUROPOL – *High Tech Crimes Within The EU: Old Crimes New Tools, New Crimes New Tools*, Threat Assessment 2007, High Tech Crime Centre, 2007, *http://www.europol.europa.eu/publications/Serious_Crime_Overviews/HTCThreatAssessment2007.pdf*

FERNÁNDES, José Ernesto Pinós – "Cuestiones Procesales Relativas a la Investigación y Persecución de Conductas Delictivas en Internet",

FERNANDES, Paulo Silva – *Globalização, "Sociedade de Risco" e o Futuro do Direito Penal, Panorâmica de alguns problemas comuns*, Almedina, 2001.

GAMEIRO, Carlos – "O Risco da Informação em Ambiente Electrónico", Estudos de Direito e Segurança, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Almedina, 2007.

GUERRA, Ana Rita – "Processos de crime informático quase duplicam em 2010", 14.10.2010, http://www.ionline.pt/conteudo/83163-processos-crime-informatico-quase-duplicam-em-2010.

GONZÁLEZ, Juan José López – La respuesta procesal a la delincuencia informática: especial atención al convenio sobre el cibercrimen, *Direito Informático Ético*", Septiembre 2003, em http://www.juridicas.com/areas_virtual/Articulos/20-Derecho%20Inform%E1tico/200309-5755119810322511.html

JARVIS, Darryl S. L. – *Theorizing Risk: Ulrich Beck, Globalization and the Rise of the Risk Society*, Lee Kuan Yew School of Public Policy, NUS – National University of Singapore, 2010, em http://www.risk-and-regulation.com/wp-content/uploads/2010/05/RR3-Beck.pdf.

LIMA, Licínio – "Lei do Crime Ineficaz", Diário de Notícias, 21.11.2009, em http://www.inverbis.net/2007-2011/actualidade/leicibercrime-ineficaz.html

LÓPEZ, Antonio Melgarejo – "Investigación Criminal y Proceso Penal: Las Directrices de la Propuesta del Consejo de Europa sobre *Cyber-Crime* y de la Directiva del Comercio Electrónico",

MACEDO, João Carlos Cruz Barbosa de – "Algumas Considerações Acerca dos Crimes Informáticos em Portugal", Direito Penal Hoje Novos desafios e novas respostas, Orgz: Manuel da Costa Andrade e Rita Castanheira Neves, Coimbra Editora, 2009.

MARCHENA, Manuel Gómez – "Algunos Aspectos Procesales de Internet", Problemática Jurídica en Torno al Fenómeno de Internet, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, p. 45-86.

MARQUES, Garcia / **MARTINS**, Lourenço – *Direito da Informática*, Lições de Direito da Comunicação, Almedina, 2000.

MARTINS, A. G. Lourenço – "Criminalidade Informática", Direito da Sociedade da Informação, APDI, volume IV, Coimbra Editora, págs. 9-41.

MATA, Ricardo M. y Martín – "Criminalidad Informática: una introducción al Cibercrime", Temas de Direito da Informática e da Internet, Ordem dos Advogados (Conselho Distrital do Porto), Coimbra Editora, 2004.

MENDES, Paulo de Sousa – "A Responsabilidade de Pessoas Colectivas no âmbito da Criminalidade Informática", Direito da Sociedade da Informação, APDI, volume IV, Coimbra Editora, págs. 385-404.

MEXÍA, Pablo Gracia – "El Derecho de Internet", Principios de Derecho de Internet, Prainter, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

MORGADO, Maria José – "Criminalidade Global e insegurança Local, Um caso, Algumas questões", Colóquio Internacional: Direito e Justiça no Século XXI, Coimbra, 2003, na URL: http://www.ces.uc.pt/direitoXXI/comunic/MariaJoseMorgado.pdf.

MORÓN, Esther Lerma – *Internet y Derecho Penal: Hacking y otros conductas ilicitas en la red*, Pamplona: Aranzadi, 1999.

NERY, Isabel – "O guerrilheiro da verdade", Mundo Perfil, Revista Visão, de 29 de Julho de 2010.

NETO, João Araújo Monteiro – "Crimes informáticos uma abordagem dinâmica ao direito penal informático, *Computer crimes: a dynamic approach on Computer Science Penal Law*", Pensar, Fortaleza, volume 8, nº8, Fevereiro, 2003: [39-54], em http://www.unifor.br/notitia/file/1690.pdf

PEREIRA, Evandro Della Vecchia – "Investigação Digital: conceitos, ferramentas e estudo de caso", *in* http://www.infobrasil.inf.br/userfiles/26-05-S5-2-68766-Investigacao%20Digital.pdf

PEREIRA, Joel Timóteo Ramos – *Compêndio Jurídico Sociedade da Informação*, Quid Juris, Lisboa, 2004.

PHILLIPS, Beth – *News Release*, Office of The United States Attorney Western District of Missouri, July, 2010, *in* www.usdoj.gov/usao/mow/index.htlm

PINHEIRO, Luís Lima – "Competência Internacional em matéria de Litígios Relativos à *Internet*", Direito da Sociedade da Informação, APDI, volume IV, Coimbra Editora, págs. 171-189.

PIZARRO, Sebastião Nóbrega – *Comércio Electrónico, Contratos Electrónicos e Informáticos*, Almedina, 2005.

RESTA, Salvatore – *I Computer Crimes Tra Informatica E Telematica*, CEDAM – Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 2000.

ROCHA, Manuel Lopes – "A propósito de cibercrime e direito de autor", Globalização, Boletim da Ordem dos Advogados, nº 65, Abril 2010.

RODRIGUES, Benjamim Silva – *Direito Penal Especial, Direito Penal Informático-Digital*, Coimbra, 2009.

ROMEO, Carlos María Casabona – "De los Delitos Informáticos al Cibercrimen. Una aproximación Conceptual y Político-Criminal", *El Cibercrimen: Nuevos Retos Jurídico Penales, Nuevas Respuestas Político-Criminales*, Granada, Comares, 2006.

ROVIRA, Enrique Del Canto – *Delincuencia Informática y Fraudes Informáticos*, Estúdios de Derecho Penal – 33 Editorial Comares, Granada, 2002.

ROXIN, Claus – *Pasado, presente y futuro del Derecho Procesal Penal*, Colección Autores de Derecho Penal, Rubinzal, Culzoni Editores, 2007.

SALOM, Juan Clotet – "Delito Informático y su Investigación", Delitos Contra y A Través de las Nuevas Tecnologías Cómo Reducir su Impunidad?, Cuadernos de Derecho Judicial, III, Consejo General Del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, 2006.

SÁNCHES, Andrés Magro – "El Ciberdelito y sus Implicationes Procesales", Principios de Derecho de Internet, Prainter, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

SANS, Nieves Mulas – "La Validez del Sistema Penal Actual Frente a los Retos de la Nueva Sociedad", El Sistema Penal Frente a Los Retos de La Nueva Sociedad", Editorial Colex, 2003.

SANTOS, Lino – "Cibersegurança - A resposta à emergência", Planeamento Civil de Emergência, Revista nº 19, Ano 2008, *in* www.cnpce.gov.pt

SANTOS, Paulo / **BESSA**, Ricardo / **PIMENTEL**, Carlos – "*CYBERWAR* o fenómeno, as tecnologias e os actores", FCA, Editora de Informática, Lda, 2008

SIEBER, Ulrich – *Legal Aspects of Computer-Related Crime in the Information Society – COMCRIME,Study*,1998,.http://www.archividelnovecento.it/archivinovecento/CAPPATO/Cappato/Faldone6412Dirittiumanipaesiextracom/DonneAfghanistan/Desktop/sieber.pdf

– "Criminalidad Informática: Peligro y Prevención", Delincuencia Informática, IURA-7, PPU, Barcenona, 1998 (trad. Elena Farré Trepat);

– "Documentación para una aproximación al Delito Informático", Delincuencia Informática, IURA-7, PPU, Barcenona, 1992 (trad. Ujala Joshi Jupert).

SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da – *Características de um Direito Penal do Risco*, 2008, em http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11390

VENÂNCIO, Pedro Dias – *Breve introdução da questão da Investigação e Meios de Prova na Criminalidade Informática*, Verbojuridico, Dezembro, 2006, in http://www.verbojuridico.com.

VERDELHO, Pedro – "A nova Lei do Cibercrime", Lei nº 109/2009, Boletim da Ordem dos Advogados, nº 65, Abril 2010.– "A Convenção sobre Cibercrime do Conselho da Europa – Repercussões na Lei Portuguesa", Direito da Sociedade da Informação, APDI, volume VI, Coimbra Editora, 2006, págs. 257-276.

– "Cibercrime e segurança informática", Polícia e Justiça, Revista do Instituto Superior de Polícia Judiciária e Ciências Criminais, III série, nº 6, Julho-Dezembro, Coimbra Editora, 2005.

– "Cibercrime", Direito da Sociedade da Informação, APDI, volume IV, Coimbra Editora, 2003, págs. 347-383.

VERDELHO, Pedro / **BRAVO**, Rogério / **ROCHA**, Manuel Lopes (coord. e notas)

– *Leis do Cibercrime*, volume 1, CentroAtlantico.pt, Portugal, 2003.

WOODWAR, Bob – "A Ciberguerra do Futuro", Focus Magazin (trad. Cláudio Castro), Focus 574/2010, p. 106.

YAR, Majid – *Cibercrime and Society*, Sage Publications, 2006.

A AUTORA

Vera Marques Dias é Advogada e Jurista na Autoridade Nacional de Segurança Rodoviária.

I. FORMAÇÃO ACADÉMICA

2012 | *Mestre* em Direito Intelectual. Tese: Contrafacção de Marca – Perspectiva Jurídico-Penal. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL)

2010 | *Pós-Graduação* em Direito da Investigação Criminal e da Prova (FDUL). Tese: A Problemática da Investigação do Cibercrime

2006 | *Pós-Graduação* em Direito das Autarquias Locais. Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da FDUL.

2006 | *Curso Intensivo* sobre o novo regime do Arrendamento Urbano (FDUL).

2002 | *Licenciatura* em Direito. Escola de Direito de Lisboa da Universidade Católica Portuguesa.

II. EXPERIÊNCIA PROFISSIONAL

Desde 2007 | *Jurista* na Autoridade Nacional de Segurança Rodoviária

Desde 2004 | *Advogada.*

2007-2008 | *Professora de Direito* (Curso Técnico de Gestão – Disciplina de Direito das Obrigações)

2004-2007 | *Jurista Assessora* da Direcção-Geral de Viação (Portalegre)

2002-2004 | *Advogada Estagiária.*

III. FORMAÇÃO COMPLEMENTAR

2011 | Gerir a PI na Empresa

2010 | Criminalidade Informática. FDUL.

| Curso Geral de Propriedade Intelectual. Defesa e Enforcement dos DPI. Vias Internacionais de Protecção de Invenções, Marcas e Design, Redacção de Pedidos de Patente. INPI.

2009 | II Curso de Verão de Propriedade Intelectual e VII Curso de Verão de Direito da Sociedade de Informação. Faculdade de Direito de Lisboa e Associação Portuguesa de Direito Intelectual.

Notas sobre

O DIREITO À SUBIDA DE DIVISÃO NO FUTEBOL PROFISSIONAL PORTUGUÊS

SÉRGIO MONTEIRO
Advogado-Estagiário
Mestrando em Ciências Jurídico-Processuais

RESUMO:

O presente estudo constitui um contributo ao estudo do *direito à subida de divisão*, onde se procede à análise e qualificação jurídica do fenómeno desportivo da promoção de clubes no futebol profissional português.

Reservam-se, assim, breves linhas ao enquadramento jurídico da subida de divisão na I e II Ligas, mormente à individualização e caracterização da específica relação jurídica aí estabelecida, com particular enfoque na respectiva posição jurídica activa - o direito à subida de divisão.

Da *noção*, ao *fundamento*, passando pela *natureza jurídica*, estas "Notas" são uma verdadeira expedição jurídica por terrenos nunca antes visitados pela nossa literatura jurídica.

Teleologicamente comprometida com a demonstração dos pressupostos legalmente exigidos para a ocorrência da subida de divisão, o texto traça o complexo percurso desde a *aquisição* ao *exercício* do direito à subida de divisão, no decurso do qual se analisam ainda os fenómenos da *aquisição* e perda *supervenientes* do mesmo.

O termo desta viagem culmina com a referência aos meios processuais desportivos e administrativos ao dispor do clube ao qual fora violado o direito à subida de divisão.

NOTAS SOBRE O DIREITO À SUBIDA DE DIVISÃO NO FUTEBOL PROFISSIONAL PORTUGUÊS

SÉRGIO MONTEIRO
Advogado-Estagiário
Mestrando em Ciências Jurídico-Processuais – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

1. Introdução

O futebol é hoje um desporto tão presente no nosso quotidiano que por vezes nos esquecemos que o mesmo está a coberto de toda uma normatividade específica.

Com efeito, todo o carácter passional e emotivo que o futebol imprime na vida social parece segregar muitas vezes o *quid* que nele há de jurídico. E, de facto, não se olvida que há muito de jurídico no futebol ([1]).

Uma dessas realidades tuteladas pelo ordenamento jurídico é a *subida de divisão ou promoção*, de clubes, um fenómeno desportivo a que anualmente assistimos no nosso futebol. Trata-se, pois, do mecanismo desportivo típico mediante o qual um clube pode *ascender* ao escalão imediatamente superior ([2]).

Ora, a subida de divisão encerra uma realidade desportiva que não se subtrai ao direito, sendo regulamentada por um particular conjunto de normas jurídicas. Neste diapasão, ocorrendo a promoção de um clube a uma divisão superior sob a alçada do direito, surge inevitavelmente uma questão – *que posição jurídica do clube lhe permite a subida de divisão*?

A questão, embora aparentemente melindrosa, atento o carácter interdisciplinar que, não raras vezes, anima as questões *jus* desportivas, não nos suscita problemas de maior, porquanto a própria legislação portuguesa não deixa margem para dúvidas. Deste modo, importa dizer, desde já, que um clube ascende a uma divisão ao abrigo do *direito à subida de divisão*.

Debruçar-nos-emos, de forma sintética, nas linhas subsequentes, sobre a *noção*, o *fundamento* e a *natureza jurídica* do direito à subida de divisão no futebol profissional português ([3]), tarefa que

([1]) Advogando inclusive a existência de um Direito do Futebol, MARIA DA CONCEIÇÃO GOMES, "O Direito e o Futebol – uma Ordem Jurídica sem Espírito Desportivo", in *Revista Crítica de Ciências Sociais,* n.º 21, Novembro de 1986, pp. 69 ss.; ÁLVARO MELO FILHO, "Direito Futebolístico Brasileiro – introdução", in *Derecho Deportivo in Línea*, Boletín n.º 7, Abril-Agosto, 2006, pp. 61 ss., disponível in http://nuke.dd-el.com; SÉRGIO MONTEIRO, "Caso Belluschi/Duarte Gomes – Responsabilidade Disciplinar do Árbitro de Futebol Profissional por Comportamento Autoritário e Provocador", in *Desporto & Direito – Revista Jurídica do Desporto*, Ano VIII, n.º 24, Maio/Agosto, 2011, p. 429.

([2]) Mas já não do único, uma vez que é juridicamente possível o fenómeno de *reintegração de uma equipa num campeonato do qual fora ilegalmente despromovido.* Neste sentido, cfr. JOSÉ MANUEL MEIRIM, *A Federação Desportiva como Sujeito Público do Sistema Desportivo*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002; ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA, "Contributo para a Compreensão do Caso Julgado Desportivo", in *Desporto & Direito – Revista Jurídica do Desporto*, Ano VIII, n.º 24, Maio/Agosto, 2011, pp. 389 ss.; SÉRGIO MONTEIRO, "Entrada das Equipas B na II Liga por porta inconstitucional", in *Público*, Ano XXII, n.º 7998, 2 de Março de 2012, p. 36.

([3]) Teremos, por isso, sob prisma desta análise, o *regime jurídico da subida à II e I Ligas*.

não dispensa um particular enfoque sobre o regime jurídico da subida de divisão aos escalões superiores do nosso futebol.

2. Regime jurídico da subida de divisão

2.1. Conceito de subida de divisão

Diz-se, correntemente, que um clube sobe de divisão quando obtém, terminado o campeonato, uma classificação tal que lhe permite na época seguinte *transitar* ([4]) para o escalão imediatamente superior. Trata-se, assim, de uma *mudança de divisão* ([5]) na época desportiva seguinte, operada por causa ([6]) da classificação na época desportiva anterior.

À lupa jurídica, o fenómeno da subida de divisão é, todavia, um pouco mais complexo. Em termos jurídicos, pode dizer-se que ocorre a chamada "*subida de divisão*" quando (i) certo clube, pertencente a uma determinada divisão, terminado o respectivo campeonato, obtém uma *posição na tabela classificativa considerada, de forma expressa, pelos regulamentos como suficiente para fazer ascender*, na época seguinte à divisão imediatamente superior, (ii) conquanto satisfaça ainda os *requisitos legais e regulamentares exigidos para que o mesmo clube possa participar na competição disputada na divisão para a qual o mesmo será promovido*, e (iii) *a Liga Portuguesa de Futebol Profissional* ([7]), *na sequência da apresentação pelo clube de candidatura de inscrição naquela divisão, aceite essa mesma inscrição.*

Esta é uma noção sumária do fenómeno da subida de divisão, que se pode colher da legislação portuguesa, da qual se pode concluir que para se verificar a promoção de um clube é necessária a satisfação cumulativa de 3 pressupostos:

a) A aquisição pelo clube do *direito à subida de divisão* ([8]);

b)A satisfação das *condições de exercício do direito à subida de divisão* ([9]);

c) O *exercício do direito à subida de divisão* ([10]).

2.2. Natureza jurídica

Antes de procedermos à concreta abordagem dos pressupostos necessários para a promoção de um clube no futebol profissional português, faz-se mister saber qual a *natureza jurídica* da subida de divisão.

Em nosso entender, e salvo o devido respeito por distinta opinião, a subida de divisão constitui um *procedimento administrativo*. Segundo FREITAS DO AMARAL ([11]), o procedimento administrativo "é a *sequência juridicamente ordenada de actos e formalidades tendentes à preparação da prática de um acto da Administração ou à sua execução*".

Vejamos, de seguida, qual a correspondência desta definição na figura da subida de divisão.

a) *Sequência.* A subida de divisão traduz uma sequência, pois os três *elementos* que a compõem – que *supra* sumariamente referimos e que *infra* trataremos com mais afinco – não estão ordenados de qualquer maneira. Pelo contrário, estão dispostos segundo uma determinada sequência, segundo uma determinada ordem. A subida de divisão constitui uma sucessão de actos e

([4]) Referindo-se ao fluxo de clubes entre os diversos escalões, por via da promoção e da despromoção mediante a ideia de "*trânsito*", cfr. MARIA JOSÉ CARVALHO, *Elementos Estruturantes do Regime Jurídico do Desporto em Portugal*, Dissertação apresentada às provas de doutoramento no Ramo de Ciências do Desporto nos termos do Decreto-Lei n.º 216/92 de 13 de Outubro, Faculdade de Desporto da Universidade do Porto, 2007, p. 46.

([5]) Não obstante a expressão "subida de divisão" ser a terminologia correntemente utilizada bem como a dominantemente utilizada pela legislação, o Regulamento das Provas Oficiais de Futebol de Onze do Campeonato Nacional da II Divisão utiliza curiosamente a expressão "*mudança de divisão*".

([6]) Veremos *infra* que o direito à subida de divisão constitui o *elemento* ou *pressuposto causal* da subida de divisão.

([7]) Doravante, LPFP.

([8]) Cfr. ponto 2.1..

([9]) Cfr. ponto 2.2..

([10]) Cfr. ponto 2.3..

([11]) Cfr. *Curso de Direito Administrativo*, com a colaboração de Lino Torgal, Vol. II, 7ª reimpressão de 2001, Almedina, Coimbra, 2007, p. 289.

formalidades que vão sucedendo durante um certo lapso de tempo, situação que é em si comum a qualquer outro tipo de processo (legislativo, judicial, etc.).

b) ***Juridicamente ordenada.*** A sucessão acima referida é determinada pelo ordenamento jurídico. Com efeito, é o Direito que em homenagem aos particulares interesses da competição do futebol, traça a sequência dos actos e formalidades a adoptar para o procedimento da subida de divisão. Deste modo, são os regulamentos desportivos que determinam quais actos e formalidades se deverão adoptar, bem como a respectiva ordem e momento da sua prática.

c) ***De actos e formalidades tendentes à preparação da prática de um acto da Administração ou à sua execução.*** Ora, o acto que se visa preparar com o procedimento administrativo da subida de divisão é a *admissão pela LPFP, enquanto órgão da FPF, da inscrição do clube titular do direito à subida de divisão*, no escalão imediatamente superior àquele em até então militava.

A referida admissão de candidatura de inscrição constitui um *acto de uma federação desportiva*, porquanto praticado por um órgão seu. Neste sentido, coloca-se aqui a questão de saber se esse mesmo acto pode ser considerado um acto da Administração Pública. Esta é uma questão deveras controversa na doutrina portuguesa, na medida em que não reúne consenso o entendimento de que as federações desportivas, enquanto pessoas colectivas constituídas segundo o direito privado, se integram no conceito de Administração Pública.

Sem embargo de outras posições, subscrevemos a orientação de PEDRO GONÇALVES ([12]), para quem a integração de entidades privadas com poderes públicos, como é o caso das federações desportivas, só terá propriedade se for enquadrada num sentido funcional, ou seja, *"como sistema de organizações especificamente encarregadas da execução da função administrativa"*, e que se distingue do conceito de Administração Pública restrito às entidades pertencentes ao Estado.

É, portanto, no sentido *supra* exposto que a aceitação por parte da LPFP da candidatura de inscrição de clube com direito à subida de divisão se pode qualificar como acto da Administração Pública. Neste prisma, colhe propriedade a afirmação de que não só a subida de divisão tem por *objecto* um acto da Administração Pública, como é *objectivo* desse procedimento à prática desse mesmo acto ([13]).

Pode dizer-se, em jeito sumário, que a *subida de divisão*, enquanto *procedimento administrativo*, se pode definir como *sequência juridicamente ordenada de actos e formalidades tendentes à preparação da prática de um acto da LPFP, enquanto órgão da Federação Portuguesa de Futebol*([14])

2.1. O direito à subida de divisão – noção, fundamento e natureza jurídica

2.1.1. O direito abstracto à subida de divisão vs direito concreto à subida de divisão

A compreensão do verdadeiro conteúdo do direito à subida de de divisão exige uma distinção preliminar entre o *direito abstracto à subida de divisão* e o *direito concreto à subida de divisão*.

Com efeito, será normal que, num primeiro impacto com a temática do direito à subida de divisão, se interrogue: *mas não terão todos os clubes um direito à subida de divisão*? Actualmente, salvo os clubes da I Liga que pela simples razão de estarem no topo da hierarquia de escalões do

([12]) Cfr. *O Exercício de Poderes Públicos de Autoridade por Entidades Privadas com Funções Administrativas*, Almedina, Coimbra, 2005, p. 285.

([13]) Atente-se que, como veremos *infra*, o exercício do direito à subida de divisão é o *elemento teleológico* do procedimento da subida de divisão

([14]) Doravante, FPF.

futebol português, todos os clubes do futebol português se podem dizer que têm o *direito* a poder ascender de divisão. Este direito é, contudo, um *direito abstracto*, ou seja, não um direito efectivo à subida, mas tão só um direito à possibilidade de ser promovido.

A referência, hoje, a um direito abstracto à subida de divisão tem apenas um interesse meramente teórico, em face do regime jurídico promoção de clubes no nosso futebol profissional. Assim, a referência ao direito abstracto à subida de divisão apresenta, entre nós, todo um interesse prático entre os anos 1999 e 2007, período em que às equipas B, então a disputar o campeonato da II Divisão B, não era reconhecido esse direito. Com efeito, dispunha o ponto 801.11, alínea b), do Regulamento específico para a inscrição de equipas "B", dos clubes que disputam o campeonato nacional da I Liga no campeonato nacional da II Liga ([15]), que "*No caso da equipa "B" obter classificação que desportivamente lhe confira o acesso à II Liga, o direito à subida será atribuído ao clube imediatamente melhor classificado, ficando, no entanto, incluída na descida à III Divisão, podendo voltar a subir à II Divisão B*".

Há, contudo, que distinguir aquele *direito abstracto* do *direito concreto à subida de divisão*, figura que convoca aqui a nossa especial atenção. Neste contexto, uma coisa é um clube ter o direito a poder subir de divisão, isto é, ser juridicamente possível a sua promoção a uma divisão superior. Outra coisa bem distinta é esse clube adquirir concretamente o direito à subida de divisão, isto é o direito a participar nas competições do escalão imediatamente superior. É este chamado direito concreto à subida de divisão a figura jurídica que protagonizará a discussão a que se reservam as próximas linhas.

([15]) Diploma publicado mediante Comunicado Oficial da FPF Nº 14 de, de 6 de Agosto de 1999 e Revogado através do Comunicado Oficial da mesma federação Nº 442 de 20 de Junho de 2007, mantendo-se, todavia, em vigor para o Marítimo "B".

2.1.2. Noção

A aquisição do *direito à subida de divisão* ([16]), baptizado pelo legislador desportivo de "*direito a ascender*" ([17]), é o primeiro pressuposto para um clube a subir de divisão ([18]).

Com efeito, o susbtracto do direito à subida de divisão identifica-se com a obtenção de uma classificação reputada pelos regulamentos desportivos aplicáveis como suficiente para lograr a ascensão à divisão imediatamente superior. Neste sentido, no que tange à subida à II Liga Portuguesa, dispõe o art.º 100.º, 1.ª parte, do Regulamento de Competições Organizadas pela LPFP ([19]) que dispõe o seguinte "*Sobem à II Liga na época desportiva seguinte os dois clubes qualificados no Campeonato Nacional da II Divisão […]*", esclarecendo ainda o ponto 401 do Regulamento das Provas Oficiais de Futebol de Onze – Campeonato Nacional da II Divisão que "*A Segunda Fase é composta pelas três (3) Equipas classificadas no primeiro lugar de cada uma das Zonas (Norte, Centro e Sul) que jogam entre si a duas voltas para apurar o Campeão da II Divisão e a Equipa 2.ª classificada, as quais sobem à II Liga na época seguinte*". Já no que concerne à subida à I Liga, dispõe a 1.ª parte do n.º 1 do art.º 96,º do RC: "*Sobem à I Liga na época desportiva seguinte os dois primeiros clubes classificados na tabela classificativa da II Liga*".

Cura-se, como é bom de ver, de um *direito de formação desportiva*, isto é, que se adquire "no terreno de jogo" em função dos resultados desportivos. O legislador desportivo valora, deste modo, o mérito desportivo das equipas, atribuindo

([16]) Com esta terminologia, cfr. SÉRGIO MONTEIRO, "Entrada das Equipas B...", p. 36.

([17]) Cfr. art.º 100.º, nº 3 do Regulamento de Competições Organizadas pela LPFP. O Regulamento específico de inscrição e participação de equipas "B" na II Liga por clubes da I Liga, ainda em vigor, como se referiu, para o Marítimo "B", utiliza na alínea b) do ponto 811.11 a expressão "*direito à subida*".

([18]) Apesar de não constituir, como *infra* veremos, titulo bastante para operar *de per si* a promoção de um clube.

([19]) Doravante, RC.

tutela jurídica a um *facto desportivo* relevante ([20]) – a posição final na tabela classificativa.

2.1.3. Fundamento

O direito à subida de divisão, nos contornos em que os regulamentos desportivos traçam o procedimento da sua aquisição, tem como fundamento dogmático o *princípio jurídico da promoção-despromoção em função do mérito desportivo* ([21]), isto é, "*atendendo à sua classificação desportiva*", servindo-nos da expressão de MARIA JOSÉ CARVALHO ([22]). Como tal, a *ratio legis* subjacente ao regime jurídico da subida de divisão no futebol português profissional parte do pressuposto de que uma equipa deverá subir sempre por *causa* dos seus resultados desportivos, exigindo sempre uma causa meritória para que se verifique a ascensão da equipa ao escalão superior. Por esta razão, a *aquisição direito à subida de divisão* é o *elemento causal* do procedimento administrativo de subida de divisão.

E não se olvida do véu de juridicidade de que se reveste aquele princípio, porquanto o mesmo emana, desde logo, do facto de as normas das quais o mesmo decorre constituírem *normas jurídicas* e não regras meramente técnicas. Com efeito é sabido que todas as modalidades detêm regras próprias – as denominadas "leis do jogo" – as quais constituem a nótula distintiva de cada uma dessas modalidades ([23]). Estas normas ou quando muito muitas delas não são jurídicas, sendo antes *normas técnicas* ([24]).

O princípio da promoção e despromoção em função do mérito desportivo é tido como uma das traves mestras do Modelo Europeu do Desporto ([25]). Com efeito, a vigência de um sistema de competições aberto nos termos do qual as equipas transitam entre as várias divisões existentes nas diversas modalidades prima pela protecção e promoção do êxito e da rentabilidade desportiva em detrimento da máxima rentabilidade económica, um dos objectivos do sistema de competições fechadas típicas do Modelo Americano de Desporto ([26]).

2.1.4. Aquisição e perda do direito à subida de divisão

A *aquisição originária* ([27]) do direito à subida de divisão não é uma situação jurídica que, entre o momento em que tem lugar e o momento em que é exercido esse direito, possa ser considerada intocável.

Podem, portanto, ocorrer situações ulteriores a essa mesma aquisição que importem a *perda superveniente* ([28]) *do direito à subida de divisão.*

([20]) Por isso a classificação desportiva é, como infra teremos oportunidade de constatar, o *facto jurídico* da relação jurídica que se estabelece entre o clube com direito à subida de divisão e a FPF.

([21]) Com esta terminologia, cfr. SÉRGIO MONTEIRO, "Entrada das equipas B..., p. 36; "O alargamento da I Liga e a justiça: uma mistura indigesta" in *Semanário Grande Porto*, Ano III, edição 141, 9 de Março de 2012, p. 25; "O alargamento da Liga e o estrangulamento da lei", in Público, Ano XXIII, n.º 8010, p. 35; "A ilegalidade do alargamento da I Liga", in *O Primeiro de Janeiro*, Ano CXLIV, nº 75, 16 março de 2012, p. 5, disponível in http://www.oprimeirodejaneiro.pt/edicoes/2659.pdf.

([22]) Cfr. *Elementos Estruturantes do Regime Jurídico do Desporto em Portugal*, Porto, 2007, cit. pp. 43-44.

([23]) Cfr. A. CAMPS POVILL, *Las Federaciones Deportivas*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 245 ss.

([24]) Neste sentido, P. MARBURGUER, *Die Regeln der Technik im Recht*, Köln, 1979, p. 303; PEDRO GONÇALVES, "Imputação ao Gil Vicente FC de infracção disciplinar muito grave consistente na violação do art.º 63.º do Regulamento Disciplinar da Liga Portuguesa de Futebol Profissional", in *Desporto & Direito*, *Revista Jurídica do Desporto*, Ano V, N.º 13, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 103-104.

([25]) Cfr. MARIA JOSÉ CARVALHO, *Elementos...*, p. 46; SÉRGIO MONTEIRO, "Entrada das equipas B...", p. 36.

([26]) Advogando que o sistema da promoção-despromoção promove uma melhor gestão uma melhor gestão dos clubes profissionais e das ligas europeias, cfr. MICHAEL DREWES, "Competition and Efficiency in Professional Sports", in *European Sport Management Quartely*, 2003, n.º 3, pp. 240-252.

([27]) A classificação *originária* visa referir-se aos casos em se trata da primeira aquisição do direito à subida de divisão, findo o campeonato.

([28]) A aquisição superveniente do direito à subida de divisão compreende-se por contraposição à aquisição originária desse direito. A *superveniência* a que nos reportamos justifica-se pelo facto da aquisição do direito à subida de divisão ocorrer já num momento ulterior tendo já decorrido um procedimento administrativo de subida de divisão que não culminou com a promoção do que clube que *originariamente* adquiriu aquele direito.

São elas, designadamente: a punição disciplinar do clube titular do direito com sanção de *desclassificação*, *baixa de divisão*, ou de exclusão das competições profissionais; a *rejeição* da candidatura de inscrição do clube no escalão para o qual aquele direito o habilita a ascender; o *não exercício por inércia do clube* ou *renúncia expressa* ao direito à subida de divisão.

A perda superveniente do direito à subida de divisão por determinado clube, importará *ope legis*, a *aquisição superveniente* desse direito por um outro clube ([29]).

2.1.5. Natureza jurídica

As considerações tecidas até agora, não permitem, todavia, descortinar cabalmente a verdadeira natureza jurídica do direito à subida de divisão.

Fazendo o ponto da situação: sabemos já que o direito à subida de divisão é um *direito* que se *adquire desportivamente*, dogmaticamente fundado no *princípio jurídico da promoção-despromoção em função do mérito desportivo*. Urge então questionar – *que direito é este*?; *dirige-se a quem*?; *qual o seu conteúdo*?

A exploração da verdadeira textura do direito à subida de divisão não dispensa um enfoque prévio no *tipo de relação jurídica* que se estabelece no âmbito do procedimento administrativo de promoção dos clubes.

Ora, a relação jurídica que emerge no mecanismo de subida de divisão é uma *relação jurídica administrativa*, na medida em que se estabelece entre uma pessoa colectiva de direito privado com poderes públicos (a LPFP) e uma pessoa colectiva de direito privado (um clube) ([30]).

Como em qualquer relação jurídica, também na relação jurídica que se estabelece na promoção de clubes, são possíveis identificar quatro elementos:

a) *sujeitos*;

b) *objecto*;

c) *facto jurídico*;

d) *garantia*.

Neste tipo relação de relação jurídica, o sujeito activo é o *clube*, enquanto que o sujeito passivo é a *LPFP*. Nestes termos, o clube adquire o direito à subida de divisão. Cura-se de um de um verdadeiro *direito subjectivo*, na medida em que consiste no "*poder jurídico reconhecido pela ordem jurídica* ([31]), *de livremente exigir ou pretender de outrem* [FPF, por meio da LPFP] *um comportamento positivo* [a aceitação da inscrição do clube titular do direito no escalão para o qual este está juridicamente habilitado a transitar]" ([32]).

Do conteúdo do poder jurídico intrínseco ao direito à subida de divisão resulta uma *obrigação* ou *dever jurídico* que impende sobre a FPF de admitir, por meio da LPFP, a inscrição do clube com o direito subjectivo à subida de divisão.

No seguimento da análise da relação jurídica que se estabelece no fenómeno da subida de

([29]) Embora não decorra expressamente da lei, a *aquisição superveniente do direito à subida de divisão* na situação enunciada, far-se-á, segundo o disposto nos artigos 96.º, n.ºs 3 e 4 e 100.º, nºs 3, 4 e 5 do RC, aplicáveis por analogia. Argumentamos esta solução no ponto 2.1.5..

([30]) Esta relação enquadra-se no conceito de *relação desportiva em sentido amplo*, relação que abarca quer as relações do atleta com o seu clube, associação ou federação, dentro ou fora da competição, mas igualmente todas aquelas que se estabeleçam entre todos os demais actores. Para uma caracterização daquele conceito, *vide* JOÃO DE MELO ALEXANDRINO, "Direitos, Liberdades e Garantias na Relação Desportiva", versão ampliada da lição proferida em 26 de Maio de 2008, no âmbito do *Curso sobre Direito do Desporto*, organizado pelo Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito de Lisboa (entre os dias 26 e 30 de Maio de 2008), sob a coordenação do Prof. Fausto de Quadros, pp. 2-3, disponível in www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/ Alexandrino08.pdf.

([31]) Concretamente pelo RC.

([32]) Adaptámos aqui as palavras de CARLOS MOTA PINTO (*Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, cit. p. 178), a respeito da definição de direito subjectivo.

divisão, deparamo-nos também com outro elemento: o *objecto*. O objecto é o *quid* sobre que incide a relação jurídica, que neste caso é a *promoção* do clube em si mesma.

Por sua vez, *facto jurídico* da relação jurídica sob escrutínio é a obtenção de classificação desportiva considerada pelos regulamentos desportivos como necessária para adquirir o direito à subida de divisão.

Por último, como quarto elemento da relação jurídica em análise, temos a *garantia* ([33]), conjunto de providências coercitivas, ao dispor do clube titular do direito à subida de divisão, lesado pela FPF, que não cumpriu, por intermédio da LPFP, o dever de admissão da inscrição daquele clube no escalão para o qual aquele direito o habilita a transitar.

Realizado um curto enfoque sobre a estrutura da relação jurídica que se desenvolve no procedimento da subida de divisão, cabe-nos pronunciar-nos sobre a natureza jurídica do direito à subida de divisão.

a) O direito à subida de divisão é um *poder jurídico reconhecido pela ordem jurídica,* pois comunga de uma faculdade estatuída por normas jurídicas (cfr. arts. 96º, nº 2, 100º, 1.ª parte e ponto 401 do Regulamento das Provas Oficiais de Futebol de Onze – Campeonato Nacional da II Divisão), que consiste em exigir à FPF que admita, por intermédio da LPFP, a sua participação nas competições do escalão superior na época seguinte.

b) Esse poder não é *de exercício obrigatório*, ou seja, adquirindo um clube o direito à subida de divisão, não está obrigado a exercê-lo. É, portanto de *livre exercício* ([34]). Pode, assim, o clube titular do direito à subida de divisão não prover ao seu exercício ou mesmo renunciar ao referido direito. No entanto, depara-se-nos aqui um problema, criado por uma lacuna da lei. *Quid Juris* se um clube com direito à subida de divisão, todavia não o exercer ou ao mesmo renunciar? Que clube ocupará a vaga deixada em aberto? A legislação aplicável ao futebol profissional português não nos oferece uma resposta expressa. Facilmente se chega, no entanto, por via da analogia, aplicação da solução vertida nos nºs 4 e 5 do art.º 96º, e dos nºs 3, 4 e 5 do art.º 100º, do RC, cuja letra passamos, de imediato, a transcrever.

"Artigo 96.º

Subidas e descidas

4. Se um ou mais clubes da I Liga não reunirem os requisitos legais e regulamentares estabelecidos para essa competição serão relegados para a competição inferior ou delas excluídos caso não preencham os pressupostos exigíveis, **sendo as vagas preenchidas por clubes da I Liga melhor classificados na época**.

5. Se um clube da I Liga for punido disciplinarmente com as sanções de desclassificação, baixa de divisão, ou de exclusão das competições profissionais, a vaga será preenchida **nos termos do número anterior**.

Artigo 100.º

Subidas e descidas

3. Se um ou mais clubes da II Divisão que tenham desportivamente obtido o direito a ascender não reunirem os requisitos legais e regulamentares estabelecidos, ficam impedidos de participar nessa competição, **sendo as vagas preenchidas pelo clube ou clubes da II Liga melhor classificados nos lugares de descida nos termos do número anterior**.

4. Se um ou mais clubes da II Liga não reunir os pressupostos legais e regulamentares ficam impedidos de participar nessa competição, sendo as vagas preenchidas pela mesma forma prevista no número anterior.

5. Se um clube da II Liga for punido disciplinarmente com as sanções de desclassificação, baixa de divisão ou de exclusão das competições profissionais, **vaga será**

([33]) Trataremos deste assunto no ponto 3.

([34]) Embora essa liberdade não seja total, como *infra* daremos conta.

> **preenchida nos termos dos números anteriores**. (sublinhado nosso)."

A aplicação da solução avançada pelos preceitos *supra* citados encontra justificação no facto de a renúncia ao direito à subida de divisão e de o seu não exercício constituírem situações que apresentam particular semelhança com aquelas que são tratadas por aqueles normativos. Ora, em todas essas hipóteses há um *facto que obsta à participação do clube adquirente do direito à subida de divisão no escalão superior* (*v.g.* falta de pressupostos legais e regulamentares exigidos, sanção de desclassificação, baixa de divisão ou desclassificação das competições profissionais). É isso que sucede igualmente quando um clube prescinde do exercício do direito à subida de divisão, quer porque não promove o seu exercício, quer porque renúncia expressamente ao mesmo, uma vez que o exercício daquele direito é pressuposto constitutivo da subida de divisão.

Nestas hipóteses, o clube que não exerceu ou renunciou ao direito à subida de divisão *perde* o referido direito, sendo este adquirido por outro clube que preencha os requisitos acima referidos. O *não exercício* ou a *renúncia* ao direito a ascender produzem o efeito de "*perda do direito*" (*Verwirkung*), que a lei, aplicada por analogia, em face de uma abdicação do clube (expressa ou tácita, respectivamente) ao direito à subida de divisão, impõe em homenagem ao *princípio da promoção e despromoção em função do mérito desportivo*. Obstando a renúncia ou o não exercício do direito à subida de divisão à promoção do clube originariamente adquirente daquele direito, há que atribui-lo supervenientemente ao clube do escalão para o qual a promoção a promoção se dará, melhor classificado nos lugares de despromoção. Esta é, na nossa óptica, a solução mais concertada entre os interesses da *segurança jurídica* e a salvaguarda do *princípio da promoção e despromoção em função do mérito desportivo*.

c) Trata-se de um *direito subjectivo à prática de um acto administrativo*. O clube que exerce o direito à subida de divisão pretende é a admissão pela LPFP, enquanto órgão da FPF, da sua inscrição no escalão para o qual o mesmo o habilita a transitar. Esse acto de admissão da inscrição a pratica pela LPFP, dado que é um acto unilateral praticado por uma federação desportiva no exercício de prerrogativas de autoridade pública, tem a natureza de *acto administrativo*.

2.2. Condições para o exercício do direito à subida de divisão

O segundo pressuposto do conceito de subida de divisão é, como acima fizemos referência, a satisfação das *condições legais e regulamentares estabelecidas para a competição a disputar na divisão para a qual o clube é promovido*.

Como tal, para que um clube seja promovido quer à II Liga, quer à I Liga, além de ter adquirido desportivamente o *direito à subida de divisão*, deve satisfazer aqueles requisitos por força dos arts. 96.º, n.º 1, *in fine* e 100.º, n.º 1, in fine, do RC, respectivamente. Entre esses requisitos registam-se dois tipos:

a) Os ***pressupostos financeiros*** – cumprimento, por parte do clube, das obrigações previstas nas alíneas a) a e) do art.º 12.º do Decreto-Lei n.º 303/99, de 6 de Agosto.

b) Apresentação, por banda do clube, do *impresso discriminativo do seu plantel de jogadores* ou *a sua apresentação incluindo um número de jogadores seniores sob contrato, devidamente registados na Liga PFP e licenciados, não inferior a doze* ([35]).

c) Na candidatura de inscrição no escalão superior, o clube com direito à subida de divisão deverá juntar ainda, no caso de não ser associado

([35]) Comunicado oficial n.º 1 da LPFP na época 2011/2012.

da LPFP, *requerimento* a solicitar a *adesão* à mesma (art.º 4.º, n.º 1 do Regulamento Geral da LPFP).

Embora possa parecer que este pressuposto é autónomo do pressuposto da aquisição do direito à subida de divisão, tal não é correcto afirmar-se. Esta é uma conclusão a que é fácil de se chegar. Vejamos. Se certo clube adquire o direito à subida de divisão mas o direito positivo não o autoriza a conseguir a produção dos respectivos efeitos jurídicos, exigindo a observância de outros requisitos, é porque o direito de subida padece de uma *dependência funcional* em relação a esses mesmos requisitos.

Com efeito, sendo o direito à subida de divisão um direito subjectivo, como temos vindo a defender, há que ressalvar que não se trata, todavia, de um direito subjectivo pleno ([36]). O direito à subida de divisão assume-se, assim como um *direito limitado ou condicionado*, na medida em que não goza de uma tutela plena. Constitui – usando da terminologia de VIEIRA DE ANDRADE ([37]) – um *direito condicionado em sentido estrito*, dado que está sujeito a uma actuação procedimental integrativa da respectiva eficácia, nomeadamente o cumprimento dos pressupostos legais e regulamentares exigidos para que o clube possa participar na competição para está habilitado a ascender, sem o qual o direito à subida de divisão, não obstante adquirido, é ineficaz e não pode, como tal, ser exercido. Por este motivo, se pode dizer que as condições do exercício do direito à subida de divisão constituem o *elemento instrumental* do procedimento administrativo da subida de divisão.

Neste prisma, vê-se que o direito à subida de divisão não goza de uma *eficácia automática*, mas *deferida* ao momento do cumprimento pelo clube titular do mesmo, de determinados pressupostos legais e regulamentares. Com esse cumprimento, aquele direito adquire eficácia. No entanto, não adquire toda a eficácia que o direito é idóneo a produzir, mas tão-só aquela estritamente necessária para o seu titular, em momento próprio, o poder exercer.

Assim, a atribuição de eficácia ao direito à subida de divisão, proporcionada pelo acatamento daqueles pressupostos apenas significa que a obrigação correlativa que impende sobre o seu destinatário – a FPF, representada para esse efeito pela LPFP – é já objecto de protecção jurídica. Ou seja, o que era um direito "fraco", sem qualquer tutela jurídica, goza agora do reconhecimento e protecção do ordenamento jurídico bem como da faculdade de vir a ser exercido no período que para tal vier a ser determinado. Deste modo, com a satisfação do segundo elemento da subida de divisão, dá-se o reconhecimento de uma *obrigação condicional*, dado que a respectiva exigibilidade está dependente de um evento futuro e incerto, a promoção do exercício do direito à subida de divisão pelo clube titular do mesmo. A referida promoção é a apresentação à LPFP de candidatura de inscrição, que deve assim ser entendida como a manifestação da intenção de exercer o direito à subida de divisão. Esta intenção mostra-se, todavia, insuficiente para lograr o exercício efectivo do direito à subida de divisão. Este aspecto contente, porém, com uma temática para cujo tratamento se reserva o próximo ponto.

2.3. Exercício do direito à subida de divisão

Por último, surge como pressuposto constitutivo da subida de divisão, o *exercício* do direito à subida de divisão. Trata-se do *elemento teleológico* da subida de divisão, na medida em que se efectiva com a admissão da inscrição, no escalão superior, do clube com direito à promoção. Em bom rigor jurídico, é precisamente esse acto que se visa obter nesse procedimento administrativo.

([36]) Pondo em relevo a possibilidade de existência de direitos subjectivos que não o são na sua plenitude, cfr. VIEIRA DE ANDRADE, *Lições de Direito Administrativo*, Imprensa da Universidade, Coimbra, 2010, p. 61.

([37]) Cfr. *Lições...*, p. 61. Socorremo-nos de nomenclatura que o Autor citado utiliza fora do contexto do tema que aqui abordamos.

Vimos já que aquisição do direito à subida de divisão é insuficiente para *de per si* lograr a produção dos respectivos efeitos jurídicos, sendo necessário o cumprimento de determinadas obrigações legais e regulamentares exigidas para a participação do clube titular do mesmo, na divisão superior. Cumpridas as obrigações referidas, o direito à subida de divisão passa a estar dotado alguma eficácia jurídica, restrita à possibilidade de exercício no período que vier a ser estabelecido.

Tem o direito à subida de divisão que ser obrigatoriamente exercido? Já vimos que não. Vigora, assim, em sede de exercício do direito à subida de divisão o *princípio da liberdade de exercício*. No entanto, este princípio encontra uma restrição no facto de a efectivação do seu exercício estar dependente da actuação da LPFP, que terá que aceitar a candidatura de inscrição do clube titular do direito à subida à divisão na divisão superior.

Assim, o direito à subida de divisão não inteiramente de *livre exercício*, como *supra* referimos. A única liberdade que o clube titular do direito à subida de divisão tem é de decidir sobre a adopção da promoção do exercício do direito. E aqui o clube tem *latu sensu* duas possibilidades. Vejamos.

1. *Promoção do exercício do exercício do direito à subida de divisão*. O clube titular do direito à subida de divisão terá que apresentar á LPFP candidatura de inscrição no escalão para o qual aquele direito o habilita legalmente a ascender.

2. *Não promoção do exercício do direito à subida de divisão*. Aqui o clube com direito à promoção tem duas hipóteses.

2.1. *Inércia do clube*. O clube não apresenta a referida candidatura à LPFP.

2.2. *Renúncia do clube ao direito à subida de divisão*. O clube renuncia expressamente ao direito à subida de divisão, isto é abdica, mediante comunicado expresso à LPFP, da faculdade de o exercer.

Ora, tudo isto conduz à conclusão que o direito à subida de divisão é igualmente um *direito comprimido* ([38]), dado que carece de uma intervenção administrativa que permita o seu efectivo exercício ([39]), isto é, a aceitação da inscrição do clube titular do mesmo, por parte da LPFP ([40]). É, precisamente, com essa intervenção que se consolida o exercício do direito à subida de divisão, pois é apenas a partir desse momento que o clube se considera, em termos jurídicos, promovido.

3. Incumprimento e meios processuais de reacção

A consolidação do exercício do direito à subida de divisão está, como vimos, dependente da intervenção da LPFP que terá que aceitar a inscrição do clube titular do direito à subida de divisão, no escalão para o qual aquele direito o habilita legalmente a ascender. No entanto, este traço do regime de exercício do direito à subida de divisão não tem a relevância prática que à partida poderia parecer em termos de condicionar o exercício do referido direito pelos clubes que o adquirem. Isto, porque aceitação da referida candidatura constitui um *acto administrativo vinculado perante a lei* (um acto de conteúdo devido) ([41]) e não um acto discricionário. Como tal, nas situações em que o clube que apresenta candidatura de inscrição é titular do direito à subida de divisão, tendo inclusive o mesmo satisfeito os requisitos necessários para o seu exercício, a LPFP, estando vinculada ao *princípio da legalidade* ([42]), não tem o poder jurídico de decidir

([38]) A qualificação é de VIEIRA DE ANDRADE, *Lições*...,p. 62.

([39]) Cfr. VIEIRA DE ANDRADE, *Lições*..., p. 62.

([40]) O que, como iremos estudar de seguida, constitui um acto administrativo.

([41]) A expressão é da autoria de VIEIRA DE ANDRADE, *Justiça Administrativa*, Almedina, Coimbra, 2006, p. 236.

([42]) Cfr. art.º 3.º do Código de Procedimento Administrativo.

admitir ou não a referida candidatura, estando na verdade obrigada a admiti-la ([43])!

Os estudiosos poderão, todavia, colocar a seguinte questão: *e se a LPFP rejeitar ou por e simplesmente não se pronunciar sobre a candidatura de inscrição de um clube nas condições acima assinaladas*? O problema reveste-se mais de um interesse meramente académico do que propriamente prático, porquanto não é crível tal que venha a suceder.

Transgredindo a legalidade, o clube lesado teria a faculdade de recorrer quer justiça desportiva, quer à justiça administrativa.

a) Poderia, desde logo, interpor *recurso* da decisão que indefere a candidatura de inscrição, para o Conselho de Justiça da FPF [art.º 10º, alínea b), do Regimento do Conselho de Justiça da FPF].

b) Poderia inclusive recorrer aos Tribunais Administrativos, a isso não obstando o limite imposto pelo artigo 18.º, n.º 2 da Lei da Actividade Física e do Desporto ([44]), nos termos da qual "*não são susceptíveis de recurso fora das instâncias competentes na ordem desportiva as decisões e deliberações estritamente desportivas*", dado que estão em causa normas jurídicas e não meramente técnicas.

A propósito, há que atentar no disposto no art.º 19.º, n.º1 da LBAFD: *"[o] estatuto de utilidade pública desportiva confere a uma federação desportiva a competência para o exercício, em exclusivo, por modalidade ou conjunto de modalidades, de poderes regulamentares, disciplinares e outros de natureza pública, bem como a titularidade dos direitos e poderes especialmente previstos na lei*". Releva ainda, neste contexto, o art.º 11.º do Regime Jurídico das Federações Desportivas 2008, onde se pode ler que *"[t]em natureza pública os poderes das federações desportivas exercidos no âmbito da regulamentação e disciplina da respectiva modalidade que, para tanto, lhe sejam conferidos por lei"*. Finalmente, mostra-se relevante ainda o art.º 12.º do mesmo diploma, o qual reza assim: "O*s litígios emergentes dos actos e omissões dos órgãos das federações desportivas, no âmbito do exercício dos poderes públicos, estão sujeitos às normas do contencioso administrativo […]* ([45]).

Como tal, o clube a quem fora ilegitimamente rejeitada a inscrição no escalão para o qual tinha o direito a transitar poderia intentar *acção administrativa especial de condenação à prática do acto administrativo devido*, prevista no artigo 66.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos ([46]) contra a FPF e a LPFP (cfr. art.º 10.º, n.º 2, do CPT).

Com efeito, nas situações sob a nossa análise estão preenchidos os pressupostos exigidos para o clube recorrer à acção acima referida.

1. Exige-se sempre um *requerimento* (candidatura de inscrição) do interessado (clube) ao órgão competente (LPFP), com o bejctivo de obter a prática de um *acto administrativo* (aceitação da inscrição) [cfr. art.º 67.º, n.º 1, alínea a), 1.ª parte, do CPTA].

2. É necessária a *omissão da prática do acto requerido* (aceitação da inscrição) no prazo legalmente estabelecido para a decisão [cfr. art.º 67.º, n.º 1, alínea a), 2.ª parte, do CPTA]. Nesta situação tem cabimento o caso em que apresentada a candidatura de inscrição, a LPFP não se pronuncia sobre a mesma.

3. Ou, a *recusa da prática do acto devido*, ou seja, o indeferimento expresso, total e directo, da pretensão substantiva ([47]) (rejeição da inscrição) [cfr. art.º 67.º, n.º1, alínea b), do CPTA]. Integra-se

([43]) Não se esqueça que essa obrigação resulta correlativa do direito à subida de divisão.

([44]) Doravante, LBAFD.

([45]) No mesmo sentido, cfr. o art.º 18.º, n.º 1 da LBAFD.

([46]) Doravante, CPTA.

([47]) Cfr. VIEIRA DE ANDRADE, *Justiça Administrativa*, cit. p. 238.

aqui a rejeição da inscrição do clube na divisão para a qual tem o direito de ser promovido.

4. Ou ainda, a *recusa de apreciação do requerimento*. Esta situação não foi acima equacionada.

Corresponderia no caso em apreço à situação em que a LPFP rejeita receber a candidatura de inscrição de um clube com direito à subida de divisão. Nega-se, portanto, *in limine*, a analisá-la.

O Autor

Sérgio Monteiro é Advogado-Estagiário e Mestrando em Ciências Jurídico-Processuais.

I. Formação Académica

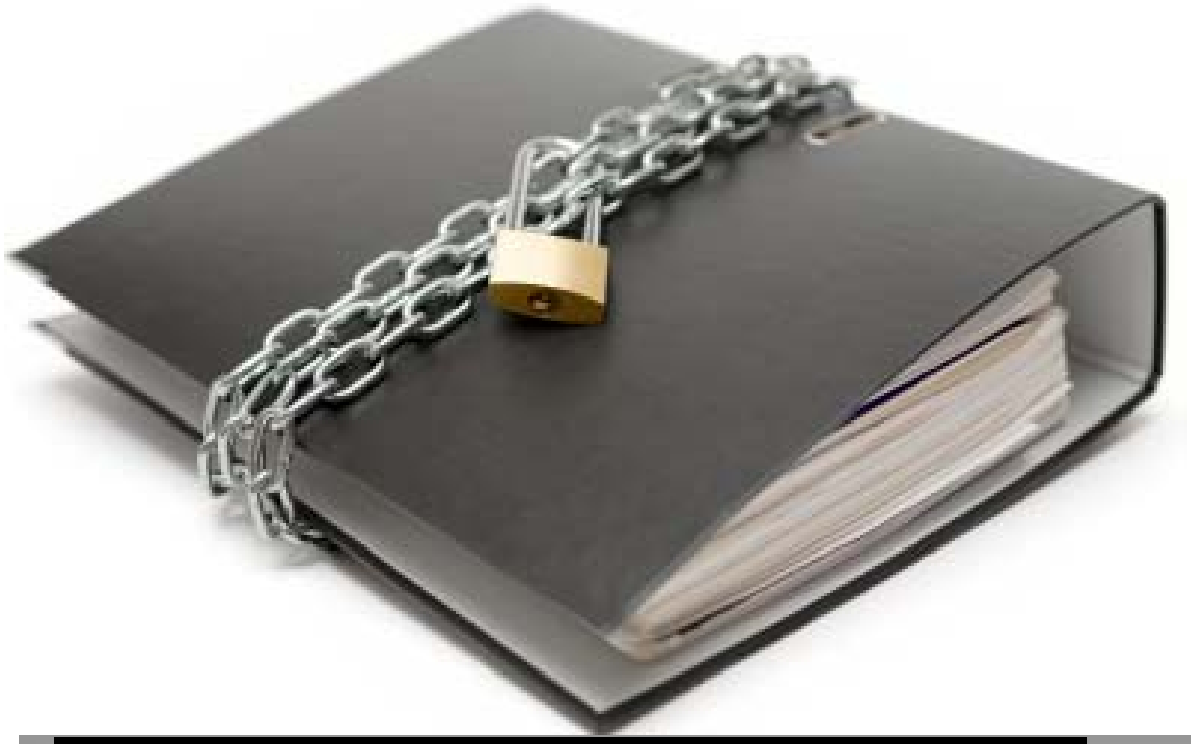
Licenciado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Mestrando em Ciências Jurídico-Processuais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Advogado-Estagiário

II. Trabalhos Científicos Publicados

1) "Caso Bellushi/Duarte Gomes - Responsabilidade Disciplinar do Árbitro por Comportamento Autoritário e Provocador", in *Desporto & Direito - Revista Jurídica do Desporto*, Ano VIII, N.º 24, pp. 429 ss..
2) "FC Porto pode poupar 20 mil euros graças a...Hulk Hulk Hulk", in *Colectividade Desportiva - um blog convidado do Público*, 23 de Fevereiro de 2012, disponível em http://colectividadedesportiva.blogspot.pt/2012/02/fc-porto-pode-poupar-20-mil-euros.html.
3) "Entrada das Equipas B na II Liga por porta inconstitucional", in *Público*, Ano XXII, n.º 7998, 2 de Março de 2012, p. 36.
4) "O alargamento da I Liga e a justiça: uma mistura indigesta" in *Semanário Grande Porto*, Ano III, edição 141, 9 de Março de 2012, p. 25.
5) "O alargamento da Liga e o estrangulamento da lei", in Público, Ano XXIII, n.º 8010, 14 de Março de 2012, p. 35.
6) "A ilegalidade do alargamento da I Liga", in O *Primeiro de Janeiro*, Ano CXLIV, nº 75, 16 março de 2012, p. 5.
7) "Um contributo ao estudo da génese do interesse processual no Direito Português", in *Jus Navigandi*, Teresina, Ano 17, N.º 3165, 1 mar. 2012, disponível em: http://jus.com.br/revista/texto/21190.
8) "O racismo no futebol e a (in)justiça da punição dos clubes", in O *Primeiro de Janeiro*, Ano CXLIV, N.º 92, 10 de Abril de 2012, p. 4, disponível em http://www.oprimeirodejaneiro.pt/edicoes/2676.pdf.



O Segredo de Justiça

Dissertação para obtenção do grau de Mestre em Direito

Valentim Matias Rodrigues
Oficial de Justiça
Mestre em Direito

Sumário:

1. *Introdução.* 1.1. Apresentação do Tema.
2. *Breve Referência Histórica.* 2.1. No Direito Antigo; 2.2. No Código Penal de 1852 e 1886; 2.3. O Nosso Código de Processo Penal de 1929; 2.4. O Código de Processo Penal de 1987.
3. *Noções de segredo de justiça.*
4. *Fundamento do segredo de justiça.*
5. *A Publicidade.* 5.1. A Publicidade Jornalística. 5.2. No Inquérito. 5.3. Na Instrução. 5.4. No julgamento.
6. *Decisão sujeita a validação.*
7. *Prazo para validação.* 7.1. Levantamento do Segredo de Justiça.
8. *Despachos recorríveis e irrecorríveis.*
9. *Vinculo dos sujeitos processuais.*
10. *Acesso ao conteúdo de autos e documentos.* 10.1. Inacessibilidade por quanto tempo? 10.1.1. A Doutrina. 10.1.2. A Jurisprudência. 10.2. Documentos em segredo de justiça. 10.3. Certidões.
11. *Violação do segredo.*
12. *Alterações no Anteprojecto e na Proposta* (art.os 86.º e 89.º).
13. *Constitucionalidade ou inconstitucionalidade?*
14. *Teses*
15. *Conclusão*
Bibliografia.

O SEGREDO DE JUSTIÇA

VALENTIM MATIAS RODRIGUES
Oficial de Justiça
Mestre em Direito

AGRADECIMENTOS:

Foram determinantes os ensinamentos dos professores de Direito e Processo Penal, transmitidos pelos Professores Doutores, Maria João Antunes e Pedro Caeiro, Mestres Sónia Fidalgo, Cláudia Santos e Nuno Brandão, este na qualidade de meu orientador.

Não posso deixar de esquecer e agradecer a todos os meus colegas de faculdade que me apoiaram e forneceram os apontamentos das aulas a que não pude assistir; aos colegas de trabalho que sempre comigo colaboraram, bem como aos Senhores Magistrados com quem tenho tido o prazer de trabalhar, sempre me encorajaram e incentivaram, a quem muito devo este passo; a todos os meus familiares mais próximos, porque isto de trabalhar, estudar e fazer a licenciatura na FDUC em tempo útil, é tarefa árdua.

A todos o meu muito obrigado.

Viseu, 30 de Março de 2009.

1. INTRODUÇÃO [(*)]

O trabalho que nos propomos apresentar sobre o *segredo de justiça*, pretende dar um contributo e discussão às recentes alterações legislativas introduzidas pela Lei 48/2007 de 29/08, vinte anos depois de ter sido aprovado o Código de Processo Penal de 1987.

Além de outras, as alterações aos art.ºs 86.º a 89.º do CPP foram aquelas que mais controvérsias têm gerado. Actualmente existe, na fase de inquérito um regime de publicidade, quando as normas do código sobre esta matéria estão pensadas para a gestão da publicidade na fase de audiência de julgamento.

O tema que iremos desenvolver, passou por várias metamorfoses até à versão final, surgindo na lei com uma redacção muito diferente daquela que foi apresentada publicamente no anteprojecto em Julho de 2007 e da proposta de Lei 109/X. Foi durante a votação na especialidade que a parte relacionada com o segredo de justiça e acesso aos autos foi alterado, convertendo aquilo que antes era excepção no inquérito, agora em regra. Para caracterizar tudo isto, em artigo publicado na RLJ, Costa Andrade afirma: «Não admira, por isso, que a reforma configure nesta parte um mosaico de impostações e uma espécie de palimpsesto de versões e contraversões» [1].

(*) Texto integral da Dissertação submetida para a obtenção do grau de Mestre em Direito – Especialização em Direito Penal, na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Orientador: Mestre Nuno Brandão.

[1] *Revista de Legislação e de Jurisprudência* n.º 3949, Março-Abril de 2008, pág. 229.

Tentaremos fazer uma resenha histórica do tema, as fases processuais, as regras do segredo de justiça, as excepções, a duração, a recorribilidade e a irrecorribilidade, os direitos dos sujeitos processuais, as principais alterações, a doutrina e a jurisprudência, a constitucionalidade e a inconstitucionalidade das normas.

1.1 . Apresentação do Tema

Versa este tema sobre segredo de justiça, mas afinal o que é o segredo?

Segredo é algo que é secreto, algo que não se deve dizer ou ser do conhecimento de outro. Temos vários tipos de segredos: o de confissão, o de Estado, o profissional, de justiça, entre outros, todos eles com enquadramento jurídico penal no nosso sistema.

O Código de Processo Penal de 1987, ao reformular as fases processuais e as formas de processo em relação ao diploma que o antecedeu, reorganizou igualmente o regime de sigilo a que se encontravam sujeitos os actos processuais. O regime do segredo de justiça que até então se desenhou para esse efeito no art.º 86.º, foi traçado no âmbito da Constituição de 1976, e conferido na tutela penal no art.º 419.º do C. Penal de 1982 e 371.º depois da reforma de 1995.

Agora, na fase de inquérito, se não houver nenhum impulso processual em contrário, há publicidade. O juiz não pode ele próprio, oficiosamente, fazer valer a regra do segredo de justiça.

Publicidade e segredo de justiça na revisão de 1998 sofreram alterações profundas, onde foram conciliados os interesses da investigação com o da presunção de inocência do arguido.

Com a revisão de 2007, o segredo de justiça foi colocado como excepção, quando antes era a regra, praticamente foi suprimido, houve uma compressão do segredo de justiça interno, fazendo intervir o juiz de instrução na definição do regime a aplicar.

Perante estas premissas deve ou não o segredo de justiça ser a regra?

É uma questão que não é consensual, à qual a doutrina e a jurisprudência têm respondido em função das normas em vigor. Sem prejuízo de outras opiniões, defendemos que, pelo menos, durante a fase de inquérito e instrução o segredo de justiça deve ser a regra, salvaguardando sempre os direitos de defesa do arguido, mas não esquecendo o interesse da investigação e o bom nome do arguido.

2. BREVE REFERÊNCIA HISTÓRICA

2.1. No Direito Antigo

O dever de guardar segredo para determinados grupos profissionais já vem de há muito, sendo o preceito conhecido mais antigo sobre o dever médico, cuja descrição se encontra num texto de aproximadamente 800 anos A.C [2]. O primeiro texto sobre o dever de segredo das profissões jurídicas remonta aos tempos da civilização romana. Com o decorrer do tempo, o segredo médico foi esvaecendo, apenas o tributo de Cícero fez uma pequena alusão ao segredo profissional médico, ensinamentos que foram retomados por São Tomé. No Séc. XVI, o Concílio de Trento [3] confirmava o segredo absoluto da confissão, que nunca poderia ser violado. No seguimento deste entendimento, o Parlamento de Paris em 23/10/1580 admitiu que os padres não são obrigados a depor sobre factos que tenham tido conhecimento sob segredo de confissão. No mesmo sentido temos hoje os art.ºs 135.º, 136.º e 137.º, do nosso C.P.P.

---

[2] RODRIGO SANTIAGO, *Crime de Violação de Segredo Profissional no C. Penal de 1982*, Livraria Almedina - Coimbra 1992, pág. 19 e ss.

[3] Décimo nono concílio ecuménico da Igreja Católica, anos 1545-47, 1551-52 e 1562-63.

No *ius positivum*, nas ordenações já se dava conta do célebre preceito de Zenão e de Cício [4], segundo o qual «se a natureza deu ao homem dois ouvidos mas apenas uma boca, foi com a finalidade que mais vale ouvir que falar ». Daí também se dizer que o silêncio é de ouro e a palavra de prata[5].

2.2. No Código Penal de 1852 e 1886

No Código de 1852 a violação do segredo de justiça, por parte de funcionário público que tenha tido conhecimento no exercício das suas funções, ou a entrega de documentos sujeitos a segredo, mesmo por cópia, de acordo com os art.ºs 289.º e 290.º era punida com pena de suspensão temporária e multa de 3 meses a 3 anos [6].

No Código Penal de 1886, o art.º 289.º foi objecto de reforma tendo havido um desagravamento no seu limite máximo da pena de multa, passando esta a ser de 3 meses a dois anos e no 290.º surge a prisão correccional até 6 meses e multa correspondente para funcionários [7].

As normas destes códigos só puniam funcionários e operadores judiciários, tendo-se esquecido de outros que tenham tido contacto com o processo.

2.3. O Código Processo Penal de 1929

O nosso Código de Processo Penal, iniciou-se em 1929, e este caracterizou-se por uma produção praticamente ininterrupta de novos diplomas legais em matéria de processo penal, umas vezes com o propósito de sancionar inovações a inscrever no próprio texto codificado, outras a engrossar o já incontrolável caudal de leis extravagantes.

Na vigência deste código imperava o segredo de justiça, e podia ler-se no seu art.º 70.º : O *processo penal é secreto até ser notificado o despacho de pronúncia ou equivalente ou até haver despacho definitivo que mande arquivar o processo.*

Têm obrigação de guardar segredo de justiça os magistrados que dirijam a instrução e os funcionários que nela participem.

§Iº No despacho da instrução preparatória, o processo poderá ser mostrado ao assistente e ao arguido, ou aos respectivos advogados, quando não houver inconveniente para a descoberta da verdade[8].

Nas alterações que teve em 1945 *a instrução preparatória era secreta*, assim como *as diligências efectuadas pela polícia judiciária, com destino à instrução preparatória de quaisquer processos, são de carácter secreto.*

Com as sucessivas alterações que sofreu, no que concerne ao segredo de justiça, foi aperfeiçoado, quer através de um complemento necessário de dispositivos, quer através de uma maior precisão definidora, orientada pela corrente doutrinal e jurisprudencial dominante. Com a reformulação do art.º 70.º, o segredo de justiça mantinha-se, relativamente a terceiros durante toda a instrução, terminando em relação ao arguido com o encerramento da instrução preparatória [9].

2.4. O Código Processo Penal de 1987

Após a revisão constitucional de 1982, o nosso processo penal, além de contemplar o segredo de justiça, a CRP veio também introduzir a estrutura acusatória.

O CPP de 1987, ao reformular as fases processuais e as formas de processo do código que o antecedeu «ficou estruturado em três fases –

[4] Filósofo Grego (335-264 a.C.).

[5] RODRIGO SANTIAGO, *ibidem, pág. 20 e ss.*

[6] RODRIGO SANTIAGO, *ibidem, pág. 21 e ss.*

[7] MAIA GONÇALVES, C. *Penal Português*, Almedina 1968, pág. 423.

[8] LAURENTINO DA SILVA ARAÚJO E GELÁSIO ROCHA, *Código de Processo Penal de 1929 anotado*, Livraria Almedina, pág. 187.

[9] LAURENTINO DA SILVA ARAÚJO E GELÁSIO ROCHA, *ibidem*, pág. 187 e ss. e MANUEL LOPES MAIA GONÇALVES, *CPP anotado e comentado*, Livraria Almedina de 1972, pág. 154.

inquérito, instrução e julgamento – tendo seguido um modelo em que as fases preliminares decorriam sob o princípio de exclusão da publicidade», e reorganizou igualmente o regime de sigilo a que se encontram sujeitos os actos processuais[10]. A CRP de 1976 no art.º 20.º n.º 3, deixou o caminho aberto para o segredo de justiça previsto no art.º 86.º do CPP, mas precedido pela tutela penal já conferido ao segredo de justiça no então art.º 419.º, do C. Penal e hoje 371.º.

Entendia-se que todo o inquérito e toda a instrução estavam cobertas pelo regime do segredo de justiça, enquanto que a fase de julgamento estava sujeita ao regime da publicidade. Esta corrente não era completamente exacta. Feita uma leitura atenta à lei processual penal vigente desde 1987, de acordo com a constituição e apoiada pela jurisprudência do Tribunal Constitucional, pôs-se em causa essa ideia absoluta do segredo de justiça durante as fases preliminares do processo penal, mesmo durante o inquérito.

Vedar o segredo de justiça, de acordo com o n.º 8 do art.º 86.º, acarreta proibições de diferente tipo: proibição de assistir à prática de actos, proibição de tomar conhecimento de conteúdos de acto e proibição de divulgar a ocorrência de acto processual ou dos seus termos.

Após a revisão de 1998, passou já a haver permissão da publicidade na fase instrutória, se esta tivesse sido só requerida pelo arguido e este, em requerimento, não declarasse que se opunha à publicidade, uma vez que nesta fase já não existiam preocupações de investigação, mantendo-se contudo o princípio da presunção da inocência do arguido caso este pretendesse que o segredo se mantivesse.

Antes da revisão de 2007, alguns juristas, entre os quais Daniel Proença de Carvalho já defendia que só excepcionalmente deveria existir segredo de justiça, em casos bem fundamentados pelo MP, ou seja, em certos processos e por um período limitado [11]. A solução adoptada na revisão do nosso código não andou longe disto.

Outros, como José Miguel Júdice [12], também defendiam a vigência do segredo até à «constituição de qualquer arguido», cessando com a constituição o segredo interno, excepto para certos crimes muito graves, mas devendo continuar o segredo de justiça externo, sendo a sua violação um crime.

Adelino Salvado [13] defendia a extinção do segredo de justiça quando as pessoas são constituídas arguidas, excepto em crimes de terrorismo, associação criminosa e rapto. Na sua opinião mais de 90% dos processos não exigiam segredo de justiça.

A ausência de segredo de justiça significa publicidade do inquérito, mas pode ser necessário negar a publicidade total de alguns actos processuais ou de todos, e então aí temos que propor que o inquérito seja vedado aos sujeitos processuais, mas essa iniciativa está hoje dependente da intervenção de outros sujeitos processuais, uma vez que não resulta de imposição directa da lei.

3. NOÇÕES DE SEGREDO DE JUSTIÇA

O termo segredo (do latim *secretum, arnum*) significa *coisa que deve conservar oculta aquele que a sabe*. Em processo penal o segredo não tem por finalidade ficar oculto, mas antes pelo contrário, trazer à luz aquilo que se desconhece [14].

[10] ANTÓNIO HENRIQUES GASPAR, *Processo Penal; Reforma ou Revisão; As Rupturas silenciosas*, RPCC, Ano 18, n.ºs 2 e 3, Abril – Setembro 2008, Coimbra Editora, pág. pág. 349.

[11] DANIEL PROENÇA DE CARVALHO, Entrevista ao Jornal Público de 12/12/2005, *apud*, VINÍCIO RIBEIRO, *CPP Notas e Comentários*, Coimbra Editora 2008, pág. 143.

[12] JOSÉ MIGUEL JÚDICE, *ROA*, ano 64, Nov. 2004, págs. 49 e 50, *apud*, VINÍCIO RIBEIRO, pág. 144.

[13] ADELINO SALVADO, Entrevista ao semanário Expresso de 14/08/2004, *apud*, VINÍCIO RIBEIRO, pág. 144.

[14] AGOSTINHO EIRAS, *Segredo de Justiça e Controlo de Dados Pessoais Informatizados*, Coimbra Editora, pág.*21*.

Segredo de justiça é também não divulgar o que se conhece e manter o processo fora do alcance de pessoas estranhas à investigação.

Na doutrina, e por influência da italiana encontramos diversas classificações de segredo de justiça[15]. Fala-se de segredo interno, aquele que é relativo ao processo, onde existe o conhecimento dos actos e resoluções judiciais pelas partes através da sua participação, e de segredo externo o extraprocessual, relacionado com quem não é parte no processo, todos os que são estranhos à respectiva relação processual, de proibição de conhecer, de tornar públicos os actos processuais. O primeiro está relacionado com os intervenientes processuais e o segundo com todos os cidadãos, quer o sejam ou não.

Uma das noções de segredo de justiça diz que «é a regra segundo a qual, aos sujeitos processuais não interessados ou a terceiros, é legalmente proibido conhecer o conteúdo dos actos e diligências praticadas no processo»[16].

Vinício Ribeiro, citando outros autores, define segredo de justiça como «o especial dever que são investidas determinadas pessoas que intervêm no processo penal, de não revelar factos ou conhecimentos que só em razão dessa qualidade adquiriram»; «entendemos por segredo interno a limitação de acesso dos sujeitos e participantes processuais aos elementos probatórios e de outro tipo constante dos autos, bem como a assistência pelos mesmos a certos actos e sua narração»[17].

A tópica *segredo de justiça* é inseparável do princípio da publicidade, e diz este princípio que a publicidade do processo penal tem como finalidade evitar a desconfiança da comunidade quanto ao funcionamento dos tribunais e realização da justiça. Este princípio manifesta-se sobretudo nos art.ºs 86.º e 321.º, do CPP. Isto significa que hoje, por norma, as audiências dos tribunais são públicas, ressalvadas as excepções previstas na lei, em que o público em geral pode assistir à realização de actos processuais – em nossa opinião somente julgamento.

Não se pode confundir "segredo de justiça" com ocultação pura e simples de inquérito.

Deve no entanto ter-se presente que os interesses ligados à reserva da intimidade da vida privada do arguido hão-de ser acautelados por merecerem igualmente tutela constitucional.

Para Simas Santos e Leal Henriques, o segredo de justiça deve ser observado sob vários âmbitos: subjectivo, objectivo e temporal [18].

No âmbito subjectivo, o segredo de justiça consiste numa obrigação de «non facere», é uma proibição que envolve em primeiro lugar todos os participantes processuais. Ficam vinculados ao segredo, não só os sujeitos processuais, os participantes no processo, assim como toda e qualquer pessoa que tenha contacto como o mesmo.

No âmbito objectivo, o segredo de justiça exprime-se também e sempre numa obrigação de «non facere», portanto numa proibição de assistência ou tomada de conhecimento e proibição de divulgação, de acordo com as als. a) e b), do n.º 8 do art.º 86.º, do CPP.

No âmbito temporal, o segredo de justiça durante o inquérito, e quando seja essa a opção tomada, mantém-se até à sua conclusão, podendo em qualquer altura, ser levantado oficiosamente pelo MP ou a requerimento do arguido, assistente ou ofendido.

---

[15] MEDINA SEIÇA, *Comentário Conimbricense ao CPP, Parte Especial*, Tomo III, cit. art.º 371, pág. 644, *apud* VINICIO RIBEIRO, pág. 156.

[16] AGOSTINHO EIRAS, *ibibem*, pág.*8, cit.* JOSÉ PIMENTA, *Introdução ao Processo Penal 1989*, pág. 236.

[17] VINICIO RIBEIRO , *ibidem*, pág. 152, cit. C.C. da P.G.R. parecer n.º 121/80 ; cit. André Lamas Leite *Segredo de Justiça Interno, Inquérito, Arguido e seus Direitos de Defesa*, *RCPP*, ano 16, n.º 4, Out. Dez. 2006, pág. 541.

[18] SIMAS SANTOS E LEAL HENRIQUES, *CPP anotado, Volume I,* 3 ª Edição 2008, Rei dos Livros, pág. 577.

4. FUNDAMENTO DO SEGREDO DE JUSTIÇA

O segredo de justiça visava a protecção da investigação, assim como ainda hoje, esta tem que decorrer com reserva de publicidade, porque ao suspeito pode não interessar a descoberta da verdade, mas sim o desaparecimento de todas as provas, ocultando-as, destruindo-as ou dificultando a obtenção dos factos criminosos.

A publicidade é defendida como um princípio fundamental do processo judicial, essencial ao funcionamento dos regimes democráticos, onde importa ir buscar a justificação da existência de normas jurídicas determinantes da realização de diligências secretas [19]. A regra comum aos sistemas processuais penais consiste na publicidade na fase de julgamento, podendo também abranger a fase de instrução, e secretismo durante a fase de inquérito. Numa concepção técnico-jurídica de instrução criminal, o segredo de justiça baseia-se em motivos de carácter técnico-processual, o seu fundamento reside na garantia de investigação por forma a evitar que o suspeito conheça as pistas que estão em curso, baralhando a acção da justiça, «evitar que o arguido, pelo conhecimento antecipado dos factos e provas, actue de forma a perturbar o processo dificultando o apuramento dos factos ou a reunião das provas» [20] .

O segredo é necessário para impedir que desapareçam as provas do crime, para recolher, inventariar os dados e para comprovar a sua existência, uma vez que a acusação tem que ter uma base de sustentação. Para o processo penal pode não ser benéfico o conhecimento por terceiros, de algum ou alguns desses actos, que conduziriam ao resultado final nulo. A publicidade de acto anterior pode tornar inútil o subsequente, levando ao desaparecimento das provas [21].

Na doutrina encontramos vários fundamentos para o segredo de justiça entre os quais destacamos os citados por:

Simas Santos e Leal Henriques [22], consideram que «o fundamento da consagração do segredo de justiça nas fases do inquérito e da instrução assenta numa tríplice ordem de fundamento:

- Facilitar os objectivos da perseguição e censura criminal;

- Salvaguardar a dignidade da administração da justiça; e

- Preservar a vida privada do arguido, que se presume inocente até haver condenação transitada»;

José Souto Moura refere, também, uma ordem tríplice de razões[23]: interesse no bom êxito da investigação; interesse do denunciado, suspeito ou arguido, que determinados factos que lhes imputam ou estão envolvidos não venham a público e o interesse das próprias vítimas no sigilo quando for previsível que haja exclusão de publicidade no julgamento.

Para Frederico da Costa Pinto, a vigência do segredo de justiça é plurisignificativa, por um lado trata-se de garantir o princípio da presunção de inocência do arguido e, por outro, garantir condições de eficiência da investigação e da preservação dos meios de prova, e por último, obter uma garantia para as vítimas e testemunhas que intervêm no processo [24].

Figueiredo Dias refere que o segredo «existe para proteger não só o arguido, mas também e até, os interesses da investigação» [25].

---

[19] AGOSTINHO EIRAS, *ibidem, pág. 24.*

[20] ANTÓNIO HENRIQUES GASPAR, *ibidem*, pág. 350

[21] AGOSTINHO EIRAS, *ibidem*, pág. 24 e ss.

[22] SIMAS SANTOS E LEAL HENRIQUES, *ibidem*, pág. 576.

[23] JOSÉ SOUTO DE MOURA, *Comunicação Social e Segredo de Justiça Hoje*, cit. Pág. 77, *apud* VINICIO RIBEIRO, pág. 147.

[24] FREDERICO DA COSTA PINTO, *Segredo de Justiça e Acesso ao Processo*, Jornadas de Direito Proc. Penal e Direitos Fundamentais, Almedina 2004, pág. 71.

[25] JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *apud* VINICIO RIBEIRO, pág. 147.

Medina Seiça entende que «a existência do segredo de justiça decorre primariamente de exigências de funcionalidade da administração da justiça, particularmente perante o risco de perturbação das diligências probatórias e de investigação»[26].

Germano Marques da Silva afirma que os fins que o segredo de justiça visava realizar eram também três [27]:

- «Eventual prejuízo para a investigação dos factos resultantes do conhecimento das diligências de investigação planeadas ou em curso de realização;

- O dano para a honorabilidade das pessoas que são objecto da investigação, resultante da divulgação de factos ainda não suficientemente indiciados e sobretudo antes de o arguido deles se poder defender; e

- Protecção do público em geral contra os abusos de alguma imprensa que cultiva o gosto pelo escândalo».

Ainda para este autor, o secretismo na fase de inquérito tem justificação «pela eficácia da investigação por uma parte, e pela defesa da honra do arguido, por outra».

Maria João Antunes refere que o segredo de justiça no inquérito visa «assegurar uma investigação da notícia do crime que não corra o risco de ser perturbada, ou mesmo irremediavelmente prejudicada, por factores exteriores à administração da justiça penal, ao mesmo tempo que importa tutelar de forma efectiva a presunção de inocência do arguido, o que é também uma forma de lhe garantir o direito ao bom nome e reputação (…). No inquérito, o princípio da publicidade é derrogado por ser outra a forma como se procede à concordância prática das finalidades processuais conflituantes e por ser também outra a forma como se concretiza a ponderação dos direitos conflituantes que engrossam o catálogo dos direitos dos cidadãos que cabe ao processo penal salvaguardar»[28].

Boaventura Sousa Santos em artigo de opinião sobre o tema escreve que «o segredo de justiça tem duas vertentes: veda o acesso ao processo a todas as pessoas não autorizadas e obriga todos os que têm acesso ao dever de guardar segredo, sob pena de incorrerem no crime de violação do segredo de justiça» [29].

Agostinho Eiras escreve que «aponta-se também, dentro dos fundamentos técnico-processuais do segredo de justiça, a necessidade de repor a igualdade das forças — Estado/arguido. Este, ao praticar o crime, fê-lo de modo calculado, sub-repticiamente, colocando-se em situação de vantagem. Para repor a igualdade das forças, em oposição, numa primeira fase, o Estado vai actuar sob sigilo, tal como o arguido quando cometeu o crime. O segredo é uma razão de eficácia» [30] . É essencialmente o perigo do enquadramento do material probatório, susceptível de sofrer prejuízos caso os participantes processuais, sobretudo o arguido, conhecessem na sua plenitude a actividade da investigação.

Na nossa opinião, a razão essencial do segredo de justiça, consagrado no n.º 3 do art.º 20.º da CRP, sem descurar os outros aspectos, prende-se com o sucesso da investigação em prol da verdade material. Quando o segredo de justiça é determinado pelo MP, os direitos dos sujeitos processuais acabam logo por ficar protegidos, ou seja, a ausência de publicidade implica protecção do arguido e dos restantes sujeitos processuais.

---

[26] MEDINA SEIÇA, *Comentário Conimbricense* – Coimbra Editora, Tomo III, anotações ao art.º 371.º do CPP, pág. 646, *apud*, VINICIO RIBEIRO, pág. 147.

[27] VINÍCIO RIBEIRO, *ibidem*, pág. 147.

[28] MARIA JOÃO ANTUNES, O *Segredo de Justiça e o Direito de Defesa do Arguido Sujeito a Medida de Coacção, in Liber Discipulorum*, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, Coimbra Editora 2003, pág. 1244 e ss, *apud* VINICIO RIBEIRO, pág. 148 e PAULO PINTO ALBUQUERQUE, pág. 241.

[29] BOAVENTURA SOUSA SANTOS, *Visão* de 6/03/2003 ou in http:/www.ces.uc.pt/opinião/bss/071.php.

[30] AGOSTINHO EIRAS, *ibidem*, pág. 25.

5. A PUBLICIDADE

Actualmente, o princípio da publicidade constitui regra em processo penal, e encontramo-lo estatuído no n.º 1 do art.º 86.º, quando estabelece que o processo penal é público, excepto nos casos previstos na lei. Assim, não sendo accionados os n.ºs 2 e 3 deste normativo, a publicidade mantém-se desde o inquérito ao julgamento.

Ora, a publicidade como regra, não significa publicidade durante todo o inquérito na fase de investigação, embora o segredo deixasse de ser uma determinação legal e passasse a depender da determinação do MP ou de requerimentos de participantes ou sujeitos processuais.

Estando o inquérito sujeito ao regime de publicidade, para nós, não implica necessariamente que se apliquem as regras gerais que constam do n.º 6, do art.º 86, do CPP, tal como os direitos de assistência, pelo público em geral à realização dos actos processuais; narração destes ou reprodução dos seus termos pelos meios de comunicação social; consulta do auto ou obtenção de cópias, extractos e certidões de quaisquer partes deles. Mesmo fora dos casos de primeiro interrogatório, o juiz de instrução, analisando caso a caso, se assim o entender, pode socorrer-se da segunda parte do n.º 1 do art.º 87.º, dado que os actos processuais, em fase de inquérito, são os que se destinam à obtenção de prova que não seja proibida por lei, não é um julgamento, só este é que pode ser público.

Neste sentido, Frederico da Costa Pinto diz: «a natureza pública do processo não significa necessariamente nas fases preliminares a possibilidade de assistência do público aos actos processuais, o que a constituição só exige para a audiência de julgamento - art.º 206.º»[31].

Pedro Vaz Pato [32] já diverge e afirma que podem assistir à inquirição de testemunhas o arguido, o assistente, ou qualquer outra pessoa, havendo só uma excepção para o primeiro interrogatório judicial de arguido detido. Nos termos do art.º 141.º n.º 2 do CPP, este é feito exclusivamente pelo juiz, com a assistência do MP, do defensor, do oficial de justiça, e eventualmente, se necessário, intérprete e agente responsável pela guarda do detido. Esta excepção tanto tem lugar nos processos onde haja segredo como naqueles em que vigore o regime da publicidade. Relativamente à publicidade e ao secretismo, de acordo com este autor, há um dado novo: sendo o processo público, havendo vários arguidos para interrogar com defensores diferentes, entende-se que neste novo regime os defensores podem assistir aos interrogatórios dos vários arguidos. No regime anterior, o defensor só podia assistir ao interrogatório do seu arguido, não lhe parecendo que hoje se justifique esta restrição em virtude de vir a ter acesso aquelas declarações, pelo que além de outros, este é um dos motivos que justifica o segredo de justiça. Defendemos a posição do regime anterior, sob pena de não haver protecção da investigação e dos intervenientes processuais.

Há quem considere que é inconstitucional a publicidade do processo penal ao passar a ser regra, por violar a protecção devida ao segredo de justiça prevista no n.º 3 do art.º 20.º, a presunção da inocência, e a estrutura acusatória, prevista nos n.ºs 2 e 5 do art.º 32.º da CRP [33].

Relativamente à publicidade, a doutrina dividia-se: uns entendiam que publicidade do processo era regra e o segredo a excepção [34]. Uma outra corrente [35], a consagrada no CPP antes da revisão, defendia que a primeira fase (a do inquérito) é

[31] FREDERICO DA COSTA PINTO, *Publicidade e Segredo na Última Revisão do CPP*, Revista do CEJ, n.º 9, 2008, pág. 38 e s.

[32] PEDRO VAZ PATO, O *Regime do Segredo de Justiça no CPP Revisto*, Revista do CEJ, n.º 9, 2008, pág. 62 e ss.

[33] PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do C.P.Penal*, 2ª Edição 2008, Univ. Católica Portuguesa, pág. 240.

[34] VINÍCIO RIBEIRO, *ibidem*, pág. 145

[35] FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO, *ibidem*, pág. 71

tendencialmente secreta e a segunda (a do julgamento) é tendencialmente pública.

Nós partilhamos esta última corrente, uma vez que nenhuma investigação conduz a bons resultados se não houver secretismo. Publicidade e investigação colidem, são pólos opostos. O arguido quando se prepara para cometer ou praticar o crime não revela a intenção, assim como a investigação para ser bem sucedida não se pode dar ao luxo de ser publicitada. Já Cândida Almeida defendeu que «não pode combater-se o crime, controlar-se a criminalidade, com a partilha da fase de investigação pela entidade investigadora e o suspeito» [36].

5.1. Publicidade Jornalística

A publicidade tem inconvenientes plúrimos, nomeadamente em relação aos meios de comunicação social, na fase anterior ao julgamento e até ao trânsito em julgado. Tal como afirma Germano Marques da Silva, [37] o direito de informar, por vezes, é um mero pretexto, não havendo qualquer pejo em formular juízos sobre os factos, mesmo até quando são conhecidos superficial ou parcialmente, antecipando juízos de opinião que directamente afectam o bom nome dos arguidos, podendo ter consequências muito prejudiciais na investigação, na situação processual dos arguidos e até nas decisões das autoridades judiciárias e em vez de ser uma garantia dos direitos humanos, será uma força social contrária à independência e imparcialidade da justiça. Em vez de clarificar os factos, a publicidade pode confundi-los, pelos seguintes motivos:

- pode baralhar toda a investigação; criar um alarme injustificado na população, exagerando factos de reduzido alcance devido à necessidade de vender informação;

- pode criar situações embaraçosas ao referir-se à vida privada de personalidades públicas.

A publicidade na comunicação social é susceptível de pôr a opinião pública ao serviço de interesses materiais ou políticos de qualquer órgão de informação, em prejuízo da justiça. A referência aos grandes delinquentes pode criar um desejo de imitação na juventude por mera curiosidade.

Não se pense que há necessariamente incompatibilidade entre a publicação de notícias acerca de factos criminosos e o segredo de justiça. Podem os sujeitos processuais estar obrigados a guardar segredo de justiça e, apesar disso, os órgãos de comunicação social divulgarem notícias obtidas através da sua capacidade de investigação, mas nunca de actos processuais cobertos pelo segredo de justiça, se por qualquer motivo tiverem tido contacto com actos ou o processo.

5.2. No Inquérito

O carácter secreto do inquérito tem como função principal o bom êxito da investigação, tendo em vista a recolha dos meios de prova necessários para sustentar acusação. É simplesmente isto que se pretende da fase de inquérito, porque em qualquer inquérito o arguido só deve ser acusado se a probabilidade de condenação for superior à de absolvição.

A publicidade só faz sentido se se limitar simplesmente às declarações do arguido, o problema é depois se este se remete ao silêncio durante a audiência. Também pode fazer sentido numa fase final decisória, quando todas as provas estiverem recolhidas ou nos crimes de natureza particular, se o arguido a isso não se opuser, e não nas fases preliminares de investigação destinadas a averiguar os factos e a recolher provas.

Vinício Ribeiro afirma: «não sei se o legislador previu o alcance da publicidade na fase de

[36] Congresso da Justiça 08/07/2003

[37] GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal II*, Editorial Verbo, 2008, pág. 36 e ss.

inquérito, dado que deixou inalterados os dispositivos que regulam a publicidade» [38].

As alterações ao CPP vieram "trocar as voltas" à fase de investigação, antecipando a publicidade e o contraditório para a fase de inquérito, passando como que a haver um julgamento antecipado [39].

Assim, aquilo que antes se criticava relativamente à fuga do segredo de justiça, por entre outras, não se proteger o bom nome das pessoas, hoje os suspeitos estão muito mais desprotegidos, já que a publicidade permite uma devassa de todo o inquérito, o seu bom nome e por vezes até a sua própria segurança.

5.3. Na Instrução

O nosso actual CPP não faz qualquer menção ao carácter secreto durante a fase de instrução, tal como constava da anterior redacção no n.º 1 do art.º 86.º, ou seja, a nova lei eliminou o segredo de justiça da fase instrução. Desta forma, o arguido pode evitar a publicidade, a sua exposição pública e o direito ao bom nome, durante a fase de inquérito, mas não evita a publicidade na instrução. A eliminação total do segredo de justiça durante a fase de instrução é uma das novidades que não se aceita muito bem, no entanto, por analogia, entendemos que, pelo menos, se deveria ter mantido para os crimes previstos no n.º 3 do art.º 87.º do CPP.

O legislador deixou o suspeito desprotegido na fase de instrução. Este deveria ter a oportunidade, tal como acontece no inquérito, de requerer que a instrução estivesse sujeita a segredo, pelo facto de a publicidade prejudicar os seus direitos Tal como afirma Frederico da Costa Pinto «o arguido passa a ter de se sujeitar a uma fase pública quando pretende evitar um julgamento público»[40]. A proposta de Lei 109/X, contemplava a possibilidade de o processo continuar em segredo de justiça até à decisão instrutória, bastando que o arguido declarasse a sua oposição à publicidade [41].

Todas as alterações feitas pela Lei 48/2007 de 29/08, foram feitas no sentido de aproximar a instrução do julgamento, enquanto que na redacção anterior, a instrução se aproximava mais do inquérito.

A publicidade desta fase só se compreende no sentido de o legislador pretender celeridade processual evitando assim o recurso à fase de instrução. Figueiredo Dias relembra que «continua a prever o dia em que a instrução será eliminada como fase processual autónoma; e tanto mais quando, como agora, já a fase do inquérito se tornou pública e, consequentemente contraditória» [42].

Perante a exposição pública a que o arguido fica sujeito, será possível que numa das próximas revisões do CPP, o legislador venha a introduzir novamente o segredo de justiça interno, até porque podem estar em causa meios de prova que não foram levados em conta no inquérito, e assim à não pronúncia, evitando-se que o arguido fique sujeito a um "julgamento público" que tem o direito de evitar. Se assim não for, temos que concordar com Figueiredo Dias quando diz que prevê a sua eliminação. Nada se invertendo este pode ter sido o primeiro passo.

5.4. No Julgamento

Nesta fase o arguido já tem acesso a todo o processo e é aqui que ele se pode defender de toda a matéria de facto e de direito.

A fase de julgamento, salvo disposição em contrário, é pública com o contraditório, dominado

[38] VINICIO RIBEIRO, *ibidem*, pág. 155.

[39] PAULO PINTO ALBUQUERQUE, *ibidem*, pág. *251.*

[40] FREDERICO DA COSTA PINTO, *ibidem*, pág. 18.

[41] NUNO BRANDÃO, *A Nova Face da Instrução*, RPCC, Ano 18, n.ºs 2 e 3, Abril-Set. 2008, pág. 241.

[42] FIGUEIREDO DIAS, *Sobre a Revisão de 2007 do CPP Português*, RPCC, Ano 18, n.ºs 2 e 3, Abril-Set. 2008, pág. 376

pelo juiz de acordo com o princípio da publicidade previsto no art.º 321.º do CPP, consagrado na constituição no art.º 206.º. No mesmo sentido vai a CEDH nos art.ºs 6.º, n.º 1 e 40.º, e o Pacto Sobre os Direitos Civis e Políticos, no art.º 14.º n.º 1, e é com publicidade nos julgamentos que se assegura a plena e ampla autenticidade e independência dos intervenientes processuais, vigiando a forma como o tribunal se comporta na administração da justiça.

O respeito do princípio da publicidade só é constitucionalmente imposto na fase de audiência de julgamento. Esta só não é pública quando o tribunal decidir o contrário, em despacho fundamentado (art.º 87.º, n.ºs 1, 2 e 3 e 321.º, todos do CPP), com a menção das circunstâncias que justificam a exclusão de publicidade, para salvaguarda da dignidade das pessoas e da moral pública ou para garantir o seu normal funcionamento, sendo esta uma regra excepcional, intervindo só as pessoas que nele tiverem que intervir. Este despacho é recorrível com efeito suspensivo.

A exclusão de publicidade nunca abrange a leitura da sentença.

Sendo, por princípio, o julgamento um acto público, isto significa que o público pode assistir à realização dos actos processuais, que estes podem ser narrados ou reproduzidos pelos meios de comunicação social, salvo disposição em contrário (art.º 88.º, n.ºs 2 e 3). A este propósito Frederico da Costa Pinto [43] afirma que «a natureza pública do processo pode estar realizada com a publicidade plena da audiência de julgamento e a simples ausência de segredo nas fases preliminares (…) nestes casos, a assistência aos actos processuais é limitada», como resulta nos casos de primeiro interrogatório de arguido detido e nos actos de instrução, uma vez que estes actos são restritos, só assiste quem tem mesmo que assistir.

6. DECISÃO SUJEITA A VALIDAÇÃO

Uma das condições para que o processo na fase de inquérito fique sujeito a segredo de justiça é que o arguido, o assistente ou ofendido o requeiram ao juiz de instrução, ouvido o Ministério Público[44]. Outra, é que o Ministério Público o determine.

No primeiro caso, o juiz de instrução valida através de despacho irrecorrível, quando entenda que a publicidade prejudica os direitos daqueles sujeitos ou participantes processuais. No segundo caso, se o Ministério Público entender que os interesses da investigação ou os direitos dos sujeitos processuais o justifiquem, pode determinar a aplicação ao processo durante o inquérito, se mantenha em segredo de justiça, ficando essa decisão sujeita a validação pelo JIC. Em qualquer dos casos a decisão fica sempre sujeita à intervenção do juiz de instrução, com duas diferenças:

- no n.º 2, do art.º 86.º, a determinação parte do juiz do instrução, em que o despacho é irrecorrível, prevalecendo os interesses dos sujeitos ou participantes processuais;

- no n.º 3 a determinação parte do MP, onde temos dois requisitos não cumulativos – *interesses da investigação ou os direitos dos sujeitos processuais* - a decisão é validada pelo juiz de instrução no prazo máximo de setenta e duas horas, mas sujeita a recurso por parte do MP. Quer isto dizer que esta situação tem carácter de urgência, o que implica que quando o Ministério Público recebe uma participação ou auto de notícia, uma das primeiras avaliações a ser feita é verificar se há ou não interesse em que o processo, na fase de inquérito, corra sob segredo de justiça, mas para que o processo seja submetido a este regime, não basta que o MP invoque uma qualquer directiva emanada da PGR ou um determinado tipo de crime, tem de indicar as razões que em seu

[43] FREDERICO DA COSTA PINTO, *ibidem*, pág. 38 e s.

[44] Art.º 86.º, n.º 2 e 3, do CPP.

entender justificam a aplicação do segredo de justiça [45].

O Ministério Público quando determina que o processo fica sujeito a segredo de justiça, ou quando este é requerido, deve entender-se que a partir daí o inquérito deixa de ser público, aguarda apenas a confirmação do juiz de instrução.

Esta decisão é condição essencial da existência do segredo, e é uma decisão de validação, e validar é valorar, é confirmar, proferir um juízo de valor, é dizer que existe motivo para a submissão a segredo. Para isso tem que se saber qual a razão, se o motivo alegado é o que a lei prevê, ver se ele se verifica no caso concreto e não há uma errada apreciação.

Ao decidir, o juiz procede a uma apreciação do requerimento ou da determinação do MP, e como as decisões judiciais são sempre fundamentadas (art.ºs 97.º, n.º 5, do CPP e 205.º da CRP), tem de constar da decisão do juiz as razões ou os motivos que justificaram a submissão dos autos à excepção geral (a segredo). Se não diz o motivo, não fundamenta ou não justifica porque quer o segredo de justiça, não pondera a sua determinação ou os interesses em jogo, o juiz não pode saber se se justifica ou não a submissão dos autos a segredo.

A nova competência do juiz de instrução é garantir que o processo em regra é público com algum segredo, e não ao invés, que é secreto com alguma publicidade, ou seja, o processo só é secreto se o segredo de justiça for aplicado. Se assim não fosse não era preciso o controle judicial da submissão a segredo, não era preciso validação.

A função do juiz de instrução no nosso sistema, é uma função garantística, o juiz das liberdades, mas no tocante ao segredo agora concorre, subordina as decisões do Ministério Público no inquérito, passou assim a ter que confirmar ou infirmar as decisões do *dominus* do inquérito, o que antes não acontecia.

7. PRAZO PARA VALIDAÇÃO

De acordo com o n.º 3 do art.º 86.º do CPP, a decisão do MP que determina que o inquérito seja sujeito a segredo de justiça tem que ser validado pelo juiz de instrução no prazo máximo de setenta e duas horas.

Perante isto, algumas questões se levantam: e se o juiz não validar no prazo de setenta e duas horas? Em que situação fica o processo entre o requerimento dos sujeitos processuais ou do MP e a decisão do JIC? Quando o arguido, o assistente ou o ofendido requererem que o processo seja sujeito a segredo de justiça, qual o prazo máximo que o juiz de instrução tem para se pronunciar?

A decisão de submeter o processo a segredo de justiça tem que ser sempre confirmada pelo juiz de instrução. Isto significa que o MP determina, mas não pode decidir unilateralmente a sujeição do inquérito a segredo, apesar de lhe competir dirigir o mesmo.

Mas se o JIC não decidir no prazo de setenta e duas horas a decisão proferida posteriormente será nula? Entendemos que não. Será apenas um atraso processual que não tem qualquer consequência jurídica [46], mas que dentro do possível deve ser respeitado. Este prazo é meramente indicativo.

O período que medeia o requerimento ou a determinação e a decisão do JIC, entendemos que o processo tem que se considerar já em segredo de justiça, independentemente da decisão que venha a ser proferida nesta fase, porque este deve iniciar-se com o pedido e não após a decisão, até para não pôr em causa a própria investigação. Tendo também em conta que o MP é titular do inquérito deve entender-se que, ao determinar ou ao não se

[45] Neste sentido Ac. do TRP de 28/05/2008, Proc. 0842007; 25/06/2008, Proc. 0812926; 24/09/2008, Proc. 0814991; 15/10/2008, Proc. 0815570; 22/10/2008, Proc. 0815207; 19/11/2008, Proc. 0815162; e 26/11/2008, Proc. 0845208.

[46] Tal como defende FREDERICO DA COSTA PINTO, *ibidem*, pág. 24

opor, o processo já está excluído da publicidade, condicionado à validação.

Se o requerimento ou determinação forem indeferidos, então o inquérito volta a ser público, após trânsito do despacho, mas nada impede que seja apresentado um novo requerimento, devidamente fundamentado, para submeter os autos a segredo de justiça. Aquilo que antes não se justificava, agora já se pode justificar.

O n.º 2 do art.º 86.º não estabelece qualquer prazo para o JIC se pronunciar sobre o requerimento de submeter ou não o processo a segredo de justiça. A única referência que faz é que tem que ser ouvido o MP e que o despacho da sujeição do processo a segredo de justiça é irrecorrível, quando entenda que a publicidade prejudica os direitos dos sujeitos ou participantes processuais.

Assim, não havendo qualquer referência ao prazo no n.º 2, tal como o faz no n.º 3 para o MP, a sujeição do processo a segredo de justiça, apresentado o requerimento, este sujeitar-se-ia ao prazo geral – 10 dias (art.º 105.º, n.º 1, do CPP) - mas tendo em conta a delicadeza do acto, entendemos que o mesmo tem carácter urgente nos termos do art.º 320.º do CPP, e que neste caso a validação pelo juiz de instrução não deve ultrapassar as setenta e duas horas, até por uma questão analogia e equidade.

7.1. Levantamento do segredo de justiça

Mas pode ou não o segredo ser levantado durante o inquérito? E a ser levantado, qual a melhor oportunidade para o fazer?

Figueiredo Dias entende que «o segredo interno deve existir durante todo o inquérito até à fase de deduzir acusação» [47].

Ora, de acordo com esta opinião, e outras, às quais juntamos a nossa, poderemos concluir que independentemente do tempo de duração do inquérito, o segredo deve existir, pelo menos, até à notificação da acusação ou arquivamento, não podendo nem devendo, ser levantado em qualquer momento, uma vez que estamos perante uma fase de investigação que tem que ser secreta, sob pena de a recolha de provas ser obstruída, e assim todos os indícios da prática do crime se tornarem voláteis.

Actualmente o segredo de justiça pode ser levantado oficiosamente pelo Ministério Público ou mediante requerimento do arguido, assistente ou ofendido, e neste caso não é necessário a intervenção do juiz de instrução, basta haver unanimidade. Se forem os três últimos a requerê-lo, e o Ministério Público não o determinar, os autos já vão ao juiz de instrução para decisão, por despacho irrecorrível [48].

Frederico Costa Pinto diz que o levantamento do segredo de justiça depende da forma como foi determinado e que se o segredo tiver sido requerido pelos particulares nos termos do n.º 2 o art.º 86.º, o MP não o pode levantar por sua exclusiva iniciativa [49].

Não havendo oposição por parte dos restantes sujeitos processuais, entendemos que aquele pode ser levantado, e neste caso sem necessidade de intervenção do JIC, uma vez que o legislador no n.º 4 do art.º 86.º, não faz qualquer referência à necessidade da sua intervenção.

O levantamento do segredo não tem que ser necessariamente requerido por aquele que o sujeitou no processo. A iniciativa para o levantamento pode partir de qualquer um, tem é que haver a concordância de todos. Ao ser assim, esta decisão não necessita de controlo judicial, ela é unânime.

[47] FIGUEIREDO DIAS, *Boletim do CD do Porto da OA*, n.º 21 de Junho de 2002, pág. 27, *apud*, PAULO PINTO ALBUQUERQUE, pág. 251.

[48] N.ºs 4 e 5, do art.º 86.º, do CPP.

[49] FREDERICO DA COSTA PINTO, *ibibem*, pág. 21 e s.

Isto quer dizer que, quando um dos sujeitos processuais requer o levantamento do segredo de justiça, os restantes devem ser notificados para, no prazo de 10 dias (art.º 105.º, n.º 1, do CPP), se pronunciarem. Caso algum deles se oponha o processo deve continuar em segredo, uma vez que não há consenso. O silêncio equivalerá à não oposição. Na falta de concordância de todos, aquele que se opõe ao levantamento pode logo de seguida lançar de novo mão do n.º 2 art.º 86.º do CPP.

Não se pode dizer quando é que é mais oportuno levantar o segredo de justiça, nós entendemos que é quando a investigação estiver concluída, o que por norma só acontece com a dedução da acusação ou arquivamento.

8. DESPACHOS RECORRÍVEIS E IRRECORRÍVEIS

Nem sempre o legislador diz quais os despachos irrecorríveis, como o fez para os n.ºs 2 e 5 do art.º 86.º e n.º 2 do 89.º, quando diz taxativamente, *despacho irrecorrível*. Ora, nada dizendo em contrário entende-se que o despacho é recorrível.

No nosso processo penal vigora o princípio geral da recorribilidade (art.º 399.º), é permitido recorrer dos acórdãos, das sentenças e dos despachos cuja irrecorribilidade não estiver prevista na lei [50]. Ao longo do nosso CPP encontramos diversas normas que consagram casos de irrecorribilidade (86.º n.ºs 2 e 5, 219.º n.º 3, 310.º n.º 1), mas a nossa constituição no n.º 1 do art.º 32.º, assegura todas as garantias de defesa, incluindo o recurso, mas este só é tolerado quando for permitido recorrer.

No caso do n.º 3 do art.º 86.º, está ou não o despacho sujeito a recurso? A lei não diz que o despacho é irrecorrível, à semelhança do que fez com outros, por isso nos termos gerais do CPP (art.º 399.º), este despacho é recorrível pelo MP. Neste sentido já se pronunciou o TRE, Frederico da Costa Pinto e Vinício Ribeiro [51], com efeito suspensivo, ou seja, em termos práticos o processo volta a ser público.

Ora, havendo recurso com efeito suspensivo o processo fica parado, a investigação suspensa, até porque qualquer acto que fosse praticado correria sempre o risco de poder ser invalidado. Assim, tal como acontece em outros, o recurso deve ter carácter urgente, como o têm os processos de arguidos presos, estão em causa provas da investigação para a acusação que se podem lapidar.

Como já referimos, nem sempre o legislador foi claro quanto à recorribilidade ou irrecorribilidade de alguns despachos, deixou no ar a omissão, como por exemplo no n.º 3, do art.º 86.º, n.º 1 do art.º 87.º, n.º 6 do art.º 89.º, todos do CPP.

Nestas normas, o legislador ao não fazer qualquer referência a *"despacho irrecorrível"*, como o fez nos n.ºs 2 e 5 do art.º 86.º, leva a concluir que o despacho que recai sobre a pretensão do MP de submeter o processo a segredo de justiça (86.º n.º 3), não lhe sendo favorável, é um dos que está sujeito a recurso [52].

Neste sentido vai também Vinício Ribeiro quando refere que «o despacho exarado pelo juiz de instrução, nos termos do n.º 3, deve ser recorrível, nos termos gerais (art.º 399.º). O legislador não o taxou como irrecorrível à semelhança do que fez nos n.ºs 2 e 5» [53].

A mesma omissão verifica-se no n.º 1 do art.º 87.º, o legislador não exprime que este despacho é irrecorrível. Paulo Pinto Albuquerque [54] entende, assim como nós, que é recorrível tanto pelo MP,

[50] Art.º 399.º, do CPP.

[51] Ac. de 27/12/2007, Proc. 3209/07-1; *Revista do CEJ*, 1.º Semestre 2008, n.º 9, pág. 25 e VINÍCIO RIBEIRO, *CPP Notas e Comentários*, Coimbra Editora 2008, pág. 153.

[52] Neste sentido vai o Ac. do TRE de 27/12/2007, Proc. 3209/07-1.

[53] VINÍCIO RIBEIRO, *ibidem*, pág. 153, nota n.º 9.

[54] PAULO PINTO ALBUQUERQUE, *ibidem*, pág. 245.

arguido ou assistente, (art.º 399.º, do CPP), e com efeito suspensivo, sob pena de se tornar inútil. O mesmo se pode dizer do n.º 6 do art.º 89.º [55], entendemos também que este despacho é recorrível pelo arguido e assistente quando há prorrogação, e pelo MP da não prorrogação.

Germano Marques da Silva questiona se os despachos proferidos ao abrigo do n.º 2 e 3 do art.º 86.º são ou não recorríveis, da seguinte forma: «se o n.º 5 dispõe que o despacho do juiz de instrução que decide o requerimento de levantamento do segredo é irrecorrível, não vê razão para os distinguir, e considerar também que os despachos proferidos no âmbito dos n.ºs 2 e 3 seriam também irrecorríveis se não fosse o princípio geral da recorribilidade de todas as decisões que não forem excluídas por lei (art.ºs 399.º e 400.º)» [56].

Quando o processo está em segredo de justiça e o MP se opõe ao requerimento para consulta, obtenção de cópias ou certidões, o despacho que recai sobre o mesmo é irrecorrível, de acordo com o n.º 2 do art.º 89.º.

Pedro Vaz Pato afirma que «o Tribunal Constitucional já se pronunciou pela não inconstitucionalidade da irrecorribilidade de outros despachos judiciais no âmbito do processo penal, invocando o carácter não absoluto dessa regra e a necessidade desse princípio com outros relevantes princípios, como o da celeridade processual» [57]. Diz ainda no seu artigo que, em nada o choca a irrecorribilidade dos despachos nas situações previstas nos n.ºs 2 e 5 do art.º 86.º, quando este nega a publicidade do processo, ou o acesso a elementos do mesmo, por se continuar a justificar o carácter secreto, assim como a recorribilidade nos termos do n.º 2, do art.º 89.º. O mesmo já não se poderá dizer quando estão em causa direitos de defesa relativos à aplicação de medidas de coacção privativas da liberdade, de consequências irreversíveis, aqui não há dúvidas que os despachos são recorríveis. O legislador ao ditar como irrecorríveis alguns despachos, teve por base o princípio da celeridade processual. Mesmo assim defendemos que o n.º 3 do art.º 86.º é recorrível por parte do MP, e os n.º 1 do art.º 87.º e 6 do 89.º, são recorríveis tanto pelo MP, como pelo arguido e assistente.

9. VÍNCULO DOS SUJEITOS PROCESSUAIS

O segredo de justiça vincula todos os sujeitos processuais (magistrados, arguido, defensor, assistente e partes civis) e participantes processuais (autoridades policiais, OPC, funcionários de justiça, testemunhas, intérpretes, peritos, consultores técnicos e outros), bem como todos aqueles que, por qualquer motivo, tiverem tomado contacto com o processo ou conhecimento de elementos a ele pertencentes. Isso implica a proibição da assistência à prática ou tomada de conhecimento do conteúdo de acto processual a que não tenham o direito ou o dever de assistir e divulgação da ocorrência do mesmo ou dos seus termos, independentemente do motivo que presidir a tal divulgação [58].Quem tiver acesso, por qualquer meio, e de forma não lícita, a informação relativa ao teor de um acto processual sujeito a segredo de justiça não o pode dar a conhecer sem causa legítima (autorização legal ou judicial), sob pena de incorrer em responsabilidade penal.

Só deixa de haver vinculação dos sujeitos processuais, quando cessar o segredo de justiça externo, ou seja, quando o processo passar a ser público, o que não acontece durante a fase de inquérito quando está em segredo de justiça.

Na fase de instrução já não há qualquer vínculo por parte dos sujeitos processuais ao segredo de justiça, com a nova redacção o arguido já não o pode impedir.

[55] PAULO PINTO ALBUQUERQUE, *ibidem*, pág. 254.

[56] GERMANO MARQUES DA SILVA, *ibidem*, pág. 27 e s.

[57] PEDRO VAZ PATO, *ibidem*, pág. 58.

[58] Art.º 86.º, n.º 8, do CPP.

No entanto, a autoridade judiciária pode, fundamentadamente dar, ordenar ou permitir que seja dado conhecimento a determinadas pessoas do conteúdo do acto ou do documento do segredo de justiça, se tal não colocar em causa a investigação e se afigurar conveniente o esclarecimento da verdade ou indispensável ao exercício dos direitos pelos interessados [59]. Quer isto dizer que, alguns intervenientes podem ter acesso ao conteúdo de actos ou documentos em segredo de justiça, desde que não seja posta em causa a investigação, com vista ao esclarecimento da verdade ou ao exercício de direitos pelo interessado, mas não deixam de estar vinculados a esse segredo.

Germano Marques da Silva [60], opina que «é inaceitável que um suspeito confrontado com a divulgação pública de actos ou elementos de prova cobertos pelo segredo de justiça tenha que aguardar passivamente o termo do segredo para poder defender-se publicamente». Entende o autor que, neste caso, para defesa da sua honra, se for necessário quebrar o segredo, a quebra encontra-se justificada pelo estado de necessidade. Em nossa opinião, a quebra só se justifica se o bem lesado, neste caso o bom nome, for superior ao bem defendido (segredo de justiça), mas para isso temos que ver em que fase vai a investigação para aquilatarmos se o segredo de justiça pode ser quebrado. Ou seja, nem sempre a defesa da honra justifica o levantamento do segredo de justiça, porque em primeiro lugar está a investigação e se não houver fuga o bom nome está sempre protegido.

10. ACESSO AO CONTEÚDO DE AUTOS E DOCUMENTOS

O arguido, o assistente e as partes civis podem, nos termos do n.º 1 do art.º 89.º, ter acesso para consulta, obtenção de cópias a fim de prepararem a acusação e a defesa dentro dos prazos estipulados na lei, salvo se o processo se encontrar em segredo de justiça e o MP a isso se opuser.

As posições mais ligadas à investigação pretendem retardar o acesso aos autos por parte do arguido e demais sujeitos processuais, enquanto que as posições ligadas à defesa têm a ambição natural de poder ter um acesso pleno ao processo o mais cedo possível.

Cessando o segredo de justiça interno, os sujeitos processuais podem requerer ao Ministério Público autorização para consultar ou obter extractos, cópias ou certidões do processo ou de elementos do mesmo. Caso o Ministério Público se oponha, o requerimento é apresentado ao juiz para decisão, do qual não há recurso, mantendo-se no entanto para todos o segredo de justiça, caso haja permissão [61].

Se o processo não se encontra em segredo de justiça, pode também ser consultado por todos aqueles que revelem ter interesse legítimo, ficando o pedido dependente de despacho da autoridade judiciária (art.º 90.º, n.º 1, do CPP), e sobre este pedido tanto pode decidir o MP como o juiz de instrução, ou seja, decide aquele que presidir à fase em que se encontra o processo ou nele tiver proferido a última decisão. Mas que tipo de interesse legítimo é este?

Entendemos que pode ser certidão ou cópias, para juntar a outro processo, para investigação jornalística, histórica, ou outras, mas os órgãos de comunicação social não podem reproduzir peças ou documentos incorporados no processo até à sentença da primeira instância, a não ser que tenham sido obtidos mediante certidão com indicação do seu fim, ou a reprodução tenha sido autorizada pela autoridade judiciária, a transmissão ou registo de imagens ou tomadas de som relativas à prática de qualquer acto processual, nomeadamente da audiência. Ficam na mesma

[59] Art.º 86.º, n.º 9, do CPP.

[60] GERMANO MARQUES DA SILVA, *ibidem*, pág. 33.

[61] Art.º 89.º, n.ºs 1, 2 e 3, do C.P.P.

impedidos se a pessoa sobre a qual recai a transmissão ou o registo de imagens ou tomada de som se opuser [62].

O acesso irrestrito aos autos, mesmo requerido por parte dos sujeitos processuais, quando o processo está em segredo de justiça, não pode ser livre, até porque o acesso a essas peças processuais pode lesar terceiros, pode comprometer irremediavelmente as investigações, os direitos das vítimas ou dos participantes processuais. Assim, quando o arguido requer que lhe sejam facultadas determinadas peças processuais, e estas também digam respeito a outras partes, não lhe devem ser cedidas. Isto não quer dizer que lhe seja negado o direito de consulta dos autos, o que pode acontecer é que nem todas as cópias solicitadas sejam obtidas.

Também o defensor, que está obrigado a defender direitos, liberdades e garantias, além de estar vinculado ao segredo profissional [63], está também vinculado ao segredo de justiça, não tem um acesso irrestrito aos autos, como muitas vezes gostaria.

Os direitos do arguido nunca são postos em causa mesmo que lhe seja negado o acesso aos autos ou a documentos, porque quando é feito o primeiro interrogatório judicial, o arguido é informado pelo juiz de instrução, dos elementos do processo que indiciam os factos que lhe são imputados, o mesmo acontecendo no despacho que aplica uma medida de coacção, excepto o termo de identidade e residência, sob pena de nulidade, desde que não seja posta em causa a investigação que impossibilite a descoberta da verdade, ou crie perigo para a vida ou integridade física dos intervenientes processuais ou vítima do crime [64].

Os elementos do processo, têm que ser elementos probatórios, onde constem fortes indícios da prática do crime, que podem ser documentos ou declarações de co-arguidos, ficando os visados com a percepção que no processo existe prova indiciária contra eles, da qual tomaram conhecimento.

O acesso ao conteúdo dos autos não tem necessariamente que ser um contacto físico com o processo, porque nesse caso poderia estar em causa o segredo de justiça. Este acesso pode ser aquele que já referimos, em que são tiradas cópias das suas próprias declarações e de partes que não ponham em causa a investigação.

Há que distinguir entre direitos de defesa do arguido, cujo exercício não fica prejudicado pelo facto de ficar aguardar fases ulteriores do processo, essas já sujeitas a regras de publicidade e contraditório, do exercício de direitos que fica irremediavelmente comprometido com essa espera, designadamente porque pode estar em jogo a aplicação de uma medida de coacção privativa da liberdade de consequências irreversíveis. Neste caso o Ac. do TC. N.º 589/2006, declarou que era inconstitucional a norma do art.º 86.º, n.º 5, quando interpretada no sentido de que quando o arguido impugnar a decisão que lhe aplicou a medida de coacção de prisão preventiva, lhe fosse recusado o acesso a elementos de prova que estiveram na base de tal medida, desde que não houvesse apreciação concreta da existência de inconveniente grave, na revelação de tais elementos que justifiquem o segredo. Em sentido semelhante já tinha ido também o Ac. do TRP de 24/01/2001.

Em muitas das situações o tribunal reconhece a necessidade de uma condução eficaz dos inquéritos penais, o que pode implicar que uma parte das informações recolhidas durante essas investigações devam ser mantidas secretas a fim de

[62] Al. b), do n.º 2, do art.º 88.º, do CPP.

[63] Art.º 85.º, n.º 1, 87.º e 95.º, n.º 1, al. a), do EOA.

[64] al . d), do n.º 3, do art.º 141.º, e al. b), do n.º 4, do art.º 194.º, ambos do CPP

impedir os suspeitos de alterar as provas e prejudicar a boa administração da justiça [65].

10.1. Inacessibilidade Por Quanto Tempo?

O segredo de justiça interno actualmente não pode ir além dos prazos máximos do inquérito previstos no art.º 276.º do CPP, acrescidos do adiamento por um prazo máximo de três meses, o qual pode ser prorrogado. Quanto ao adiamento não há dúvidas, relativamente à prorrogação é que as opiniões são divergentes.

O n.º 6 do art.º 89.º do CPP, expressa que decorridos os prazos máximos previstos no art.º 276.º, o arguido, o assistente e o ofendido podem consultar todos os elementos do processo que se encontrem em segredo de justiça, salvo se o juiz de instrução determinar, a requerimento do Ministério Público, que tal acesso seja adiado por um período máximo de três meses, podendo ser prorrogado por uma só vez, quando estiverem em causa crimes de terrorismo, criminalidade violenta, especialmente violenta e altamente organizada.

Colocam-se aqui algumas questões, a saber:

Em todos os inquéritos os prazos de duração máxima podem ser adiados em três meses? A prorrogação do prazo por uma só vez, referida na parte final do n.º 6, é uma renovação do primeiro [66]? E qual o prazo objectivamente indispensável?

Do teor literal do n.º 6 do art.º 89.º, do CPP, parece-nos que não restam dúvidas, que quando todos inquéritos, independentemente dos crimes, esgotarem o seu prazo máximo em segredo de justiça, este pode ser acrescido em três meses. Se assim não fosse, o legislador não especificaria os crimes onde ele pode ser prorrogado, ou seja, tipificaria logo os tipos de crime onde poderia haver adiamento, porque só para a prorrogação é que é dito qual o tipo de criminalidade onde existe um prazo objectivamente indispensável. Assim, em relação ao adiamento, não há dúvidas que pode ter um prazo máximo de três meses.

Relativamente à prorrogação do prazo, prevista no n.º 6 do art.º 89.º, a doutrina e a jurisprudência divergem.

10.1.1. A Doutrina

Frederico Costa Pinto defende que «a duração do adiamento e da prorrogação nunca podem, no conjunto, exceder os seis meses (…) um prazo objectivamente indispensável à conclusão da investigação parece que só pode integrar um prazo inferior a três meses e não superior» [67]. De acordo com esta interpretação, o adiamento e a prorrogação do segredo de justiça não podiam exceder os seis meses da duração máxima.

Paulo Pinto Albuquerque refere que «o segredo interno nos inquéritos relativos a crimes das alíneas i) a m) do artigo 1.º pode ser prolongado até ao período máximo de seis meses (duas vezes o prazo de três meses) e nos restantes até ao período máximo de três meses»[68].

Pedro Vaz Pato afirma que há dois entendimentos possíveis a propósito do requerimento do MP de prolongamento de segredo interno, quando estiver em causa a criminalidade prevista nas als. i) a m) do art.º 1.º: «pode entender-se que, findo o prazo inicial de três meses, o MP pode requerer novo prazo que não poderá ultrapassar, no seu limite máximo, outros três meses (…) e pode entender-se que findo esse primeiro prazo de três meses, poderá ser requerido novo prazo sem qualquer outro limite que não seja o inerente ao facto de se tratar de prazo objectivamente indispensável à conclusão da investigação» [69]. De acordo com este autor, para o primeiro entendimento "prorrogação" e

[65] Ac. do TRL de 13/12/2006, Proc. 9377/2006-3, in www.dgsi.pt, pág. 15 de 17.

[66] Três meses de acordo com o n.º 6, do art.º 89.º, do CPP.

[67] FREDERICO DA COSTA PINTO, *ibidem*, Pág. 30.

[68] PAULO PINTO ALBUQUERQUE, *ibidem*, pág. 254, nota 15.

[69] PEDRO VAZ PATO, *ibidem*, pág. 65.

"renovação" do prazo de três meses seriam sinónimos. Para o segundo entendimento estaríamos perante conceitos diferentes.

Vinício Ribeiro também diz que «a prorrogação pode traduzir-se num prazo superior ao do próprio adiamento (3 meses), desde que claramente necessário à conclusão da investigação»[70]. Neste sentido foi também o Despacho n.º 2/2008 de 09/01/2008, da Procuradoria-Geral Distrital do Porto.

Germano Marques da Silva entende que «esta prorrogação tem natureza excepcional»[71]. Deduz-se que não são três meses.

10.1.2. A Jurisprudência

O acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães [72] entendeu que o prazo de três meses, só pode ser prorrogado por igual período, ou seja, para a prorrogação não pode ser fixado um prazo suplementar superior a três meses. Segundo este entendimento, decorrido o prazo de seis meses sobre o prazo máximo do inquérito, o segredo de justiça interno passaria a ser irrestrito.

Em sentido oposto vai o Tribunal Constitucional no Acórdão n.º 428/2008 de 12/08, que diz o seguinte - o art.º 89.º, n.º 6, do CPP, «não está condicionado ao limite de três meses, antes devendo ter como referência o período objectivamente considerado indispensável para a conclusão do inquérito, independentemente de este ser superior ou inferior a três meses».

O n.º 3 do art.º 20.º da CRP, diz que "*a lei define e assegura a adequada protecção do segredo de justiça*". O Conselheiro Mário Torres no acórdão supra citado entende que os aplicadores do Direito nesta matéria podem e devem fazer uma interpretação do art.º 89.º n.º 6, do CPP conforme a Constituição (art.º 20.º n.º 3), com vista a salvaguardar as condições de investigação criminal e interesses particulares relevantes nos termos citados.

Nós defendemos que a prorrogação do prazo não é por igual período do adiamento (três meses), mas sim por um prazo objectivamente considerado indispensável para a conclusão do inquérito, independentemente de este ser superior ou inferior a três meses. O legislador não definiu nenhum limite temporal. Um prazo razoável é aquele que deve levar em conta a complexidade dos autos (tipo de crime, número arguidos envolvidos, domicílio dos mesmos, perícias requeridas, entre outros) no entanto, em obediência ao princípio da celeridade, entendemos que a prorrogação deveria ser revista de seis em seis meses, tal como se avaliam os pressupostos da prisão preventiva.

10.2. Documentos em Segredo de Justiça

Durante a fase de inquérito, o Ministério Público, para fundamentar e sustentar os fortes indícios que recaem sobre o suspeito, para além de outros elementos de prova, podem também existir documentos, que tenham sido apreendidos quando estes estiverem relacionados com o objecto do crime, os quais só podem ser do conhecimento público, senão colocarem em causa a investigação, se forem convenientes para o esclarecimento da verdade, ou indispensáveis ao exercício de direitos pelo interessado, ficando contudo vinculados ao segredo de justiça [73].

Assim, nem todos os documentos podem ser apreendidos nas buscas, nomeadamente os que abrangem segredo profissional, excepto se eles mesmos constituírem elemento do crime (art.º 180.º, n.º 2, do CPP). A natureza reservada desses documentos nos processos, em limitação ao princípio da publicidade, tem como justificação

[70] VINICIO RIBEIRO, *ibidem*, pág. 188.

[71] GERMANO MARQUES DA SILVA, *ibidem*, pág. 31.

[72] Ac. N.º 360/08-2, de 14/04/2008, do TRG.

[73] Art.º 86.º, n.ºs 9, do CPP.

notória a protecção de interesses particulares, a que o legislador, nesses casos, atribuiu prevalência.

Estes documentos se tivessem um acesso irrestrito deixariam de ter uma protecção legal directa do direito à reserva da intimidade da vida privada, que se encontra constitucionalmente protegida [74].

Relativamente aos documentos que possam ter sido apreendidos em buscas, ou até escutas telefónicas, o juiz de instrução especifica, através de despacho, oficiosamente ou a requerimento, quais os que ficam sujeitos a segredo de justiça, ordenando, se for necessário, a sua destruição ou que sejam entregues à pessoa a quem disserem respeito [75].

Há outras situações em que os documentos apreendidos podem ser juntos por cópia, restituindo-se nesse caso o original ou sendo necessário conservar o original nos autos, é feita cópia certificada que se entrega ao seu detentor, onde se faz menção expressa da apreensão [76]. Nestes casos, se o processo estiver sujeito a segredo, os documentos dos autos ficam sujeitos a ele, assim como os restituídos, uma vez que a investigação não pode ser comprometida.

10.3. Certidões

O art.º 89.º n.º 1, disciplina-nos a consulta e obtenção de certidões por parte dos sujeitos processuais, enquanto que o art.º 90.º se refere a outras pessoas.

Nos termos do art.º 89.º n.º 1, quando requerida pelos sujeitos processuais, a certidão pode ser passada, mesmo encontrando-se o processo em segredo de justiça; basta não haver oposição do MP, nomeadamente, quando esta seja necessária para a instrução de outros processos de natureza criminal, disciplinar ou ao pedido de indemnização civil.

A autoridade judiciária deve indeferir qualquer pedido de extracção de certidão dos autos, feito por outras pessoas que não os sujeitos processuais enquanto o processo se encontrar em segredo externo.

Nos termos do art.º 90.º, quando vigorar a publicidade externa, qualquer pessoa que revelar interesse, pode requerer que lhe seja passada certidão de determinado acto, mas não pode narrar actos processuais em relação aos quais a assistência do público tenha sido judicialmente restringida, nem pode transcrever peças processuais até à leitura da sentença. Tal proibição deverá constar de despacho fundamentado da autoridade judiciária e o requerente advertido das consequências penais do não cumprimento.

Não faz qualquer sentido proibir pessoas de assistir a determinados actos e simultaneamente permitir que outras pessoas que não são sujeitos processuais possam obter certidão desses mesmos actos ou também permitir que pessoas possam assistir a actos e depois impedi-las de obterem um certidão dessas peças processuais.

Pode-se o mesmo aplicar aos jornalistas; podem assistir aos actos e mesmo invocando interesse legítimo como o acesso às fontes de informação. Ficam, contudo, impedidos de narrar os actos processuais excluídos de publicidade até à leitura da sentença em primeira instância. O acesso depende da alegação e da prova de um interesse legítimo e neste caso, os jornalistas, beneficiam de regime especial previsto no art.º 8.º n.º 2, do Estatuto do Jornalista (Lei 1/99, de 13/01).

Quando extraída a certidão, esta não é mais do que uma cópia de documentos avulsos arquivados ou apreendidos num organismo público, passada e certificada pelo respectivo serviço, servindo e substituindo o documento autêntico, destinada a comprovar os actos dele constantes, podendo esta ser de teor, quando reproduz integralmente o

[74] Art.º 26.º, n.º 1, da CRP.

[75] Art.º 86.º, n.º 7, do CPP.

[76] Art.º 183.º, n.º 1, do CPP.

documento original, ou narrativa, quando transcreve apenas uma parte do documento original ou resume o texto do mesmo.

A jurisprudência no Ac. do TRL de 17/06/2004, Proc. 3550/2004-9, entendeu que, apesar de naquela altura imperar a regra do segredo de justiça, a obtenção de cópias simples de peças processuais, não colidia com o segredo de justiça ou prejudicava a investigação, uma vez que o arguido, aquando do interrogatório, já foi confrontado com os elementos que constavam do inquérito, quando lhe foram transmitidos os motivos da sua detenção.

11. VIOLAÇÃO DO SEGREDO

É dos institutos mais violados, mas não é um fenómeno só nosso. Medina Seiça [77]afirma que «a violação do segredo de justiça se encontra institucionalizada», assim como Roger Merle e André Vitu [78] defendem que « infelizmente a imprensa respeita mal as interdições legais: para a satisfação de um público ávido de notícias escabrosas, os jornalistas, com uma insolente indiscrição, assaltam polícias, advogados, juízes de instrução e testemunhas e acontece que os participantes no processo penal fornecem informações e organizam verdadeiras conferências».

Cunha Rodrigues, então PGR, numa Conferência da Universidade Católica do Porto, referiu que «defender o segredo de justiça é hoje praticamente impossível (…) às vezes os jornais investigam melhor do que as polícias»[79].

Daqui se depreende que, muitas das vezes o segredo de justiça que vem a público, nem sempre vem da parte dos sujeitos processuais. Temos é que considerar que a investigação jornalística palmilha o terreno, vai às fontes e adianta-se. Bem sabemos que o MP manda os OPCs para o terreno, mas os media, normalmente, fazem primeiro o reconhecimento, por isso os primeiros chegam a conclusões jornalísticas mais rápidas que a investigação judicial, concluindo-se que, assim sendo, não há violação. Temos é que ver que a investigação jornalística é diferente de investigação judicial, porque a primeira visa a especulação informativa, tem uma máquina a alimentar e a segunda pauta-se por regras do direito com vista ao apuramento da verdade.

O segredo de justiça pode ser violado por revelação ou divulgação, directa ou indirecta. A revelação consiste em transmitir o conhecimento do facto da esfera do sigilo para o conhecimento de terceiro. Se alguém comunica o facto a terceiro, de livre iniciativa, ou a mando de outrem é uma revelação directa; se facilita a terceiro o conhecimento do facto, por acção ou omissão, a revelação é indirecta. A divulgação consiste em comunicar o facto a um número indeterminado de pessoas.

Pinto Monteiro e outros agentes afirmam: «seja qual for a lei em vigor, o segredo de justiça será sempre violado (…) mas o facto de ser violado não serve de fundamento para não existir»[80]. Nós entendemos que mesmo apesar de ser violado, nunca chega a existir uma violação total; o essencial fica sempre intocável, ou seja, do que temos lido nos jornais, o que aparece mais são transcrições de escutas e cartas rogatórias. Não têm surgido na praça pública despachos, depoimentos nem interrogatórios, o que leva a crer, em nossa opinião, que a violação é feita no exterior do tribunal, nas diligências externas, dado que é impossível no seu todo serem controlados pelos tribunais. Mesmo assim, a fuga não é uma devassa total. Conforme está é que, havendo fuga quando

[77] MEDINA SEIÇA, *Comentário Conimbricense do C. Penal, Parte Especial*, Tomo III, Coimbra Editora, 2001, anotação ao art.º 371.º, pág. 642, *apud,* VINIÍCIO RIBEIRO, pág. 143.

[78] Citados no parecer CC da PGR 121/80, BMJ 309, pág. 159, *apud,* VINIÍCIO RIBEIRO, pág. 143.

[79] In Jornal Público de 26/02/92, *apud,* VINIÍCIO RIBEIRO, pág. 143.

[80] JN de 18/01/2007, in blog vexata quaestio, *apud,* VINIÍCIO RIBEIRO, pág. 141.

o processo está em segredo, não é fácil exigir responsabilidades a alguém.

12. ALTERAÇÕES NO ANTEPROJECTO E NA PROPOSTA

Apresentado pela Unidade de Missão para a Reforma Penal e a Proposta de Lei 109/X, que esteve na génese da Lei 48/2007, estava longe do alcance que a reforma, no segredo de justiça, acabou por assumir. Esta proposta mantinha a regra do segredo externo de justiça no inquérito, tal como se encontrava consagrado. Isso mesmo foi expresso na altura: «mudámos o paradigma do segredo de justiça, os processos deixaram de estar, por regra, em segredo, para passarem a ser públicos» [81].

Rui Pereira, na altura Presidente da Comissão, assumiu e justificou a necessidade de revisão do segredo de justiça «de modo que se obtenha uma concordância prática entre a necessidade de preservar a investigação e as garantias de defesa» [82]. Dos vários juízos de inconstitucionalidade que tinham sido formulados, por se negar o acesso aos autos, por parte do arguido, nomeadamente para impugnar a prisão preventiva, era desejável que o legislador levasse em conta um critério, na medida em que fosse concedido caso a caso, o acesso aos autos para garantias da sua defesa, nunca pondo em causa a investigação, defendendo que na instrução o processo já deveria ser público.

A Comissão que apresentou em Julho de 2006, o Anteprojecto da Reforma do CPP, nele se estabelecia que «o processo está sujeito a segredo de justiça até ao termo do prazo para requerer a abertura da instrução, excepto se o Ministério Público determinar a sua publicidade – esta seria a redacção do n.º 2 do art.º 86.º - o que poderia fazer em qualquer momento do inquérito com a concordância do arguido, quando entender que a cessação do segredo não prejudica a investigação e os direitos dos participantes processuais ou das vítimas – n.º 3 - continuando o processo sujeito ao segredo de justiça até ao trânsito em julgado da decisão instrutória, se o arguido declarar que se opõe à publicidade – n.º 4».

As restantes iniciativas legislativas apresentadas pelos partidos políticos, no âmbito da revisão do processo penal, todas elas propuseram soluções diversificadas, mas nenhuma delas defendia a publicidade como regra do processo durante a fase de inquérito.

Assim, para o PSD (Projecto de Lei n.º 237/X), previa que no caso de crimes puníveis com pena superior a oito anos, o processo era público apenas a partir do encerramento do inquérito, excepto se fosse requerida a abertura de instrução e o arguido declarasse que se opunha à publicidade. Este regime poderia ser extensivo aos processos por crimes puníveis com pena de prisão superior a três anos, se a requerimento da vítima, do arguido ou do Ministério Público, o juiz assim o entendesse;

Para o CDS (Projecto de Lei n.º 368/X) mantinha-se a regra de que o processo só era público a partir da decisão instrutória, ou do momento em que a instrução já não pudesse ser requerida ou, se a instrução fosse requerida apenas pelo arguido, se este, no respectivo requerimento, não declarasse opor-se à publicidade.

O BE (Projecto de Lei n.º 369/X) fazia depender a publicidade do processo da natureza dos crimes em causa, ou seja, tratando-se de crimes de natureza particular, o processo era sempre público, de natureza semi-publica, o processo era público a partir do momento em que fosse deduzida acusação, podendo, durante a fase de inquérito, o segredo ser levantado, desde que a publicidade não interferisse com a investigação. Tratando-se de crimes públicos, o processo só era público a partir do momento em que fosse deduzida acusação.

---

[81] Deputado Ricardo Rodrigues, DAR IS, n.º 108, 20/07/2007, p. 54.

[82] in RMP, ano 25, n.º 97, Jan. Março 2004, pp. 17-30, em especial na pág. 25-26 .

O PCP no seu Projecto de Lei 370/X, não propunha qualquer alteração para o n.º 1, do artigo 86.º, então vigente, mas para os n.ºs 2 e 4 do art.º 89.º, admitia princípios semelhantes aos dos n.ºs 2 e 3 do art.º 86.º do Projecto de Lei do PSD.

No decurso da discussão e votação na especialidade no seio da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias, na reunião final da Comissão, realizada em 18/07/2007, é que foram apresentadas as propostas de alteração aos art.ºs 86.º e 89.º, do CPP que acabaram por ser aprovadas, e que representaram uma alteração radical à proposta inicial, não tendo o relatório da Comissão fornecido qualquer indicação que permita compreender a sua justificação.

Pedro Vaz Pato afirma que «a versão que veio a ser aprovada diferencia-se das constantes dos referidos Anteprojecto e Proposta de Lei, em que o carácter secreto desapareceu e passou a ser excepção e a regra a publicidade» [83].

A rapidez é inimiga da perfeição, porque a versão aprovada em nada se aproxima, quer da Proposta de Lei, quer dos Projectos dos partidos políticos da oposição. Entre as datas das reuniões da Comissão (segunda quinzena de Julho) e a data da publicação da Lei 48/2007, de 29/08, a *vactio legis* teve um período de quinze dias, insuficiente para uma remodelação tão profunda.

Uma reforma desta natureza, com alterações radicais, deveria ter obtido um mínimo de consenso político, onde todas a Propostas de Lei apontavam para o segredo. Até mesmo a Comissão que apresentou o Anteprojecto tinha uma boa proposta, com a qual nos identificamos.

Não se tendo avaliado em tempo útil as suas implicações no ordenamento jurídico, deu origem aos problemas que são do domínio público (presos libertados, inquéritos que se tornaram públicos, aumento da criminalidade e outras), que importa corrigir o mais breve possível.

12.1. No Art.º 86.º

A revisão mais profunda operada neste preceito concentra-se, essencialmente, no regime introduzido nos n.ºs 2, 3, 4 e 5, que contêm dispositivos vários no sentido de uma maior abertura no domínio do segredo de justiça externo e de uma compressão do segredo de justiça interno, fazendo intervir o juiz de instrução na fixação definitiva do regime aplicar. Tal como afirma Vinício Ribeiro «só existe segredo de justiça por força de requerimento (n.º 2), ou por determinação do MP sujeita a validação (n.º 3)» [84], ou seja, o segredo existe sendo requerido ou determinado e validado pelo JIC.

O Código inverteu a posição tradicional em matéria de segredo de justiça, já que formulou a publicidade como regra sob pena de nulidade, passando a excepção a ser o segredo, e para que este exista, a lei exige sempre a concordância do juiz.

O legislador com esta revisão teve a intenção de diminuir o âmbito temporal do segredo, este deixou de poder ser eterno na fase de inquérito, e para existir tem que ter sempre o aval do juiz de instrução. Em Março de 2007 já o PGR alertou o Parlamento para o facto de a redução do segredo de justiça poder prejudicar a investigação da criminalidade mais grave. Em nossa opinião não se enganou.

Quando o arguido, assistente, ou o ofendido, nos termos do n.º 5 do art.º 86.º, requerem o levantamento do segredo, é porque a sua sujeição também foi impulsionada pelos mesmos; aquele não está sujeito a qualquer prazo, ou seja, a lei não permite que o JIC decida sujeitar o inquérito a segredo de justiça apenas durante um certo

[83] PEDRO VAZ PATO, *ibidem*, pág. 45 e s.

[84] VINÍCIO RIBEIRO, *ibidem*, pág. 154.

período de tempo e nesta situação o MP também não pode tomar a iniciativa para o levantamento. O único caso em que o MP pode requerer o levantamento é quando determina, nos termos do n.º 3 do art.º 86, que o mesmo seja sujeito a segredo.

A preservação do segredo de justiça não serve só a tutela do princípio da presunção da inocência do arguido, o seu bom nome, reputação e intimidade da vida privada, serve também a investigação.

Maia Gonçalves frisa que o art.º 86.º não necessitava de profundas alterações, e sobretudo, quando provocadas por ocorrências muito recentes e mediáticas, porque assim fica aberto caminho para novas dúvidas e incerteza de interpretação [85].

Em alguns tipos de processos, por via da investigação, não se justifica o segredo de justiça, nomeadamente nos crimes de natureza particular e nos acidentes de viação.

12.2. No Art.º 89.º

Esta norma foi uma das que também sofreu uma profunda alteração. Diz o n.º 1 e 6 deste artigo que os sujeitos processuais podem ter a possibilidade de consulta ou acesso de todos os elementos do processo, mediante requerimento ou findos os prazos previstos no art.º 276.º do CPP. Do que se trata aqui é saber se os sujeitos processuais, durante o inquérito ou findo o prazo previsto para a sua duração máxima, podem consultar ou obter certidão de processo que se encontre em segredo de justiça, mas no n.º 6 este pode ser adiado e prorrogado. No primeiro caso, havendo oposição e, no segundo, requerimento do MP, a decisão cabe sempre ao JIC, ou seja, tanto para impedir a obtenção de cópias e certidões (89.º n.º 1), como o adiamento ou prorrogação (art.º 89.º n.º 6) o juiz de instrução é chamado a pronunciar-se. Parece-nos que a intenção do legislador foi no primeiro caso, impedir o acesso aos autos, mas facultar cópias para que os sujeitos pudessem preparar a defesa. Vinício Ribeiro defende que «negar o acesso aos autos ou o fornecimento daqueles elementos põe em causa o princípio da igualdade de armas, colocando o arguido em posição mais frágil»[86]. Salvo o devido respeito, discordamos em parte, desta posição, uma vez que o arguido, após a acusação, tem mais do que tempo para consultar e obter tais elementos, os quais só vai poder contraditar em sede de julgamento.

No segundo caso (art.º 89.º n.º 6), pretendeu-se impor um limite temporal ao segredo de justiça e de conferir ao JIC o poder de controlar o respeito por esses limites, isto é, o JIC passou a ter o poder de controlar o inquérito, cujo prazo de duração máxima já foi ultrapassado.

Sobre adiamento e prorrogação do prazo, tanto na doutrina como na jurisprudência, parecem não se entender.

Para Pedro Vaz Pato[87], posição que já o abordamos, mas que convém de novo salientar, há dois entendimentos possíveis a propósito do requerimento do MP de prolongamento de segredo interno, quando estiver em causa a criminalidade prevista nas als. i) a m) do art.º 1.º. De acordo com este autor, podia-se entender que "prorrogação" e "renovação" do prazo de três meses seriam sinónimos ou que findo o prazo de três meses do adiamento poderia ser requerido um novo prazo sem qualquer limite temporal que fosse necessário até concluir a investigação.

A primeira interpretação também é defendida por Frederico da Costa Pinto que diz que «a prorrogação do adiamento só pode ser feita nos casos dos crimes previstos no art.º 1.º, als. i) a m), e

[85] MAIA GONÇALVES, *CPP anotado*, 16.º Edição, Almedina, Coimbra 2007, pág. 234.

[86] VINÍCIO RIBEIRO, *ibidem*, pág. 191.

[87] PEDRO VAZ PATO, *ibidem*, pág. 65.

que a duração do adiamento e da prorrogação não pode no conjunto exceder os seis meses» [88].

No mesmo sentido foi o Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, n.º 360/08-2, de 14/04/2008, no qual se conclui que o adiamento do acesso aos autos é por três meses e a prorrogação é por igual período.

Também Jorge M. Langweg defendeu que «após a constituição de arguido, o JIC só poderá manter o segredo de justiça em casos excepcionais, previstos na lei, por um período de três meses, renovável por períodos iguais, até um prazo máximo de um ano [89].

Porém, para além destes prazos, segundo esta interpretação, os sujeitos processuais vinculados ao segredo de justiça interno, com as limitações que daí decorrem, passariam a ter acesso irrestrito aos autos.

O que tem feito correr mais tinta é saber se, decorrido o prazo máximo de duração do inquérito, previsto no art.º 276.º do CPP, acrescido de três meses, a prorrogação pode ser igual ou superior aos três meses do adiamento, para que o arguido, o assistente e o ofendido possam ter acesso aos autos.

Qual o limite temporal da prorrogação do prazo?

Sabemos que findo os prazos do art.º 276.º, o acesso aos autos ainda pode ser travado mediante requerimento do MP, em que o Juiz de instrução pode adiar e até prorrogar o segredo. No primeiro caso, por um prazo máximo de três meses e, no segundo, pelo tempo necessário à conclusão da investigação. Neste sentido foi o Despacho n.º 2/2008, de 09/01, da Procuradoria Distrital do Porto que verbaliza: «quanto ao segredo de justiça e prazo de duração do inquérito (n.º 6): a prorrogação do prazo de acesso aos autos, na sequência do adiamento (…) não está condicionada ao limite de três meses, antes devendo ter como referência o período objectivamente considerado indispensável para a conclusão do inquérito, independentemente de este ser superior ou inferior a três meses».

A prorrogação do prazo pelo tempo indispensável à conclusão do inquérito tem razão de ser. Não podemos aceitar que condicionantes anormais ao desenvolvimento normal do processo corram a favor do arguido; temos que por vezes aguardar pelo resultado de perícias, cartas rogatórias, situações que não se compadecem com os prazos impostos, sob pena de violarmos o princípio da verdade material, porque deve ser por este que os OPC e as autoridades judiciárias orientam a sua actuação.

Assim, para que o segredo de justiça se não quebre, isto é, tanto para o adiamento como para a prorrogação, entendemos que o MP deve requerer e obter decisão, antes de findo o prazo máximo previsto no art.º 276.º, para assim haver continuidade. Neste sentido vai a jurisprudência mais recente e a doutrina, que referem que estes prazos se suspendem nas férias judiciais, excepto havendo arguidos presos [90].

Havendo prorrogação dos prazos previstos no art.º 276.º, nada impede que haja lugar a um pedido de aceleração processual. São incidentes diferentes, mas compatíveis.

A redacção deste artigo foi pensada para evitar que na fase de inquérito o segredo de justiça tivesse um prolongamento infinito, em que o Ministério Público decidia unilateralmente, sem controlo judicial. Com esta nova redacção não há decisões unilaterais.

Como refere Costa Andrade «a lei não pode estorvar» e, tal como esta norma está, conduz a interpretações díspares, que é preciso mudar e

[88] FREDERICO DA COSTA PINTO, *ibidem*, pág. 30.

[89] *B.O.A*, n.º 28.º, Set./Out. 2003, pág. 22.

[90] Acórdão do TRL de 18/11/2008, Proc. 5793/2008-5 e PAULO PINTO ALBUQUERQUE, *ibidem*, pág. 254.

clarificar. A redacção do n.º 6 se não tivesse uma interpretação extensiva, em muitos casos, o sucesso da investigação seria comprometido.

A nossa justiça pauta-se pelo princípio da investigação e da verdade material e é mesmo esta que nesta altura está ameaçada, dado que nem sempre é fácil obter, em tão curto espaço de tempo, todos os meios de prova, onde haja indícios suficientes da prática do crime.

13. CONSTITUCIONALIDADE OU INCONSTITUCIONALIDADE?

A Lei 48/2007 com as alterações que introduziu no CPP ultrapassou os limites constitucionais que se impunham. As maiores violações estão subjacentes nos art.ºs 86.º e 89.º, se não vejamos:

O n.º 3, do art.º 20.º da CRP, confere tutela jurisdicional ao segredo de justiça e os n.ºs 2 e 5 do art.º 32.º da nossa lei fundamental garantem presunção da inocência e estrutura acusatória. Ora, estas normas são incompatíveis, com a agora regra da publicidade no processo penal, porque nem garantem uma fase de investigação secreta, nem a presunção da inocência.

Estaremos perante normas inconstitucionais?

Na revisão do nosso CPP de 1998 o legislador, na proposta de lei que esteve na base de tal revisão diz claramente que, *o inquérito, em cujo âmbito se desenvolve a investigação é, por natureza, inquisitório e secreto*. Roxin corrobora desta opinião quando refere que o processo de investigação é secreto, e entre nós Meneses Leitão e Costa Pinto, também defendem que o segredo é fundamental para a investigação [91].

Com a revisão de 2007 parece-nos que o legislador criou um novo conceito de segredo de justiça, ou seja, para não afrontar totalmente a constituição, refere que o inquérito é público, mas não deixa de ser secreto. Temos aqui uma situação de atipicidade, uma figura híbrida no segredo de justiça, em que o inquérito tanto pode ser secreto como público.

Tendo havido um inquérito sem publicidade, se o arguido requerer a abertura de instrução, este não pode impedir que aquela seja secreta. Neste sentido Paulo Pinto Albuquerque afirma que «à violação do conceito constitucional de segredo junta-se então a violação das garantias de defesa e da presunção da inocência» [92], ou seja, o arguido não pode requerer que a instrução seja secreta, porque o juiz não pode deferir esse requerimento. O mesmo autor acrescenta que da forma como o art.º 86.º, n.º 1, está redigido, até parece que antes de o processo ser submetido a segredo de justiça, qualquer cidadão pode assistir a qualquer diligência no inquérito e que ninguém o pode impedir. Este entendimento é contrariado pelo n.º 2 do art.º 141.º e 143.º, do CPP.

Também Figueiredo Dias em artigo publicado defende que «se o TC for chamado a pronunciar-se sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade do n.º 1 do art.º 86.º, na sua actual redacção, este deve pronunciar-se no sentido da inconstitucionalidade» [93].

Assim, tal como Paulo Pinto Albuquerque, entendemos que os n.ºs 1, 2, 3, 4 e 5, do art.º 86.º, do CPP, estão feridos de inconstitucionalidades, por violarem os art.ºs 2.º, 20.º, n.ºs 1 e 3, 32.º, n.ºs 1, 5 e 7, e 219.º, n.º 1, todos da CRP, por no inquérito fixar a publicidade como regra, mesmo contra a vontade do MP, conferir ao juiz o poder de decidir oficiosamente por despacho irrecorrível e não ter acautelado o segredo de justiça externo da instrução a requerimento do arguido [94].

Há quem entenda, nomeadamente Germano Marques da Silva que o art.º 86.º não é

[91] PAULO PINTO ALBUQUERQUE, *ibidem*, pág. 240 e ss.

[92] PAULO PINTO ALBUQUERQUE, *ibidem*, pág. 241, notas 8 e 9.

[93] FIGUEIREDO DIAS, *ibidem, pág. 375.*

[94] Neste sentido PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *ibidem*, pág. 242, nota 11.

inconstitucional, não viola o n.º 3 do art.º 20.º da CRP, porque não impõe que haja sempre segredo, admite-o desde que adequado [95]. Assim como a lei prevê os casos onde pode ser estabelecido, o tempo da duração, também é o juiz que decide caso a caso.

O Ac. do TC n.º 110/2009, de 11/03, também entende que o n.º 3 do art.º 86.º, não é inconstitucional por não violar os art.ºs 2.º e 219.º da CRP, mas tem voto contra de Maria João Antunes.

Analisemos agora o art.º 89.º do CPP:

A protecção do segredo de justiça está constitucionalmente consagrada, no entanto, sendo este agora uma excepção, mesmo requerido, está limitado aos prazos do art.º 276.º do CPP, mais os prazos da parte final do n.º 6 do art.º 89.º, isto se não se levar em conta que o referido normativo é inconstitucional. Ao permitir o acesso a todos os elementos do processo, onde podem constar dados relativos à vida privada de outras pessoas, abrangendo elementos bancários e fiscais, há que concluir que o requisito constitucional da adequação da protecção do segredo de justiça é desrespeitado. Estão, assim, em jogo outros valores constitucionalmente protegidos, ligados à reserva das pessoas em causa a que esses segredos respeitam e nada justifica que sejam sujeitos a devassa por parte dos restantes intervenientes processuais sem que, previamente, seja proferido despacho onde se especifique os elementos relativamente aos quais se mantém o segredo de justiça.

O segredo de justiça é protegido pelo art.º 20.º n.º 3, da CRP, funcionando como um meio de protecção da investigação penal. O nosso processo penal tem estrutura acusatória (art.º e 32.º n.º 5, da CRP), que é incompatível com a regra da publicidade, supõe que a fase de investigação seja secreta (20.º n.º 3) e depois o legislador permite a consulta do processo na fase de inquérito? Parece-nos haver aqui alguma incongruência e desrespeito por estas normas constitucionais.

Desta feita, de acordo com Paulo Pinto Albuquerque, os n.ºs 1 e 2 do art.º 89.º são inconstitucionais por violarem os art.ºs 2.º, 20.º, n.º 3, 32.º, n.º 5 e 219.º, todos da CRP, na parte em que permite a consulta aos autos e o juiz decidir oficiosamente e por despacho irrecorrível a publicidade interna contra a vontade do MP [96], assim como o n.º 6 do art.º 89, sofre de uma outra inconstitucionalidade que é permitir que o arguido, o assistente e o ofendido, possam ter acesso aos autos depois de esgotados os prazos previstos no art.º 276.º. Esta situação constitui uma violação do princípio da igualdade, bem como uma restrição inadmissível das partes civis ao processo, o que constitui uma violação do acesso ao direito e aos tribunais, prevista no art.º 20.º, n.º 1, da CRP. Assim sendo, esta norma é inconstitucional por violar os art.ºs 13.º e 20.º, n.º 1, da CRP.

Neste sentido Manuel Lopes Maia [97], refere que «o n.º 6 do art.º 89.º, em nosso entendimento sofre de inconstitucionalidade por violar o art.º 20.º, n.º 3 da CRP, na medida que não assegura adequada protecção do segredo de justiça».

O art.º 89.º, n.º 6, está ferido de uma outra inconstitucionalidade que o TC no Acórdão 428/2008, de 12/08, já se pronunciou pela violação do n.º 3 do art.º 20.º da CRP, por permitir e não poder ser recusado ao arguido, antes do encerramento do inquérito a que tenha sido aplicado o segredo de justiça, a consulta irrestrita de todos os elementos do processo. Lê-se neste aresto que «o art.º 89.º, n.º 6, do CPP não pode permitir o acesso automático aos autos sempre que tal possa pôr gravemente em causa a investigação, se a sua revelação impossibilitar a descoberta da

[95] GERMANO MARQUES DA SILVA , *ibidem*, pág. 27 e 28.

[96] Neste sentido PAULO PINTO ALBUQUERQUE, *ibidem*, pág. 253.

[97] MAIA GONÇALVES, *CPP Anotado, Almedina*, 17ª Edição 2009, pág. 266.

verdade ou se a sua revelação criar perigo para a vida, integridade física ou psíquica ou para a liberdade dos participantes processuais ou vítimas do crime».

Vimos assim que uma boa parte da doutrina e também o Ac. do TC n.º 428/2008, se inclinam, tal como nós, para a inconstitucionalidade destas normas.

14. TESES

Ao defendermos o segredo de justiça como regra, deixamos aqui a nossa opinião alicerçada em outras.

Assim:

1 – Controle da criminalidade

Quando temos criminalidade é porque a fase da prevenção não actuou em tempo útil. Ao passarmos à segunda fase (repressão), para a podermos combater, não podemos partilhar informação, diligências, com quem está a ser investigado, sob pena de este combate estar vencido e viciado logo à partida e a fase de inquérito não servir para nada. Se numa boa sementeira o cereal tem que estar escondido até à germinação, também a investigação não deve estar exposta para que se possa chegar à verdade material, sob pena de a última não dar fruto.

2 – Limite temporal para o segredo de justiça

a) A manter-se a redacção actual do art.º 89.º, n.º 6, do CPP, a prorrogação do segredo de justiça não pode ser por um prazo máximo de três meses, se assim fosse o legislador teria dito "prorrogação ou renovação por igual período". Este prazo é sem duração temporal fixada, não é *ad aeternum*, mas tem que ser razoável para concluir a investigação. O legislador podia ter sido mais claro e defendemos que até podia ter proposto, nesta parte, uma redacção semelhante a isto: (…*o acesso aos autos seja adiado por um período máximo de três meses, o qual pode ser prorrogado pelo tempo indispensável à conclusão da investigação, sendo revisto ao fim de seis meses, quando estiver em causa…).*

O poder discricionário ficou nas mãos do juiz de instrução e o prazo ficou ilimitado, quando até poderia ser revisto para verificar se os pressupostos se mantinham, tal como o previsto no art.º 213.º do CPP. De nada adiantaria um prazo igual ao primeiro quando as exigências da investigação forem demasiado complexas onde nem estão excluídos os recursos. O crime violento e organizado não se pode compadecer com prazos taxativos e o MP ficar refém dos mesmos.

b) Tem-se levantado a questão de saber se os prazos relativos ao adiamento e prorrogação correm ou não em férias. Em relação à prorrogação, não há dúvidas que não estando fixado, e não sendo os três meses, o problema não se coloca, deve aplicar-se a continuidade por se preverem ser superiores a seis meses. Relativamente ao adiamento, o prazo suspende-se nas férias, excepto para os processos urgentes.

De acordo com o Ac. do TRL, com o qual concordamos, se o MP conferir carácter de urgência ao inquérito, o prazo de três meses não suspende nas férias [98]. Se não lhe conferiu esse carácter, então suspende-se nas férias de acordo com o n.º 1 do art.º 103.º, do CPP. À contagem dos prazos aplicam-se as regras da lei processual penal e civil (art.º 104.º, n.º 1do CPP).

3 - Garantias de defesa

Os prejuízos que possam advir para os direitos de defesa do arguido são só aqueles que estão relacionados com a aplicação de medidas de coacção como a prisão preventiva. Nuno Brandão defende que apesar de este procedimento ter sofrido uma alteração extensa, com a revisão do

[98] Ac. n.º 5793/2008-5 do TRL de 18/11/2008.

CPP não foram postas em causa as linhas fundamentais do regime anterior no que toca ao modo de aplicação [99]. Ou seja, havendo segredo de justiça, o arguido mantém as mesmas garantias de defesa que existem na publicidade, daí que esta nada acrescentou aos seus direitos. António Henriques Gaspar reforça esta ideia quando afirma que «na publicidade ou no segredo, não estão, por si mesmos, envolvidos direitos fundamentais que ao juiz de instrução cumprisse salvaguardar» [100].

Ainda Nuno Brandão [101], citando parte da doutrina e da jurisprudência diz que «estando assim acautelada a posição de defesa, entendia-se que uma abertura total dos autos ao arguido não representaria uma solução de compromisso e concordância prática, mas antes um aniquilamento dos interesses tutelados pelo segredo de justiça à custa dos interesses da defesa», isto é, passariam a prevalecer os interesses de defesa em prol da investigação, ou seja, direitos particulares a sobreporem-se aos direitos públicos. Como sabemos, a fase de inquérito é, por excelência, a fase de investigação, onde devem prevalecer direitos públicos. Nesta fase, os direitos particulares não se podem sobrepor, porque já estão acautelados.

Ainda de acordo com o mesmo autor «no caso de o processo se encontrar em segredo de justiça, ao abrigo dos n.ºs 2 ou 3 do art.º 86.º, esse acesso aos autos estará sempre dependente de um juízo concreto sobre a sua compatibilidade com a salvaguarda dos interesses em que se funda o segredo de justiça na fase de inquérito, cessando sempre que a investigação seja posta em causa».

4- Inconstitucionalidades

Como abordámos em lugar próprio, os art.ºs 86.º e 89.º do CPP contêm, em nosso entender, assim como Paulo Pinto Albuquerque, Figueiredo Dias, Manuel Lopes Maia, o Ac. TC n.º 428/2008, de 12/08, algumas inconstitucionalidades, nomeadamente aquelas que colidem directamente com o art.º 20.º n.º 3 da CRP, que devem ser corrigidas, numa das próximas revisões. São as normas que têm que se adaptar à CRP e não o inverso. Em sentido oposto temos Germano Marque das Silva.

5 – Segredo como regra

Ao defendermos o segredo como regra, tendo como primeiro fundamento a protecção da investigação, também o poderíamos defender nas outras vertentes, mas não o fizemos levianamente. Para reforçar a nossa posição, quisemos juntar também a posição da doutrina e da jurisprudência.

Boaventura Sousa Santos no artigo já citado, defende que a alteração ao segredo deveria ser mínima, não devendo por em causa os interesses e o êxito da investigação, por ser mais adequada às realidades sociológicas e judiciais do nosso país[102].

Frederico da Costa Pinto também entende que, a vigência do segredo de justiça nas fases preliminares destina-se a garantir a presunção de inocência do arguido, eficiência da investigação e de preservação de possíveis meios de prova e de garantia de pessoas que intervêm no processo[103].

António Henrique Gaspar, também advoga que a principal finalidade do segredo de justiça é evitar que o arguido ao tomar conhecimento antecipado

[99] NUNO BRANDÃO, *Medidas de Coacção: o procedimento de aplicação na revisão do CPP*, Revista do CEJ, 1.º Semestre 2008, pág. 73.

[100] ANTÓNIO HENRIQUES GASPAR, *ibidem*, pág. 353.

[101] NUNO BRANDÃO, *ibidem*, pág. 83 e s.

[102] *Visão* de 6/03/2003 ou in http:/www.ces.uc.pt/opinião/bss/071.php.

[103] *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, Almedina 2004, pág. 71.

dos factos e provas venha a actuar de forma a perturbar a investigação[104].

No Parecer CC da PGR 60/2003 citado por Vinício Ribeiro, diz-se que o valor do bem jurídico que de forma directa e imediata é protegido é a qualidade e o bom êxito da investigação e em última instância, da justiça penal[105]. No mesmo sentido já ia o Parecer 121/80.

Vinício Ribeiro, diz que não há unanimidade entre os mesmos, uns defendem mais o lado do princípio da presunção da inocência do arguido, outros do lado dos interesses da investigação[106].

Já Cunha Rodrigues em 1997 escreveu na RPCC [107] que o segredo de justiça visava, como ainda hoje, a protecção da investigação.

É certo que não se pode garantir um bom êxito de investigação sem que haja segredo de justiça, porque senão vejamos: se na fase de inquérito, durante a investigação, o MP apura novos factos que podem incriminar o suspeito, para que este não perturbe o inquérito, requer ao juiz de instrução a substituição da medida de coacção inicialmente aplicada. Ora, se houver publicidade do inquérito o arguido ao consultar o processo toma conhecimento da proposta e perante isto, o mais provável é que se furte à sua aplicação, indo para paradeiro incerto. O mesmo se pode dizer em relação à criminalidade organizada, em que nem todos os arguidos são detidos em simultâneo.

A par dos fundamentos técnico-processuais não nos esquecemos que é necessário também levar em conta a honra do arguido. Este goza de direito fundamental ao bom nome e reputação da garantia de presunção de inocência. Assim, também por esta via, justifica-se o segredo de justiça, impedindo que a reputação alheia sofra manchas pela divulgação de notícias falsas susceptíveis de causar prejuízos irreparáveis em caso de arquivamento dos autos.

Por outro lado, os participantes no processo são seres humanos que, como quaisquer outros, podem sofrer pressões que conduzam à distorção do objectivo da investigação – a busca da verdade. A publicidade pode dificultar a recolha de provas através da coacção das vítimas ou participantes processuais.

Desta feita, em nosso entender, ele justifica-se pelo bom êxito da investigação e pela busca da verdade material, porque quando se protege a investigação, também se protegem as vítimas e os participantes processuais, os direitos e o bom nome do arguido. O primeiro implica o segundo e o inverso não se verifica, ou seja, quando o MP requer o segredo tem sempre em vista a investigação ou os direitos dos sujeitos processuais. Quando é o arguido, o assistente ou ofendido a requerê-lo, estes só têm em vista os seus direitos.

15. CONCLUSÃO

Não há investigação criminal bem sucedida, em especial na criminalidade organizada, complexa ou sofisticada, sem uma envolvente de segredo de justiça, assim como também não pode haver uma acusação seriamente sustentada se antes da mesma ser deduzida, a investigação de apoio tiver sido confrontada com manipulação ou destruição das provas, adulteração dos factos e ocultação de eventuais testemunhas.

Dos vários autores que consultamos verificamos duas realidades:

1 - Tal como nós, a maior parte deles defendem o segredo de justiça como regra e não como excepção, pelo menos durante a fase de inquérito;

2 – Em todos os sistemas processuais penais existe uma fase secreta de investigação, e pelo tempo que se mostre necessário, até concluir o

[104] ANTÓNIO HENRIQUES GASPAR, *ibidem pág. 350.*

[105] VINICÍO RIBEIRO, *ibidem*, pág. 148

[106] VINICÍO RIBEIRO, *ibidem*, pág. 147 e s.

[107] CUNHA RODRIGUES, *RPCC*, pág. 556, *apud*, VINICIO RIBEIRO, pág. 149

inquérito. Mesmo nos sistemas em que, aparentemente, o processo é aberto ao arguido, há uma fase como que um "pré-inquérito" é de absoluto secretismo [108].

Figueiredo Dias não conhece o princípio da publicidade no inquérito, mesmo naqueles processos penais mais caracterizadamente acusatórios como o norte-americano, existindo pelo menos uma fase pré-processual, de carácter policial, em que vale o princípio do segredo [109].

O poder político teve como preocupação reforçar os direitos dos arguidos, retirar poderes ao Ministério Público, deu uma volta de cento e oitenta graus, quer na Proposta de Lei, quer na redacção até aí vigente, não se percebendo muito bem como. Os prevaricadores nada mais fazem do que aproveitar-se das leis penais. Veja-se o relatório de Segurança Interna de 2008 onde a criminalidade subiu 10,7% nos crimes violentos e 7,5% na criminalidade em geral. Foi o pior resultado nos últimos dez anos, continuando a subir no início de 2009 [110], onde não podemos excluir as alterações da nossa legislação penal.

O projecto da Unidade de Missão deu uma cambalhota durante os trabalhos parlamentares. Tem razão Figueiredo Dias [111] quando diz que «terá sido o desejo de alcançar uma regulamentação nova do "segredo de justiça", mas que terá acabado por conduzir, nos trabalhos parlamentares a uma profunda desfiguração da fase de inquérito» e vai mais longe quando afirma que aquilo que poderia ter sido uma reforma não foi e lamenta a oportunidade perdida.

Relativamente ao limite temporal, podemos dizer que a válvula deixada na parte final do n.º 6 do art.º 89.º, apesar de não ser o ideal, deixou algum espaço de manobra, porque caso contrário muita investigação seria inconclusiva. O Direito não é a Matemática, porque o prazo que é razoável para alguns crimes é demasiado curto para outros, até porque a criminalidade em causa pode ter redes internacionais, precisa de cooperação internacional que não se compadece com os nossos prazos, sob pena até de podermos ser excluídos dos mecanismos de cooperação policial. O prazo tem que ser de acordo com a complexidade do caso.

Partilhamos a opinião de Costa Andrade quando afirma que «o legislador de 2007 determinou que primeiro se aplicaria a lei e depois se faria o seu estudo» [112].

Mais uma vez reforçamos a ideia de que numa próxima revisão do CPP, o segredo deve ser regra, não pondo em causa os direitos do arguido, sob pena de sermos ultrapassados pelas teias da criminalidade. O regime actual veio permitir um maior aproveitamento por parte dos prevaricadores, e já em 2003 Eduardo Maia Costa tinha razão quando dizia «uma investigação feita na "praça pública" ou em "colaboração" com os arguidos está destinada ao fracasso» [113].

[108] Congresso da Justiça 08/08/2003.

[109] JORGE FIGUEIREDO DIAS, *ibidem, pág. 371.*

[110] MÁRIO MENDES, *Entrevista ao Jornal Público e à RR* em 28/03/09.

[111] JORGE FIGUEIREDO DIAS, *ibidem, pág. 371.*

[112] COSTA ANDRADE, *RLJ*, n.º 3948, Jan. Fev. 2008, pág. 135.

[113] EDUARDO MAIA COSTA, O *segredo e a justiça,* Jornal Público 20/02/2003, *apud* VINICÍO RIBEIRO, pág. 143

BIBLIOGRAFIA

AGOSTINHO, Eiras, *Segredo de Justiça e Controlo de Dados Pessoais Informatizados*, Coimbra Editora, 1992.

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto, *Comentário do Código de Processo Penal*, 2ª Edição, Universidade Católica Editora, 2008.

BRANDÃO, Nuno, *Medidas de Coacção: o procedimento de aplicação na revisão do CPP*, Revista do CEJ, n.º 9 de 2008;

BRANDÃO, Nuno, *A Reforma do Direito Processual Penal Português em Perspectiva Teórica Prática*, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 18, n.ºs 2 e 3, Abril-Setembro 2008; Coimbra Editora.

CARVALHO, Paula Marques, *Manual Prático de Processo Penal*, Almedina, 3 ª edição, 2007.

COSTA ANDRADE, Manuel da, *Revista de Legislação e Jurisprudência n.ºs 3948, 3949 e 3950* - Janeiro a Junho de 2008.

COSTA PINTO, Frederico de Lacerda, *Publicidade e Segredo na Última Revisão do Código de Processo Penal*, Revista do CEJ, n.º 9 de 2008.

DIAS, Figueiredo, *A Reforma do Direito Processual Penal Português em Perspectiva Teórica Prática*, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 18, n.ºs 2 e 3, Abril-Setembro 2008; Coimbra Editora.

EIRAS, Henrique, *Processo Penal Elementar*, Quid Juris, 7.ª Edição, 2008.

GASPAR, António Henriques, *A Reforma do Direito Processual Penal Português em Perspectiva Teórica Prática*, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 18, n.ºs 2 e 3, Abril-Setembro 2008; Coimbra Editora.

GOMES, Canotilho/MOREIRA, Vital - *Constituição da República Portuguesa*, Coimbra Editora, 8ª Edição, 2005.

GONÇALVES, M. Maia, *Código de Processo Penal Anotado* – 16ª Edição, Almedina, Coimbra 2007.

LEAL HENRIQUES, Manuel de Oliveira/SIMAS SANTOS, Manuel José Carrilho, O *Código Penal de 1982*, Volume I, 3ª Edição, Rei dos Livros, 2008.

MAIA GONÇALVES, Manuel Lopes, *Código Penal Português na Doutrina e na Jurisprudência*, Livraria Almedina 1968 e *Código de Processo Penal Anotado e comentado*, Livraria Almedina , Coimbra 1972 e 17ª Edição 2009.

OSÓRIO, Luís, *Comentário ao Código de Processo Penal*, 2.º Volume, Coimbra Editora, 1982.

PALMA, Maria Fernanda, Coordenadora, *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, Organizado pela FDUL e pelo Conselho Distrital de Lisboa da Ordem dos Advogados, com a colaboração do Goethe Institut, Almedina, 2004.

Revista de Legislação e Jurisprudência n.ºs 3948, 3949 e 3950, Janeiro a Junho de 2008.

Revista do Ministério Público, Ano 29, Janeiro – Março 2008, n.º 113.

Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 18, n.ºs 2 e 3, Abril-Setembro 2008; Coimbra Editora.

RIBEIRO, Vinício A. P., *Código de Processo Penal, Notas e Comentários*, Coimbra Editora 2008.

ROCHA, Laurentino da Silva Araújo Gelásio, *Código de Processo Penal*, Anotado, Almedina.

SANTIAGO, Rodrigo, *Crime de Violação de Segredo Profissional no Código Penal de 1982*, Livraria Almedina, Coimbra 1982.

SANTOS, Gil Moreira, O *Direito Processual Penal*, Edições Asa, 1ª Edição, Janeiro de 2003.

SILVA, Germano Marques da Silva, *Curso de Processo Penal II*, 4ª Edição, Editorial Verbo, 2008.

TOLDA PINTO, António Augusto, O *Novo Processo Penal*, 2.º Edição, Rei dos Livros.

VAZ PATO, Pedro Maria Godinho, O *Regime do Segredo de Justiça no Código de Processo Penal Revisto*, Revista do CEJ, n.º 9 de 2008 -.

www.cej.mj.pt

www.ces.uc.pt

www.dgsi.pt

ABREVIATURAS

A.C. – Antes de Cristo
Ac. – Acórdão
AO – Ordem dos Advogados
BE – Bloco de Esquerda
BMJ – Boletim do Ministério da Justiça
C. Penal – Código Penal
C.C. – Conselho Consultivo
C.P.P. ou CPP – Código de Processo Penal
C.R.P. – Constituição da República Portuguesa
CEDH – Convenção Europeia dos Direitos do Homem
CDS – Centro Democrático Social
CEJ – Centro de Estudos Judiciários
Cód. – Código
EOA – Estatuto da Ordem dos Advogados
JIC – Juiz de Instrução Criminal
MP – Ministério Público
OPC – Órgão de Polícia Criminal
PCP – Partido Comunista Português
PGR – Procuradoria Geral da República
PSD – Partido Social Democrata
RLJ – Revista de Legislação e de Jurisprudência
RMP – Revista do Ministério Público
RPCC – Revista Portuguesa de Ciência Criminal
ROA – Revista da Ordem dos Advogados
Séc. – Século
STJ – Supremo Tribunal de Justiça
TC – Tribunal Constitucional
TIR – Termo de Identidade e Residência
TRC – Tribunal da Relação de Coimbra
TRE – Tribunal da Relação de Évora
TRG – Tribunal da Relação de Guimarães
TRL – Tribunal da Relação de Lisboa
TRP – Tribunal da Relação do Porto

O AUTOR

Valentim Matias Rodrigues é Oficial de Justiça.

I. FORMAÇÃO ACADÉMICA

– Mestrado em Direito Penal, complemento em Direito Civil, na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, concluído em 25/07/2009, com a média final de 14 valores. Dissertação: *Segredo de Justiça* (16 valores).

– Licenciatura em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

II. SEMINÁRIOS ACADÉMICOS

2008 | Participação no Colóquio Internacional "After Fifty Years: The Coming Challenges, organizado pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra;

2008 | II Seminário de Direito Registal que teve lugar na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

III. HABILITAÇÕES PROFISSIONAIS

Actual | Actualmente: Oficial de Justiça

2004 a 2010 | Formador Profissional – Curso de Serviços Técnico Jurídicos, na Escola Profissional da Serra da Estrela em Seia

A Intervenção da Polícia No procedimento de urgência e na Informação Tutelar Educativa

João Manuel Pereira Duarte
Chefe da PSP
Presidente da CPCJ de Ovar

Resumo

As polícias possuem um particular conhecimento do meio social, das suas fragilidades e potencialidades, e desenvolvem um trabalho de permanência que lhes garante uma aproximação especial ao cidadão e com mais relevância ao cidadão criança.

Às polícias cabe garantir direitos, afastar perigos e corrigir problemas em permanente articulação com as Autoridades Judiciárias e a rede social instalada.

A eficácia e eficiência da intervenção policial no âmbito da Lei da Proteção e da Lei Tutelar Educativa é, assim, fundamental no afastamento das situações de perigo atual ou iminente para a vida ou integridade física da criança, por um lado, mas também, por outro, na recolha de informação sobre a conduta anterior da criança e a sua situação familiar, educativa e social.

Palavras-chave:

Criança; risco; perigo; facto qualificado como crime; denúncia; informação tutelar educativa; direitos; polícia

A INTERVENÇÃO DA POLÍCIA NO PROCEDIMENTO DE URGÊNCIA E NA INFORMAÇÃO TUTELAR EDUCATIVA

JOÃO MANUEL PEREIRA DUARTE
Chefe da PSP
Presidente da CPCJ de Ovar

ABREVIATURAS:

CDC	Convenção dos Direitos da Criança
CNPCJR	Comissão Nacional de Proteção de Crianças e Jovens em Risco
CP	Código Penal
CPCJ	Comissão de Proteção de Crianças e Jovens
LTE	Lei Tutelar Educativa
LPCJP	Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo
OPC	Órgão de Policia Criminal
PIPP	Programa Integrado de Policiamento de Proximidade
PSP	Polícia de Segurança Pública

A intervenção da polícia ([1]) no procedimento de urgência ([2]) e na informação tutelar educativa([3])

> *A polícia é a entidade que mais próxima está dos cidadãos e (que) em melhor posição (se encontra) para os defender.* (Paulo Guerra).

INTRODUÇÃO [(*)]

As polícias têm por missão assegurar a legalidade democrática, garantir a segurança interna e os direitos dos cidadãos, nos termos da Constituição e da lei.

As polícias têm com frequência contacto com crianças expostas a situações de grande vulnerabilidade que envolvem perigo para a sua vida ou integridade física e / ou envolvidas em práticas qualificadas como crime. A sua intervenção é feita em todos os níveis do sistema de proteção de crianças e jovens em perigo, sendo a sua ação fundamental na garantia dos direitos das crianças.

No âmbito da Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo (LPCJP), a atuação das polícias tem por objeto a promoção dos direitos e a proteção das crianças e dos jovens em perigo, de forma a garantir o seu bem-estar e desenvolvimento integral. Por outro lado, a *Lei Tutelar Educativa* (LTE) visa a educação do menor

[1] No sentido estrito do artigo 272. º da Constituição da República Portuguesa

[2] Artigo 91.º da Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo

[3] Artigo 73.º, nº. 2 da Lei Tutelar Educativa.

[(*)] Texto integral do trabalho apresentado no 14.º Curso de Pós-Graduação em Proteção de Menores (Prof. Doutor F.M. Pereira Coelho), tendo como Orientadora Mestre Ana Rita Alfaiate. Coimbra, Dezembro de 2011.

para o direito e a sua inserção, de forma digna e responsável, na vida em comunidade.

Este normativos refletem uma preocupação aguda das sociedades com as crianças, pois maximizam a ideia da criança sujeito de direitos e enfatizam a premência de uma regulação estadual dos direitos das crianças.

Assim, cabe aos polícias, em todas as situações de que têm conhecimento direto de crianças em situação de perigo atual ou iminente para a sua vida ou integridade física, e em que haja oposição dos detentores do exercício das responsabilidades parentais ou de quem tenha a guarda de facto, tomar as medidas adequadas a uma proteção urgente em casa de acolhimento temporário, nas instalações das entidades com competência em matéria de infância e juventude ou em outro local adequado.

Para tal, é fundamental que as polícias colaborem com os Tribunais, Comissão de Proteção de Crianças e Jovens e entidades com competência em matéria de infância e juventude. Na medida em que os normativos deferem às polícias um especial dever de cuidado e de garantia de direitos das crianças, permitindo a sua intervenção muito para além da simples abordagem policial. Impõe-se a obrigação de avaliar e afastar a situação de perigo, bem como a competência para promover um adequado e seguro encaminhamento da criança.

Às polícias, na sua intervenção com crianças em perigo, cabe a missão e imperioso dever de resolver conflitos, afastar perigos e adequar soluções que não só mitiguem a resolução de situações de perigo, mas que tenham uma visão mais abrangente de sanar perigos e garantir os direitos das crianças, dando o impulso necessário a uma intervenção mais assertiva às autoridades judiciárias e facilitadora da intervenção das CPCJ e das entidades com competência em matéria de infância e juventude.

Para cumprimento deste desígnio, não chega a norma e toda a sua representação de valor, importa que os polícias tenham uma "abertura operacional" para os ganhos de direitos que pertencem às crianças e que resultam de um desempenho policial adequado, assertivo e eficiente.

Por essa razão me proponho elencar de forma simples, mas adequada às necessidades do operacional de polícia, os normativos, os princípios e as definições legais. Bem como a forma de adequar os relatos escritos a elaborar pelo elemento policial, no cumprimento da sua obrigação legal, de reportar formalmente os atos observados e ou comunicados por terceiros às autoridades judiciárias, às CPCJ e às entidades com competência em matéria de infância e juventude pois só assim se cumpre a missão da polícia de assegurar os direitos do cidadão criança.

O tempo das crianças não se compadece com indefinições e requer uma maior responsabilidade da sociedade, nomeadamente de quem tem o dever de as proteger.

I.
LEI DE PROTECÇÃO DE CRIANÇAS E JOVENS EM PERIGO
(Lei n.º 147/99, de 01 de setembro)

Nota introdutória

No atual modelo legal de proteção de crianças e jovens em perigo, vigente desde janeiro de 2001, existem procedimentos de maior exigência na sua concretização, como sejam os relativos à retirada urgente de uma criança ou jovem, em situação de perigo iminente para a vida ou integridade física, e em que haja oposição dos detentores das responsabilidades parentais ou de quem tenha a guarda de facto (Coelho *at* Neto).

As Comissões de Proteção de Crianças e Jovens têm como base a ideia de que cada comunidade local é responsável pelas suas crianças e jovens,

constituindo um instrumento fundamental das políticas e estratégias locais de promoção e desenvolvimento do capital social, ético, cultural, político e económico *(folheto desdobrável sobre as CPCJ, elaborado pela CNPCJR)*.

As polícias integram as comunidades locais e é para aí que devem dirigir a sua ação de proximidade e o consequente empenho numa atuação competente, efetiva, generosa, solidária e concertada, razão pela qual também integram, em igualdade de direitos, deveres e responsabilidade a comissão alargada ([4]) das CPCJ. È, pois, neste quadro de envolvimento que a polícia deve adequar o seu procedimento na procura e salvaguarda do superior interesse da criança vítima e em situação de perigo, ponderando a necessidade de se encontrarem as respostas mais adequadas e previstas na LPCJP para a situação de perigo e é ainda neste quadro que se revela a importância da intervenção das polícias no procedimento de urgência, previsto no artigo 91.º da lei 147/99, de 1 de setembro.

Situação jurídica

O artigo 91.º da LPCJP ([5]) é aquele que define os procedimentos de urgência na ausência de consentimento dos detentores do exercício das responsabilidades parentais ou de quem tenha a guarda de facto ([6]), no *"exercido em contexto em que a situação de perigo seja de tal forma severa que põe em causa a vida ou a integridade física da criança, sendo que esse perigo, com essas consequências deve ser real, observável e verificável de imediato ou no mínimo se manifesta com indicadores precisos de iminência"*. (Clemente, 2009:229)

Incumbe às polícias o papel assumidamente protetor e de garantia de direitos das crianças e, em conformidade com o nº 2 do artigo 91.º, *"**dão conhecimento, de imediato, das situações referidas (…) ao Ministério Público** ou, quando tal não seja possível, logo que cesse a causa da impossibilidade"*.

Torna-se fundamental que as polícias assumam o papel relevante que têm em todo o processo, na medida em que, no nº 3 do citado artigo, *"as **autoridades policiais retiram a criança ou o jovem do perigo em que se encontra e asseguram a sua proteção de emergência** em casa de acolhimento temporário, nas instalações das entidades referidas no artigo 7.º ou em outro local adequado"*.

Desta forma, é essencial que os polícias percebam toda a relevância que têm no amparo destas crianças "desprotegidas" e que se a necessidade assim obrigar, o "local adequado" pode ser as próprias instalações policiais desde que se trate de uma "proteção de emergência".

É fundamental perceber que, agindo de acordo com o artigo 91.º, estamos a respeitar um direito da criança adquirido no artigo 3.º da Convenção sobre os Direitos da Criança (CDC), de 20 de novembro de 1989, que refere "em todas as medidas referentes às crianças, que sejam tomadas pelas instituições públicas ou privadas de proteção social, os tribunais, as autoridades administrativas

[4] Artigo 17.º nº. 1 alínea j) da lei 147/99 de 01SET

[5] Artigo 91.º Procedimentos urgentes na ausência do consentimento - 1 - Quando exista perigo atual ou iminente para a vida ou integridade física da criança ou do jovem e haja oposição dos detentores do poder paternal ou de quem tenha a guarda de facto, qualquer das entidades referidas no artigo 7.º ou as comissões de proteção tomam as medidas adequadas para a sua proteção imediata e solicitam a intervenção do tribunal ou das entidades policiais. 2 - As entidades policiais dão conhecimento, de imediato, das situações referidas no número anterior ao Ministério Público ou, quando tal não seja possível, logo que cesse a causa da impossibilidade. 3 - Enquanto não for possível a intervenção do tribunal, as autoridades policiais retiram a criança ou o jovem do perigo em que se encontra e asseguram a sua proteção de emergência em casa de acolhimento temporário, nas instalações das entidades referidas no artigo 7.º ou em outro local adequado.4 - O Ministério Público, recebida a comunicação efetuada por qualquer das entidades referidas nos números anteriores, requer imediatamente ao tribunal competente procedimento judicial urgente nos termos do artigo seguinte.

[6] Anexo I - Fluxograma para Procedimentos de urgência na ausência de consentimento.

ou os organismos legislativos, atender-se-á primordialmente ao superior interesse da criança".

O "interesse da criança e jovem" está especificado nos "princípios orientadores da intervenção", no artigo 4.º da citada lei, a par de outros. Assim:

- ✓ **"Interesse superior da criança e do jovem** - a intervenção deve atender prioritariamente aos interesses e direitos da criança e do jovem, sem prejuízo da consideração que for devida a outros interesses legítimos no âmbito da pluralidade dos interesses presentes no caso concreto";
- ✓ **"Privacidade** - a promoção dos direitos e proteção da criança e do jovem deve ser efetuada no respeito pela intimidade, direito à imagem e reserva da sua vida privada";
- ✓ **"Intervenção precoce** - a intervenção deve ser efetuada logo que a situação de perigo seja conhecida";
- ✓ **"Intervenção mínima** - a intervenção deve ser exercida exclusivamente pelas entidades e instituições cuja ação seja indispensável à efetiva promoção dos direitos e à proteção da criança e do jovem em perigo";
- ✓ **"Proporcionalidade e atualidade** - a intervenção deve ser a necessária e a adequada à situação de perigo em que a criança ou o jovem se encontram no momento em que a decisão é tomada e só pode interferir na sua vida e na da sua família na medida do que for estritamente necessário a essa finalidade";
- ✓ **"Responsabilidade parental** - a intervenção deve ser efetuada de modo que os pais assumam os seus deveres para com a criança e o jovem";
- ✓ **"Prevalência da família** - na promoção de direitos e na proteção da criança e do jovem deve ser dada prevalência às medidas que os integrem na sua família ou que promovam a sua adoção";
- ✓ **"Obrigatoriedade da informação** - a criança e o jovem, os pais, o representante legal ou a pessoa que tenha a sua guarda de facto têm direito a ser informados dos seus direitos, dos motivos que determinaram a intervenção e da forma como esta se processa";
- ✓ **"Audição obrigatória e participação** - a criança e o jovem, em separado ou na companhia dos pais ou de pessoa por si escolhida, bem como os pais, representante legal ou pessoa que tenha a sua guarda de facto, têm direito a ser ouvidos e a participar nos atos e na definição da medida de promoção dos direitos e de proteção";
- ✓ **"Subsidiariedade** - a intervenção deve ser efetuada sucessivamente pelas entidades com competência em matéria da infância e juventude, pelas comissões de proteção de crianças e jovens e, em última instância, pelos tribunais".

Quando as crianças não têm, de quem tem o dever de o fazer, os cuidados necessários para o seu desenvolvimento e a proteção essencial para o seu bem-estar, encontram-se em situações que podem ser consideradas de risco ou perigo.

Considera-se de risco quando se encontram em "*situação de vulnerabilidade tal que, se não for superada, pode vir a determinar futuro perigo ou dano para a segurança, saúde, formação, educação ou desenvolvimento integral da criança*" (guia forças de segurança, 2011:43), e de perigo quando existe a "*probabilidade séria de dano da segurança, saúde, formação, educação e desenvolvimento integral da criança, ou já a ocorrência desse dano, quando essa situação é determinada por ação ou omissão dos pais, representante legal ou quem tenha a guarda de facto, ou resulte da ação ou omissão de terceiros, ou da própria criança, a que aqueles não se oponham de modo adequado a removê-la*". (guia forças de segurança, 2011:43)

A ação das polícias nesta matéria incide essencialmente nas situações em que as crianças se encontram em perigo. Segundo o artigo 3.º (Lei 147/99 de 1 de setembro) no nº 2 as crianças

estão em perigo quando se verifique uma ou várias das seguintes situações:

✓ "Está abandonada ou vive entregue a si própria";

✓ "Sofre maus tratos físicos ou psíquicos ou é vítima de abusos sexuais";

✓ "Não recebe os cuidados ou a afeição adequados à sua idade e situação pessoal";

✓ "É obrigada a atividades ou trabalhos excessivos ou inadequados à sua idade, dignidade e situação pessoal ou prejudiciais à sua formação ou desenvolvimento";

✓ "Está sujeita, de forma direta ou indireta, a comportamentos que afetem gravemente a sua segurança ou o seu equilíbrio emocional";

✓ "Assume comportamentos ou se entrega a atividades ou consumos que afetem gravemente a sua saúde, segurança, formação, educação ou desenvolvimento sem que os pais, o representante legal ou quem tenha a guarda de facto se lhes oponham de modo".

A criança deve ser amparada pela sociedade e "*a proteção à infância e juventude converte-se numa tarefa que, por imperativo ético e legal, compete concomitantemente ao Estado, sociedade civil organizada e aos cidadãos em geral*". (guia forças de segurança, 2011:13)

É imperativo que a comunicação destas crianças em "perigo" sejam rapidamente sinalizadas e é dever das polícias comunicarem às entidades com competência em matéria de infância e juventude e às CPCJ, tal como previsto nos artigos 7.º ([7]), 8.º ([8]) e 64.º ([9]) da lei de proteção, as situações de perigo de que tenham conhecimento no exercício das suas funções. No entanto, a intervenção policial pode ser requerida por qualquer pessoa que tenha conhecimento de situações de perigo, conforme art.º 66.º ([10]).

O confronto do nº 1 com o disposto no nº 3 do mesmo artigo 91.º **confirma a tese ao definir que, na ausência de intervenção do tribunal, cabe às autoridades policiais** intervir tendo em vista a proteção imediata da criança. Aí se consagra que " *enquanto não for possível a intervenção do tribunal, as autoridades policiais retiram a criança do perigo em que se encontra e asseguram a sua proteção de emergência em casa de acolhimento temporário, nas instalações das entidades referidas no artigo 7.º ou em outro local adequado. O legislador não poderia ser mais claro". (clemente, 2009:234).*

No meu entendimento, a intervenção/procedimento policial, nas situações que envolvam crianças em situação de perigo e que motivem um procedimento de urgência, tal como definido na LPCJP, deve considerar o seguinte:

✓ Contactar o representante da Polícia na CPCJ.

✓ Verificar pressupostos do artigo 91.º, nº. 1da Lei 147/99 de 01SET "*Perigo atual ou iminente para a vida ou integridade física da criança ou do jovem e haja oposição dos detentores do poder*

[7] Artigo 7.º Intervenção de entidades com competência em matéria de infância e juventude. A intervenção das entidades com competência em matéria de infância e juventude é efetuada de modo consensual com os pais, representantes legais ou com quem tenha a guarda de facto da criança ou do jovem, consoante o caso, de acordo com os princípios e nos termos do presente diploma.

[8] Artigo 8.º Intervenção das comissões de proteção de crianças e jovens. A intervenção das comissões de proteção de crianças e jovens tem lugar quando não seja possível às entidades referidas no artigo anterior atuar de forma adequada e suficiente a remover o perigo em que se encontram.

[9] Artigo 64.º Comunicação das situações de perigo pelas autoridades policiais e judiciárias. 1 - As entidades policiais e as autoridades judiciárias comunicam às comissões de proteção as situações de crianças e jovens em perigo de que tenham conhecimento no exercício das suas funções. 2 - Sem prejuízo do disposto no número anterior, as autoridades judiciárias adotam as providências tutelares cíveis adequadas.

[10] Artigo 66.º Comunicação das situações de perigo por qualquer pessoa. 1 - Qualquer pessoa que tenha conhecimento das situações previstas no artigo 3.º pode comunicá-las às entidades com competência em matéria de infância ou juventude, às entidades policiais, às comissões de proteção ou às autoridades judiciárias. 2 - A comunicação é obrigatória para qualquer pessoa que tenha conhecimento de situações que ponham em risco a vida, a integridade física ou psíquica ou a liberdade da criança ou do jovem. 3 - Quando as comunicações sejam dirigidas às entidades referidas no n.º 1, estas procedem ao estudo sumário da situação e proporcionam a proteção compatível com as suas atribuições, dando conhecimento da situação à comissão de proteção sempre que entendam que a sua intervenção não é adequada ou suficiente.

paternal ou de quem tenha a guarda de facto, a Policia deve seguir os seguintes princípios, para além de outros consignados na LPCJP" (guia forças de segurança, 2011:102)

- ✓ O superior interesse da criança.
- ✓ Os direitos da vítima.
- ✓ O critério da intervenção mínima.
- ✓ Os critérios da preservação da prova.
- ✓ Promover a avaliação de elemento da família alargada (pais biológicos, família alargada, vizinhos), que permitam a guarda segura do menor, *considerando que a institucionalização ou retirada, só por si, podem ser atos de violência e não uma verdadeira proteção (*Neto *at* Coelho*)*, evitando-se assim o recurso ao encaminhamento para Centro de Acolhimento Temporário, até melhor avaliação da Autoridade Judiciária e ou CPCJ.
- ✓ Elaborar participação policial, em observância às disposições do artigo 243.º do Código de Processo Penal (CPP) ([11]) quando se refere "*Sempre que uma autoridade judiciária, um órgão de polícia criminal ou outra entidade policial presenciarem qualquer crime de denúncia obrigatória, levantam ou mandam levantar auto de notícia" e artigo 242.º do CPP ([12]) quando refere que "a denúncia é obrigatória para as entidades policiais, quanto a todos os crimes de que tomarem conhecimento*".
- ✓ Efetuar comunicação, imediata, ao Ministério Púbico e/ou Tribunal de Família e Menores ou Tribunal de Comarca, quando aquele não exista – nº 2 do artigo 91.º ([13]), e conhecimento à CPCJ da área de residência da criança.

II.
LEI TUTELAR EDUCATIVA
(Lei n.º 166/99, de 14 de setembro)

Nota introdutória

A sociedade incorpora um conjunto de problemas, problemas esses que, em relação a crianças e jovens privados de um desenvolvimento saudável e estável, são, em grande número, de abandono, maus tratos, negligência ou comportamentos desviantes.

Estas crianças necessitam de um acompanhamento o mais precoce possível para que aumente a sua capacidade de resolução dos problemas, que na sua maioria também são familiares.

A Lei Tutelar Educativa, Lei 166/99 de 14 de setembro, é pensada para crianças com comportamentos delinquentes, maiores de 12 anos e menores de 16 anos de idade. O artigo 19.º do Código Penal considera que os menores de 16 anos são inimputáveis. Esta lei aplica-se a *"(..) facto qualificado pela lei como crime e passível de medida tutelar por lei anterior ao momento da sua prática*", como refere o seu artigo 3.º.

A denúncia é obrigatória, para os polícias, quanto a factos de que tomem conhecimento e que enquadrem factos qualificados pela lei como crime, praticados por crianças com idades compreendidas entre os 12 e os 16 anos de idade

[11] Artigo 243.º Auto de notícia. 1 — Sempre que uma autoridade judiciária, um órgão de polícia criminal ou outra entidade policial presenciarem qualquer crime de denúncia obrigatória, levantam ou mandam levantar auto de notícia, onde se mencionem: a) Os factos que constituem o crime; b) O dia, a hora, o local e as circunstâncias em que o crime foi cometido; e c) Tudo o que puderem averiguar acerca da identificação dos agentes e dos ofendidos, bem como os meios de prova conhecidos, nomeadamente as testemunhas que puderem depor sobre os factos. 2 — O auto de notícia é assinado pela entidade que o levantou e pela que o mandou levantar. 3 — O auto de notícia é obrigatoriamente remetido ao Ministério Público no mais curto prazo, que não pode exceder 10 dias, e vale como denúncia. 4 — Nos casos de conexão, nos termos dos artigos 24.º e seguintes, pode levantar-se um único auto de notícia.

[12] Artigo 242.º Denúncia obrigatória. 1 — A denúncia é obrigatória, ainda que os agentes do crime não sejam conhecidos: a) -Para as entidades policiais, quanto a todos os crimes de que tomarem conhecimento; b) Para os funcionários, na aceção do artigo 386.º do Código Penal, quanto a crimes de que tomarem conhecimento no exercício das suas funções e por causa delas.

[13] As entidades policiais dão conhecimento, de imediato, das situações referidas no número anterior ao Ministério Público ou, quando tal não seja possível, logo que cesse a causa da impossibilidade.

([14]). *"Esta inovação confere à polícia uma crescente intervenção social"* (Guerra, 2003:12), que é acolhida no programa de policiamento de proximidade ([15]) da PSP, com reforço da presença policial junto das populações e com o necessário envolvimento com as instituições e grupos representativos da comunidade.

É bem verdade que *"a polícia, conhecedora da realidade social e dos problemas que a envolvem a delinquência juvenil e vitimização juvenil, não podia ter sido apartada do novo modelo de intervenção do estado perante menores que praticam factos qualificados que a lei qualifica como crimes". (Valente, 2003:29)*

Situação jurídica

O objetivo da Lei Tutelar Educativa tem como finalidade satisfazer a "Necessidade de educação da criança ou jovem para o direito", ou seja, "à criança impõe-se o dever de respeito pelas normas jurídico-penais essenciais à normalidade da vida em comunidade, garantindo-lhe o gozo e exercício dos direitos fundamentais".

Assim como, se impõe a "satisfação das exigências comunitárias de segurança e paz social", em observância, "as expectativas da comunidade devem alcançar-se só e na estrita medida em que a criança ou jovem ofendeu de forma particularmente grave os bens jurídicos essenciais da comunidade". Da mesma forma que se observa a "proteção dos direitos da criança ou jovem".

Segundo o artigo 72.º da LTE ([16]) é dever de qualquer cidadão denunciar "*ao Ministério Público ou* ***a órgão de polícia criminal facto qualificado pela lei como crime, praticado por menor com idade compreendida entre os 12 e os 16 anos",*** no entanto ***"se o facto for qualificado como crime cujo procedimento depende de queixa ou de acusação particular a legitimidade para a denúncia cabe ao ofendido".***

Já o nº 2 do artigo 73.º da LTE ([17]) defere particular responsabilidade às polícias ao impor a junção ***"de informação que puder obter sobre a conduta anterior do menor e sua situação familiar, educativa e social****. Se não puder acompanhar a denúncia, a informação é apresentada no prazo máximo de oito dias".*

Tal facto advém do especial conhecimento que as polícias têm da comunidade que servem e da aguda perceção das situações de perigo verificadas, conhecimento este que vai muito para além da reação ou pró-ação policial.

A intervenção tutelar educativa justifica-se desde que exista uma ofensa a bens jurídicos fundamentais materializados na prática de um facto considerado por lei como crime, praticado por criança com mais de 12 anos e menos de 16 anos de idade. A punição não é o propósito da LTE. A ambição deste normativo e muito mais abrangente e vai ao encontro de "um poder ressocializador", de um "poder de corresponsabilização", consubstanciado numa ação integradora para que as crianças obtenham uma consciência social adequada a um desenvolvimento biopsicosocial apropriado a uma vivência plena de cidadania.

No meu entendimento, a intervenção/procedimento policial, nas situações

[14] Artigo 73.º nº1 alínea a) da Lei 166/99 de 14 de setembro

[15] Na PSP o Programa Integrado de Policiamento de Proximidade (PIPP)

[16] Artigo 72.º Denúncia - 1 - Salvo o disposto no número seguinte, qualquer pessoa pode denunciar ao Ministério Público ou a órgão de polícia criminal facto qualificado pela lei como crime, praticado por menor com idade compreendida entre os 12 e os 16 anos. 2 - Se o facto for qualificado como crime cujo procedimento depende de queixa ou de acusação particular a legitimidade para a denúncia cabe ao ofendido.

[17] Artigo 73.º Denúncia obrigatória - 1 - Sem prejuízo do disposto no n.º 2 do artigo anterior, a denúncia é obrigatória: a)Para os órgãos de polícia criminal, quanto a factos de que tomem conhecimento; b)Para os funcionários, quanto a factos de que tomem conhecimento no exercício das suas funções e por causa delas. 2 - A denúncia ou a transmissão da denúncia feita por órgão de polícia criminal é, sempre que possível, acompanhada de informação que puder obter sobre a conduta anterior do menor e sua situação familiar, educativa e social. Se não puder acompanhar a denúncia, a informação é apresentada no prazo máximo de oito dias.

que envolvam criança com mais de 12 anos e menos de 16 anos de idade em práticas consideradas por lei como crime, tal como definido na LTE, deve considerar o seguinte:

Aquando da elaboração da denúncia:

✓ Observar as disposições dos artigos 72.º e 73.º, nº. 1, da Lei 166/99 de 14 de setembro;

✓ A denúncia não está sujeita a formalismo especial, mas deve, sempre que possível, indicar os meios de prova.

✓ A denúncia ou a transmissão da denúncia feita por órgão de polícia criminal é, sempre que possível, acompanhada de informação ([18]) que puder obter sobre a conduta anterior do menor e sua situação familiar, educativa e social. Informação - (artigo 73.º, nº. 2, da Lei 166/99 de 14 de setembro).

✓ Se não puder acompanhar a denúncia, *a informação é apresentada no prazo máximo de oito dias*.

✓ Efetuar comunicação, imediata, ao Ministério Púbico e/ou Tribunal de Família e Menores ou Tribunal de Comarca, quando aquele não exista, e dar conhecimento à CPCJ, sempre que haja associada situação de perigo.

Autoridade Judiciária, sobre a conduta anterior da criança, tal como definido no artigo 73.º, nº 2 da lei 166/99, de 14 de setembro.

Neste particular de recolha de informação, os OPC agem hoje sem o rigor que a Lei exige e muito menos sem a preocupação de garantia de direitos da criança. Esta informação, observando o particular empenho dos programas de proximidade das polícias ([19]) e o seu envolvimento com as escolas, no âmbito do programa Escola Segura e PIPP ([20]), deve ser mais consistente, objetiva e útil com o propósito facilitador do trabalhado da autoridade judiciária e como garante de direitos, considerando-se a transmissão da seguinte informação a verter no documento, idêntico ao anexo II, e em campo próprio, denominado de informação tutelar educativa:

✓ **Conduta anterior do menor**. Neste campo deve atender-se à conduta de envolvimento em factos/práticas qualificadas pela lei penal como crime, que objetivem informação relativamente:

- A criança já foi identificada/indiciada, anteriormente, por envolvimento em facto(s) qualificado(s) pela lei penal como crime.
- A criança já esteve ou foi detida anteriormente e onde;
- Foi a primeira denúncia e ou participação policial relativa à criança.

✓ **Situação familiar**. Neste campo deve ser considerado:

- O tipo de família (nuclear, monoparental masculina/feminina, reconstruía, outra),
- O local de residência do menor, tipo de habitação (andar, casa unifamiliar, barraca, sem habitação, outra) e estado de conservação (bom estado, degradado interior/exterior, outro);
- Identidade do(s) detentores do exercício das responsabilidades parentais ou de quem tenha a guarda de facto,
- Situação relativa ao trabalho dos detentores do exercício das responsabilidades parentais ou de quem tenha a guarda de facto (empregado, desempregado).

[18] A PSP junta á denuncia documento que intitulou de informação – Lei tutelar educativa nº 166/99 – artigo 73.º nº2, aonde são preenchidos campos, que observam as disposições do artigo 73 nº 2, no que refere à informação que puder obter sobre a conduta anterior do menor e sua situação familiar, educativa e social. (Anexo II)

[19] PSP e GNR.

[20] Programa Integrado de Policiamento de Proximidade da PSP

- Se a família se encontra em situação de carência económica grave, sendo que neste caso deve ser recolhida informação relativamente à identidade do(a) técnico(a) que faz o acompanhamento no âmbito da ação social e ou do Rendimento Social de Inserção.

✓ **Situação educativa**. È aqui relevante informação que objetivamente indique se:

- A criança está matriculada.
- Qual o estabelecimento de ensino.
- Ano que frequenta e turma.
- Ao que acresce informação relativa a situações de abandono escolar, indicando aqui a data de abandono e diligencias entretanto efetuadas, pela escola, para recolocar a criança em equipamento escolar.

✓ **Situação social**. Importa, neste campo, fazer um enquadramento sucinto e esquemático das relações familiares e socais, com o propósito de carrear informação sobre:

- O eventual envolvimento da criança em consumos de substancia aditivas.
- O eventual envolvimento da criança em consumos de álcool.
- A criança apresenta-se com vestuário apropriado para a idade, género e higiene pessoal.
- O(s) detentores do exercício das responsabilidades parentais ou de quem tenha a guarda de facto promovem um ambiente familiar estável de modo a que a criança desenvolva uma vinculação afetiva segura e positiva com os seus principais cuidadores com vista a um desenvolvimento saudável.

Conclusão

As crianças são, por natureza, frágeis e por isso necessitam de especial proteção dos detentores do exercício das responsabilidades parentais ou de quem tenha a guarda de facto. Na falta deste "proteção primária" a LPCJP e LTE pretendem salvaguardar o bem-estar da criança.

As polícias desempenham um papel primordial na proteção das crianças, pelo que será necessário uma consciencialização dos profissionais de polícia e um conhecimento ajustado, destes normativos, no sentido de garantir os direitos da criança, a sua proteção e segurança.

È bem verdade que a permanência do serviço prestado pela polícia aproxima a polícia do cidadão, situação esta que deve ser entendida como elemento de proteção das crianças em situação de perigo.

No entanto, verifica-se uma incompleta intervenção policial no cumprimento destes normativos, é fundamental que a sua intervenção seja assertiva em situações de urgência que envolvam crianças em situação de perigo atual ou iminente para a vida ou integridade física da criança ou do jovem e aonde cumulativamente haja oposição dos detentores do exercício das responsabilidades parentais ou de quem tenha a guarda de facto.

Cabe à polícia envolver-se, cumprindo e assumindo a necessidade de informar e facilitar a decisão da autoridade judiciária, enviando, em tempo útil, documentação ([21]) com informação bastante que dê um quadro de forte atualidade e realismo da conduta anterior da criança e sua situação familiar, educativa e social.

Perceber as problemáticas, das crianças é fundamental para a ação, pois só assim será possível uma atuação justa, assertiva e facilitadora da antecipação, necessária à sua proteção.

[21] Auto de notícia ou participação policial.

ANEXO I – Fluxograma

Procedimentos de urgência na ausência de consentimento

VERIFICAÇÃO/COMUNICAÇÃO DE SITUAÇÃO DE PERIGO

I

Existe perigo atual ou iminente para a vida ou integridade física

SIM

Há necessidade de efetuar o procedimento de urgência previsto no artigo 91º da LPCJP, devendo:

- Contactar representante da polícia na CPCJ.
- Serem tomadas as medidas adequadas para a proteção imediata da criança em perigo.
- Comunicação imediata ao Ministério Publico ou às forças de segurança, se na base do perigo estiver a prática de um crime público.
- Afasta-se a criança da situação de perigo.
- Comunicação imediata ao Tribunal.
- Conhecimento a CPCJ para:
  - Eventual aplicação e uma das medidas previstas no artigo 35º da LPCJP.
  - Abertura de processo de promoção e proteção.

NÃO

Comunicar ao Tribunal e ou CPCJ para:

- Aplica-se uma das medidas de promoção e proteção previstas no artigo 35º da LPCJP
- Abertura de processo de promoção e proteção.
- Caso se verifique a oposição dos detentores do poder paternal ou de quem tenha a guarda de facto, o processo é arquivado e remetido ao Ministério Publico.

II

Existe oposição dos detentores do exercício das responsabilidades parentais

SIM

Comunicar ao Tribunal e ou CPCJ para:

- Afastar a criança da situação de perigo e aplicação de uma das medidas de proteção previstas no artigo 35º da LPCJP.
- Abertura de processo de promoção e proteção.

NÃO

ANEXO II - Informação – artigo 73.º, n.º 2, da LTE

Informação/documento que a PSP junta à denúncia

INFORMAÇÃO

Lei Tutelar Educativa nº 166/99 - Artigo 73º nº 2

REGISTO LTE Nº. 00/0000 /NPP:____

Identificação do Menor

Nome:_____

Sexo: ☒ Masc. ☐ Femin.	Data de nascimento: _____	Idade: __

Morada:_____

Localidade: Ovar	Código Postal:
Freguesia: Ovar	Concelho: Ovar
Distrito: Aveiro	Nacionalidade: Portuguesa

Situação familiar do menor (coloque X sempre que aplicável)

O menor vive com:

☐ Pai ☐ Mãe ☐ Outros. Quem?_____

Quem trabalha na família:

☐ Pai ☐ Mãe ☐ Outros. Quem?_____

O menor tem familiares com Processos Tutelares Educativos ou Penais pendentes:

☐ Pai ☐ Mãe ☐ Outros. Quem?_____

Situação familiar

Situação escolar do menor

O menor frequenta o __º ano, na Escola:_____

O menor abandonou a Escola aos __ anos, tendo estudado até ao __º ano

Situação escolar

Toxicodependências (coloque X sempre que aplicável)

O menor parece ser dependente de estupefacientes? ☐ Não ☐ Sim. Quais?_____

O menor parece ser dependente de álcool? ☐ Não. ☐ Sim

Conduta anterior do menor

Esta foi a primeira detenção/denúncia relativa ao menor? ☐ Não. ☐ Sim

Se já esteve detido, indique onde:_____

Conduta anterior a criança

Informação Complementar:

Situação Social

Fonte(s): ☐ Menor. ☐ Familiar ☐ Instituição ☐ Outra(s):____

Carimbo

Nome:

Posto:

Data: Telefone:_____

BIBLIOGRAFIA

BORGES, Beatriz Marques, *Proteção de Crianças e Jovens em Perigo (Comentários e anotações à Lei nº 147/99 de 1 de setembro)*, 2011 2ª edição, Coimbra, Almedina.

CAIXEIRO, Carlos, *Inquérito tutelar educativo, pratica processual*, Centro de Formação de Oficiais de Justiça.

CLEMENTE, Rosa, *Inovação e Modernidade no Direito de Menores - A perspetiva da Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo*, FDUC – Centro de Direito da Família, Coimbra Editora, 2009.

COELHO, Alda Mira e **NETO**, Maia, *Retirada de crianças nas situações urgentes*, CNPCJR, Lisboa.

Comissão Nacional de Proteção de Crianças e Jovens em Risco, *Guia de Orientação para os profissionais das Forças de Segurança na abordagem de situações de maus tratos ou outras situações de perigo*, 2011, Lisboa.

COPETO, Rogério Paulo Magro, O *Papel das Forças de Segurança no Sistema de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo*, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa - tese de mestrado, 2011, Lisboa.

ELIAS, Luís Manuel André, programa integrado de policiamento de proximidade da PSP, Lisboa.

FURTADO, Leonor, O *Novo Regime Jurídico das Crianças e Jovens*, conferências da IGAI, 2001, Coimbra.

GUERRA, Paulo, O *novo direitos das crianças e jovens… um recomeço*, 2003, Lisboa, Centro de Estudos Judiciários.

RAMIÃO Tomé d' Almeida, *Lei Tutelar Educativa anotada e comentada*, 2004, Lisboa, Quid Juris.

SANTOS, Boaventura Sousa, outros, *Entre a lei e a prática - Subsídios para uma reforma da Lei Tutelar Educativa*, 2010, Coimbra, Observatório Permanente da Justiça, Centro de Estudos Sociais.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes e **MULAS**, Sanz Nieves, *Direito de Menores – Estudo luso-hispanico sobre menores em perigo e delinquência juvenil*, 2003, Lisboa, Âncora Editora.

LEGISLAÇÃO

Constituição da República Portuguesa.

Código Penal.

Código Civil.

Código de Processo Penal.

Convenção sobre os Direitos da Criança.

Declaração dos Direitos das Crianças.

Lei Orgânica da Policia de Segurança Pública, aprovada pela Lei n.º 53/2007 de 31 de agosto.

Organização Tutelar de Menores aprovada pelo Decreto-Lei nº 314/78 de 27 de outubro.

Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo, aprovada pela Lei n.º 147/99, de 1 de setembro.

Lei Tutelar Educativa, aprovada pela Lei n.º 166/99, de 14 de setembro.

Código Deontológico do Serviço Policial, Resolução do Conselho de Ministros nº. 37/2002, de 28 de agosto.

O AUTOR

João Manuel Pereira Duarte

I. FORMAÇÃO ACADÉMICA

– Licenciado em Ciências Sociais

– Pós Graduação em "Protecção de Menores (Prof. Doutor F. M. Pereira Coelho)"

II. ACTIVIDADE PROFISSIONAL

– Chefe da PSP (a prestar serviço em Ovar);

– Presidente da CPCJ de Ovar, desde 2008.

O Crédito Hipotecário Face ao Direito de Retenção

Maria Conceição da Rocha Coelho
Advogada
Mestre em Direito

Resumo:

O objectivo principal desta dissertação é relançar a discussão em torno de um tema que muita querela tem suscitado quer na doutrina quer na jurisprudência.

Neste estudo, considera-se a análise das diversas orientações doutrinárias e jurisprudenciais que foram surgindo desde a entrada em vigor do Código de Seabra, procurando, deste modo, apontar uma solução que, quanto a nós, daria uma resposta mais clara e precisa às questões que se levantam com a preferência de pagamento atribuída a favor do promitente adquirente, instituída no n.º2 do artigo 759.º do Código Civil.

Este texto procura ainda analisar, de forma sumária, o regime insolvencial e dos embargos de terceiro e a sua articulação com o direito de retenção.

Referências:

Dissertação para obtenção de grau de Mestre
Mestrado em: Direito Privado (Universidade Católica Portuguesa)
Orientador: Prof. Doutor Brandão Proença
Provas concluídas em: 17 de Fevereiro de 2012.

O CRÉDITO HIPOTECÁRIO FACE AO DIREITO DE RETENÇÃO

MARIA CONCEIÇÃO DA ROCHA COELHO
Advogada
Mestre em Direito

1. INTRODUÇÃO

Com a presente dissertação, pretende-se relançar a discussão em torno do instituto do direito de retenção sobre coisa imóvel e a sua prevalência sobre a hipoteca, ainda que esta tenha sido registada anteriormente.

Se por um lado, nos colocamos ao lado daquilo que o legislador tinha em mente ao estabelecer essa prevalência, por outro, a solução originada pelo DL 376/86, de 11 de Novembro, que ampliou o âmbito de previsão do direito de retenção, mostra-se irrazoável e desproporcionada quando aplicada ao caso concreto.

Referimo-nos, concretamente, aos casos em que, numa execução movida pelo próprio mutuante ou outro, o credor hipotecário reclama o seu crédito sobre o imóvel objecto da hipoteca e surge um terceiro alegando ser promitente-comprador do imóvel e de, nessa qualidade, ser titular de um direito de retenção, que lhe permite o pagamento do seu crédito com prioridade sobre todos os restantes credores.

Como teremos oportunidade de demonstrar, facilmente se compreende que o direito de retenção é um instituto notoriamente prejudicial aos restantes titulares de garantias reais sobre o imóvel.

Assim, numa primeira parte, propomo-nos focar a razão de ser do actual regime do direito de retenção e os problemas que se colocam com a prevalência desse direito sobre a hipoteca.

Feita essa abordagem histórica, procuraremos delimitar a natureza do direito de retenção atribuída ao beneficiário da promessa de transmissão ou constituição de direito real que obteve a tradição da coisa a que se refere o contrato prometido, apontando, de seguida, as diferentes soluções encontradas quer pela doutrina quer pela jurisprudência, com vista a atenuar os efeitos decorrentes da aplicação do n.º 2 do art.º 759.º do CC ao direito de retenção previsto na alínea f), do n.º 1, do art.º 755.º do CC.

Por último, efectuaremos uma leitura crítica da solução actual, apontando alguns caminhos alternativos, de forma a impedir a inutilização dos direitos do credor hipotecário.

A incursão no tema passará, ainda, pela análise do regime insolvencial e dos embargos de terceiro e a sua articulação com o direito de retenção.

I.
Breves considerações sobre a evolução do direito de retenção

1. Enquadramento histórico

O direito de retenção mostra-se consagrado na lei como um verdadeiro direito real de garantia, conferindo ao credor que se encontra na posse de certa coisa pertencente ao devedor de, não só recusar a entrega dela enquanto o devedor não cumprir, mas também, de executar a coisa e se pagar à custa do valor dela com preferência sobre os demais credores.[1]

Nas palavras de Galvão Telles[2], "o *ius retentionis* configura-se como uma *garantia real indirecta*, na medida em que visa dar maior consistência prática ao crédito, tornando mais viável a sua cobrança. É invocável contra terceiros e a sua eficácia é a de, por forma mediata ou oblíqua, estimular psicológica e economicamente ao pagamento voluntário mas, por outro lado, representa uma *garantia real directa*, consistente em o titular poder fazer-se pagar pela coisa retida com *preferência* sobre os restantes credores."

Pensado para protecção do crédito do possuidor pelas benfeitorias por ele realizadas[3], o direito de retenção encontra-se, actualmente, regulado numa secção própria do CC entre as garantias especiais das obrigações (art.º 754.º a 761.º).

Cumpre, no entanto, realçar que nem todas as ordens jurídicas consagram, como a nossa, um direito de retenção geral.

Ordenamentos há – como o italiano[4] ou o espanhol – em que se consagra um *numerus clausus* de situações em que o direito de retenção é possível. E isso deve-se, única e exclusivamente, ao facto de o direito de retenção ser uma garantia real oponível *erga omnes* que deve ter sempre um carácter excepcional.[5]

Nestes casos, o direito de retenção apenas existe nos casos previstos na lei "sem que se possa falar propriamente de um princípio geral".[6]

No intuito de pôr termo a algumas questões com que se debatia a doutrina na vigência do Código de Seabra, o legislador de 1966 decidiu equiparar o titular do direito de retenção ao credor pignoratício ou hipotecário, consoante o objecto do direito fosse uma coisa móvel ou imóvel (art.º 758.º e 759.º do CC).

Segundo Antunes Varela[7], " o direito de retenção deixou claramente de ser, com o Código Civil de 1966, um *puro meio de coerção* (ou uma simples causa de *preferência especial indirecta*, para usar a terminologia expressiva de Paulo Cunha) e passou abertamente a revestir a natureza jurídica de um *perfeito* direito real de garantia, dotado até de *eficácia excepcional*, mercê das especiais raízes em que mergulha a sua origem".

Nos termos do art.º 754.º do CC, o direito de retenção é aplicável sempre que se verifiquem os seguintes pressupostos: a) a detenção lícita[8] de uma coisa que deve ser entregue a outrem; b) apresentar-se o detentor, simultaneamente, credor da pessoa com direito à entrega; c) a existência de uma conexão directa e material entre o crédito do

[1] VARELA, Antunes, *Das Obrigações em Geral*, Vol. II, 6.ª reimpressão da 7ª ed. de 1997, Coimbra, 2011, p. 579.

[2] Citado por CAMPOS, Isabel Menéres, "Duas questões sobre a efectividade prática da Hipoteca: a caducidade do arrendamento com a venda judicial e o conflito do direito do credor hipotecário com o direito de retenção", *in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Manuel Henrique Mesquita*, Vol. I, Coimbra, 2010, p. 320.

[3] GOMES, Júlio, "Do direito de retenção (arcaico, mas eficaz...)", *in Cadernos de Direito Privado*, n.º 11, Braga, Julho/Setembro de 2005, p. 12.

[4] O direito de retenção, no direito italiano, apenas existe em duas ou três situações pontuais previstas de forma dispersa na lei, reconhecendo-se ao credor o direito de compelir o devedor ao cumprimento da obrigação. A este propósito, *vide* Trabucchi, *Instituzioni di diritto civile*, 33.ª Edição, Milano, 1992, p. 574 e 575, citado por CAMPOS, Isabel Menéres, *ob. cit.*, p. 321.

[5] SERRA, Vaz, "Direito de Retenção", *in BMJ*, 65.º, 1957, p. 127.

[6] GOMES, Júlio, *ob. cit.*, p. 7.

[7] VARELA, Antunes, "Emendas ao regime do contrato-promessa", *in RLJ*, 119º, n.º 3749, p. 226; 120º, n.º 3755, p. 35.

[8] Sobre a detenção ilícita ver alínea a) do art.º 756.º do CC.

detentor e a coisa detida, ou seja, resultante de despesas realizadas com ela ou de danos pela mesma produzida.

Em relação ao primeiro pressuposto, o art.º 756.º, alíneas a) e b) do CC, estabelece que o direito de retenção é excluído quando a detenção da coisa tenha sido adquirida por meios ilícitos.

Temos assim, um pressuposto geral do direito de retenção que é a não actuação de má fé por parte do retentor. A má fé é aqui entendida em sentido subjectivo, como a consciência da ilicitude da aquisição da coisa ou da lesão do credor, em face da realização da despesa.[9]

Relativamente ao segundo pressuposto, o direito de retenção pressupõe uma reciprocidade de créditos, surgindo como acessório de um crédito que visa garantir, e cujo cumprimento pelo devedor procura estimular. O retentor há-de, pois, ser titular de um crédito exigível, estando, por conseguinte, afastado o entendimento que o direito de retenção possa ser esgrimido em defesa de um crédito emergente de uma obrigação natural.[10]

Por último, mas nem por isso menos importante, o pressuposto da conexão causal entre o crédito e a coisa exprime-se, genericamente, pelo facto de o crédito resultar de despesas feitas por causa da coisa ou de danos por ela causados[11], nos termos do art.º 754.º do CC. Assim, por exemplo, quem efectua benfeitorias numa coisa, tem o direito de as reter até ser reembolsado das mesmas (cfr. art.º 1273.º do CC).

O direito de retenção pode, assim, ter por objecto tanto coisas móveis como imóveis, mas pressupõe sempre a detenção da coisa que constitui a garantia do crédito.

Incidiremos o nosso estudo, nos casos em que o direito de retenção recai sobre coisa imóvel, ou seja, nos casos em que o respectivo titular goza dos direitos e está sujeito às obrigações do credor hipotecário.

2. O Direito de retenção e sua prevalência sobre a hipoteca

Determina o art.º 759.º, n.º 1 do CC que: *"Recaindo o direito de retenção sobre coisa imóvel, o respectivo titular, enquanto não entregar a coisa retida, tem a faculdade de a executar, nos mesmos termos em que o pode fazer o credor hipotecário, e de ser pago com preferência aos demais credores do devedor"*.

O n.º 2 dessa mesma disposição legal, vai mais longe, e estabelece que o direito de retenção sobre coisa imóvel prevalece sobre a hipoteca, ainda que esta tenha sido registada anteriormente.

Contrariamente ao que sucede no actual CC, o Código de Seabra não consagrava nenhuma secção específica respeitante ao direito de retenção.

Não obstante, a figura do direito de retenção já era então objecto de estudo, quer por parte doutrina quer por parte da jurisprudência, encontrando-se mesmo mencionada directamente nalguns preceitos legais.[12]

Para a maioria da doutrina, o direito de retenção não passava de uma faculdade concedida pela lei ao credor, de continuar a detenção de uma coisa que estava obrigado a entregar a outrem, para além do momento em que deveria fazer essa

[9] LEITÃO, Menezes, *Garantia das Obrigações*, 2.ª ed., Coimbra, 2008, p. 243.

[10] No mesmo sentido, SOARES, J. Lourenço, *O direito de retenção "maxime" no contrato promessa de compra e venda: aspectos substantivos e processuais*, Tese de mestrado em Ciências Jurídicas, apresentada à Universidade de Lisboa através da Faculdade de Direito, 1986, p. 41.

[11] Nos termos do art.º 756.º do CC, não existe o direito de retenção a favor de quem tenha obtido por meios ilícitos a coisa que deva entregar, desde que, no momento da aquisição conhecesse a ilicitude desta; a favor de quem tenha realizado de má-fé as despesas de que proveio o seu crédito; relativamente a coisas impenhoráveis; quando a outra parte preste caução suficiente.

[12] *Vide* os artigos 498.º, 887, n.º 3 e 1614.º do Código de Seabra.

entrega, se o crédito não existisse e até à extinção deste.[13]

A verdade é que, no domínio do Código de Seabra, nada se dizia quanto à possibilidade de o titular do direito de retenção poder ver o seu crédito prevalecer sobre o direito de terceiros, adquirido em momento anterior à própria constituição do direito de retenção.

No entanto, se para a maioria da doutrina, o direito de retenção não passava de um mero direito obrigacional, para uma pequena minoria, o direito de retenção era um verdadeiro direito real de garantia oponível *erga omnes*.

Entre essas vozes minoritárias, Carneiro Pacheco[14], sustentava que " (…) o direito de retenção produz efeitos em relação aos outros credores, seja qual for a qualidade destes e independentemente de considerações de prioridade; e em relação aos adquirentes da coisa, ou em geral de quaisquer direitos reais sobre ela, seja mobiliária ou imobiliária, e igualmente sem que tenha lugar prioridade de espécie alguma."

Em clara oposição, Vaz Serra[15] considerava que o direito de retenção concedia ao seu titular apenas um determinado grau de preferência no concurso, e não uma preferência absoluta, relativamente tanto a credores como a adquirentes da coisa retida: "O princípio parece dever ser aqui, como nas outras matérias, o da prioridade do direito que mais cedo se constituir".

Propugnava este autor, que no confronto particular entre o direito de retenção e a hipoteca, "Sendo ele [direito de retenção] garantia de créditos por despesas de conservação ou melhoramento, deverá ter preferência sobre as hipotecas anteriores, sob pena de o credor hipotecário se locupletar à custa do retentor".[16]

E é nesse propósito, que na vigência do Código de Seabra se fundamenta a sua posição.

Na sua opinião, a preferência de pagamento do retentor fundamentava-se, exclusivamente, pela necessidade de impedir o enriquecimento sem causa do credor hipotecário. Daí que, apenas no caso de retenção derivada de despesas efectuadas com a coisa, entendesse que era justificada essa prevalência.

Assim, não se tratando de direito de retenção por força de benfeitorias realizadas na coisa, "…parece que deverá manter-se a regra "*prior in tempore, potior in iure*", ou seja, o direito de retenção não valerá contra os anteriores adquirentes da coisa ou de outros direitos reais sobre ela".[17]

No entanto, cumpre realçar que o preceituado no n.º 2 do art.º 759.º do CC, apenas começou a ser objecto de contestação a partir das Reformas legislativas de 1980 e de 1986, através das quais foi atribuído o direito de retenção, nos termos gerais, ao beneficiário da promessa da constituição ou transmissão de direito real.

Com a concessão desta preferência, que não se encontrava prevista nem no Anteprojecto de Vaz Serra, nem na 1.ª revisão ministerial do projecto, o legislador consagrou uma dupla excepção: por um lado, à hierarquia dos credores, e por outro, ao velho brocardo *prior in tempore potior in iure*.[18]

Senão vejamos.

O art.º 686.º do CC estatui, que a hipoteca confere ao credor o direito de ser pago com preferência sobre os demais credores, que não

[13] J. Lourenço Soares, citado por MADALENO, Cláudia, *A Vulnerabilidade das Garantias Reais, A Hipoteca Voluntária face ao Direito de Retenção e ao direito de Arrendamento*, Coimbra, 2008, p. 81.

[14] Citado por SERRA, Vaz, *ob. cit.*, p. 230.

[15] SERRA, Vaz, *ob. cit.*, p. 231.

[16] SERRA, Vaz, *ob. cit.*, p. 231.

[17] SERRA, Vaz, *ob. cit.*, p. 232.

[18] SAPUILE, Belchior do Rosário Loya e, "Prevalência do Direito de Retenção sobre a Hipoteca", *in Garantia das Obrigações*, Publicação dos Trabalhos do Mestrado, Coimbra, 2007, p. 113.

gozem de privilégio especial ou de prioridade de registo.

Por sua vez, o art.º 759.º, n.º 2 do CC contém, por especial atribuição da lei, a excepção a essa regra.

Quer isto dizer que, havendo um concurso de credores sobre a mesma coisa imóvel, ter-se-á, na ordem de preferência em vista à graduação dos créditos, o privilégio imobiliário especial, o direito de retenção e a hipoteca, respectivamente.

Em relação à segunda excepção, o legislador consagrou no n.º 2, do art.º 759.º do CC, uma derrogação ao princípio previsto no art.º 6.º do CRPred, segundo o qual, o direito primeiramente inscrito prevalece sobre os que, relativamente aos mesmos bens, se lhe seguirem, quando incompatíveis[19].

Como iremos tentar demonstrar de seguida, a consagração desta dupla excepção levanta, desde logo, duas questões relevantes.

Em primeiro lugar, ao conceber uma preferência sobre a hipoteca, o legislador confere ao titular de um direito real de garantia, uma eficácia excepcional em relação à rainha das garantias especiais das obrigações – depois dos privilégios imobiliários especiais.

Trata-se, como refere Menezes Cordeiro[20], de um direito que ultrapassa as finalidades meramente compulsórias e de garantia, para assumir uma finalidade social em prol dos cidadãos: a defesa da estabilidade da habitação.

Em segundo lugar, com esta preferência, o credor com direito de retenção do imóvel, acaba por estar mais protegido do que o adquirente de um direito real por força do contrato (art.º 408.º, n.º 1 do CC), que não registou a sua aquisição, e que também pode ter a posse do imóvel.

Enquanto este último, perde o seu direito perante um terceiro com registo prioritário, o titular do direito de retenção está, por sua vez, protegido contra o terceiro adquirente que registou a sua aquisição posteriormente à data do direito de retenção, uma vez que o direito produz efeitos, por força da lei, independentemente do registo[21].

Esta qualificação do direito de retenção como uma super garantia[22], permitiu que, desde cedo, nos apercebêssemos do perigo que o exercício desse direito constitui para o direito de terceiros.

Desde logo, na sua aplicação aos contratos-promessa com tradição imobiliária, controvérsia essa positivada nos diplomas de 1980 e 1986.

Com o DL n.º 236/80, de 18 de Julho[23], o legislador introduziu o direito de retenção do promitente-comprador no n.º 3, do art.º 442.º do CC.

Consagrava aquele preceito que, no caso de ter havido tradição da coisa objecto do contrato-promessa, o promitente-comprador gozava, nos termos gerais, do direito de retenção sobre ela, pelo crédito resultante do incumprimento pelo promitente-vendedor.

Ora, como resultava do preâmbulo do diploma *supra* referido, com a solução consagrada, o legislador pretendia a tutela da defesa do consumidor e das expectativas de estabilização do negócio, decorrentes da circunstância de ter havido tradição da coisa, através da viabilização de ressarcimento adequado e efectivo da frustração culposa de tais expectativas.

Com efeito, com a desvalorização monetária que se fazia sentir, o promitente-vendedor via-se, muitas vezes, tentado a proceder à alienação do imóvel a terceiro, distinto do promitente-comprador, mesmo tendo que assumir as

[19] FERNANDES, Luís A. Carvalho, *Lições de Direitos Reais*, 6.ª ed., Lisboa, 2009, p. 127.

[20] Citado por SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Invalidade e Registo: a protecção do terceiro adquirente de boa fé*, Coimbra, 2010, p. 498.

[21] Cfr. SOTTOMAYOR, Maria Clara, *ob. cit.*, p. 498

[22] GOMES, Júlio, *ob. cit.*, p. 12.

[23] Rectificado *in DR*, Iª Série, n.º 185, de 12 de Agosto de 1980.

responsabilidades pelo incumprimento definitivo do contrato em relação ao promitente-comprador.

O legislador de 1980, face à situação económica e social então vigente – caracterizada pela forte inflação e pelo peso da construção clandestina –, e com a preocupação de proteger os interesses das pessoas que procuravam adquirir habitação própria, entendeu intervir em auxílio de inúmeras pessoas que se viam constrangidas a recorrer ao contrato-promessa e que, por falta de preparação, vieram a ser vítimas de abusos.

Almeida Costa[24], autor do anteprojecto legislativo em que se baseou a reforma de 1986 ao regime do contrato-promessa, defendeu que a consagração legal do direito de retenção dos promitentes adquirentes se tratou "de uma deliberada opção legislativa, dentro de uma política de defesa do consumidor, a que não somos insensíveis". Donde se conclui, que o legislador estava ciente das implicações da solução consagrada, optando por atribuir prioridade à tutela dos particulares.

Calvão da Silva[25], numa posição critica às alterações ao regime do contrato-promessa em 1980, propôs, embora sem sucesso, uma limitação da prevalência do direito de retenção, em caso de conflito de pretensões dos promitentes-compradores com os credores hipotecários.

As suas propostas, no entanto, não foram aceites e o direito de retenção manteve-se nos termos gerais.

Em Novembro de 1986, através do DL n.º 379/86, o legislador viria a alterar a redacção dos artigos 410.º, 412.º, 413.º, 421.º, 442.º, 755.º e 830.º, todos do CC.[26]

No que diz respeito ao direito de retenção, o DL n.º 379/86, de 11 de Novembro, deslocou a norma para sede própria, corrigiu a errada terminologia do n.º 3, do art.º 442.º[27] do CC, e alargou o direito de retenção ao beneficiário de qualquer promessa com *traditio rei*.

No entanto, a alteração substancial promovida pela publicação deste diploma foi a inclusão do direito de retenção, criado pelo anterior DL n.º 236/80, como nova alínea f), no elenco constante do art.º 755.º, n.º 1 do CC.

No ponto 4 do preâmbulo do diploma, o legislador justifica as modificações introduzidas relativamente ao direito de retenção atribuído ao promitente-comprador.

Da análise dos argumentos justificadores, o legislador de 1986 assume, de forma categórica, que no confronto entre a tutela dos direitos dos particulares e a tutela "dos legítimos direitos das instituições de crédito e o estímulo que merecem como elementos de enorme importância na dinamização da actividade económico-financeira"[28], decidiu atribuir prioridade àqueles.

Desde logo porque, entendeu o legislador, que as "instituições de crédito, como profissionais, podem precaver-se, por exemplo, através de critérios ponderados de selectividade do crédito, mais facilmente do que o comum dos particulares a respeito das deficiências e da solvência das empresas construtoras".[29]

Ora, salvo o devido respeito, não partilhamos dos argumentos apresentados.

Se é verdade que a promessa de venda de edifícios ou de fracções autónomas destes tem, a maioria das vezes, como intervenientes, uma empresa construtora, um particular adquirente e

[24] COSTA, Almeida, *Contrato-promessa – Uma síntese do regime vigente,* 9ª ed.ª, Coimbra, 2007, p. 68.

[25] SILVA, Calvão da, *Sinal e contrato-promessa*, 13.ª ed., Coimbra, 2010, p. 252

[26] *Vide* a este respeito, CORDEIRO, Menezes, "O Novíssimo Regime do Contrato-Promessa", *in CJ*, Ano XII, Tomo II, p. 5.

[27] A coisa sobre que recai o direito de retenção não é o objecto do contrato-promessa, mas sim do contrato prometido – cfr. VARELA, Antunes, *Sobre o contrato-promessa*, 2.ª ed., Coimbra, 1989, p. 108.

[28] Preâmbulo do DL 379/86, de 11 de Novembro.

[29] Cfr. nota anterior.

uma instituição de crédito financiadora, não deixa de ser menos verdade, que essa relação também se poderá estabelecer com outras qualidades de pessoas, desde logo, com credores hipotecários particulares.

Como escreve Pedro Sameiro[30], um "credor particular está até desprovido de mais meios de defesa que o promitente comprador, porque este pode conhecer da hipoteca pelo registo predial, enquanto que o primeiro não tem fonte a que se dirija para poder conhecer da existência de contratos de promessa".

E continua, afirmando, "que se as instituições de crédito se apercebem naturalmente das dificuldades de solvência dos seus devedores, [a verdade é que] não têm quaisquer meios para controlar a celebração de contratos de promessa relativos às construções financiadas, nem tão pouco para averiguar da existência de tradição das coisas prometidas vender, tanto mais que a aquisição da posse é susceptível de realizar-se com um mínimo de manifestações objectivamente perceptíveis".

Não poderíamos estar mais de acordo.

Ao conceder ao beneficiário da promessa, a possibilidade de reter a coisa objecto do contrato, o legislador, não só abalou o mundo do direito creditório e a confiança de que gozava a hipoteca, como também colocou nas suas mãos um meio fácil e expedito de impedir o credor de fazer valer o seu direito de preferência sobre o produto da coisa hipotecada.[31]

Assim, aquele que compra uma coisa onerada com hipoteca vê o seu negócio jurídico sujeito às regras dos artigos 905.º[32] e seguintes do CC e, nessa medida, só em casos muitos excepcionais pode obter a anulação da venda.

Por sua vez, aquele que promete comprar uma coisa hipotecada, consegue fazer prevalecer a sua posição jurídica perante o credor hipotecário, por força do disposto no n.º 2, do art.º 759.º do CC.

Com efeito, aquele que compra a coisa onerada, apenas pode lançar mão do regime estatuído nos artigos 905.º e seguintes do CC, caso se verifiquem os requisitos legalmente exigidos, e apenas gozará do direito de retenção nos termos gerais do art.º 754.º do CC, isto é, por despesas realizadas na coisa ou por danos por esta causados.

Assim sendo, como escreve Cláudia Madaleno[33], "o comprador, que adquire o direito com um ónus, tem menos meios de recurso ao seu dispor do que o simples promitente-comprador, que ainda nem sequer adquiriu o direito na sua esfera jurídica mas pode já invocar a sua posição jurídica afim de prevalecer sobre um credor hipotecário anterior."

Mas as consequências não se ficam por aqui.

A prevalência do direito de retenção sobre a hipoteca, tem vindo a dar origem a um crescendo de contratos simulados, celebrados entre o devedor do credor hipotecário com terceiros, com a única finalidade de esvaziar a garantia hipotecária. O credor hipotecário vê-se, assim, à mercê do seu devedor, gozando este último, no nosso entender, de uma tutela manifestamente excessiva e injusta.

João Pedro Maldonado, no entanto, reage contra este último argumento. Segundo ele, "os riscos de verificação de comportamentos simulados não são mais elevados do que entre outras áreas que envolvem a alienação das garantias das obrigações, podendo ser obstados pelo controlo do credor hipotecário na formação do titulo executivo do retentor"[34].

[30] SAMEIRO, Pedro, "O direito de retenção e a situação do credor hipotecário", *in Revista da Banca*, Lisboa, 1993, p. 90.

[31] SAPUILE, Belchior do Rosário Loya e, *ob. cit.*, p. 124.

[32] Dispõe o art.º 905.º do CC, que o contrato de compra e venda de coisa onerada, apenas é anulável caso se verifiquem determinados requisitos, e, nomeadamente, desde que o direito transmitido se encontre sujeito a ónus ou limitações que excedam os limites normais inerentes aos direitos da mesma categoria.

[33] MADALENO, Cláudia, *ob. cit.*, p.186.

[34] MALDONADO, João Pedro Nunes, "O Direito de Retenção do beneficiário da promessa de transmissão de coisa imóvel e a

Não partilhamos, no entanto, desse entendimento.

Os riscos de celebração de um contrato promessa de compra e venda, não são mais elevados do que os riscos decorrentes da celebração de um contrato de compra e venda em que há a transmissão definitiva da propriedade.

No entanto, o legislador consagra ao primeiro uma protecção mais ampla.

Como já tivemos oportunidade de referir, o adquirente de um direito real por força do contrato perde o seu direito perante um terceiro com registo prioritário.

Assim, o argumento segundo o qual, a prevalência do direito de retenção sobre a hipoteca tem dado origem a situações de fraude à lei, nomeadamente, a casos de simulação negocial entre os promitentes, não deve ser entendido como um "argumento falacioso" [35], como afirma João Pedro Maldonado, mas antes como um argumento válido e a ter em conta.

Por tudo isto, dificilmente conseguiremos alcançar o móbil do legislador, ao estabelecer uma protecção mais ampla ao promitente da promessa de transmissão ou constituição, em relação ao titular do bem ou do direito.

Como refere Lebre de Freitas[36], " (…) consegue-se compreender, embora já com alguma dificuldade, que, em zona próxima da *exceptio non adimpleti contractus*, mas que com ela não se confunde[37], seja conferido o direito (real) de retenção em determinados casos em que, no esquema da execução dum contrato, haja inadimplemento do contraente que tem direito à entrega da coisa; é o que acontece nos casos de mandato, depósito e comodato e que a lei igualmente estende ao de gestão de negócios (art.º 755.º, n.º 1, alíneas c), d) e e) do CC)".

No entanto, continua o autor, " (…) volta a não se compreender que prevaleça sobre a hipoteca – e mesmo sobre o crédito comum – o direito de retenção concedido em garantia da indemnização por danos causados pela coisa (…)"[38].

É que, como veremos mais adiante, o direito de retenção resultante do crédito do promitente-comprador, garante um crédito que não tem como causa a coisa, como nos casos do art.º 754.º do CC, nem assenta na simples origem comum de dois créditos, como nos casos das alíneas a) a e), do n.º 1, do art.º 755.º, do CC.

II.

O caso especial previsto na alínea f), do n.º 1, do art.º 755.º do Código Civil

Para além das situações que derivam da aplicação do critério geral consagrado no art.º 754.º do CC, a lei consagra um *numerus clausus* de casos especiais em que o credor goza do direito de retenção.

Nalguns daqueles casos especiais, previstos nas diversas alíneas do n.º 1, do art.º 755º, do CC, ao contrário da conexão objectiva entre o crédito e a coisa (*debitum cum re iunctum*), que constitui o alicerce básico do direito de retenção[39], há lugar a direito a retenção apenas com base na simples origem comum dos dois créditos.

hipoteca", *in Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas*, n.º 18, Porto, 2010, p. 50.

[35] MALDONADO, João Pedro Nunes, *ob. cit.*, p. 50.

[36] FREITAS, Lebre de, "Sobre a prevalência, no apenso de reclamação de créditos, do direito de retenção reconhecido por sentença", *in Revista da Ordem dos Advogados*, ano 66, II, 2006, p. 588.

[37] Ao contrário do que acontece com a excepção de não cumprimento do contrato – que pressupõe a existência de um vínculo sinalagmático entre as duas prestações, constituindo cada uma delas a causa jurídica da outra – o direito de retenção baseia-se na conexão de uma obrigação anterior de devolução de uma coisa, com outra que nasce posteriormente por causa dessa coisa e, embora recíprocos e conexos, os dois créditos que o direito de retenção pressupõe são independentes no sentido de que não é cada um deles a causa jurídica do outro.

[38] FREITAS, Lebre de, *ob. cit.*, p. 589.

[39] COSTA, Almeida, *Direito das Obrigações*, 12.ª ed. revista e actualizada, Coimbra, 2009, p. 346.

De entre esses casos especiais, destacamos, pela relevância que apresenta para o nosso estudo, a do beneficiário da promessa de transmissão ou constituição de direito real que obteve a tradição da coisa a que se refere o contrato prometido, pelo crédito resultante do não cumprimento imputável à outra parte, nos termos do art.º 442.º do CC, prevista na alínea f), do n.º 1, do art.º 755.º do CC.

Ao contrário do direito de retenção comum, consagrado no art.º 754.º do CC, o direito de retenção estatuído na alínea f), do n.º 1, do art.º 755.º do CC, é profunda e qualitativamente diferente.

Senão vejamos.

O legislador, na alínea f), do n.º 1, do art.º 755.º do CC, atribui o direito de retenção ao "(…) beneficiário da promessa de transmissão ou constituição de direito real que obteve a tradição da coisa a que se refere o contrato prometido, sobre essa coisa, pelo crédito resultante do não cumprimento imputável à outra parte, nos termos do artigo 442.º."

Como pressupostos do direito de retenção a favor do beneficiário da promessa, apontamos os seguintes[40]:

- A tradição da coisa objecto do contrato prometido;

- O não cumprimento definitivo imputável ao promitente da alienação;

- A existência do crédito do beneficiário resultante do não cumprimento definitivo.

Analisaremos, ainda que sumariamente, cada um destes requisitos.

No que respeita ao primeiro requisito, cumpre, desde logo, realçar, que a lei não concretiza devidamente o conceito de tradição.

O legislador, na alínea f), do n.º 1, do art.º 755.º do CC, ao referir-se à tradição da coisa, deixa em aberto a questão de saber se é suficiente a mera tradição simbólica ou se, ao invés, terá de ocorrer a tradição material.

A "tradição" a que se refere o art.º 755.º, nº1, alínea f), do CC, tem que ser a mesma que se verifica e exige para o *corpus* na aquisição derivada da posse, conferindo ao adquirente a possibilidade de exercer uma relação material com e sobre o objecto; e compõe-se (no *corpus* da posse e também aqui, no art.º 755.º, nº1, alínea f), do CC) de dois elementos: um negativo, o abandono do anterior possuidor; e outro, positivo, a *apprehensio*, ou entrega ao novo possuidor.

Sendo a posse[41] constituída por dois elementos – o *corpus*[42] e o *animus*[43] – a tradição da coisa confere apenas o *corpus*, ou seja, o elemento material da posse.

Pires de Lima e Antunes Varela[44] sustentam, que "o contrato-promessa, só por si, não é susceptível de transferir a posse ao promitente-comprador. Se este obtém a entrega da coisa antes da celebração do negócio translativo, adquire o *corpus* possessório, mas não adquire o *animus possidendi*, ficando, pois, na situação de mero detentor ou possuidor precário."[45]

[40] Cfr. Ac. do STJ de 24.06.2001, Revista n.º 1776/04-2.ª Secção, citado por COSTA, Salvador, *O concurso de credores – Sobre as várias Espécies de Concursos de Credores e de Garantias Creditícias*, 4.ª ed., Coimbra, 2009, p. 219.

[41] O art.º 1251.º do CC, define a posse, como o "poder que se manifesta quando alguém actua por forma correspondente ao exercício do direito de propriedade ou de outro direito real." A noção legal do art.1251.º do CC não faz qualquer referência ao *animus*, como elemento do conceito de posse

[42] Ou domínio de facto sobre a coisa, traduzido no exercício efectivo de poderes materiais sobre ela ou na possibilidade física desse exercício.

[43] Consubstanciado na intenção de exercer sobre a coisa, como seu titular, o direito real correspondente àquele domínio.

[44] LIMA, Pires de; VARELA, Antunes, *Código Civil Anotado*, Vol. III, reimpressão da 2.ª ed., Coimbra, 2010, p. 6.

[45] Em anotação ao Ac. do STJ de 2 Novembro de 1989, *in RLJ*, 128.º, 1995/1996, p.146, Antunes Varela expressa, ainda, que "o promitente-comprador investido prematuramente no gozo da coisa, que lhe é concedido na pura expectativa da futura celebração do contrato prometido, não é possuidor dela, precisamente porque, sabendo ele, como ninguém, que a coisa pertence ainda ao promitente-vendedor e só lhe pertencerá a ele depois de realizado o contrato translativo prometido, não pode agir seriamente com a intenção de um titular da propriedade ou de qualquer outro direito real sobre a coisa".

Mostra-se, assim, imperativo que o promitente-comprador com *traditio* pratique actos de efectiva apreensão material da coisa prometida, em nome próprio, ou seja, intervindo sobre a coisa como se fosse sua.[46]

Ainda a este respeito, Manuel Rodrigues[47]sustenta, que "a tradição dos imóveis exige, em 1.º lugar, que o vendedor abandone ao comprador o gozo da coisa ou do direito" e "em 2.º lugar, a prática de actos que traduzam os poderes materiais que se podem exercer sobre as coisas." Segundo ele, "por este modo se estabelece a relação material positiva entre o novo titular da posse e a coisa possuída. (...) Donde a posse, em tal caso, só se adquire porque o adquirente exerceu sobre o prédio qualquer acto material que denuncia um poder sobre ele, embora sem as qualidades exigidas para constituir uma posse unilateral (...)"

A doutrina tem exemplificado como alguns desses casos, o pagamento pelo promitente-comprador da totalidade do preço[48] ou o caso, enunciado por Pires de Lima e Antunes Varela[49], em que a coisa é entregue ao promitente-comprador como se fosse sua, uma vez que as partes não têm a intenção de celebrar o contrato definitivo, a fim de evitar o pagamento do IMT ou precludir o exercício de um direito de preferência.

Neste último caso, o promitente-comprador pratica, sobre a coisa objecto do contrato, diversos actos materiais correspondentes ao exercício do direito de propriedade.

Consequentemente, o facto da mera entrega das chaves do prédio ou da fracção ao promitente-comprador, não é suficiente para que se dê por verificada a tradição para efeitos de invocação do direito de retenção[50]. Este acto simbólico só terá relevância, quando combinado com outros de que decorra a posterior apreensão material da coisa[51].

No que diz respeito aos restantes pressupostos do direito de retenção a favor do beneficiário da promessa, – incumprimento definitivo imputável ao promitente-vendedor[52] – a doutrina tem vindo a sustentar, e quanto a nós bem, que para o promitente-comprador poder invocar o direito de retenção, não basta que o promitente-vendedor se encontre em situação de simples mora, sendo antes exigida uma situação de incumprimento definitivo.[53]

Antunes Varela[54] define o não cumprimento, como a situação objectiva de não realização da prestação debitória e de insatisfação do interesse do credor, independentemente da causa de onde a falta procede.

Existem assim, três modalidades de não cumprimento das obrigações quanto ao efeito ou resultado produzido: (1) a falta de cumprimento ou incumprimento definitivo; (2) a mora; (3) e o cumprimento defeituoso ou imperfeito.

Por via de regra, a mora do devedor não permite, com ressalva da existência de convenção

---

[46] MORAIS, Gravato, *Contrato-Promessa em Geral e Contratos-Promessa em Especial*, Coimbra, 2009, p. 245.

[47] RODRIGUES, Manuel, *A Posse*, *Estudo de Direito Civil Português*, 3.ª ed., Lisboa, 1980, p. 216.

[48] Cfr. Acórdãos do STJ de 4.3.2008 (FONSECA RAMOS) e de 29.4.2008 (PAULO SÁ), *in www.dgsi.pt.*

[49] LIMA, Pires de; VARELA, Antunes, *ob. cit.*, p. 6.

[50] No Ac. do STJ de 18.9.2007 (MÁRIO CRUZ), observou-se que "no contrato-promessa aqui em presença, mesmo podendo haver *corpus* com a *traditio* da coisa – consubstanciada na alegada entrega da chave –, faltar-lhe-ia o *animus* – porque o promitente comprador é o primeiro a reconhecer que ainda só pagou o sinal e que a parte restante do preço só será paga no acto da escritura, dizendo, inclusive, que a marcação desta se prevê para breve. Sabe assim que a coisa ainda lhe não pertence e que o imóvel só supostamente passará a ser seu após o cumprimento integral da prestação que sobre ele impende, com a realização da escritura, o que significa saber perfeitamente que sobre o imóvel ainda não actua como se dono já fosse mas como tendo autorização dele para aí praticar os actos materiais em causa". Assim, "na qualidade de mero detentor, não lhe assiste o direito de se socorrer dos meios possessórios – art.º 351.º, n.º 1 do CC", *in www.dgsi.pt.*

[51] FREITAS, Lebre de, *ob. cit.*, p. 595.

[52] Optámos pela sua análise conjunta dada a correlação entre ambos.

[53] Outros autores, entre eles Antunes Varela, defendem que com a entrada em vigor do DL n.º 379/86, de 11 de Novembro, o promitente-comprador não faltoso, goza do direito de retenção sobre a coisa traditada logo que, entrando a contraparte em mora, venha requerer a restituição do prédio nos termos do art.º 442.º do CC, e consequentemente pôr fim ao contrato.

[54] Cfr. VARELA, Antunes, *Das Obrigações em Geral*, *ob. cit.*, p. 60.

em contrário, a imediata resolução do contrato, a menos que se transforme em incumprimento definitivo, nos termos das disposições conjugadas dos artigos 801º, 802º e 808º, nº 1, todas do CC. Essa transformação poderá ocorrer nos seguintes casos: se lhe sobrevier a impossibilidade da prestação, se o credor perder o interesse na mesma[55,56] ou, finalmente, em consequência da inobservância do prazo suplementar e peremptório que o credor fixe, razoavelmente, ao devedor relapso.

No caso de incumprimento do contrato-promessa, a lei abre dois caminhos ao contraente não faltoso: a execução específica (art.º 830.º do CC), no caso da simples mora, e a resolução do contrato (art.º 801.º, n.º 2 do CC), para o caso do incumprimento definitivo.

Não se demonstrando o incumprimento definitivo do contrato-promessa pelo promitente-vendedor, facilmente se depreenderá que a invocação do direito de retenção pelo beneficiário da promessa que obteve a tradição da coisa, não tem sentido útil, uma vez que o promitente-vendedor não está obrigado a entregar a mesma, por se manter válido e eficaz o contrato-promessa.

Assim, o direito de retenção consagrado no art.º 755.º, n.º 1, alínea f) do CC não tem sentido na mora, hipótese em que o promitente-adquirente que obteve a tradição da coisa, não está obrigado a entregar a coisa a que se refere o contrato prometido[57].

Como já referimos, é unanimemente aceite, tanto pela doutrina[58] como pela jurisprudência[59,60], que o crédito emergente do contrato-promessa é o que tem, na sua base, o incumprimento definitivo daquele.

Discute-se, porém, "se tal crédito apenas existe se tiver havido sinal passado ou não".[61]

Gravato Morais, tal como a maioria da doutrina[62], considera que o direito de retenção existe independentemente de ter havido sinal passado ou convenção indemnizatória. Na sua opinião, só assim se compreenderia o valor da ampla remissão efectuada da alínea f), do n.º 1, do art.º 755.º, para o art.º 442.º, ambos do CC.

Em sentido contrário, Menezes Leitão[63] considera que o direito de retenção "só tem conexão com o direito ao aumento do valor da coisa ou do direito, que é o único crédito resultante do não cumprimento que tem uma relação directa com a coisa a reter (…)",

[55] Que se afere em função da utilidade que a prestação para ele teria, embora atendendo a elementos susceptíveis de valoração pela generalidade das pessoas, justificada por um critério de razoabilidade própria do comum das pessoas.

[56] MACHADO, Baptista, *in RLJ*, 118º, p. 55; e COSTA, Almeida, *in RLJ*, 124º, p. 95 - 96.

[57] A mora traduz-se, não numa falta definitiva (*hoc sensu*) de realização da prestação debitória, mas num simples retardamento, demora ou dilação no cumprimento da obrigação – VARELA, Antunes, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, 8.ª reimpressão da 10.ª ed. de 2000, 2011, p. 345.

[58] Ver, entre outros, SILVA, Calvão da, *ob. cit.*, p. 124-125.

[59] Cfr. Acórdãos do STJ de 24.10.2006 (AFONSO CORREIA), *in www.dgsi.pt*; de 10.03.2005 (NEVES RIBEIRO), *in www.dgsi.pt*; de 31.10.2006 (AFONSO CORREIA), *in www.dgsi.pt*; e de 02.11.1989 (FERNANDES FUGAS): "I – O contrato-promessa de compra e venda de bens imóveis não pode, em princípio ser resolvido pelo promitente vendedor com fundamento na falta de pagamento, embora parcial, atempado (...), já que a mora do devedor, representando um simples retardamento da prestação por causa imputável ao devedor, só dá ao credor o direito de exigir o cumprimento da obrigação e a indemnização pelos danos causados (art.º 804.º do CC)", *in BMJ*, 391.º, 1989, p. 538.

[60] Ac. do TRL de 24.03.1992 (ZEFERINO FARIA): "O pedido do promitente-comprador de condenação do promitente-vendedor a pagar-lhe o valor da coisa, objecto do contrato, nos termos do art.755.º, n.º 1, alínea f), baseia-se no incumprimento definitivo e culposo do contrato pelo promitente vendedor e tem como pressuposto a resolução do contrato", *in CJ*, 1992, Tomo II, p. 147.

[61] MORAIS, Gravato, *ob. cit.*, p. 233.

[62] Entre outros, PRATA, Ana, *O Contrato-Promessa e o seu regime civil*, 2.ª reimpressão da edição de 1994, Coimbra, 2006, p. 888. Defende a autora que, " (...) não obstante a remissão do artigo 755.º, n.º 1, alínea f), para o artigo 442.º, não parece indispensável [para que possa haver direito de retenção, que os promitentes tenham acordado um sinal], pois, como se viu, nem dele depende o direito de indemnização calculada no valor da coisa a que se refere o artigo 442.º, nem a ele faz referência o artigo 755.º, n.º 1, alínea f), o que significa, dado o necessário pressuposto da "traditio rei", que o direito de retenção, garantindo sempre o direito indemnizatório de que esta é requisito, garantirá qualquer outro crédito indemnizatório fundado no incumprimento, seja ele o da indemnização calculada nos termos gerais, seja o de pena convencional, seja mesmo o de indemnização por benfeitorias realizadas pelo "*accipiens*" na coisa".

[63] LEITÃO, Menezes, *Direito das Obrigações*, Vol. I, 9.ª ed., Coimbra, 2010, p. 253. No mesmo sentido, aderindo em geral, às propostas restritivas relativamente ao art.º 755.º, n.º 1, alínea f), *vide* CORDEIRO, Menezes, *Tratado de Direito Civil Português*, Vol. II, Direito das Obrigações, Tomo II, Coimbra, 2010, p. 402.

interpretando, assim, restritivamente o art.º 755.º, n.º 1, alínea f) do CC.

Segundo ele, o direito de retenção do promitente-comprador com *traditio* só existe, na circunstância de este optar por uma indemnização pelo aumento do valor da coisa, surgindo apenas caso tenha sido passado sinal.

Em confronto com estas duas posições, aderimos à proposta formulada por Menezes Leitão.

Não havendo sinal, a tradição será uma mera tolerância, não cabendo penalizar o promitente-vendedor. Pelo que, neste caso, o direito de retenção só terá em vista o ressarcimento dos créditos referidos no art.º 442.º do CC, que são, apenas, o da restituição do sinal em dobro ou o do aumento do valor da coisa e não o crédito geral indemnizatório.[64]

No entanto, como já referimos, não tem sido este o entendimento sufragado pela maioria da doutrina.

Ora, pela enumeração dos pressupostos de aplicação do direito de retenção ao caso específico consagrado na alínea f), do n.º 1, do art.º 755.º do CC, facilmente se compreende que o regime legal consagrado é manifestamente prejudicial aos restantes titulares de garantias reais sobre o imóvel, como é o titular da hipoteca.

Mais do que nunca, a concessão de crédito implica a necessidade de estabelecer fortes precauções e garantias, por parte das instituições financeiras, no sentido de salvaguardar o capital disponibilizado.

Neste aspecto, a constituição de hipotecas sobre imóveis continua a ser o meio tradicional de garantia mais forte ao serviço do mutuante, atenta a faculdade que concede ao seu titular de ser pago com prioridade pelo produto da sua venda.

No entanto, se até há bem pouco tempo a hipoteca era considerada a rainha das garantias especiais das obrigações, o seu reinado acabou por ser fortemente abalado quando, em 1966, o legislador decidiu equiparar o titular do direito de retenção ao credor pignoratício ou hipotecário, consoante o objecto do direito seja uma coisa móvel ou imóvel.

Acontece que, o regime adoptado pelo legislador, acabou por vir prejudicar directamente as instituições de crédito, principais credoras hipotecárias, prevendo que as mesmas dificultem a concessão de crédito, procedendo, nomeadamente, a aumento das taxas de juro e das comissões, de modo a poderem compensar eventuais prejuízos. Por sua vez, tais aumentos vão, necessariamente, repercutir-se no consumidor final que, *a priori*, o legislador tentou proteger.

A solução legal, então vigente, acabou por dificultar a concessão de crédito e originar, reflexamente, o aumento do custo de aquisição em relação às pessoas que o diploma em causa alegadamente quis proteger.

Pelo que, não demorou muito tempo, até que várias vozes na doutrina se insurgissem contra este regime[65].

Luís Gonçalves[66] escreveu, a certa altura, que ao consagrar-se este regime, " (…) não se atendeu

[64] *Vide*, neste sentido, CORDEIRO, Menezes, *ob. cit.*, p. 402.

[65] Para além das reacções da doutrina aos efeitos derivados da aplicação do regime geral do direito de retenção, ao caso especial de retenção consagrado na alínea f), do n.º 1, do art.º 755.º do CC, o legislador introduziu, com o DL n.º 125/90, de 16 de Abril (mais tarde revogado pelo DL 59/2006, de 20 de Março), um novo instrumento financeiro, o das chamadas "obrigações hipotecárias". Nas palavras do legislador, as obrigações hipotecárias são "títulos que conferem ao respectivo portador um privilégio creditório sobre os créditos hipotecários de que sejam titulares as entidades emitentes" – cfr. o Preâmbulo deste diploma.

O diploma estabelece, assim, uma excepção à hierarquia estabelecida no CC para os privilégios creditórios, em relação às coisas sobre as quais não incida qualquer ónus ou encargo. A criação desta figura teve em vista salvaguardar a posição jurídica dos credores hipotecários em face da preferência absoluta do direito de retenção sobre a garantia hipotecária resultante do art.º 759.º, n.º 2 do CC. – *Vide* a este respeito COSTA, Almeida, *Direito das Obrigações*, *ob. cit.*, p. 897.

[66] GONÇALVES, Luís, "O direito de retenção e a sua aplicação ao contrato promessa", *in Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Ano XXX, III, 2.ª Série, n.º 3, p. 273.

a que, apesar de tudo, não há critérios infalíveis e que as mesmas instituições de crédito correm riscos que, se generalizados, podem ser catastróficos para o seu destino".

Calvão da Silva[67], referiu, ainda, que " (…) o facto do direito de retenção prevalecer sobre a hipoteca, ainda que esta tenha sido registada anteriormente (art.º 759.º, n.º 2), poderá também acabar por virar a norma protectora (art.º 442.º, n.º 3) [actual alínea f), do n.º 1, do art.º 755.º] contra o promitente-comprador (abstractamente) protegido, engendrando rarefacção da *traditio rei* hipotecada, por imposição das instituições de crédito aos construtores".

Antunes Varela, foi mais longe, e chamou a atenção para o facto do crédito garantido pela retenção ser, muitas vezes, de montante geralmente elevado, atraiçoando, por ausência de registo, as instituições de crédito que se certificaram antes da concessão do crédito da inexistência de outros direitos reais.[68]

Ora, consciente ou não do impacto que as alterações introduzidas trariam para o mundo do mercado imobiliário, a verdade é que o legislador de 1966 condicionou, mais do que nunca, a concessão do crédito para a aquisição ou construção de habitação em Portugal.

O TC, no seu Ac. 356/04, de 19.05.2004, já teve oportunidade de se pronunciar quanto à constitucionalidade da norma consagrada no art.º 755.º, n.º 1, alínea f) do CC, necessariamente articulada com o disposto no art.º 759.º, do mesmo diploma legal.

Nos termos do referido aresto, foi decidido não julgar inconstitucional a norma do art.º 755.º, n.º 1, alínea f) do CC, uma vez que se entendeu que a norma em apreço " (…) opera meramente uma ponderação adequada do interesse das instituições de crédito, detentoras de créditos hipotecários, na protecção da confiança inerente ao registo predial e do interesse dos consumidores na protecção da confiança relativa à consolidação de negócios jurídicos, notando-se que os mesmos respeitam, em muitos casos, à aquisição de habitação própria permanente."

Neste sentido, consideraram os relatores, que " (…) a contenção dos princípios da confiança e da segurança jurídica associados ao registo predial, que resulta da atribuição da preferência ao direito de retenção sobre a hipoteca registada anteriormente, tem a sua justificação na prevalência para o legislador do direito dos consumidores à protecção dos seus específicos interesses económicos (…)".

Também o STJ já, por inúmeras vezes[69], se pronunciou pela não inconstitucionalidade material das normas do art.º 442.º, n.º 2 e alínea f), do n.º 1, do art.º 755.º do CC, considerando que não violam os princípios da proporcionalidade, da protecção da confiança e segurança do comércio jurídico imobiliário e do direito de propriedade privada, princípios estes ínsitos nos artigos 2.º, 18.º, n.º 1 e 62.º, da CRP.

Pela nossa parte, não podemos deixar de apontar algumas críticas ao facto da solução consagrada na alínea f), do n.º 1, do art.º 755.º do CC ter surgido num contexto sócio-económico específico, cuja finalidade tem sido pervertida e colocada ao serviço do devedor relapso.

O legislador de 1980 e 1986, ao conferir um direito de retenção especial atribuído ao promitente adquirente, com o intuito de reequilibrar a situação que o desfavorecia, veio criar um novo desequilíbrio, desta feita à custa de um terceiro – o credor hipotecário –, que adveio do facto do art.º 759.º, n.º 2 do CC, não fazer qualquer distinção quanto à modalidade de direito

[67] SILVA, Calvão da, *ob. cit.*, p. 252.

[68] MALDONADO, João Pedro Nunes, *ob. cit.*, p. 46.

[69] *Vide* Ac. do STJ de 29.01.2003 (FERREIRA DE ALMEIDA); Ac. do STJ de 30.01.2003 (NASCIMENTO COSTA); Ac. do STJ, de 20.11.2003 (MOITINHO DE ALMEIDA); Ac. do STJ de 14.02.2006 (JOÃO CAMILO); e Ac. do STJ de 18.09.2007 (FONSECA RAMOS), todos *in www.dgsi.pt.*

de retenção que deve prevalecer em absoluto sobre a hipoteca.

Ao atribuir o direito de retenção sempre que exista tradição da coisa objecto do contrato prometido, o legislador criou no titular de uma mera expectativa de aquisição de um direito real, uma tutela mais ampla de que ao próprio titular desse direito.

Na maioria dos casos de retenção, os débitos pelos quais a coisa responde, representam uma pequena parte do valor da própria coisa, ao contrário da retenção do promitente em que os débitos representam um valor muito aproximado do valor dela.

Assim, "tendo em conta que normalmente estão em jogo avultadas quantias monetárias e que se trata de uma garantia oculta, no sentido de não ser perceptível, na maioria das vezes, ao terceiro adquirente de boa-fé," a consagração do direito de retenção, no caso aqui em análise, colide "não só com a lógica do mercado de circulação dos imóveis, como também com a segurança jurídica e protecção das expectativas de terceiros".[70]

Em suma, a (in)constitucionalidade da alínea f), do n.º 1, do art.º 755.º do CC, quanto a nós, não se coloca. A questão só se coloca, quando o regime previsto no n.º 2 do art.759.º do CC, se estende a essa disposição legal, criando uma solução injusta e excessiva.

III.

Propostas da doutrina para minorar os efeitos decorrentes da aplicação do n.º 2 do artigo 759.º do Código Civil. Posição adoptada.

Tem sido várias as soluções apontadas pela doutrina com vista a atenuar os efeitos decorrentes da aplicação do n.º 2, do art.º 759.º, ao direito de retenção previsto no art.º 755.º, n.º 1, alínea f), ambos do CC.

Um dos autores que, desde logo, se debruçou sobre esta matéria foi Menezes Leitão[71], ao suscitar a questão da facilidade de manipulação do regime jurídico do direito de retenção, por forma a defraudar a garantia hipotecária.

Neste sentido, propugnou o autor por uma interpretação restritiva da alínea f), do n.º 1, do art.º 755.º do CC, considerando que o promitente-comprador apenas tem direito de retenção para garantia dos créditos previstos no art.º 442.º do CC, em particular, ao direito ao aumento do valor da coisa, e somente nos casos de ter sido acordado a estipulação de sinal.

Segundo Menezes Leitão, não havendo estipulação de sinal, a entrega da coisa deve ser vista como um acto de mera tolerância que, na sua opinião, não justifica a atribuição do direito de retenção.

No mesmo sentido, Galvão Telles defende que só nos casos de haver acordo de sinal se pode operar o direito de retenção.

Na sua opinião, no caso de contrato-promessa em que não tenha havido sinal mas tenha havido tradição da coisa, o incumprimento por parte do promitente da alienação ou constituição dá ao credor o direito a exigir, a título indemnizatório, o valor actual do direito não transmitido ou constituído, descontado o preço convencionalmente estipulado.[72]

J. Lourenço Soares[73], por seu turno, defende a atribuição do direito de retenção às partes quer estas tenham acordado o sinal quer não.

Sustenta o autor, que " (…) o requisito básico para o nascimento deste último direito é o ter havido tradição da coisa. E o sinal (…) não pode ser requisito necessário para o nascimento de tal direito".

---

[70] CASTANHEIRA, Sérgio Nuno, "Direito de Retenção do Promitente-Adquirente", *in Garantia das Obrigações, Publicação dos Trabalhos do Mestrado*, Coimbra, 2007, p. 504.

[71] LEITÃO, Menezes, *Direito das Obrigações*, Vol. I, *ob. cit.*, p. 244.

[72] TELLES, Inocêncio Galvão, *Direito das Obrigações*, reimpressão da 7.ª ed., Coimbra, 2010, p.154.

[73] SOARES, J. Lourenço, *ob. cit.*, p. 147.

E vai ainda mais longe, ao admitir que o crédito à devolução do sinal é um dos créditos possíveis que legitimam a retenção.

Propugnando também por uma interpretação restritiva da alínea f), do n.º 1, do art.º 755.º do CC, mas com base noutros argumentos, L. Pestana de Vasconcelos[74] defende que se deve afatar do âmbito do direito de retenção os promitentes adquirentes que não sejam consumidores.

Para este autor, a *ratio* da norma pressupõe que " (…) o promitente-comprador seja efectivamente um consumidor. São esses os carentes de tutela, são eles que a norma pretende proteger. Trata-se de uma disposição que se insere num conjunto de outras que compõem o regime do contrato-promessa e que visam a tutela do promitente-comprador não profissional." [75]

Carlos Pereira de Abreu, numa tentativa de limitar os efeitos provocados pela aplicação do art.º 759.º do CC, entende que " (…) o legislador veio, de forma clara, impor como condição do exercício do direito de retenção, na sua vertente de garantia especial das obrigações, face à hipoteca, que o seu titular tome a iniciativa da execução do imóvel".[76]

Na sua opinião, o direito de retenção apenas prevalece sobre o crédito hipotecário no caso de a iniciativa da execução ser da autoria do próprio retentor, caso em que, os demais credores ficam a saber da existência de um direito de retenção. Entende, por isso, que só nesse caso, o direito de retenção tem preferência de pagamento sobre demais credores.

Nesse sentido, " (…) ou o titular do direito de retenção toma a iniciativa de executar o imóvel, e neste caso, goza de preferência sobre o credor hipotecário (ainda que este tenha registado o seu direito anteriormente), ou não o faz, passando, em tal hipótese, face a este, a não ter qualquer privilégio".[77]

A sua posição baseia-se, assim, na interpretação literal que faz ao art.º 759.º do CC, cujo n.º 1 estabelece que "recaindo o direito de retenção sobre coisa imóvel, o respectivo titular (…) tem a faculdade de a executar (…)". Por sua vez, o n.º 2, estabelece que "o direito de retenção prevalece *neste caso* sobre a hipoteca, ainda que esta tenha sido registada anteriormente".[78]

A partir do preceituado no art.º 759.º do CC, o autor, defende que esta é a única interpretação que permite concluir que o "legislador «soube exprimir o seu pensamento em termos adequados» – n.º 3 do artigo 9.º".[79]

Calvão da Silva, por outro lado, propôs a limitação da prevalência do direito de retenção, em caso de conflito de pretensões dos promitentes-compradores com os credores hipotecários, nomeadamente no caso corrente do conflito entra a instituição financiadora do construtor e os promitentes-compradores que ocupassem o imóvel ou a fracção autónoma em virtude da tradição pactuada com o promitente-vendedor.

Como referimos *supra*, para Calvão da Silva, a solução consagrada " (…) poderá também acabar por virar a norma protectora (art.º 442.º, n.º 3) [actual alínea f), do n.º 1, do art.º 755.º] contra o promitente-comprador (abstractamente) protegido, engendrando rarefacção da *traditio rei* hipotecada, por imposição das instituições de crédito aos construtores".[80]

A prevalência do direito de retenção deverá, na sua opinião, ser limitada ao conflito de pretensões dos promitentes-compradores com os credores hipotecários, com o intuito de evitar-se aquilo a

[74] VASCONCELOS, L. Pestana, *Direito das Garantias*, Coimbra, 2010.

[75] VASCONCELOS, L. Pestana, *ob. cit.*, p. 325.

[76] ABREU, Carlos Pereira de, *O direito de retenção como garantia imobiliária das obrigações*, Porto, 1998, p. 36.

[77] Cfr. ABREU, Carlos Pereira de, *ob. cit.*, p. 36.

[78] Cfr. ABREU, Carlos Pereira de, *ob. cit.*, p. 36.

[79] Cfr. ABREU, Carlos Pereira de, *ob. cit.*, p. 37.

[80] Cfr. nota 66.

que o autor apelidou de "rarefacção da *traditio rei*".[81]

Outro autor que contribuiu favoravelmente para esta discussão foi Pedro Sameiro.

Ao defender a abolição do direito de retenção conferido ao promitente-comprador, " (…) e a sua substituição por outras formas de protecção do direito à aquisição, que não sejam lesivas dos direitos legitimamente constituídos e publicitados do credor hipotecário", entendeu que a solução passaria por "permitir-se a atribuição de eficácia real à promessa realizada por simples documento particular e que o direito de aquisição fosse registado gratuitamente" [82].

Assim, continua," (…) protegia-se a possibilidade de aquisição e a transmissão da propriedade poder-se-ia fazer sem a colaboração do promitente vendedor e ao abrigo de quaisquer actos dispositivos que o mesmo tentasse praticar, uma vez que existiria uma efectiva compatibilização entre a possibilidade de execução especifica e a eficácia real da promessa"[83].

Em alternativa, propôs ainda a criação de uma hipoteca legal, com vista a garantir a restituição do sinal e do preço. Na sua opinião, essa solução apresenta-se " (…) compatível e cumulativa com a eficácia real da promessa"[84].

Ora, da análise das principais propostas da doutrina, verificamos que nenhuma delas dá uma resposta, clara e precisa, às questões que se levantam com a preferência de pagamento atribuída a favor do promitente-adquirente, instituída no n.º 2 do art.º 759.º do CC.

Por isso, e por tudo quanto ficou exposto, consideramos que a solução passa, necessariamente, por uma alteração legislativa ao CC, procedendo-se à eliminação do disposto no n.º 2 do art.º 759.º

Se é certo que tanto a hipoteca como o direito de retenção são direitos reais de garantia, o conflito entre ambos, deve ser regulado pelo princípio da prioridade temporal de constituição dos direitos reais, corolário de um dos institutos jurídicos inspirado pelos valores da segurança e certeza jurídicas – o registo predial –, ao qual, como já referimos, o art.º 759.º, n.º 2 do CC constitui excepção.

Se através do instituto do registo predial se pretende conferir segurança máxima às situações a que o Estado atribuiu especial verosimilhança, visando-se sobretudo, com isso, a protecção de terceiros, se não existisse a regra constante do art.º 759.º, n.º 2, do CC, a graduação dos créditos seria efectuada em função da data de constituição do direito de retenção e do direito do credor hipotecário.

Nesse caso, aquele que tivesse constituído o seu direito em primeiro lugar obteria a respectiva preferência de pagamento.

Assim, uma vez recusada a aplicação do n.º 2 do art.º 759.º do CC, consideramos que o conflito entre o credor hipotecário e o titular do direito de retenção previsto, em especial, no art.º 755.º, nº1, alínea f) do CC, deve ser solucionado pelos princípios gerais de direito, previstos nesta matéria, e não através de interpretações artificiosas e até mesmo forçadas da *ratio* do art.º 759.º,n.º 2 do CC.

Não podemos deixar de salientar, que o direito do credor hipotecário é um direito válido e eficaz *erga omnes*, que não deveria ser abalado por um direito posterior.

Como referimos *supra*, Menezes Leitão defendeu uma interpretação restritiva da alínea f), do n.º 1, do art.º 755.º do CC, onde concluiu que a expressão "nos termos do artigo 442.º", constante da parte final do preceito, apenas confere ao

[81] Cfr. nota anterior.

[82] SAMEIRO, Pedro, *ob. cit.*, p. 96.

[83] Cfr. nota anterior.

[84] SAMEIRO, Pedro, *ob. cit.*, p. 97.

beneficiário da promessa o direito de retenção para garantia dos créditos previstos no art.º 442.º do CC, que são, apenas, o da restituição do sinal em dobro ou o do aumento do valor da coisa e não o crédito geral indemnizatório.[85]

No entanto, se por um lado, a solução proposta pelo autor merece os nossos aplausos, por outro, não resolve, efectiva e verdadeiramente, a situação desfavorável do credor hipotecário.

O crédito do retentor sempre prevaleceria e a garantia do credor hipotecário estaria inevitavelmente esvaziada.

Carlos Pereira de Abreu, por seu turno, entende que constitui pressuposto da preferência consagrada a favor do direito de retenção, o facto de o seu titular tomar a iniciativa de execução do imóvel retido.

Só assim, defende o autor, é que se verifica a publicidade do direito de retenção, momento em que os demais credores ficam a saber da sua existência. Pelo que, só nesse caso, o seu direito tem sobre o deles preferência de pagamento.

Julgamos, no entanto, que esta solução se afigura algo artificiosa.

Da análise do normativo, não se concebe que o legislador tenha condicionado a preferência de pagamento ao facto de ser o retentor a tomar a iniciativa de execução da coisa.

Contrariamente ao entendimento perfilhado por Carlos Pereira de Abreu, entendemos que o n.º 2 do art.º 759.º do CC, estabelece, única e exclusivamente, que em caso de execução da coisa, o direito de crédito do retentor é pago preferencialmente.

Não obstante o exposto até ao momento, a verdade é que algumas propostas merecem ser realçadas, pelo contributo que trouxeram à discussão da justeza da solução legislativa consagrada.

Para além das propostas formuladas por Pedro Sameiro, realçamos as soluções apresentadas por outros dois autores.

Aquando da reforma da acção executiva, e na expectativa de reparar as profundas injustiças causadas pela aplicação do n.º 2, do art.759.º do CC, Lebre de Freitas propôs a substituição desse normativo, por outro, "que limitasse a prevalência do direito de retenção do promitente comprador sobre a hipoteca ao caso em que esta fosse registada posteriormente ao registo da tradição da coisa, a organizar por alteração ao Código do Registo Predial."[86]

A sugestão, no entanto, não viria a ser aceite nos anteprojectos da reforma da acção executiva.

Noutra perspectiva, João Pedro Nunes Maldonado, entende que "a concessão da preferência do direito de retenção do beneficiário da promessa da transmissão que obteve a tradição da coisa em relação à hipoteca deixou de ter a sua razão, sob o ponto de vista da justiça e da utilidade social, permitindo o locupletamento daquele beneficiário".[87]

Assim sendo, defende este autor, que deve ser efectuada uma interpretação correctiva, por redução teleológica da aplicação da norma.

Deve, por isso, "entender-se, (…), que o regime estabelecido no artigo 759.º, n.º 2, não é aplicável às situações do direito especial de retenção consagradas no artigo 755.º, n.º 1, alínea f), ambos do Código Civil."[88]

Não podemos deixar de aplaudir o raciocínio apresentado. No entanto, defendemos que o caminho a seguir deverá ser, necessariamente, outro.

A disposição do n.º 2 do art.º 759.º do CC, quanto a nós, contém em si mesma uma restrição

[85] LEITÃO, Menezes, *Direito das Obrigações*, *ob. cit.*, p. 253.

[86] FREITAS, Lebre de, *ob. cit.*, p. 583.

[87] MALDONADO, João Pedro Nunes, *ob. cit.*, p. 61.

[88] MALDONADO, João Pedro Nunes, *ob. cit.*, p. 61 - 62.

do direito anterior, válido e eficaz, do credor hipotecário, ao mesmo tempo que privilegia o direito do retentor de forma demasiado ampla. Ambos são credores privados que possuem um direito real de garantia sobre um bem do seu devedor.

Não vislumbramos, assim, qualquer característica especial que justifique que o direito de um, deva prevalecer sobre o direito do outro. Ambos possuem um direito de crédito que reclama idêntica tutela da lei.

Cláudia Madaleno, no entanto, defende que no caso de existir despesas realizadas na coisa, a preferência do crédito do retentor sobre a hipoteca, ainda que anteriormente registada, para garantia dessas despesas, se encontra plenamente justificada.

Sustenta a autora, que "a restrição do direito apenas é necessária, proporcional e adequada, na acepção do artigo 18.º da CRP, em relação aos privilégios imobiliários especiais supra referidos, bem como à retenção para garantia de despesas efectuadas na coisa que nela geraram uma mais valia objectiva."[89]

Não partilhamos dessa posição.

Havendo despesas realizadas na coisa que tenham gerado uma mais valia, na medida em que aí existe um benefício concreto incorporado na coisa, resultante da acção de um terceiro, defendemos que o beneficiário da promessa que obteve a *traditio* da coisa objecto do contrato, deverá ser indemnizado nos mesmos termos que o possuidor de boa ou má fé, pelas benfeitorias necessárias e úteis que hajam feito na coisa, nos termos do art.º 1273.º do CC[90].

No caso de não ver satisfeito o seu crédito, o beneficiário gozará ainda do direito de retenção comum, previsto no art.º 754.º do CC, desde que tenha realizado de boa fé as despesas de que proveio o seu crédito (art.º 756.º, alínea b), do CC *a contrario*).

Com esta solução, evita-se o enriquecimento sem causa do credor hipotecário.

Assim, se das despesas não resultar um benefício objectivo para a coisa, não haverá também necessidade de impedir um eventual enriquecimento sem causa do credor hipotecário.

Caso se trate de despesas "inúteis"[91] ou desnecessárias, como será o caso das benfeitorias voluptuárias, desnecessária será também, a nosso ver, a preferência de pagamento a favor do retentor.

Obviamente que, sendo a retenção anterior à hipoteca, o problema não se coloca, em atenção ao próprio princípio da prioridade temporal de constituição dos direitos reais.

Neste caso, o crédito do retentor prevalecerá sobre a hipoteca, uma vez que foi o direito que mais cedo se constituiu[92].

Assim sendo, podemos concluir, que "a data da constituição do direito consubstancia um motivo bastante que legitima a prevalência de um direito sobre o outro, na medida em que aquele que prevalece se constituiu em data anterior".[93]

Uma restrição do direito anterior, válido e eficaz do credor hipotecário, revela-se, quanto a nós, arbitrária e apresenta-se, nesse sentido,

[89] MADALENO, Cláudia, *ob. cit.*, p. 223.

[90] Consideram-se benfeitorias todas as despesas feitas para conservar ou melhorar a coisa (art.º 216.º,n.º 1 do CC). As benfeitorias necessárias são as que têm por fim evitar a perda, destruição ou deterioração da coisa; úteis as que, não sendo indispensáveis para a sua conservação, lhe aumentam, todavia, o valor; voluptuárias as que, não sendo indispensáveis para a sua conservação nem lhe aumentando o valor, servem apenas para recreio do benfeitorizante (art.º 216.º, n.º 3 do CC).

[91] A expressão, despesas inúteis, é utilizada no sentido de que se trata de despesas que não produziram a valorização objectiva da coisa.

[92] Entende o STJ, no seu Ac. de 18.09.2007 (FONSECA RAMOS), que " A não registabilidade do direito de retenção de que beneficia o promitente-comprador de um imóvel, por ter havido "traditio", não exprime a existência de "ónus oculto", (...) pois o direito de retenção envolve por si publicidade de facto, tendo os credores hipotecários, apenas, que averiguar quem na realidade habita ou tem a posse do prédio", *in www.dgsi.pt.*

[93] MADALENO, Cláudia, *ob. cit.*, p. 225.

materialmente inconstitucional, por força da violação do preceituado no art.º 18.º da CRP.

Cumpre-nos realçar, que já por diversas vezes foi suscitado o problema da constitucionalidade da norma constante no n.º 2 do art.º 759.º do CC.

Quer o TC, através dos Acórdãos 594/03, de 3.12.2003 e 356/04, de 19.4.2004[94], quer o STJ, nomeadamente nos Acórdãos de 7.4.2005[95], de 11.7.2006[96], de 12.9.2006[97] e de 18.12.2007[98], se pronunciaram no sentido da constitucionalidade da norma.

O Ac. do TC de 594/2003, de 3.12.2003, no entanto, limitou-se a não julgar organicamente inconstitucionais os Decretos-Lei 236/80, de 18/7 e 379/86, de 11/11, que conferiram ao promitente-comprador com *traditio*, direito de retenção, porque só essa questão lhe fora colocada.

O recorrente colocara também perante o STJ a questão da inconstitucionalidade material, no entanto, esta não foi conhecida, por não se saber se a hipoteca fora constituída antes ou depois do direito de retenção.

A posição do STJ, relatada no Ac. do TC deve, todavia, ser realçada.

Na sua fundamentação, pode ler-se o seguinte: " (…) não podemos deixar de expressar a nossa opinião de que se mostra efectivamente injusto que quem é titular activo de uma hipoteca tenha posteriormente de se confrontar com um direito desta origem com o qual não contava e que lhe diminuiu a sua garantia patrimonial, podendo, inclusivamente, ir até ao ponto de a anular completamente (já será diferente se o direito de retenção resultar de despesas feitas por causa da coisa ou de danos por ela causados – art.º 754.º e 759.º do CC)."

E continua, referindo que " todo o cidadão tem a legítima confiança em que o Estado respeite e garanta os seus direitos fundamentais. Assim, impunha-se que de seguida verificássemos se o invocado prejuízo era qualificável naquele tipo de direitos."

Note-se, que a prevalência do direito de retenção de coisas imóveis sobre hipoteca anterior, estabelecida no art.º 759.º, n.º 2, vem da versão originária do CC.

O problema da constitucionalidade, no entanto, só se pôs quando os referidos Decretos-Lei concederam tal direito ao promitente-comprador, o que ao tempo alguma doutrina contestou.

Em crítica ao DL n.º 379/86, de 11/11, que manteve o direito de retenção, transferindo-o do n.º 3, do art.º 442.º, para a alínea f), do n.º 1, do art.º 755.º, ambos do CC, e prevendo situações como as acima referidas, Antunes Varela[99] escreveu, a dado passo, com itálicos do texto: " Se o promitente-vendedor, perto do termo da construção do imóvel, verificar (como tantas vezes sucede) que não tem condições para solver o crédito da financiadora garantida (com hipoteca) e quiser ser *útil* e *agradável* aos promitentes-compradores, nada mais fácil do que permitir a ocupação dos apartamentos em vias de acabamento pelos promitentes-compradores, para que o crédito destes, resultante do não cumprimento da promessa, prevaleça sobre a garantia anterior da instituição creditícia. Mesmo que a entidade financiadora se aperceba da *intenção* das partes, nada mais lhe restará do que (passe a expressão) *benzer-se com a canhota*!"

Não poderíamos estar mais de acordo.

Fazer prevalecer o direito de retenção sobre hipoteca anteriormente registada, consubstancia, na

[94] *In www.tribunalconstitucional.pt.*

[95] Ac. do STJ de 7.4.2005 (AZEVEDO RAMOS), *CJ*, 2005, II, p. 34.

[96] Ac. do STJ de 11.7.2006 (DUARTE SOARES), *in www.dgsi.pt.*

[97] Ac. do STJ de 12.9.2006 (FARIA ANTUNES), *in www.dgsi.pt.*

[98] Ac. do STJ de 18.12.2007 (ALBERTO SOBRINHO), *in www.dgsi.pt.*

[99] VARELA, Antunes, *Sobre o Contrato-Promessa*, *ob. cit.*, p. 156.

nossa opinião, uma situação de inconstitucionalidade material, desde logo, por violação dos princípios da proporcionalidade e da confiança.

Senão vejamos.

Segundo Gomes Canotilho e Vital Moreira[100], "o princípio da proporcionalidade (também chamado *princípio da proibição do excesso*) desdobra-se em três subprincípios: (a) *princípio da adequação*, isto é, as medidas restritivas legalmente previstas devem revelar-se como meio adequado para a prossecução dos fins visados pela lei (salvaguarda de outros direitos ou bens constitucionalmente protegidos); (b) *princípio da exigibilidade*, ou seja, as medidas restritivas previstas na lei devem revelar-se necessárias (tornaram-se exigíveis), porque os fins visados pela lei não podiam ser obtidos por outros meios menos onerosos para os direitos, liberdades e garantias); (c) *princípio da proporcionalidade em sentido restrito*, que significa que os meios legais restritivos e os fins obtidos devem situar-se numa "justa medida", impedindo-se a adopção de medidas legais restritivas desproporcionadas, excessivas em relação aos fins obtidos."

A ideia geral subjacente ao princípio da proporcionalidade é a de que o meio utilizado para atingir certo objectivo, deve estar numa determinada relação com esse objectivo.

A medida encontrada pelo legislador, consubstancia, assim, no nosso entender, uma medida desproporcionada, na medida em que a restrição imposta dá origem a uma desproporção arbitrária.

Nas palavras de Cláudia Madaleno[101], "a redução do núcleo do direito do credor hipotecário é excessiva em face do interesse que a lei procura salvaguardar (…)".

Cumpre realçar que a inconstitucionalidade se restringe, única e exclusivamente, aos casos em que a hipoteca haja sido constituída em momento anterior ao direito de retenção. Só nestes casos, é que o credor hipotecário se encontra numa situação de desigualdade material em relação ao retentor.

Por sua vez, o princípio da confiança, consagra a ideia de que as pessoas devem poder ter um mínimo de certeza quando aos seus direitos e quanto às expectativas jurídicas que validamente adquirem.

Este princípio, implicado no princípio do Estado de Direito, abrange duas ideias nucleares: a de *estabilidade*, no sentido de que as decisões estaduais, incluindo as leis " (…) não devem poder ser arbitrariamente modificadas, sendo apenas razoável a alteração das mesmas quando ocorram pressupostos materiais particularmente relevantes"; e a de *previsibilidade* " (…) que, fundamentalmente, se reconduz à exigência de certeza e calculabilidade, por parte dos cidadãos, em relação aos efeitos jurídicos do actos normativos".[102]

Ora, a realização do Estado de Direito exige que seja assegurado um certo grau de previsibilidade e de segurança jurídica em relação aos actos do poder.

Da análise do estatuído no art.º 759.º, n.º 2, do CC, facilmente se conclui que a solução estatuída provoca uma grande incerteza para o credor hipotecário, que possui uma legítima expectativa no ressarcimento do seu crédito, com preferência em relação aos demais credores.

Assim, na medida em que as legítimas expectativas do credor hipotecário são defraudadas, sem que exista motivo bastante para a preferência absoluta do direito do retentor, é nossa convicção que o art.º 759.º, n.º 2 do CC, consagra uma

[100] CANOTILHO, Gomes; MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4.ª ed., Coimbra, 2007, p. 153.

[101] MADALENO, Cláudia, *ob. cit.*, p. 224.

[102] CANOTILHO, Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 10.ª reimpressão da 7.ª ed., Coimbra, 2011, p. 380.

solução legal em clara contradição com o principio da confiança.

IV.
Articulação do direito de retenção com o regime da insolvência

Neste capítulo, propomo-nos a analisar de que forma o direito de retenção, concedido ao beneficiário da promessa de transmissão ou constituição de direito real que obteve a tradição da coisa a que se refere o contrato prometido, se articula com o regime da Insolvência.

Tal como atesta L. Miguel Pestana de Vasconcelos[103], um dos aspectos menos claros deste regime prende-se " (…) com as consequências de recusa do cumprimento por parte do administrador da insolvência, sempre que estivermos perante um contrato-promessa de compra e venda (…) sinalizado em que tenha havido tradição da coisa (…)".

No domínio do anterior CPEREF, discutia-se o problema de saber se, em caso de falência do promitente vendedor, o promitente-comprador com tradição da coisa, era ou não titular de direito de retenção.

Alguns autores, contestavam a existência de direito de retenção nos casos de promessa com eficácia obrigacional e tradição da coisa. Por um lado, porque consideravam o crédito como comum[104], por outro, porque entendiam que, por deixar de se poder qualificar o direito à restituição do sinal em dobro como "crédito resultante do não cumprimento imputável à contraparte", que é requisito de aplicabilidade do art.º 755.º, n.º 1, alínea f), do CC[105], não haveria lugar a direito de retenção.

Outros, porém, admitiam-no.

Assim considerou o Ac. do STJ de 28.05.2002 (FARIA ANTUNES)[106] que, embora tenha afirmado que a "impossibilidade de cumprimento não é imputável à promitente alienante, mas à declaração da falência, defende a subsistência do direito de retenção em favor do promitente-comprador."

Em face do actual regime do CIRE, a questão continua controvertida.

Menezes Leitão, considera que o actual regime previsto no CIRE " (…) omite […] a hipótese de o beneficiário da promessa sem eficácia real se encontrar na posse da coisa, caso em que o art.º 755.º, n.º 1, alínea f), lhe atribui um direito de retenção, que constitui uma garantia que tem de ser atendida em sede de insolvência".

Nesse contexto, pugna o autor por uma interpretação correctiva àquela disposição, da qual resulte que " (…) [a promessa obrigacional com tradição] não poderia ser objecto de recusa de cumprimento (…)"[107].

Também Pestana de Vasconcelos, "apesar de assinalar que, à primeira vista, não se preenche um dos requisitos do art.º 755.º, n.º 1 alínea f), do CC, ou seja, não há incumprimento imputável de uma das partes, refere que há um acto lícito do administrador da insolvência que sustenta uma correcta interpretação da norma, com especial ênfase na sua *ratio*."[108]

---

[103] VASCONCELOS, L. Pestana de, "Direito de retenção, contrato-promessa e insolvência", *in Cadernos de Direito Privado*, n.º 33, Braga, Janeiro/Março 2011, p. 3.

[104] EPIFÂNIO, Rosário, "Os efeitos Substantivos da Falência", *in Publicações Universidade Católica*, Porto, 2000, p. 292.

[105] SERRA, Catarina, "Efeitos da Declaração de Falência sobre o falido no CPEREF (após a alteração do D.L n.º 315/98, de 20 de Outubro", *in Scientia Juridica*, tomo XLVII, Braga, Julho-Dezembro de 1998, p. 304.

[106] *In www.dgsi.pt.*

[107] LEITÃO, Menezes, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas – Anotado*, 5.ª ed., Coimbra, 2009, p. 135.

[108] Citado por MORAIS, Gravato, "Promessa Obrigacional de compra e venda com tradição da coisa e insolvência do promitente-vendedor", *in Cadernos de Direito Privado*, n.º 29, Braga, Janeiro/Março 2010, p. 10.

Por sua vez, Brandão Proença, considera duvidoso que o promitente-comprador, nos casos de um possível incumprimento das promessas mais vulgares, e tendo em conta os poderes do administrador, possa invocar o direito de retenção na fase insolvencial.[109]

Quanto a nós, dúvidas não se levantam quanto ao preenchimento dos dois primeiros pressupostos do direito de retenção: a existência de promessa de transmissão ou de constituição de direito real e a entrega da coisa objecto do contrato.

Porém, o mesmo não acontece, em relação ao último pressuposto – a existência do crédito do beneficiário resultante do não cumprimento imputável à outra parte.

Na nossa opinião, não configura um facto susceptível de imputação ao promitente vendedor – de "imputação unilateral pela culpa[110]" –, a recusa do administrador da insolvência em executar o contrato.

Como refere Oliveira de Ascensão,[111] o direito de escolha do administrador de insolvência pela recusa em executar o contrato, exprime uma "reconfiguração da relação"[112] tendo em vista a especificidade do processo insolvencial, não sendo, por isso, aplicável, o conceito do art.º 442.º, n.º 2, do CC – "incumprimento imputável a uma das partes" – que pressupõe um juízo de censura em que se traduz o conceito de culpa.

O acto de recusa de cumprimento é um acto absolutamente lícito, praticado pelo administrador da insolvência no interesse da massa. O administrador da insolvência, ao recusar o cumprimento do contrato-promessa, exerce uma faculdade que lhe é atribuída *ex lege*, o que importa a extinção do contrato por inexecução.

Assim, existindo um direito potestativo de recusa de cumprimento, não existe um dever de cumprir. Não existindo um dever de cumprir, não há ilicitude e não há culpa e, consequentemente, falta um dos factos constitutivos do direito do promitente-adquirente.

Se é certo que os interesses dos promitentes-adquirentes, sobretudo dos promitentes-adquirentes de direitos reais sobre edifícios ou fracções autónomas, já construídas ou a construir, beneficiam de uma protecção especial na legislação portuguesa, por via, entre outras coisas, da concessão de um "generoso e problemático"[113] direito de retenção nas promessas que envolvam tradição do bem objecto do contrato prometido, não é menos certo, que a insolvência obriga à reponderação e, frequentemente, à modificação das soluções comuns, de forma a garantir que o sacrifício vem a ser efectivamente suportado por todos os credores, de acordo com o princípio *par conditio creditorum*.

Compete ao administrador da insolvência, no interesse dos credores da insolvência, decidir se é mais vantajoso o cumprimento ou incumprimento do negócio em curso, e logo aqui, se pode entrever a afloração de uma diferente filosofia em razão do fim primordial do regime da insolvência.

Enquanto no revogado CPEREF se visava a recuperação do falido, no CIRE, pese embora esse objectivo não ter sido desconsiderado, o interesse que emerge como principal é o da protecção dos credores afectados com a declaração da insolvência.

Face ao exposto *supra*, sendo o promitente-vendedor declarado insolvente, e recusado o cumprimento do contrato-promessa pelo administrador, entendemos que o promitente-adquirente é um mero credor comum, não

[109] PROENÇA, Brandão, "Para a necessidade de uma melhor tutela dos promitentes-adquirentes de bens imóveis (maxime) com fim habitacional", *in Cadernos de Direito Privado*, n.º 22, Braga, Abril/Junho 2008, p. 8.

[110] Cfr. nota anterior.

[111] ASCENSÃO, Oliveira, "Insolvência: Efeitos sobre os Negócio em Curso", *in Revista da Ordem dos Advogados*, ano 65, II, 2005, p. 281.

[112] ASCENSÃO, Oliveira, *ob. cit.*, p. 306.

[113] PROENÇA, Brandão, *ob. cit.*, p.7.

obstante a tradição da coisa objecto do contrato prometido[114].

V.

Direito de retenção e os embargos de terceiro

Outra questão que nos cumpre abordar, diz respeito à natureza real ou creditícia do direito de retenção e sua prevalência ou não sobre a penhora, através de embargos de terceiro.[115]

Tem sido unanimemente aceite, tanto pela doutrina como pela jurisprudência, que o promitente-comprador de uma promessa obrigacional não pode deduzir embargos à penhora.[116]

Como escreve Antunes Varela[117], "por detrás do direito de retenção (…) não há nenhum direito real de gozo que a penhora dos credores ofenda, mas um simples direito real de garantia (…) que a penhora pode e deve respeitar".

Estatui o art.º 351º, n.º 1, do CPC, que "se a penhora, ou qualquer acto judicialmente ordenado de apreensão ou entrega de bens, ofender a posse ou qualquer direito incompatível com a realização ou o âmbito da diligência, de que seja titular quem não é parte na causa, pode o lesado fazê-lo valer, deduzindo embargos de terceiro".

Antes de mais, parece-nos claro que o direito de retenção – qualquer que seja a posição que possamos assumir quanto à natureza da "detenção" do promitente-comprador beneficiário da *traditio*, durante a pendência do contrato-promessa (mera detenção ou posse precária ou verdadeira posse em nome próprio, titulada e causal - como direito real de garantia, que não de gozo, não é susceptível de posse.

Esta posição foi, desde logo, assumida no Ac. do TRL, de 23.10.1990[118], que decidiu negar o acesso do direito do titular do direito de retenção aos embargos de terceiro, por aquele direito não resultar ofendido com a penhora efectuada em execução instaurada contra o proprietário.

Essa posição veio posteriormente a ser confirmada em diversos acórdãos, entre os quais, destacamos o Ac. do TRL de 28.04.2005, onde é possível ler-se que, "o direito de retenção (…) não é um direito real de gozo, apenas atribui ao seu titular um direito real de garantia. (…) E sendo um direito real de garantia, o mesmo faz com que o credor possa recusar a entrega do imóvel até que seja satisfeito o seu crédito, mas tal não obsta a que se penhore o imóvel já que entre os direitos reais de garantia (…) não há incompatibilidade mas antes coexistência conforme os artigos referentes à graduação de créditos estabelecerem (…), pelo que não pode aquele beneficiar da tutela dos embargos de terceiro, invocando o disposto no artigo 351.º do Código de Processo Civil".[119]

Menezes Cordeiro, contrariamente à posição assumida nos referidos arestos, defende que o direito de retenção, legitimador do direito real de gozo que a tradição gerou para o promitente-comprador, e que por ser anterior à penhora, não deverá ser afectado pela venda executiva.[120]

---

[114] Cfr., no mesmo sentido, OLIVEIRA, Nuno; SERRA, Catarina, "Insolvência e Contrato de Promessa", *in Revista da Ordem dos Advogado*s, ano 70, I/IV, 2010, p. 395.

[115] SOTTOMAYOR, Maria Clara, *ob. cit.*, p. 495.

[116] Ver, por exemplo, o Ac. do STJ de 31.03.1993 (ROGER LOPES), *in CJ*, Ano I, Tomo II, 1993, p. 44; Ac. de 17.12.1994 (SOUSA INÊS), *in BMJ*, 441º, 1994, p. 267; Ac de 23.01.1996 (PAIS DE SOUSA), *in CJ do STJ*, Ano IV, Tomo I, 2003, p.70; Ac. do TRP de 27.02.2007 (HENRIQUE ARAÚJO), *in www.dgsi.pt*; Ac. do TRL de 13.12.2007 (SALAZAR CASANOVA), *in www.dgsi.pt*; e Ac. do STJ de 29.04.2008 (PAULO SÁ), *in www.dgsi.pt*;

[117] VARELA, Antunes, *Das obrigações em Geral,* Vol. I, *ob. cit.*, p. 364.

[118] Ac. do TRL de 23.10.1990 (SOUSA INÊS), *in BMJ*, 400º, 1990, p. 719.

[119] Ac. do TRL de 28.04.2005 (ILÍDIO SACARRÃO MARTINS), *in www.dgsi.pt*. Também, podem ver-se, entre outros, os Acórdãos do STJ, de 26.02.2004 (NEVES RIBEIRO), *in www.dgsi.pt*, Ac. do TRP de 26.01.2006 (SALEIRO DE ABREU), *in www.dgsi.pt*, Ac. do TRP de 28.03.2001 (GONÇALO SILVANO), *in www.dgsi.pt*.

[120] CORDEIRO, Menezes, "Da Retenção do Promitente na Venda Executiva", *in Revista da Ordem dos Advogados*, ano 57, II, 1997, p. 547.

Entende o autor, que "através da sua posse, o promitente adquirente desfruta do gozo da coisa; a posse é uma posição real não se esgotando, aqui, num mero direito pessoal de gozo, vista a causa por que opera."[121]

E continua, escrevendo, que "o direito do promitente adquirente onera fortemente a coisa. Sendo anterior à penhora, não parece razoável que a coisa possa ser vendida em hasta pública como se estivesse livre: seja como garantia dispensada de registo, seja como direito de gozo anterior e também dispensado de registo, o direito de retenção do promitente-adquirente sobrevive à venda executiva."

No mesmo sentido, o Conselheiro Oliveira Barros, no Ac. de 26.02.2004, considerou que "embora o direito de retenção não confere a posse legítima do bem ao respectivo titular, não podemos deixar de concluir que, tratando-se de uma situação possessoriamente tutelada, sempre o retentor pode recusar a entrega da coisa e impedir, através do recurso aos meios possessórios, que a sua detenção seja ofendida".

Acrescenta ainda, que traduzindo-se a penhora, " (…) numa diligência directamente ofensiva da posse do terceiro retentor ou, no mínimo, num acto judicial incompatível com o direito de retenção que assiste ao promitente-comprador beneficiário da *traditio*, terceiro no processo executivo (…)", o beneficiário da *traditio* em contrato-promessa, poderá opor-se à penhora através de embargos de terceiro.

Quanto a nós, na esteira daquilo que temos vindo a defender, não vemos qualquer incompatibilidade jurídica entre a penhora registada sobre a fracção prometida vender e o direito de retenção sobre ela incidente, afastando-se, também por esta via, a ideia de um direito dos promitentes compradores incompatível com a realização da penhora, a defender por embargos de terceiro.[122]

A questão essencial a resolver, na nossa opinião, está em saber se o direito real de garantia que a retenção traduz, confere ao retentor, correspondente direito real de posse, como está definido pelo art.º 1251º do CC.

Na realidade, não existe um entendimento unívoco sobre se o contrato-promessa de compra e venda, com a entrega da coisa prometida vender ao promitente-comprador, confere ou não a este verdadeira posse.

Ana Prata defende, que com a ressalva de que sempre será necessário interpretar a vontade das partes " (…) pode, no entanto, dizer-se que sendo o contrato prometido um contrato de alienação ou de oneração de um bem, isto é, um contrato com eficácia real, tal antecipada tradição investirá, em regra, o seu beneficiário na posse da coisa, posse que respeitará à propriedade ou direito real que, de acordo com o contrato promessa, há-de ser constituído sobre ela".[123]

Vaz Serra, em anotação ao Ac. do STJ de 29.01.1980, refere que" o contrato-promessa de compra e venda do prédio não é causal de transmissão de nenhum direito real a favor dos promitentes-compradores, não transmitindo, por isso, o *animus* do titular da propriedade, pelo que os promitentes-compradores são simples detentores ou possuidores precários (art.º 1253º do CC)".[124]

Ora, não há dúvida de que o direito de retenção é um direito real de garantia que visa assegurar ao credor um determinado crédito, seja ele pela realização de benfeitorias (art.º 754º do CC), seja ele pela falta de cumprimento de contrato promessa e em relação ao crédito aí resultante (art.º 755º, n.º 1, alínea f) do CC).

[121] CORDEIRO, Menezes, *ob. cit.*, p. 562.

[122] SILVA, Calvão da, *ob. cit.*, p. 161.

[123] PRATA, Ana, *ob. cit.*, p. 832.

[124] SERRA, Vaz, *in RLJ*, 114.º, p. 21.

Para Mota Pinto[125], o direito de retenção, para além de ser uma causa legítima de não cumprimento, atribui ao seu titular um direito real de garantia, ou seja, a possibilidade de o seu titular se pagar com preferência aos outros credores sobre o valor da coisa retida.

Assim, e porque o direito de retenção não subtrai o bem retido ao património do devedor, originando a sua impenhorabilidade, este direito pode ser reclamado na execução respectiva, gozando aí, na graduação, da prioridade tendencialmente absoluta que lhe confere o art.º 755º, n.º 1 alínea f) conjugado com o art.º 759º, n.º 2, ambos do CC.[126]

O que não pode, naturalmente, é o retentor embargar de terceiro (nem mesmo para se manter na posse da coisa até ao fim da acção executiva) porque lhe é facultado, pela lei, realizar o seu direito, na acção executiva por via do concurso de credores.[127]

CONCLUSÃO

Do que ficou exposto no presente trabalho, constata-se, desde logo, que o instituto do direito de retenção continua a ter um carácter controverso que, não obstante o seu actual enquadramento nas garantias especiais das obrigações, não parece de todo resolvido.

Se até há bem pouco tempo, a hipoteca era considerada a rainha das garantias especiais das obrigações, o seu reinado acabou por ser fortemente abalado, quando, em 1966, o legislador decidiu equiparar o titular do direito de retenção ao credor pignoratício ou hipotecário, consoante o objecto do direito seja uma coisa móvel ou imóvel.

Com a consagração da prevalência do direito de retenção sobre a hipoteca anteriormente registada, designadamente a partir da criação do novo direito de retenção a favor do beneficiário da promessa de constituição ou transmissão de um direito real que tenha obtido a tradição da coisa, tornou-se seguramente maior a incerteza do ressarcimento do crédito do credor hipotecário.

Da análise das mais diversas propostas da doutrina para atenuar os efeitos decorrentes da aplicação do n.º 2, do art.º 759.º do CC, consideramos que uma das melhores formas de o fazer, passa pela eliminação desse preceito legal.

Se é certo que tanto a hipoteca como o direito de retenção são direitos reais de garantia, o conflito entre ambos deve, salvo melhor opinião, ser regulado pelo princípio da prioridade temporal de constituição dos direitos reais, ao qual, como já referimos, o art.º 759.º, n.º 2 do CC constitui excepção.

A disposição do n.º 2 do art.º 759.º do CC, quanto a nós, contém, em si mesma, uma restrição do direito anterior, válido e eficaz, do credor hipotecário, ao mesmo tempo que privilegia o direito do retentor de forma demasiado ampla.

A jurisprudência tem sido unânime em reafirmar a prevalência preceituada no referido normativo, bem como a sua articulação com o disposto no art.º 755.º, n.º 1, alínea f) do CC, que consideram não estar afecta de inconstitucionalidade.

Contudo, não foram essas as conclusões a que chegamos.

Na medida em que as legítimas expectativas do credor hipotecário são defraudadas, sem que exista motivo bastante para a preferência absoluta do direito do retentor, propendemos para considerar

[125] *Vide*, MOREIRA, Álvaro; FRAGA, Carlos, *Direitos Reais*, reimpressão, Coimbra, 2010, p. 166.

[126] Ver, ainda, a este respeito COSTA, Salvador, *Os Incidentes da Instância*, 5.ª ed., Coimbra, 2008, p. 185-186, manifestando-se desfavoravelmente em relação à doutrina e jurisprudência, que cita, e que entende que o promitente-comprador com direito à execução específica pode deduzir embargos de terceiro contra o acto de penhora da coisa prometida, em execução instaurada por quem não disponha de garantia real.

[127] Ac. do STJ de 18.11.82 (LIMA CLUNY), *in BMJ*, 321º, 1982, p. 387.

que o art.º 759.º, n.º 2, do CC, é materialmente inconstitucional, desde logo, por violação dos princípios da proporcionalidade e da confiança.

Efectivamente, do regime jurídico estabelecido no disposto do n.º 2 do art.º 759.º do CC, resulta a atribuição de um verdadeiro privilégio legal ao titular do direito de retenção.

Com esta preferência, o credor com direito de retenção acaba por estar mais protegido do que o adquirente de um direito real por força do contrato, que não registou a sua aquisição e que também pode ter a posse do imóvel.

Daí que se conclua, que a solução estatuída provoca uma grande incerteza para o credor hipotecário, que possui uma legítima expectativa no ressarcimento do seu crédito com preferência em relação aos demais credores.

Este carácter particularmente privilegiado do direito de retenção, limita a própria autonomia contratual, na medida em que, a não previsão do registo acaba pois por tornar a existência do direito de retenção particularmente insidiosa à circulação dos bens, sabendo que a lei sempre compõe o conflito de interesses a favor do direito de retenção.

O facto do direito de retenção não estar sujeito a registo, acaba por gerar uma subversão do sistema, na medida em que, quem acaba por ficar desprotegido é o próprio credor hipotecário. Este acaba por ficar mais facilmente sujeito às condições impostas pelo dador da hipoteca, que acaba por utilizar os seus promitentes-compradores enquanto meios de pressão do banco credor.

Impõe-se, assim, que o legislador proceda a uma alteração legislativa ao CC, eliminando-se a solução consagrada no n.º 2 do art.º 759.º do CC.

A Autora

Maria Conceição da Rocha Coelho, nasceu em Paços de Brandão, concelho de Santa Maria da Feira, a 9 de Novembro de 1985.

I. Formação Académica

– Mestre em Direito Privado pela Universidade Católica Portuguesa, sob a orientação do Prof. Doutor Brandão Proença, com a apresentação de uma dissertação intitulada "O Crédito Hipotecário face ao Direito de Retenção".

– Licenciada em Direito – vertente jurídico forense – pela Escola de Direito da Universidade do Minho.

II. Habilitações Profissionais

– Advogada inscrita no Conselho Distrital do Porto desde 2008.

– Jurista na Câmara Municipal de Santa Maria da Feira.

A Lista Pública de Execuções

Armando Branco
Solicitador e Agente de Execução
Mestrando em Solicitadoria

Resumo:

O presente trabalho versa sobre a Lista Pública de Execuções instituída no nosso ordenamento jurídico pelo Decreto-Lei n.º 226/2008 de 20 de Novembro e pretende ser um simples instrumento de auxílio à percepção da importância que a mesma representa para a economia e para o sistema judicial.

Esta lista começa finalmente a cumprir as funções para as quais foi criada, pois, já constam dela mais de 28.600 devedores.

Sumariamente e de forma simples é a lista online de acesso público, onde constam os devedores que não têm património capaz de solver as suas dívidas e a execução foi declarada extinta por inexistência ou insuficiência de bens.

A LPE, será um forte elemento dissuasor do incumprimento de obrigações apostado na recuperação dos índices de confiança e desempenho da nossa economia.

A informação constante da LPE será uma preciosa ferramenta de detecção de devedores relapsos.

A LISTA PÚBLICA DE EXECUÇÕES

ARMANDO BRANCO
Solicitador e Agente de Execução
Mestrando em Solicitadoria

PRINCIPAIS ABREVIATURAS:

LPE – Lista Pública de Execuções.

RIE – Registo Informático de Execuções.

CPC – Código de Processo Civil.

GRAL – Gabinete para a Resolução Alternativa de Litigios.

CIVA – Código do Imposto sobre o Valor Acrescentado.

Definição:

A Lista Pública de Execuções (LPE) germina no art.8.º do Decrto-Lei n.º 226/2008 de 20 de Novembro que adita os artigos 16.º-A, 16.º-B e 16.º-C ao Decreto-Lei n.º 201/2003 de 10 de Setembro e encontra-se regulamentada pela Portaria n.º 313/2009 de 30 de Março.

Esta lista de acesso público insere-se no diploma[1] que regula o Registo Informático de Execuções e com este harmonizado.

A LPE é a uma lista online de acesso público, onde constam os devedores que não têm património capaz de solver as suas dividas e a execução foi declarada extinta por inexistência ou insuficiência de bens.

De acordo com o n.º1 do art.º 5.º da Portaria n.º313/2009 de 30 de Novembro "*A lista pública de execuções é uma lista electrónica de dados, disponível na Internet através do endereço electrónico de acesso público http://www.tribunaisnet.mj.pt.*"

De referir que, o portal tribunaisnet deu lugar ao Citius, pelo que ao aceder àquele endereço electrónico será redireccionado para http://www.citius.mj.pt, podendo, aceder à LPE a partir deste novo endereço electrónico ou ainda, se pretender um acesso directo, poderá fazê-lo através do link:

http://www.citius.mj.pt/Portal/execucoes/ListaPublicaExecucoes.aspx.

Da LPE constam obrigatóriamente os seguintes dados:

1. O nome do executado;
2. O número de identificação fiscal do executado ou, apenas nos casos em que não exista ou não seja conhecido o número de identificação fiscal do executado, o seu número de identificação

[1] Decreto-Lei n.º 201/2003 de 10 de Setembro com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º226/2008 de 20 de Novembro.

civil, de passaporte ou de licença de condução;

3. O valor em dívida no momento da extinção da execução;
4. O número de processo executivo que esteve na origem da execução frustrada e o tribunal onde correu a execução;
5. A indicação de que o processo executivo se extinguiu com pagamento parcial ou por não terem sido encontrados bens penhoráveis;
6. Data da extinção do processo executivo;
7. Data da inclusão na lista.

A LPE está organizada de forma a permitir a realização de pesquisas pelo nome do executado, pelo número de identificação fiscal, pelo Bilhete de Identidade, pelo Passaporte, pela Carta de Condução ou pelo número do processo.

RAZÕES

– Evitar acções judiciais desnecessárias;

– Apoiar o cidadão e as empresas na formação de uma ponderada e responsável decisão de contratar;

– Recuperação indices de confiança da economia;

– Recuperar créditos que de outra forma não seria possível;

– Detectar situações de sobreendividamento e encaminhá-las para um tratamento especializado.

OBJECTIVOS

A Lista Pública de Execuções pretende ser um forte elemento dissuasor do incumprimento de obrigações apostado na recuperação dos índices de confiança e desempenho da nossa economia

A LPE pretende também ser uma preciosa ferramenta de detecção de devedores relapsos.

Serve também para identificar os devedores sem capacidade económica e financeira para honrar as suas obrigações, conferindo-lhes a possibilidade de aderirem a um plano de pagamento elaborado com o auxílio de entidades de apoio ao sobreendividamento reconhecida pelo Ministério da Justiça.

Com efeito, a informação constante desta lista pode ser um precioso auxiliar na detecção de situações de incobrabilidade de dívidas e na prevenção de acções judiciais inúteis, nomeadamente através do fornecimento público de elementos sobre as partes contratantes, o que pode contribuir para uma formação mais responsável da decisão de contratar

Se por um lado o processo executivo é um factor essencial para o bom funcionamento da economia, por outro, a economia necessita de assegurar de uma forma célere e eficaz a cobrança de dívidas, quando seja necessário fazê-lo pela via judicial e a inovadora LPE introduzida no nosso ordenamento juridico visa a redução dos prazos de cobrança e consequente melhoria do sistema judicial.

Paralelamente são introduzidos mecanismos de apoio aos executados sobreendividados, nomeadamente, a criação de sistemas de apoio ao sobreendividamento.

Isto é, durante a acção executiva passa a ser possível detectar as situações de sobreendividamento e encaminhá-las para um tratamento especializado, permitindo aos executados a possibilidade de procederem ao pagamento das suas dívidas em prestações com a

adesão a um plano de pagamentos em prestações que na sua vigência suspende a inclusão na LPE.

PROCESSAMENTO

Como já referido, a lista pública de execuções visa a disponibilização através da internet do rol das execuções extintas por inexistência ou insuficiência de bens e dos executados sem património suficiente para solver as suas obrigações pecuniárias.

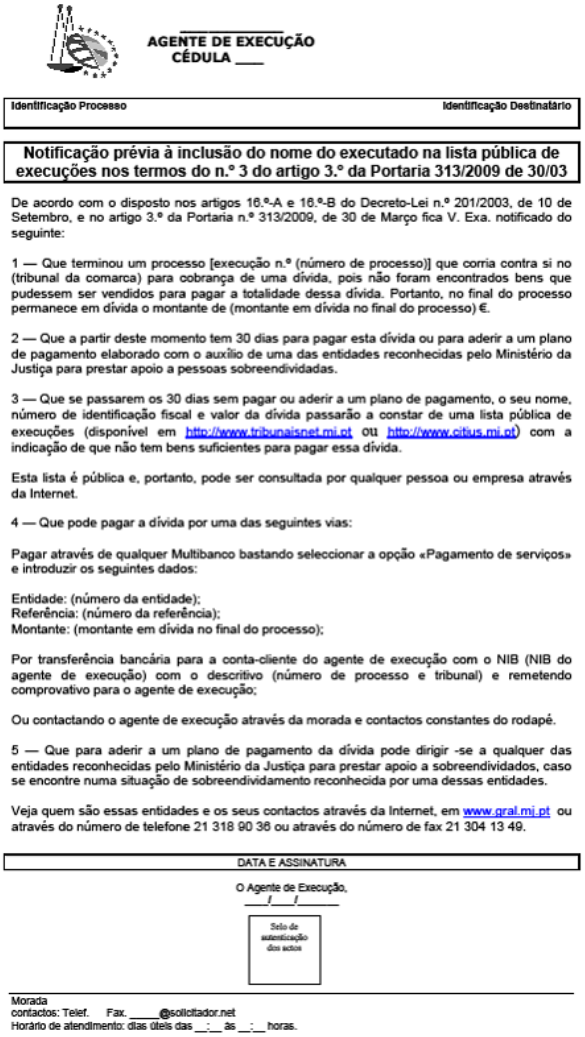
Extinta a instância executiva, facto que ocorre após o decurso do prazo de 10 dias para reclamação da decisão do agente de execução, sem que tenha sido recuperada a totalidade da quantia peticionada e acrescido, isto é, por inexistência de bens ou pagamento parcial, inicia-se o procedimento de inclusão na lista pública de execuções.

O executado é notificado[2] pelo agente de execução para no prazo de 30 dias pagar a quantia em dívida ou para aderir a um plano de pagamento do montante em dívida elaborado com o auxílio de uma entidade de apoio ao sobreendividamento reconhecida pelo Ministério da Justiça[3].

Quando a extinção ocorra após[4] o executado ter sido regularmente citado para a execução, a referida notificação (notificação prévia à inclusão na LPE) faz-se por via postal registada, presumindo-se feita no terceiro dia posterior ao do registo, ou no primeiro dia útil seguinte a esse, quando o não seja, conforme estatui o n.º.3 do art.º 254.º do CPC, ainda que a carta, enviada para o domicílio correcto, venha devolvida como resulta do n.º 4 do art.254.º do CPC[5].

Após a efectiva notificação do executado, decorrerá o prazo de 30 dias previsto no n.º 1 do art.º 3.º da Portaria n.º 313/2009 de 30 de Março.

A seguir um exemplo de notificação prévia à LPE.



AGENTE DE EXECUÇÃO
CÉDULA ___

Identificação Processo	Identificação Destinatário

Notificação prévia à inclusão do nome do executado na lista pública de execuções nos termos do n.º 3 do artigo 3.º da Portaria 313/2009 de 30/03

De acordo com o disposto nos artigos 16.º-A e 16.º-B do Decreto-Lei n.º 201/2003, de 10 de Setembro, e no artigo 3.º da Portaria n.º 313/2009, de 30 de Março fica V. Exa. notificado do seguinte:

1 — Que terminou um processo [execução n.º (número de processo)] que corria contra si no (tribunal da comarca) para cobrança de uma dívida, pois não foram encontrados bens que pudessem ser vendidos para pagar a totalidade dessa dívida. Portanto, no final do processo permanece em dívida o montante de (montante em dívida no final do processo) €.

2 — Que a partir deste momento tem 30 dias para pagar esta dívida ou para aderir a um plano de pagamento elaborado com o auxílio de uma das entidades reconhecidas pelo Ministério da Justiça para prestar apoio a pessoas sobreendividadas.

3 — Que se passarem os 30 dias sem pagar ou aderir a um plano de pagamento, o seu nome, número de identificação fiscal e valor da dívida passarão a constar de uma lista pública de execuções (disponível em http://www.tribunaisnet.mj.pt ou http://www.citius.mj.pt) com a indicação de que não tem bens suficientes para pagar essa dívida.

Esta lista é pública e, portanto, pode ser consultada por qualquer pessoa ou empresa através da Internet.

4 — Que pode pagar a dívida por uma das seguintes vias:

Pagar através de qualquer Multibanco bastando seleccionar a opção «Pagamento de serviços» e introduzir os seguintes dados:

Entidade: (número da entidade);
Referência: (número da referência);
Montante: (montante em dívida no final do processo);

Por transferência bancária para a conta-cliente do agente de execução com o NIB (NIB do agente de execução) com o descritivo (número de processo e tribunal) e remetendo comprovativo para o agente de execução;

Ou contactando o agente de execução através da morada e contactos constantes do rodapé.

5 — Que para aderir a um plano de pagamento da dívida pode dirigir -se a qualquer das entidades reconhecidas pelo Ministério da Justiça para prestar apoio a sobreendividados, caso se encontre numa situação de sobreendividamento reconhecida por uma dessas entidades.

Veja quem são essas entidades e os seus contactos através da Internet, em www.gral.mj.pt ou através do número de telefone 21 318 90 36 ou através do número de fax 21 304 13 49.

DATA E ASSINATURA

O Agente de Execução,
___/___/_____

Selo de autenticação dos actos

Morada
contactos: Telef. Fax. _____@solicitador.net
Horário de atendimento: dias úteis das __:__ às __:__ horas.

[2] Notificação a que se refere o art.3.º da Portaria n.º 313/2009 de 30 de Março.

[3] Conforme artigos 16.º-A e 16.º-B do Decreto-Lei n.º 201/2003, de 10 de Setembro, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 226/2008, de 20 de Novembro e Portaria n.º 312/2009, de Março.

[4] Ver titulo **de iure constituendo** deste trabalho.

[5] Lebre de Freitas, Código de Processo Civil Anotado, 1.º volume, págs. 446/448.

Acórdão do Tribunal da Relação Porto n.º JTRP00042250, de 17/02/2009.

Sobre a constitucionalidade da presunção da notificação cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional de 06/12/95, publicado no DR, II Série, n.º 70, de 22/03/96.

Realizada a referida notificação e decorrido o prazo[6] nela constante sem que o executado tenha pago a quantia em divida ou aderido a um plano de pagamentos, o agente de execução procede imediatamente à inclusão na lista pública de execuções por meios electrónicos (se oficial de justiça via habilus/citius se agente de execução via gpese/sisaae).

Tendo o executado aderido a plano de pagamentos elaborados pelas entidades de apoio ao sobreendividamento credenciadas[7] pelo Ministério da Justiça, é suspenso da LPE, mediante comunicação electrónica ao agente de execução e ao Gabinete para a Resolução Alternativa de Litígios (GRAL).

Esta circunstância implica a retirada da lista pública através de um procedimento idêntico ao da inserção.

Caso o devedor deixe de cumprir o plano de pagamentos estabelecido, o executado voltará a ser incluído na LPE, após recepção da comunicação electrónica do exequente ou da entidade credenciada, comunicação que será igualmente enviada ao GRAL – Gabinete para a Resolução Alternativa de Litígios.

O cumprimento da obrigação pelo devedor implica a exclusão da lista pública de execuções, assim que ao agente de execução tal facto for comunicado pelo exequente ou pelo próprio executado (neste caso, depois da confirmação do exequente), ou ainda pela entidade credenciada, que comunicará igualmente ao GRAL.

Todos os registos constantes da lista pública de execuções referentes a acções executivas extintas há mais de cinco anos são oficiosa e automaticamente retirados da LPE e destruídos, conforme estabelece o n.º4 do art.º 6.º da Portaria n.º 313/2009 de 30 de Março.

A alteração ou a rectificação dos dados inscritos na lista pública de execuções pode ser requerida pelo titular dos dados, ou seja, pelo executado, através de formulário electrónico para o efeito disponibilizado no site da Internet *www.citius.mj.pt* ou de requerimento em suporte de papel entregue directamente na secretaria do tribunal da execução, ou para ele enviado por telecópia ou por correio registado. O pedido pode ser igualmente formulado pelo mandatário do executado através do CITIUS como resulta do art.º 8.º da Portaria 313/2009 de 30 de Março.

O requerimento tem carácter urgente, devendo a secretaria apreciá-lo no prazo máximo de dois dias úteis a contar da entrega na secretaria, em suporte informático ou em suporte de papel e notificar o resultado ao requerente, efectuando as necessárias alterações e rectificações, como se obtém do art.º 16.º-B do Decreto-Lei n.º 201/2003 de 10 de Setembro e do art.º 8.º da Portaria n.º 313/2009 de 30 de Março.

A notificação atrás referida será enviada para o endereço de correio electrónico indicado pelo interessado no formulário electrónico ou por carta registada para o respectivo domicílio, no caso de o requerimento ter sido apresentado em suporte de papel.

As notificações ao mandatário do exequente são efectuadas preferencialmente por meios electrónicos através do sistema citius (art.º 9.º da Portaria 313/2009 de 30 de Março).

[6] 30 dias - n.º 1 do art.º 3.º da Portaria n.º 313/2009 de 30 de Março.

[7] Portaria n.º312/2009 de 30 de Março. Actualmente encontra-se credenciada a DECO – cfr. Noticia de 09.04.2009 do GRAL publicada em http://www.gral.mj.pt/home/noticia/id/48

Caso o mandatário tenha apresentado qualquer peça processual ou documento através do citius ou se tiver declarado, no sistema, intenção de receber notificações por via electrónica, ser-lhe-ão as mesmas assim efectuadas (art.º 21.º-A da Portaria n.º 114/2008, de 6 de Fevereiro, aditado pela Portaria n.º 1538/2008, de 30 de Dezembro).

Se a secretaria não apreciar o requerimento nos dias úteis, os dados do requerente, identificados na lista, serão automática e electronicamente retirados da LPE até que a secretaria se pronuncie, incluindo-se o processo na comunicação de atrasos a efectuar semanalmente ao Conselho Superior da Magistratura e ao Conselho dos Oficiais de Justiça, tudo como melhor se alcança dos art.º 16.º-B do Decreto-Lei n.º 201/2003 de 10 de Setembro e artigos 9.º e 10.º da Portaria n.º 313/2009 de 30 de Março.

REFLEXÃO

A lista pública de execuções conceptualmente bem conseguida, vai certamente, ser o despiste dos devedores relapsos e será um importante meio dissuasor do incumprimento de obrigações apostado na recuperação dos índices de confiança e desempenho da nossa economia.

A actividade empresarial e comercial do País está hoje assente num conjunto rigoroso de direitos e deveres em especial no que a obrigações fiscais e declarativas diz respeito.

De entre aquelas e no que concerne à recuperação do imposto sobre o valor acrescentado (IVA) decorrente do crédito incobrável é necessário não esquecer o estatuído no art.78.º do CIVA, normativo que regulamenta a regularização do imposto.

E,

Dispõe o n.º 7 do art.º 78.º do CIVA que os sujeitos passivos de imposto podem deduzir o imposto respeitante a créditos incobráveis nos processos de execução após o registo da suspensão da instância, a que se refere a alínea c) do n.º 2 do artigo 806.º do CPC, ou seja, quando a instância suspendia nos por não se terem encontrado bens penhoráveis, nos termos do disposto no n.º 3 do art.º 832.º e n.º 6 do art.º 833.º, ambos do CPC, aplicável aos processos entrados em juízo no âmbito do Decreto-Lei n.º 38/2003 de 08 de Março.

Esta disposição deverá, em meu entender, ser alterada, harmonizando-se com a redacção introduzida pelo Decreto-Lei n.º 226/2008 de 20 de Novembro, dado que, os processos suspensos à luz do Decreto-Lei n.º 38/2003 de 08 de Março, volvidos trinta dias da entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 226/2008 de 20 de Novembro sem que o exequente tenha declarado que deseja manter a suspensão da instância executiva, extinguem-se *ex vi* n.º 5 do art.º 20.º do Decreto-Lei n.º 226/2008 de 20 de Novembro.

Ora, de acordo com o disposto no n.º 8 do art.78.º do CIVA, poderá ser deduzido o imposto respeitante a outros créditos desde que se verifique qualquer das seguintes condições:

- O valor do crédito não seja superior a 750€, IVA incluído, a mora do pagamento se prolongue para além de seis meses e o devedor seja particular ou sujeito passivo que realize exclusivamente operações isentas que não confiram direito a dedução;
- Os créditos sejam superiores a 750 € e inferiores a 8000 €, IVA incluído, quando

o devedor, sendo um particular ou um sujeito passivo que realize exclusivamente operações isentas que não conferem o direito à dedução, conste no registo informático de execuções como executado contra quem foi movido processo de execução anterior entretanto suspenso ou extinto por não terem sido encontrados bens penhoráveis;

- Os créditos sejam inferiores a 6000€, IVA incluído, deles sendo devedor sujeito passivo com direito à dedução e tenham sido reconhecidos em acção de condenação ou reclamados em processo de execução e o devedor tenha sido citado editalmente;
- Os créditos sejam superiores a 750€ e inferiores a 8000 €, IVA incluído, quando o devedor, sendo um particular ou um sujeito passivo que realize exclusivamente operações isentas que não conferem direito a dedução, conste da lista de acesso público de execuções extintas com pagamento parcial ou por não terem sido encontrados bens penhoráveis no momento da dedução.

Contudo, estas permissões e virtudes da recuperação do imposto sobre o valor acrescentado (IVA) não são admissíveis quando estejam em causa transmissões de bens ou prestações de serviços cujo adquirente ou destinatário constasse, no momento da realização da operação, da lista de acesso público de execuções extintas com pagamento parcial ou por não terem sido encontrados bens penhoráveis, conforme determina o n.º 17 do artigo 78.º aditado pelo artigo 75.º da Lei n.º 64-A/2008, de 31 de Dezembro, Orçamento do Estado para 2009.

Donde, não obstante, a positiva aposta na LPE, merece, volvido um ano da sua vigência, afinações e simultaneamente um alargamento de horizontes, dos quais saliento:

a) Abertura a todo o tipo de execuções, pois, está hoje, restrita às execuções cíveis (em especial às execuções fiscais).

b) Incluir os insolventes, porquanto, estes também não têm bens suficientes para solver as suas obrigações e constam do RIE. E esta é uma das formas de consolidar e harmonizar a LPE com o RIE.

c) O Estado deve, em meu entender e no cumprimento do dever de informação a que está adstrito, divulgar a sua existência e importância junto dos cidadãos e empresas, na medida em que, o seu conhecimento importa uma melhor actuação preventiva do tecido empresarial e do cidadão, sendo que, hoje é quase de conhecimento exclusivo dos operadores judiciários.

d) Desde logo, anexando menção expressa de que o sujeito encontra-se na LPE junto da consulta do NIF no site das declarações electrónicas, permitindo assim que, facilmente o cidadão e as empresas tenham alertas quando realizam as verificações fiscais obrigatórias.

e) Salientar a importância da LPE para os termos e efeitos do disposto no n.º17 do art.º 78.º do CIVA[8].

[8] **N.º17º do art.º 78.º do CIVA -** no que à dedução do IVA respeitante a créditos considerados incobráveis - não é aplicável quando estejam em causa transmissões de bens ou prestações de serviços cujo adquirente ou destinatário constasse, no momento da realização da operação, da lista de acesso público de execuções extintas com pagamento parcial ou por não terem sido encontrados bens penhoráveis.

f) Alargar a disposição constante da alínea d) do n.º 2 do art.º 812.º-F do CPC[9], porquanto, esta cinge-se literalmente ao registo informático de execuções.

g) Permitir a recuperação do IVA com simples print da LPE e simultaneamente a abolição dos limites previstos no art.78.º do CIVA.

Estou certo que, com estas alterações, o cidadão, as empresas, a economia e o sistema judicial, beneficiarão significativamente.

DE IURE CONSTITUENDO

Com as alterações à acção executiva promovidas pelo Decreto-Lei n.º 226/2008 de 20 de Novembro poderá a execução extinguir-se sem que o executado tenha conhecimento da acção, *inter alia*[10], quando ocorre a desistência do exequente aquando da notificação do fim da fase 1 do processo.

Ou seja, de acordo com o disposto no artigo 833.º-B do CPC o exequente, após as consultas efectuadas nos termos do artigo 833.º-A do CPC, é notificado do resultado da consulta ao registo informático de execuções e dos bens penhoráveis identificados ou do facto de não terem sido identificados quaisquer bens penhoráveis.

Em face desta notificação poderá o exequente desistir da execução – cfr. alínea b) do n.º 2 do art.º 833.º-B do CPC.

O que a acontecer, o executado não terá, judicialmente, conhecimento da existência da acção executiva que contra ele correu.

E será que o executado não estará interessado em pagar? Desconhecendo a acção ou não sendo coagido a fazê-lo, muito dificilmente o fará.

Ora, sou da opinião que, não sendo localizados bens susceptíveis de penhora e o exequente desista da instância (não do pedido), deverá o executado ser inserido na LPE, devendo ser notificado para os termos e efeitos no art.º 3.º da Portaria n.º 313/2009 de Março, notificação que seguirá as regras da citação.

Donde, defendo que,

Quando a execução se extinguir sem que o executado tenha sido citado, o que acontece em algumas situações, mormente, nas execuções em que a citação prévia não tenha lugar, a notificação a que se refere o art.3.º da Portaria n.º 313/2009 de 30 de Março deverá ser efectuada de acordo com as regras da citação, visto que, em tais circunstâncias, será por via da notificação que o executado tomará conhecimento da pendência da acção (cfr. n.º1 do art.º 228.º do CPC)

Após a efectiva notificação do executado, decorrerá o prazo de 30 dias previsto no n.º 1 do art.º 3.º da Portaria n.º 313/2009 de 30 de Março e a este prazo acresce a dilação prevista no artigo 252.º-A do CPC.

Pelo que e para o efeito, será de todo conveniente, proceder-se à alteração da Portaria n.º 313/2009 de 30 de Março, no sentido de tornar perceptível e exequível o ora referido, em prol da economia nacional e melhoria do sistema judicial.

[9] **Alínea d) do n.º2 do art.812.º-F do CPC** - Quando, no registo informático de execuções, conste a menção da frustração, total ou parcial, de anterior acção executiva movida contra o executado.

[10] Entre outras coisas.

CONCLUSÃO:

A inovadora Lista Pública de Execuções introduzida no nosso ordenamento juridico visa a redução dos prazos de cobrança e consequente melhoria do sistema judicial.

Esta lista faz-me recuar no tempo e lembrar o impacto que a lista de "negra" dos cheques teve na sociedade.

A LPE "parece" a repristinação daquela lista de utilizadores de risco mas, com enfoque exclusivo na inexistência ou insuficiência de bens.

No entanto trata-se de uma lista de matriz moderna, adequada às novas tecnologias, de acesso livre e público perfeitamente inserida na nova era da informação.

Esta lista começa finalmente a cumprir as funções para as quais foi criada, pois, já constam dela mais de 28.600 devedores.

Sumariamente e de forma simples é a lista online de acesso público, onde constam os devedores que não têm património capaz de solver as suas dívidas e a execução foi declarada extinta por inexistência ou insuficiência de bens.

A LPE, será um forte elemento dissuasor do incumprimento de obrigações apostado na recuperação dos índices de confiança e desempenho da nossa economia.

A informação constante da LPE será uma preciosa ferramenta de detecção de devedores relapsos.

Por sua vez, os mecanismos introduzidos de detecção de situações de sobreendividamento, permitirão ao devedor, um tratamento especializado, conferindo-lhe a possibilidade de pagamento em prestações com a adesão a um plano de pagamentos e consequente recuperação do equilibrio económico e financeiro capaz de refazer a sua vida socio-económica.

Se por um lado o processo executivo é um factor essencial para o bom funcionamento da economia, por outro, a economia necessita de assegurar de uma forma célere e eficaz a cobrança de dívidas, quando seja necessário fazê-lo pela via judicial.

BIBLIOGRAFIA:

Dada a ausência de artigos, doutrina e jurisprudência sobre a matéria, serviram de base à elaboração do presente trabalho os diplomas legais:

Decreto-Lei n.º 226/2008 de 20 de Novembro.

Portaria n.º 312/2009 de 30 de Março.

Portaria n.º 313/2009 de 30 de Março.

Portaria n.º 114/2008, de 6 de Fevereiro actualizada pela Portaria n.º 1538/2008, de 30 de Dezembro.

Parecer n.º 21/2009 de 30 de Março da Comissão Nacional de Protecção de Dados

www.gral.mj.pt

www.citius.mj.pt

FREITAS, José Lebre de, Código de Processo Civil Anotado.

O AUTOR

Armando Branco é Solicitador e Agente de Execução.

I. HABILITAÇÕES ACADÉMICAS:

– Mestrando em Solicitadoria na vertente da Agência de Execução;

– Pós graduação em Agência de Execução;

– Licenciatura em Solicitadoria.

II. ACTIVIDADE PROFISSIONAL:

– Solicitador;

– Agente de Execução;

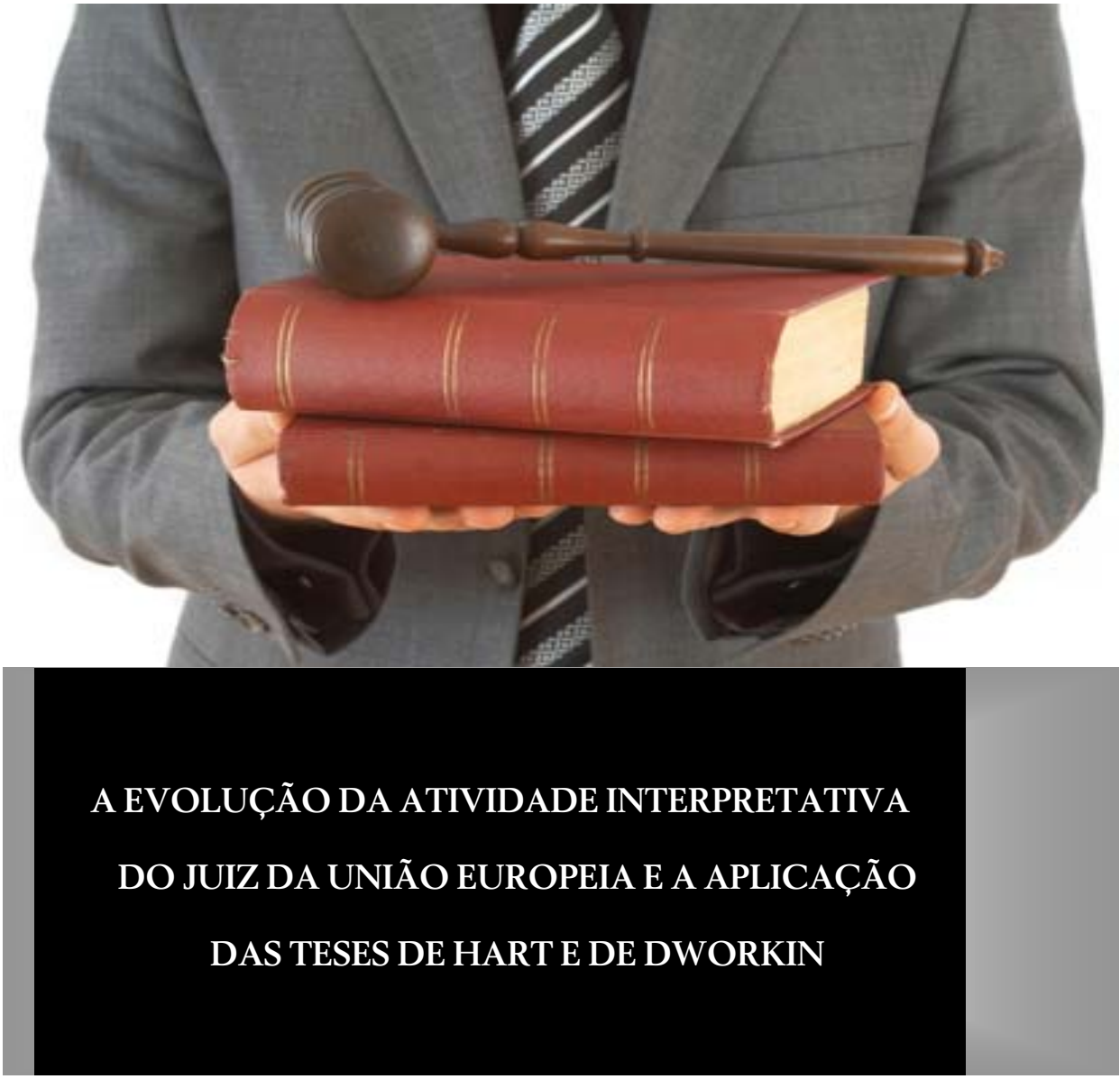
– Técnico Oficial de Contas;

– Formador nos Estágios de Agentes de Execução.

II. ACTIVIDADE INSTITUCIONAL:

– Presidente do Colégio de Especialidade dos Agentes de Execução no triénio 2008-2010;

– Presidente da Delegação do Circulo Judicial de Santa Maria da Feira da Câmara dos Solicitadores no triénio 2005-2007.



A EVOLUÇÃO DA ATIVIDADE INTERPRETATIVA DO JUIZ DA UNIÃO EUROPEIA E A APLICAÇÃO DAS TESES DE HART E DE DWORKIN

JOÃO CHUMBINHO
Juiz de Paz e Coordenador do Julgado de Paz de Lisboa
Doutorando em Direito

RESUMO:

O presente texto finalizado em Setembro de 2010 retrata uma viagem pela evolução do exercício da função jurisdicional do juiz da União Europeia com o enfoque nas metodologias utilizadas e nas teorias filosóficas de Hart e Dworkin, tentando responder à questão de saber se os métodos aplicados são ou não determinantes no direito a aplicar, na resolução dos problemas das pessoas e na evolução de uma determinada ordem jurídica.

A EVOLUÇÃO DA ATIVIDADE INTERPRETATIVA DO JUIZ DA UNIÃO EUROPEIA E A APLICAÇÃO DAS TESES DE HART E DE DWORKIN

JOÃO CHUMBINHO
Juiz de Paz
Doutorando em Direito

SUMÁRIO:
Introdução 1. O Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) no contexto da evolução do Projecto Europeu. 1.1. Os primórdios do Tribunal de Justiça. 1.2. O Tribunal de Justiça e a orgânica da União Europeia 1.3. O Tribunal de Justiça da União como sistema de Tribunais Especializados. 1.4. Os Tribunais nacionais como Tribunais comuns do Direito da União. 2. Os Poderes do Tribunal de Justiça na Interpretação e na Aplicação do Direito da União. 2.1. O conceito de Interpretação. 2.2. Os métodos de interpretação no TJUE. 2.3. O conceito de norma. 2.3.1. As espécies de normas 2.3.2. As regras jurídicas. 2.3.3. Os princípios jurídicos. 2.4. O Tribunal de Justiça e a criação de normas 2.4.1. As competências do Tribunal de Justiça nos Tratados Fundadores. 2.4.2. A Competência por atribuição. 2.4.3. A criação de princípios. 2.5. Os princípios e o desenvolvimento da União. 2.6. O Tratado de Lisboa e os Poderes do Tribunal de Justiça. 3. Algumas considerações sobre o Direito Jurisprudencial da União e a Metodologia Jurídica. Conclusões.

PRINCIPAIS ABREVIATURAS:

C.E.D.H.- Convenção Europeia dos Direitos do Homem

CRP – Constituição da República Portuguesa

DR – Diário da República

JOCE – Jornal Oficial das Comunidades Europeias

LTC – Lei do Tribunal Constitucional

TC - Tribunal Constitucional

TCE – Tratado da Comunidade Europeia

TCF – Tribunal Constitucional Federal

TJ – Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias

TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia

TPI – Tribunal Penal Internacional

TUE – Tratado da União Europeia

EU – União Europeia

Introdução:

A União Europeia é hoje composta por 27 Estados-membros e é considerada uma União de Direito, um ordenamento jurídico autónomo, dispondo de regras e princípios próprios. A União tem órgãos próprios, nomeadamente um sistema de justiça especializado denominado de Tribunal de Justiça da União Europeia que engloba vários tribunais.

Este estudo tem como objecto a actividade deste Tribunal e o modo criativo como tem interpretado e aplicado o Direito da União tentando responder à questão de saber que quadro jurídico motivou que este Tribunal esteja a ser considerado um motor do desenvolvimento da União Europeia e um dos órgãos que mais tem

contribuído para a integração política e para um processo que pode chegar a uma realidade próxima dos Estados Unidos da Europa.

Num primeiro momento, procederei ao enquadramento do Tribunal de Justiça da União Europeia no quadro da União, focando os seus primórdios, a sua posição e a sua função no quadro institucional bem como a sua qualidade de Tribunal especializado da União Europeia.

Num segundo momento, adoptarei um conceito de interpretação e identificação dos métodos interpretativos praticados pelo Tribunal de Justiça, aflorando o conceito de norma e suas espécies – regras e princípios. Além disso, será abordada a actividade do Tribunal na criação de normas, concretamente na criação de princípios, mencionando-os e salientando a sua importância no desenvolvimento do processo de integração Europeia e no Direito da União, não deixando de focar as principais mudanças introduzidas pelo Tratado de Lisboa nessa criativa actividade.

Num terceiro momento vou enquadrar a actividade do Tribunal de Justiça da União naquilo que parece ser uma tendência metodológica actual, que se traduz no recurso a métodos indutivos.

Por fim, apresentarei algumas conclusões, algumas das quais, em face da amplitude deste estudo, mais não são do que propostas para investigações futuras.

1. O Tribunal de Justiça da União Europeia no contexto da Evolução no Projecto Europeu

Primeiramente vamos proceder a uma análise da evolução do Tribunal de Justiça da União Europeia, numa perspetiva orgânica, aflorando a qualidade de tribunais especializados da União Europeia em contraposição com os tribunais nacionais como Tribunais comuns do Direito da União Europeia.

1.1. Os primórdios do Tribunal de Justiça

A Convenção "relativa a certas instituições comuns às três Comunidades" que se realizou em 25 de Março de 1957 e que tinha por objectivo diminuir a duplicação de órgãos com as mesmas funções, levou à criação do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, sediado no Luxemburgo. No período anterior à Convenção existiam dois Tribunais, um criado pela Comunidade Europeia do Carvão e do Aço, e outro criado no âmbito dos dois Tratados de Roma. Decorria daquela Convenção que era criado um único Tribunal, que substituiu e absorveu o Tribunal criado no âmbito da CECA[1]. Surge assim o Tribunal de Justiça.

Desde sempre o Tribunal de Justiça foi entendido como verdadeiro Tribunal com as garantias e os princípios que permitem qualificar um Tribunal enquanto tal, com jurisdição própria e competência exclusiva, funcionando como Tribunal Constitucional, administrativo, cível e de trabalho. Importa ainda referir que não existiu, nem existe, qualquer hierarquia entre o Tribunal de Justiça e os Tribunais dos Estados Membros, pois o Tribunal de Justiça, não tem competência para anular ou reformar as decisões dos juízes dos Tribunais Nacionais, ao contrário do que se verifica num Tribunal Federal[2].

1.2. O Tribunal de Justiça e a Orgânica da União Europeia

Actualmente, o Tribunal de Justiça da União Europeia é um sistema jurisdicional autónomo a quem é cometida autonomamente a função de interpretar e aplicar o Direito da União Europeia e, portanto, no seio da União, o Tribunal de Justiça tem a função dos Tribunais tal como eles são entendidos no Estado Moderno, numa lógica do princípio da separação de poderes e de funções.

[1] JOÃO MOTA DE CAMPOS, Direito Comunitário, Vol. I, 4.ª Edição, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, pág. 303.

[2] Acórdão de 16 de Dezembro de 1960, no caso Humblet, proc. 6/60, Col. p. 1145.

Assim, cabe ao Tribunal de Justiça da União Administrar a Justiça, ao lado dos outros órgãos da União: o Parlamento Europeu; o Conselho Europeu; o Conselho; a Comissão Europeia; o Banco Central Europeu e o Tribunal de Contas. Como refere Cunha Rodrigues "O que tem de peculiar a experiência das jurisdições comunitárias é a coexistência de um tipo organizativo inspirado no modelo continental e de um método que rapidamente evoluiu segundo os parâmetros do sistema anglo-americano"[3]. No entanto, há grandes diferenças comparativamente com um modelo Estadual onde impera o princípio de separação de funções, quer pela especificidade do processo legislativo, quer pela inexistência de hierarquia entre os actos jurídicos europeus (regulamento, directiva, decisão), quer pelo exercício da função jurisdicional. Apesar disso, verifica-se um equilíbrio institucional e um controlo recíproco (sistema de freios e contrapesos) que permite salvaguardar e garantir o regular funcionamento dos órgãos[4].

A delimitação das competências entre órgãos da União Europeia não tem sido sempre a mesma ao longo dos tempos, mas tem permitido definir o modelo político e a articulação, separação e equilíbrio de poderes[5] o que também se afere na delimitação entre as atribuições da União e as dos Estados membros, concretamente no que se refere ao Direito Constitucional.

Com o Tratado de Lisboa há mudança ao nível do quadro institucional passando o sistema jurisdicional da União Europeia a adoptar a denominação de Tribunal de Justiça da União Europeia[6], onde se inserem o Tribunal de Justiça, o Tribunal Geral que corresponde ao anteriormente denominado Tribunal de Primeira Instância e onde encontramos o Tribunal da Função Publica.

Importa, desde logo, referir que o Tribunal de Justiça se distingue de um Supremo Tribunal de um Estado Federal, na medida em que na União Europeia não se estabelece uma relação hierárquica entre o Tribunal de Justiça da União Europeia e os Tribunais dos Estados-Membros, nem o TJ funciona como tribunal de recurso das decisões proferidas nos tribunais dos Estados-Membros. Estamos perante dois ordenamentos jurídicos que estabelecem pontos de contacto para alcançar objectivos comuns. Por isso, o Tribunal de Justiça não declara a invalidade de uma norma nacional. Por sua vez o juiz nacional quando estiver perante uma norma nacional desconforme com a norma da União Europeia, deve desaplicá-la sem declarar a sua invalidade.

1.3. O Tribunal de Justiça da União como sistema de Tribunais Especializados

Nesta matéria vigora o princípio da aplicação descentralizada do Direito Comunitário pelos Estados-Membros que transforma os Tribunais Nacionais em tribunais comunitários.

Ao consagrar o princípio da aplicabilidade direta e o princípio do primado, converteram-se os juízes nacionais, juntamente com TJUE, em guardiães do Direito da União Europeia e, toda a conversão dos juízes nacionais em juízes da UE supõe um desdobramento da função judicial, o que se traduz também na atribuição de poderes ao juiz nacional, os quais muitas vezes, não decorrem da Constituição[7].

A relação que se estabelece entre o TJ e os tribunais nacionais é uma relação de mútua necessidade, na medida em que tanto os tribunais nacionais necessitam do TJ para aplicar de forma eficaz as normas da UE, como o TJ necessita dos

[3] CUNHA RODRIGUES, Ob. Cit., pág. 36

[4] ALEXANDRA SILVEIRA, princípios do Direito da União Europeia, Lisboa, Quid Juris, 2009, pág. 32.

[5] DIEGO J. LINÁN NOGUERAS, La Reforma de La Delimitación en La Futura Unión Europea, Granda, Editorial Universidad de Granada

[6] Art. 19.º do TUE

tribunais nacionais para garantir uma aplicação eficaz do direito da união em todo o seu território[8].

A coerência, a unidade de ação na aplicação do Direito da UE e a defesa da segurança jurídica são objetivos bem presentes no funcionamento do mecanismo do reenvio prejudicial [9].

1.4. Os Tribunais nacionais como Tribunais comuns do Direito da União

O Sistema Jurisdicional do Tribunal de Justiça do Direito da União, não se enquadra num aparelho judiciário próprio que permita garantir a salvaguarda dos direitos subjectivos dos particulares face ao direito da União. Essa função foi remetida para os ordenamentos jurídicos internos, bem como a de disciplinar os meios de garantir o exercício processual dos direitos. A articulação necessária entre o direito processual nacional e o direito substantivo obedece à articulação entre o princípio da cooperação leal constante do artigo 10.º do Tratado da União Europeia e o mecanismo do reenvio prejudicial, actualmente, previsto no TFUE (artigo 267.º do TFUE).

Em suma, o Sistema do TJUE contém em si, por definição, Tribunais que exercem a função jurisdicional com autonomia e no âmbito do equilíbrio institucional da União Europeia. Os Tribunais da União Europeia, não estão numa posição hierarquicamente superior comparativamente aos Tribunais Judiciais e exercem a sua actividade em cooperação com os Estados-membros, funcionando como Tribunais especializados em Direito da União, exercendo os tribunais dos Estados membros a sua função como tribunais comuns.

2. Os Poderes do Tribunal de Justiça na Interpretação e na Aplicação do Direito da União

Nesta secção vamos abordar a atividade interpretativa do Juiz da União na aplicação do direito, começando pela adoção da definição dos conceitos de interpretação e de norma, fazendo alusão aos métodos de interpretação implicados na criação de normas.

2.1. O Conceito de Interpretação

> *"Não é a falta de clareza (linguístico-hermenêutico-exegética) das leis que justifica a interpretação, é a problemática-concreta realização normativa do direito que a não pode dispensar"*[10].

Nesta primeira secção, deste segundo capítulo, que é um enquadramento do que vou tratar a seguir, importa, desde logo, referir que, sem ter a pretensão de ter encontrado uma resposta definitiva, parto de uma noção ampla de interpretação jurídica na medida em que não concebo que haja uma separação estanque entre a interpretação e a aplicação do direito e também não concebo o direito sem ter em conta os seus fins como sejam a Paz Social, a Justiça e a Segurança Jurídica.

Na esteira de Esser, Kaufmann, Gadamer[11], Dworkin[12], Paul Ricouer[13] e Castanheira Neves

[7] DANIEL SARMIENTO ,ob.cit.,pág.41

[8] DANIEL SARMIENTO, ob.cit., pág.46.

[9] CARLOS BLANCO DE MORAIS, Direito Constitucional, 2005, pág.611

[10] A. CASTANHEIRA NEVES, O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica I, Coimbra editora, 2003.

[11] GADAMER, defende que Compreensão, interpretação e aplicação são três momentos autónomos mas interdependentes.

[12] Para Dworkin o direito está centrado na decisão judicial, no caso concreto, DWORKIN, Law´s Empire, Reimpressão da edição de 1998, London, Hart Publishig, 1986, pág. 1. Para este autor o processo de interpretação dividia-se em três fases: 1) O estágio "pré-interpretativo" em que o intérprete identifica a norma a aplicar; 2) O estágio interpretativo em que o intérprete apenas terá de se basear em argumentos de cariz geral relativamente às normas identificadas na primeira fase; 3)No estágio pós-operativo o interprete deverá adequar a sua interpretação relativamente ao caso prático em conformidade a justificada argumentação geral da nova identificada, cf. Dworkin, Law´s Empire, pág. 66.

[13] PAUL RICOEUR, O Justo ou a Essência da Justiça, Lisboa, Instituto Piaget, 1997.

não concebo a interpretação da Lei fora de uma lógica de aplicação do Direito, nem desligada da realidade de onde decorrem os factos e as relações que ao direito cabe regular, embora reconhecendo que é possível a abstração da prática aquando da atividade interpretativa e que há perspetivas diferentes[14] desde que permitam também, ao aplicador do direito aplicá-lo rigorosa e objectivamente, mas não sigo a interpretação jurídica como sinónimo de análise de linguagem, tal como defende Bobbio, na medida em que, ao sentido "potencial" do texto abstractamente interpretado acresce o "sentido actual", isto é, citando Castanheira Neves "o sentido problemático-concretamente constituído ou o sentido que, embora no quadro virtual daquele primeiro, será determinado em ordem e pela mediação da concreta existencial que problematicamente o solicita. Esta distinção entre o sentido potencial e o sentido actual não é só paralela como confirma a distinção da hermenêutica jurídica, já aludida, entre interpretação doutrinária e interpretação operatórias - e se, já por isso, põe a claro o carácter efectual ou de aplicação de toda a interpretação, permite-nos ainda compreender que, tal como a semiótica culmina na pragmática, também a própria leitura-interpretação jurídica culmina com a concretização".[15] Para Castanheira Neves a interpretação jurídica tem natureza normativa e não natureza linguística porque o que se pretende com a interpretação é determinar o critério de decisão para o caso concreto e, portanto, a interpretação é um instrumento essencial na realização normativa do direito. Recentemente Humberto Ávila referiu que "A consideração de circunstâncias concretas e individuais não diz respeito à estrutura das normas, mas à sua aplicação; tanto os princípios como as regras podem envolver a consideração a aspectos específicos, abstractamente desconsiderados"[16]. Kant resumia tudo isto numa só frase "A faculdade de julgar constitui um talento particular que não pode ser apreendido, unicamente exercitado"[17], até porque entendia que as necessidades de agir ultrapassam infinitamente as possibilidades de conhecer[18].

Hans Kelsen distinguia a interpretação do direito da aplicação do direito. Distinguia a interpretação realizada pela ciência do direito da interpretação levada a cabo pelo aplicador do direito que é sempre autêntica, referindo que esta última cria direito, pois nesta interpretação do aplicador do direito acresce um acto de vontade em que o aplicador do direito opta pelas várias possibilidades reveladas através da interpretação (que ele denomina de cognitiva). Apesar de distinguir os momentos não deixa de qualificar os dois como de interpretação[19].

O dilema existente entre a abstração e as necessidades de aplicação concreta da norma faz parte da estrutura do direito e, na minha perspectiva, implica a adopção do conceito amplo de interpretação. Apesar disso, não se pode deixar de reconhecer que é possível uma atividade interpretativa independente da aplicação do direito.

Seguindo de perto Castanheira Neves, a interpretação pode ser entendida como um processo que integra três momentos ou elementos: o objecto (problemático) que refere; o objectivo

[14] GIOVANNI Tarelo, Philosophical Analysis and the Theory of Legal Interpretation, in Law and Language, The Italian Analytical School, Ed. A. Pintore and M. Jori, Liverpool, Débora Charles production, 1997, pag. 69-83 procede à distinção entre interpretação como actividade e como produto dessa actividade, e interpretação e aplicação como actividade e aplicação como produto e defende que não há claramente uma correspondência entre interpretação e aplicação, pois uma simples operação intelectual levada a cabo em sede de interpretação mão provoca quaisquer consequências para a ordem jurídica, o mesmo não se podendo afirmar quando procedemos à operação de aplicar o direito.

[15] A. CASTANEHRIA NEVES. O actual problema metodológico da interpretação jurídica, Coimbra, Coimbra editora, 2003, pág. 20.

[16] HUMBERTO ÁVILA, Teoria dos Princípios, pág.47.

[17] IMMANUEL KANT, Critica da Razão Pura, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 5.ª Edição, 2001.

[18] Apud CASTANHEIRA NEVES, ob. Cit., pág. 83.

[19] HANS KELSEN, Teoria Pura do Direito, 4.ª Edição, Lisboa, Livraria Petrony, 1976, pág. 470.

(epistemológico-metodológico) que integra; e a axiologia (regulativa) que assume[20]. Quanto ao primeiro, o objecto problemático é o caso decidendo; o objectivo (epistemológico-metodológico) em que o paradigma epistemológico deixou de ser o conhecimento (a teoria) para passar a ser decisão; a axiologia funciona como disciplina regulativa da atividade interpretativa.

No contexto desta investigação importa referir que é esse conceito amplo de interpretação que consta do artigo 267.º do TFUE onde se refere que o Tribunal de Justiça é competente para decidir a título prejudicial sobre a "interpretação dos Tratados". Ora, o conceito de interpretação subjacente a esse artigo consiste em: esclarecer o sentido material das disposições de direito da União Europeia em análise, bem como "determinar o seu alcance e definir os seus efeitos"[21].

A noção da interpretação da teoria analítica do Direito

> *Vemos assim os mesmos delitos punidos pelo mesmo tribunal de forma diferente em diferentes momentos, por ter consultado, não a voz constante e fixa da lei, mas a errante instabilidade das interpretações"*[22].

Um dos grandes impulsionadores da filosofia da linguagem e da teoria analítica do direito sempre teve como muito presente a ideia de que a linguagem tem limites. O filósofo austríaco Wittgenstein foi determinante pois o Tractatus Logico-philosophicus influenciou quer o positivismo lógico do Círculo de Viena, quer, a partir dos anos cinquenta, a escola de filosofia ordinária (Escola de Oxford) mas, neste caso, mais influenciada pela obra "Investigações Filosóficas". Importa referir que o próprio Wittgenstein se afastou dos métodos analíticos da Escola de Oxford[23]. Para os defensores da teoria analítica do direito a interpretação tem como limite o sentido possível das palavras, evitando-se as incertezas, as faltas de rigor e a polissemia. Esta interpretação limita a liberdade do texto para além do sentido possível das palavras, limitando a liberdade criativa do juiz e garantindo, de facto, um dos fins do direito – a segurança jurídica. Em face dos critérios defendidos não deixa de ser um instrumento ao serviço do rigor e da objectividade, mas dentro de um conceito amplo de interpretação, parece-me que tem de ser entendida com flexibilidade, razoabilidade e ponderação. Neste contexto importa citar um escritor mexicano, Octávio Paz que diz o seguinte: "cada texto é único e, simultaneamente, é a tradução de outro texto. Nenhum texto é inteiramente original porque a própria linguagem, na sua essência, é já uma tradução: primeiro do mundo não verbal e, depois, porque cada signo e cada frase é a tradução de outro signo e de outra frase. Mas este raciocínio pode-se inverter sem perder validade: todos os textos são originais porque cada tradução é diferente. Cada tradução é, até certo ponto, uma invenção, e assim constitui um texto único"[24].Importa referir neste contexto o Brocardo jurídico " Sure legis non est verbaearum tenera, sed vim ac potestatum"[25]

Apesar das limitações da linguagem, não se pode cair no campo da arbitrariedade pois como defende Bulygin os juízes têm à sua disposição meios para não aplicarem uma norma que

[20] Apud CASTANHEIRA NEVES, ob. cit., pág. 79.

[21] FAUSTO DE QUADROS E ANA MARIA GUERRA MARTINS, Contencioso comunitário, Coimbra, Almedina, 2005, pág. 53.

[22] CESARE BECCARIA, Dos Delitos e das Penas, Tradução de José Faria Costa, Lisboa Fundação Calouste Gulbenkian, 1998, pág. 68.

[23] Cf. IGNACIO SANCHEZ CAMARA, Derecho y Language, Coruña, Universidad da Coruña, 1996, pags. 43-44.

[24] OCTAVIO PAZ, traducción: literatura y literalidad, Barcelona, Tusquets, 1990, 3.ª ed.

[25] "Conhecer as leis não é aprender suas palavras, mas sua força e finalidade".

entendem ser injusta mas não admitem que estão a afastar a norma que consideram injusta[26].

2.1. Os métodos de interpretação no TJUE

O método consiste naquele conjunto de regras e de procedimentos utilizados pelo intérprete na interpretação e aplicação do direito. A doutrina tem enunciado historicamente a existência de vários elementos de interpretação: o elemento gramatical (texto ou literal); o elemento racional ou teleológico; o elemento sistemático e o elemento histórico[27]. As ordens jurídicas, em regra, não estabelecem qualquer hierarquia relativamente aos vários elementos de interpretação, como acontece, por exemplo no caso português. Repare-se que no caso português o artigo 9.º do Código Civil diz claramente que "...a interpretação não deve cingir-se à letra da lei, mas reconstruir a partir dos textos o pensamento legislativo...". Emílio Betti entendia que o fundamento da regulação dos métodos de interpretação "está no facto de circunscrever à mais estreita margem possível a incerteza e a incompletude da tarefa hermenêutica, evitando o perigo de uma indefinida pluralidade de interpretações diferentes divergentes entre si"[28], e considerava as normas que os regulavam como normas imperativas, apesar de reconhecer que estas mesmas normas reguladoras dos métodos contêm critérios e limites em que há alguma liberdade para o intérprete[29]. Outros autores, como Gustavo Zagrebelsky argumentavam no sentido em que se as normas que definem os elementos de interpretação, dependem da vontade do legislador, cabe ainda ao intérprete interpretar a vontade do legislador[30], salientado que haveria uma margem de interpretação. A Lei portuguesa não definiu uma hierarquia, como foi admitido pelas declarações do próprio Ministro da Justiça no momento da aprovação do actual Código Civil, o Professor Antunes Varela.

Não é indiferente dar primazia a um destes elementos, pois a adopção de um ou outro destes elementos irá determinar um resultado diferente, dado que o método determina o resultado a alcançar. Em última análise, são as exigências e as necessidades da decisão concreta que vão determinar o método a aplicar, além de que só após a sua aplicação ao caso concreto se irá verificar os resultados da sua aplicação. Pois, se é assim, argumenta Alf Ross, o juiz primeiro pode decidir e depois fundamentar metodologicamente a decisão[31].

Um método com critérios objectivos, além de ser um instrumento de controlo da actividade do juiz e de revelar racionalidade e objectividade, fomenta a igualdade, a certeza e a segurança jurídica. Um método sem critérios objectivos, fomenta a desigualdade, a incerteza e a insegurança jurídica mas pode alcançar outros fins, como a justiça e a sua adequação face à realidade e aos fins que se pretendem alcançar. Apesar de indiretamente, é também sobre esta liberdade do intérprete aplicador que versa a presente investigação.

No contexto da criação das Comunidades e texto dos Tratados foi dada primazia a um elemento de interpretação, o elemento teleológico, e foi com recurso a este elemento de interpretação que nas Comunidades se adoptou o método funcional (definição das competências em função dos objectivos) que era o método inicialmente

[26] EUGENIO BULYGIN, En defensa de el Dorado, Respuesta a Fernando Atria, in ATRIA, BULYGIN, MORESO, NAVARRO; RODRÍGUEZ Y RUIZ MANERO, Lagunas en el Derecho, Madrid, Marcial Pons, 2005, p.74.

[27] JOÃO BAPTISTA MACHADO, A Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador, 12.ª reimpressão, Coimbra, Almedina, 2000.

[28] EMILIO BETTI, interpretazione della legge e degli atti giuridici(teoria generale e dogmatica), 2.ª Edição, Milano, Giuffré Editore, 1971 p. 237

[29] Ibidem, pág. 248-249.

[30] GUSTAVO ZAGREBELSKY, II diritto mitte. Legge, diritti, giustizia, 1992, tradução Española, El Derecho Dúctil. Ley, derechos, justicia, Madrid, Trott, 2003, pag. 135.

[31] Cf. ALF ROSS, Sobre el Derecho y la Justicia, 2.ª ed., Buenos Aires, Editorial Universitária de Buenos Aires, 1997, pp 156, 173 e seguintes.

adoptado pelo Tribunal, pois a interpretação tinha em conta os objectivos, os fins, e os respectivos prazos quando existiam, e determinava a competência dos vários órgãos tendo presente os fins das comunidades. Mas, desde muito cedo, o próprio Tribunal de Justiça declarou que a União era uma União de Direito, ao criar o Princípio da União de Direito, segundo o qual há uma limitação à actuação dos órgãos da União Europeia e que aos particulares têm de ser garantidos os direitos susceptíveis de serem afectados pela actuação da União. Esse princípio surge no Acórdão do Tribunal de Justiça "Os Verdes", datado de 1986, onde se defendeu que toda a actuação dos órgãos da União Europeia estava subordinada ao Direito, o qual concretamente se referia à actuação do Parlamento Europeu no sentido da adopção de actos cuja apreciação de validade fugisse ao controlo dos Tribunais naquelas situações em que os actos produzissem efeitos jurídicos na esfera dos particulares[32]. A adopção deste método interpretativo implica que quer as competências da União, quer o objecto de interpretação do TJUE dependem dos fins e objectivos da União e variam em função da alteração desses fins.

Karl Engish referindo-se quer ao método teleológico quer ao sistemático referia que são métodos de interpretação complexa, além de que eram flexíveis e pluridimensionais, e salientava que o conceito de fim é elástico e plurisignificativo[33].

Zaccaria, no contexto da importância da escolha do método tendo presente o resultado a alcançar, referia que "é evidente, por exemplo, que a preferência por uma interpretação de tipo literal, ou que antes privilegie a ratio objectiva das normas, traga relevância aos elementos axiológicos da autoridade, da certeza do direito e da ordem social, e pressupunha que o intérprete esteja vinculado à estrutura gramatical do texto da lei, considerado como produto linguístico. Um tipo de interpretação evolutiva, ou que, de qualquer modo, valorize a intenção directiva do legislador ou do ordenamento, sublinha, pelo contrário, os valores da adequação do direito às transformações sociais e do cumprimento de uma tarefa substancial de justiça e implica aquilo que um expoente da Tubinger Schule, Phillip Heck, definiu como uma "obediência pensante"[34].

O elemento sistemático também tem sido adoptado pelo Tribunal, no entanto, apesar das competências dos órgãos estarem em diversas disposições, nem sempre é com base no elemento sistemático que o Tribunal resolve as divergências[35].

Importa referir que o Tribunal não tem deixado de recorrer a um método discursivo consistente numa argumentação sólida nas fundamentações das suas decisões, com coerência e razoabilidade, o que não tem deixado de legitimar as suas decisões. Aliás a interpretação não se concebe sem argumentos que fundamentem a decisão, como realça Guastini[36].

2. 2 O conceito de norma

> *"A norma não corporiza uma ordem concreta, mas um fim de ordenação"*[37].

Para Robert Alexy seria norma todo aquele enunciado normativo que tivesse os três operadores deônticos "obrigação, permissão e proibição". Assim, seriam normas não só as regras mas também os princípios.

---

[32] Cf. Acórdão Os Verdes/Parlamento, proc. N.º 249/83, de 23 de Abril de 1986, Colect, 1986, p. 1339.

[33] KARL ENGISH, Introdução ao pensamento Jurídico, 6.ª Edição, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1990, 141-142.

[34] GIUSEPPE ZACCARIA, FRANCESCO VIOLA, Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto, Roma Editoral Laterza, 2004.

[35] Cf Acórdão Comissão / Conselho de 30.05.1989, proc. 242/87, Col. 1989, p. 1425-1453.

[36] RICCARDO GUASTINI, Le fonti dell diritto e l´interpretazione, Milano, Giuffré, pág. 327.

[37] Esser, apud Castanheira Neves, ob. cit. pág. 95.

Para levar a cabo a interpretação de qualquer norma é importante ter presente os três elementos de norma: a previsão; o operador deôntico e a estatuição. A previsão traduz-se no elenco das condições que podem gerar um efeito. O operador deôntico pode ter apenas três conteúdos: proibição; permissão e imposição. A estatuição é a consequência jurídica.

2.2.1. As espécies de normas

Para Robert Alexy a norma é o género que integra duas espécies: as regras e os princípios. O alargamento do conceito de norma com vista a abarcar os princípios deve-se a este autor. Importa referir que Hart apesar de não se pronunciar sobre a existência de princípios falava em "padrões jurídicos variáveis" que, no seu "post scriptum" vem clarificar como sendo os princípios de Dworkin.

Passemos agora a definir as duas espécies de normas: as regras e os princípios.

2.2.2. As regras jurídicas

> *"Deveria tolerar-se uma margem de incerteza e, na verdade, deveria considerar-se a mesma bem vinda, no caso de muitas regras jurídicas, de forma que pudesse tomar-se uma decisão judicial inteligente quando a composição do caso não previsto fosse conhecida e as questões em jogo na sua decisão pudessem ser identificadas e, assim, resolvidas racionalmente..."*[38].

Hart definia o sistema jurídico com base em regras, defendendo que a chave para a ciência do direito passa pela distinção entre regras primárias e regras secundárias, sendo as primeiras, aquelas que impõem deveres e obrigações, enquanto as secundárias seriam aquelas que atribuem poderes[39]. Além disso, Hart distinguia três tipos de regras secundárias; As regras de reconhecimento (rule of recognition); as regras de alteração (rules of change) e as regras de julgamento ou de adjudicação (rule of adjudication).

As regras de reconhecimento permitem determinar quais as regras que pertencem ao ordenamento, eliminando as dúvidas relativamente às normas primárias;

As regras de alteração atribuem a uma pessoa ou a várias o poder para criar novas regras primárias e eliminar as antigas, dando assim carácter dinâmico às normas;

As regras de julgamento ou de adjudicação atribuem poder aos indivíduos para tomarem decisões dotadas de autoridade relativas à questão de saber se foi violada uma regra primária[40].

Hart entendia que em face da textura aberta da linguagem humana, o direito não podia deixar de apresentar a mesma estrutura aberta, o que, principalmente nos casos difíceis, seria uma causa atributiva de poder criativo ao juiz, estando a textura no exterior do circulo relativo ao núcleo da norma.

Dworkin entende que as regras são aplicadas de modo tudo ou nada, pois em face do preenchimento da hipótese normativa, ou a norma é válida e aplica-se a consequência jurídica ou a norma é inválida.

Alexy entende que as normas são ou não preenchidas e não podem nem devem ser ponderadas, pois instituem obrigações definitivas.

Humberto Ávila entende que as regras não são aplicadas de modo de tudo ou nada, pois podem existir "razões substanciais" devidamente fundamentadas que sejam superiores às das

[38] HERBERT HART, O Conceito de Direito, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2.ª Edição, 1994, pág. 313.

[39] HERBERT HART, O Conceito de Direito, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2.ª Edição, 1994, pág. 91.

[40] HERBERT HART, O Conceito de Direito, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2.ª Edição, 1994, pág. 107.

próprias regras que podem implicar a sua fundamentação, além de que a vagueza é um elemento comum às regras e aos princípios e só a sua aplicação concreta irá determinar se a norma é aplicada ou não do modo tudo ou nada[41/42].

2.2.3. Os princípios jurídicos [43]

Para ilustrar a importância dos princípios, a Constituição da República Portuguesa, por exemplo, atribui aos princípios um papel principal na aplicação do direito, na medida em que o juiz não deve aplicar normas "que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados" (artigo 204.º da CRP). Os princípios constitucionais traduzem os valores que a sociedade elegeu, impondo-se ao legislador, aos Tribunais, à administração e aos particulares, vinculando-os a uma interpretação do Direito em conformidade com os valores subjacentes aos princípios.

A palavra princípio expressa a ideia de início ou começo, além de que, exprime a ideia de importante ou principal. Gaio referindo-se ao princípio referia no Digesto que "princípio é a parte mais importante de qualquer coisa" (Digesto, I, 2, 1).

Para Gomes Canotilho o processo que levou a qualificação dos princípios como normas passou por três fases distintas:

A fase jusnaturalista, em que os princípios traduzem um ideal de justiça, são normas universais, são princípios de justiça, constitutivos de um direito ideal. Além disso são um conjunto de verdades objectivas derivadas da lei divina e humana;

"A fase juspositivista, em que os princípios têm uma função subsidiária na interpretação dos textos legais, funcionando como "válvulas de segurança" que garantem o Reinado absoluto da lei. Têm uma função de integrar as lacunas, apesar de derivarem da Lei.

A fase pós positivista, os princípios passam a ser o vértice do ordenamento jurídico e funcionam como padrões de toda a ordem jurídica[44]."

Segundo Canaris, os princípios definem-se pelo facto de: não valerem sem excepção e podem estar em contradição entre si, considerando-se válida e eficaz a decisão cujo julgador considerou afastar um princípio no caso concreto; Os princípios ganham coerência lógica quando confrontados com outros com vista à optar ou não pela sua aplicação no caso concreto[45]; os princípios necessitam, previamente a serem aplicados, de uma concretização através de sub princípios e de valores, com conteúdo material específico e, portanto, não podem ser aplicados sem serem previamente normativizados.

---

[41] HUMBERTO ÁVILA, Teoria dos Princípios, cit., pág. 46 e 47.

[42] J.GOMES CANOTILHO, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 2000, 4.ª Edição, pág. 1215. Para este autor A regra jurídica traduz-se num padrão de comportamento, um guia social cujo cumprimento viabiliza a vida em sociedade. A regra jurídica é uma norma "que, verificados determinados pressupostos, exige, proíbe ou permite algo em termos definitivos, sem qualquer excepção (direito definitivo).

[43] Habermas encontra quatro diferenças entre normas jurídicas e valores (normas morais):

1. As normas jurídicas têm um significado deontológico, pois fazem referência a um agir obrigatório; por sua vez, as normas morais têm um significado teleológico, pois fazem referência a um agir orientado para determinados fins;
2. As normas jurídicas assentam num código binário de validade ou invalidade, pois ou são obrigatórias ou não; enquanto as normas morais possuem um código de graduação em que reflectem preferência por determinados valores que podem ser ponderados entre si;
3. As normas jurídicas são universalmente válidas e geram expectativas de comportamento generalizadas, ao passo que, as normas morais traduzem em preferências orientadas para fins específicos e, por isso, há uma obrigatoriedade relativa;
4. As normas jurídicas devem possuir uma coerência com vista a não se contradizerem mutuamente num sistema aplicável ao mesmo universo de destinatários, cf. JURGEN HABERMAS, Direito e Democracia, entre facticidade e validade, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1997.

[44] J.J.GOMES CANOTILHO, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 2000, 4.ª Edição, pág. 1215. Os princípios jurídicos são normas "que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fácticas e jurídicas. Os princípios não proíbem, permitem ou exigem algo em termos de "tudo ou nada"; impõem a optimização de um direito ou de um bem jurídico, tendo em conta a reserva do possível" fáctica ou jurídica."

[45] CLAUS WILHELM CANARIS, Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2.ª Edição, 1996, pág. 88.

O desenvolvimento recente da teoria dos princípios deve-se a Ronald Dworkin, colocando-os como elementos fundamentais na interpretação e aplicação do direito. Para ele os princípios não têm uma mera função subsidiária, mas são determinantes para encontrar a única resposta correcta para os casos difíceis.

Esta é uma teoria que tem sobretudo sido tratada no seio da cultura jurídica anglo-americana e norte da Europa, pois sendo o direito anglo-americano baseado no case-law e não no direito legislado, como acontece no direito continental, a diferenciação entre normas princípio e normas regra assume uma maior importância[46].

Apesar de Alf Ross e Hart terem aflorado o tema das regras e dos princípios, é Dworkin e Alexy que vão tratar e desenvolver a distinção entre regras e princípios[47]. Recentemente Humberto Ávila tem estudado com muita profundidade estas matérias.

A posição de Dworkin é influenciada pelos estudos de Hart. Para este, numa primeira fase, só existiam regras desde que fossem obrigatórias, mas não são sempre exactas e, portanto, perante um "hard case" (caso difícil), onde existem "zonas de penumbra", "espaços vagos" em que existem dúvidas sobre uma situação que não está inteiramente coberta por uma regra jurídica, o juiz decide com discricionariedade e a sua decisão dentro desse espaço de discricionariedade está sempre certa[48].

Na mesma linha de raciocínio, Dworkin vem referir que essa situação se enquadra numa questão de interpretação e, além disso, para ele não existem só regras mas também princípios gerais de direito, nomeadamente, princípios da justiça, "fairness" (equidade) e Estado de Direito, que são juridicamente vinculativos para os poderes do Estado. Dworkin constata que Hart não teve em conta a aplicação dos princípios por parte dos juízes na sua aplicação quotidiana do direito. Esta vinculatividade dos princípios contradiz as posições dos positivistas, concretamente o seu conceito de direito, que assentava na separação entre Direito e Moral. Para ele o critério distintivo entre normas e princípios assenta no facto de as regras terem uma função de tudo-ou-nada enquanto nos princípios verifica-se uma dimensão de peso e no significado. Assim, segundo ele, o juiz na interpretação dos "hard cases" deve recorrer aos princípios. Para Dworkin a cada caso concreto corresponde apenas uma decisão correcta, apesar das dificuldades que daí resultam para o juiz, que deve ser entendido como super juiz, como sendo "Hércules", que leva a cabo a tarefa de construir um conjunto de "princípios, abstractos e concretos, que fornecem uma justificação coerente e racional para todos os precedentes judiciais"[49] [50] [51]. Como vimos, para Hart, o aplicador em face de um vazio legal deve discricionariamente criar a própria norma. Esta posição destes dois autores vai ser retomada

[46] Cf. KAUFMANN e W: HASSEMER, Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas, tradição portuguesa, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, pág. 156.

[47] JOSÉ DE SOUSA E BRITO, O que é o positivismo jurídico: as suas teses e as consequências delas (paper), pág. 1

[48] Cf. KAUFMANN e W: HASSEMER, Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas, tradição portuguesa, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, pág. 157.

[49] CRISTINA QUEIROZ; A Interpretação Constitucional e Poder Judicial, Sobre a Epistemologia da Construção Constitucional, Coimbra, Coimbra Editora, 2000, pág. 87.

[50] Outro dos autores que tem desenvolvido a teoria dos princípios, tem sido Karl Larenz, que entende que é possível alcançar o "direito correcto" como recurso aos princípios da boa fé, pact sunt servanda, princípio da culpa, princípio do tratamento igual e princípio da proporcionalidade, entre outros, Cf. KAUFMANN e W: HASSEMER, Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas, tradição portuguesa, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, pág. 159.

[51] Para DAVID DUARTE, A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa A Teoria da Norma e a Criação de Normas de decisão na discricionariedade administrativa, Almedina, Coimbra, 2006, Os princípios e as regras"...reportam-se a diferentes formas de regulação jurídica, pois as normas princípio e as normas regras identificam deferentemente a realidade sobre a qual se projectam, resultando daí uma determinação do direito aplicável particularmente alargada permite que este realizem, relativamente ao próprio conjunto normativo, tarefas de organização, de identificação e de consistência que as regras, em virtude da sua especificidade normativa, não podem efectuar....". Segundo o mesmo a diferença entre regas e princípios assenta essencialmente em dois critérios: grau de indeterminação e diferença qualitativa nas formas de aplicação.

quando analisarmos a evolução jurisprudencial da actividade do juiz da União Europeia.

Um dos autores que tem desenvolvido a sua teoria do Direito baseada sobre princípios tem sido Robert Alexy. Para ele, os princípios são mandados de optimização enquanto as regras funcionam num sistema sim/não. Enquanto o Direito tem em vista o "dever ser" a regulamentação da realidade tem subjacente a ideia de correcção. O Direito deve ter a pretensão de correcção e, por isso, nos casos difíceis, o juiz tem de recorrer aos princípios que são um meio-termo entre direito e moral (moral correcta, justiça), o que seria impensável para o pensamento positivista.

Importa referir neste contexto um investigador de referência nesta matéria, Humberto Ávila, segundo o qual "Os deveres de atribuir relevância ao fim a ser buscado e de adopção de comportamentos necessários à realização do fim são consequências normativas importantíssimas. Ademais, apesar de os princípios não possuírem carácter frontalmente descritivo do comportamento, não se pode negar que sua interpretação pode, mesmo em nível abstracto, indicar as espécies de comportamentos a serem adoptados, especialmente se for feita uma reconstrução dos casos mais importantes."[52]

Para Humberto Ávila "...os princípios estabelecem um estado de coisas que deve ser promovido sem descrever, directamente, qual é o comportamento devido. O interessante é que o fim, independente da autoridade, funciona como razão substancial para adoptar os comportamentos necessários para a sua promoção. Adopta-se um comportamento porque os seus efeitos contribuem para promover um fim. Os princípios poderiam ser enquadrados na qualidade de normas que geram, para a argumentação, razões substanciais (substantive reasons) ou razões finalísticas (goal reasons)"[53], nas regras é a própria regra que funciona como razão para determinado comportamento, adopta-se o comportamento, porque independentemente dos efeitos decorrentes entende-se que é o correcto. E, por isso, estamos perante normas onde há uma argumentação onde imperam razões de correcção ou razões de autoridade. Além de que entende que, quer nos princípios quer nas normas há lugar a ponderação e que a diferença entre normas e princípios acaba por depender do "modo como o intérprete justifica a aplicação dos significados preliminares dos dispositivos, se frontalmente finalístico ou comportamental, que permite o enquadramento numa ou noutra espécie normativa."[54].

O que se pretende nesta secção é dar uma ideia geral da noção de norma e das suas espécies, e focar a ideia de que são duas formas distintas de regulação jurídica, que descrevem a realidade a aplicar diferentemente o que tem consequências ao nível da determinação do direito aplicável, tendo os princípios potencialidades no que se refere à ordenação e à organização que as regras não possuem, o que diferencia, também as tarefas do intérprete e aplicador do Direito quando tem de recorrer a uma realidade ou a outra[55]. Esta viagem ao mundo dos conceitos de interpretação e de normas tem a função de enquadrar a secção seguinte que vai tratar do processo interpretativo de criação de normas por parte do TJUE.

[52] HUMBERTO ÁVILA, Teoria dos Princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos, 10.ª Edição, São Paulo, Malheiros Editores, 2009, pág. 43.

[53] HUMBERTO ÁVILA, Teoria dos Princípios, pág. 48 e 49.

[54] HUMBERTO ÁVILA, Teoria dos Princípios, pág. 49.

[55] DAVID DUARTE, A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa A Teoria da Norma e a Criação de Normas de Decisão na Discricionariedade administrativa, Almedina, Coimbra, 2006, pág. 128.

2. 4. O Tribunal de Justiça e a Criação de Normas

> *" ...os factos que sucederam na Alemanha, depois de 1933, demonstraram que é impossível identificar o Direito com a lei, pois há princípios que, mesmo não sendo objecto legislação expressa, impõem-se a todos aqueles para quem o Direito é a expressão não só da vontade do legislador, mas dos valores que este tem por missão promover, dentre os quais figura em primeiro plano a justiça."*[56]

Actualmente as diferenças entre os sistemas da Common Law e Civil Law são cada vez mais ténues. Os sistemas integrados no direito Common Law são sistemas mistos legislados. Além disso, nos tribunais Constitucionais da Civil Law há hoje uma grande actividade no sentido da criação jurisprudencial.

Importa dizer que num primeiro momento o TJ, principalmente com recurso ao mecanismo do reenvio prejudicial, deu fortes impulsos no sentido de criação do direito, adoptando uma postura de juiz integrado na Civil Law (dedutivo), com um pensamento silogístico, cartesiano, pois a interpretação e aplicação do direito resultava de uma fundamentação baseada no raciocínio de que estava a aplicar o direito previamente criado, apesar de se constatar que o juiz na sua actividade supostamente dedutiva ia, de facto, muito para além da lei. Actualmente a fundamentação do TJUE está mais próxima do direito da Common law do que da Civil Law, na medida em que nessa fundamentação recorre à retórica interpretativa [57].

2.4. 1. A Competência do Tribunal nos Tratados Fundadores

Em 25 de Março de 1957, em Roma, foram assinados dois tratados, um criando a Comunidade Económica Europeia (CEE) e outro a Comunidade Europeia da Energia Atómica (CEEA) ou Euratom, entrando em vigor em Janeiro de 1958, os quais, juntamente com o Tratado de Paris, que instituiu a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço, assinado em 18 de Abril de 1951, permitiram a existência de três comunidades (Organizações Internacionais) que desenvolverão no futuro o processo de Integração Europeia.

A integração Europeia foi inicialmente interpretada pelo Tribunal à luz do Plano Schuman, segundo o qual as comunidades iriam evoluir de forma gradual, o que se traduziu, quer na enunciação de fins e objectivos gerais, quer na incompletude das normas, quer na criação de muitas normas de conteúdo programático, quer em normas vagas e de textura aberta quer na existência de lacunas e quer na utilização de conceitos indeterminados. Foram estes os principais factores, aliados à consequente criação de princípios pelo TJ que determinaram o grande protagonismo que o TJUE tem tido ao longo deste meio século[58]. Além disso, importa referir que essa criação jurisprudencial foi em regra suscitada pelos Tribunais Nacionais ao suscitarem questões de natureza prejudicial ao Tribunal de Justiça[59]. Seguidamente vamos tratar dos vários fatores que determinam uma ampla liberdade na interpretação e aplicação do Direito da União.

---

[56] CHAIM PERELMAN, Lógica Jurídica, Lisboa, Instituto Piaget, 1999, pág. 95

[57] Cf. NUNO PIÇARRA, e FRANCISCO PEREIRA COUTINHO, paper 18, Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa

[58] Neste sentido, cf. ORESTE POLLICINO, Legal Reasoning of the European Court of Justice in the context of the Equality between Judicial Activism and Self-restraint, German Law Journal, vol. 5, n. º 3, 2004.

[59] INÊS QUADROS, A Natureza Objectiva da Competência prejudicial do Tribunal de Justiça, Coimbra, Almedina, 2006, pág. 43.

Quanto à enunciação de fins e objectivos muito gerais, o artigo 2.º do TCE referia que "A Comunidade tem como missão promover pelo estabelecimento do mercado Comum e pela aproximação progressiva das políticas económicas dos estados-membros, um desenvolvimento harmonioso das actividades económicas no seio da comunidade..." norma que atribui aos órgãos da União uma ampla liberdade no exercício das suas competências e uma ampla liberdade ao Tribunal na fiscalização dos atos dos referidos órgãos da comunidade.

Quanto à incompletude das normas isso deveu-se ao facto de no primeiro tempo as normas comunitárias serem aprovadas por consenso o que se traduziu na criação de normas programáticas e de textura aberta[60]. Também nos direitos internos dos Estados há muito tempo que se afastou o "dogma da plenitude e ausência das lacunas na ordem jurídica" pois não se pode pôr em causa a proibição de denegação da justiça e o consequente poder do juiz de preencher essas lacunas[61/62]. O próprio Hart admitia a incompletude das normas e entendia que naqueles casos, limitados, a decisão seria proferida pelo poder discricionário do juiz.

Quanto à existência de normas programáticas, as mesmas dado que foram criadas com vista à obtenção de determinados fins, fomentaram uma interpretação teleológica por parte do TJ.

Quanto a normas de textura aberta, importa referir, que as mesmas também incentivaram uma liberdade criativa na interpretação do direito. Neste contexto deve salientar-se a posição de Hart, embora possa ser qualificado como um defensor do positivismo, que no seu "Post Scriptum" defendia que as regras e os princípios têm por vezes textura aberta na medida em que o direito é parcialmente indeterminado e incompleto, pois não fornece qualquer resposta e, por isso, defendia que, nestes casos, os tribunais devem "exercer a função restrita de criação de direito..." que designava como poder discricionário[63]; embora esta liberdade de criação do juiz fosse limitada, não deixava de reconhecer a licitude do juiz ao recorrer a valorações morais quando as normas estão enformadas de critérios de natureza moral[64].

Quanto à utilização de conceitos indeterminados em normas de competência o Tratado de Roma que instituiu a Comunidade Económica Europeia é um Tratado de textura aberta com muitos conceitos indeterminados o que impulsionou uma atividade jurisdicional criadora. A título de exemplo, "encargo de efeito equivalente", nos artigos 9.º e 12.º, "medida de efeito equivalente", no artigo 30.º, "ordem pública", "segurança pública", "moral pública" nos artigos 36.º, 48.º e 56.º, etc.

Quanto à integração de lacunas, sempre se reconheceu que o ordenamento comunitário era um ordenamento lacunar[65]. Em certos momentos da história da União Europeia as decisões do Tribunal pendiam ou para o reconhecimento lacunar do Direito da União Europeia ou para a defesa de determinados princípios, concretamente o princípio do primado no que se refere a direitos fundamentais. A este respeito, Cunha Rodrigues refere que "O Tribunal de Justiça fora colocado numa situação verdadeiramente dilemática. Reconhecer a situação lacunar do direito comunitário na matéria abrindo a porta à coexistência funcional da ordem jurídica comunitária com outras ordens jurídicas, internacionais ou internas, ou reiterar o primado e

[60] Neste sentido, cf. ORESTE POLLICINO, Legal Reasoning of thr European Court of Justice in the context of the Equality between Judicial Activism and Self-restraint, German Law Journal, vol. 5, n. º 3, 2004.

[61] ARTHUR, KAUFMANN, Filosofia do Direito, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, pág. 83.

[62] No caso português, confrontar artigo 10.º, n.º 3, do Código Civil onde se refere que "Na falta de caso análogo, a situação é resolvida segundo a norma que o próprio intérprete criaria, se houvesse de legislar dentro do espírito do sistema".

[63] HART, Teoria do Direito, cit. pág. 314.

[64] HART, Teoria do Direito, cit. pág. 312.

[65] JOSÉ NARCISO CUNHA RODRIGUES, Justiça Comunitária e Qualidade da Justiça: um discurso do método, Coimbra, Coimbra Editora, Revista Julgar (Especial), Set.- Dez. 2008, Págs. 21-40.

declarar formalmente a existência de uma ordem comunitária de protecção dos direitos fundamentais. Optou por esta via. Foi o embrião de um poderoso ordenamento de protecção de direitos fundamentais que contagiou todos os domínios do direito comunitário, integrou o acervo de direitos previstos por instrumentos internacionais, como a convenção Europeia dos Direitos do Homem, e culminou com a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia."[66].

Para Hart, o direito apresenta-se parcialmente indeterminado e incompleto e nessas situações em que o direito não responde à situação jurídica o juiz deve, em face da inexistência de regulamentação, exercer o seu poder discricionário e criar direito para o caso concreto[67]. Para Dworkin caberá ao intérprete em face de uma lacuna o recurso à analogia e a integração da lacuna é realizada em coerência com os princípios subjacentes ao direito existente[68].Importa frisar que até ao Tratado da União não existia nenhuma norma nos Tratados que fundamentasse as competências das Comunidades nem um artigo a consagrar o primado do direito comunitário[69]sobre o direito nacional contrário.

2.4.2. A competência de atribuição[70]

O Artigo 164.º do Tratado de Roma estatuía que "O Tribunal de Justiça garante o respeito do direito na interpretação e aplicação do presente Tratado", no entanto, a função do Tribunal estava limitada pelos limites das atribuições que lhe estavam conferidas pelo Tratado, como decorria do artigo 4.º, n.º1 do Tratado de Roma, sendo esta situação qualificada como competência por atribuição. Importa referir, em primeiro lugar, que naquele artigo 164.º., atrás citado, não se fazia menção a tratado ou a legalidade comunitária, o que se dizia é que o legislador comunitário deveria garantir o direito. Em segundo lugar, a doutrina defendia que a interpretação mencionada naquele artigo era essencialmente uma interpretação teleológica. Após a entrada em vigor do Tratado de Lisboa continua a vigorar uma norma com os mesmos dizeres do artigo 164.º (artigo 19.º, n.1, do TUE), bem como a defesa do princípio da atribuição de competências (artigo 5.º do TUE).

A redacção anterior do actual artigo 5.º do TUE consagrava o princípio da competência por atribuição, o princípio da subsidiariedade e o princípio da proporcionalidade, artigo este que tinha de ser articulado com as "múltiplas bases jurídicas"[71] dispersas nos Tratados, o que criava dificuldades na determinação da competência da União, agravado pelo facto de não existir um catálogo de competências, o que só aconteceu com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa (artigo 3.º a 6.º do TFUE).

Com o Tratado da União (1992) a questão das delimitações das competências torna-se uma questão central, o que levou à consagração expressa quer do princípio de competência de atribuição (Artigo 5.º do Tratado Constitutivo da Comunidade Europeia - TCE) quer do princípio da subsidiariedade (artigo 5.º, n.º 2, do TCE). Com estas duas alterações fixou-se as competências não exclusivas da União e, a contrário, as competências exclusivas, sem a existência de uma tipificação dessas competências. Anteriormente já constava dos textos dos Tratados, pelo menos, implicitamente[72].

[66] CUNHA RODRIGUES, Justiça Comunitária e qualidade da Justiça..., ob. Cit. pág. 31

[67] HART, Teoria do Direito, cit. pág. 337.

[68] HART, Teoria do Direito, cit. pág. 337.

[69] VLAD CONSTANTINESCO, Breves Apontamentos sobre a Repartição das Competências, in DIEGO J.LINÁN NOGUERAS (Dir.), La Reforma de La Delimitación Competencial en La Futura Unión Europea, Granada, Universidade de Granada, 2003, pág. 15.

[70] A consagração da União Europeia como entidade com personalidade jurídica própria dá sentido à utilização da expressão "atribuição", ao contrário do que acontecia anteriormente à entrada do Tratado de Lisboa.

[71] JAVIER DÍEZ HOCHLEITNER, in DIEGO J.LINÁN NOGUERAS (Dir.), La Reforma de La Delimitación Competencial en La Futura Unión Europea, Granada, Universidade de Granada, 2003, pág. 32.

[72] Cf. artigo 3.º do Tratado CEE onde se referia "alcançar os fins enunciados (...)nos termos do disposto e segundo o calendário

O sentido principal do princípio da atribuição é o de limitar a actuação da União aos fins e aos poderes que lhe foram conferidos pelos Tratados e, portanto, trata-se de uma manifestação do princípio da legalidade e de uma Comunidade de Direito[73]. A consagração do princípio da atribuição é consequência do princípio da especialidade dos fins e objectivos plasmados nos Tratados. Um dos corolários do princípio da competência de atribuição é "o equilíbrio institucional que comanda a repartição horizontal de poderes"[74].

O objectivo dos Estados-membros com a consagração daquele princípio era limitar a actuação da União e sublinhar que a regra é a competência nacional e a excepção a competência da União[75], isto se traduzindo numa reacção contra o alargamento dos Estados em desfavor dos Estados e numa "directriz de interpretação" dirigida ao TJ[76].

O artigo 5.º do TUE define-se pelo princípio de atribuição de competências expresso e define as competências em exclusivas e não exclusivas.

Mas a questão da necessidade de delimitar as competências vai continuar em discussão na reforma dos Tratados. A este respeito menciona-se a declaração n.º 23 ao Tratado de Nice onde se refere "A forma de estabelecer e supervisionar uma delimitação mais precisa das competências entre a União Europeia e os Estados membros, que respeite o princípio da subsidiariedade". Esta declaração n.º 23 foi motivada pelos pedidos formulados pelos Lander Alemães[77].

Em face da consagração do princípio da competência por atribuição, o TJUE tem uma competência muito vasta, passando pela fiscalização dos actos dos órgãos da União e dos próprios Estados-Membros.

Atualmente, tendo presente o artigo 19.º, n.º 1, do TUE "O Tribunal de Justiça da União Europeia garante o respeito do direito na interpretação e aplicação dos Tratados." Um ponto importante no que se refere às funções do Tribunal de Justiça é o facto de que, desde muito cedo, se entendeu o Tribunal de Justiça como um órgão que exerce o direito de interpretar e aplicar princípios em face das necessidades e fins do Projecto europeu e numa lógica de um "sistema completo e eficaz de tutela jurisdicional da legalidade"[78]. No entanto, pode afirmar-se que o TJUE exerce competências como se de um Tribunal Constitucional se tratasse quando interpreta ou aprecia a validade de uma disposição de direito da União Europeia em confronto com os Tratados em sede de reenvio prejudicial, ou quando fiscaliza a validade dos atos legislativos do Conselho, do Parlamento e da Comissão, na sequência de requerimento de qualquer um desses órgãos ou dos Estados membros ao abrigo do artigo 263.º do TFUE. Podemos estabelecer que este controlo da constitucionalidade não decorre, tal como acontece no direito norte-americano, dos Tratados (ou da Constituição) mas sim da actividade jurisprudencial, podendo mesmo afirmar-se que o acórdão "Van Gen en Loes" esteve para o Direito da União Europeia, como o Acórdão "Madison" esteve para o Direito Norte-Americano. Aliás o próprio TJUE tem qualificado os Tratados das Comunidades e da União como "a carta

previsto no presente Tratado". Apud MARIA LUÍSA DUARTE, Teoria dos Poderes Implícitos e a Delimitação de Competências entre a União Europeia e os Estados-Membros, Lisboa, Lex, 1997, p. 213.

[73] MARIA LUÍSA DUARTE, Teoria dos Poderes Implícitos e a Delimitação de Competências entre a União Europeia e os Estados-Membros, Lisboa, Lex, 1997, p. 213.

[74] MARIA LUÍSA DUARTE, Teoria dos Poderes Implícitos e a Delimitação de Competências entre a União Europeia e os Estados-Membros, Lisboa, Lex, 1997, p. 213.

[75] Cf Boletim CE, 10/92, anexo I.1 e Boletim CE 12/92, Anexo 1 à parte A.

[76] MARIA LUÍSA DUARTE, Teoria dos Poderes Implícitos e a Delimitação de Competências entre a União Europeia e os Estados-Membros, Lisboa, Lex, 1997, p. 220.

[77] VLAD CONSTANTINESCO, Breves Apontamentos sobre a Repartição das Competências, in DIEGO J.LINÁN NOGUERAS (Dir.), La Reforma de La Delimitación Competencial en La Futura Unión Europea, Granada, Universidade de Granada, 2003, pág. 21.

[78] MARIA LUÍSA DUARTE, Estudos de Direito da União e das Comunidades Europeias, Coimbra, Coimbra Editora, 2000, p, 38.

constitucional de base de uma Comunidade de Direito"[79], ideia que tem sido defendida por Peter Haberle ao referir que o TUE e o TFUE "são em grande parte uma constituição ou, para dizê-lo com mais precisão, uma Constituição Parcial".[80] Importa referir que o TJUE tem jurisdição obrigatória e competência exclusiva e o Tribunal está obrigado a pronunciar-se sobre todos os litígios que lhe são apresentados[81].

Uma das consequências da consagração do princípio da competência de atribuição é a de que a UE não tem a "Competência das Competências" (Kompetenz-Kompetenz). Esta competência pertence aos Estados-membros e foram estes pela sua vontade soberana que determinaram a criação das comunidades e da União Europeia.

Mas, mesmo que se entenda que o TJUE não derroga este princípio no exercício da sua competência, um coisa é certa: o TJUE delimitou e delimita o âmbito da sua jurisdição e o fundamento deste poder está no próprio Tratado ao referir que o TJUE "garante o respeito do direito na interpretação e aplicação dos Tratados"[82].

Alguns autores têm defendido que o facto de o TJUE ter o poder para delimitar a sua própria competência não derroga o princípio da competência de atribuição.

Maria Luísa Duarte entende que não derroga com base em dois argumentos: Em primeiro lugar, e seguindo Miguel Galvão Teles[83], entende que se trata de "uma prerrogativa inerente à função jurisdicional, especialmente aquela que se exerce sob a forma de interpretação e garantia de um tratado institutivo ou de uma constituição"; em segundo lugar, os órgão da União exercem a sua competência em conformidade com as competências que lhe são conferidas pelos Tratados, de acordo com as finalidades que lhes estabelecem, como decorre do actual n.º 13.º, n.º 2, do TUE e, por sua vez, o artigo 19.º n.º 1 do mesmo Tratado refere que o TJUE "...garante o respeito na interpretação e aplicação dos Tratados" no âmbito circunscrito aos meios processuais previstos nos artigos 251.º e seguintes do TUE. E dentro deste âmbito, defende a autora, "o TJ determina autonomamente os limites do seu poder de cognição e fiscalização, privilégio de que não gozam os restantes órgãos comunitários, cuja acção e omissão é objecto de controle da legalidade". No exercício da sua actividade o Tribunal tem limitado os seus poderes numas situações e fomentado a extensão dos seus poderes[84].

Concordo com a posição de Maria Luísa Duarte, subscrevo os seus argumentos e acrescento outro, que é o seguinte: muitas das posições do TJUE são baseadas em princípios, como seja o Princípio da uniformidade na aplicação do Direito da União Europeia, o Princípio (direito) da tutela jurisdicional efetiva, e, portanto, estamos, em última análise, numa situação de colisão de princípios que é resolvida pela aplicação doutros princípios, em prejuízo do princípio da competência de atribuição, mas sem prejuízo da existência do princípio estruturante da competência de atribuição.

2.3.3. A criação de princípios

> *"Meio século de trabalho jurisprudencial permitiu desencantar um vasto conjunto de princípios de que destacaria os da igualdade, da*

[79] Cf. Acórdão Os Verdes/Parlamento, proc. n.º 249/83, de 23 de Abril de 1986, Colect. 1986, p. 1339 e Acórdão Comissão/Bélgica proc. 15/00, de 10 de julho de 2003, Colect. 2003, p. I-7281, n.º 75.

[80] PETER HABERLE, El Tratado de Reforma de Lisboa de 2007, in Revista de Derecho Constitucional Europeo, n.º 9, 2008, p. 13.

[81] FAUSTO DE QUADROS E ANA MARIA GUERRA MARTINS, Contencioso Comunitário, Coimbra, Almedina, 2005, p. 53.

[82] Art. 19.º TUE.

[83] MIGUEL GALVÃO TELES, "A Competência da competência do Tribunal Constitucional", in Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional, Coimbra Editora, 1995, págs. 112 e seguintes.

[84] MARIA LUÍSA DUARTE, Estudos de Direito da União e das Comunidades Europeias, Coimbra, Coimbra Editora, 2000, p.220.

> *irretroatividade da normas penais, da segurança jurídica, da confiança legitima, da proporcionalidade, da efetividade, da equivalência, da proporcionalidade, do efeito útil, da tutela jurisdicional efectiva, do processo justo, da precaução ou da cooperação leal. Nuns casos, estes princípios apresentam-se com a estrutura e o conteúdo que tinham nas disciplinas jurídicas de origem, noutros foram reconformados segundo as exigências e as finalidades do direito comunitário. Estes princípios permitem modular a jurisprudência em harmonia com o pensamento normativo mas com nuances que, com alguma frequência, são a chave da justiça do caso concreto"*[85].

O Tribunal de Justiça principalmente em sede de reenvio prejudicial e tendo presente a liberdade interpretativa decorrente dos factos enunciados nas secções anteriores, tornou-se um criador de normas. Sendo os princípios uma espécie de normas, o Tribunal de Justiça criou, de facto, muitas normas, muitas das quais estruturantes no que se refere ao sistema de relações entre direito interno e Direito da União Europeia. No entanto, nem sempre esta criatividade ou este ativismo judiciário ficaram isentos de crítica[86].

Importa ter presente os efeitos decorrentes dos acórdãos interpretativos em sede de reenvio prejudicial que têm em vista fundamentalmente a uniformização do Direito da União e, por isso, os acórdãos interpretativos têm eficácia retroactiva, ou seja, o acto de interpretação integra-se no acto interpretado. No entanto, por vezes, o TJUE por razões de segurança jurídica ou de confiança legitima pode não atribuir efeitos retroativos ao acórdão, tal como defendeu no Acórdão Defrenne II[87].

Seguidamente, procederemos à enunciação dos princípios.

2.4.Os Princípios e o Desenvolvimento da União Europeia

> *"...os princípios estabelecem um estado de coisas que deve ser promovido sem descrever, directamente, qual é o comportamento devido. O interessante é que o fim, independente da autoridade, funciona como razão substancial para adoptar os comportamentos necessários para a sua promoção. Adopta-se um comportamento porque seus efeitos contribuem para promover um fim. Os princípios poderiam ser enquadrados na qualidade de normas que geram, para a argumentação, razões substanciais (substantive reasons) ou razões finalísticas (goal reasons)"*[88]..

As sociedades globalizadas, pluralistas e a multiculturalidade do presente exigem normas princípio que façam sentido para todos independentemente da sua cultura ou ideologia e que garantam ao sistema jurídico a materialidade ou substância necessárias ao seu regular funcionamento e desenvolvimento[89]. Aliás, o recurso a princípios é uma prática das jurisdições

[85] CUNHA RODRIGUES, Justiça Comunitária..., p. 36.

[86] Hjalte Rasmussen, Between sel-restraint and activism :a judicial policy for ythe European Court, inEuropean Law Reviw, 1988, 13,28-29 e 38 defende uma limitação desta criativa actividade jurisdicional.

[87] Acórdão 8/4/76, proc. n.º 43/75, Rec., págs. 455 e seguintes. Noutro Acórdão "Solumi", de 27-3-80, proc. 66, 127 e 128/79, Rec. Págs. I, 237 e seguintes, defendeu-se que "é apenas a título excepcional que o TJ poderá, por aplicação de um princípio geral de segurança jurídica, inerente à ordem jurídica comunitária, levando em conta as perturbações graves que o seu acórdão poderá causar para o passado, nas relações estabelecidas de boa-fé, ser conduzido a limitar a possibilidade de qualquer interessado invocar as disposições assim interpretadas de forma a pôr em causa as relações jurídicas".

[88] HUMBERTO ÁVILA, Teoria dos Princípios, pág. 48 e 49.

[89] GUSTAVO ZAGREBELSKY, Il diritto mite, Torino, Einaudi, 1992 e El Derecho Constitutional del Pluralismo, in Anuário de Derecho Constitucional y Parlamentario, n.º 11, 1999.

dos Tribunais Superiores dos Estados-membros da União Europeia e do TJUE[90].

Como vimos o Juiz da União ao interpretar os textos dos Tratados, ao descodificar o texto e ao passar do texto à norma, acaba por criar uma norma diferente daquele norma que decorria de uma simples operação matemática. Aliás, o que se tem verificado é que nesse processo criativo de interpretação e de aplicação do direito, o juiz acaba por criar uma norma que não constava do texto da norma. Sobre este processo de criação a que os autores chamam de Jurisprudência Principialista do Tribunal de Justiça[91]Gomes Canotilho refere a seguinte frase: "diz-me se um tribunal aplica princípios e eu digo-te que tipo de justiça ele faz" na medida em que entende que os princípios são um instrumento essencial para fundamentar as decisões.

A interpretação do Tribunal de Justiça foi essencialmente uma interpretação teleológica. Para Coing "a interpretação jurídica, como interpretação aplicada, é sempre teleológica" e "As proposições jurídicas devem ser sempre interpretadas tendo em vista a sua prática tarefa ética; elas não podem ser interpretadas abstraindo desta tarefa, e na ponderação dos possíveis resultados de interpretação e dos critérios da interpretação o jurista não pode deixar de atender a esse objectivo"[92].

Apesar de dos Tratados decorrer que o TJUE não interpreta direito nacional nem aprecia a validade das normas nacionais e de o mecanismo do reenvio prejudicial não ter por objecto o direito nacional, em última linha, acaba por funcionar como "uma espécie de recurso para apreciar a compatibilidade do direito nacional com o Direito da União Europeia"[93].

Os princípios como motor do desenvolvimento do Direito da União Europeia e fomentadores do ativismo judiciário europeu assentam na criação jurisprudencial que leva a criação de regimes e de normas[94], tendo o Tribunal de Justiça optado pela afirmação do primado do Direito da União em relação aos direitos nacionais e pela declaração da autonomia do Direito da ordem jurídica comunitária[95].

A autonomização do Direito da União Europeia deve-se quer ao conteúdo dos Tratados, quer à Jurisprudência do Tribunal de Justiça. E este Direito, como veremos com mais pormenor, assenta na especificidade de certos princípios estruturantes.

Para ilustrar toda a atividade do Tribunal na criação de normas vamos proceder a uma análise sintética dos mais importantes princípios jurisprudenciais realçando a sua relevância no quadro do Direito da União Europeia, designadamente: princípio do primado, princípio da aplicabilidade direta, princípio do efeito direto, princípio da uniformização na aplicação do Direito da União, princípio da cooperação leal, principio da lealdade Europeia, princípio da tutela jurisdicional efetiva, princípio da responsabilidade civil por violação do Direito da União Europeia, princípio da precaução, principio da interpretação, conforme ou compatível com Direito Comunitário.

Quanto ao Princípio do Primado importa referir que o problema do primado (ou da prevalência) do Direito da União Europeia traduz-se em saber, nas relações entre o Direito da União e os Direitos

[90] ALESSANDRA SILVEIRA, Princípios de Direito da União Europeia, Doutrina e Jurisprudência, Lisboa, Quid Juris, pág. 10.

[91] J.J. GOMES CANOTILHO, Tribunal Constitucional, Jurisprudência , Políticas Públicas, Conferência Comemorativa do 20.º Aniversário do Tribunal Constitucional, 2003 (Policopiado), onde faz apelo a uma jurisprudência metodologicamente indutiva, que cria a solução manejando os princípios.

[92] COING, Apud A. CASTANHEIRA NEVES, ob. cit. pág. 54 e 55.

[93] ALESSANDRA SILVEIRA, Princípios de Direito da União Europeia, Doutrina e Jurisprudência, Lisboa, Quid Juris, pág. 10.

[94] Para mais desenvolvimentos, cf ORESTE POLLICINO, Legal Reasoning of the European Court of Justice in the Contexto f the Principle if Equality between Judicial Activism and Sef-restraint, in German Law Journal, vol. 5, n.º3,2004

[95] JOSÉ NARCISO DA CUNHA RODRIGUES, Justiça Comunitária e Qualidade da Justiça : um discurso do método, in Revista Julgar, Numero Especial, 2008, pág. 32

Nacionais dos Estados Membros, qual é o ato que prevalece quando um ato da União Europeia e um ato nacional colidem, ou seja, quando dispõem de modo diverso relativamente às mesmas matérias. Ou seja, o problema do primado apenas se coloca se existir mais de uma norma aplicável à mesma situação. A existência e a elaboração do princípio do primado devem-se à Jurisprudência do TJ, plasmada em três Acórdãos: o Costa/Enel, o Simmenthal[96]e o Factortame[97]. O Âmbito do primado traduz-se no seguinte: todo o Direito da União Europeia prevalece sobre todo o Direito nacional, e o Direito da União Europeia é oponível ao direito estadual, incluindo o direito constitucional. O que se diz é que o Direito da União Europeia é supra constitucional.

No entanto, o Primado do Direito da União Europeia não é absoluto, pois, por um lado, há matérias que não cabem nas atribuições da União Europeia e, por outro, em princípio, cede em matéria de princípios fundamentais.

A sanção para a violação do primado não é a invalidade do ato estadual, mas sim a sua inaplicabilidade (ou seja, a sanção coloca-se ao nível da eficácia).

O princípio do primado refere-se ao posicionamento que o direito ocupa após a sua integração na ordem interna. A natureza do direito da União Europeia implica que o direito da União Europeia valha em face de toda e qualquer norma nacional, "independentemente da sua origem e impondo-se por igual às instâncias comunitárias e aos órgãos nacionais de aplicação do direito comunitário"[98]. O Princípio do primado foi afirmado em 1964 no Acórdão Costa/Enel [99] . É importante ter presente no âmbito deste trabalho que o princípio do primado foi afirmado em sede de aplicação do artigo 267.º (ex artigo 234º).

Atualmente, com a aprovação do Tratado de Lisboa, o princípio do primado tem de ser interpretado em conformidade com o artigo 4, nº1, e 6º. N.º1 e 2 do TUE, bem como com o artigo 53.º da Carta do Direitos Fundamentais, numa perspetiva dinâmica e em constante diálogo cooperativo entre o TJUE e os tribunais dos Estados – membros da União e os princípios e direitos fundamentais comuns aos Estados-membros.

Quanto ao princípio da aplicabilidade direta, segundo este princípio o direito da União Europeia (norma ou acto) é susceptível de ser mediatamente aplicável nos ordenamentos nacionais e i) integra-se na ordem jurídica portuguesa sem necessidade de qualquer ato de transposição de direito interno para que ele vigore e nela se aplique ii) obrigando tribunais e tendo a susceptibilidade de ser invocado pelos particulares nos tribunais portugueses; iii) conservando a sua natureza de direito da União Europeia, beneficiando do primado do Direito da União Europeia. É um princípio essencial da ordem jurídica comunitária, na medida em que "a plena eficácia (o efeito útil) dos Tratados Comunitários exigia que os agentes económicos do mercado comum não se vissem impossibilitados de invocar (efeito directo) perante as jurisdições nacionais as disposições dos tratados e os atos normativos das Instituições comunitárias e, portanto, de fazer valer, nas suas relações recíprocas e em face dos próprios Estados, os direitos que nesses textos jurídicos pudessem fundar"[100]. Têm aplicabilidade direta o regulamento e a decisão (artigo 288.º).

Relativamente ao Princípio do efeito directo do Direito da União Europeia aplica-se fora daquelas situações em que o ato ou a norma de Direito da União Europeia tem aplicabilidade directa, pois aqui não se coloca o problema da sua

[96] Ac. de 9-3-78, Proc. N.º 106/77, Rec. Págs. 629 e seguintes

[97] Ac. 19-6-90, Proc. C-213/89, Col. págs. I - 2433 e seguintes.

[98] (Ramos, Rui Manuel Moura.1999: 99).

[99] Acórdão de 15 de Julho de 1964, processo 6/64, Colect., p. 1141 ss.

[100] MOTA CAMPOS; ob.cit.,p. 342

não invocação imediata. Estão nesta situação as disposições dos Tratados, as decisões que têm como destinatários os Estados, as directivas e os acordos internacionais que obrigam a União Europeia.

O acórdão de 5 de Fevereiro de 1963, Acórdão"Van Gend En Loos", veio declarar que o direito originário (estava em causa o artigo 12.º do Tratado de Roma) tem aplicabilidade directa quando impõe aos Estados-membros uma obrigação precisa; incondicional e perfeitamente determinada e, portanto, cria direitos na esfera jurídica dos particulares os quais podem exigir nos tribunais dos Estados, o cumprimento desses direitos. No acórdão "Simmenthal" de 9.3.1978 o TJ veio precisar a noção de aplicabilidade directa.

Quanto à aplicabilidade directa do direito derivado, importa referir que nos termos do artigo 288.º do Tratado o regulamento "é directamente aplicável em todos os Estados-membros", estando apenas condicionando à sua publicação no JOCE e à sua entrada em vigor determinada nos termos do artigo 288.º.

As decisões têm aplicabilidade directa se conferirem direitos e obrigações a favor ou a cargo dos seus destinatários (artigo 288.º, 4.º parágrafo).

A directiva comunitária como resulta do artigo 288.º tem o Estado membro como destinatário quanto ao resultado a alcançar, deixando, no entanto, às instâncias nacionais a competência quanto à forma e quanto aos meios.

No entanto, no Acórdão "Van Duyn", de 4 de Dezembro de 1974, o TJ veio admitir a aplicabilidade directa da directiva comunitária desde que verificadas as seguintes condições: o prazo de transposição da directiva tenha sido transposto e desde que a norma seja clara, precisa e incondicional [101].

.Quanto ao Princípio da Uniformidade na Aplicação do Direito da União Europeia, o TJUE tem competência para o controlo da legalidade dos actos dos outros órgãos e dos Estados-membros, garantindo, com este controlo, que se produza uma aplicação uniforme do Direito da União Europeia. O Tribunal retira a sua competência dos Tratados e a sua jurisdição existe desde a entrada em vigor das Comunidades Europeias. Este princípio consubstancia-se na garantia de interpretação uniforme do Direito da União Europeia. O Reenvio prejudicial é um mecanismo criado pelos tratados que garante que quando haja dúvida sobre a interpretação a dar a uma norma comunitária ou seja suscitada a invalidade de uma norma de direito da União, o juiz nacional antes de decidir, suscite a questão junto do TJ que decidirá sobre a interpretação e a validade do Direito da União. Só assim se garante o princípio da igualdade entre os cidadãos, as empresas e os Estados.

Quanto ao princípio da cooperação leal, importa referir que o mesmo enforma as relações entre a União e os Estados Membros que está plasmado em várias áreas de atuação da União e nas relações entre tribunais.

Este principio decorre do principio da boa fé e do principio "pact sunt servanda", no entanto, diferencia daqueles na medida em que é um principio que tem como âmbito de aplicação a estrutura, a organização interna e o funcionamento da União Europeia[102], e que teve a sua primeira consagração no artigo 10.º do TCE, com redação anterior ao tratado de Lisboa, onde se estatui que "

[101] É importante distinguir a aplicabilidade directa vertical da aplicabilidade directa horizontal. A primeira significa que os particulares podem invocar em juízo normas de direito comunitário apenas contra o Estado. A aplicabilidade directa horizontal significa que os particulares podem ser invocar as normas nas relações com outros particulares. Quer os regulamentos quer as decisões têm aplicabilidade directa nos dois sentidos. A directiva apenas tem aplicabilidade directa vertical se se verificarem as condições exigíveis no Acordão Van Duyn e nunca têm aplicabilidade directa horizontal, na medida em que as Directivas apenas impõem obrigações aos Estados, tal como resultou do Acórdão Marshall, de 26.2. 1986, o que não exclui a invocação da directiva por defesa de excepção naquelas situações em que se queiram impor ao particular uma norma comunitária contrária a essa directiva, como decorre dos acordãos Nijmann (1.2.1977) e Marleasing (13.11.90).

[102] RUI TAVARES LANCEIRO, O Tratado de Lisboa e o Principio a Cooperação Leal, in Cadernos O Direito, n.º 5, 2010,p. 287.

os Estados-membros tomam todas as medidas do presente Tratado ou resultantes de atos das instituições das Comunidades. Os Estados-membros facilitam à Comunidade o cumprimento da sua missão."

O Princípio da cooperação leal, é desde logo dirigido aos Estados, concretamente aos seus tribunais e à Administração Pública, pois o direito e as políticas dependem da cooperação dessas entidades estaduais para alcançar os seus fins.

Além disso, o princípio da cooperação funciona como pressuposto da aplicação de outros princípios nomeadamente princípio do primado, da aplicabilidade direta, do efeito direto, do dever de interpretar o Direito Nacional em conformidade com o Direito da União, o princípio da responsabilidade civil extracontratual dos Estados membros, etc.

O princípio da cooperação leal, com o Tratado de Lisboa, passa a ter consagração expressa, no artigo 4.º, nº, do TUE[103] onde se pode ler que " Em virtude do princípio da cooperação leal, a União e os Estados-membros respeitam-se e assistem-se mutuamente no cumprimento das missões decorrentes dos Tratados ". Importa realçar que o princípio da cooperação leal foi sistematicamente introduzido na definição das matérias relativas às relações dos Estado-membros e União, nomeadamente no que se refere a repartição de competências.

O princípio da cooperação leal tem como um dos principais objetivos a regulação dos diversos conflitos que podem surgir quer nos sistemas políticos (quer nos jurídicos), que surgem num sistema político como múltiplos níveis, como é a União, na medida em que permite a flexibilização e adequação necessárias para encontrar soluções que satisfaçam vários intervenientes.

Quanto ao princípio (ou direito) à tutela jurisdicional efetiva, importa referir que o Sistema comunitário não tinha inicialmente uma norma que garantisse e explicasse o direito à tutela jurisdicional efetiva[104]. O TJUE reconheceu por via jurisdicional um direito à tutela jurisdicional efetiva, direito esse que passou a fazer parte do catálogo dos direitos fundamentais da União Europeia, garantindo assim a construção de um sistema de garantias processuais básicas[105]. Na criação do princípio da tutela jurisdicional efetiva, o TJUE perante "um sistema de garantias processuais básicas sem texto, nem norma legal vinculativa de referência"[106], adotou as garantias correspondentes a uma tradição constitucional comum sedimentada nos Estados-membros e os documentos internacionais em matéria de direitos fundamentais, nomeadamente a CEDH.

Quanto ao Princípio da Responsabilidade Civil por violação do Direito da União Europeia, importa referir que o Principio da Responsabilidade dos Estados-membros por incumprimento de Direito Comunitário não teve a sua origem nos Tratados institutivos pois é fruto do labor jurisdicional do TJUE, nomeadamente do Acórdão "Francovich"[107]. Este princípio integra-se no acervo comunitário e nasce da necessidade de tutelar o acesso dos particulares a uma indemnização naqueles casos em que não se podem valer do princípio do efeito direto vertical no caso de incumprimento por parte do Estado[108]. Decorre daquele Acórdão que o princípio da

[103] Esta Norma teve como fonte inspiradora o artigo 10.º do TCE.

[104] PATRICIA FRAGOSO MARTINS, Da Proclamação à Garantia Efetiva dos Direitos Fundamentais Em busca de um due processo f law na União Europeia, Estoril, Principia, 2007, pág 175

[105] PATRICIA FRAGOSO MARTINS, Da Proclamação à Garantia Efetiva dos Direitos Fundamentais Em busca de um due processo f law na União Europeia, Estoril, Principia, 2007, pág 175

[106] PATRICIA FRAGOSO MARTINS, Da Proclamação à Garantia Efetiva dos Direitos Fundamentais Em busca de um due processo f law na União Europeia, Estoril, Principia, 2007, pág 176

[107] Acórdão do TJUE de 19/11/1991, Francovich, processo C-6/90 e C-9/90, col.,1-5357 e seguintes.

[108] MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA, O Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas e o Direito da União Europeia, Coimbra, Almedina, 2009

responsabilidade civil extracontratual é "inerente ao sistema do tratado" e que o direito dos particulares a serem indemnizados "tem diretamente o seu fundamento no direito comunitário"[109]. O citado acórdão dizia respeito a uma situação em que o Estado não transpõe uma diretiva e estabelecia três requisitos para aferir a responsabilidade do Estado por incumprimento: a atribuição de direitos por parte da diretiva; a possibilidade de identificação desses direitos nas disposições da diretiva; e a existência de um nexo de causalidade entre a violação da obrigação do Estado na transposição da Diretiva e o dano sofrido pelos lesados.

Outro Principio é o Princípio da interpretação conforme ou compatível com o Direito da União, o qual impõe ao intérprete e ao aplicador dos Estados-membros o dever de interpretar as disposições nacionais conforme o Direito da União Europeia, que inicialmente foi pensado apenas para a transposição das directivas, nomeadamente o teor do terceiro parágrafo do actual artigo 288.º do TFUE. No entanto, este princípio foi adquirindo generalidade e é aplicável no sentido em que todo o direito dos Estados-membros deveria ser utilizado em conformidade com o Direito da União Europeia[110].

2.5. O Tratado de Lisboa e os Poderes do TJUE

A carta dos Direitos fundamentais (aprovada em 7 de dezembro de 2000, em Nice), com o Tratado de Lisboa passa a ter carácter vinculativo e abarca direitos de 1.ª geração (direitos civis e políticos), direitos de 2.ª geração (direitos económicos, sociais e culturais) e de 3.ª geração (defesa dos consumidores, ambiente, etc.). Ao contrário do que acontecia com a CEDH (assinada em Roma, a 4 de novembro de 1950) que só tratava dos direitos de primeira geração.

O Tribunal de Justiça da União vê alargadas as suas competências com vista a garantir a boa aplicação da Carta dos Direitos Fundamentais, pois esta passa a ter o mesmo valor jurídico que os tratados (artigo 6.º do TUE). A Carta passa a ser direito originário. O TJUE em matéria de direitos fundamentais, passa a ter em conta, na interpretação e aplicação do Direito quer a Carta, quer a Convenção dos Direitos do Homem, quer o Direito internacional, quer as tradições constitucionais, não já como princípios gerais do direito comunitário como referia a redação anterior ao tratado de Lisboa, do artigo 6.º, n.º 2 do TUE, mas sim como direito escrito da União (como decorre também do preâmbulo 5.º da Carta). Além de que nessa interpretação e aplicação do direito deve ser aplicada a norma que melhor defender, em concreto, o direito fundamental em causa. A Carta dos Direitos Fundamentais não é vinculativa nem para o Reino Unido nem para a Polónia, nem para a República Checa.

O Tratado de Lisboa, apesar de ter aumentado a competência do TJUE, veio limitar a liberdade interpretativa do TJ, limitando os poderes do TJ, na sequência das críticas que foram apresentadas à sua atividade ao longo dos tempos, em especial no processo de discussão e de aprovação do Tratado Constitucional. Esta limitação da atividade interpretativa do TJUE manifesta-se quer numa formulação mais explícita da tipificação das atribuições e competências da União e dos seus órgãos, quer no fim do acervo comunitário, quer nas limitações em sede de poderes implícitos ou de extensão da competência, quer nas declarações 17 e 18 relativas às disposições anexas ao tratado de Lisboa, quer na irreversibilidade e na imperatividade dos compromissos assumidos pelos Estado-membros.

O TJUE como garante da legalidade do Direito da União e da uniformidade da sua afirmação tem

[109]Acórdão do TJUE de 19/11/1991, Francovich, processo C-6/90 e C-9/90, col.,1-5357 e seguintes.

[110]ALESSANDRA SILVEIRA, Princípios da União Europeia, Lisboa, Quid Juris, 2009, pág. 128.

criado normas, nomeadamente princípios que acabam por ter a sua consagração em letra dos Tratados e noutros diplomas, nomeadamente a Carta dos Direitos Fundamentais.

O exposto acima confirma que a Jurisprudência é uma fonte de Direito da União Europeia, que, principalmente, recorrendo ao elemento teleológico, acaba por criar normas princípios, muitos deles estruturantes do sistema de relações entre o Direito da União e o Direito dos Estados-membros. Mais, esta criação de normas vai quase sempre no sentido do reforço dos direitos dos particulares e das empresas, o que é evidente com o princípio da aplicabilidade direta, o princípio da responsabilidade civil, com o princípio da tutela jurisdicional efetiva. Talvez, esta situação explique a tolerância que os cidadãos europeus têm tido em relação ao TJ.

Analisada a atividade do Tribunal ao longo destes cinquenta anos não é muito difícil encontrar semelhanças entre este percurso e as ideias defendidas por Dworkin e por Hart relativamente aos casos difíceis. Dworkin defendia que perante um caso difícil ("hard case"), ou seja uma situação não prevista previamente pelo legislador, o intérprete não deve declarar a incompletude do direito, mas sim recorrer aos princípios gerais de direito para obter a solução correta. Hart entendia, pelo contrário, que há situações previstas pelo direito e que, nestes casos, deve ser atribuído um poder discricionário ao juiz para criar direito[111].

Assim, por um lado, ao criar este conjunto de princípios o TJ permitiu a criação de uma ordem jurídica com as normas que permitem ao intérprete não recorrer ao exercício do poder discricionário do juiz, comprovando a teoria de Dworkin, e por outro lado, a criação de normas princípio por parte do juiz da União comprova que Hart tinha razão quando referia que nos casos difíceis o juiz pode criar normas através do seu poder discricionário.

[111] Para DWORKIN só havia uma solução correta.

Apesar da diferente metodologia o Tribunal sempre deu primazia ao recurso a princípios e a fundamentações baseadas em critérios finalísticos o que se aproxima de uma argumentação baseada nos princípios.

Importa ainda referir que esta atividade jurisdicional criadora permitiu uma comunicabilidade com o próprio legislador da União Europeia, que se revela também com a menção às decisões nos trabalhos preparatórios dos diplomas da União Europeia[112] [113].

A entrada em vigor do Tratado de Lisboa nomeadamente com o fim do acervo comunitário parece indicar uma limitação à construção e à manutenção de princípios tendo presente a sua importância na autonomia do Direito da União Europeia e no papel decisivo que eles tiveram no reforço e aprofundamento do processo da União Europeia.

3. O Direito Jurisprudencial da União e a Metodologia Jurídica

> *Se concentrarmos a nossa atenção sobre a actividade do juiz, concluiremos que o problema da justiça reside, sobretudo, na cristalização do pensamento teórico e numa praxis incapaz de reflectir sobre si própria, indiferente ao método e pouco sensível às expectativas sociais. A lógica dedutiva ao serviço do positivismo criou e reproduziu verdadeiras escolas de glosadores que citam jurisprudência sem a reconstruir, o que significa, distanciando-a do real, frequentemente do próprio real que*

[112] A Titulo de exemplo, as diretivas n.º 2004/18 204/17 sobre contratos públicos ou a Diretiva 2004/38 CE, relativa ao direito de circulação

[113] Neste sentido, JOSÉ NARCISO DA CUNHA RODRIGUES, Justiça Comunitária e qualquer da Justiça: um discurso do método, in Revista Julgar (Especial), Setembro /Dezembto208, Almedina , pág.33

esteve na sua origem. Esta situação não é exclusiva do direito"[114].

Neste último capítulo deste estudo vamos proceder a algumas considerações com o objetivo de problematizar e também "desconstruir" algumas ideias/considerações com vista a refletir e a criar linhas de investigação, sujeitas a desenvolvimentos futuros.

O método funcional que foi adotado nos primeiros momentos do Tribunal de Justiça, consta dos Tratados e atua de um modo semelhante com o método de qualquer tribunal constitucional[115]. No método funcional os Tratados fixam os fins a alcançar, por vezes acompanhados de planos, e estabelecem os procedimentos para os alcançar, pelos vários órgãos da União em proporções variáveis que "expressam os equilíbrios institucionais queridos pelos Estados-Membros"[116]. Em 1992, foi introduzido o artigo 5.º consagrando o princípio da atribuição das competências e o princípio da subsidiariedade. Além do recurso ao elemento teleológico da interpretação em que a solução depende dos resultados que se pretendem alcançar, o Tribunal de Justiça recorre ao elemento sistemático de interpretação, em que a norma é interpretada em função do resto das disposições dos Tratados[117].

A metodologia adotada pelo TJUE não está em contradição com as ideias defendidas por Dworkin, pois este defendia que a interpretação era criativa uma vez que estava centrada e intencionalmente justificada pelo alcance de "certos interesses práticos fundamentais", o que exigia uma relação estreita entre o objetivo e o objeto[118] .

Importa dizer que, num primeiro momento, o TJUE, principalmente com recurso ao mecanismo do reenvio prejudicial, deu fortes impulsos no sentido de criação do direito, adotando uma postura de juiz integrado na Cível Law (método dedutivo), com um pensamento silogístico, cartesiano, pois a interpretação e aplicação do direito resultava de uma fundamentação baseada no raciocínio de que estava a aplicar o direito previamente criado, apesar de se constatar que o juiz ia, de facto, muito para além da lei. Actualmente a fundamentação do TJUE está mais próxima do direito da Common Law do que da Civil Law, na medida em que na fundamentação das suas decisões recorre à retórica interpretativa.

Quanto ao método jurídico[119] podemos distinguir na Ciência do Direito dois grandes métodos: o método dedutivo e o método indutivo. Defenderam o primeiro o positivismo lógico-normativo, a jurisprudência dos conceitos e a teoria pura do direito. Defenderam o segundo, a jurisprudência dos interesses, o positivismo jurídico empírico, o movimento do direito livre e a sociologia jurídica empírica.

---

[114] JOSÉ NARCISO DA CUNHA RODRIGUES, Justiça Comunitária e Qualidade da Justiça: um discurso do método, Coimbra, Coimbra Editora, Revista Julgar (Especial Setembro /Dezembto208, Almedina , pág. 33.

[115] CRISTINA QUEIROZ, Interpretação Constitucional e poder Judicial, Coimbra, Coimbra Editora, 2000,pág.31, refere que "...o sentido de recurso ao juiz "transforma-se" e com ele a "interpretação constitucional". Esta compreende agora o recurso não apenas às normas, mas também aos princípios, aos valores e às formas argumentação. Em consequência, a interpretação da constituição revê-se num discurso sobre o "método", que se apresenta ao mesmo tempo como uma discussão em torno do conteúdo e sentido do conceito pressuposto de "constituição" no constitucionalismo. Nas palavras de John Rawls: numa sociedade bem ordenada, o esquema interpretativo-o objeto da onterpretação-não é a norma, mas apenas um texto. A interpretação é sempre uma operação retroativa como muito bem sublinha DWORKIN E RICOEUR.

[116] DIEGO J: LIÑÁN NOGUERAS (Dir.), LA Reforma de La Delimitación Competencial en La

[117] MOLINA DEL POZO, Derecho Comunitário, Calamo, Barcelona,1.ª edicióne, 2004.

[118] DWORKIN, Law´s Empire, cit., pág. 50-52.

[119] ARTHUR KAUFMANN. Filosofia do Direito, tradução português, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, pág. 82 define método como "o processo planeado e racionalmente refletido que tem por fim o conhecimento dum objecto" e que "durante, muito tempo a jurisprudência esteve entregue ao pensamento de dedução em sistemas fechados, que era considerado como cientifico em sentido próprio e ainda hoje o é para alguns".

Enquanto aqueles que defendem o método dedutivo assentam a sua posição no "carácter de dever ser do direito, mas esquecem-se do momento do ser do direito, os factos jurídicos", os que defendem o método indutivo "centram-se no ser, na realidade, não conseguindo, contudo, justificar como, partindo daí, sem referência a valores, se alcança um dever-ser"[120].

Atualmente, com todas as criticas que existem contra o positivismo e tendo em conta alguns problemas decorrentes da morosidade dos sistemas de justiça de vários países, há uma tendência para o recurso a métodos indutivos, como, por exemplo, o recurso aos meios alternativos de resolução de conflitos.

O positivismo jurídico empírico, alguns existencialistas, a ética da situação e o método do pensamento casuístico defendem que é possível partir do caso para chegar à decisão jurídica, sem o apoio da norma[121]. Arthur Kaufmann entende que a indução é "uma forma de inferência irrenunciável para a determinação do direito", mas não deixa de dizer que "No entanto a indução é, por si só, um instrumento inapto para chegar a preposições verdadeiras"[122] e que "A indução produz novos conhecimentos, mas a partir de uma base incompleta; daí que conduza apenas a juízos problemáticos...".[123]

Não há método jurídico que possa existir sem um momento indutivo, mas Arthur Kaufmann coloca uma questão muito pertinente neste âmbito: "mas de que modo se poderá chegar exclusivamente por indução, partindo apenas da factualidade do caso a uma decisão por dever, permanece um segredo para todos os que afirmam tal possibilidade"[124]

A União Europeia tem recorrido muito ao método indutivo nos termos do qual "a jurisprudência adota uma hermenêutica pouco obediente ao positivismo lógico e mais aberta ao método indutivo, entretece o sistema de normas com a definição de grandes princípios e é particularmente sensível ao precedente"[125]. O forte recurso a princípios traduz-se na predominância de um método indutivo. Importa referir que há outra característica que apela para a metodologia indutiva, como seja a que nos Acórdãos do TJ não há voto de vencido, pois as decisões resultam do consenso. Nos Acórdãos da Commmon Law há voto de vencido o que não se verifica na Jurisprudência da União Europeia. A explicação desta diferença poderá estar no facto de a falta de voto de vencido ser compensada com a intervenção de advogados gerais e com a ideia de que a decisão deve decorrer do consenso.

Importa referir que há quem entenda, nomeadamente Castanheira Neves, Esser, Kriele que a própria interpretação jurídica, enquanto normativamente constitutiva, tem como obecto problemático o caso decidendo e que não se parte metodicamente da norma para o caso mais sim do caso para a norma[126].

Finalmente, importa referir dizendo que o método interpretativo do TJUE é um método que privilegia a indução em prejuízo da dedução, acompanhando uma tendência atual para aplicação de métodos indutivos na resolução de conflitos, como acontece nos Julgados de Paz portugueses, e com os meios alternativos de resolução de

[120] KAUFMANN e W: HASSEMER, Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas, tradição portuguesa, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, pág. 183.

[121] ARTHUR KAUFMANN, Filosofia do Direito, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, pág. 117.

[122] ARTHUR KAUFMANN, Filosofia do Direito, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, pág. 116.

[123] ARTHUR KAUFMANN, Filosofia do Direito, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, pág. 112

[124] ARTHUR KAUFMANN, Filosofia do Direito, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, pág. 117.

[125] CUNHA RODRIGUES, A Justiça Comunitária..., pág. 36.

([126]) A. CASTANHEIRA NEVES, O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, pag. 80 e 81.

conflitos, concretamente, mediação, conciliação e negociação[127].

Em face da impossibilidade de desenvolver nesta sede toda esta tendência, importa referir que nos Julgados de Paz Portugueses muitos dos procedimentos são alicerçados em princípios, onde, ao contrário do que acontece, em regra, os princípios prevalecem sobre as regras e onde há um fomento para os julgamentos com recurso a critérios de equidade, o que revela a predominância da indução, pois o recurso aos princípios e aos juízos de equidade implica uma análise da realidade que parte do particular para o geral. Na mediação, na conciliação e na negociação parte-se da discussão do caso concreto para a criação da solução (norma), ou seja, do particular para o geral, e, portanto, recorre-se também a métodos indutivos. Constata-se que no recurso a esta metodologia se valoriza o debate, a discussão baseada na troca de argumentos, como instrumento de fundamentação, de justificação e de legitimação das soluções.

Após tudo o que foi exposto e já perto do fim desta investigação, apesar da tentativa de obtenção de respostas para muitas das questões que se colocaram, a única certeza que resta é que tenho mais dúvidas do que aquelas que tinha inicialmente aquando do inicio deste estudo, o que é um bom indício para continuar na senda de novas respostas e de novas perguntas.

A adoção de princípios como modo de sistematizar o direito traduz-se na escolha de um método indutivo em prejuízo de um método dedutivo, na medida em que o processo de decisão passa por analisar o caso concreto e analisar em que medida se cria uma norma que, aplicada àquele caso concreto, alcança o fim plasmado no princípio. No entanto, como já tem sido salientado por alguns autores, nem todos os princípios decorrem da indução pois muitos deles têm origem em usos e costumes e acabam por ter consagração expressa.

Tanto as regras como os princípios permitiram a consideração de aspetos concretos e individuais[128]. Enquanto nas regras, além de serem gerais e abstratas o agir está dependente da autoridade decorrente da norma e, por isso, se parte do geral para o particular, apesar de entendermos que há sempre lugar a aspetos concretos e individuais, nos princípios a autoridade da norma está no seu fim, a questão está em criar um agir concreto que se enquadre com o fim, por isso na sua aplicação há que fundamentar as razões substanciais ou razões finalísticas que levaram à aplicação da norma.[129]Para Humberto Ávila, "enquanto as regras consistem em normas imediatamente descritivas e mediatamente finalísticas, a justificação da decisão de interpretação será feita mediante avaliação de concordância entre a construção conceitual dos factos e construção conceitual da norma. Como os princípios se constituem em normas imediatamente finalísticas e mediatamente de conduta, a justificação da decisão de interpretação será feita mediante os efeitos da conduta havida como meio necessário à promoção de um estado de coisas posto pela norma como ideal a ser atingido"[130].

[127] JOSÉ NARCISO DA CUNHA RODRIGUES, Justiça Comunitária e Qualidade da Justiça: u discurso do método, Coimbra, Coimbra Editora, Revista Julgar (Especial Setembro /Dezembto208, Almedina , pág. 21-40, refere que " efetivamente, a dedução que os tribunais realizam é ainda, nos dias de hoje, em grande medida, Montesquieu, no espírito das leis: o juiz boca morta que pronuncia as palavras da lei. Associada à ideia de plenitude do sistema jurídico esta lógica implica que todo o problema jurídico. E se não é então é porque não é jurídico. O direito assim definido ignora a existência de uma nacionalidade jurídica não dedutiva caraterizada pela aplicação de princípios e de regras de experiencia e a tenta às expetativas criadas a respeito das leis, o que sugeriria uma conceção interativa, probabilista e dinâmica.

[128] HUMBERTO ÁVILA, Teoria dos Princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos, 10.ª Edição, São Paulo, Malheiros Editores, 2009, pág. 48.

[129] HUMBERTO ÁVILA, Teoria dos Princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos, 10.ª Edição, São Paulo, Malheiros Editores, 2009, pág. 48.

[130] HUMBERTO ÁVILA, Teoria dos Princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos, 10.ª Edição, São Paulo, Malheiros Editores, 2009, pág. 75.

A atribuição aos princípios do carácter de normas traduziu-se numa mudança do papel do julgador, concretamente no controlo da constitucionalidade das leis, o que se traduziu numa ampliação do espaço de interpretação e aplicação do direito quer pelos juízes do Tribunal Constitucional quer por todos os outros juízes em sede de fiscalização concreta da constitucionalidade. Assim, a análise da decisão do juiz não fica apenas dependente da sua submissão à lei, mas também de uma "explicação hermenêutica e uma argumentação jurídica"[131] que justifiquem racionalmente o processo de decisão.

Por fim importa realçar e seguindo bem de perto Castanheira Neves, que atualmente e numa perspetiva metodológica os métodos estão a determinar o tipo de interpretação adotada[132].

CONCLUSÕES:

1. O Sistema do TJUE contém em si, por definição, Tribunas que exercem a função jurisdicional com autonomia e no âmbito do equilíbrio institucional da União Europeia, não estão numa posição hierarquicamente superior comparativamente aos Tribunais e exercem a sua atividade em cooperação com os Estados-membros, funcionando como Tribunais especializados em Direito da União e os Tribunais dos Estados membros como tribunais comuns de Direito da União Europeia.

2. O Direito tem uma dimensão prática onde só no momento da aplicação é possível determinar o verdadeiro alcance da norma, por isso, não posso deixar de concordar, entre outros, com Gadamer quando defende que compreensão, interpretação e aplicação são três momentos autónomos mas interdependentes. Kant resumia toda esta ideia numa só frase: "A faculdade de julgar constitui um talento particular que não pode ser apreendido, unicamente exercitado"[133], pois as necessidades de agir, e de decidir, ultrapassam infinitamente as possibilidades de conhecer.

3. A actividade jurisprudencial teve um papel central na primeira fase do Direito da União Europeia, porque os objectivos nos Tratados institutivos eram muito gerais, a textura aberta e a existência de conceitos indeterminados nos enunciados das normas de definição de competência, a existência de normas de conteúdo programático, e também a evolução do sistema de repartição de competências no sentido de atribuir, cada vez mais, poderes às comunidades e à União levou a que o Juiz Comunitário e da União tivesse muita liberdade no exercício da função jurisdicional. Isto, aliado à existência de uma interpretação baseada no elemento teleológico englobam o conjunto de razões que explicam o papel preponderante que o Tribunal de Justiça tem tido, quer na integração quer na construção do ordenamento jurídico do Direito da União Europeia.

---

[131] Argemindo Cardoso Moreira Martins, hermenêutica Principiológica e ponderação de direitos fundamentais: os princípios podem ser equiparados directamente a valores? (paper), 2007.

[132] A. CASTANHEIRA NEVES, O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica, Coimbra, Coimbra Editora., "O problema da interpretação jurídica está, com efeito, a sofrer uma radical mudança de perspectiva no actual contexto metodológico. Deixou de conceber-se tão-só e estritamente como interpretação da lei, para se pensar como actus da realização do direito. E isto significa, por um lado, que a realização do direito não se identifica já com a interpretação da lei, nem nela se esgota. Por outro lado, que não será em função da interpretação da lei, tomada abstractamente ou em si, que havemos de compreender a realização do direito – em termos de se dizer que esta será o que for aquela - antes é pela problemática autónoma e específica da realização do direito, e como seu momento metodológico-normativo, que se haverá de entender o que persista dizer-se interpretação da lei. Com o que o próprio conceito de interpretação jurídica se alerta: de interpretação da lei converte-se em interpretação do direito, de novo a interpretatio legis se confronta coma interpretatio iuris. É que, se intencional e normativamente o direito deixou de identificar-se com a lei, também metodologicamente a realização do direito deixou de ser mera aplicação de normas legais e manifesta-se como o acto judicativamente decisório através do qual, pela mediação embora pelo critério possivelmente oferecido por essa normas, mas com ampla actividade normativamente constitutiva, se cumpram em concreto as intenções axiológicas e normativas do direito, enquanto tal. Dir-se-á que, nestes termos, o pensamento jurídico recuperou o concreto, que vai na essencial vocação do direito, depois que o positivismo legalista, com o seu normativismo analítico. dedutivo, o levara a refugiar-se no alienante abstracto"

[133] Immanuel Kant, Critica da Razão Pura, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 5.ª Edição, 2001.

4. Todas as razões acima mencionadas permitiram que o Tribunal de Justiça criasse normas, princípios jurídicos que, muitos deles, estruturam o sistema de relações entre o Direito da União Europeia e Direito dos Estados-membros.

5. A criação de princípios, a atribuição de alguma liberdade ao juiz não tem como consequências imediatas a arbitrariedade, e a violação dos limites das competências dos juízes relativamente ao poder legislativo e executivo. O exemplo do TJUE como um método interpretativo centrado em objectivos e em princípios demonstra essa afirmação e que, pelo contrário, a actividade jurisdicional do TJUE foi preponderante na tutela dos Direitos dos particulares e das empresas ao criar um conjunto de princípios que reforçaram e garantiram o exercício dos seus direitos plasmados nos Tratados e nas próprias Constituições dos Estados-membros.

6. A análise cuidada da actividade do Juiz do TJUE comprova que foi atribuída ao Tribunal pelos Estados-membros uma ampla liberdade na interpretação e aplicação do Direito Comunitário e que o juiz da União foi um órgão de produção normativa por excelência, criando, ao longo dos anos, normas, concretamente normas princípio que acabaram por regular as relações jurídicas no seio da União, mas também as relações entre os Estados e a União, ao criarem os princípios estruturantes do sistema de relações entre Direito da União Europeia e Direitos dos Estados-Membros.

7. Apesar desse poder atribuído ao juiz da União Europeia o balanço alcançado nos mais variados sectores é um balanço positivo, não deixando os Estados de reconhecer a validade daqueles princípios. A interpretação baseada na finalidade da norma e consubstanciada na fundamentação de uma determinada decisão concreta dá coerência e sentido à norma aplicada.

8. A Actividade criativa da Jurisprudência do TJUE concretamente nos casos difíceis demonstra, por um lado, que o juiz cria normas – no caso em apreço, princípios – o que comprova a posição defendida por Hart que em face da incompletude do Direito Comunitário o juiz da União exerceu um poder discricionário criando as referidas normas princípio. Por outro lado, com a criação desses princípios resulta comprovado que os mesmos estruturam a ordem jurídica como uma teia que retira ao juiz aquele poder discricionário de que falava Hart, comprovando a posição de Dworkin. Aliás, importa sublinhar que muitos dos princípios criados fazem parte do direito escrito da União. Além disso, estes princípios são fruto da actividade judiciária e são estruturantes da ordem jurídica o que está muito próximo de Esser relativamente aos princípios, onde é reconhecida a actividade do intérprete e a ideia de Esser de que "só a casuística nos diz o que é o direito" remetendo a discussão da justiça para a teoria da decisão.

9. Apesar da liberdade de criação normativa ter sido limitada nos últimos tempos, concretamente com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, a criatividade interpretativa do TJUE vai para além daquilo que é concebível pela teoria analítica do direito.

10. Esta liberdade e confiança concedida ao poder judicial e a estruturação do sistema jurídico levado a cabo pela jurisprudência comprovam que a desconfiança e a necessidade de controlo muito rigoroso do poder judicial com vista a garantir a certeza e a segurança jurídica, podem não ser as melhores medidas para atingir os objectivos de quem legisla.

11. Há que reconhecer que a interpretação e a aplicação levada a cabo pelo Tribunal de Justiça, ao lhe ser concedido uma ampla liberdade de interpretação comporta riscos no que se refere há possibilidade dos efeitos das decisões serem nefastos e violadores dos direitos e dos princípios

da União, riscos que poderiam ser limitados por uma adopção de uma perspectiva menos flexível e mais rigorosa do Direito da União. A realidade tem comprovado que tem sido através desta liberdade interpretativa que o Juiz da União criou um manancial de princípios jurisprudenciais consagrados pelas reformas dos Tratados que permite que se afirme que em sede de Direitos Fundamentais o Direito da União Europeia é aquele que mais proclama a defesa desses direitos.

12. A adopção de métodos indutivos na resolução de conflitos foi levada a cabo pelo Juiz da União na criação de princípios acompanhando uma tendência presente nos Julgados de Paz e nos meios alternativos de resolução de conflitos (mediação, conciliação e negociação), tendência que é acompanhada por uma necessidade de discussão, de debate e de troca de argumentos, que fomentam a participação dos interessados e legitimam as soluções.

13. O fomento de uma metodologia indutiva na interpretação e aplicação do direito coloca na figura do juiz mais liberdade e autonomia na criação do direito mas deve ter como consequência uma maior responsabilização e fiscalização da actividade do juiz, sem prejuízo do afastamento do preconceito de que mais liberdade é sinónimo de parcialidade, pelo contrário, é pelo reforço dos poderes do juiz e pelo reforço da autonomia e independência dos juízes que se reforça a sua imparcialidade.

BIBLIOGRAFIA:

- ANA MARIA GUERRA MARTINS (2004), Curso de Direito Constitucional da União Europeia, Coimbra: Livraria Almedina.

- A. CASTANHEIRA NEVES (2003), O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica I, Coimbra, Coimbra Editora.

- ARGEMINDO CARDOSO MOREIRA MARTNS (2007), Hermenêutica Principiológica e ponderação de direitos fundamentais: os princípios podem ser equiparados directamente a valores? (paper).

- ARTHUR KAUFMANN e W: HASSEMER (org.) (2002), Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas, tradição portuguesa, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian.

- ARTHUR KAUFMANN (2004), Filosofia do Direito, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian.

-CLAUS WILHELM CANARIS (1996), Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito, Lisboa, 2.ª Edição, Fundação Calouste Gulbenkian.

- CRISTINA QUEIROZ (2000), Interpretação Constitucional e Poder Judicial, Coimbra: Coimbra Editora.

- DAVID DUARTE (2002), Os Argumentos da Interdefinibilidade dos Modos Deônticos em Alf Ross: A Crítica, A inexistência de permissões fracas e a completude do ordenamento em matéria de normas primárias, Coimbra, Coimbra Editora, in RFDUL, VOL. XLIII, n.º 1.

- DAVID DUARTE (2006), A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa, A Teoria da Norma e a Criação de Normas de Decisão na Discricionariedade Instrutória, Coimbra, Almedina.

- DWORKIN (1998), Law´s Empire, Reimpressão da edição de 1986, Londeon, Hart Publishig, 1998

- EDUARDO GRACÍA DE ENTERRIA, RICARDO ALONSO GARCIA (org.) (2004), "La Encrucijada Constitucional de la Unión Europea", Madrid, Civitas.

- FAUSTO DE QUADROS (1995), O princípio da Subsidiariedade, no direito comunitário após o Tratado da União Europeia, Coimbra: Livraria Almedina.

- FAUSTO DE QUADROS (2004), Uma Constituição para a Europa, Colóquio Internacional de Lisboa, Coimbra: Livraria Almedina.

- FAUSTO DE QUADROS e Ana Maria Guerra Martins (2005) – Contencioso Comunitário – Coimbra: Livraria Almedina. Reimpressão.

- FAUSTO DE QUADROS (2005), "Constituição Europeia e Constituições Nacionais", in Portugal e o

Tratado que Estabelece Uma Constituição para a Europa, O direito, n.º 137.º, ano 2005, IV, V, 687-698.

- FAUSTO DE QUADROS (2008), Direito da União Europeia, Direito Constitucional e Administrativo da União Europeia, Coimbra, Almedina.

- FAUSTO DE QUADROS (2008), Droit de l´Union Européenne: Droit Constitucionnel et Administratif de l´Union Européenne, Bruylant.

- FRANCOIS-XAVIER PRIOLLAUD e David Siritzky (2008), *Le Traité de Lisbonne - Texte et Commentaire article par article*, ed.: La Documenrtation Française, Paris.

- GIUSEPPE ZACCARIA e FRANCESCO VIOLA, Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto, Roma Editoral Laterza, 2004.

- GUSTAVO ZAGREBELSKY (2003), Il diritto mitte. Legge, diritti, giustizia, 1992, trad. Espanhola, Derecho Dúctil, Ley, Derechos, Justicia Madrid Trotta.

- HUGO REIS (2009), "Dworkin e a interpretação jurídica – uma leitura crítica", in Revista O Direito, n.º 41, III, 637-664.

- HUMBERTO ÁVILA (2009), Teoria dos Princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos, 10.ª Edição, São Paulo, Malheiros Editores.

- INÊS QUADROS (2006), A Natureza Objectiva da Competência prejudicial do Tribunal de Justiça, Coimbra, Almedina.

- JACQUES PERTEK (2001) – La Pratique du renvoi préjudiciel en droit communataire, Coopération entre CJCE et juges nationaux– Paris: Litec.

- JACQUES ZILLER, *L'Union européenne (2008), Édition Traité de Lisbonne*, ed.: La Documentation Française, Paris.

- J. J.GOMES CANOTILHO (2000), Direito Constitucional e Teoria da Constituição, Coimbra, Almedina, 4.ª Edição.

- JOSEF ESSER (1961) Principio y Norma en La Elaboración Jurisprudencial del Derecho Privado, Barcelona, Bosh.

- IMMANUEL KANT (2001), Critica da Razão Pura, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 5.ª Edição, 2001.

- JURGEN HABERMAS (1997), Direito e Democracia, entre facticidade e validade, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro.

- ARTHUR KAUFMANN e W: HASSEMER (org.) (2002), Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas, tradição portuguesa, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian.

- MARIA LUISA DUARTE (1997) – A Teoria dos Poderes Implícitos e a Delimitação de Competências entre a União Europeia e os Estados-Membros, Lisboa, Lex.

- MIGUEL GALVÃO TELES (1995), "A Competência da competência do Tribunal Constitucional", in Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional, Coimbra Editora.

- JACQUES DERRIDA (2002), Força de Lei, Porto, Campo das Letras.

- JOSÉ NARCISO CUNHA RODRIGUES (2008), "Justiça Comunitária e Qualidade da Justiça: um discurso do método", Coimbra, Coimbra Editora, in Revista Julgar (Especial), Set.-Dez. 2008, Págs. 21-40.

- MOLINA DEL POZO (2004), Derecho Comunitário, Calamo, Barcelona.

- NICOLÓ TROCKER (2002), La Carta dei Diritti Fondamentali dell`Unione Europea ed il Processo Civile, Milano Revista Trimestrale dei Dirrito e precedura Civile, 56, 4, Dezembro de 2002, pág. 1171-1241.

- NIEL MACCORMICK (1994), Legal Reasoning and legal Theory, Oxford, Oxford University Press.

- PAUL RICOEUR (1997), O Justo ou a Essência da Justiça, Lisboa, Instituto Piaget.

- RICCARDO GUASTINI (1993), Le fonti dell diritto e l´interpretazione, Milano, Giuffré.

- ROBERT ALEXY (1988) "Sistema Jurídico, Princípios Jurídicos e Razão Prática", (paper), San Sebastián, Setembro de 1988, pág. 147-148.

- ROBERT ALEXY (2001), Teoria da Interpretação Jurídica, São Paulo, Editora Landy.

- RONALD DWORKIN (1992), Law´s Empire, 1985, trad. Esp. El Imperio de la Justicia, 2.ª Edição, Barcelona, Gedise.

O Autor

João Chumbinho

Nascido em 3/1/1969, casado e pai de quatro filhos.

Actualmente é juiz de paz e coordenador no Julgado de Paz de Lisboa (desde 21/01/2002). Anteriormente exercia a actividade de advogado.

Contactos: jpchumbinho@gmail.com.

I. Breve Currículo Académico:

– Doutorando em Direito (vertente Jurídico-políticas) na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa;

– Mestre em Direito (vertente Jurídico-políticas) na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (2009);

– Mestre em Ciência Política no ISCTE (2006);

– Pós-graduado em Relações Culturais Internacionais na Faculdade de Ciências Humanas da Universidade Católica;

– Pós-graduado em Direito Contratual na Faculdade de Direito da Universidade Católica; Pós-graduado em Ciências Jurídicas na Faculdade Direito da Universidade Católica Portuguesa; Pós-graduado em Direito Administrativo na Universidade Lusíada; Pós-graduado em Direito da Droga e da Toxicodependência na Faculdade de Direito da Universidade de Direito de Lisboa; Pós-graduado em Direito das Autarquias Locais na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa;

– Curso de Mediação de Conflitos (IMAP);

– Curso de Mediação e Especialização em Arbitragem Internacional (Ilmai e Florida International University).

II. Obras Publicadas:

2009 | "A Constituição e a Independência dos Tribunais", Lisboa, Quid Juris.

2007 | "Os Julgados de Paz e a Prática Processual Civil", Lisboa, Quid Juris

III. Alguns Artigos Publicados:

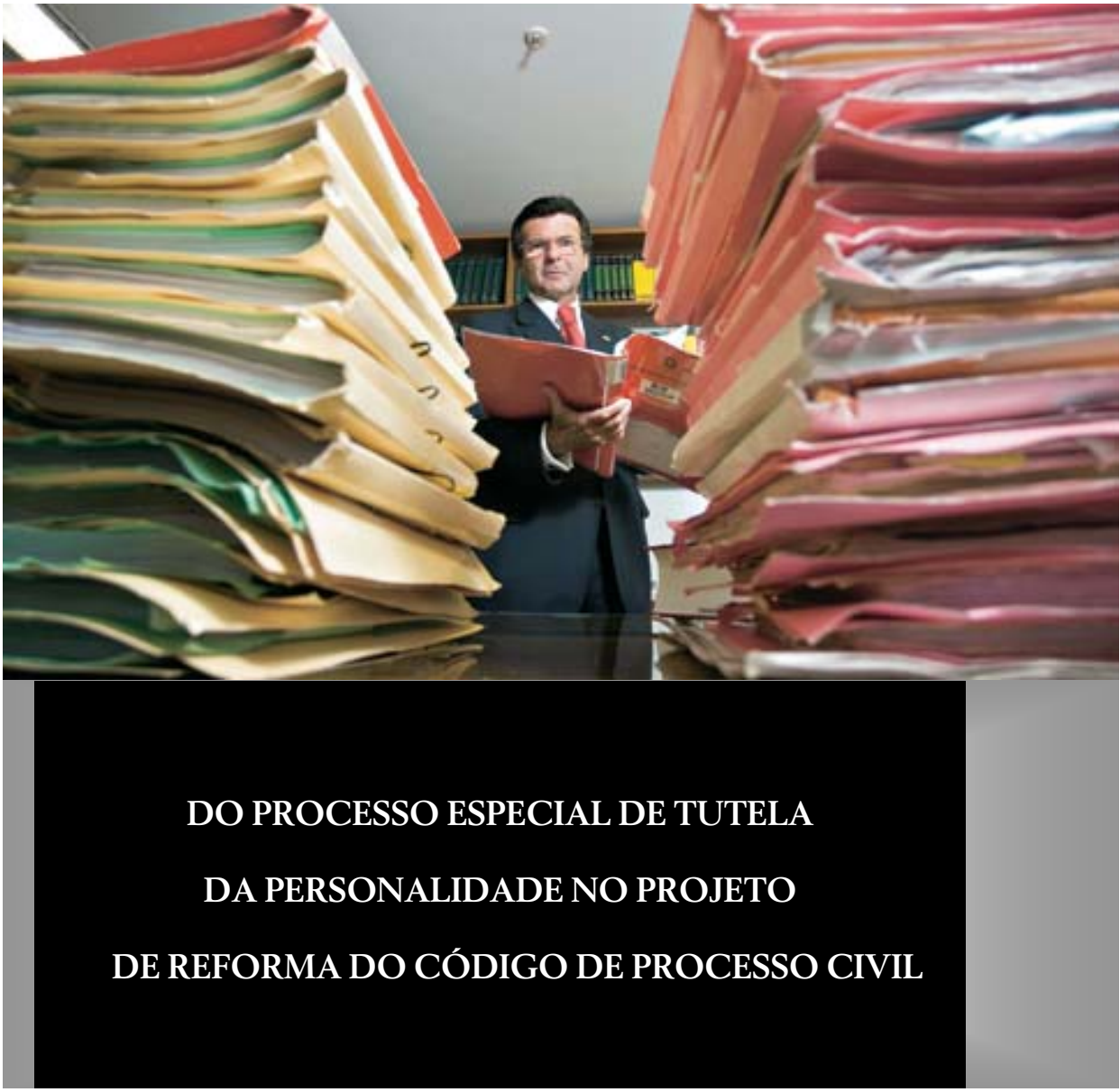
– "O Palco e os Meios para um Acordo Justo e Equitativo", Lisboa; Coimbra Editora, in Colectânea de Legislação sobre Julgados de Paz, 2006, 243-257.

– "Os Julgados de Paz e o Valor da Palavra Dada", Lisboa, News Letter, DGAE, Ministério da Justiça, 2003.

IV. Participação em Organizações:

– Membro do Agrupamento Europeu de Magistrados para a Mediação e da respectiva secção portuguesa;

– Membro Fundador da Associação Nacional dos Juízes de Paz Portugueses (AJUPP). Actualmente é o Presidente da Direcção da AJUPP.



DO PROCESSO ESPECIAL DE TUTELA DA PERSONALIDADE NO PROJETO DE REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

ANA CATARINA FIALHO
Mestranda na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa

RESUMO:

O processo especial de tutela da personalidade é objeto de alterações no Projeto de Reforma do Código de Processo Civil.

Após uma breve explicação sobre os objetivos e a natureza deste processo especial, são analisadas as questões relacionadas com a fundamentação sucinta da sentença, os pressupostos e os limites de natureza constitucional da irrecorribilidade da decisão provisória e a natureza urgente do processo, fazendo-se algumas sugestões para alterações ao Projeto de Reforma ou uma interpretação que garanta sentido útil e eficácia a este importante instrumento processual de tutela de direitos fundamentais.

DO PROCESSO ESPECIAL DE TUTELA DA PERSONALIDADE NO PROJECTO DE REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

ANA CATARINA FIALHO
Mestranda em Direito

SUMÁRIO:
I. Introdução. Os direitos de personalidade: *a)* Na Constituição da República Portuguesa; *b)* Nos instrumentos de direito internacional e europeu; *c)* Na lei substantiva; *d)* Na lei adjectiva; II. A Reforma do Código de Processo Civil; III. A natureza do processo; IV. Os limites da fundamentação sucinta da sentença; V. Pressupostos, limites e irrecorribilidade da decisão provisória; VI. Urgência da fase do recurso; VII. Conclusão.

- I -

INTRODUÇÃO

Os direitos de personalidade são os direitos que asseguram ao respetivo titular o uso de um bem pessoal ou a atuação de um poder pessoal perante todas as demais pessoas.

Como objeto imediato, encontra-se uma parte da própria esfera pessoal do indivíduo, relativamente à qual é atribuída ao respetivo titular do direito, um domínio e, consequentemente, um poder para proibir intromissões alheias.

Implicam uma disponibilidade de meios jurídicos para a realização da dignidade da pessoa, a qual é colocada como sujeito deste direito absoluto.

Em termos de enquadramento jurídico, os direitos de personalidade encontram-se previstos na Constituição da República Portuguesa, em diversos instrumentos de direito internacional e na lei ordinária, designadamente:

a) Na **Constituição da República Portuguesa**:

- artigo 25.º, n.º 1 (a integridade moral e física das pessoas é inviolável);

- artigo 26.º, n.º 1 (a todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à proteção legal contra quaisquer formas de discriminação);

- artigo 66.º, n.º 1 (todos têm direito a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado e o dever de o defender);

b) Nos **instrumentos de direito internacional e europeu**:

- artigo 6.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem (todos os indivíduos têm direito ao reconhecimento em todos os lugares da sua personalidade jurídica);

- artigo 12.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem (ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação):

- artigo 17.º do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (ninguém será objeto de intervenções arbitrárias ou ilegais na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem de atentados ilegais à sua honra e à sua reputação);

- artigo 8.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (qualquer pessoa tem o direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência);

- artigo 7.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (todas as pessoas têm direito ao respeito pela sua vida privada e familiar, pelo seu domicílio e pelas suas comunicações);

c) - Na **lei substantiva**:

- artigo 70.º do Código Civil (a lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral, podendo a pessoa ameaçada ou ofendida requerer as providências adequadas às circunstâncias do caso com o fim de evitar a consumação da ameaça ou atenuar os efeitos da ofensa já cometida);

- artigo 72.º do Código Civil (toda a pessoa tem o direito de usar o nome, completo ou abreviado, e a opor-se a quem outrem o use ilicitamente para sua identificação ou para outros fins);

- artigo 76.º, n.º 1 do Código Civil (as cartas missivas confidenciais só podem ser publicadas com o consentimento do seu autor ou com o suprimento judicial desse consentimento);

- artigo 79.º, n.º 1 do Código Civil (o retrato de uma pessoa não pode ser exposto, reproduzido ou lançado no comércio sem o consentimento deste);

- artigo 80.º do Código Civil (todos devem guardar reserva quanto à intimidade da vida privada de outrem);

- artigo 484.º do Código Civil (quem afirmar ou difundir um facto capaz de prejudicar o crédito ou o bom nome de qualquer pessoa, singular ou coletiva, responde pelos danos causados);

- artigo 1346.º do Código Civil (o proprietário de um imóvel pode opor-se à emissão de fumo, fuligem, vapores, cheiros, calor ou ruídos, bem como à produção de trepidações e a quaisquer outros factos semelhantes, provenientes de prédio vizinho, sempre que tais factos importem um prejuízo substancial para o uso do imóvel ou não resultem da utilização normal do prédio de que emanam);

- artigo 1677.º-C, n.º 1 do Código Civil (falecido um dos cônjuges ou decretada a separação judicial de pessoas e bens ou o divórcio, o cônjuge que conserve apelidos do outro pode ser privado pelo tribunal do direito de os usar quando esse uso lese gravemente os interesses morais do outro cônjuge ou da sua família);

- artigo 210.º do Código dos Direitos de Autor e Direitos Conexos (estabelecendo que o uso ilegítimo do nome literário ou artístico ou de qualquer outra forma de identificação do autor confere ao interessado o direito de pedir, além da cessação de tal uso, indemnização por perdas e danos);

- artigo 34.º, n.º 1 da Lei de Proteção de Dados Pessoais (estabelecendo o direito à reparação pelo prejuízo sofrido em consequência do tratamento ilícito de dados pessoais ou de qualquer ato que viole disposições legais em matéria de proteção de dados pessoais);

- artigo 16.º do Código do Trabalho (estabelecendo a reserva da intimidade da vida privada do trabalhador, abrangendo o acesso e a divulgação de aspetos relativos à esfera íntima e pessoal do empregador e do trabalhador);

- artigo 17.º, n.º 1 do Código do Trabalho (estabelecendo a proteção de dados pessoais relativos à vida privada do trabalhador);

- artigo 19.º do Código do Trabalho (estabelecendo a reserva sobre as informações médicas do trabalhador pelo empregador, salvo se essa necessidade de conhecimento tiver por finalidade a proteção da segurança do trabalhador ou de terceiros ou particulares exigências inerentes à atividade);

- artigo 22.º do Código do Trabalho (estabelecendo a reserva sobre as mensagens de natureza pessoal e acesso à informação de carácter não profissional que o trabalhador envie, receba ou consulte, sem prejuízo do estabelecimento de regras de utilização dos meios de comunicação na empresa);

d) - Na **lei adjetiva**:

- nos artigos 1474.º e 1475.º, ambos do Código de Processo Civil (estabelecendo o processo especial de tutela dos direitos de personalidade);

- nos artigos 186.º-D a 186.º-F, todos do Código de Processo de Trabalho (estabelecendo os processos de impugnação da confidencialidade de informações ou da recusa da sua prestação ou da realização de consultas e de tutela da personalidade do trabalhador).

Assim, os direitos de personalidade estão ligados à vertente moral ou à integridade física, tais como o direito ao bom nome que é normalmente integrado no direito à identidade pessoal, o direito à imagem, o direito à honra, o direito à intimidade da vida privada, o direito à dignidade (na vertente moral) e o direito à saúde e o direito ao repouso e ao descanso (na vertente física).

O processo declarativo especial de tutela da personalidade (artigos 1474.º e 1475.º, ambos do Código de Processo Civil) é um processo muito simplificado, maleável e expedito, destinado a prevenir ou a atenuar os efeitos resultantes de atos lesivos dos direitos de personalidade.

- II -

A REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O processo civil deve ser visto como algo que serve para viabilizar a discussão, a dialética, tão alargadamente quanto possível, em ordem a conseguir-se o desiderato que é a causa final do processo, a saber, a decisão da causa (a boa quanto possível decisão), e não tanto mini-decisões de fases ou subfases processuais.

Por seu turno, o direito de acesso à justiça é indissociável dos demais direitos e princípios de natureza constitucional e processual, implicando também o princípio da igualdade, do contraditório, da igualdade de armas e da concessão da justiça em prazo razoável (artigos 13.º e 20.º, n.^{os} 1, 4 e 5 da Constituição da República Portuguesa[1], 10.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem[2], 14.º, n.º 1, § 1.º do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos[3], 6.º e 13.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem[4], 47.º da Carta

[1] A todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos. Todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objecto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo. Para defesa dos direitos, liberdades e garantias pessoais, a lei assegura aos cidadãos procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade de modo a obter tutela efectiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desses direitos (artigo 20.º, n.^{os} 1, 4 e 5 da Constituição da República Portuguesa, na redacção conferida pela Lei n.º 1/2005, de 12 de Agosto).

[2] Toda a pessoa tem direito, em plena igualdade, a que a sua causa seja equitativa e publicamente julgada por um tribunal independente e imparcial que decida dos seus direitos e obrigações ou das razões de qualquer acusação em matéria penal que contra ela seja deduzida (artigo 10.º, n.º 1 da Declaração Universal dos Direitos do Homem).

[3] Todos são iguais perante os tribunais de justiça. Todas as pessoas têm direito a que a sua causa seja ouvida equitativamente e publicamente por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, que decidirá (...) das contestações sobre os seus direitos e obrigações de carácter civil (...) (artigo 14.º, § 1.º do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, aprovado pela Lei n.º 29/78, de 12 de Junho).

[4] Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada equitativa e publicamente, num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil (artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do

de Direitos Fundamentais da União Europeia[5], 9.º, n.º 2 da Declaração sobre o Direito e a Responsabilidade dos Indivíduos, Grupos ou Órgãos da Sociedade de promover e proteger os Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais Universalmente Reconhecidos, aprovado pela Resolução n.º 53/144 da Assembleia Geral das Nações Unidas de 9 de Dezembro de 1998[6], e 2.º, n.º 1 do Código de Processo Civil[7]).

A jurisprudência constitucional tem considerado que o direito de acesso aos tribunais envolve a eliminação de todos os obstáculos injustificados à obtenção de uma decisão de mérito que opere a justa e definitiva composição do litígio, privilegiando-se claramente a decisão de fundo sobre a decisão de forma (neste sentido, Ac. TC n.º 694/2004; Ac. TC n.º 960/96 e Ac. TC n.º 1169/2006).

Por seu turno, a doutrina constitucional afirma que "a tutela através dos tribunais deve ser efetiva (…) o princípio da efetividade articula-se com uma compreensão unitária da relação entre direitos materiais e direitos processuais, entre direitos fundamentais e organização e processo de proteção e garantia (…) o direito de acesso ao direito e à tutela jurisdicional efetiva (…) é, ele mesmo, um direito fundamental constituindo uma garantia imprescindível da proteção de direitos fundamentais, sendo por isso, inerente à ideia de Estado de Direito (…) É certo que carece de conformação através da lei, ao mesmo tempo que lhe é congénita uma incontornável dimensão prestacional a cargo do Estado (…) no sentido de colocar à disposição dos indivíduos - nacionais ou estrangeiros, pessoas individuais ou coletivas - uma organização judiciária e um leque de processos garantidores da tutela judicial efetiva" (Gomes Canotilho e Vital Moreira, Constituição da República Portuguesa Anotada, vol. I, 4.ª edição, p. 416).

Com o objetivo principal de garantir o financiamento externo necessário ao cumprimento de obrigações previamente assumidas, o Estado Português subscreveu com a Comissão Europeia, o Banco Central Europeu e o Fundo Monetário Internacional o "Memorando de Entendimento sobre as Condicionantes de Política Económica", abrangendo todas as áreas da intervenção do Estado.

No âmbito da administração da Justiça, os objetivos estabelecidos por este "Memorando de Entendimento" traduziram-se na "melhoria do funcionamento do sistema judicial, essencial para o funcionamento correto e justo da economia", no "aumento da eficiência através da reestruturação do sistema judicial", na "adoção de novos modelos de gestão dos tribunais" e na "redução das pendências processuais".

Em suma, as medidas preconizadas para a administração da Justiça visam essencialmente resolver aspetos de gestão processual e de eficiência que permitam reduzir as elevadas pendências processuais (em particular nas ações para cobrança de créditos) e, desta forma, constituir um fator de desenvolvimento económico

Homem, aprovada para ratificação pela Lei n.º 65/78, de 13 de Outubro).

[5] Toda a pessoa cujos direitos e liberdades garantidos pelo Direito da União tenham sido violados tem direito a uma acção perante um tribunal. Toda a pessoa tem direito a que a sua causa seja julgada de forma equitativa, publicamente e num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial, previamente estabelecido por lei (artigo 47.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia).

[6] Todas as pessoas cujos direitos ou liberdades tenham sido alegadamente violados têm o direito, pessoalmente ou através de representantes legalmente autorizados, de apresentar queixa e de que esta queixa seja rapidamente examinada em audiência pública perante uma autoridade judicial ou outra autoridade independente, imparcial e competente, estabelecida por lei, e de obter dessa autoridade uma decisão, em conformidade com a lei, que lhe atribua uma reparação, incluindo qualquer indemnização que seja devida, caso a pessoa tenha sido vítima de uma violação dos seus direitos ou liberdades, e garanta a execução de eventual decisão e o cumprimento da obrigação de reparar, tudo isto sem demora indevida (artigo 9.º, n.º 2 da Declaração sobre o Direito e a Responsabilidade dos Indivíduos, Grupos ou Órgãos da Sociedade de promover e proteger os Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais Universalmente Reconhecidos, aprovado pela Resolução n.º 53/144 da Assembleia Geral das Nações Unidas de 9 de Dezembro de 1998).

[7] A protecção jurídica através dos tribunais implica o direito de obter, em prazo razoável, uma decisão judicial que aprecie, com força de caso julgado, a pretensão regularmente deduzida em juízo, bem como a possibilidade de a fazer executar (artigo 2.º, n.º 1 do Código de Processo Civil).

e de confiança para a atividade das empresas e dos particulares.

Sem qualquer dúvida, estas premissas constituíram o fundamento para a proposta de Nova Reforma do Código de Processo Civil que foi apresentada pela Comissão nomeada ainda no XXV Governo Constitucional e que viria a ser depois retomada durante este Governo, por iniciativa da Ministra da Justiça, embora com objetivos mais amplos do que aqueles que foram definidos numa primeira fase.

Contudo, apesar destes objetivos não o determinarem, a proposta apresentada pela Comissão de Reforma do Código de Processo Civil veio também introduzir alterações na tramitação do processo especial de tutela da personalidade (artigos 1474.º e 1475.º do Código de Processo Civil) introduzindo um inovatório procedimento autónomo, urgente e autossuficiente destinado a assegurar, em tempo útil, a tutela efetiva do direito fundamental de personalidade das pessoas singulares.

Assim, as principais alterações introduzidas podem ser resumidas da seguinte forma:

a) - São condensados os pressupostos do pedido numa única previsão normativa (artigo 1474.º);

b) - É estabelecida uma tramitação processual célere e simplificada da providência semelhante a outras providências com a mesma natureza (requerimento inicial com as provas, designação de julgamento, tentativa de conciliação, contestação com as provas, julgamento e sentença sucintamente fundamentada) (artigo 1475.º, n.os 1 a 3);

c) - Estabelece-se a obrigação do tribunal determinar o comportamento concreto para evitar, atenuar ou fazer cessar a ameaça ao direito de personalidade, bem como o prazo para o cumprimento desse comportamento, com a determinação de eventual sanção pecuniária compulsória (artigo 1475.º, n.º 4);

d) - É prevista a possibilidade de uma decisão provisória, irrecorrível e sujeita a posterior alteração ou confirmação, de acordo com certos pressupostos, preterindo-se a prévia audição da parte contrária que a poderá posteriormente impugnar (artigo 1475.º, n.os 5 e 6);

e) - É estabelecida a natureza urgente dos recursos e um procedimento simplificado de execução, o qual deve incluir a liquidação da sanção pecuniária compulsória (artigo 1475.º-A).

O objetivo deste trabalho consiste em analisar algumas dessas alterações e as suas implicações ou considerações relativamente aos princípios gerais do processo civil.

- III -

NATUREZA DO PROCESSO

O processo especial de tutela da personalidade encontra-se qualificado como processo de jurisdição voluntária (Capítulo XVIII do Código de Processo Civil).

A jurisdição voluntária é exercitada em função dos interesses dos sujeitos envolvidos ou de situações jurídicas subjetivas, cuja tutela é assumida por razões de interesse geral da comunidade, visando a atividade do tribunal, na resolução do caso concreto, com vista a:

a) - permitir um certo interesse ou feixe de interesses previstos na lei e não à mais justa composição dos interesses e direitos contrapostos dos litigantes; ou

b) - um certo interesse ou feixe de interesses deixado à livre apreciação do juiz; ou ainda

c) - para permitir que o juiz se limite a controlar uma auto-composição processual das próprias partes.

No âmbito desta jurisdição, existe uma diferente modelação prática de certos princípios ou regras processuais (neste sentido, Remédio

Marques, *Acção Declarativa à Luz do Código de Processo Civil Revisto*, Coimbra, Almedina, pp. 78-80).

A característica geral dos processos de jurisdição voluntária é a de que não há neles "um conflito de interesses a compor, mas só um interesse a regular, embora podendo haver um conflito de opiniões ou representações acerca do mesmo interesse" (Manuel de Andrade, *Noções Elementares de Processo Civil*, Coimbra Editora, p. 72) ou "um interesse fundamental tutelado pelo direito (acerca do qual podem formar-se posições divergentes), que ao juiz cumpre regular nos termos mais convenientes" (Antunes Varela e outros, *Manual de Processo Civil*, Coimbra Editora, 2.ª edição, p. 69).

Assim, na jurisdição voluntária há, não a decisão de uma controvérsia entre as partes, mas uma atividade de assistência e de fiscalização em relação a atos realizados pelos particulares, sendo a intervenção requerida pela parte interessada. Pode existir controvérsia entre os interessados mas o essencial, nestes casos, é que haja um interesse fundamental tutelado pelo direito e ao juiz se tenha atribuído o poder de escolher a melhor forma de o gerir ou de fiscalizar o modo como se pretende satisfazê-lo.

A ausência de conflito de interesses nos processos de jurisdição voluntária tem reflexos nas regras do próprio processo pois, enquanto nos processos de jurisdição contenciosa, o tribunal é chamado a decidir de acordo com a lei substantiva aplicável, nos processos de jurisdição voluntária, a função do juiz não é tanto interpretar e aplicar a lei, mas avaliar os interesses em jogo, na sua qualidade de terceiro imparcial.

Com vista a explicitar o critério distintivo entre a jurisdição voluntária e a jurisdição contenciosa, Alberto dos Reis afirma que aquela tem um "fim essencialmente constitutivo, tendendo à constituição de relações jurídicas novas ou coopera na constituição e no desenvolvimento de relações existentes" (*Processos Especiais II*, Coimbra Editora, pp. 397-398).

São aplicáveis aos processos de jurisdição voluntária as disposições normativas constantes dos artigos 302.º a 304.º e 1409.º a 1411.º, todos do Código de Processo Civil em que existe uma conformação diferente da tramitação processual, é mais forte a presença do princípio do inquisitório, em contraposição ao princípio do dispositivo, na medida em que o julgador pode investigar livremente os factos, coligir as provas, ordenar os inquéritos e recolher as informações convenientes, tendo o poder de só admitir as provas que julgue necessárias (artigo 1409.º, n.º 2 do Código de Processo Civil)[8].

Contudo, neste tipo de jurisdição, o poder inquisitório do tribunal é complementar do dever de fundamentação do pedido, que cabe às partes, significando, deste modo, que o juiz não fica sujeito apenas aos factos invocados por estas, na fundamentação da decisão que vier a proferir, podendo utilizar factos que ele próprio capte e descubra (neste sentido, Ac. RL de 19/10/1999 *in* CJ, IV, 1999, p. 129).

Por outro lado, o juiz não está sujeito a critérios de decisão fundados em legalidade estrita, podendo pautar-se pela equidade[9], adotando, em

[8] Na jurisdição contenciosa, o juiz só pode, em regra, servir-se dos factos fornecidos pelas partes ao passo que na jurisdição voluntária, pode utilizar factos que ele próprio capte e descubra. Nestes processos, o material de facto sobre que há-de assentar a resolução, é não só a que os interessados ofereçam, senão também o que o juiz conseguir trazer para o processo pela sua própria actividade, dispondo de largo poder de iniciativa na colheita dos factos e nos meios de prova. Em suma, na jurisdição contenciosa, os poderes oficiosos do juiz em matéria de prova têm natureza subsidiária enquanto que, na jurisdição voluntária, essa limitação não existe (Alberto dos Reis, Processos Especiais II, Coimbra, Coimbra Editora, 1982, pp. 399-400).

Com efeito, mesmo na jurisdição contenciosa, a prova dos factos deixou de constituir monopólio das partes já que o juiz tem o poder de realizar ou ordenar oficiosamente as diligências necessárias ao apuramento da verdade, encontrando-se o papel do juiz-árbitro definitivamente ultrapassado (neste sentido, Lebre de Freitas, Introdução ao Código de Processo Civil, Conceito e Princípios Gerais à Luz do Código Revisto, Coimbra, Coimbra Editora, 1996, p. 138).

[9] Como ensina Alberto dos Reis, "um julgamento pode inspirar-se em duas orientações ou em dois critérios diferentes: critério de legalidade, critério de equidade. No primeiro caso, o juiz tem de aplicar aos factos da causa o direito constituído; tem de julgar

cada caso[10], a solução que lhe pareça mais conveniente e oportuna ou devendo procurar antes, pela via do bom senso, a solução mais adequada a cada caso[11] (artigo 1410.º do mesmo Código), sem prejuízo da possibilidade de livre modificação das decisões adotadas pelo julgador, com fundamento em circunstâncias supervenientes que justifiquem essa modificação (cláusula *rebus sic standibus*) (artigo 1411.º, n.º 1 do referido Código)[12].

Finalmente, é inadmissível recurso para o Supremo Tribunal de Justiça de todas as decisões proferidas no âmbito destes processos, contanto que tenham sido pronunciadas segundo critérios de estrita conveniência e de oportunidade, ou seja, segundo critérios (decisórios) de equidade (artigo 1411.º, n.º 2 do Código de Processo Civil).

Como consequências desta natureza de jurisdição voluntária, marcada pelos princípios do inquisitório, da prevalência da equidade sobre a legalidade estrita e da livre modificabilidade das decisões, em primeiro lugar, o tribunal pode determinar oficiosamente a aplicação da sanção pecuniária compulsória nos casos em que não seja pedida ou poderá não decretar essa mesma sanção nos casos em que, tendo sido pedida, entender que não é a solução adequada e, em segundo lugar, permite-se que quando ocorra uma modificação das circunstâncias, para além da modificação da decisão, possa alterar-se a sanção pecuniária compulsória aplicada ou aplicá-la quando não tenha sido anteriormente decretada.

Estabelecidas algumas ideias sobre os pressupostos e natureza desta providência, escolhemos três questões para a discussão, a saber:

a) - Quais os limites da fundamentação sucinta da sentença ?

b) - Quais os pressupostos e limites de natureza constitucional e processual a uma decisão provisória proferida no âmbito de um procedimento que, por si próprio, deve ser célere e simplificado e a justificação para a sua irrecorribilidade ?

c) - Qual a necessidade de estabelecer a natureza urgente dos recursos sem que tal opção tenha sido adotada relativamente à tramitação em 1.ª instância ?

Vejamos cada uma destas questões.

- IV -

OS LIMITES DA FUNDAMENTAÇÃO SUCINTA DA SENTENÇA

A tutela dos direitos e interesses reconhecidos pela ordem jurídica compete ao Estado, através dos tribunais, pela via do direito de ação.

segundo as normas jurídicas que se ajustem à espécie respectiva, ainda que, em sua consciência, entenda que a verdadeira justiça exigiria outra solução. No segundo caso, o julgamento não está vinculado à observância rigorosa do direito aplicável à espécie vertente; tem liberdade de se subtrair a esse enquadramento rígido e de proferir a decisão que lhe pareça mais equitativa" (*Processos Especiais II*, Coimbra Editora, p. 400).

[10] A expressão "em cada caso" significa que o julgador, em vez de se orientar por conceitos abstractos de humanidade e de justiça, deve olhar para o caso concreto e procurar descobrir a solução mais conveniente para os interesses em causa (Alberto dos Reis, *Processos Especiais II*, Coimbra Editora, pp. 400-401).

[11] Contudo, como afirmam Antunes Varela e outros (*Manual de Processo Civil*, Coimbra Editora, p. 72) "a prevalência da equidade sobre a legalidade estrita, nas providências que o tribunal tome, não vai obviamente ao ponto de se permitir a postergação de normas imperativas aplicáveis à situação".

Com efeito, do ponto de vista da técnica legislativa, a explicitação e formulação da discricionariedade ou submissão de determinadas matérias à livre resolução do tribunal ou prudente arbítrio é feita através da utilização de expressões como "pode o juiz", "o tribunal pode ordenar", "como o juiz reputar mais conveniente" e "o tribunal, sempre que o entender conveniente". Por sua vez, quando quer referir-se a poder vinculado, a técnica legislativa faz uso de fórmulas diferentes daquelas, mas nelas detecta-se sempre uma clara imposição ao juiz, como por exemplo, "os actos decisórios são sempre fundamentados", "o juiz designa imediatamente" e "cumpre ao juiz".

[12] Esta possibilidade de livre modificabilidade das decisões não é absoluta já que "o caso julgado forma-se nos mesmos termos em que se forma nos processos de jurisdição contenciosa mas, aqui, não possui o dom da irrevogabilidade na medida em que qualquer resolução pode ser livremente alterada, embora haja transitado em julgado.

Livremente alterada não significa «alterada arbitrariamente ou caprichosamente» pois o tribunal tem que fundamentar a sua decisão e esta instabilidade do caso julgado não vai até ao ponto de prejudicar os efeitos que já tenha produzido a resolução anterior; esses efeitos subsistem. A nova resolução só exerce a sua eficácia em relação ao futuro" (Alberto dos Reis, *Processos Especiais II*, Coimbra, Coimbra Editora, 1982, p. 403).

Ao direito de ação corresponde, da parte do tribunal, o poder-dever de prestar a requerida tutela, que se exprime na definição do direito no caso concreto, através da emissão de uma sentença.

Por meio do exercício do direito de ação e do correspondente direito de contradição, as partes colocam ao tribunal um problema prático, a dita definição do direito aplicável ao caso concreto.

Assim, a sentença é o ato processual que culmina um conjunto pré-ordenado e regulamentado de procedimentos preparatórios, constituindo, precisamente, a solução desse problema.

É esta ideia de solução de um concreto problema prático que dá à sentença a sua especificidade no mundo jurídico, que a distingue da dogmática jurídica, do simples comentário ou anotação, do ensaio erudito, ou do parecer, a que tantas vezes, sem justificação, pretende assemelhar-se.

A sentença deve ser, pois, um documento simples, claro, logicamente ordenado, enxuto (isto é, com o *quantum satis* de argumentação, especialmente de argumentação jurídica), e esgotante, no sentido de que deve resolver suficientemente o problema e não deve dizer nem mais nem menos do que é preciso[13].

A sentença corresponde à resolução de um problema e deve compreender três momentos essenciais: -

a) - o ***enunciado*** em que se expõe o problema e se proclama o que se pretende demonstrar;

b) - a ***discussão*** em que se debate e examina o assunto questionado, através da pertinente argumentação; e

c) - a ***solução*** em que se apresenta o resultado do problema e se desfaz a dúvida que estava na origem dele.

A sentença deve ser fundamentada, deve conter a quantidade de informação necessária e não mais do que a necessária (sob pena de estabelecer confusão no espírito do destinatário, não só sobre o sentido do discurso mas, também, acerca dos reais motivos da solução), deve versar, apenas, as questões com relevo para a solução e, finalmente, deve ser clara (no sentido de não obscura nem ambígua), concisa e ordenada.

Assim, o conceito de fundamentação sucinta da sentença deve entender-se como aquele que pretenda expurgar extensas análises das normas jurídicas aplicáveis ao caso e extensas referências de carácter doutrinal e jurisprudencial, não devendo constituir uma mera compilação ou repositório de legislação, doutrina e jurisprudência, mas devendo cingir-se às pretensões que as partes pretendem fazer valer e aos fundamentos essenciais que as sustentam.

Contudo, importa conciliar esta possibilidade das decisões serem fundamentadas sucintamente com o princípio de que a violação desta imposição não possa constituir qualquer nulidade com influência na decisão da causa.

A fundamentação sucinta (ou sumária) deve ser entendida como fundamentação necessária na medida em que seja suficiente para resolver aquele caso de acordo com o direito, explicando a solução jurídica encontrada para o caso e evitando textos muito extensos, com inúmeras citações de doutrina e de jurisprudência que, por vezes, pouco ou nada se relacionam com o objeto do processo.

A matéria de facto deve ser decidida na sentença, que deve limitar-se à parte decisória

---

[13] Sobre o conteúdo da sentença, ensinava Alberto dos Reis que "o juiz diga as razões jurídicas da sua decisão, é indispensável; que transforme a motivação da sentença num estendal pretensioso de doutrina e opiniões alheias, que faça alarde pomposo, e inteiramente desnecessário, de erudição fácil, eis o que é, de todo em todo, despropositado" (*Código de Processo Civil Anotado*, vol. V, p. 42).

Este autor refere ainda que tão grande era a preocupação do legislador italiano em controlar excessos de erudição fácil que as *Disposições para a actuação do Código de Processo Civil* Italiano proibiam toda a citação de autores jurídicos.

(precedida da identificação sumária das partes e da fundamentação sumária do julgado).

Por outro lado, o relatório - exposição historiada mas concisa dos termos do litígio (ação e defesa), deve igualmente ser simplificado. Evidentemente, em causas de maior complexidade, a sentença poderá não prescindir de uma descrição "resumida e direta" dos termos do litígio, mas essa operação deve ser reduzida ao mínimo sempre que desnecessária.

É inquestionável que a fundamentação das sentenças é a fonte de legitimação dos tribunais perante o cidadão (utente da justiça) mas esta deve igualmente ser feita em função desse mesmo cidadão, explicando-lhe a solução jurídica encontrada para o caso, e não para os juízes ou para os advogados.

Assim sendo, é positivo que a sentença incorpore duas linhas programáticas essenciais: - concentração dos atos (eliminação da decisão autónoma da matéria de facto) e simplificação (fundamentação sucinta).

A sentença não deve ser lugar para uma reprodução (não raras vezes quase textual) dos articulados: "como nestes se escreve muita coisa desnecessária e inútil, como nos articulados se expõem não só os factos essenciais, mas também os factos secundários, é bem de ver que um relatório-cópia dos articulados há-de ser fatalmente uma peça longa, estirada e indigesta" (Alberto dos Reis, *Breve Estudo sobre o Processo Civil*, p. 460).

A motivação (de facto e de direito) também deve beneficiar de alguma flexibilização sempre que tal possa ser conseguido sem prejuízo das garantias das partes.

Com efeito, não faz sentido prever uma tramitação processual simplificada e célere e depois exigir uma peça processual decisória extraordinariamente complexa, extensa e com citações desnecessárias que apenas iriam introduzir um fator de atraso no processo.

A Constituição da República Portuguesa exige que as decisões dos tribunais que não sejam de mero expediente[14] sejam fundamentadas na forma prevista na lei (artigo 205.º, n.º 1 da Constituição).

Esta exigência de fundamentação cumpre duas funções: uma de carácter objetivo e que se traduz na pacificação social, legitimidade e autocontrolo das decisões e outra de carácter subjetivo, relacionada com a garantia do direito ao recurso, controlo da correção material e formal das decisões pelos seus destinatários (Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo III, Coimbra Editora, p. 70).

A fundamentação, ainda que sucinta, exige uma especial motivação das razões de facto (explicados objetivamente, baseados em critérios baseados na livre apreciação da prova ou na experiência comum, em juízos de probabilidade que justificam a adoção daquela factualidade e não de outra) e das razões de direito (explicitando os motivos da qualificação jurídica dos factos e a escolha que conduzirá à procedência ou improcedência do pedido formulado).

Noutra perspetiva, ao *declarar os factos que julga provados e os que julga não provados*, o julgador deve continuar a analisar criticamente as provas e especificar motivadamente as que considera decisivas para a sua convicção e as que têm valor probatório fixado por lei (artigos 653.º, n.º 2 e 659.º, n .º 3, ambos do Código de Processo Civil) enquanto que, *ao aplicar o direito*, deve indicar, interpretar e aplicar as normas jurídicas (artigo 659.º, n.º 2 do mesmo Código)[15].

[14] As decisões de mero expediente são aquelas que se destinam a prover ao andamento regular do processo, sem interferir no conflito de interesse entre as partes, designadamente o despacho que determina a audição das partes com vista ao exercício do contraditório por não conter qualquer decisão implícita, ou o despacho que solicita a uma das partes determinadas informações com vista a permitir ulterior tramitação processual (artigo 156.º, n.º 4, 1.ª parte do Código de Processo Civil).

[15] É prevista uma dupla fundamentação de facto e de direito (neste sentido, Lebre de Freitas, *Introdução ao Processo Civil - Conceito e Princípios Gerais à Luz do Código Revisto*, Coimbra Editora, pp. 108-109).

A fundamentação deve observar a forma prevista na lei o que significa que o legislador constitucional confere ao legislador ordinário uma margem de conformação concreta no dever de fundamentação a qual deverá sempre permitir o conhecimento das razões que motivaram a decisão.

Uma fundamentação sucinta da sentença implica, assim, uma diferença importante na sua elaboração, um esforço importante na sua clareza lógica e expositiva, naturalmente exigida pela simplificação da tramitação processual e pela delimitação das questões que são apreciadas nesta providência especial de tutela dos direitos de personalidade.

É frequente o uso de expressão semelhante em diversas outras disposições normativas do processo civil, designadamente nos artigos 400.º, n.º 3, 404.º, n.º 1, 796.º, n.º 1 e 1416.º, n.º 2, todos do Código de Processo Civil, 4.º, n.º 7 do Decreto-Lei n.º 269/98, de 1 de Setembro (regime das ações declarativas para cumprimento de obrigação pecuniária emergente de contrato) e 60.º, n.º 1, alínea *c)*, da Lei n.º 78/2001, de 13 de Julho (lei dos julgados de paz).

O dever de fundamentação não pode ser igual para todo o tipo de decisões judiciais, sendo assim condicionado pelo objeto de cada tipo de decisão e o alcance dessa fundamentação também deverá ter em conta a novidade da questão, a originalidade da decisão ou o entendimento firmado na doutrina e na jurisprudência.

Embora a fundamentação deva exprimir uma declaração de autoria, ou seja, implicar uma deliberação autónoma coerente com a responsabilização pessoal do juiz por essa decisão, isso não afasta a possibilidade de remissão desde que a mesma não consubstancie uma simples adesão aos fundamentos alegados no requerimento ou na oposição (artigo 158.º, n.º 2 do Código de Processo Civil)[16].

Em suma, a fundamentação sucinta da decisão definitiva (e provisória) que decide o processo especial de tutela da personalidade não pode deixar de exigir a argumentação necessária e suficiente para tornar compreensível a resolução factual e jurídica do conflito, devendo o juiz adequar a necessidade de fundamentação, mais ou menos extensa, à singularidade de cada caso, cumprindo assim a intenção de adotar a tramitação processual adequada às especificidades da causa e o conteúdo e a forma dos atos ao fim que visam atingir[17].

- V -

PRESSUPOSTOS, LIMITES E IRRECORRIBILIDADE DA DECISÃO PROVISÓRIA

A tutela urgente é aquela que, com carácter de urgência, traduzida na simplificação do formalismo e no encurtamento dos prazos processuais, fornece uma tutela definitiva (não provisória).

Esta tutela distingue-se da tutela cautelar na medida em que fornece uma tutela definitiva mas, por outro lado, não tem que ver com a atribuição de carácter de urgência típico dos procedimentos cautelares (artigo 382.º, n.º 1 do Código de Processo Civil), já que esta atribuição não se reflete na tutela concedida mas apenas nalguns aspetos da tramitação desses procedimentos, designadamente na redução dos prazos para a prática de determinados atos processuais e na não suspensão dos prazos processuais durante as férias judiciais (artigos 144.º, n.º 1, 160.º, n.º 2, 382.º, n.º 1, 685.º,

[16] Uma aparente excepção a esta regra é a que consta do artigo 15.º, n.º 4 do Decreto-Lei n.º 108/2006, de 8 de Junho (aprova o Regime Processual Civil Experimental), prevendo essa possibilidade de adesão aos fundamentos do autor quando a acção não seja contestada e resultem daqueles fundamentos as razões de facto e de direito em que se funda a decisão. Também o Projecto de Reforma do Código de Processo Civil introduz uma alteração à regra actualmente em vigor ao passar a estabelecer que "a justificação (da decisão) não pode consistir na simples adesão aos fundamentos alegados no requerimento ou na oposição, *salvo em casos de manifesta simplicidade*" (artigo 158.º, n.º 2 do Projecto).

[17] Conforme artigo 265.º-B do Projecto de Reforma do Código de Processo Civil.

n.º 1 e 691.º, n.º 5, todos do Código de Processo Civil).

Apesar da exigência constitucional estabelecida no artigo 283.º da Constituição, o ordenamento jurídico português não conhece nenhuma forma de tutela urgente relativa aos direitos de personalidade, ou seja, procedimentos especiais caracterizados pela celeridade e prioridade que permitam obter tutela efetiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desses direitos.

Com efeito, apesar da tramitação ligeira e simplificada do actual processo especial de tutela da personalidade, a finalidade preventiva desta providência não retira a necessidade de recorrer a uma providência cautelar para prevenir a violação de um direito de personalidade, especialmente quando esteja em causa a necessidade de decretamento do pedido sem prévia audição do requerido se esta puser em risco sério o fim ou a eficácia da providência (artigo 385.º, n.º 1 do Código de Processo Civil).

Optou-se pela possibilidade de decretamento de uma decisão provisória, irrecorrível e sujeita a posterior alteração ou confirmação no próprio processo se, a partir do requerimento inicial apresentado pelo requerente (e correspondentes meios probatórios que o devem acompanhar) puder ser realizado um juízo indiciário suficiente sobre a lesão iminente ou irreversível da personalidade física e moral e se, em alternativa, o tribunal não conseguir formar uma opinião segura sobre a existência, extensão ou intensidade da ameaça ou da consumação da ofensa ou se existirem razões justificativas de especial urgência que imponham aquela decisão provisória sem prévia audição da parte contrária (artigo 1475.º, n.º 5).

Esta possibilidade de decretamento de uma decisão provisória e outra definitiva no mesmo processo não é estranha ao ordenamento jurídico português e constitui uma exigência (ainda que não exclusiva) do princípio da economia processual o qual exige que o resultado processual deva ser atingido com a maior economia de meios e, desta forma, permita resolver o maior número de litígios com os atos e formalidades indispensáveis ou úteis, designadamente através do aproveitamento da ação proposta para um fim e evitar a propositura de nova ação ou providência para conseguir a mesma solução.

Não é consagrada uma solução semelhante à que é prevista para o procedimento cautelar (a denominada inversão do contencioso) já que este procedimento reveste autonomia e autossuficiência quando se pretenda obter, em tempo útil, a tutela efetiva do direito fundamental de personalidade e sem que a decisão provisória (e necessariamente cautelar) se possa consolidar como definitiva composição do litígio com os mesmos contornos que são estabelecidos para os procedimentos cautelares.

Por seu turno, a irrecorribilidade das decisões provisórias não é uma questão nova na doutrina e nalguma jurisprudência, embora seja uma novidade no que respeita ao processo civil declarativo comum ou especial.

Na doutrina e a propósito de uma disposição normativa que prevê a possibilidade do tribunal decidir a título provisório matérias que devam ser decididas a final em qualquer estado da causa (artigo 157.º, n.º 1 da Organização Tutelar de Menores), Tomé D'Almeida Ramião defende que, não sendo o juiz obrigado a decidir, essa decisão é tomada no uso legal de um poder discricionário e, consequentemente, tal decisão é irrecorrível (*Organização Tutelar de Menores Anotada*, 9.ª edição, Quid Juris, p. 54).

Contudo, esta posição não tem sido uniformemente adoptada pela jurisprudência a qual tem considerado a possibilidade de recurso dessas decisões (Ac. RL de 02/03/2010 proferida no proc. n.º 1560/09.6TBVFX-C.L1-1; Ac. RC de 31/10/2007 proferido no proc. n.º 72/07.7TBCTB-B.C1, ambos *in* www.dgsi.pt).

Admitindo a existência de um poder discricionário quanto à conveniência ou oportunidade das medidas provisórias, esta jurisprudência afirma que o conteúdo das mesmas não está coberto pelo referido poder discricionário e deve ser estabelecido de acordo com critérios sindicáveis perante o tribunal superior.

Por outro lado, as medidas provisórias podem perdurar por algum tempo, não fazendo sentido deixar o seu conteúdo insindicável pois, apesar de se tratar de decisão provisória, esta pode não coincidir com aquela que vier a ser proferida a final.

Constitui jurisprudência uniforme do Tribunal Constitucional que o direito de acesso aos tribunais não impõe ao legislador ordinário que garanta sempre aos interessados o acesso a diferentes graus de jurisdição para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos.

A existência de limitações à recorribilidade funciona como mecanismo de racionalização do sistema judiciário, possibilitando que o próprio acesso à justiça não seja posto em causa pelo confluir de todas as causas às diversas instâncias de recurso.

Fora de determinados domínios, o legislador dispõe de uma ampla margem de liberdade na conformação do direito ao recurso, podendo estabelecer limites ao recurso das decisões jurisdicionais em função do tipo e objectivo das acções, da relevância das causas ou da importância das questões[18].

Constitui entendimento uniforme da doutrina e a jurisprudência constitucional que é "a partir da descoberta da *ratio* da disposição em causa que se poderá avaliar se a mesma possui uma «fundamentação razoável»" (neste sentido, Ac. TC n.º 232/2003).

Assim, são admissíveis diferenciações de tratamento, desde que sejam objectivamente justificadas por valores constitucionalmente relevantes e se revelem racional e razoavelmente fundadas, "cabendo assim ao legislador ordinário definir ou qualificar as relações da vida a tratar igual ou desigualmente, dentro dos limites constitucionais, devendo os tratamentos diferenciais ser fundamentados através de critérios constitucionalmente relevantes e ser censurados apenas os casos de desrazoável desigualdade" (Ac. TC n.º 186/90).

Em suma, existe um genérico direito de recorrer das decisões judiciais mas também existe a possibilidade de conformação do legislador ordinário em restringir os recursos desde que essa limitação ou restrição observe os princípios da igualdade e da proporcionalidade.

Na situação em análise, não obstante se poder considerar que a decisão provisória proferida no âmbito do processo especial de tutela da personalidade ainda pode perdurar por algum tempo (pois nem sempre a celeridade e simplificação do procedimento é sinónimo de celeridade do processo) ou que a decisão final pode vir a ser diversa da decisão provisória (prejudicando assim os direitos do requerido já que

[18] O Projecto de Reforma do Código de Processo Civil preconiza uma forte redução da recorribilidade de outras decisões.

Por um lado, não altera as regras estabelecidas nos artigos 679.º (excepciona da recorribilidade os despachos de mero expediente e os proferidos no exercício legal de poderes discricionários) e 508.º, n.º 6 (despachos de convite ao aperfeiçoamento dos articulados) mas, por outro lado, passa a estabelecer claramente que são irrecorríveis:

a) - os despachos proferidos ao abrigo do princípio da adequação formal (n.º 2 do artigo 265.º-A);

b) - os despachos que decorrem da aplicação do "novo" princípio da gestão processual (artigo 265.º-B);

c) - as decisões que admitam depoimentos testemunhais para além do número máximo permitido, fazendo, deste modo, jus aos poderes de direcção do juiz, a quem competirá formar a convicção sobre o que se encontra provado e não provado e contrabalançando, de certa forma, a redução para metade do número de testemunhas que, em regra, podem ser inquiridas no processo ordinário (artigo 632.º, n.os 1 e 4);

d) - as decisões proferidas sobre nulidades relativas (artigo 201.º, n.º 4).

Em suma, a expressa previsão da irrecorribilidade de decisões que não conflituem com os princípios da igualdade ou do contraditório ou com as regras da aquisição processual e da admissibilidade dos meios probatórios constitui um sinal acrescido de que efectivamente se pretendeu reforçar os poderes do juiz relativamente a actos com cunho marcadamente instrumental e que não colocam directamente em causa os interesses das partes.

a questão apenas releva em caso de decretamento de decisão provisória positiva), a verdade é que o legislador ordinário necessitava de acautelar a existência de procedimentos judiciais céleres e prioritários que permitam obter tutela efectiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desses direitos (artigo 20.º, n.º 5 da Constituição da República Portuguesa).

É certo que se poderia afirmar que o legislador ordinário poderia ter salvaguardado essa possibilidade no âmbito dos procedimentos cautelares enquanto providência prévia à instauração da acção principal mas a verdade é que existem razões constitucionais que impediriam uma cláusula de irrecorribilidade das decisões provisórias proferidas no âmbito de um procedimento cautelar que versasse sobre direitos de personalidade e o estabelecimento de uma regra geral de recorribilidade das decisões provisórias.

Ao afirmar esse princípio (da irrecorribilidade da decisão provisória) no âmbito da tramitação própria do processo especial de tutela da personalidade, o legislador ordinário confina-o aos objectivos que visa prosseguir - acautelar a tutela de direitos fundamentais de forma célere e prioritária - e, ao mesmo tempo, confere-lhe um conjunto de pressupostos específicos que justificam essa irrecorribilidade (pela excepcionalidade e premência das razões que impõem essa tutela) que não poderiam figurar no regime geral das providências cautelares comuns ou especificadas.

Com efeito, para fundamentar esse juízo provisório (e insindicável), o legislador impõe a existência da possibilidade de lesão iminente e irreversível da personalidade física ou moral e a impossibilidade de se poder formar uma opinião segura sobre a existência, extensão, intensidade da ameação ou consumação da ofensa ou a existência de razões justificativas de especial urgência que imponham a preterição do princípio da audiência prévia.

Trata-se de um juízo sumário da existência do direito e do fundado receio de que outrem, antes de ser proferida a decisão de mérito, cause lesão grave e dificilmente reparável (o denominado *periculum in mora*).

Por outro lado, o legislador dispunha de uma jurisprudência consistente e unânime firmando a opinião que, mesmo perante uma situação de colisão de direitos, os direitos de personalidade devem prevalecer sobre direitos de natureza patrimonial ou que a circunstância da actividade lesiva estar devidamente licenciada não é impeditiva da possibilidade de lesão dos direitos de personalidade, designadamente:

a) - no Ac. RG de 29/10/2003 (CJ, IV, 2003, pp. 284) fez-se prevalecer o direito ao repouso e descanso das pessoas afectadas por ruídos sobre uma suposta perda de postos de trabalho de uma unidade fabril;

b) - no Ac. RC de 15/01/2002 (CJ, I, 2002, p. 5) entendeu-se que os direitos de personalidade devem considerar-se superiores ao direito ao trabalho e livre iniciativa económica;

c) - no Ac. RC de 15/02/2000 (CJ, I, 2000, p. 23) decidiu-se que os direitos de personalidade prevalecem, em princípio, sobre o direito de propriedade, embora deva averiguar-se se a prevalência dos primeiros não resulta em desproporção intolerável face aos interesses em juízo;

d) - no Ac. RL de 15/06/1999 (CJ, III, 1999, p. 115) entendeu-se que o direito à qualidade de vida, como direito de personalidade, prevalece sobre direitos de carácter económico;

e) - no Ac. STJ de 26/04/1995 (CJ-STJ, I, 1995, p. 155) decidiu-se que, num conflito de valores e interesses entre a laboração de uma instalação fabril e uma ambiente de vida humana, sadio e equilibrado, deve dar-se prevalência a este último;

f) - no Ac. STJ de 06/05/1998 (CJ-STJ, III, 1998, p. 76) entendeu-se que não afasta o carácter ilícito da ofensa o facto da emissão de ruído estar contida nos limites legalmente fixados e de tal actividade ter sido autorizada administrativamente;

g) - no Ac. RP de 14/03/1996 (CJ, II, 1996, p. 193) decidiu-se que, mesmo que devidamente licenciado, um estabelecimento continua adstrito à obrigação de respeitar todos os direitos de personalidade que são juridicamente mais importantes;

h) - no Ac. STJ de 09/01/1996 (CJ-STJ, I, 1996, p. 37) entendeu-se que não deixa de ofender o direito ao repouso o facto de o ruído ultrapassar em pouco o máximo legal;

i) - no Ac. RC de 01/01/1996 (CJ, IV, 1996, p. 104) decidiu-se que o licenciamento administrativo apenas significa a permissão da actividade pela competente autoridade, não autorizando o agente a violar o direito ao repouso, à tranquilidade e ao sono de outrem.

Esta jurisprudência (consentânea com as opiniões da doutrina)[19] permite ao legislador ordinário encontrar o fundamento ou o suporte necessários para estabelecer a irrecorribilidade da decisão provisória que decrete providência destinada a tutelar direitos de personalidade na medida em que definiu um princípio geral de prevalência destes direitos sobre outros direitos e interesses de natureza económica.

É certo que o legislador poderia optar pela solução idêntica à que se encontra estabelecida no procedimento cautelar, ou seja, a garantia do direito de defesa do requerido, cuja audiência prévia foi dispensada, através do direito de oposição ou de recurso (artigo 388.º do Código de Processo Civil).

Ou poderia até optar por uma solução mais mitigada que consistiria em admitir a possibilidade de recurso da decisão provisória mas atribuir-lhe efeito não suspensivo da decisão recorrida (artigo 692.º, n.º 1 do mesmo Código), o que permitiria a exequibilidade imediata da decisão.

Contudo, a realidade judiciária demonstra que, normalmente, as questões mais evidentes de necessidade de tutela dos direitos de personalidade exigem uma resposta célere e eficaz, em prazos muito apertados e que poderiam nem sequer ser compatíveis com dúvidas relacionadas com a possibilidade do requerido ser ouvido e deduzir oposição[20], não apenas ao pedido formulado mas também quanto aos fundamentos da decisão provisória, ou com dúvidas relacionadas com a observância dos prazos de recurso da decisão e a sua exequibilidade.

São razões mais que suficientes que justificam, em nosso entender, a previsão legal de restrição do direito de recurso de uma decisão susceptível de afectar a posição de uma das partes, neste caso, o requerido ou demandado mas fundamentadas na existência de motivos que, caso fossem postergados, tornariam inútil a própria decisão final[21].

[19] Menezes Cordeiro, Tratado de Direito Civil Português I, Parte Geral, Tomo III, pp. 140-142.

[20] Embora o legislador utilize a expressão "réu" no n.º 6 do artigo 1475.º consideramos mais adequada a expressão "requerido" (utilizada no n.º 4) tendo em conta a natureza de jurisdição voluntária desta providência e a sua tramitação simplificada e (quase) incidental.

[21] Tal como na providência cautelar, os pressupostos que o tribunal deve apreciar são os seguintes: -

a) - **a probabilidade séria da existência de um direito**, ou seja, o requerente terá que oferecer prova sumária («*summaria cognitio*») do direito de personsalidade ameaçado o que quer dizer que não se impõe a antecipação de um juízo definitivo que só a respectiva decisão definitiva permitirá, sendo apenas exigido um juízo de probabilidade ou verosimilhança, uma aparência do direito («*fumus bonus iuris*»);

b) - **o fundado receio de que alguém cause lesão grave e de difícil reparação a esse seu direito**, sendo aqui que se perfila a verdadeira essência da providência provisória, ou seja, evitar um prejuízo que se receia, o qual tem que ser grave e de difícil reparação, procurando obviar a que a decisão no processo se torne puramente platónica e que tenha um efeito útil;

c) - **não ser o prejuízo resultante da providência superior ao dano que com ela se pretende evitar**, resultando daqui um juízo de proporcionalidade entre o decretamento da decisão provisória e a correspondente ingerência na esfera jurídica do requerido e, por

Em suma, o receio tem que ser justificado na medida em que a natural demora na resolução definitiva do litígio cause prejuízo irreparável ou de difícil reparação. Não se compadece com qualquer dano que venha a ser produzido, uma vez que o campo onde este poderá ser discutido será obviamente a tramitação normal do processo especial de tutela da personalidade.

Essa tutela provisória (e cautelar) apenas se justifica caso se alegue e demonstre ocorrerem todos os pressupostos de que depende a sua concretização, emergindo dessa apreciação a ideia de existirem graves inconvenientes para o requerente da demora que uma decisão definitiva na própria providência especial de tutela da personalidade poderia produzir no direito que se pretende proteger com as medidas preventivas ou atenuadoras.

Assim, em face das consequências da decisão provisória que adoptar, o juiz deve igualmente ponderar a existência dessas razões por forma a que o conteúdo da decisão, caso não venha a ser confirmada, não se torne ela própria injusta, não só por força do tempo decorrido mas também do alcance e âmbito da decisão (que se deverá conter nos limites da tutela da protecção do direito de personalidade física ou moral em risco de ser violado).

- VI -

URGÊNCIA DA FASE DE RECURSO

É comum dizer-se que a justiça tem de ser pronta, até porque só uma justiça pronta se pode considerar uma justiça justa.

A administração da justiça debate-se, assim, com um grave dilema: - por um lado, todos os seus destinatários exigem rapidez e eficácia na sua concretização, afirmando que uma justiça lenta e morosa é injusta.

Por outro lado, aqueles que são também os destinatários directos da administração da justiça exigem que esta se não faça à custa dos direitos das partes e demais sujeitos processuais e que as decisões sejam suficientemente ponderadas pois, caso contrário, essa justiça será também injusta[22].

A administração da justiça exige assim a adequada proporção entre, por um lado, uma justiça rápida e eficaz e, por outro lado, uma justiça cujas decisões possam ser ponderadas, sob pena de, pela prevalência de uma ou de outra, se tornar manifestamente injusta.

A demora de uma acção judicial é assim um facto normal, impossível de remover totalmente[23].

É por isso que o legislador não pode (nem deve) "banalizar" a atribuição de carácter urgente a determinados processos na medida em que essa atribuição pode implicar uma carga enorme de processos urgentes em fase de instrução ou de decisão que comprometa a própria *ratio* do princípio, defraudando as legítimas expectativas das partes e a a própria administração da Justiça.

Se assim fosse, então estava encontrado o modo de tornar a Justiça mais célere, nomeadamente nos tempos actuais em que, como é do conhecimento geral, os processos se arrastam por muito tempo, não apenas pelo grande volume de processos existentes nos tribunais, mas também porque estes estão sujeitas a formalidades e prazos exigidos pela estrutura e tramitação do próprio processo.

Como se disse, a atribuição de carácter urgente a determinados processos, releva apenas nalguns aspectos da sua tramitação, designadamente na redução dos prazos para a prática de determinados actos processuais e na não suspensão dos prazos

outro lado, o prejuízo que o requerente procura acautelar com essa diligência.

[22] Pensar uma reforma do processo (civil ou penal) não é apenas uma questão de aumentar ou diminuir a rapidez judicial. É pensar, antes de tudo, num processo justo, razoável (em tempo e em modo) onde os direitos e as garantias processuais tenham campo de actuação sem usos inadequados ou abusivos.

[23] Não parece, por isso, possível, como fez o pintor no *Processo* de Kafka, representar a "Justiça" e a "Vitória" numa só figura, colocando-lhe, nas mãos, uma balança e, nos pés, umas asas.

processuais durante as férias judiciais (artigos 144.º, n.º 1, 160.º, n.º 2, 382.º, n.º 1, 685.º, n.º 1 e 691.º, n.º 5, todos do Código de Processo Civil).

Encontramos aqui a primeira questão: não se prevendo expressamente a natureza de processo urgente à tramitação em 1.ª instância da providência especial de tutela do direito de personalidade, o prazo para a interposição de recurso deve ser o prazo geral de trinta dias (artigo 685.º, n.º 1 do Código de Processo Civil) ou o prazo especial para os processos urgentes de quinze dias (artigo 691.º, n.º 5 do mesmo Código) ?

A disposição normativa em causa afirma que os recursos interpostos pelas partes devem ser processados como urgentes (artigo 1475.º-A, n.º 1) o que poderia dar a ideia de que o processamento como urgente se aplica apenas à fase de recurso, ou seja, a partir do momento em que é interposto o requerimento manifestando a intenção de recorrer da decisão (artigo 684.º-B, n.º 1 do Código de Processo Civil).

Salvo o devido respeito, não deve ser esse o entendimento já que o fundamento da norma não se destina apenas a conferir natureza urgente ao processamento do recurso mas evidenciar a continuidade de um procedimento que deve ser considerado urgente desde o seu início.

Com efeito, embora não o diga expressamente, o legislador utiliza as expressões "imediatamente", "contestação apresentada na própria audiência", "na falta de alguma das partes (...) o tribunal ordena a produção de prova" ou a decisão "sucintamente fundamentada", evidenciando não apenas uma tramitação simplificada desta providência mas também uma tramitação célere e urgente.

Deste modo, a previsão proposta para o n.º 1 do artigo 1475.º-A mais não é do que a manifestação da continuidade na urgência desse procedimento junto do tribunal de recurso, sabendo-se que poderia ser nesta fase que a necessidade de uma tutela urgente deste direito fundamental poderia ser colocada em causa.

O direito de acção e de acesso à justiça pressupõe que a resposta judicial à pretensão deduzida tenha lugar em prazo razoável, compreendendo assim todo o procedimento já que implica o direito a uma decisão judicial que aprecie, com força de caso julgado, a preensão regularmente deduzida em juízo, bem como a possibilidade de a fazer executar computando-se, assim, a duração desse prazo razoável desde a data da propositura da acção ou providência até ao termo do processo[24].

Em conclusão, só fará sentido considerar efectiva e útil a previsão de natureza urgente dos recursos no âmbito da providência de tutela do direito de personalidade se for entendido que a simplificação do procedimento justifica igualmente uma tramitação urgente na 1.ª instância o que deverá ter consequências não apenas ao nível da prática dos actos pelos magistrados e pela secretaria mas também pelas partes e respectivos advogados, designadamente quando esteja em causa o próprio cômputo dos prazos ou a sua contagem[25].

Com vista a evitar confusões e divergências desnecessárias, sempre geradoras de desconfianças e incompreensões da liberdade e da actividade intelectual dos juristas, melhor seria que o legislador, de uma forma simples e sem quaisquer dificuldades, clarificasse que o processo especial de tutela da personalidade é de natureza urgente, incluindo o recurso.

[24] No mesmo sentido, citando decisões do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, Ireneu Cabral Barreto, *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem Anotada*, Coimbra, Coimbra Editora, 4.ª edição, 2010, pp. 149-150 e 183).

[25] Com efeito, noutras situações semelhantes, é usual verificar na jurisprudência dos tribunais superiores que boa parte da actividade dos tribunais e dos advogados "se perde" na discussão se determinado prazo corre durante as férias judiciais ou não ou se esse prazo deve ser contado relativamente a processo urgente, o que poderia ser facilmente resolvido com normas claras e objectivas.

- VII -

CONCLUSÃO

Da discussão havida em torno da Reforma do Processo Civil, não se afigura que este processo especial de tutela da personalidade constitua uma questão controversa, sendo até, nalguns setores, bem-vindas as alterações propostas.

Sem prejuízo das observações que fazemos sobre os cuidados a ser observados na aplicação prática de algumas soluções, parece-nos que o resultado desta alteração pode considerar-se globalmente positivo.

Saibam os juristas aproveitar este instituto processual, bem como os cidadãos estarem atentos à tutela dos seus direitos fundamentais.

BIBLIOGRAFIA:

ALBERTO DOS REIS, *Código de Processo Civil Anotado*, Volume V, Coimbra, Coimbra Editora, 1979;

ALBERTO DOS REIS, *Processos Especiais II* (reimpressão), Coimbra, Coimbra Editora, 1979;

ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português I - Parte Geral*, Tomo III, Coimbra Editora;

ANTUNES VARELA, J. MIGUEL BEZERRA E SAMPAIO E NORA, *Manual de Processo Civil*, 2.ª edição revista e atualizada, Coimbra, Coimbra Editora, 1985;

CRISTINA FERRAZ, *Jurisdição Voluntária no Processo Civil*, Curitiba (Brasil), Juruá Editora, 2008;

IRENEU CABRAL BARRETO, *A Convenção dos Direitos do Homem Anotada*, 4.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2010;

Jorge Miranda e Rui Medeiros, Constituição Portuguesa Anotada, Tomo III, Coimbra, Coimbra Editora, 2007;

JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Ensaio sobre a Jurisdição Voluntária*, 1.ª edição atualizada, Campinas (Brasil), Millenium Editora, 2000;

JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *A Acção Declarativa Comum - À Luz do Código Revisto*, 2.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2011;

JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *Introdução ao Processo Civil - Conceito e Princípios Gerais*, 2.ª edição – Reimpressão, Coimbra, Coimbra Editora, 2009;

MANUEL DE ANDRADE, *Noções Elementares de Processo Civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 1979;

PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3.ª edição, Coimbra, Almedina, 2000;

REMÉDIO MARQUES, *Acção Declarativa à Luz do Código de Processo Civil Revisto*, Coimbra, Almedina, 2007;

TIAGO SOARES DA FONSECA, *Da tutela judicial civil dos Direitos de Personalidade – Um Olhar Sobre a Jurisprudência, in* www.oa.pt, Janeiro 2006;

TOMÉ D'ALMEIDA RAMIÃO, *Organização Tutelar de Menores* - Anotada e Comentada, 9.ª edição (actualizada e aumentada), Lisboa, Quid Juris, 2010.

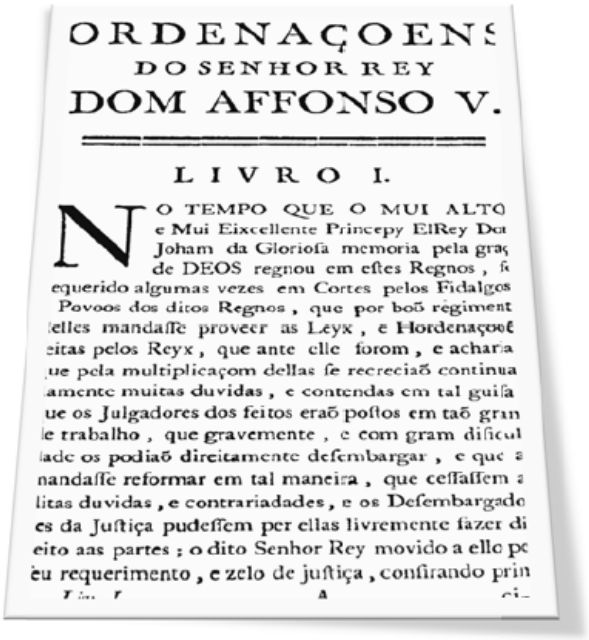
A AUTORA

ANA CATARINA FIALHO

– Licenciada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa.

– Co-autora do texto "A Autoridade Internacional dos Fundos Marinhos" (Verbo Jurídico).

– Mestranda em Ciências Jurídico-Forenses na Faculdade de Direito na Universidade Nova de Lisboa.



ORDENAÇOENS
DO SENHOR REY
DOM AFFONSO V.

LIVRO I.

NO TEMPO QUE O MUI ALTO e Mui Eixcellente Princepy ElRey Dom Joham da Glorioſa memoria pela graç de DEOS regnou em eſtes Regnos, ſ equerido algumas vezes em Cortes pelos Fidalgos Povoos dos ditos Regnos, que por boõ regiment elles mandaſſe proveer as Leyx, e Hordenaçoẽ eitas pelos Reyx, que ante elle forom, e acharia ue pela multiplicaçom dellas ſe recreciaõ continua amente muitas duvidas, e contendas em tal guiſa ue os Julgadores dos feitos eraõ poſtos em taõ gran le trabalho, que gravemente, e com gram dificul lade os podiaõ direitamente deſembargar, e que a nandaſſe reformar em tal maneira, que ceſſaſſem a litas duvidas, e contrariadades, e os Deſembargado es da Juſtiça pudeſſem per ellas livremente fazer di eito aas partes; o dito Senhor Rey movido a elle pe eu requerimento, e zelo de juſtiça, confirando prin

REGISTO HISTÓRICO-JUDICIAL

●

AS ORDENAÇÕES AFONSINAS

As Ordenações Afonsinas, ou Código Afonsino, são uma das primeiras colectâneas de leis da era moderna, promulgadas durante o reinado de Dom Afonso V (ano de 1446).

O código visava esclarecer a aplicação do direito canónico e romano no Reino de Portugal.

O Livro I trata dos cargos da administração da justiça.

OS JUÍZES, PROCURADORES E ESCRIVÃES NAS ORDENAÇÕES AFONSINAS

Reprodução das *Ordenações Afonsinas*

Título 26
Dos "Juízes Ordinários"

TITULO XXVI.

Dos Juizes Hordenairos, e couſas, que a ſeus Officios perteẽcem.

OS Juizes devem ſeer cuidoſos, e trabalhar, que na Cidade, ou Villa, honde for Juiz, e em ſeos termos ſe nom façom malleficios, nem malfeitorias, e ſe forem feitas, ou outros alguũs dãpnos, tornarem aos que os fazem com grande diligencia, e ſem tardança.

1 E porem Mandamos aos Juizes, que ſom, e pelo tempo forem, que em cada huũ anno hũa vez vaa huũ delles por os termos da Cidade, ou Villa ſaber, e enquerer, e fazer geeral Correiçom ſobre eſtas couſas.

2 Item. Se acontencerem hi mortes d'homeẽs, ou de molheres, ou furtos, ou roubos, ou forças de molheres caſadas, ou virgeẽs, ſolteiras, ou viuvas,

e ſe cada hũa deſtas couſas acharem, ſaber quem as fez, e em que tempo, e como, ou porque, enquerendo ſobre cada huũ em geeral, e decendendo ao eſpicial, honde virem que compre.

3 Item. Saber ſe ha hi taffuues, e homeẽs que vivaõ mal.

4 Item. Se ha hi adevinhos, ou feiticeiros, ou alcovetas.

5 Item. Se ha hi alguãs molheres, que ſejam barregãas de homeẽs caſados, ou de Clerigos, ou Frades, ou d'outros Relligioſos.

6 Item. Se ha hi alguũs, que ſejam dãpninhos com ſeos guados, e beſtas, e os lancem aſſabendas de dia, ou de noute nos agros dos paaẽs, vinhas, e hortas, e pumares, e nos outros lugares, que dam fruito.

7 Item. Se ha hi alguũs, que furtem, ou cortem as arvores, e olivaaes alheos, que dem fruito.

8 Item. Se ha hi alguũs, que tomem, ou forcem, e per algũa guiſa embarguem as jurdiçooẽs do Concelho, e lhe vaã contra ſeus foros, e privilegios.

9 Item. Se ha hi alguũs, que tomem, ou embarguem os bens, e poſſiſſoões, e reſſios, e caminhos, e ſervidooẽs do Concelho.

10 Item. Se ha hi fontes, ou chafarizes, ou caminhos, e calçadas do Concelho, que ſejam mal *apoſtadas (a).

11 Item. Se o Alcaide maior, ou meor poem Alquai-

(a) poſtas *M.*

quaide de ſob ſua maaõ em alguũs lugares, honde ſe nom deve de poer.

12 Item. Se fazem pedidas de pam, e vinho, e guados, e d'outras couſas.

13 Item. Se prendem, ou ſoltam alguũs ſem mandado da Juſtiça, ou ſe os leixam de prender por peitas, que recebam.

14 Item. Se allugam geiras, ou ſerviços.

15 Item. Se os Juizes do anno paſſado uſarom de ſeus Officios como deviaõ, ou ſe fezerom aggravos alguũs.

16 Item. Se leixarom de fazer direito, e Juſtiça per medo, ou temor, ou por peita, ou por amor, ou por negrigencia.

17 Item. Se levarom ſerviços, ou geiras, e de quem.

18 Item. Se ha hi alguũs Saiooẽs, ou alguãs peſſoas poderoſas, que façam ſobervas, ou coſtrangimentos na terra, ou que enduzam os homeẽs a andarem em arroidos, e contendas, * e (a) * em feitos.

19 E das couſas, que achar, que elle per ſy logo pode correger, prenda, e correga dando appellaçom, e aggravo nos caſos, que deve; e ſe taaes couſas forem, que per ſy nom poder correger, faça-o ſaber aaquelles, a que perteence; a ſaber, dos crimes, e malfeitorias a Nós, e ao Corregedor, e das outras, que

(a) Falta.

que ao Concelho perteẽcem, aos Regedores, e Officiaaes do Concelho.

20 E outra tal Inquiriçom deve tirar dentro na Cidade, ou Villa per as Freguezias, e fazer ſobre todo guardar as Leyx, e Hordenaçooẽs do Regno, e as poſturas, e Hordenaçooẽs do Concelho.

21 Item. Em todos os feitos de mortes d'homeẽs, e molheres, e forças, e roubos deve tomar per ſy as Inquiriçoẽs, nom as cometendo a outro nenhuũ, e como forem acabadas, * enviar nos (a) * feitos das mortes (b) ho trellado a Nós, e * outro ficar (c) * na Arca do Concelho.

22 Item. Trabalhem-ſe de ſaber parte dos malfeitores, e os prender; e ſe na terra nom forem, ſaberám honde ſom, e enviar recado aos Juizes, e Juſtiças, que os prendam, e lhos enviem.

23 Item. Fazer ſuas Audiencias bem ouvintes, e aſſeſſegadas, e * ouvindo (d) * as partes bem, leixando-lhes dizer de ſeu direito o que quiſerem, nom lhes dizendo maas pallavras, nom os doeſtando, nem fazendo outro mal por refertarem o ſeu direito.

24 Item. Trabalhem-ſe, que façam ambos as Audiencias aos tempos, que devem; e quando algum delles for doente, ou auſente de juſta cauſa, nom leixe, nem ponha por ſy Ouvidor; e faça-o ſaber aos Vereadores, e Regedores, e elles darom carrego a al-

(a) enviar-nos os S. (b) a ſaber S. (c) e outro ficará S. (d) ouvir S.

alguũ dos Vereadores, qual virem, que mais perteencente for, que o dito carrego tenha.

25 Item. Saibam ſe os Almotacees uſam de ſeus Officios, como devem, e ſe o contrairo fezerem do que lhes he mandado, ou forem negrigentes, tornem-ſe a elles, e coſtrangã-nos pera ello, aſſy por os corpos, como pelos beẽs, ſegundo he contheudo nas couſas, que devem fazer ſob as penas hi contheudas.

26 Item. Nom lhes conſentirom que dos feitos d'Amotaceria uſem de hordenar proceſſos, nem grandes Eſcripturas, e brevemente os livrem; e aſſy livrem os Juizes os aggravos, e appellaçoões, que perante elles vierem, fazendo-lhes logo o Almotace por palavra rollaçom ataa conthia de dez mil libras, e d'hi pera cima livrem-nos com os Vereadores na Rollaçom.

27 Item. Os Juizes façaõ em tal guiſa, que nos feitos das injurias os Vereadores ponhaõ aguça em ſerem concluzos, e como ho forem a primeira quarta feira depois da concluſom os levem logo aa Rollaçom, e os deſembarguem com os Vereadores, ſe ſoſpeitos nom forem; e ſe alguũ for, tomem dos outros homeẽs boõs da Cidade, ou Villa, que ſoſpeitos nom forem, em ſeu loguo; e a Rollaçom ſeja perante as partes, ou aa ſua revellia, ſe pera ello forem chamadas ao dia aſſinado; e o livramento, que derem, façam-no cumprir, e dar á enxecuçom, e nom recebaõ apellaçom, nem aggravo, ſalvo ſe eſſes feitos forem de

de Fidalgos, ou Vaſſallos, ou aconthiados em cavallo, e armas, porque em eſtes deſſas peſſoas as devem dar.

28 Item. Feitos de furtos ataa conthia de cinquo livras da moeda antigua, ou cinquo (a) deſta, ou honde o ladrom nom for enfamado d'ante, ou entom, ou em outros furtos, livrem-no com os Vereadores ſem appellaçom, ſalvo ſe for feito em Igreja, ou em feira, ou em caminho publico.

29 Item. Porque os Juizes hordenairos com os homeẽs boõs teem o regimento da Cidade, ou Villa, elles ambos quando poderem, ao menos huũ, hiraõ aa quarta feira, e ao ſabado ſempre aa Rellaçom da Camara, pera com os outros hordenarem o que entenderem por prol cũmunal, e por direito, e juſtiça.

30 Item. Sem delonga farom cada dia Audiencia aos feitos dos preſos, e lhes darom livramento.

31 Item. Coſtrangerom o Alquaide, e ſeus homeẽs, que os tragam a Audiencia, e prendaõ os que lhes elles mandarem, e ſoltarom per ſeu mandado.

32 Item. Coſtrangerom o Alquaide, que ſerva, e guarde a Cidade, ou Villa de noite, e de dia com os homeẽs jurados, que lhe forem dados na Camara, ſegundo que lhe he hordenado em cada huma Cidade; e façam-lhe pagar o que ham d'aver por o Alquaide, e nom os pagando, tomem-lhe tanto das ſuas rendas, porque os paguem do que aſſy ham d'aver.

(a) mil S.

14

33 ITEM. Porque os beẽs dos horfoõs andam em maa recadaçom, trabalhem-ſe os Juizes, a que dello he dado carreguo em eſpecial, ou os hordenairos, honde Juizes eſpeciaaes deſto nom ouver, de ſaberem logo todos os meores, e horfoõs, que ha na Cidade, e termos; e aos que tetores nom ſom dados, que lhos dem logo; e façam fazer partiçooẽs de ſeos beẽs, e os entregar aos tetores per conto, e recado, e Inventairo feito per Eſcripvaõ de ſeu Officio: e pera ſe nom poderem ſeos beẽs enalhear, façam logo huũ livro, e ponha-ſe nos almarios na * Arca (a) * da Cidade, ou Villa, em que eſcrepvaõ o tetor, que he dado ao meor, * e quando he treladado (b) *, o Inventairo de todollos beẽs, que aos meores * acontecem (c) *.

34 ITEM. Saibaõ logo como os beẽs deſſes meores ſom aproveitados, e ſe o nom forem, façaõ-nos logo aproveitar; e os que dapnificados forem ſaibaõ loguo por cuja culpa o ſom, e por ſeus bens lhos façom logo correger, e pagar, e tornar a ſeu eſtado com os fruitos, e rendas, que delles poderaõ aver, * ſe aproveitados foram (d) *.

35 ITEM. Os que forem pera arrendar façaõ-nos meter em pregom, e rematem-ſe como entenderem por ſua prol; e os que forem pera adubar, mandar, e coſtranger ſeos Tutores que os adubem, e aproveitem;

(a) Camara S. (b) que treladem S. (c) acontecerem S. aconteceſſem M. (d) ſeendo aproveitados S.

tem; e os fruitos, e rendas recebam por conto, e recado, e ſe eſcrepvaõ por o dito Eſcripvaõ.

36 ITEM. * Farom (a) * logo tomar, e tomem conta, e aſſi cada huũ anno aos Tetores, e Curadores, e aquello, porque ficarem em conta, coſtrangãnos, que o entreguem logo; e os que acharem ſoſpeitos, removaõ-nos de tal cura, e lhe dem loguo outros; e a eſto nom ponhaõ delongua, nem ſejaõ negrigentes, em tal guiſa, que ſeos corpos, e ſeos beẽs ſejam bem * requeridos (b) *, e aproveitados, e venha todo a boa recadaçom, como compre, ſob pena de pagarem eſſes Juizes todo por ſeos beẽs.

37 ITEM. Vejam bem quaees ſom os horfoõs, e de que condiçom, e ſegundo forem, aſſy os façam guardar, e criar, poendo-os a leer, ou a meſteres, ou a ſoldadas, ſegundo ſeos linhageos, e ſuſtancias de ſeos beẽs devem aver, e vida, que ao diante devem fazer.

38 ITEM. Mandamos ao Eſcripvaõ, que do dia, que o Inventario dos beẽs, e partiçom for feita, e acabada ataa o dito dia a mais tardar, ponhaõ o trellado do dito Inventairo no dito livro, e Armario do Concelho, com o nome do Tetor, e Curador aſſinado per ſua maaõ ſob pena do Officio, e per ſeos beẽs lhe pagar a perda, que lhe por ello vier, e do Officio ſe faça o que Nós Mandarmos.

39 E ESTO, que ſuſo dito he dos meores, e ſeos

Y 2 beẽs,

(a) Façam (b) recadados M.

beẽs, aja lugar nas outras peſſoas, que per velhice, ou por doores, ou per mingua de ſiſo devem d'aver Curadores.

40 ITEM. Como os Juizes ſairem, e entrarem outros, eſſes, que entrarem, ſaibam logo per Inquiriçom como uſaram de ſeos Officios * os que forom ante (a) *, e ſe comprirom, e fizerom as couſas ſuſo ditas, e cada hũa dellas, e ſe fizerom em ſeos Officios, ou com poderio delles o que nom deviam; e eſta Inquiriçom enviem logo a Nós do dia que começarem a obrar dos Officios ataa trez mezes.

41 E COM todas eſtas couſas ſejam aviſados, que nom conſentam a Biſpo, nem a Arcebiſpo, nem a ſeus Vigairos, que tomem Noſſa jurdiçom, nem vaaõ contra Noſſos direitos, fazendo os leigos perante ſi reſponder nos caſos, que nom devem; que conſentindo o contrairo, e nom No-lo fazendo ſaber, Nós nos tornaremos a elles, e lho ſtranharemos gravemente nos corpos, e beẽs.

42 ITEM. Se alguũs vierem perante elles á Audiencia, que ſejam Cavalleiros, ou Eſcudeiros, ou outras peſſoas poderoſas, ouçam logo ſeos feitos, e os enviem logo d'ante ſy, e nom lhes conſentam que hi mais ſtem, e ſe quizerem levantar palavras, defendã-lhe, que non venhaõ hi mais.

TI-

(a) a ſaber os que uſarom d'ante S.

Título 29

Dos "Procuradores do Concelho"

TITULO XXVIIII.

Do Procurador do Concelho, e couſas, que a ſeu Officio perteencem.

ITEM. Tanto que o Procurador entrar no Officio em aquelles luguares, honde o Procurador recebe, e deſpende, fará o Eſcripvam huũ livro da recepta em titulo apartado ſobre ſy, poendo; e entitulando cada huã renda ſobre ſy, e a quem he arrendada, e por quanto preço, e os tempos, a que lhe ha de ſeer pagada, e quaees ſom fiadores, e aſſy em outros titulos as rendas outras.

1 Item. Em outra parte em esse livro fará seu titulo das despezas, que fezer, as quaees fará por esta guisa.

2 Item. Todallas despezas, que ouver de fazer por mandado dos Juizes, e Vereadores, aver seu mandado escripto no livro em esse titulo assinado por elles, e d'outra guisa nom pagará, porque os Alvaraaes de fóra se perdem, e nom podem tambem vir em arrecadaçom.

3 Item. Todallas despezas meudas, que se fezerem, faça-as perante o Escripvaõ da Camara, poendo as despezas como se fazem, e porque, e per cujo mandado; e ao dia da vereaçom sejam mostradas aos Vereadores, e as que virem que som boas, e necessarias, e verdadeiras assinem-as em esse livro per suas maaõs: e o Escripvaõ teerá tal hordem em screpver as despezas, que sempre as screpva em tal guisa, que possaõ em fim do tempo bem veer, e entender quanto he o que despende em cada hũa cousa, assy como as soldadas poerá todas em huũ titulo, e as obras, cada obra, e a despeza, que sobre ello fezer em seu titulo.

4 Item. Todolos Mandados, e Acôrdos, perque se ajam de fazer algũas cousas, screpva no livro da Vereaçom assinado per aquelles, que o acordarem.

5 Item. Seja bem avisado o dito Procurador, que nom receba, nem despenda nenhũa cousa, salvo perante o Escripvaõ, que o logo screpva em o dito livro,

vro, e fazendo o contrairo, nom lhe seja recebido em despeza (a).

6 Item. Este Procurador em quanto as rendas nom forem arrendadas, recade-as em tal guisa, que se nom percaõ, sob pena de as pagar com o dãpno, que o Concelho receber, por seos beẽs.

7 Item. Despois que arrendadas forem, saberá do Escripvaõ da Almotaçaria, e assy dos outros Officiaaes, e Mesteiraaes se cairom alguũs em cooimas, ou penas, e demandallas-ha pera o Concelho, como lhe em cada huũ titulo forem postas, sob pena de as pagarem de seos beẽs.

8 Item. Requererá bem todollos adubios, que comprir, nas casas, e bens do Concelho, e seus feitos em tal guisa, que se nom percaõ per sua mingua; e o que mal apostado for, requeiraõ aos Vereadores; e o Escripvaõ ho escrepva assy pera se veer quem foy em culpa, e o paguar.

9 Item. Quando acabar seu Officio perante o Escripvaõ entregará todallas cousas, e assy as obras, e beẽs, e esse Escripvam escrepva como as entregua, e assy em cada huũ anno.

10 Item. Nas Cidades, e Villas, honde ha Thesoureiro per sy apartado, e Procurador do Concelho, porque ao Thesoureiro perteence fazer a moor parte destas cousas, o Procurador tenha espicial carreguo de requerer, e procurar todos os feitos, e cousas da Ci-

(a) nem assentada.

Cidade, e Villa, honde assy he Procurador, e estar cada dia prestes, e diligente na Camara, ou luguares, honde se fezer vereaçom, pera fazer, e requerer todallas cousas, que lhe for mandado pelos Vereadores da Cidade.

Títulos 35 e 36
Dos Tabilães e Escrivães

TITULO XXXV.

Dos Tabaliaaẽs, e Escripvaaẽs, do que ham de levar de seu solairo.

PRimeiramente em todalas Escripturas, que se ham de contar per regras, assy como inquiriçooẽs, apellaçooẽs, trelados, termos de processos, em estes aja defferença antre o Taballiam, e Escripvam; a saber, que o Taballiam leve de nove regras huum real branco, e o Escripvam leve de dez regras huũ branco; e esta maioria aja o Taballiam do Escripvam per bem da pensom, que pagua a Nós em cada huũ anno.

1 E posto que alguũ Escripvam seja pruvico em alguũs luguares, que possa fazer Escriptura pruvica, como Taballiam, tal, como este, se nom pagar a Nos pensom, como pruvico Taballiam, nõ leve, salvo de dez regras huũ (a) branco, como outro Escripvam. Pero se alguũ Taballiaõ for privilegiado per Nos, que nom pague pensom, nom leixe porem de levar de nove regras huũ branco, porque sem razom seria seu privilegio fazer a elle prejuizo. E em todolos outros autos, que ao Officio d' Escripvam, ou Taballiam perteence, nom aja outra algũa deferença.

2 Item. D'hũa cõmissom scripta no processo, per que Nos, ou aquel, que nosso lugar tever, cometa

(a) real

ta o feito a alguũ Juiz ; ou alguũ Julguador, que pera ello aja luguar , ho cometa a outro Juiz , que conheça de tal feito; de tal cõmiſſom levará o Taballiam, ou Eſcripvam dous brancos da parte, em cujo favor a cõmiſſom he feita ; e ſe for a prazimento d'ambos , ou em ſeu favor, de cada huũ levará ſeu real branco, e mais nom.

3 ITEM. Das procuraçooẽs feitas em proceſſo *apud acta* levará ho Eſcripvam, ou Taballiam da parte , por que fezer eſſa procuraçom , dous brancos ; e aſſy por cada hũa procuraçom , ainda que faça muitos Procuradores : e ſe na procuraçom forem duas , ou mais peſſoas, que façam eſſe Procurador , ou Procuradores, de cada hũa peſſoa levará dous reaes brancos , ſalvo ſe forem molher , e marido , ou Irmaãos em hũa herança , ou Cabidoo , ou Univerſidade , ou Concelho , que nom pagarom , ſenom d'hũa peſſoa.

4 ITEM. Da querella , ou fiadoria , ou aveença , ou outro qualquer termo ſemelhante , que o Taballiam , ou Eſcripvam eſcrepver perante alguũ Julgador, ou per ſeu mandado for fazer em alguum lugar dentro na Villa , ou arravalde , donde o Julgador ſtever, levará eſſe Taballiam , ou Eſcripvam deſſa querella , ou fiadoria , ou aveença quatro brancos , aſſy como * levará *(a)* * de hũa aſſeentada de teſtemunhas, e mais aja quanto montar em eſſa eſcriptura, que * fezer *(b)*, * contando-a aas regras , como ſuſo dito he.

5

(a) levar *(b)* fez

5 ITEM. De qualquer termo , em que for eſcripta revellia, e fezer meençom de como a parte foi apregoada , levará o Taballiam , ou Eſcripvaõ deſſe termo da parte , em cujo favor he o termo , dous brancos.

6 E DAS poblicaçoões das Sentenças, a ſaber, das definitivas , levará eſſe Taballiam , ou Eſcripvam quatro brancos , e das interluquitorias dous brancos da parte , em cujo favor he a ſentença : e ſe a ſentença fezer per ambalas partes , pagarom de per meo , ou cada huum, ſegundo que a ſentença for em ſeu favor.

7 E DAS concluſoões dos feitos , aſſy como da concluſom ſobre o libello , ou ſobre artigos, ou ſobre outra qualquer couſa , ou ſobre a definitiva , de cada hũa concluſom levará eſſe Taballiam , ou Eſcripvam huum branquo d'ambalas partes, a ſaber , meo brãco de cada hũa parte : e ſe tal concluſom for aa revelia d'hũa das partes , levará a revelia , e a concluſom da parte, em cujo favor he tal concluſom, e revelia. Pero ſe for concluſom ante o Juiz da appellaçom , e for ſobre a definitiva, e ſe eſſe Eſcripvam nom ouve deſſe feito viſta, ou outro proveito d'eſcripturas, ſalvo a dita concluſom , como muitas vezes acontece , aſſy em feitos crimes, como civis , levará o Eſcripvam de tal concluſom dez brancos , como ſe uſou gram tempo ha, d'ambalas partes , a ſaber, cinquo brancos de cada parte ; e ſe nom parecer , ſenom hũa parte , e for

concluſo aa revelia da outra, levará cinquo reaes brancos deſſa parte , que parecer , e mais a revelia daquel, em cujo favor he.

8 ITEM. Dos mandados, que o Julgador manda, aſſy como quando aſſina o termo a algũa das partes , a que venha razoar , ou venha com algũa eſcriptura , ou lhe manda dar o tralado d'algũas razoẽs, ou o lança da prova , ou razoado , ou d'outra couſa , ou d'outros taaes ſemelhantes mandados , levará o Taballiam , ou Eſcripvam da parte, em cujo favor for tal mandado , huum real branco.

9 ITEM. Nas inquiriçoões , que tomar o Eſcripvaõ , ou Taballiaõ aalem daquello , que lhe a elle montar de ſua eſcriptura contada aas regras , levará as aſſeentadas das teſtemunhas per eſta guiſa; a ſaber, de cada aſſeentada quatro brancos , e do dito das teſtemunhas nom leve algũa couſa , ſalvo ſua eſcriptura , como já dito he ; e eſtas aſſeentadas ſejam taaes , que em cada hũa aja tres ditos de teſtemunhas , e ſe menos forem, nom lhe contem aſſeentada, ſalvo huum real branco do dito da teſtemunha , e ſua eſcriptura.

10 E O ESCRIPVAÕ , ou Taballiam fará duas aſſeentadas no dia ; a ſaber , hũa des oras de terça ataa meyo dia , e a outra depois de comer ataa ſaida da veſpera , e eſtará diligente a receber quantas teſtemunhas poder em o dito tempo em cada aſſeentada.

11 E PORQUE acontece aas vezes que em hua aſſeentada o Taballiam, ou Eſcripvam toma quatro, ou cin-

cinquo teſtemunhas , e em outra nom mais de duas , ou hũa , e eſto he ou per as teſtemunhas dizerem muito, ou pouco, ou por a parte por entom nom poder dar mais, e eſto nom he em culpa do Taballiam, ou Eſcripvam , em eſte caſo refaçam-ſe as teſtemunhas d'hũa aſſeentada pela outra , e aſſy que leve de cada tres teſtemunhas per hũa aſſeentada : e eſto ſe entenda quanto he aas teſtemunhas, que o Taballiam, ou Eſcripvaõ perguntar em lugar acuſtumado.

12 E SE acontecer , que vaõ pela Villa perguntar algũas teſtemunhas em ſuas caſas, porque ſom peſſoas honradas das que hi merecem ſeer perguntadas, ou andar tirando algũas inquiriçoões devaſſas pelas Freiguiſias , levem de cada tres teſtemunhas por hũa aſſeentada, aſſy como ſe as perguntaſſem em luguar acuſtumado ; porque tam grande trabalho he andar perguntando as teſtemunhas pelas caſas , como eſtar em lugar acuſtumado reſidente certos eſpaços.

13 ITEM. Das penhoras, que fezerem eſſe Taballiam , ou Eſcripvam , quando for com o Porteiro , levará o dinheiro, que lhe montar na Eſcriptura , que hi eſcrepver contada aas regras , como ja dito he , e mais averá da hida , que * foi *(a)* * a eſſa penhora , quatro brancos ; e outro tanto leve quando eſtever aa venda dos penhores cada vez, que hi eſtever; a ſaber, cada dia duas vezes, hũa ataa o gentar , e a outra depois de comer ataa veſpera , ſe tanto durarem eſſes penhores, que ſe venderem. Ee 2 14

(a) for

14 E SE a parte penhorada quiſer pagar, e lhe forem tornados eſſes penhores, levará o Taballiam, ou Eſcripvam a eſcriptura, que ſobre ello eſcrepver, contada aas regras, e mais deſſa entregua quatro reaes brancos; e eſto ſe entenda quando a penhora for feita na Villa, ou arravalde do Lugar, honde o Taballiam ſtever, porque ſe mais longe for, levará maior ſolairo, como ſe adiante dirá.

TITULO XXXVI.

Do que ham de levar os Taballiães, e Scripvaães das Cartas, e das Sentenças, e Alvaraaes, que fezerem.

E SE eſſe Taballiam, ou Eſcripvam fezer Carta de Sentença tirada de proceſſo, que ſeja taõ grande, que leve toda hũa pelle de carneiro chea de boa eſcriptura, ſem malicia eſcripta, levará della cinquoenta brancos; e de mea pelle vinte e cinco; e do quarto da pelle quinze brancos.

1 PERO ſe tal Carta for teſtemunhavel, ou for Eſtromento, que ſe faz per trelado d'outras eſcripturas, nom leve de tal pelle chea ſenom quarenta (*a*) brancos, e de mea pelle vinte brancos, e de quarto de pelle dez brancos: e eſto com tanto, que eſtas pelles, ou meas pelles, ou quartos ſejam enteiros, e bem eſcriptos de todo, que lhes nom tirem, ſenom os cercilhos:

(*a*) reaes *M.*

cilhos: e aquella maioria (*a*) levem da Sentença, ou Carta tirada de proceſſo, porque he de maior trabalho, que aquel, que trelada huã couſa por outra.

2 E SE a Carta, ou Eſtormento, for taõ pequena, que nom leve quarto de pelle, leve della per eſſe reſpeito, ſegundo ſua quantidade.

3 E DA Carta, ou Eſtormento, que fezerem em papel, ſe for tirada de proceſſo, ou d'Eſtormento d'agravo, e for toda a folha do papel chea bem eſcripta, levarom della dezeſeis brancos, e da meetade da folha oito, e aſſy per eſſe reſpeito, ſegundo ſua quantidade; e ſe for Carta teſtemunhavel, ou Carta direita, aſſy como Carta de ſegurança, ou de poſſe, ou de imiizade, ou Carta feita per petiçom, que nom ſom de trabalho, levem da folha bem eſcripta doze brancos, e da mea folha ſeis brancos, e aſſy ſua quantidade per eſſe respeito.

4 E PORQUE alguũs Eſcripvaães, e Taballiaães quando fazem algũas apellaçoões, ou outras Cartas teſtemunhavees grandes, e Eſtormentos d'agravo, por levarem mais dinheiro das partes, do que levariam, ſe foſſem ſcriptas em proceſſo, fazem-nas, e eſcrepvem-nas em folhas enteiras de longo, e nom em proceſſo, e coſem huãs folhas com outras em rollo, o que he dampno do povoo, por refrear eſte engano, Mandamos, que quando alguũ Scripvam, ou Taballiam fezer algũa (*b*) Carta teſtemunhavel em papel, ou

(*a*) ajam, e *S.* (*b*) Eſcriptura, ou *S.*

Data Venia
Revista Jurídica Digital

ISSN 2182-6242 | Semestral | Gratuito
Ano 1 ● N.º **01** ● Julho-Dezembro 2012