Data Venia

Revista Jurídica Digital

6

Novembro 2016

Data Venia
Revista Jurídica Digital

Publicação gratuita em formato digital
ISSN 2182-8242

Ano 4 ● N.º 06
Publicado em Novembro de 2016

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

DIREITOS FUNDAMENTAIS
A Chave para a Regulamentação da Protecção de Dados 5
Angelina Teixeira

DIREITO BIOMÉDICO
Segredo médico: dos Fundamentos Hipocráticos às Inovações da Genética 33
Andreia Costa Andrade

DIREITO BIOMÉDICO
Procriação medicamente assistida 63
Hugo Cunha Lança

DIREITO DOS CONTRATOS
Contrato de mediação imobiliária 87
Higina Orvalho Castelo

DIREITO DOS CONTRATOS
Cláusulas Contratuais Gerais e Negócio Jurídico Bancário 119
Margarida de Menezes Leitão

DIREITO DO CONSUMO
Crédito ao consumo | Dos contratos de crédito (a consumidores) 205
Carla Taipina Marta

DIREITO DO URBANISMO
Da Programação na Gestão Territorial 233
Angelina Teixeira

FILOSOFIA DO DIREITO
O direito de resistência à luz da sua positivação jurídica 251
Pedro Tiago Ferreira

DIREITO PENAL INTERNACIONAL
O Juiz nacional, europeu, internacional e o Direito Penal 263
Luís de Lemos Triunfante

DIREITO PENAL INTERNACIONAL
The Challenges of Prosecuting Cases of Trafficking in Persons 289
Marta Ventura Correia

DIREITO ADMINISTRATIVO – CONTENCIOSO DA NACIONALIDADE
Conceito de ligação efectiva à comunidade nacional em sede de contencioso da nacionalidade 353
António Manuel Beirão

DIREITO DESPORTIVO
Particularidades do contrato de trabalho de atleta profissional de futebol.. 379
André Monção

DIREITOS FUNDAMENTAIS
A sétima dimensão dos direitos fundamentais 395
Leonardo Alves de Oliveira

DIREITO DAS OBRIGAÇÕES
Garantia bancária autónoma 419
Fátima Galante

A Chave para a Regulamentação da Protecção de Dados

(DAS PESSOAS SINGULARES)

Angelina Teixeira
Advogada
Formadora e Doutoranda em Direito

SUMÁRIO:

A presente abordagem decorre da leitura da «chave» que visa adoptar o Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de Abril de 2016 aplicável a partir de 25 de Maio de 2018 relativo à protecção das pessoas singulares no que respeita ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados, revogando a Directiva 95/46/CE – Regulamento Geral sobre Protecção de Dados.

A Chave para a Regulamentação da Protecção de Dados

(DAS PESSOAS SINGULARES)

Angelina Teixeira
Advogada
Formadora e Doutoranda em Direito

SUMÁRIO:

1.chave introdutória | **2**. plano nacional - Comissão Nacional de Protecção de Dados | **3**. direito fundamental da protecção de dados pessoais | **4**. dos princípios e regras | **5**. da Directiva 95/46/CE | **6.** da aplicabilidade do Regulamento (CE) n.º 2016/676| **7.** do consentimento do titular dos dados | **8.** da protecção especial das crianças |**9.** da licitude do tratamento de dados pessoais | **10.** do interesse público | **11. d**a aplicação no tempo.

PALAVRAS-CHAVE:

Protecção, dados pessoais, livre circulação de dados, privacidade.

1. chave introdutória

O dia 4 de Abril de 2016 ficará – certamente – para a história da União Europeia no que respeita à matéria da protecção de dados pela publicação no Jornal Oficial da União Europeia (UE) e da exaustiva produção legislativa.

Volvidos quatro anos de negociações, o Regulamento EU 2016/679 foi publicado a 4 de Maio, sofrendo um período transitório de dois anos para a sua total aplicação, tempo para uma necessária adaptação, abrangendo 28 Estados-Membros, desprovida de transposição para cada jurisdição.

Na sociedade de informação em que vivemos, são recolhidos, tratados, conservados e trocados cada vez mais dados pessoais. Os dados pessoais são, hoje, valiosos activos para as empresas privadas e informações essenciais para as autoridades públicas, especialmente no combate à criminalidade e ao terrorismo. A cada vez maior utilização de informações pessoais, tanto no sector privado como no público, permite aos organismos desenvolverem a sua actividade de forma mais eficiente, mas ameaça, ao mesmo tempo, os direitos dos indivíduos à privacidade e à protecção dos seus dados pessoais. Acresce que, muitas vezes, são os próprios cidadãos que disponibilizam os seus dados de forma pública, nomeadamente nas redes sociais.

As políticas de protecção dos dados pessoais, tendo em vista compatibilizar a necessidade que a sociedade tem de recolher, tratar e trocar dados pessoais, muitas vezes no interesse da pessoa a quem respeitam, com a privacidade do titular dos dados, começaram a surgir na década de 1970.

A primeira lei de protecção de dados pessoais foi aprovada, precisamente, em 1970, no Land alemão do Hesse. Três anos depois, em 1973, a Suécia aprovou a então primeira lei nacional nesta matéria. Neste mesmo ano, foram publicados os Fair Information Practice Principles, desenvolvidos pelo Department of Health, Education and Welfare dos Estados Unidos da América. Em 1976, o direito à protecção dos dados pessoais foi consagrado na Constituição da República Portuguesa, a qual foi a primeira Constituição do mundo a proteger expressamente os dados pessoais.

Em 1980, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico (OCDE) elaborou as Linhas Directrizes para a protecção da privacidade e dos fluxos transfronteiriços de dados pessoais. Seguiu-se a Convenção do Conselho da Europa para a protecção das pessoas relativamente ao tratamento automatizado de dados de carácter pessoal (Convenção 108), que data de 1981. Volvidos 6 anos, o Conselho da Europa emitiu a Recomendação n.º R (87) 15 do Comité de Ministros, de 17 de Setembro de 1987, que regula a utilização de dados pessoais no sector da polícia. Em 1995, tomando como ponto de partida a Convenção 108, o Parlamento Europeu e o Conselho da União Europeia aprovaram a Directiva 95/46/CE, relativa à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao

tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados, aplicável no âmbito do mercado interno.

Esta Directiva, proposta em 1990, espelhava a necessidade de harmonização das legislações dos Estados-Membros, que, ou não tinham legislação nesta matéria, ou, tendo, ofereciam graus de protecção variáveis ou uma deficiente aplicação da legislação na matéria. Esta assimetria de regimes penalizava o mercado interno, o que despoletou a aprovação desta Directiva. Depois disso, em 2000, a Comissão aprovou a Decisão 2000/520/CE, de 26 de Julho, nos termos da Directiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho e relativa ao nível de protecção assegurado pelos princípios de «porto seguro» [1].

Este acordo visa compatibilizar a legislação sectorial e a auto-regulação norte-americanas com a legislação europeia em matéria de protecção de dados. Seguiram-se outros diplomas importantes: o Regulamento (CE) n.º 45/2001 do Parlamento Europeu e do Conselho relativo à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais pelas instituições e pelos órgãos comunitários e à livre circulação desses dados e a Directiva 2002/58/CE do Parlamento Europeu e do Conselho relativa ao tratamento de dados pessoais e à protecção da privacidade no sector das comunicações electrónicas, alterada pela Directiva 2006/24/CE do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à conservação de dados gerados ou tratados no contexto da oferta de serviços de comunicações electrónicas publicamente disponíveis ou de redes públicas de comunicações e pela Directiva 2009/136/CE do Parlamento Europeu e do Conselho. Em 2008, a Decisão-Quadro 2008/977/JAI do Conselho, relativa à protecção dos dados pessoais tratados no âmbito da cooperação policial e judiciária em matéria penal, veio regular a matéria no espaço de liberdade, segurança e justiça.

O Tratado de Lisboa, que entrou em vigor em Dezembro de 2009 introduziu uma (única) base jurídica para a protecção de dados pessoais na União Europeia, nomeadamente o artigo 16.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), o que despoletou a reforma

[1] E pelas respectivas questões mais frequentes (FAQ) emitidos pelo Department of Commerce dos Estados Unidos da América, vulgarmente conhecida como Safe Harbor Agreement.

global apresentada pela Comissão em 25 de Janeiro deste ano. A par disso, o Tratado conferiu à Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (Carta) efeito jurídico vinculativo, consagrando nos artigos 7.º e 8.º o respeito pela vida privada e familiar e a protecção de dados pessoais, respectivamente.

O caminho a construir – tendo a data de 25 de Maio de 2018 (Art.º99/2) como meta mais urgente para que as empresas/organizações adaptem as suas actuais estruturas às novas regras em matéria de protecção de dados da União Europeia – ultima a construção do **Mercado Único Digital** (**Digital Single Market)** para a Europa e a sua entrada em funcionamento a partir de 2020, elencaremos de seguida algumas das principais inovações, com as quais, as empresas/organizações terão de se familiarizar e acomodar nos próximos 2 (dois) anos, sob pena de verem a sua esfera tradicional de actuação poder vir a preencher as condições gerais para a aplicação de coimas previstas no art.º 83 do Regulamento.

É incontornável que as redes sociais são, pela sua própria natureza, um meio simplificado de os indivíduos colocarem em causa a sua própria privacidade [2]. Com efeito, é hoje comum encontrarmos em populares redes sociais tais como *Facebook*, *Twitter* ou *Instagram*, partilhas (pelos próprios sujeitos) do seu estado de espírito, das normais decorrências do seu quotidiano e de quaisquer outros aspetos que se tenham por merecedores de especial referência.

É assim a proteção de dados pessoais um assunto da maior relevância no paradigma actual. Mais ainda, a cada vez maior frequência com que questões conexas com a saúde e com a vida privada dos indivíduos são divulgadas densificam esta já complexa temática.

O Parlamento Europeu um Regulamento e uma Directiva sobre a

[2] DOMINGOS SOARES FARINHO, Intimidade da Vida Privada e Media no Ciberespaço, Almedina, Coimbra, 2006, p. 9 que *"(...) a internet, um conjunto potencial de vários milhares de computadores ligados entre si, permite-nos aceder a um mundo virtual que visa mimetizar o mundo sensorial em que nos movemos. Esse novo mundo, o ciberespaço, como também tem sido denominado, é, por um lado, um vasto reservatório de informação que coloca novos desafios e problemas, e, por outro, um importante meio de comunicação, conseguindo ampliar fortemente as possibilidades humanas, através da transmissão combinada de texto, de voz, de uma, em múltiplos suportes"*.

protecção dos dados pessoais. O primeiro visa garantir que os cidadãos tenham um maior controlo sobre os seus dados, dar mais clareza e segurança jurídica às empresas e sujeitar as transferências para países fora da União Europeia (UE), a segunda inclui regras acerca do tratamento de dados no âmbito da prevenção da criminalidade.

Conforme referido no Manual de Legislação Europeia de Proteção de Dados Pessoais do Conselho da Europa, a Diretiva 95/46/CE foi adoptada em 1995, numa altura em que vários Estados-Membros tinham já adotado leis nacionais sobre proteção de dados. A livre circulação de mercadorias, capitais, serviços e pessoas no mercado interno exigia o livre fluxo de dados, que só seria possível se os Estados-Membros pudessem confiar na existência de um nível uniformemente elevado de proteção de dados."

Também a jurisprudência do TJUE [3] assume aqui um papel de destaque ao esclarecer que "a Diretiva 95/46/CE visa tornar equivalente em todos os Estados-Membros o nível de proteção dos direitos e liberdades das pessoas no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais, uma aproximação das legislações nacionais aplicáveis na matéria não deve fazer diminuir a proteção que asseguram, devendo, pelo contrário, ter por objetivo garantir um elevado nível de proteção na União e uma harmonização das referidas legislações nacionais não se limita a uma harmonização mínima, mas conduz a uma harmonização que é, em princípio "completa."

As regras europeias sobre a proteção de dados pessoais - que datam de 1995, uma era em que menos de 1% dos europeus utilizavam a Internet – há muito que apelavam actualização em resposta aos progressos tecnológicos, à globalização e aos novos métodos de recolha, acesso e utilização dos dados. O objetivo desta reforma é reforçar o controlo dos cidadãos sobre os seus dados.

Pelo seu carácter impulsionador em temas de proteção de dados pessoais, nota deverá ser também feita à Convenção 10812 do Conselho da Europa, na medida em que este diploma de 1981 "*era, e ainda é, o único instrumento*

[3] TJUE, acórdão de 24 de novembro de 2011, nos processos apensos C-468/10 e C-469/10, Asociación Nacional de Establecimientos Financieros de Crédito (ASNEF) e Federación de Comercio Electrónico y Marketing Directo (FECEMD) v. Administración del Estad, n.ºs 28 e 29.

internacional juridicamente vinculativo no domínio da proteção de dados" [4].

A Convenção 108 aplica-se a todos os tratamentos de dados pessoais realizados tanto pelo sector privado como pelo sector público, incluindo os tratamentos de dados efectuados pelas autoridades policiais e judiciárias. Protege as pessoas contra os abusos que podem acompanhar a recolha e o tratamento de dados pessoais e procura simultaneamente regular o fluxo transfronteiriço de dados pessoais.

A acrescentar a esta disposição constitucional, destaca-se a LPD [5] (Lei 67/98, de 26 de Outubro), resultante da transposição para o ordenamento jurídico interno da Diretiva 95/46/CE, a qual define conceitos fundamentais em matéria de proteção de dados.

Quanto à recolha e tratamento de dados pessoais, os princípios estabelecidos na Convenção respeitam, em especial, à recolha e tratamento automatizado de dados de forma leal e lícita, armazenados para finalidades determinadas e legítimas, não podendo ser utilizados para fins incompatíveis com essas finalidades nem conservados por tempo superior ao necessário. Dizem também respeito à qualidade dos dados, estabelecendo, em especial, que têm de ser adequados, pertinentes e não excessivos (proporcionalidade), bem como exactos.

A integração económica e social resultante do funcionamento do mercado interno provocou um aumento significativo dos fluxos transfronteiriços de dados pessoais. O intercâmbio de dados entre intervenientes públicos e privados, onde se incluem as pessoas singulares intensificou-se na União Europeia.

É notório que a evolução tecnológica e a globalização criaram novos desafios em matéria de proteção de dados pessoais. A recolha e a partilha de dados pessoais têm vindo a registar um acréscimo significativo. As novas tecnologias permitem a utilização de dados pessoais, sendo que as pessoas singulares disponibilizam cada vez mais as suas informações pessoais numa escala global.

[4] Manual de Legislação Europeia sobre Proteção de Dados, Conselho da Europa, p. 16.

[5] https://www.cnpd.pt/bin/legis/nacional/LPD.pdf

As novas tecnologias transformaram a economia e a vida social e deverão contribuir para facilitar a livre circulação de dados pessoais na União e a sua transferência para países terceiros e organizações internacionais, assegurando simultaneamente um elevado nível de proteção dos dados pessoais.

Toda a evolução – esta em particular - exige um quadro de proteção de dados sólido e mais coerente, apoiado por uma aplicação rigorosa das regras de forma a conduzir à confiança necessária ao desenvolvimento da economia digital no conjunto do mercado interno e as pessoas singulares deverão poder controlar a utilização que é feita dos seus dados pessoais.

A circulação de dados pessoais, com origem e destino quer a países não pertencentes à União quer a organizações internacionais, é necessária ao desenvolvimento do comércio e da cooperação internacionais, sendo que o aumento dessa circulação gerou novos desafios e novas preocupações em relação à proteção dos dados pessoais.

Nessa medida, sempre que os dados pessoais são transferidos da União para responsáveis pelo tratamento, para subcontratantes ou para outros destinatários em países terceiros ou para organizações internacionais, o nível de proteção das pessoas singulares assegurado na União pelo Regulamento (UE) 2016/... do Parlamento Europeu e do Conselho deverá continuar a ser garantido.

2. NO PLANO NACIONAL

Comissão Nacional de Protecção de Dados

A Comissão Nacional de Protecção de Dados [6] é uma entidade administrativa com poderes de autoridade, independente que funciona junto da Assembleia da República.

[6] Aprovada pela Lei Orgânica n.º 43/2004, de 18 de Agosto, Resolução da Assembleia da República n.º 59/2004, publicado no DR n.º 195 de 19-08-2004, disponível in https://www.cnpd.pt/

As suas atribuições são genéricas no plano de controlo e fiscalização no processamento de dados pessoais [7], em estreito respeito pelos direitos do homem e pelas liberdades e garantias consagradas na Constituição da República Portuguesa e na lei.

Trata-se de uma Autoridade Nacional de Controlo de Dados Pessoais e coopera com as autoridades de controlo de proteção de dados de outros Estados, nomeadamente na defesa e no exercício dos direitos de pessoas residentes no estrangeiro.

Entre as suas atribuições, destacam-se se o controlo e fiscalização no cumprimento das disposições legais e regulamentares em matéria de proteção de dados pessoais, a emissão de parecer prévio sobre quaisquer disposições legais, bem como sobre instrumentos jurídicos comunitários ou internacionais relativos ao tratamento de dados pessoais, exercício de poderes de investigação e inquérito, podendo para tal aceder aos dados objeto de tratamento, bem como exercício de poderes de autoridade, designadamente o de ordenar o bloqueio, apagamento ou destruição dos dados, assim como o de proibir temporária ou definitivamente o tratamento de dados pessoais.

A estas atribuições juntam-se outras, tais como, advertir ou censurar publicamente o responsável do tratamento dos dados, pelo não cumprimento das disposições legais nesta matéria, intervir em processos judiciais no caso de violação da lei de proteção de dados e denunciar ao Ministério Público as infrações penais nesta matéria, bem como praticar os atos cautelares necessários e urgentes para assegurar os meios de provas.

As decisões da Comissão têm força obrigatória e são passíveis de reclamação e de recurso para o Tribunal Central Administrativo e nos processos contra-ordenacionais as decisões da CNPD são recorríveis para os tribunais de pequena instância criminal ou para os tribunais judiciais competentes.

[7] Define-se como a informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável ('titular dos dados'); é considerada identificável uma pessoa singular que possa ser identificada, direta ou indiretamente, em especial por referência a um identificador, como por exemplo um nome, um número de identificação, dados de localização, identificadores por via eletrónica ou a um ou mais elementos específicos da identidade física, fisiológica, genética, mental, económica, cultural ou social dessa pessoa singular – n.º 1 do n.º 1 do art.º 4.º do Regulamento.

3. do direito Fundamental da protecção de dados pessoais

A proteção das pessoas singulares relativamente ao tratamento de dados pessoais é um direito fundamental. O artigo 8.º, n.º 1, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia ("Carta") e o artigo 16.º, n.º 1, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) estabelecem que todas as pessoas têm direito à proteção dos dados de carácter pessoal que lhes digam respeito.

O tratamento dos dados pessoais deverá ser concebido para servir as pessoas. No entanto, o direito à proteção de dados pessoais não é absoluto devendo ser considerado em relação à sua função na sociedade e ser equilibrado com outros direitos fundamentais, em conformidade com o princípio da proporcionalidade.

O Regulamento em causa respeita todos os direitos fundamentais e observa as liberdade e os princípios reconhecidos na Carta, consagrados nos Tratados, nomeadamente o respeito pela vida privada e familiar, pelo domicílio e pelas comunicações, a proteção dos dados pessoais, a liberdade de pensamento, de consciência e de religião, a liberdade de expressão e de informação, a liberdade de empresa, o direito à acção e a um tribunal imparcial, e a diversidade cultural, religiosa e linguística. De fora ficam os dados pessoais de pessoas falecidas, sendo que, cada Estado- Membro poderá estabelecer regras próprias para o tratamento de tal situação.

A aplicação da pseudonimização [8] aos dados pessoais pode reduzir os riscos para os titulares de dados em questão e ajudar os responsáveis pelo tratamento e os seus subcontratantes a cumprir as suas obrigações de proteção de dados.

[8] É o tratamento de dados pessoais de forma a que deixem de poder ser atribuídos a um titular de dados específico sem recorrer a informações suplementares, desde que essas informações suplementares sejam mantidas separadamente e sujeitas a medidas técnicas e organizativas para assegurar que os dados pessoais não possam ser atribuídos a uma pessoa singular identificada ou identificável – n.º 5 do art.º 4 do Regulamento.

As pessoas singulares podem ser associadas a identificadores por via eletrónica, fornecidos pelos respectivos aparelhos, aplicações, ferramentas e protocolos, tais como endereços IP (protocolo internet) ou testemunhos de conexão (cookie) ou outros identificadores, como as etiquetas de identificação por radiofrequência.

Tais identificadores podem deixar vestígios que, em especial quando combinados com identificadores únicos e outras informações recebidas pelos servidores, podem ser utilizados para a definição de perfis e a identificação das pessoas singulares.

As autoridades públicas a quem forem divulgados dados pessoais em conformidade com obrigações jurídicas para o exercício da sua missão oficial, tais como as autoridades fiscais e aduaneiras, as unidades de investigação financeira, as autoridades administrativas independentes ou as autoridades dos mercados financeiros, responsáveis pela regulamentação e supervisão dos mercados de valores mobiliários, não deverão ser consideradas destinatárias se receberem dados pessoais que sejam necessários para efetuar um inquérito específico de interesse geral, em conformidade com o direito da União ou dos Estados-Membros.

Os pedidos de divulgação enviados pelas autoridades públicas deverão ser sempre feitos por escrito, fundamentados e ocasionais e não deverão dizer respeito à totalidade de um ficheiro nem implicar a interconexão de ficheiros. O tratamento desses dados pessoais por essas autoridades públicas deverá respeitar as regras de proteção de dados aplicáveis de acordo com as finalidades do tratamento.

O Regulamento em análise visa, como se disse anteriormente, defender os direitos e liberdades fundamentais das pessoas singulares, nomeadamente o seu direito à proteção dos dados pessoais, e assegurar a livre circulação desses dados na União, o poder de adotar atos nos termos do artigo 290.º do TFUE deverá ser delegado na Comissão.

Destaca-se os actos delegados em relação aos critérios e requisitos aplicáveis aos procedimentos de certificação, às informações a fornecer por meio de ícones normalizados e aos procedimentos aplicáveis ao fornecimentos

de tais ícones. É especialmente importante que a Comissão proceda a consultas adequadas ao longo dos seus trabalhos preparatórios, incluindo a nível de peritos. A Comissão, aquando da preparação e elaboração dos atos delegados, deverá assegurar o envio simultâneo, em tempo útil e em devida forma, dos documentos relevantes ao Parlamento Europeu e ao Conselho.

4. dos princípios e regras

Os princípios e as regras em matéria de proteção das pessoas singulares relativamente ao tratamento dos seus dados pessoais deverão respeitar, independentemente da nacionalidade ou do local de residência dessas pessoas, os seus direitos e liberdades fundamentais, nomeadamente o direito à proteção dos dados pessoais.

Ora, o Regulamento tem como objetivo contribuir para a realização de um espaço de liberdade, segurança e justiça e de uma união económica, para o progresso económico e social, a consolidação e a convergência das economias a nível do mercado interno e para o bem-estar das pessoas singulares.

Os princípios da proteção de dados deverão aplicar-se a qualquer informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável. Os dados pessoais que tenham sido pseudonimizados, que possam ser atribuídos a uma pessoa singular mediante a utilização de informações suplementares, deverão ser considerados informações sobre uma pessoa singular identificável. Para determinar se uma pessoa singular é identificável, importa considerar todos os meios susceptíveis de ser razoavelmente utilizados, tais como a seleção, quer pelo responsável pelo tratamento quer por outra pessoa, para identificar directa ou indirectamente a pessoa singular.

Neste sentido, é necessário aferir se há uma probabilidade razoável de os meios serem utilizados para identificar a pessoa singular, importa considerar todos os factores objetivos, como os custos e o tempo necessário para a identificação, tendo em conta a tecnologia disponível à data do tratamento dos dados e a evolução tecnológica.

Os princípios da proteção de dados não deverão, pois, aplicar-se às informações anónimas, ou seja, às informações que não digam respeito a uma pessoa singular identificada ou identificável nem a dados pessoais tornados de tal modo anónimos que o seu titular não seja ou já não possa ser identificado. O presente regulamento não diz, por isso, respeito ao tratamento dessas informações anónimas, inclusive para fins estatísticos ou de investigação.

5. da Directiva 95/46/CE

O artigo 16.º, n.º 2, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) incumbe o Parlamento Europeu e o Conselho de estabelecerem as normas relativas à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais, bem como as normas relativas à livre circulação desses dados.

A Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 24 de Outubro de 1995, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados (JO L 281 de 23.11.1995, p. 31) visa harmonizar a defesa dos direitos e das liberdades fundamentais das pessoas singulares em relação às actividades de tratamento de dados e assegurar a livre circulação de dados pessoais entre os Estados-Membros.

Os objetivos e os princípios da Diretiva 95/46/CE continuam a ser válidos, mas não evitaram a fragmentação da aplicação da proteção dos dados ao nível da União, nem a insegurança jurídica ou o sentimento generalizado da opinião pública de que subsistem riscos significativos para a proteção das pessoas singulares, nomeadamente no que diz respeito às actividades por via eletrónica.

No que concerne às diferenças do nível de proteção dos direitos e das pessoas singulares, nomeadamente do direito à proteção dos dados pessoais no contexto do tratamento desses dados nos Estados-Membros, podem impedir a livre circulação de dados pessoais na União. Nesta esteira, poderão tais

diferenças constituir um obstáculo ao exercício das actividades económicas a nível da União, distorcer a concorrência e impedir as autoridades de cumprirem as obrigações que lhes incumbem por força do direito da União. Essas diferenças entre os níveis de proteção devem-se à existência de disparidades na execução e aplicação da Diretiva 95/46/CE.

A fim de assegurar um nível de proteção coerente e elevado das pessoas singulares e eliminar os obstáculos à circulação de dados pessoais na União, o nível de proteção dos direitos e liberdades das pessoas singulares relativamente ao tratamento desses dados deverá ser equivalente em todos os Estados-Membros.

Quanto ao tratamento de dados pessoais para cumprimento de uma obrigação jurídica, para o exercício de funções de interesse público ou o exercício da autoridade pública de que está investido o responsável pelo tratamento, os Estados-Membros deverão poder manter ou aprovar disposições nacionais para especificar a aplicação das regras deste Regulamento.

A fim de assegurar um nível coerente de proteção das pessoas singulares no conjunto da União e evitar que as divergências constituam um obstáculo à livre circulação de dados pessoais no mercado interno, é necessário um regulamento que garanta a segurança jurídica e a transparência aos operadores económicos, incluindo as micro, pequenas e médias empresas, que assegure às pessoas singulares de todos os Estados-Membros o mesmo nível de direitos susceptíveis de proteção judicial e imponha obrigações e responsabilidades iguais aos responsáveis pelo tratamento e aos seus subcontratantes, que assegure um controlo coerente do tratamento dos dados pessoais, sanções equivalentes em todos os Estados-Membros, bem como uma cooperação efetiva entre as autoridades de controlo dos diferentes Estados-Membros.

O bom funcionamento do mercado interno impõe que a livre circulação de dados pessoais na União não pode ser restringida ou proibida por motivos relacionados com a proteção das pessoas singulares no que respeita ao tratamento de dados pessoais. Para ter em conta a situação particular das micro, pequenas e médias empresas, o presente regulamento prevê uma derrogação para as organizações com menos de 250 trabalhadores

relativamente à conservação do registo de actividades. Além disso, as instituições e os órgãos da União, e os Estados-Membros e as suas autoridades de controlo, são incentivados a tomar em consideração as necessidades específicas das micro, pequenas e médias empresas no âmbito de aplicação do presente regulamento.

A proteção eficaz dos dados pessoais na União exige o reforço e a especificação dos direitos dos titulares dos dados e as obrigações dos responsáveis pelo tratamento e pela definição do tratamento dos dados pessoais, bem como poderes equivalentes para controlar e assegurar a conformidade das regras de proteção dos dados pessoais e sanções equivalentes para as infrações nos Estados-Membros.

6. da aplicabilidade do Regulamento (CE) n.º 2016/679 [9]

A proteção conferida nesta regulamentação deverá aplicar-se às pessoas singulares, independentemente da sua nacionalidade ou local de residência, relativamente ao tratamento dos seus dados pessoais. De fora fica o tratamento de dados pessoais relativos a pessoas coletivas, em especial a empresas estabelecidas enquanto pessoas coletivas, incluindo a denominação, a forma jurídica e os contactos da pessoa coletiva.

A proteção das pessoas singulares deverá aplicar-se ao tratamento de dados pessoais por meios automatizados, bem como ao tratamento manual, se os dados pessoais estiverem contidos ou se forem destinados a um sistema de ficheiros. Os ficheiros ou os conjuntos de ficheiros bem como as suas capas, que não estejam estruturados de acordo com critérios específicos, não deverão ser abrangidos pelo âmbito de aplicação do presente regulamento.

O Regulamento (CE) n.º 45/2001 do Parlamento Europeu e do Conselho[10] é aplicável ao tratamento de dados pessoais pelas instituições,

[9] JOUE de 04.05.2016 L 119/1.

[10] Regulamento (CE) n.º 45/2001 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 18 de Dezembro de 2000, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais pelas instituições e pelos órgãos comunitários e à livre circulação desses dados (JO L 8 de 12.1.2001, p. 1).

órgãos, organismos ou agências da União. O Regulamento (CE) n.º 45/2001, bem como outros atos jurídicos da União aplicáveis ao tratamento de dados pessoais, deverão ser adaptados aos princípios e regras estabelecidos pelo presente regulamento e aplicados à luz do mesmo.

A fim de proporcionar um quadro de proteção de dados sólido e coerente na União, e após a adoção do presente regulamento, deverão ser realizadas as necessárias adaptações do Regulamento (CE) n.º 45/2001, a fim de permitir a aplicação em simultâneo com o presente regulamento.

O presente regulamento não se aplica ao tratamento de dados pessoais efectuado por pessoas singulares no exercício de actividades exclusivamente pessoais ou domésticas e, portanto, sem qualquer ligação com uma atividade profissional ou comercial. As actividades pessoais ou domésticas poderão incluir a troca de correspondência e a conservação de listas de endereços ou a atividade das redes sociais e do ambiente eletrónico no âmbito dessas actividades. Todavia, o presente regulamento é aplicável aos responsáveis pelo tratamento e aos subcontratantes que forneçam os meios para o tratamento dos dados pessoais dessas actividades pessoais ou domésticas.

A proteção das pessoas singulares em matéria de tratamento de dados pessoais pelas autoridades competentes para efeitos de prevenção, investigação, detecção e repressão de infrações penais ou da execução de sanções penais, incluindo a salvaguarda e a prevenção de ameaças à segurança pública, e de livre circulação desses dados, é objeto de um ato jurídico da União específico. O presente regulamento não deverá, por isso, ser aplicável às actividades de tratamento para esses efeitos.

A fim de evitar que as pessoas singulares sejam privadas da proteção que lhes assiste por força do presente regulamento, o tratamento dos dados pessoais de titulares que se encontrem na União por um responsável pelo tratamento ou subcontratante não estabelecido na União deverá ser abrangido pelo presente regulamento se as actividades de tratamento estiverem relacionadas com a oferta de bens ou serviços a esses titulares, independentemente de estarem associadas a um pagamento. A fim de determinar se o responsável pelo tratamento ou subcontratante oferece ou não bens ou serviços aos titulares dos dados que se encontrem na União, há que

determinar em que medida é evidente a sua intenção de oferecer serviços a titulares de dados num ou mais Estados-Membros da União.

O simples facto de estar disponível na União um sítio Web do responsável pelo tratamento ou subcontratante ou de um intermediário, um endereço eletrónico ou outro tipo de contactos, ou de ser utilizada uma língua de uso corrente no país terceiro em que o referido responsável está estabelecido, não é suficiente para determinar a intenção acima referida, mas há factores, como a utilização de uma língua ou de uma moeda de uso corrente num ou mais Estados-Membros, com a possibilidade de encomendar bens ou serviços nessa outra língua, ou a referência a clientes ou utilizadores que se encontrem na União, que podem ser reveladores de que o responsável pelo tratamento tem a intenção de oferecer bens ou serviços a titulares de dados na União.

O tratamento de dados pessoais de titulares de dados que se encontrem na União por um responsável ou subcontratante que não esteja estabelecido na União deverá ser também abrangido pelo presente regulamento quando esteja relacionado com o controlo do comportamento dos referidos titulares de dados, na medida em que o seu comportamento tenha lugar na União. A fim de determinar se uma atividade de tratamento pode ser considerada "controlo do comportamento" de titulares de dados, deverá determinar-se se essas pessoas são seguidas na Internet e a potencial utilização subsequente de técnicas de tratamento de dados pessoais que consistem em definir o perfil de uma pessoa singular, especialmente para tomar decisões relativas a essa pessoa ou analisar ou prever as suas preferências, o seu comportamento e as suas atitudes.

7. do consentimento do titular dos dados

O consentimento do titular [11] dos dados deverá ser dado mediante um ato positivo claro que indique uma manifestação de vontade livre, específica,

[11] É o titular dos dados, uma manifestação de vontade, livre, específica, informada e explícita, pela qual o titular dos dados aceita, mediante declaração ou ato positivo inequívoco, que os dados pessoais que lhe dizem respeito sejam objeto de tratamento – n.º 11 do art.º 4 do Regulamento.

informada e inequívoca de que o titular de dados consente no tratamento dos dados que lhe digam respeito, como por exemplo mediante uma declaração escrita, inclusive em formato eletrónico, ou uma declaração oral.

O consentimento pode ser dado validando uma opção ao visitar um sítio Web na Internet, seleccionando os parâmetros técnicos para os serviços da sociedade da informação ou mediante outra declaração ou conduta que indique claramente nesse contexto que aceita o tratamento proposto dos seus dados pessoais.

O silêncio, as opções pré-validadas ou a omissão não deverão, por conseguinte, constituir um consentimento. O consentimento deverá abranger todas as actividades de tratamento realizadas com a mesma finalidade. Nos casos em que o tratamento sirva fins múltiplos, deverá ser dado um consentimento para todos esses fins.

Se o consentimento tiver de ser dado no seguimento de um pedido apresentado por via eletrónica, esse pedido tem de ser claro e conciso e não pode perturbar desnecessariamente a utilização do serviço para o qual é fornecido.

Muitas vezes não é possível identificar na totalidade a finalidade do tratamento de dados pessoais para efeitos de investigação científica no momento da recolha dos dados. Por conseguinte, os titulares dos dados deverão poder dar o seu consentimento para determinadas áreas de investigação científica, desde que estejam de acordo com padrões éticos reconhecidos para a investigação científica.

Os titulares dos dados deverão ter a possibilidade de dar o seu consentimento unicamente para determinados domínios de investigação ou partes de projetos de investigação, na medida permitida pela finalidade pretendida.

Os dados genéticos deverão ser definidos como os dados pessoais relativos às características genéticas, hereditárias ou adquiridas, de uma pessoa singular que resultem da análise de uma amostra biológica da pessoa singular em causa, nomeadamente da análise de cromossomas, ácido desoxirribonucleico (ADN) ou ácido ribonucleico (ARN), ou da análise de

um outro elemento que permita obter informações equivalentes.

Deverão ser considerados dados pessoais relativos à saúde todos os dados relativos ao estado de saúde de um titular de dados que revelem informações sobre a sua saúde física ou mental no passado, no presente ou no futuro. O que precede inclui informações sobre a pessoa singular recolhidas durante a inscrição para a prestação de serviços de saúde, ou durante essa prestação, conforme referido na Diretiva 2011/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho [12] a essa pessoa singular; qualquer número, símbolo ou sinal particular atribuído a uma pessoa singular para a identificar de forma inequívoca para fins de cuidados de saúde; as informações obtidas a partir de análises ou exames de uma parte do corpo ou de uma substância corporal, incluindo a partir de dados genéticos e amostras biológicas; e quaisquer informações sobre, por exemplo, uma doença, deficiência, risco de doença, historial clínico, tratamento clínico ou estado fisiológico ou biomédico do titular de dados, independentemente da sua fonte, por exemplo, um médico ou outro profissional de saúde, um hospital, um dispositivo médico ou um teste de diagnóstico in vitro.

O estabelecimento principal de um responsável pelo tratamento na União deverá ser o local onde se encontra a sua administração central na União, salvo se as decisões sobre as finalidades e os meios de tratamento dos dados pessoais forem tomadas noutro estabelecimento do responsável pelo tratamento na União. Nesse caso, esse outro estabelecimento deverá ser considerado o estabelecimento principal.

O estabelecimento principal de um responsável pelo tratamento na União deverá ser determinado de acordo com critérios objetivos e deverá pressupor o exercício efetivo e real de actividades de gestão que determinem as decisões principais quanto às finalidades e meios de tratamento mediante instalações estáveis. Esse critério não deverá depender do facto de o tratamento ser realizado nesse local.

A existência e utilização de meios técnicos e de tecnologias para o

[12] Diretiva 2011/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 9 de março de 2011, relativa ao exercício dos direitos dos doentes em matéria de cuidados de saúde transfronteiriços (JO L 88 de 4.4.2011, p. 45).

tratamento de dados pessoais ou as actividades de tratamento não constituem, em si mesmas, um estabelecimento principal nem são, portanto, um critério definidor de estabelecimento principal. O estabelecimento principal do subcontratante é o local da sua administração central na União, ou, caso não tenha administração central na União, o local onde são exercidas as principais actividades de tratamento de dados na União.

Nos casos que impliquem tanto o responsável pelo tratamento como o subcontratante, a autoridade de controlo principal deverá continuar a ser a autoridade de controlo do Estado-Membro onde o responsável pelo tratamento tem o estabelecimento principal, mas a autoridade de controlo do subcontratante deverá ser considerada uma autoridade de controlo interessada e deverá participar no processo de cooperação previsto pelo presente regulamento. Em qualquer caso, as autoridades de controlo do Estado-Membro ou Estados-Membros em que o subcontratante tenha um ou mais estabelecimentos não deverão ser consideradas autoridades de controlo interessadas caso o projeto de decisão diga respeito apenas ao responsável pelo tratamento.

Sempre que o tratamento dos dados seja efectuado por um grupo empresarial, o estabelecimento principal da empresa que exerce o controlo deverá ser considerado o estabelecimento principal do grupo empresarial, excepto quando as finalidades e meios do tratamento sejam determinados por uma outra empresa.

Para efeitos do consentimento na participação em actividades de investigação científica em ensaios clínicos deverão ser aplicáveis as disposições relevantes do Regulamento (UE) n.º 536/2014 do Parlamento Europeu e do Conselho [13].

[13] Regulamento (UE) n.º 536/2014 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de abril de 2014, relativo aos ensaios clínicos de medicamentos para uso humano e que revoga a Diretiva 2001/20/CE (JO | 158 de 27.5.2014, p. 1).

8. da protecção especial das crianças

As crianças merecem proteção especial quanto aos seus dados pessoais, uma vez que podem estar menos cientes dos riscos, consequências e garantias em questão e dos seus direitos relacionados com o tratamento dos dados pessoais.

Essa proteção específica deverá aplicar-se, nomeadamente, à utilização de dados pessoais de crianças para efeitos de comercialização ou de criação de perfis de personalidade ou de utilizador, bem como à recolha de dados pessoais em relação às crianças aquando da utilização de serviços disponibilizados diretamente às crianças.

O consentimento do titular das responsabilidades parentais não deverá ser necessário no contexto de serviços preventivos ou de aconselhamento oferecidos diretamente a uma criança.

9. da licitude do tratamento de dados pessoais

O tratamento de dados pessoais deverá ser efectuado de forma lícita e equitativa. Deverá ser transparente para as pessoas singulares que os dados pessoais que lhes dizem respeito são recolhidos, utilizados, consultados ou sujeitos a qualquer outro tipo de tratamento e a medida em que os dados pessoais são ou virão a ser tratados.

O princípio da transparência exige que as informações ou comunicações relacionadas com o tratamento desses dados pessoais sejam de fácil acesso e compreensão, e formuladas numa linguagem clara e simples. Esse princípio diz respeito, em particular, às informações fornecidas aos titulares dos dados sobre a identidade do responsável pelo tratamento dos mesmos e os fins a que o tratamento se destina, bem como às informações que se destinam a assegurar que seja efectuado com equidade e transparência para com as pessoas singulares em causa, bem como a salvaguardar o seu direito a obter a confirmação e a comunicação dos dados pessoais que lhes dizem respeito que estão a ser tratados.

As pessoas singulares a quem os dados dizem respeito deverão ser alertadas para os riscos, regras, garantias e direitos associados ao tratamento dos dados pessoais e para os meios de que dispõem para exercer os seus direitos relativamente a esse tratamento. Em especial, as finalidades específicas do tratamento dos dados pessoais deverão ser explícitas e legítimas e ser determinadas aquando da recolha dos dados pessoais. Os dados pessoais deverão ser adequados, pertinentes e limitados ao necessário para os efeitos para os quais são tratados. Para isso, é necessário assegurar que o prazo de conservação dos dados seja limitado ao mínimo. Os dados pessoais apenas deverão ser tratados se a finalidade do tratamento não puder ser atingida de forma razoável por outros meios.

A fim de assegurar que os dados pessoais sejam conservados apenas durante o período considerado necessário, o responsável pelo tratamento deverá fixar os prazos para o apagamento ou a revisão periódica. Deverão ser adoptadas todas as medidas razoáveis para que os dados pessoais inexactos sejam rectificados ou apagados. Os dados pessoais deverão ser tratados de uma forma que garanta a devida segurança e confidencialidade, incluindo para evitar o acesso a dados pessoais e equipamento utilizado para o seu tratamento, ou a utilização dos mesmos, por pessoas não autorizadas [14].

Para que o tratamento seja lícito, os dados pessoais deverão ser tratados com base no consentimento da titular dos dados em causa ou noutro fundamento legítimo, previsto por lei, quer no presente regulamento quer noutro ato de direito da União ou de um Estado- -Membro referido no presente regulamento, incluindo a necessidade de serem cumpridas as obrigações legais a que o responsável pelo tratamento se encontre sujeito ou a necessidade de serem executados contratos em que o titular dos dados seja parte ou a fim de serem efectuadas as diligências pré-contratuais que o titular dos dados solicitar.

Caso o presente regulamento se refira a um fundamento jurídico ou a uma medida legislativa, não se trata necessariamente de um ato legislativo adotado por um parlamento, sem prejuízo dos requisitos que decorram da

[14] Para vários desenvolvimentos, MANUEL DAVID MASSENO, leitura que se aconselha vivamente, entre outros, disponível in http://ipbeja.academia.edu/ManuelDavidMasseno

ordem constitucional do Estado-Membro em causa. No entanto, esse fundamento jurídico ou essa medida legislativa deverão ser claros e precisos e a sua aplicação deverá ser previsível para os seus destinatários, em conformidade com a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia e pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

Sempre que o tratamento for realizado com base no consentimento do titular dos dados, o responsável pelo tratamento deverá poder demonstrar que o titular deu o seu consentimento à operação de tratamento dos dados. Em especial, no contexto de uma declaração escrita relativa a outra matéria, deverão existir as devidas garantias de que o titular dos dados está plenamente ciente do consentimento dado e do seu alcance.

Em conformidade com a Diretiva 93/13/CEE do Conselho, uma declaração de consentimento, previamente formulada pelo responsável pelo tratamento, deverá ser fornecida de uma forma inteligível e de fácil acesso, numa linguagem clara e simples e sem cláusulas abusivas.

Para que o consentimento seja dado com conhecimento de causa, o titular dos dados deverá conhecer, pelo menos, a identidade do responsável pelo tratamento e as finalidades a que o tratamento se destina. Não se deverá considerar que o consentimento foi dado de livre vontade se o titular dos dados não dispuser de uma escolha verdadeira ou livre ou não puder recusar nem retirar o consentimento sem ser prejudicado.

A fim de assegurar que o consentimento é dado de livre vontade, este não deverá constituir fundamento jurídico válido para o tratamento de dados pessoais [15] em casos específicos em que exista um desequilíbrio manifesto entre o titular dos dados e o responsável pelo seu tratamento, nomeadamente quando o responsável pelo tratamento é uma autoridade pública pelo que é improvável que o consentimento tenha sido dado de livre vontade em todas as circunstâncias associadas à situação específica em causa. Presume-se que o consentimento não é dado de livre vontade se não for possível dar consentimento separadamente para diferentes operações de tratamento de

[15] Informação e possibilidade de realizar *online* o pedido de informações ou esclarecimento de dúvidas https://www.portaldocidadao.pt/web/comissao-nacional-de-protecao-de-dados/proteccao-de-dados-pessoais-informacao

dados pessoais, ainda que seja adequado no caso específico, ou se a execução de um contrato, incluindo a prestação de um serviço, depender do consentimento apesar de o consentimento não ser necessário para a mesma execução.

O tratamento de dados pessoais também deverá ser considerado lícito quando for necessário à proteção de um interesse essencial à vida do titular dos dados ou de qualquer outra pessoa singular. Em princípio, o tratamento de dados pessoais com base no interesse vital de outra pessoa singular só pode ter lugar quando o tratamento não se puder basear manifestamente noutro fundamento jurídico.

Refira-se que alguns tipos de tratamento podem servir tanto importantes interesses públicos como interesses vitais do titular dos dados, por exemplo, se o tratamento for necessário para fins humanitários, incluindo a monitorização de epidemias e da sua propagação ou em situações de emergência humanitária, em especial em situações de catástrofes naturais e de origem humana.

10. dos fins de interesse público

O tratamento de dados pessoais para fins de arquivo de interesse público, ou para fins de investigação científica ou histórica ou para fins estatísticos, deverá ficar sujeito à garantia adequada dos direitos e liberdades do titular dos dados nos termos do presente regulamento. Essas garantias deverão assegurar a existência de medidas técnicas e organizativas que assegurem, nomeadamente, o princípio da minimização dos dados.

O tratamento posterior de dados pessoais para fins de arquivo de interesse público, ou para fins de investigação científica ou histórica ou para fins estatísticos, deverá ser efectuado quando o responsável pelo tratamento tiver avaliado a possibilidade de tais fins serem alcançados por um tipo de tratamento de dados pessoais que não permita ou tenha deixado de permitir a identificação dos titulares dos dados, na condição de existirem as garantias adequadas (como a pseudonimização dos dados pessoais).

Os Estados-Membros deverão prever garantias adequadas para o tratamento dos dados pessoais para fins de arquivo de interesse público, ou fins de investigação científica ou histórica ou para fins estatísticos.

Os Estados-Membros deverão ser autorizados a estabelecer, sob condições específicas e mediante garantias adequadas para o titular dos dados, especificações e derrogações dos requisitos de informação e direitos à rectificação, ao apagamento dos dados pessoais, a ser esquecido [16], à limitação do tratamento e à portabilidade dos dados e de oposição aquando do tratamento de dados pessoais para fins de arquivo de interesse público, ou para fins de investigação científica ou histórica ou para fins estatísticos.

As condições e garantias em causa podem implicar procedimentos específicos para o exercício desses direitos por parte do titular de dados, se tal for adequado à luz dos fins visados pelo tratamento específico a par de medidas técnicas e organizativas destinadas a reduzir o tratamento de dados pessoais de acordo com os princípios da proporcionalidade e da necessidade. O tratamento de dados para fins científicos deverá igualmente respeitar outra legislação aplicável, tal como a relativa aos ensaios clínicos.

Combinando informações provenientes dos registos, os investigadores podem obter novos conhecimentos de grande valor relativamente a problemas médicos generalizados, como as doenças cardiovasculares, o cancro e a depressão. Com base nos registos, os resultados da investigação podem ser melhorados, já que assentam numa população mais ampla.

No âmbito das ciências sociais, a investigação com base em registos permite que os investigadores adquiram conhecimentos essenciais sobre a correlação a longo prazo entre uma série de condições sociais, como o desemprego e o ensino, e outras condições de vida.

Os resultados da investigação obtidos através de registos fornecem conhecimentos sólidos e de elevada qualidade, que podem servir de base para a elaboração e a execução de políticas assentes no conhecimento, para melhorar

[16] O Regulamento consagra o direito ao apagamento dos dados - o «direito a ser esquecido». Assim, o titular tem o direito de obter do responsável pelo tratamento o apagamento dos seus dados pessoais, sem demora injustificada, e este tem a obrigação de apagar os dados pessoais, sem demora injustificada.

a qualidade de vida de uma quantidade de pessoas e a eficácia dos serviços sociais. A fim de facilitar a investigação científica, os dados pessoais podem ser tratados para fins de investigação científica, sob reserva do estabelecimento de condições e garantias adequadas no direito da União ou dos Estados-Membros.

Quando os dados pessoais sejam tratados para fins de arquivo, o presente regulamento deverá ser também aplicável, tendo em mente que não deverá ser aplicável a pessoas falecidas.

As autoridades públicas ou os organismos públicos ou privados que detenham registos de interesse público deverão ser serviços que, nos termos do direito da União ou dos Estados-Membros, tenham a obrigação legal de adquirir, conservar, avaliar, organizar, descrever, comunicar, promover, divulgar e facultar o acesso a registos de valor duradouro no interesse público geral. Os Estados-Membros deverão também ser autorizados a determinar o posterior tratamento dos dados pessoais para efeitos de arquivo, por exemplo tendo em vista a prestação de informações específicas relacionadas com o comportamento político no âmbito de antigos regimes totalitários, genocídios, crimes contra a humanidade, em especial ou Holocausto, ou crimes de guerra.

Quando os dados pessoais sejam tratados para fins de investigação científica, o presente regulamento deverá ser também aplicável. Para efeitos do presente regulamento, o tratamento de dados pessoais para fins de investigação científica deverá ser entendido em sentido lato, abrangendo, por exemplo, o desenvolvimento tecnológico e a demonstração, a investigação fundamental, a investigação aplicada e a investigação financiada pelo sector privado. Deverá, além disso, ter em conta o objetivo da União mencionado no artigo 179.º, n.º 1, do TFUE, que consiste na realização de um espaço europeu de investigação.

Os fins de investigação científica deverão também incluir os estudos de interesse público realizados no domínio da saúde pública. A fim de atender às especificidades do tratamento de dados pessoais para fins de investigação científica, deverão ser aplicáveis condições específicas designadamente no que se refere à publicação ou outra forma de divulgação de dados pessoais no

âmbito dos fins de investigação científica.

Se o resultado da investigação científica designadamente no domínio da saúde justificar a tomada de novas medidas no interesse do titular dos dados, as normas gerais do presente regulamento deverão ser aplicáveis no que respeita a essas medidas.

Quando os dados pessoais sejam tratados para fins de investigação histórica, o presente regulamento deverá ser também aplicável.

Deverá também incluir-se nesse âmbito a investigação histórica e a investigação para fins genealógicos, tendo em mente que o presente regulamento não deverá ser aplicável a pessoas falecidas.

11. aplicação no tempo

A Diretiva 95/46/CE deverá ser revogada pelo presente regulamento. Os tratamentos de dados que se encontrem já em curso à data de aplicação do presente regulamento deverão passar a cumprir as suas disposições no prazo de dois anos após a data de entrada em vigor.

Se o tratamento dos dados se basear no consentimento dado nos termos do disposto na Diretiva 95/46/CE, não será necessário obter uma vez mais o consentimento do titular dos dados, se a forma pela qual o consentimento foi dado cumprir as condições previstas no presente regulamento, para que o responsável pelo tratamento prossiga essa atividade após a data de aplicação do presente regulamento. As decisões da Comissão que tenham sido adoptadas e as autorizações que tenham emitidas pelas autoridades de controlo com base na Diretiva 95/46/CE, permanecem em vigor até ao momento em que sejam alteradas, substituídas ou revogadas.

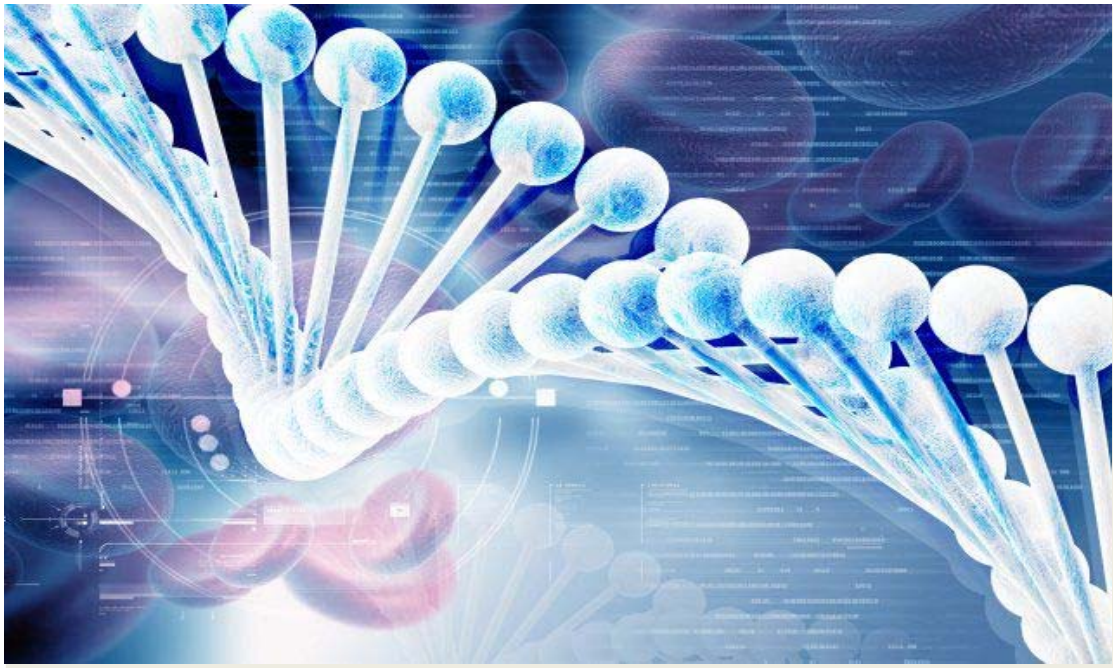
Em prol do Mercado Único Digital para a Europa, e por conseguinte, do nosso tecido empresarial, é a hora certa para nos prepararmos conveniente e conscientemente para os desafios e oportunidades e para os problemas que surgirão em cascata a partir da entrada em vigor do *DSM*. Recupero e finalizo, a este propósito, com alguma sabedoria oriental: "*As palavras são como um dedo apontando para a Lua; cuida de saber olhar para a Lua, não te preocupes*

com o dedo que a aponta". Os Estados-Membros deverão proceder à transposição desta Diretiva até Maio de 2018.

"…We aren't going to be able to rely on passwords. Moving to biometric and smart cards is a wave that is coming and we see our leading customers doing this." Bill Gates (em discurso no Microsoft IT Fórum – Copenhaga, Novembro de 2004).

"Deixamos vestígios digitais em tudo o que fazemos. Com a reforma da protecção de dados na União Europeia, a nossa legislação estará preparada para o futuro e para a era digital." Comissão Europeia, 2012.

Angelina Teixeira
Advogada
Doutoranda em Direito
angelinateixeira-53245P@adv.oa.pt



O Segredo Médico: Dos fundamentos Hipocráticos às Inovações da Genética

Andreia Costa Andrade
Doutoranda em Direito Público (FDUC)
Investigadora da STEMLAB, S.A.
Investigadora do Centro de Direito Biomédico

RESUMO:

Não obstante o dever de sigilo ser tão antigo como a própria medicina, o tratamento desta temática tem conhecido novos contornos que justificam uma reformulação do paradigma. As indiscutíveis vantagens das inovações das ciências biomédicas acarretam dúvidas e inquietações que nos fazem repensar os limites e as circunstâncias em que a revelação de segredo ocorre legitimamente.

O Segredo Médico: Dos fundamentos Hipocráticos às Inovações da Genética

Andreia Costa Andrade
Doutoranda em Direito Público (FDUC)
Investigadora da STEMLAB, S.A.
Investigadora do Centro de Direito Biomédico

SUMÁRIO: Considerações preliminares. 1. Segredo Médico: do Fundamento à atualidade. 2. Enquadramento normativo, 2.1. Direito Internacional. 2.2. Direito Constitucional. 2.3. Direito Civil, 2.4. Normas Deontológicas. 2.5. Legislação no âmbito da Saúde, 2.6. O Dever de Sigilo no Direito Penal: o Crime de Violação de Segredo. 3. Concretização do Regime: o caso específico dos dados genéticos. Considerações Finais. Bibliografia

O Segredo Médico: dos Fundamentos Hipocráticos às Inovações da Genética

RESUMO: Não obstante o dever de sigilo ser tão antigo como a própria medicina, o tratamento desta temática tem conhecido novos contornos que justificam uma reformulação do paradigma. As indiscutíveis vantagens das inovações das ciências biomédicas acarretam dúvidas e inquietações que nos fazem repensar os limites e as circunstâncias em que a revelação de segredo ocorre legitimamente.

PALAVRAS-CHAVE: Segredo Médico – Direito à Intimidade – Dados Genéticos – Saúde Familiar.

The Medical Secrecy: From Hippocratic principles to Genetics Innovations

ABSTRACT: Although the Medical Secrecy be as old as medicine itself, the treatment of this theme has known new contours that justifies a reformulation of the paradigm. The undeniable benefits of life sciences innovations demand doubts and concerns that make us rethink the limits and the circumstances in which the secret disclosure arises legitimately.

KEYWORDS: Medical Secrecy – Right to Intimacy – Genetic Data – Family Health

"Não existe medicina sem confiança, tal como não existe confiança sem confidências nem confidências sem segredo"
L.PORTES [1]

Considerações Preliminares

O segredo médico é uma das dimensões mais importantes da relação médico-paciente, sendo frequentemente objeto de discussão seja no círculo médico, seja no círculo jurídico. Também nos meios de comunicação social o tema do segredo médico merece destaque sendo reiteradamente questionado quanto aos seus limites em casos de grande complexidade que inflamam a opinião pública. No semanário *Sol* do dia 12 de Maio do corrente ano, foi publicada uma notícia compiladora dos "Maiores Dilemas Médicos" dentre os quais avulta o segredo médico como aquele que mais frequentemente põe à prova as soluções legais e deontológicas atendendo ao enredo dos casos da vida em análise[2]. De facto, a obrigação de segredo médico é reconhecida como fulcral desde o Juramento de Hipócrates, visto que só no pressuposto do seu rigoroso cumprimento poderá o paciente expor em liberdade os sintomas que o afetam, os seus hábitos e receios.

Durante milénios o Homem foi um desconhecido para si próprio mas, graças aos revolucionários conhecimentos da engenharia genética e da biotecnologia alcançados nos últimos anos, foi-lhe permitido transitar da penumbra da incerteza para a luz segura dos conhecimentos científicos no que à vida humana respeita. As descobertas registadas na área sensível dos dados genéticos vieram agudizar a tensão que há muito o Direito procura apaziguar entre o dever de segredo e o dever de revelar. As inovações da genética vieram acicatar o duelo pela tutela jurídica entre bens jurídicos individuais e bens

[1] GILBERT HOTTOIS/ MARIE-HÉLÈNE PARIZEAU, *Dicionário da Bioética*, Instituto Piaget, p.330, *apud* PEREIRA, André Gonçalo Dias, *O dever de sigilo médico: um roteiro da lei portuguesa*, p. 10

[2] Notícia publicada no dia 12 de Maio de 2014 disponível em:

http://m.sabado.pt/NewsDetails.aspx?NodeID=698820&Type=Multimedia_Detalhe&Lead=Sociedade

coletivos. Tendo o exposto presente, encetamos neste trabalho uma tentativa de operar a concordância prática possível entre os valores em causa que apresente uma solução viável aos profissionais de saúde confrontados com esta problemática no quotidiano.

1. Segredo médico: do fundamento e atualidade

O segredo médico preside desde Hipócrates à salutar relação médico-paciente como pilar estrutural da confiança indispensável ao regular exercício da medicina. Constante de escritos redigidos entre 430 e 330 a.C., é entre os demais segredos profissionais o mais antigo, constituindo «*uma das constantes antropológicas mais estabilizadas e irrenunciáveis da organização social*»[3]. Este instituto anterior ao próprio direito romano conheceu diversos contextos político-sociais ao longo dos tempos, chegando até nós ancorado como valor fundamental imprescindível.

Durante a Idade Média o segredo médico não teve expressão significativa entre os deveres inerentes à prática da medicina ocidental. Na verdade, a confidencialidade foi prejudicada pela desorganização da profissão médica. Uma realidade bem distinta da medicina árabe que sempre garantiu o cumprimento do segredo. A partir do século XVIII o segredo médico readquiriu importância, ressurgindo atualizado atendendo ao desenvolvimento técnico, científico e social da área de saúde. Daqui por diante, o sigilo médico haveria de percorrer dois caminhos paralelos: um deontológico e um legal. O primeiro foi trilhado sob o advento dos códigos de ética que vieram consolidar o segredo como dever do ofício. Já o quadro histórico-legal ficou marcado pelas primeiras tipificações da violação do segredo em diplomas legais nacionais, como foi o caso do pioneiro Código Civil Francês de 1810, que no amago dos crimes contra o livre gozo e exercício dos direitos individuais, incriminava no seu no artigo 378º a violação de segredo pelos profissionais da saúde. Esta disposição veio inspirar outros diplomas legais na Europa, como é o caso do Código Penal Espanhol de 1822.

[3] ANDRADE, Manuel da Costa, *Direito Penal Médico: SIDA, testes arbitrários, confidencialidade e segredo*, Coimbra, 2004, p. 172.

A necessidade de proteção do paciente e da informação a ele ligada adquiriu maior premência após a II Guerra Mundial. Por esta altura, a emergência e consolidação dos direitos humanos conferiu maior essencialidade ao segredo médico que se cristalizou como mandamento imprescindível para a efetivação dos direitos fundamentais. Uma tendência que é testemunhada pela Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, elaborada e promulgada pela Organização das Nações Unidas e em cujo artigo 12º se refere expressamente o direito à não interferência na vida privada pessoal e familiar.

O progresso que a ciência médica registou, nomeadamente com os avanços tecnológicos da genética, o progresso das ciências biológicas, e com a inevitável especialização dos serviços de saúde, exige uma reestruturação do segredo profissional do médico em moldes distintos do que fora na era hipocrática. Hoje, o segredo médico tem como finalidade impedir a publicidade de factos aos quais o médico teve acesso pela sua profissão, e cuja revelação a terceiros seria desnecessária ou acarretaria prejuízos ao interesse do paciente. Não obstante o exposto, acompanhamos CUNHA RODRIGUES quando afirma que «*o segredo médico continua a ser, na actualidade, fundamentalmente um problema de deontologia, mas de deontologia aberta às realidades de um mundo em rápida mutação*»[4]. É neste sentido que desenvolveremos a análise do quadro normativo incidente sobre o segredo médico procurando uma resposta que se coadune com os inovadores conhecimentos da genética e as suas implicações.

2. Enquadramento normativo

2.1. Direito Internacional

Ante as inovações tecnológicas e genéticas, o tema do segredo médico é incontornável, impondo-se uma ponderação e proteção dos valores em causa. Isto mesmo é comprovado pelos numerosos diplomas internacionais dedicados ao tema. Veja-se a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos do Homem de 11 de Novembro de 1997, em cujo Artigo 7.º se dispõe: «*Deverá respeitar-se o sigilo, nas condições estabelecidas por lei, dos dados genéticos*

[4] RODRIGUES, José Narciso da Cunha, *Lugares do Direito – Parte IV Temas de Ciências Criminais – O Segredo Médico*, Coimbra, 1999, pp 491-492.

associados a uma pessoa identificável e armazenados ou processados para fins de investigação ou para qualquer outro fim» [5].

A Declaração Internacional sobre Dados Genéticos Humanos de 16 de Outubro de 2003 que, sob a epígrafe «Vida privada e confidencialidade», impõe aos Estados desenvolvimento de medidas no sentido da proteção da vida privada dos indivíduos e a confidencialidade dos dados genéticos humanos associados a uma pessoa, uma família [6]. Ou ainda a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos de 19 de Outubro de 2005, em cujo Artigo 9º, sob a epígrafe «Vida privada e confidencialidade», se determina: «*A vida privada das pessoas em causa e a confidencialidade das informações que lhes dizem pessoalmente respeito devem ser respeitadas*».

Tanto quanto possível, tais informações não devem ser utilizadas ou difundidas para outros fins que não aqueles para que foram coligidos ou

[5] Disponível em: http://direitoshumanos.gddc.pt/3_19/IIIPAG3_19_1.htm.

[6] No seu artigo 14º, sob a epígrafe Vida privada e confidencialidade, a declaração prevê: «(a) Os Estados deverão desenvolver esforços no sentido de proteger, nas condições previstas pelo direito interno em conformidade com o direito internacional relativo aos direitos humanos, a vida privada dos indivíduos e a confidencialidade dos dados genéticos humanos associados a uma pessoa, uma família ou, se for caso disso, um grupo identificável. (b) Os dados genéticos humanos, os dados proteómicos humanos e as amostras biológicas associados a uma pessoa identificável não deverão ser comunicados nem tornados acessíveis a terceiros, em particular empregadores, companhias de seguros, estabelecimentos de ensino ou família, se não for por um motivo de interesse público importante nos casos restritivamente previstos pelo direito interno em conformidade com o direito internacional relativo aos direitos humanos, ou ainda sob reserva de consentimento prévio, livre, informado e expresso da pessoa em causa, na condição de tal consentimento estar em conformidade com o direito interno e com o direito internacional relativo aos direitos humanos. A vida privada de um indivíduo que participa num estudo em que são utilizados dados genéticos humanos, dados proteómicos humanos ou amostras biológicas deverá ser protegida e os dados tratados como confidenciais. (c) Os dados genéticos humanos, os dados proteómicos humanos e as amostras biológicas recolhidos para fins de investigação médica e científica não deverão por norma estar associados a uma pessoa identificável. Mesmo quando esses dados ou amostras biológicas não estão associados a uma pessoa identificável, deverão ser tomadas as precauções necessárias para garantir a sua segurança. (d) Os dados genéticos humanos, os dados proteómicos humanos e as amostras biológicas recolhidos para fins de investigação médica e cientifica só podem manter-se associados a uma pessoa identificável se forem necessários para a realização da investigação e na condição de a vida privada do indivíduo e a confidencialidade dos referidos dados ou amostras biológicas serem protegidos em conformidade com o direito interno. (e) Os dados genéticos humanos e os dados proteómicos humanos não deverão ser conservados sob uma forma que permita identificar o indivíduo em causa por mais tempo que o necessário para alcançar os objectivos com vista aos quais foram recolhidos ou ulteriormente tratados.

Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao_inter_dados_genericos.pdf.

consentidos, e devem estar em conformidade com o direito internacional, e nomeadamente com o direito internacional relativo aos direitos humanos» [7].

Num olhar mais atento sobre o concreto panorama europeu há a realçar dois diplomas: a Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina, a que Portugal aderiu em 4 de Abril de 1997, em cujo texto e dentre os direitos que os Estados signatários da Convenção acordaram promover e assegurar no âmbito do acesso aos cuidados de saúde, queremos destacar o direito ao respeito da vida privada e à confidencialidade dos dados sobre a sua saúde estabelecido no n.º 1 do artigo 10.º da CDHB estabelece que «*qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada no que toca a informações relacionadas com a sua saúde*». E ainda a Carta Europeia dos Direitos do Paciente, apresentada pela *Active Citizenship Network*, em Bruxelas, no dia 15 de Novembro de 2002 que proclama 14 direitos dos pacientes europeus que pela sua relevância foram reconhecidos pelo Comité Económico e Social Europeu. Os direitos firmados neste documento fundam-se no art.35º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e têm o propósito de garantir um alto nível de prestação de serviços de saúde pelos sistemas nacionais de saúde europeus.

O direito de confidencialidade dos doentes merece destaque no art.6º da Carta [8], de acordo com a qual: «*Todo o indivíduo tem direito à confidencialidade dos seus dados pessoais, incluindo informação relativa ao seu estado de saúde e diagnóstico potencial ou a procedimentos terapêuticos, assim como à proteção da sua privacidade durante o processo de diagnóstico, visitas de especialistas e tratamentos médicos e/ou cirúrgicos em geral*» [9].

[7] Disponível em: http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001461/146180por.pdf.

[8] Disponível em: http://www.eurocid.pt/pls/wsd/wsdwcot0.detalhe?p_cot_id=4928#direitos

[9] Quanto aos textos internacionais sobre a matéria específica dos direitos dos utentes importa destacar ainda: a Carta dos Direitos das Pessoas Doentes da OMS (1996); o Parecer do Comité Económico e Social Europeu sobre os direitos do Paciente (2002) e, a recentemente aprovada e publicada, Diretiva 2011/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 9 de Março de 2011, relativa ao exercício dos direitos dos doentes em matéria de cuidados de saúde transfronteiriços.

2.2. Direito Constitucional

Os problemas inerentes ao segredo médico merecem também o foco da ordem jurídica nacional. Enquanto Estado de Direito Democrático fundado na dignidade da pessoa humana[10], o Estado português consagra um amplo leque de direitos fundamentais cruciais para a efetivação da premissa de origem kantiana e iluminista de *pessoa* enquanto sujeito, fim em si mesmo e não meio de relações jurídico-sociais.

Em contexto da relação médico-paciente é fácil de entender a necessidade de proteger o direito à intimidade e reserva da vida privada, tendo em conta que os dados de saúde integram indubitavelmente a esfera da intimidade, sendo qualificados de dados sensíveis, permitindo inclusivamente aceder à esfera mais privada do ser humano. O segredo é portanto assumido como condição imprescindível à relação de confiança a estabelecer entre o médico e o paciente, como factor que concorre de modo decisivo para o estatuto da pessoa humana, porquanto «*visa proteger a intimidade e o poder de autodeterminação do ser humano*»[11].

Após a quinta revisão constitucional, aprovada pela Lei Constitucional nº 1/2001 de 12 de Dezembro, o artigo 26º da Constituição Portuguesa[12] passou a acolher nove direitos fundamentais que, tal como o direito à vida e à integridade

[10] De acordo com o estipulado no Artigo 1º da Lei Fundamental «Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária».

[11] GILBERT HOTTOIS/ MARIE-HÉLÈNE PARIZEAU, *Dicionário de Bioética*, p.331, *apud* PEREIRA, André Dias, *O dever de sigilo médico: um roteiro da lei portuguesa*, in *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, nº19, 2009, p.15.

[12] Artigo 26º (Outros direitos pessoais)

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 protecção legal contra quaisquer formas de discriminação.

2. A lei estabelecerá garantias efectivas contra a obtenção e utilização abusivas, ou contrárias à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e famílias.

3. A lei garantirá a dignidade pessoal e a identidade genética do ser humano, nomeadamente na criação, desenvolvimento e utilização das tecnologias e na experimentação científica.

4. A privação da cidadania e as restrições à capacidade civil só podem efectuar-se nos casos e termos previstos na lei, não podendo ter como fundamento motivos políticos.

física, se encontram integrados na categoria de direitos de personalidade. Entre estes importa realçar, o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar estatuído no final do nº1 daquele preceito e que o nº2 vem reforçar ao imputar ao legislador a obrigação de estabelecer garantias concretas que impeçam a violação do direito à reserva e intimidade da vida privada e familiar. O Estado fica assim não apenas obrigado a respeitar aquele direito, como também a instituir mecanismos que impeçam a obtenção e utilização abusivas, ou contrárias à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e famílias[13].

O direito à reserva da intimidade da vida privada [14] decompõe-se em dois direitos, ditos menores: o direito a impedir o acesso de estranhos a informações sobre a vida privada e familiar e o direito a que ninguém divulgue informações que tenha sobre a vida privada e familiar de outrem[15], existindo para isso instrumentos jurídicos de cariz cível e penal ao dispor, do titular destes direitos em ordem à sua garantia. No que ao dever de sigilo médico concerne, o direito à intimidade do doente é afirmado numa vertente positiva como direito a que o conhecimento dos seus dados pessoais se limite ao estritamente necessário ao tratamento médico, e numa vertente negativa no direito a que os dados partilhados com o médico sejam utilizados exclusivamente para os fins e no âmbito do tratamento médico para que haja prestado o seu consentimento[16].

---

[13] CANOTILHO, J J Gomes e MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada,* Vol. I, 4ª Edição, Coimbra Editora, 2007, p.471.

[14] O Tribunal Constitucional formulou, pela primeira vez, uma definição do conteúdo do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada, no Acórdão nº 128/92, de 1 de Abril de 1992, declarando que se trata «*do direito de cada um ver protegido o espaço interior ou familiar da pessoa ou do seu lar contra intromissões alheias. É a privacy do direito anglo-saxónico. (…) Este direito à intimidade ou à vida privada – este direito a uma esfera própria e inviolável, onde ninguém deve poder penetrar sem autorização do respetivo titular compreende: a) a autonomia, ou seja, o direito a ser o próprio a regular, livre de ingerências estatais e sociais, essa esfera de intimidade; b) o direito a não ver difundido o que é próprio dessa esfera de intimidade, a não ser mediante autorização do interessado*». Posteriormente, encontramos referências ao dito Acórdão em outras decisões emanadas do mesmo Tribunal como é o caso do Acórdão nº 319/95, de 20 de Junho de 1995, do Acórdão nº 263/97, de 19 de Março de 1997254, do Acórdão nº 355/97, de 7 de Maio de 1997.

[15] CANOTILHO, J J Gomes e MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*…,p.471.

[16] Neste sentido GÓMEZ RIVERO, Maria del Carmen, *Los límites del deber de sigilo del médico en las situaciones de riesgo. Especial referencia al ámbito de la genética*, in *Revista Derecho y Genoma Humano*, nº26, Enero-Junio, 2007, p.44.

O segredo profissional do médico afigura-se-nos como instrumento de excelência na proteção da esfera da vida privada e familiar do doente que a Constituição delimita por recurso aos critérios de ponderação da dignidade da pessoa humana e da privacidade.

A necessidade de proteção do direito de personalidade da reserva da vida privada justificou a consagração de um *direito ao segredo do ser*, beneficiando na qualidade de direito fundamental do regime especial, previsto no artigo 18.º da CRP, dos *direitos, liberdades e garantias*: aplicação imediata, vinculação de todos os sujeitos de direito, públicos e privados, e restrições impostas apenas por lei e na medida do necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos[17].

Não obstante o exposto, e atentas as implicações familiares da inovadora medicina genética atual, não deverá este direito fundamental ser revisitado? Dito de outro modo, o reconhecimento do direito à reserva da vida privada e familiar nas duas vertentes que enunciámos reconhece o direito à privacidade dentro do próprio seio familiar onde se estabelecem relações de grande proximidade. Segundo de DIOGO LEITE DE CAMPOS os membros de uma família não se eximem dos seus direitos pessoais no seio familiar [18], mantendo-se o direito à privacidade mesmo na relação com outros elementos da família. No entanto, a determinação do conteúdo, extensão e nível de proteção desse direito deve obedecer aos critérios já enunciados por GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, isto é, o respeito dos comportamentos, o respeito do anonimato e o respeito da vida em relação[19]. Teremos oportunidade de os densificar em sede própria.

[17] Artigo 18.º «(Força jurídica) 1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas. 2. A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos. 3. As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais».

[18] CAMPOS, Diogo Leite de (1991), "Lições de Direitos da Personalidade", Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Vol. LXVII, Coimbra: Gráfica de Coimbra, p. 211.

[19] CANOTILHO, J J Gomes e MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada,* … p.468.

2.3. Direito Civil

O segredo médico é instrumento privilegiado de proteção do direito à reserva da vida privada e familiar, um direito que, para além da tutela constitucional, merece consagração expressa no Direito Civil. Neste campo específico o dever de segredo radica quer no direito geral de personalidade expresso no artigo 70º, quer no direito especial de personalidade estatuído no artigo 80º, ambos do Código Civil. Como ensina CAPELO DE SOUSA, o artigo 70º do CC representa uma «*tutela geral da globalidade da personalidade humana*»[20] cuja violação confere ao lesado o direito de requerer, nos termos do artigo 70º, nº2 do CC, «*as providências adequadas às circunstâncias do caso, com o fim de evitar a consumação da ameaça ou atenuar os efeitos da ofensa já cometida*». Sobre a mesma norma de debruça ORLANDO DE CARVALHO entendendo que se trata de «*um direito à personalidade no seu todo, direito que abrange todas as manifestações previsíveis e imprevisíveis da personalidade, pois é, a um tempo, direito à pessoa-ser e à pessoa-devir, ou melhor, à pessoa-ser em devir, entidade não estática mas dinâmica e com jus à sua "liberdade de desabrochar" (com direito ao 'livre desenvolvimento da personalidade' de que falam já certos textos jurídicos). Trata-se de um jus in se ipsum radical, em que a pessoa é o bem protegido, correspondendo à sua necessidade intrínseca de autodeterminação (...). Só um tal direito ilimitado e ilimitável permite uma tutela suficiente do homem ante os riscos de violação que lhe oferece a sociedade moderna*»[21].

Além desta tutela geral da personalidade e como já referimos, o Código Civil português acolhe no seu artigo 80º, sob a epígrafe «Direito à reserva sobre a intimidade da vida privada», um direito de personalidade especial. A norma pioneira no panorama jurídico internacional [22] concede tutela expressa ao direito ao segredo estatuindo que «1. Todos devem guardar reserva quanto à

[20] CAPELO DE SOUSA, Rabindranath, *A Tutela Geral da Personalidade,* Coimbra Editora, 1995, p. 105.

[21] ORLANDO DE CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, 1981, p. 90, *apud* PEREIRA, André Gonçalo Dias, *Ob. Cit.*, p.16.

[22] É importante realçar que no nosso ordenamento jurídico, a lei consagra expressamente a intimidade da vida privada como objeto de um direito de personalidade, contrariamente a outros sistemas legais onde se debate, comummente de forma inconclusiva, se a intimidade da vida privada é alvo de um verdadeiro direito subjetivo, ou se, de modo diverso, corresponde a uma simples liberdade ou faculdade. Sobre este aspeto veja-se CABRAL, Rita Amaral, *O Direito à Intimidade da Vida Privada*, Separata dos Estudos em Memória do Prof. Doutor Paulo Cunha, Lisboa: Universidade de Lisboa Editora, p.13.

intimidade da vida privada de outrem. 2. A extensão da reserva é definida conforme a natureza do caso e a condição das pessoas». Este direito integra a categoria de direitos de personalidade fundamentais que nas palavras de MOTA PINTO são de tal modo essenciais que «*a própria personalidade humana quedaria descaracterizada se a proteção que eles concedem não fosse reconhecida pela ordem jurídica*»[23]. O preceito em análise vida proteger a vida privada de cada ser particular e radica na concessão de uma esfera privada onde cada um se possa recolher para orientar a sua conduta pelos valores assumidos, um espaço de autonomia que os outros não devem violar sob pena de ilicitude [24].

2.4. Normas Deontológicas

Para o tratamento deste ponto, principiemos pelos ensinamentos de CUNHA RODRIGUES: «*ao legislador compete eleger os casos em que os superiores interesses da comunidade justifiquem a quebra do segredo. O resto pertence ao médico. A ele, só a ele, cabe a última decisão, tendo sempre presente a relação de confiança que deve existir entre si e o doente, relação que é pressuposto e condição da eficácia do acto médico e, nessa exacta medida, da própria função social da medicina*»[25]. Aderimos aos ensinamentos do Autor, sem esquecer contudo que cabe antes de mais ao legislador a determinação das áreas cobertas pelo segredo ou as salvaguardadas por causas de justificação da quebra de segredo, e em último caso ao juiz aplicador do Direito a decisão do que venha a ser o não adequado revelar ou manter sob segredo no caso concreto. De resto só assim se pode almejar um sistema sólido e adequado. Vejamos.

A deontologia profissional corresponde a um conjunto de regras relativas à forma como alguém deverá comportar-se na qualidade de membro de um determinado corpo social. É por isso encarada como um dever ser profissional, na medida em que contempla um conjunto de regras referidas a uma determinada profissão, alicerçadas nos princípios da moral e do direito. O

[23] PINTO, Paulo Mota, *O Direito à Reserva sobre a Intimidade da Vida Privada*, in Boletim da Faculdade de Direito, Vol. LXIX, Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, p.482.

[24] CAPELO DE SOUSA, Rabindranath, *A Tutela Geral da Personalidade*… p. 317.

[25] RODRIGUES, José Narciso da Cunha, *Lugares do Direito – Parte IV Temas de Ciências Criminais – O Segredo Médico*, Coimbra, 1999, p.491.

segredo médico comunga deste caráter normativo encontrando consagração expressa no Código Deontológico da Ordem dos Médicos (CDOM) [26]. Uma imposição aos profissionais da medicina inspirada em Códigos Internacionais como Código Internacional de Ética Médica ou os Princípios de Ética Médica Europeia, e em Declarações Universais como sejam a Declaração Universal dos Direitos do Homem, a Declaração de Helsínquia, ou a Declaração de Lisboa.

Neste sentido o CDOM dedica ao segredo médico todo o Capítulo XI, que inicia pela exposição do princípio geral no artigo 85º: «*O segredo médico é condição essencial ao relacionamento médico-doente, assenta no interesse moral, social, profissional e ético, que pressupõe e permite uma base de verdade e de mútua confiança*». O segredo médico é reconhecido como dever inerente à profissão médica, independentemente do modo como seja exercida [27]. E os médicos empossados de «*confidentes necessários do doente*» [28]. Prossegue com a delimitação do âmbito do segredo médico, incluindo no nº2 do seu artigo 86º «*O segredo abrange todos os factos que tenham chegado ao conhecimento do médico no exercício da sua profissão ou por causa dela e compreende especialmente: a) Os factos revelados diretamente pela pessoa, por outrem a seu pedido ou por terceiro com quem tenha contactado durante a prestação de cuidados ou por causa dela; b) Os factos apercebidos pelo médico, provenientes ou não da observação*

[26] Bem como no Código Deontológico da Ordem dos Enfermeiros, publicado em anexo à Lei 11/2009 de 16 de Setembro de cujo artigo 85º sob a epígrafe «Do dever de sigilo» consta O enfermeiro, obrigado a guardar segredo profissional sobre o que toma conhecimento no exercício da sua pro-fissão, assume o dever de:

a) Considerar confidencial toda a informação acerca do destinatário de cuidados e da família, qualquer que seja a fonte;

b) Partilhar a informação pertinente só com aqueles que estão implicados no plano terapêutico, usando como critérios orientadores o bem-estar, a segurança física, emocional e social do indivíduo e família, assim como os seus direitos;

c) Divulgar informação confidencial acerca do indivíduo e família só nas situações previstas na lei, devendo, para tal efeito, recorrer a aconselhamento deontológico e jurídico;

d) Manter o anonimato da pessoa sempre que o seu caso for usado em situações de ensino, investigação ou controlo da qualidade de cuidados.

[27] Nesta linha, a relação profissional que investe o médico no dever de segredo não exige um contexto de consulta formal, basta que o confidente se dirija ao agente como médico. O segredo não exige a celebração efetiva de um contrato.

[28] ABREU, Luís Vasconcelos, *O segredo médico no direito português vigente*, in Estudos de Direito da Bioética, Vol. I, Coimbra, 2005, p.266.

clínica do doente ou de terceiros; c) Os factos resultantes do conhecimento dos meios complementares de diagnóstico e terapêutica referentes ao doente; d) Os factos comunicados por outro médico ou profissional de saúde, obrigado, quanto aos mesmos, a segredo».

Um leque alargado de factos sinteticamente descritos por LUÍS ABREU que entende abrangido pelo segredo médico «*não só aquilo que foi objecto de diagnóstico, as características físicas e psicológicas do doente e da doença, mas também os hábitos de vida e até a situação económica ou profissional do paciente*»[29]. De modo mais detalhado, COSTA ANDRADE adianta como factos integrantes do segredo profissional do médico a doença, a anamnese, o diagnóstico, a prognose, a prescrição, a terapia, a resposta ao tratamento. Bem como, os exames, os meios de diagnóstico e toda a informação constante de relatórios, ficheiros, processos clínicos, radiografias, ecografias e tumografia computorizada. Ao que acresce, os traços de carácter revelados pelo paciente, as suas reacções aos diferentes actos médicos, os factos atinentes à sua vida privada, profissional, à situação económica, financeira ou política, bem como os gostos, vícios, abusos, excessos e actos ilícitos, como pertencentes ao âmbito da protecção do segredo médico [30].

Do CDOM importa ainda realçar o artigo 88º que sob a epígrafe «Escusa do segredo médico» dispõe que «*excluem o dever de segredo médico: a) O consentimento do doente (…); b) O que for absolutamente necessário à defesa da dignidade, da honra e dos legítimos interesses do médico ou do doente, não podendo em qualquer destes casos o médico revelar mais do que o necessário, nem o podendo fazer sem prévia autorização do Presidente da Ordem; c) O que revele um nascimento ou um óbito; d) As doenças de declaração obrigatória*». Bem como o previsto no artigo 89º relativo a condutas que não se consideram violadoras do segredo médico. De acordo com o preceito «*1. A obrigação do segredo médico não impede que o médico tome as precauções necessárias, promova ou participe em medidas de defesa da saúde, indispensáveis à salvaguarda da vida e saúde de pessoas que possam contactar com o doente, nomeadamente dos membros da família e outros conviventes. 2. Sendo a preservação da vida o valor fundamental,*

[29] *Idem*, p.275.

[30] ANDRADE, Manuel da Costa, *Direito Penal Médico…*, Coimbra, 2004, p.184.

deverá o médico, em circunstância em que um doente tenha um comportamento que traga um risco real e significativo para a vida de outra pessoa, tentar persuadi-lo a modificar este comportamento, nomeadamente declarando que irá revelar a sua situação às pessoas interessadas. Se o doente não modificar o seu comportamento, apesar de advertido, o médico deve informar as pessoas em risco, caso as conheça, após comunicar ao doente que o vai fazer». Esta é uma norma de absoluta relevância atentos os atuais contornos do exercício da medicina, e as características das doenças que afetam a nossa sociedade. Aliás, todas as normas deontológicas são de suma importância para outros âmbitos do Direito e a elas nos voltaremos a referir adiante.

2.5. Legislação no âmbito da Saúde

Atenta a premência da proteção do direito à privacidade no contexto das sociedades modernas, também no quadro legislativo da saúde é reconhecido o direito à confidencialidade da informação de saúde dos doentes em vasta legislação dispersa da qual citaremos apenas a mais relevante. Desde logo a Lei de Bases da Saúde aprovada pela Lei n.º 48/90, de 24 de Agosto, estabelece o direito ao respeito pela confidencialidade dos seus dados pessoais - al. d) do n.º 1 da Base XIV. Este direito dos utentes à confidencialidade de toda a informação clínica e elementos identificativos que lhe respeitam decorre, desde logo, do direito fundamental à proteção dos dados pessoais informatizados, consagrado no artigo 35ºda CRP, mas também do direito à vida privada e familiar consagrado no artigo 26º que já tivemos oportunidade de explanar.

Neste campo merece destaque a Lei da Proteção de Dados Pessoais (Lei nº 67/98, de 26 de Outubro), que transpõe para a ordem jurídica portuguesa a Diretiva nº 95/46/CE306, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de Outubro de 1995, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à sua livre circulação [31]. No artigo 2º do diploma é consagrado como princípio geral que «*o tratamento de dados pessoais deve processar-se de forma transparente e no estrito respeito pela reserva da vida*

[31] Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de Outubro de 1995, disponível in http://www.cnpd.pt/leis /directiva_95.htm.

privada, bem como pelos direitos, liberdades e garantias fundamentais». No que aos dados médicos respeita, necessariamente integrados na categoria de dados pessoais sensíveis, o seu artigo 7º, nº4 dispõe que os profissionais não médicos que têm por função realizar o tratamento desses dados estão obrigados a segredo, e caso violem esta obrigação poderão, inclusivamente, incorrer no crime previsto no artigo 47º - Violação do dever de sigilo - da presente lei.

A Lei n.º 12/2005, de 26 de Janeiro, sobre a Informação Genética Pessoal e Informação de Saúde, que definiu os conceitos de informação de saúde, de informação genética, e de circulação de informação de saúde, estabeleceu que a informação de saúde, incluindo os dados clínicos registados, resultados de análises e outros exames subsidiários, intervenções e diagnósticos, é propriedade da pessoa – sendo os estabelecimentos prestadores de cuidados de saúde os seus depositários -, e esta só pode ser utilizada no âmbito da prestação de cuidados, da investigação em saúde e outros fins estabelecidos pela lei (n.º 1 do artigo 3.º). Neste contexto, estabeleceu que - n.º 1 do artigo 4º - ao utente titular da informação de saúde assiste o direito à proteção da confidencialidade da informação, por parte dos responsáveis pelo seu tratamento através de providências que garantam a segurança das instalações e equipamentos, o controlo no acesso à informação, bem como o reforço do dever de sigilo e da educação deontológica de todos os profissionais.

A Lei da Saúde Mental, aprovada pela Lei n.º 36/98, de 24 de Julho, estabelece os princípios gerais da política de saúde mental e regula o internamento compulsivo dos portadores de anomalia psíquica, designadamente das pessoas com doença mental. Segundo este diploma, e para além do disposto na Lei de Bases da Saúde [32], o utente dos serviços de saúde mental tem ainda o «*direito de usufruir de condições dignas de habitabilidade, higiene, alimentação, segurança, respeito e privacidade*» - art.5º, f).

No âmbito específico da proteção de dados relativos à saúde, existem ainda diversas disposições nacionais e internacionais, sem força vinculativa e entre os quais se destaca a Carta dos Direitos das Pessoas Doentes, que menciona o direito do doente à confidencialidade sobre todas as informações sobre o seu

[32] A Lei da Saúde Mental remete para a Lei de Bases da Saúde no seu artigo 5º.

estado de saúde, diagnóstico, prognóstico, tratamento, bem como outras informações pessoais, salvo autorização expressa do doente. Por seu turno, a Carta Europeia dos Direitos do Paciente reconhece o direito à confidencialidade sobre a sua informação pessoal e de saúde (diagnósticos e tratamentos). Neste sentido, o Parecer sobre os direitos do paciente do Comité Económico e Social Europeu[33] prevê que «*cada cidadão tem direito à confidencialidade das informações relativas ao seu estado de saúde, ao diagnóstico formulado e às modalidades de tratamento, mas também ao respeito da sua privacidade durante a realização de análises, consultas, tratamentos médicos e intervenções cirúrgicas*».

Decorre do exposto que a tutelado direito à intimidade e privacidade familiar por meio do segredo médico assume a função de pilar estrutural do próprio sistema de saúde. A proteção do segredo garante a funcionalidade do sistema de saúde dando respostas às exigências individuais que gravitam em torno da prestação de cuidados médicos e se vêm sobrepondo a exigências sociais de saúde pública. Porém, neste tradicional conflito entre a privacidade do individuo e a efetividade da saúde pública há novos fatores a ponderar carreados pelas descobertas na área genética, que impõem um redimensionamento das variáveis integradas nesta equação como seja a necessidade de circulação da informação. No restrito campo da informação genética a tensão entre o interesse individual de manutenção da confidencialidade e o interesse de um determinado grupo na divulgação da mesma informação agudiza-se exigindo o repensar dos valores que presidem a esta problemática.

2.6. O Dever de Segredo no Direito Penal: O Crime de Violação de Segredo

[33] Disponível em http://www.bmop.pt/parecerdocomiteeconomicoesocialeuropeusobreosdireitosdopaciente.pdf.

Diferentemente do que vimos suceder com o Direito Civil no *supra citado* artigo 70º do Código Civil, o Direito Penal não prevê norma com similar abrangência por não ser congruente com os princípios da Subsidiariedade, Fragmentariedade e Legalidade, que lhe são inerentes. Como nos ensina COSTA ANDRADE, compreende-se que sejam «*dimensões concretizadas e determinadas ou, noutra linguagem, "zonas" ou "camadas" claramente delimitadas e, por vias disso, necessariamente descontínuas, da personalidade que o direito penal trata como bens jurídicos e a que dispensa a sua específica tutela*» [34]. A quebra do segredo profissional que incumbe aos médicos constitui a prática do tipo de crime previsto no artigo 195º do Código Penal Português[35] que presta tutela a interesses de cariz comunitário e individual. Um breve apontamento histórico para recordar o Decreto-Lei n.º 32 171, de 29 de Julho de 1942, relativo ao sigilo médico e exercício ilegal da medicina. Com ele passou a existir normas de natureza penal e processual penal respeitantes especificamente à matéria do segredo médico, pelo que, em face de lei especial ficou afastada a lei geral do Código Penal de 1852. Vigorou a partir de então e até à entrada em vigor do Código Penal de 1982, o artigo 7º daquele diploma que previa pena de prisão para o médico que revelasse, sem justa causa, segredo que viesse ao seu conhecimento em razão da sua profissão [36]. Em 1 de Janeiro de 1983 entrou em vigor o novo Código Penal, que deixou de prever especificamente o crime de violação do dever de segredo profissional pelo médico. No entanto, no novo diploma passou a constar o artigo 184º relativo à *Violação do segredo profissional* (preceito veio a ser alterado com a Reforma do Código Penal de 1995, mantendo até hoje a sua redação) incriminação geral de violação de segredo aplicável a todos os que a ele se sujeitassem e revelassem segredo de que tivessem tido conhecimento em razão do seu estado, ofício, emprego, profissão ou arte.

[34] ANDRADE, Manuel da Costa, *Liberdade de Imprensa e Inviolabilidade Pessoal, Uma perspectiva Juridico Criminal*, Coimbra Editora, p.12.

[35] Poder-se-ia pensar que, estando em causa bens jurídicos ligados à privacidade e intimidade das pessoas, estaríamos perante situações subsumidas à incriminação do artigo 192º do CP, que pune a devassa da vida privada. No entanto, estando em causa uma conduta médica, verifica-se um concurso aparente entre este crime e o Crime de Violação de Segredo previsto e punido pelo artigo 195º do mesmo diploma.

[36] Sobre este diploma veja-se: RUEFF, Maria do Céu, *Violação de segredo em medicina*, in *Acta Médica Portuguesa*, nº23, 2010.

Integrado no Capítulo relativo à «*violação da esfera pessoal e da vida privada*», o tipo legal de crime inscrito no artigo 195º do Código Penal[37] tem na sua base o dever de confidencialidade por meio do qual «*se pretende proteger, para lá do simples interesse comunitário da confiança na discrição e reserva, a privacidade em sentido material, isto é, a privacidade no seu círculo mais extenso, abrangendo não só a esfera da intimidade como a esfera da privacidade stricto senso*» [38]. Para além deste elemento sistemático, também os elementos literal e axiológico apontam para a prevalência da autonomia, a liberdade e a vontade do paciente enquanto titular do segredo. O que não obsta à verificação em paralelo de uma tutela de valores comunitárias e institucionais e que se identificam com o prestígio e confiança que são depositados em determinadas profissões, como seja a profissão médica. Tanto assim é que, o próprio Código de Processo Penal estipula, no seu art.135º, nº5, que, em caso de necessária quebra de segredo, deve ser ouvido o «*organismo representativo da profissão relacionada com o segredo profissional*» fazendo, desta forma, intervir as instâncias incumbidas da preservação do prestígio e da confiança na profissão médica: a Ordem dos Médicos.

Em termos simples, integra este tipo legal de crime aquele [39] que divulgar ou revelar segredo alheio. O segredo, enquanto facto apenas conhecido por um

[37] Violação de segredo - Quem, sem consentimento, revelar segredo alheio de que tenha tomado conhecimento em razão do seu estado, ofício, emprego, profissão ou arte é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 240 dias.

[38] MONIZ, Helena, *Segredo Médico, Acórdão da Relação de Coimbra de 5 de Julho de 2000 e Acórdão da Relação do Porto de 20 de Setembro de 2000*, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 10, Fasc. 4.º, Outubro – Dezembro, 2000, p. 636. Para maior detalhe sobre a *Teoria das Três Esferas* veja-se ANDRADE, Manuel Costa, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, 2ªed, Dirigido por Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra, 2012, Artigos 192º, § 9 e ss e 195º, § 16. No sentido da Autora citada, MARTÍNEZ PEREDA, José Manuel, *La protección penal del secreto médico en el Derecho español*, in Actualidad Penal, Número 10, 1996, que sintetizando os criterios que justificam a punição da quebra do dever de segredo, entende que «*el bien jurídico protegido es junto al quebrantamiento del deber profesional del médico, la vulneración de la intimidad del paciente*».

[39] O nosso CP optou por uma formulação geral e abstrata à semelhança do que acontece no CP espanhol – art.199º, nº1 «*El que revelare los secretos ajenos, de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o sus relaciones laborales, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses*». Em sentido diverso, o CP alemão optou no seu §203 por uma enumeração taxativa das profissões cuja violação de segredo merece sanção criminal, apesar de não se descortinar um critério orientador das escolhas do legislador. HÜNERFELD, Peter, *Esfera Privada e Segredo* – Tradução da versão alemã de HELENA MONIZ e BERND SPEIDEL – in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, nº14, 2004.

círculo restrito de pessoas, deverá ser composto por três elementos sublinhados por HELENA MONIZ: a) tratar-se de factos conhecidos de um número circunscrito de pessoas (que não sejam do conhecimento público ou de um círculo alargado de pessoas ou que não seja um facto notório); b) que haja vontade de que os factos continuem sob reserva; e c) existência de um interesse legítimo, razoável ou justificado na reserva [40].

Uma vez que não se pretende uma análise exaustiva da incriminação da violação do segredo profissional, terminaremos este ponto referindo apenas que se trata de uma crime de dano contra a privacidade, e ainda de um crime específico próprio. Para que seja (típica e) ilícita a conduta do médico que revela informações de saúdo do seu doente tem de se tratar de factos conhecidos «*em razão do seu estado*, *oficio*, *emprego*, *profissão ou arte*» e atingir o portador concreto do segredo. Nestes termos, o médico será punido, sempre que revelar informações sobre o paciente não estando a sua conduta a coberto do consentimento do titular do segredo ou de outra causa de justificação, nomeadamente o direito de necessidade.

O médico que tem conhecimento do segredo tem um dever de o preservar, não revelar a identidade da pessoa, os sintomas relatados, o resultado de exames complementares de diagnóstico, o diagnóstico final ou o tratamento a que foi sujeito. A violação do dever de segredo apenas não será punível se em concreto a pessoa a quem o segredo respeita permitir a divulgação. De facto, a doutrina maioritária entende que o consentimento livre e expresso do paciente dispensa da obrigação de guardar segredo e converte a conduta em lícita, uma vez que o afetado com a revelação dos factos renunciou ao seu direito à intimidade neste restrito campo [41].

De facto, direito de proteção dos dados médicos do doente pode colidir com outros direitos e interesses de maior importância, como seja a saúde de

[40] MONIZ, Helena, *Segredo Médico, Acórdão da Relação de Coimbra… Ob. Cit.*, p.636.

[41] Sobre esta causa de exclusão da ilicitude (ou segundo COSTA ANDRADE, exclusão da tipicidade) prevista tanto no Direito Penal – art.34º CP - como no Direito Civil – art.339º CC - veja-se com maior detalhe ANDRADE, Manuel Costa, *Direito Penal Médico: SIDA, testes arbitrários, confidencialidade e segredo*, Coimbra, 2004, p.202; e ainda PINTO, Paulo Mota, *O Direito à Reserva sobre a Intimidade da Vida Privada*, in Boletim da Faculdade de Direito, Vol. LXIX, Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, pp. 479-586.

terceiras pessoas e a preservação da saúde pública em geral estreitamente relacionada com a dinâmica do sistema nacional de saúde, ou ainda a administração da justiça. O legislador não se eximiu de apresentar soluções para estes conflitos, tendo estabelecido as condições em que a violação do dever de segredo médico não é punida atentos os valores em causa, através desde logo das autorizações legais que, mais do relativizar o segredo, impõem limites à sua extensão no quadro do serviço nacional de saúde [42].

Do mesmo modo, não será ilícita a violação de segredo sempre que sejam ameaçados por um perigo iminente interesses sensivelmente superiores ao do titular do segredo e seja razoável impor-lhe o sacrifício deste interesse na confidencialidade dos factos. O Direito de Necessidade a que nos referimos é uma cláusula de exclusão da ilicitude que a Doutrina entende aplicável em hipóteses que envolvam a) a administração da justiça; b) a proteção de interesses de terceiros ou c) a defesa de interesses do próprio médico [43].

3. Concretização do Regime: o caso específico dos dados genéticos

Nas sociedades modernas atuais não podemos olvidar que a ciência médica se converteu num serviço público, com as suas inerentes vantagens e desvantagens, pois a vida e a saúde das pessoas passaram a ser tuteladas como um bem comum. A própria evolução da medicina, demonstra-nos que o segredo médico não pode ser defendido em termos absolutos, devendo antes tolerar-se certas limitações, perante a prevalência de interesses coletivos sobre o interesse

[42] É o caso do estatuído no artigo 89º do CDOM que sob a epígrafe «Precauções que não violam o segredo médico», estabelece que «*a obrigação do segredo médico não impede que o médico tome as precauções necessárias, promova ou participe em medidas de defesa da saúde, indispensáveis à salvaguarda da vida e saúde de pessoas que possam contactar com o doente, nomeadamente dos membros da família e outros conviventes*». Previsão reforçada pelo nº2 do mesmo artigo e que parece direcionada para a resolução de casos de portadores de HIV, em que esteja em causa um risco real e significativo para a vida, que tenha sido efetuada uma tentativa de persuasão por parte do médico de que seja o próprio doente a comunicar ao seu parceiro a sua situação clínica e por fim, que essa comunicação seja feita apenas às pessoas em risco, depois de comunicar ao portador que perante a sua falta de atuação, será o próprio médico a fazê-lo.

[43] Para maior desenvolvimento desta questão veja-se: PEREIRA, André Dias, *O dever de sigilo médico: um roteiro da lei portuguesa*, in *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, nº19, 2009.HÜNERFELD, Peter, *Esfera Privada e Segredo* – Tradução da versão alemã de HELENA MONIZ e BERND SPEIDEL – in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, nº14, 2004.ANDRADE, Manuel Costa, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, 2ªed, Dirigido por Jorge de Figueiredo Dias, Artigo 195º, Coimbra, 2012.

individual. Na verdade, em determinados casos o carácter absoluto do sigilo médico inviolável parece estar em contradição com o exercício profissional. Por outro lado, também não é defensável a posição oposta, que pressupõe a abolição do segredo médico, descorando a proteção individual que este envolve em detrimento de interesses coletivos, o que equivale fazer transfigurar o dever de segredo numa "farsa" na relação médico-doente.

As novas possibilidades de lesão do direito à intimidade e reserva da vida privada que a ciência médica hodierna oferece por meio da recolha, tratamento e divulgação de dados genéticos exigem do legislador uma proteção especial para o tratamento destes dados, seja a nível nacional, seja internacional. Uma preocupação em nada despicienda uma vez que a informação em causa se carateriza por ser preditiva e geracional, ou seja, o seu acesso e revelação afeta a vida futura não só do titular mas também dos membros da sua família. Neste sentido a Recomendação (97) 5, de 13 de Fevereiro de 1997 do Comité de Ministros do Conselho da Europa aos Estados Membros, relativa à proteção de dados médicos, qualifica os dados genéticos como dados de qualquer tipo relacionados com as características que compõem o património genético de um grupo de indivíduos aparentados, os quais parecem outorgar-lhes certa especificidade. Não faltando quem, como RUIZ DE MIGUEL, defenda a configuração de um específico direito à intimidade genética entendido como o direito a determinar as condições de acesso à informação genética e cujo titular se deverá considerar o ser humano a que se referem os dados, independentemente da fase da vida em que se encontre [44].

Neste contexto assume relevância a problemática do dever de segredo médico, especialmente em face dos casos de colisão entre a salvaguarda do direito à confidencialidade do doente e os interesses dos familiares do doente a que se referem os dados genéticos em aceder aos mesmos como forma de prever ou conhecer o seu próprio estado de saúde. É reconhecido na comunidade científica que, em muitas das doenças com origem numa anomalia genética, o diagnóstico e intervenção terapêutica atempadas é o único meio de prevenir

[44] *Apud* GÓMEZ RIVERO, Maria del Carmen, *Los límites del deber de sigilo del médico en las situaciones de riesgo. Especial referencia al ámbito de la genética*, in *Revista Derecho y Genoma Humano*, nº26, Enero-Junio, 2007, p.73.

lesões graves e mesmo irreversíveis na saúde de uma pessoa [45]. O que nos remete para a possibilidade de o médico[46] revelar uma mutação genética familiar contra a vontade do seu paciente.

O respeito pela confidencialidade demonstra-se essencial para a prática médica, porém, quando se trata de aconselhamento genético e os resultados dos testes demonstrarem que outros membros da família do paciente podem ser afetados, surgem dilemas éticos, como nos casos em que há risco para os parentes de desenvolver a doença ou terem filhos afetados por uma doença genética. É evidente o conflito entre o respeito pela confidencialidade e pela autonomia da pessoa em não querer revelar essa informação ao restante da família, e a proteção da saúde dos familiares por intermédio dos benefícios que essa informação poderia proporcionar. Se o indivíduo apresentar resistência em informar seus familiares sobre dados genéticos relevantes, podemos recorrer às soluções perfilhadas por dois modelos: o modelo legal que se fundamenta no direito à privacidade da pessoa, segundo o qual a pessoa tem direito de decidir sobre seu corpo e sua herança genética. Esta é a solução mais utilizada pelos países da União Europeia, sem esquecer o caso do Reino Unido onde a discussão em torno do valor da privacidade continua. Uns não a consideram direito absoluto nos casos de divulgação de informação a familiares, outros, entendem que as vantagens que se pretendem almejar com a revelação do segredo, como seja a cura ou tratamento, são praticamente nulas e não justificam a violação do direito à privacidade. Contraposto ao modelo médico no qual se considera a necessidade de tratar pacientes que apresentam riscos de natureza genética, tendo portanto subjacente a promoção da saúde, devendo

[45] Sobre a relevância que os dados genéticos contidos nos modernos exames complementares de diagnóstico podem assumir para a saúde dos familiares veja-se: MONIZ, Helena, *Privacidade e comunicação intrafamiliar de informação genética*, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, nº14, 2004. A Autora apresenta dados de um estudo com números expressivos da relevância da revelação dos dados genéticos em doenças como o cancro rectal ou da mama.

[46] Vamos aqui assumir que o facto de ser ou não médico da família e não exclusivamente do doente titular dos dados genéticos é indiferente, pois consideramos que a solução que propugnamos será aplicável em qualquer dos casos.

pois o paciente partilhar a informação genética de que dispõe com os seus familiares[47].

A solução para este conflito entre a proteção dos dados genéticos e a proteção da saúde tem sido alcançada por via da figura do estado de necessidade que tende a tutelar os direitos dos familiares quando a saúde ou a vida dos mesmos estiverem em risco. Ainda assim, alguns países possuem legislação para incidente sobre este problema. Veja-se o caso da Austrália onde se estabeleceu que, uma vez envidados todos os esforços para obter o consentimento, não se alcance sucesso, é lícito revelar a informação genética pertinente caso haja risco iminente para outro membro da família. Em sentido oposto, nos Estados Unidos da América, a Associação Médica Americana proíbe os profissionais da saúde de revelar qualquer dado médico ou genético à família sem o consentimento do doente. No entanto, a justiça americana proferiu decisões considerando existir de um dever de informar familiares sobre resultados de exames que podem trazer risco de vida iminente, entendimento que tem sido estendido aos testes genéticos [48].

Quanto ao panorama nacional, e tendo presente o enquadramento normativo anteriormente exposto, a violação do segredo profissional em situações justificadas não pode configurar como ilegalidade (seja da perspetiva civil, seja penal ou até disciplinar), principalmente quando se visa proteger um interesse contrário superior e mais importante (não faltando mesmo quem se refira a um *duty to disclose*). Do mesmo modo que não pode ficar dependente da verificação em concreto de todos os pressupostos das causas de exclusão da ilicitude. Referimo-nos em concreto aos requisitos de perigo iminente para o bem jurídico de que depende a justificação da conduta típica por via do direito de necessidade e cuja verificação nos casos de doenças genéticas não é questão linear [49]. Um raciocínio igualmente válido para a ilicitude civil.

[47] MONIZ, Helena, *Privacidade e comunicação intrafamiliar de informação genética*, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, nº14, 2004, p. 220.

[48] BLACK L, MCCLELLAN KA, *Familial communication of research results: A need to know?,* in The Journal of Law, Medicine & Ethics, 2011, Vol. 39:4.

[49] MONIZ, Helena, *Privacidade e comunicação intrafamiliar de informação genética*, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, nº14, 2004, p. 234.

Seguimos de perto a proposta apresentada por HELENA MONIZ quanto à necessidade de legislar mais especificamente no âmbito do segredo médico no sentido da atipicidade da conduta do médico que, tendo em vista a saúde de pessoas interessadas no conhecimento dos dados médicos revelados pelo paciente que decide não colaborar, quebre o segredo. Com a Autora, entendemos que a fim de evitar dificuldades na qualificação casuística como lícita ou ilícita da conduta do médico que revela informação genética significativa para a proteção da saúde de familiares potencialmente afetados pela mutação genética detetada no exame genético realizado ao seu paciente, deve ser expressamente consagrada solução legal que delimite as situações em que aquela revelação não será punível.

O normativo proposto pela ilustre jurista congrega os pressupostos de exclusão da ilicitude: «*Não é punível a revelação de segredo alheio efetuada por médico, quando segundo o estado dos conhecimentos e da experiência da medicina constituir o único meio apto, tendo em conta a fiabilidade dos testes, a gravidade da doença diagnosticada e a possibilidade de tratamentos preventivos ou curativos, a prevenir grave e irreversível lesão da saúde física ou psíquica de terceiro*» [50]. Cremos ser esta a melhor solução a adotar amplamente de modo a abranger os vários ramos do direito que referem e sancionam a violação do dever de segredo médico.

[50] *Idem*.

Considerações Finais

«Neste mundo desapiedado e devassado não há mais lugar para o sofrimento íntimo, recolhido, que os bichos ainda podem sentir na toca.

Agora, já ninguém é dono de si e do seu pudor.

Somos públicos e baldios»

MIGUEL TORGA [51]

Tradicionalmente ligado à questão da humanização na saúde, e apesar de presente desde tempos remotos como mandamento fundamental e invariável das relações médico-paciente, o segredo médico é na atualidade instado a dar resposta às novas necessidades decorrentes dos conhecimentos permitidos pelas descobertas realizadas pela genética. Isto porque, a informação genética agora acessível através de testes preditivos e de diagnóstico apresenta características diversas dos tradicionais dados médicos. Estes eram decisivamente individuais gozando sem restrições da tutela da privacidade proporcionada pelo dever de segredo médico. Os novos dados genéticos, pelo contrário apresentam um carácter familiar que poderá fundamentar um desvio ao individualismo que marcou a prestação de cuidados médicos, no sentido da sustentação de um dever de defesa e promoção da saúde (familiar). A constatação destes novos aspetos dos cuidados médicos implica repensar o dever de segredo, reconformar a confidencialidade em que assenta a confiança médico-paciente.

[51] TORGA, Miguel (1995), Diário XVI, 2ª ed., Coimbra: Gráfica de Coimbra, p. 19.

Bibliografia

ABREU, Luís Vasconcelos, *O segredo médico no direito português vigente*, in Estudos de Direito da Bioética, Vol. I, Coimbra, 2005.

ANDRADE, Manuel Costa, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, 2ªed, Dirigido por Jorge de Figueiredo Dias, Artigo 195º, Coimbra, 2012.

_ *Direito Penal Médico: SIDA, testes arbitrários, confidencialidade e segredo*, Coimbra, 2004.

_ *Liberdade de Imprensa e Inviolabilidade Pessoal, Uma perspectiva Jurídico Criminal*, Coimbra Editora, 1996.

BLACK L, MCCLELLAN K. A., *Familial communication of research results: A need to know?,* in The Journal of Law, Medicine & Ethics, 2011, Vol. 39:4.

CABRAL, Rita Amaral, *O Direito à Intimidade da Vida Privada*, Separata dos Estudos em Memória do Prof. Doutor Paulo Cunha, Lisboa: Universidade de Lisboa Editora.

CAMPOS, Diogo Leite de (1991), "Lições de Direitos da Personalidade", Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Vol. LXVII, Coimbra: Gráfica de Coimbra, p. 211.

CANOTILHO, J J Gomes e MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada,* Vol. I, 4ª Edição, Coimbra Editora, 2007, p.471.

CAPELO DE SOUSA, Rabindranath, *A Tutela Geral da Personalidade* Coimbra Editora, 1995.

CASABONA, Carlos M. Romeo, *Tendencias actuales sobre las formas de protección jurídica ante las nuevas tecnología,* in *Poder Judicial*, 2ª época, Número 31, Setembro de 1993.

FRIEDLAND, Bernard, *Physician-patient confidentiality. Time to re-exame a venerable concept in light of contemporary society and advances in medicine*, in *The Journal of Legal Medicine*, nº15.

GÓMEZ RIVERO, Maria del Carmen, *Los límites del deber de sigilo del médico en las situaciones de riesgo. Especial referencia al ámbito de la genética*, in *Revista Derecho y Genoma Humano*, nº26, Enero-Junio, 2007.

GRAÇA, António Pires Henriques da, *Sigilo Médico, deontologia e tutela penal*, in Coletânea de Jurisprudência do STJ, ano VII, Tomo I, 2000.

HÜNERFELD, Peter, *Esfera Privada e Segredo* – Tradução da versão alemã de HELENA MONIZ e BERND SPEIDEL – in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, nº14, 2004.

LOUREIRO, João Carlos Gonçalves, *Genética, moinhos e gigantes: Quixote revisitado. Deveres fundamentais, «sociedade de risco» e biomedicina?*, in Anuário de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, 2006, p. 29-48.

MARTÍNEZ PEREDA, José Manuel, *La protección penal del secreto médico en el Derecho español*, in Actualidad Penal, Número 10, 1996.

MIGUEL SÁNCHEZ, Noelia de, *Tratamiento de datos personales en el ámbito sanitário: intimidad "versus" interés público,* Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

MONIZ, Helena, *Privacidade e comunicação intrafamiliar de informação genética*, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, nº14, 2004.

MONIZ, Helena, *Segredo Médico, Acórdão da Relação de Coimbra de 5 de Julho de 2000 e Acórdão da Relação do Porto de 20 de Setembro de 2000*, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 10, Fasc. 4.º, Outubro – Dezembro, 2000.

OLIVEIRA, Guilherme Falcão de, *Implicações jurídicas do conhecimento do genoma*, in Temas de Direito da Medicina I, Coimbra, 2005.

OTERO, Paulo, *Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano: um perfil constitucional da bioética*, Coimbra, 1999.

PEREIRA, André Dias, *O dever de sigilo médico: um roteiro da lei portuguesa*, in *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, nº19, 2009.

PINTO, Paulo Mota, *O Direito à Reserva sobre a Intimidade da Vida Privada*, in Boletim da Faculdade de Direito, Vol. LXIX, Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, pp. 479-586.

RODRIGUES, José Narciso da Cunha, *Lugares do Direito – Parte IV Temas de Ciências Criminais – O Segredo Médico*, Coimbra, Coimbra Editora, 1999.

RUEFF, Maria do Céu, *Segredo médico e VHI/SIDA, Perspectiva Ético-Jurídica*, in *Acta Médica Portuguesa*, nº17, 2004.

RUEFF, Maria do Céu, *Violação de segredo em medicina*, in *Acta Médica Portuguesa*, nº23, 2010.

Andreia Costa Andrade
Doutoranda em Direito Público (FDUC)
Investigadora do Centro de Direito Biomédico

Procriação medicamente assistida

Hugo Cunha Lança
Doutor em Direito

SUMÁRIO
Através de Sócrates aprendi que apenas sei que nada sei. E, procuro nunca esquecer, é a ignorância que nos faz procurar a Verdade. Questionando. Sendo certo que este texto foi dedilhado antes Lei n.º 17/2016, de 20 de Junho, e até pela ausência de regulação, as perguntas que deixo, não perderam pertinência. Mais do que oferecer respostas, com estas linhas, convido outros a pensar sobre a problemática, contribuindo para uma discussão que, em bom rigor, não foi feita.

Visto que o Senhor me tornou uma estéril, peço-te que vás ter com a minha escrava. Talvez, por ela, eu consiga ter filhos: interjeições esparsas sobre o que se convencionou chamar de barrigas de aluguer.

Hugo Cunha Lança
Doutor em Direito

Bendita seja a Mãe que te gerou.
Bendito o leite que te fez crescer
Bendito o berço aonde te embalou
A tua ama, pra te adormecer!
Florbela Espanca

Corpo de linho, lábios de mosto
Meu corpo lindo, meu fogo posto.
Eira de milho, luar de Agosto
Quem faz um filho, fá-lo por gosto
[...]Olhos de amêndoa, cisterna escura
Onde se alpendra, a desventura.
Moira escondida, moira encantada
José Carlos Ary dos Santos

Quero começar este texto reafirmando o que amiúde sublinho: não sou um cientista social [seja lá isso o que for], pelo que não me sinto investido pelo manto da objetividade científica; acredito que Einstein teve razão e tudo é relativo e, nunca esqueço que, quando estou a acariciar o seio esquerdo, é no direito que a outra pessoa sente o prazer ou o desprazer da minha conduta, pelo que, estas linhas, não são fruto de uma tese com pseudo-racionalidade científica, mas uma *opinião*, de alguém que é homem, heterossexual, agnóstico, provinciano e, como tal, ferida da subjetividade que é inerente à condição do sujeito. Convoco esta discussão porque prefiro procurar a luz do que habitar na caverna de Platão.

As temáticas da procriação medicamente assistida [e escrevo no plural, porque tratamos de uma heterogeneidade de situações] estão no cerne do pensamento jusfamiliar, carriladas por uma pressão mediática[1] e social [e económica, porque não podemos ignorar que estamos perante uma indústria milionária], devidamente justificada. Dessarte, o século XXI poderá vir a ser o *Século da Infertilidade*, por uma cornucópia de razões, num caleidoscópio que se tem caracterizado por um minguar da natalidade, que, nos países que insistimos em chamar de desenvolvidos, se escreve com caracteres assustadores.

Quero centrar a minha atenção, e a paciência daqueles que me acompanham, na, tecnicamente designada, *maternidade de substituição*[2], eufemismo para *barrigas de aluguer* (na simbologia dos críticos, porquanto, a expressão não é axiologicamente neutra, indiciando a onerosidade da prática, veiculando um juízo prévio oculto), ou da "*gestante de substituição*"[3] [ou "*mães hospedeiras*"[4], "*mãe de recepção*"[5], "*gestação para outrem*"[6]], (como enfatizam os seus apologistas, bem cientes do valor simbólico das palavras, que, se são significado, também são significante e, se a semântica nunca é indiferente, em questões de bioética, tem uma dimensão ainda mais colossal). E, porque escrevo despido de hipocrisia, começo por deixar firme a minha convicção: sou contra a *maternidade de substituição* [tratamento de maternidade de

[1] Cuja presença também pode ser encontrada na cultura popular urbana; no início da década de noventa a TV Globo ofereceu-nos uma novela sobre o tema, na série americana de culto "Friends" - a personagem *Phoebe Buffay* deu à luz os filhos do irmão - , no "Brothers and Sisters" . um casal homossexual alcançou a parentalidade da mesma forma - e, no cinema, podemos recordar o filme "Baby Mama".

[2] E utilizo o conceito num sentido amplo, incluindo, todos os casos em que uma mulher se compromete a levar até ao fim uma gravidez por conta de outros, independentemente de o filho ser geneticamente seu, ou serem utilizados óvulos da comitente ou de terceira.

Uso a locução, porque, não apenas resulta da lei, como é a mais comum na literatura jurídica, mas, sem obliterar que a mesma "pode ser indiciadora de equívocos e ambiguidades éticas e antropológicas, supor como tacitamente aceite a fragmentação da maternidade biológica (genética e uterina), social e jurídica" (Parecer n.º 63/CNECV/2012, pp. 7/8).

[3] Assim, *v.g.*, O Conselho Federal de Medicina, no Brasil.

[4] Assim, OLIVEIRA, Guilherme – Aspectos Jurídicos da Procriação Assistida. Lisboa: Revista da ROA. Ano 49 (1989), p. 787.

[5] PINHEIRO, Jorge Duarte - O Direito da Família Contemporâneo. 3ª Ed. Lisboa, AAFDL, 2012, p. 260.

[6] Assim, ASCENSÃO, José de Oliveira – A Lei n.º 32/06, sobre Procriação Medicamente Assistida. Lisboa: Revista da ROA. Ano 67, Vol. III (Dez. 2007), p. 997.

substituição, nas palavras dos seus defensores]. E quero afirmá-lo logo nos preliminares, para que aquele que comigo dialoga não me acompanhe ignorando que as minhas premissas têm por base uma conclusão.

Mas, se discordo da solução, afasto-me das narrativas típicas (explícitas e implícitas) daqueles com quem comungo. Desde logo, não me impressiona o argumento religioso: não consigo ler no recurso à maternidade de substituição "uma falta objetiva contra as obrigações do amor materno, da fidelidade conjugal e da maternidade responsável; [nem acho que] ofende a dignidade e o direito do filho a ser concebido, levado no seio, posto no mundo e educado pelos próprios pais; em prejuízo da família, instaura uma divisão entre os elementos físicos, psíquicos e morais que a constituem"[7] . Aliás, sem querer problematizar [porque exigia uma daquelas notas de rodapé que são Tratados], importa ter presente que o cristianismo tem como substrato uma conceção sem comunhão sexual, por recurso a um Dador Externo, que utilizou um ventre alheio, para conceber o Salvador[8]. Por outro lado, se tenho profundíssimo respeito pela doutrina religiosa [ou, para não pecar, por uma parte significativa das doutrinas religiosas], não confundo os imperativos éticos com as normas jurídicas e passaram séculos desde que deixámos de interpretar o Direito como um caminho para a salvação das almas[9], concedendo a *César o que é de César*.

---

[7] *Donum vitae*, publicada pela Congregação para a Doutrina da Fé, em 22 de fevereiro de 1987. Com efeito, diz o Catecismo que "as técnicas que provocam uma dissociação do parentesco, pela intervenção de uma pessoa estranha ao casal (doação de esperma ou de óvulo, empréstimo de útero) são gravemente desonestas. Essas técnicas (inseminação e fecundação artificiais heterólogas) lesam o direito da criança de nascer de um pai e de uma mãe conhecidos dela e ligados entre si pelo casamento. Elas traem o direito exclusivo de se tornar pai e mãe somente um por meio do outro" (n.2376).

[8] E, se porventura a metáfora for desrespeitosa, pode o leitor optar pelo caso bíblico de Raquel, que invejosa de sua mãe e inapta para procriar disse ao marido Jacob: *eis aqui minha serva Bila; coabita com ela, para que dê à luz sobre meus joelhos, e eu assim receba filhos por ela* (Génesis 30:3) ou o diálogo entre Sarai e Abraão: *visto que o SENHOR me tornou uma estéril, peço-te que vás ter com a minha escrava. Talvez, por ela, eu consiga ter filhos* (Génesis 16).

[9] Embora sem ignorar que "a realidade é que, apesar de todos os avanços que a sociedade fez em matéria de justiça desde os tempos antigos, não há comunidade humana em que o grosso da população não tenha o sentimento e a convicção absoluta de que a justiça total não é deste mundo. Todos acreditam que, por mais equitativa que seja a lei ou que por mais respeitável que seja o corpo de magistrados encarregados de administrar a justiça, por mais honrados e dignos os Governos, a justiça nunca chega a ser uma realidade tangível e ao alcance de todos, que defenda o indivíduo comum, o cidadão anónimo de ser abusado, empurrado e discriminado pelos poderosos. Por isso não é de estranhar que a religião e as práticas religiosas estejam mais enraizadas nas classes e sectores mais desfavorecidos da sociedade"

Também, não se procure nas minhas críticas e dúvidas uma homofobia encapotada [e escrevo-o, ciente, que qualquer homofóbico escreveria o mesmo]; afirmo-o para não embarcar em sofismos: abscôndita nesta discussão, nas entrelinhas de argumentos coonestadores, encontramos, dissimulada, a narrativa da homofobia triunfante, uma fobia misantropa por aqueles que ousam ser diferentes. Porque nos assusta tudo o que não tem a reverência de ser banal.

Tenho na vida três detetores de *tretas*[10]: (i) quando na argumentação se convocam os valores (seja, da nação, da família, da liberdade ou da moral), para legitimar posições [e os juristas recordem bem a Constituição de 1933); (ii) quando se procura complexificar o óbvio, quer através de linguagem cifrada, quer no recurso à demagogia; e, por fim, (iii) quando se avocam as infinitas possibilidades, se exigem estudos e mais estudos, para concluir, no final, que a *neve é efetivamente branca*[11]. Na exclusão, sumária, à paternidade pelos casais homossexuais, é possível encontrar estas três características. E, despido o argumentário, é axiomático que parte da narrativa dos que combatem as técnicas de procriação medicamente assistida, baseia-se na homofobia, no receio de que uma criança educada por um casal do mesmo sexo esteja condenada ao *flagelo* da homossexualidade. Aliás, a forma gritantemente inconstitucional como o direito português coevo impede a paternidade aos casais homossexuais é a prova provada que o preconceito está latente nas entrelinhas das convicções. Furto palavras alheias, para sublinhar que, subscrevo "as restrições impostas pelo Estado ao exercício do direito à reprodução não podem se fundar em qualquer tipo de valoração moral, ligada a pré-juízos sobre o comportamento sexual, familiar e social da pessoa, e suas

(LLOSA, Mário Vargas - A Civilização do Espectáculo. Trad. Cristina Rodrigues e Artur Guerra. Lisboa: Quenzal, 2012, p. 161)

[10] Alertado pelo filósofo incompreendido Jon Stewart. Uso a expressão, pouco ortodoxa, porque "outro benefício da pós-modernidade é a possibilidade de alargamento das fontes citáveis academicamente, multiplicando os produtores de sentidos e o seu diálogo" (CUNHA, Paulo Ferreira da - *Geografia Constitucional..., cit.*, pp. 606/607). Ao que acresce o facto de "admitir que outro tipo de pessoas possam participar no diálogo académico e jurisprudencial dos juristas, utilizar outro tipo de factos como relevantes, falar uma outra linguagem" (HESPANHA, António Manuel - *O Caleidoscópio do Direito..., cit.*, p. 292).

[11] Refiro-me à discussão filosófica abordada, *v.g.*, em MALATO, Maria Luísa/CUNHA, Paulo Ferreira da - Manual de Retórica & Direito, cit., p. 61.

refracções na consciência moral da sociedade"[12], e a nua verdade é que os estudos psicossociológicos não demonstraram que "este tipo de formações familiares obstrua efectivamente o crescimento saudável da criança. A argumentação apresentada, assentando embora em motivações legítimas (o bem-estar do novo ser) parte de uma petição de princípio: a definição daquilo que seja o interesse e o bem-estar da criança emerge demasiado conotada em concepções moralistas"[13]. Sou inequívoco porque me incomodam ambiguidades: indigna-me um ordenamento jurídico que teima em determinar que apenas os casais heterossexuais (unidos pelo matrimónio ou nas teias do que a lei considera união de facto) podem aspirar à parentalidade e considero que limitar o recurso a todos os outros carrega consigo o odor bafiento de um tempo em que os filhos se dividiam em legítimos e ilegítimos, prova de que podemos *retirar a pessoa do bairro, mas não o bairro da pessoa*[14].

Dessarte, o legislador abriu o casamento à homossexualidade mas fechou-lhe a possibilidade da parentalidade, determinando a proscrição de os homossexuais assumidos recorrerem à filiação, seja através das técnicas de procriação medicamente assistida, seja da adoção [que agora aos soluços será admitida no texto na lei, mas, *law in the books*, não é *law in action*][15]. Sempre me manifestei contra o direito à adoção pelos casais homossexuais, porque nunca interpretei o instituto da adoção como uma prorrogativa dos casais; a adoção não existe para permitir que pais possam ter filhos, antes, existe para que filhos possam ter pais. E, o que deixo escrito, é muito mais do que um jogo de palavras, é um argumento copérnico: o cerne da problemática é o superior interesse da criança em processo de adoção e nunca duvidei que, em muitos casos, o melhor para aquela criança concreta é ser adotada por aquele

[12] RAPOSO, Vera Lúcia - De mãe para mãe: questões legais e éticas suscitadas pela maternidade de substituição. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, pp. 70/71.

[13] RAPOSO, Vera Lúcia - De mãe para mãe: questões legais e éticas suscitadas pela maternidade de substituição. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, pp. 70/71.

[14] Porque toda a modernidade não obliterou o preconceito e ainda persiste a ideia de que a procriação humana *exige uma colaboração responsável dos esposos com o amor fecundo de Deus; o dom da vida humana deve realizar-se no matrimónio, através dos atos específicos e exclusivos dos esposos, segundo as leis inscritas nas suas pessoas e na sua união* (*Donum vitae*, publicada pela Congregação para a Doutrina da Fé, em 22 de fevereiro de 1987).

[15] E, neste contexto, trago à colação Martin Luther King quando nos ensinou, que preferia conhecer os aplicadores do Direito do que conhecer as leis.

casal homossexual, sendo, portanto, um absurdo menosprezar o superior interesse da criança, com base num preconceito homofóbico, sem sustentação científica e desconstruído pela prática quotidiana. Posição contrária, ainda hoje estatuída na norma, viola preceitos constitucionais estruturantes do nosso *edifício* legislativo[16]. E, antes que me atirem aos olhos o argumento recorrente na *vox populi* [à qual juristas de alto coturno recorrem em momentos de aflição argumentativa], de que as crianças são cruéis e iriam ridicularizar na escola o pobre menino filho de dois pais ou de duas mães [crueldade que resulta daquilo que ouvem na casa dos seus pais heterossexuais e, as mais das vezes, uma projeção efabulada pelos subscritores do argumento], oiçam-se as vítimas do abandono parental, condenadas a viver em *orfanatos* e questione-se o que, para elas, será menos traumatizante!

Uma outra das críticas recorrentes, ao recurso à *maternidade de substituição*, assenta no mito da família idílica de um pai, uma mãe e uma criança feliz, desenhada, *v.g.*, por Manet; convoco-o, porque "há vários tipos de mitos – os que são fábulas meramente legitimadoras, e os que são, pelo contrário, fundamentos simbólicos do que mais caro e sagrado há entre os Homens. Os primeiros impedem o acesso à verdade das coisas (ou à nossa verdade possível sobre elas); os segundos são, por vezes, o único caminho possível para o conhecimento de realidades demasiado complexas, meandrosas, ou obscuras"[17] e, *in casu*, o mito da família nuclear heterossexual, como modelo único de referência, subsume-se ao segundo tipo de mitos. Destarte, estupidificados na procura do paradigma, esquecemos o paradoxo, e, fingimos ignorar a multiplicidade de tipologias familiares que coexistem na atualidade[18], pelo que, cada vez mais, as famílias heterossexuais celebradas pelo casamento e imunes a divórcios são residuais. Não obstante, o legislador continua obcecado por um modelo que ruiu na pós-modernidade, recusando-se a abandonar a *ilha* oferecida por Thomas More .

[16] Pelo que se exige uma hermenêutica que permita conciliar a lei posta com os princípios emanados da Convenção sobre os Direitos da Criança e da Lei fundamental.

[17] CUNHA, Paulo Ferreira da - Geografia Constitucional: Sistemas Juspolíticos e Globalização. Lisboa: Quid Juris, 2009, pp. 11/12.

[18] TOFFLER traz à colação um estudo onde foram detetados 86 diferentes combinações familiares num único bairro de Chicago (TOFFLER, Alvin - A Terceira Vaga, cit., p. 214).

Não sou tão ingénuo ao ponto de ignorar que o que deixo escrito colide com séculos de preconceitos sedimentados, lugares-comuns que parecem descender do senso comum [que nunca podemos confundir com bom senso], mas, também não ignoro o que Schopenhauer nos ensinou: todas as verdades passam por três fases; primeiro são ridicularizadas, num segundo momento violentamente combatidas e num terceiro, aceites, por todos, como óbvias e evidentes.

A família tradicional, a que tanto se alude no debate jussociológico, é filha disruptiva da revolução industrial e os valores tradicionais a que *os Velhos do Restelo* de todas as idades se agarram, são os mesmos que defendiam que a mulher se devia subjugar ao homem, que o europeu caucasiano tinha o direito de colonizar, escravizar e aniquilar outras raças e explorar os territórios em todo o mundo, que os católicos tinham o direito de evangelizar, através do saque e da perseguição quem cultivava outros credos. Porque, houve um tempo em que o direito e a arquitetura social eram unânimes em consagrar a superioridade do homem, caucasiano, europeu e católico, relegando mulheres, negros, índios e hereges a uma condição inferior, incapazes de cuidar de si e dos seus interesses, carentes da tutela protetora dos outros, que tinham todas as respostas e sabiam o que era o melhor para proteger os mais frágeis: o *fardo do homem branco*[19].

Por fim, importa desconstruir outro mito, porque, Fernando Pessoa tinha razão e *o mito é o nada que é tudo*; muitos dos dislates judiciais relativos à situação das crianças têm por base a premissa de que progenitores são sinónimos de pais. Falácia que o próprio legislador conservador já detetou ao separar a progenitora da paternidade na adoção (porque são os adotantes os pais, não os progenitores) e na procriação medicamente assistida (inequivocamente o art.º 21º da Lei n.º 32/2006, de 26 de junho declara que *dador de sémen não pode ser havido como pai da criança que vier a nascer, não lhe cabendo quaisquer poderes ou deveres em relação a ela*), mas que continua viva na prática dos burocratas do direito, que insistem numa desmesurada valorização do contributo biológico, ignorando que pais são aqueles que oferecem o seu amor à criança. Com efeito, progenitor é aquele do qual

[19] Referimo-nos ao poema de Rudyard KIPLING.

alguém descende, aquele que gera, que dá origem e está umbilicalmente arreigado ao preconceito biológico [genético?] da filiação, incompatível com as novas conceções sociológicas e jusbiológicas da parentalidade; assim, a expressão "pais", surge como metáfora para pessoa de referência, ou seja, o adulto que tem "desempenhado as tarefas relacionadas com o cuidado e a responsabilização diária pela criança, traduzindo-se nos seguintes factos: a satisfação das necessidades básicas da criança com a alimentação e cuidados de saúde; o planeamento das refeições; o acto de acordar e de deitar a criança; a assistência na doença; o ensino das regras de etiqueta e de higiene; tarefas ligadas à interacção social e actividades lúdicas; participação em desportos e visitas a amigos; supervisão das ocupações diárias e da educação da criança, incluindo a educação, religiosa, moral, cultural e social; a assistência nos trabalhos de casa à criança em idade escolar; conselho e apoio ao processo de desenvolvimento e bem-estar emocional da criança; organização de interacção com outros membros da família, incluindo avós, primos e tios"[20]. Porque, "acontece que, ser pai, não corresponde unicamente a laços de sangue. Ser pai implica carinho, proteção, atenção, segurança, capacidade para formar, tratar, cuidar. Um pai é alguém que vela o sono das crianças, que brinca com elas, que as lava, veste e ajuda a comer e a vestir-se, que as ensina a andar e a falar, que lhes permite crescerem em paz, com a única preocupação de serem verdadeiramente crianças"[21].

Expostos os alicerces das minhas reflexões, é o momento de oferecer os meus argumentos para a contradita. Subscrevo, parcialmente, a lei coeva, que define *maternidade de substituição* como *qualquer situação em que a mulher se disponha a suportar*[22] *uma gravidez por conta de outrem e a entregar a criança após o parto, renunciando aos poderes e deveres próprios da maternidade*

[20] SOTTOMAYOR, Maria Clara - Liberdade de Opção da Criança ou Poder do Progenitor?: Comentário ao Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 31 de Outubro de 2007. "Lex Familiae. Revista Portuguesa de Direito da Família". Coimbra. a.5, n.9 (2008), pp. 56/57.

[21] AMORIM, Rui Jorge Guedes Faria - O Interesse do Menor: um Conceito Transversal à Jurisdição de Família e Crianças. "Revista do CEJ". Lisboa. n.12 (2.sem.2009), p. 93; para mais desenvolvimentos, ALMEIDA, Susana - A Parentalidade Sócio-Afectiva... cit., , pp. 11 e ss. e BARBOSA, Heloísa - Efeitos Jurídicos do Parentesco Socioafetivo. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha - Família e Sociedade. Teoria e Prática do Direito da Família. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris/IBDFAM, 2008, pp. 221 e ss.

[22] O legislador foi feliz no recurso à expressão "suportar", que significa ter sobre si, aguentar, permitir, tolerar, sofrer, para enfatizar o que alguns parecem desejar esquecer, *i e*, a gravidez é um processo muitas vezes terrível e doloroso (Dicionário Priberam da Língua Portuguesa [em linha], 2008-2013.

determinando que *são nulos os negócios jurídicos, gratuitos ou onerosos, de maternidade de substituição*[23]. Afasta-me da norma legal, a absurda cominação penal; apenas uma visão pancriminal e moralista justifica a criminalização dos contratos de maternidade de substituição [onerosos, como se a prova do pagamento fosse fácil de encontrar], com uma pena de prisão até dois anos (art.º 39.º)[24]. Não se compreende o bem jurídico protegido [ou até se compreende, uma estranha visão de moral pública apátrida no nosso ordenamento, que não pode ser entendida como um bem jurídico relevante], e é violador do princípio fundamental da intervenção mínima, que, se é ensinado como um dos caracteres fundamentais do direito penal[25], é reiteradamente ignorado por um legislador, impotente para distinguir ilícitos de crimes; acresce que, se a norma incriminadora é inócua no que concerne a prevenção geral, é absurda no que diz respeito à prevenção específica. Como, se compreendo a motivação, não consigo sufragar que a consequência civil da violação do preceito seja que a *mulher que suportar uma gravidez de substituição de outrem é havida, para todos os efeitos legais, como a mãe da criança que vier a nascer* (n.º 3 do art.º 8.º), ainda que o não deseje[26] [e ainda que os beneficiários da gestação sejam os pais genéticos[27]]. Com efeito, "a reacção é extrema e percebe-se o intento: pretende-se desanimar o negócio, determinando que terá sempre o efeito contrário ao pretendido. A *gestante* será considerada mãe. Mas a solução é gravemente errada. A maternidade não pode ser atribuída a título de sanção. O interesse prioritário é o novo ser e este

[23] Art.º n.º 8º da Lei 32/2006, de 26 de junho.

[24] No mesmo sentido, COSTA, Marta e LIMA, Catarina Saraiva – A Maternidade de Substituição à Luz dos Direitos Fundamentais de Personalidade. Lisboa: Lusíada: Lisboa, n.º 10 (2012), p. 247. Acresce, que é difícil a hermenêutica do artigo, não sendo claro se apenas serão punidos criminalmente os contraentes ou se todas as restantes pessoas que intervém no processo (*v.g.*, médicos).

[25] Obliterando a máxima de S. Tomás de Aquino (*Summa Theologica*): "a lei humana não proíbe todos os vícios dos quais se abstêm os virtuosos, mas apenas os mais graves: aqueles que a maior parte da multidão pode evitar, e sobretudo os que prejudicam os outros, sem cuja proibição a sociedade humana não pode sustentar-se".

[26] Aliás, a aplicação do regime da nulidade é disparatado, *in casu*; em sentido semelhante, ainda que sem o recurso ao tabuísmo, que é de minha responsabilidade, PINHEIRO, Jorge Duarte - O Direito da Família Contemporâneo. 3ª Ed. Lisboa, AAFDL, 2012, p. 271.

Refira-se, no entanto, que se o contributo genético for do pai contratante, este poderá sempre requerer a custódia da criança, compondo-se, desta forma, este dislate legislativo.

[27] Como sublinham COSTA, Marta e LIMA, Catarina Saraiva – A Maternidade de Substituição à Luz dos Direitos Fundamentais de Personalidade. Lisboa: Lusíada: Lisboa, n.º 10 (2012), p. 246.

é de todo menosprezado com semelhante vínculo jurídico de filiação"[28]. E é insofismável que o superior interesse da criança não se coaduna com uma maternidade imposta como sanção.

Refira-se que a solução oferecida não é nova e no regime jurídico anterior à Lei n.º 32/2006, de 26 de junho, no silêncio da norma, já se sufragava a proibição do *contrato de gestação*, com fundamentações múltiplas e de heterogénea solidez[29]; assim, traziam-se à colação os conceitos indeterminados de salvação, previstos no art.º 280.º do CC, que comina com nulidade os contratos contrários à ordem pública e bons costumes[30] [que, *data venia*, me parece um argumento pueril, no momento coevo], que, a renúncia antecipada à situação jurídica de mãe, colide com a proscrição da abdicação antecipada dos direitos de personalidade, - invocada no art.º 81.º do CC - [argumento que seria destruído se após o parto se confirmasse essa renúncia], que constitui uma distorção do instituto da adoção, e, ainda, estabelecendo uma *analogia legis*, justificável, com o estatuído para a adoção, arguia-se que o consentimento da mãe para a adoção, apenas é válido seis semanas após o parto (n.º 3, do art.º 1982.º do CC), por razões justificadas que não podem ser liminarmente obliteradas, sendo axiomático, quando o procedimento utilize os óvulos da *gestante*.

A narrativa dos apologistas da maternidade de substituição [*contradictio in terminis!]*, dos contratos de gestação nas suas palavras, tende a partir de um argumento jurídico válido e ponderoso e de uma propaganda publicitária, que

---

[28] ASCENSÃO, José de Oliveira – A Lei n.º 32/06, sobre Procriação Medicamente Assistida. Lisboa: Revista da ROA. Ano 67, Vol. III (Dez. 2007), p. 997. Entende o A. que se o óvulo é da gestante, esta é a mãe; se o óvulo é da beneficiária, esta é a mãe; se é de terceira pessoa, *i* e, da fornecedora das gâmetas, o novo ser não tem mãe (*Ibidem*, p. 998).

[29] Neste sentido, *v.g.*, OLIVEIRA, Guilherme – Aspectos Jurídicos da Procriação Assistida. Lisboa: Revista da Roa. Ano 49 (1989), pp. 788 e ss.

[30] Mormente, quando onerosa; assim, CARDOSO, Augusto Lopes – Procriação Humana Assistida. Lisboa: Revista da Roa. Ano 51 (1991), p. 13. Subscrevo, porquanto, ao atribuir o preço a uma criança (porque, sem eufemismos, é disso que se trata), podemos encontrar uma ofensa aos bons costumes.

Um inteligente argumento é oferecido por Marta COSTA e Catarina LIMA; dizem as AA. que, se estes contratos fossem violadores dos bons costumes/ordem pública, seriam nulos por natureza, pelo que, seria despicienda uma norma específica, pelo que, existindo esta, poderá concluir-se que estes contratos não ferem aqueles princípios (COSTA, Marta e LIMA, Catarina Saraiva – A Maternidade de Substituição à Luz dos Direitos Fundamentais de Personalidade. Lisboa: Lusíada: Lisboa, n.º 10 (2012), p. 253).

carrega o vício da demagogia do marketing[31]; começo por desconstruir o trivial, para depois meditar sobre o essencial.

Dessarte, juntamos duas mulheres extraordinárias, que se amam com devoção ou dois homens cujo amor lhes deu forças para derrubar os *moinhos de vento* da ignorância, falam-nos do desejo da parentalidade, comovem-nos com a robustez dessa vontade e fazem-nos amaldiçoar a mesquinhez do mundo que lhes nega a felicidade. E, no circo mediático propagandístico que, na sociedade atual, ocupa o espaço que um dia foi do jornalismo[32], onde se procura a emoção e não a razão, somos condicionados a aceitar acriticamente a solução, sem cogitar que, tal como Jano, a ética também tem duas faces. Se a legítima pretensão de parentalidade [e escrevo pretensão, porque não existe um Direito à procriação[33]], daqueles casais de publicidade, que convoca a nossa empatia e, indubitavelmente, estou convicto que alguns iriam ser pais extraordinários (e outros medianos, e outros muitos maus, como em todas as circunstâncias da parentalidade, porque a comunidade homossexual não se constrói nem com deuses nem com diabos), não podemos extasiar-nos com as folhas e esquecer de interpretar a floresta, ou seja, obliterar a existência de uma terceira pessoa, cujo estatuto jurídico não pode ser ignorado.

Porque, quando os prosélitos da solução evocam a terceira pessoa, a *contraente gestante*[34] [a frieza da expressão não é por ingenuidade], exortam-

[31] Sem itálicos, porquanto, a locução tornou-se tão banal que perdeu a natureza linguística de estrangeiro.

[32] O que não seria expectável: como sublinha um comentador de 1892, o impacto da democratização da imprensa foi de tal forma importante, que um habitante de uma pequena aldeia tinha uma compreensão mais ampla dos assuntos contemporâneos do que um primeiro-ministro um século antes, sendo a leitura do jornal, nas palavras de Hegel, "a oração matinal do homem moderno" (conforme GIDDENS, Anthony - As Consequências da Modernidade. Trad. Raul Fiker. São Paulo: Editora Unesp, 1991, p. 71).

[33] Opinião que não faz o pleno na doutrina; nesse sentido, *vide*, DUARTE, Tiago - *In Vitro Veritas? - A Procriação Medicamente Assistida na Constituição e na Lei*. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 66. Mas, e ainda que existisse uma dimensão positiva do direito a procriar, importa nunca esquecer, este direito não seria absoluto, sempre sujeito às limitações dos n.º 2 e 3, do art.º 18º da CRP.

Para uma resenha sobre a literatura jurídica portuguesa sobre o tema, *vide*, COSTA, Marta e LIMA, Catarina Saraiva – A Maternidade de Substituição à Luz dos Direitos Fundamentais de Personalidade. Lisboa: Lusíada: Lisboa, n.º 10 (2012), pp. 259 e ss.

[34] Na perspetiva da gestante o processo tem quatro fases: "concepção ou implantação de embrião; gravidez; parto; e entrega da criança à mãe de recepção, com reconhecimento de que esta é a titular das situações jurídicas maternais" (PINHEIRO, Jorge Duarte - O Direito da Família Contemporâneo. 3ª Ed. Lisboa, AAFDL, 2012, pp. 260/261).

nos a acreditar que existe consentimento desta, pelo que, apenas importa aferir se o consentimento é livre, sério, esclarecido. E, reconheço, a premissa é sólida. Estamos no âmbito da liberdade contratual, da autonomia da vontade, pelo que, se determinada Mulher der o seu consentimento, a proibição legislativa é uma inadmissível limitação à sua liberdade de decidir sobre si e sobre o seu corpo[35]. E, sem dificuldade, podemos jogar para o debate vários princípios constitucionais, sempre passíveis de ser travestidos para oferecer erudição a qualquer argumento[36].

Mas este vício desconstrutivista obriga-me a escalpelizar o axioma [bem ciente do risco de pensar criticamente]. *Ab initio*, recordando o óbvio: a liberdade individual não é um valor absoluto, e, muitas decisões individuais, que não interferem com terceiros, são proscritas (*v.g.*, eutanásia, duelos, ofensas à integridade física graves, venda de órgãos, etc.), pelo que, a liberdade de decisão da Mulher, também aqui, terá de passar pelo crivo da conformidade com os direitos fundamentais. Porque, ensinou-me a melhor doutrina, há limites à livre disposição do próprio corpo[37] e o *aluguer do útero* será, indubitavelmente, um dos casos que, no mínimo, convoca reflexão.

Permita-se-me a demagogia, porque a hipérbole é sempre uma boa ferramenta de retórica: cogitemos que uma qualquer adolescente, independentemente da sua idade, se apaixonava pela Marie-Thérèse Walter, de Picasso, e desejava uma operação estética que lhe oferecesse os mesmos contornos (ou que se concretizava o sonho da personagem *Barney Stinson* da icónica série *Who I met your mother*, que sonhava que as suas parceiras íntimas tivessem um outro par de seios embutidos nas costas[38]); o princípio da livre

[35] Ainda que o sistema romano-germânico contenha mais restrições à autonomia privada do que o sistema americano, como recorda PINHEIRO, Jorge Duarte - O Direito da Família Contemporâneo. 3ª Ed. Lisboa, AAFDL, 2012, pp. 264/265.

[36] Ignorando que estamos a jogar no lixo dos séculos de tradição de proteção das partes mais débeis nos contratos (*v.g.*, proteção do consumidor, do trabalhador), agarrados a uma interpretação ultra-liberal do Direito, em que bastaria um putativo interesse recíproco para legitimar uma transacção jurídica.

[37] Sobre o tema, *vide*, COSTA, Marta e LIMA, Catarina Saraiva – A Maternidade de Substituição à Luz dos Direitos Fundamentais de Personalidade. Lisboa: Lusíada: Lisboa, n.º 10 (2012), pp. 264 e ss.

[38] O exemplo é um desvario académico, uma *reductio ad absurdum,* mas, se trouxermos à colação as cirurgias de aumento dos seios, determinadas pela estética da pornografia nos anos noventa, em que se inseriam litros de silicone nestas mulheres, constatamos que o absurdo é mais aparente que real.

disposição do corpo deverá tutelar esta distinção?[39] Ou, por hipótese, se uma pessoa, decidisse vender um órgão não vital, para pagar a universidade dos filhos? Ou, ainda, mantendo a hipérbole, se uma pessoa desejasse alienar um órgão vital para garantir a sobrevivência económica da família, também podíamos continuar alegremente a acenar com o manto constitucional do direito à liberdade de disposição do corpo? Ou, se a existência de uma contrapartida económica for obscena, por que limitar este contrato quando gratuito, carregado do maior altruísmo possível, que consistiria em oferecer a sua vida pela vida de outro (de uma mãe, por um filho, para que estas palavras tenham verossimilhança)?

Já são mais tímidas as minhas críticas sobre a questão da *venda* do corpo, porque não ignoro que o corpo é hoje uma mercadoria; não apenas surgem diversos estudos que indiciam que as pessoas bonitas têm melhores empregos[40] [o que ajuda a explicar que eu esteja condenado a ser docente num politécnico de província], como há empregos em que os caracteres físicos são indispensáveis ou de crucial importância.

Mas, se ganhar dinheiro com a exploração do corpo é uma realidade histórica, sendo que este é um ponto colossal na minha reflexão, o que devemos entender por consentimento livre para alienação do corpo? Se avocarmos *as Meninas de Avignon,* também de Picasso, facilmente compreendemos que, para se ser obrigado, não é preciso que alguém nos ordene. As jovens retratadas no *Bordel Filosófico,* frequentado pelo pintor, alugam o corpo, sem a pressão de uma arma, fitam-nos, provocativamente, como se nos convidassem a deliciar-nos com seus corpos (as duas prostitutas ao centro), mas, a estranha beleza do quadro não nos deve ofuscar a reflexão e obliterar a pergunta: aquelas mulheres realmente consentiram na prática da prostituição ou a vida condenou-as a alugar o seu sexo, para deleite de quem tem dinheiro para o usar? Porque, não podemos escamotear, "a "vontade livre" de Kant já não cai do céu como uma qualidade de seres inteligíveis. A autonomia será antes uma conquista precária de existências finitas que, só

[39] Por todos, *vide*, NETO, Luísa - O Direito Fundamental à Disposição sobre o Próprio Corpo (A Relevância da Vontade na Configuração do seu Regime). Coimbra: Coimbra Editora, 2004, *passim*.

[40] Por exemplo, *vide*, Revista Galileu [Em linha]. Disponível em: http://revistagalileu.globo.com/Revista/Common/0,,EMI265112-17770,00.html [cônsul. 16 fev. 16].

tendo em vista a vulnerabilidade física e dependência social, conseguem adquirir algo como a sua "força""[41].

Avocar a prostituição não é uma metáfora, antes um paralelismo[42]: porque a maternidade de substituição é uma outra condenação sobre o universo feminino, "perturbadora da condição de mulher"[43], e pode ser instrumentalizada como mais um meio espúrio para garantir a subsistência[44] [ou a possibilidade de se perder no deleite do consumismo], vendendo aos outros o que de mais íntimo há em si, gerando uma criança para terceiros que, mesmo não sendo geneticamente seu filho, é fruto do seu ventre (originando um inevitável vínculo afetivo e biológico com a criança que tem dentro de si)! Podemos agarrar-nos a eufemismos, denominar esta Mulher de gestante [*ou portadoras*[45]], mas, nem todo o cinismo do mundo pode obliterar que aquela criança é gerada por aquela Mulher, com toda a complexidade física e simbólica de uma gravidez, sendo que, "a gestação cada vez é considerada mais importante no processo biológico da maturação fetal, isto é, a genética não é tudo e hoje valorizam-se as trocas biológicas entre a gestante e o feto"[46]. Aliás, não é por razões médicas que, no *estado da arte* atual, nos países onde a maternidade de substituição é reconhecida, esta operacionaliza-se pelo recurso

[41] HABERMAS, Jürgen - O Futuro da Natureza Humana: A Caminho de uma Eugenia Liberal. Trad. Maria Benedita Bettencourt. Coimbra: Livraria Almedina, 2006, p. 76.

[42] O que já não subscrevo é a equiparação à escravatura; sobre o tema, COSTA, Marta e LIMA, Catarina Saraiva – A Maternidade de Substituição à Luz dos Direitos Fundamentais de Personalidade. Lisboa: Lusíada: Lisboa, n.º 10 (2012), p. 266.

[43] As palavras furtei-as a Pamplona CORTA-REAL, que num primeiro momento, afirmou que "uma gestação integral [é] necessariamente perturbadora da condição de mulher" (*apud*. PINHEIRO, Jorge Duarte - O Direito da Família Contemporâneo. 3ª Ed. Lisboa, AAFDL, 2012, p. 270; refira-se que a opinião do A. e*voluiu*, aceitando hoje a pertinência jurídica dos contratos de gestação para outrem.

[44] Porque, como nos ensinou Ferreira da CUNHA, em diálogo com ARISTÓTELES, "se o fogo queima igualmente na Grécia e na Pérsia, já o direito é visivelmente sujeito a variações" (CUNHA, Paulo Ferreira da - *O Ponto de Arquimedes: Natureza Humana, Direito Natural, Direitos Humanos*. Coimbra: Livraria Almedina, 2001, p. 60), e é preciso não ignorar as aporias e especificidades do espaço geográfico para o qual se legisla; há quase 20% dos portugueses em risco de pobreza, os jovens parecem condenados à emigração ou castrados pela precariedade, pelo que, a desesperança, é o principal estímulo para escolhas pueris e parcamente ponderadas.

[45] Expressão que tenta fazer um corte umbilical entre esta mulher e a criança que nasceu no seu ventre.

[46] OLIVEIRA, Guilherme de - O Sangue, os Afectos e a Imitação da Natureza. "Lex Familiae. Revista Portuguesa de Direito da Família". Coimbra. a.5, n.10 (2008), p. 14

uma terceira mulher[47] (a dadora do óvulo), de forma a blindar juridicamente a legítima pretensão daqueloutra a conservar a criança que gerou no seu ventre.

Cientes da insofismável veracidade da premissa, os defensores da licitude da conduta, promovem uma alteração legislativa[48], em que apenas seria possível a maternidade de substituição gratuita. O que é uma falácia[49]! Mesmo Vera Raposo, *ex professo* defensora da legalidade dos contratos de gestação, não apenas reconhece o sofisma, como, num sentido que subscrevo, defende mesmo que o contrato de gestação nunca poderia ser celebrado com uma familiar (que, são os únicos casos, plausíveis, de comodato do útero). E fá-lo por ponderosas razões: a familiar a quem é pedido que aceite ser *mãe de aluguer*, testemunha privilegiada de um longo e destrutivo martírio de um casal que, não obstante o homérico esforço para alcançar *Ítaca*, vê-se na situação inelutável de anuir, de suportar o que para a maioria das pessoas seria insuportável, impotente para se tornar a ninfa *Calypso* que vai matar o sonho dos seus familiares inférteis. Porque, efetivamente, pedir (exigir) a uma mãe (avó[50]), uma irmã que seja gestante da desejada criança[51], é colocar aquela Mulher perante a *escolha de Sofia*. O que não pode ser juridicamente admitido como consentimento.

Pelo que, vamos discutir a questão sem falácias, nem sofismos: na quase unanimidade das situações, a maternidade de substituição é uma prestação de

[47] Refira-se que podemos ter até cinco pessoas envolvidas neste processo; os beneficiários, a dadora do óvulo, a dadora do útero e o dador do sémen.

[48] Reporto-me, *v.g.*, ao Projeto de Lei 122/XII, disponível em: https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=36633 [consult. 18 fev. 2016].

[49] Quando sentimos o latejar da realidade, apreendemos que, a título de despesas de compensação, a gratuitidade é onerosa.

[50] Sendo que, dada a biologia da idade, estas mulheres já habitam na menopausa, pelo que, antes da introdução do embrião, têm de ultrapassar toda uma complexa estimulação hormonal que as torna aptas para ser gestantes.

Para uma visão daquela que ofereço, *vide,* as opiniões recolhidas por ÁLVARES, Cláudia – Entre o Social e Biológico: Repensando a Maternidade à Luz das Novas Técnicas de Reprodução Assistida. Lisboa: Revista Lusófona de Estudos Culturais. Vol. 3, n.º 1 (2015), pp. 105/106.

[51] E trago a temática à colação, porquanto, se atendermos, *v.g.*, à realidade brasileira, estatuída na Resolução CFM n.º 2.103, de 2013, deverá existir um parentesco consanguíneo de até ao quarto grau entre a gestante de substituição e os beneficiários do projeto parental.

serviços, onerosa[52], bem remunerada (mitigadamente, urge precisar, porquanto, a remuneração das mães de aluguer é considerada tão elevada no ocidente, que a indústria da procriação medicamente assistida deslocalizou-se para mercados mais atrativos e, nos últimos anos, temos assistido ao nascimento de fábricas de crianças em países como a Índia ou Ucrânia[53] [e não são as palavras que são cruéis, é a realidade que é fria!]); e, não se me acuse de individualismo egoísta, porque é o realismo que trago à colação. Destarte, toda a problemática se resume a uma única e singela questão: é lícito celebrar contratos de aluguer do útero? É um avanço civilizacional permitir a uma Mulher "oferecer um filho àqueles que o desejam, mas não o conseguem por si sós, [pelo que] representa uma oferta de valor inestimável, porquanto é uma dádiva de vida"[54] ou, pelo contrário, estamos a transformar o eterno feminino em *incubadoras com pernas* numa intolerável *coisificação da mulher*?[55]

Não sou insensível ao desejo de muitos homens e mulheres se realizarem na parentalidade; compreendo a sua dor, mágoa e frustração. E, junto os meus sentimentos aos de todos aqueles que se comovem com as histórias sofridas, de quem tudo tenta para alcançar este sonho, [e, tantas vezes, os sonhos se confundem com obsessões], como, não ignoro que, homens e mulheres

[52] E, é um precário argumento, arguir a indignidade de ganhar dinheiro com o nascimento de uma criança, é branquear que médicos, enfermeiros, anestesistas, laboratórios de análises, pediatras, donos das creches e infantários, também o fazem e ninguém se revolta com o facto.

[53] Ou, no caso da ex-URSS, em que mulheres eram pagas para produzir embriões e emprestar o seu corpo para gestação, com intervalo de 30 meses (conforme, NETO, Luísa - O Direito Fundamental à Disposição sobre o Próprio Corpo (A Relevância da Vontade na Configuração do seu Regime). Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 596.

[54] RAPOSO, Vera Lúcia. De mãe para mãe: questões legais e éticas suscitadas pela maternidade de substituição. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, pp. 87/88. Partindo da premissa, ensina a A. – o direito à vida como o mais básico dos direitos humanos, entendendo, assim, que "todas as acções que o fomentem ou favoreçam terão que ser legalmente admitidas" (*Ibidem*). Em sentido semelhante, também se pronuncia, Duarte PINHEIRO, que encontra fundamento para a licitude destas práticas no art.º 24º do texto constitucional, num princípio de favorecimento da vida humana (PINHEIRO, Jorge Duarte - O Direito da Família Contemporâneo. 3ª Ed. Lisboa, AAFDL, 2012, p. 267).

[55] Recordo palavras alheias para que as minhas não fiquem sozinhas; "de facto, a gestação e entrega de uma pessoa, a troco de dinheiro, atenta contra o valor da dignidade humana: a gestação é tida como um serviço qualquer, ignorando-se totalmente a sua natureza íntima, e a criança é equiparada a um objecto, ao resultado de uma actividade" (PINHEIRO, Jorge Duarte - *O Direito da Família Contemporâneo*. 3ª Ed. Lisboa, AAFDL, 2012, p. 268). Neste contexto, compreende-se a expressão adotada por Luís ARCHER quando fala na "instrumentalização da mulher que fica como que reduzida a uma máquina de gestação" (ARCHER, Luís - Da Genética à Bioética. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 2006, pp. 231/232).

portuguesas estão a realizar turismo médico ["turismo de inseminação"[56]], correndo múltiplos riscos[57], para conseguir no estrangeiro o que o país lhe veda. Que se somam as situações de fraude à lei, de homens e mulheres que mentem[58] sobre o nascimento dos seus filhos [sem itálicos nem aspas, porque não nego que as crianças que nasceram de barrigas de aluguer no estrangeiro sejam filhos dos contraentes] para legalizarem o ilícito. Mas a consciência que tenho destas insofismáveis verdades não me faz embarcar em teses utilitário-pragmáticas, pelo que sustento que os valores da moral e da ética não podem ser párias no Direito, porque, se o despirmos de valores[59], perde o seu significado maior, não fosse o direito *a arte do bom e do justo*, consubstanciado numa *constante e perpétua vontade de dar a cada um o que é seu*[60].

E para que o Direito não se transforme em direito, não pode sucumbir-se numa jurisprudência de sentimento ou construir-se com doutrinas de piedade; a *caixa de Pandora* não estava encerrada por teimosia ou mesquinhez de Zeus e, não podemos fingir ignorar que, concomitantemente com os casais para os quais a maternidade de substituição é a última alternativa possível, depois de uma dolorosa peregrinação, concorrem casais férteis, cujas mulheres desejam ter "filhos", mas não pretendem passar pelas tormentas da gravidez [passível de estropiar os seus corpos perfeitos], impedir objetivos profissionais, homens que querem ser pais sem passar pelo incómodo de os filhos terem mãe e aqueles que interpretam a parentalidade como meio para um qualquer fim escuso, pelo que, permitindo-se a uns o recurso à maternidade de substituição é, tecnicamente, muito complicado vedá-lo a outros[61].

---

[56] NETO, Luísa - O Direito Fundamental à Disposição sobre o Próprio Corpo (A Relevância da Vontade na Configuração do seu Regime). Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 597.

[57] Escrevo consciente que, também pela ilegalidade da prática, estamos a expor portugueses a abusos e extorsões; com efeito, e apesar de não ter conhecimento de nenhum caso que envolva portugueses, por certo que os há, nomeadamente situações em que a gestante se aproveita da fragilidade emocional do casal contratante, para extorquir dinheiro, sob ameaça de não lhe entregar o filho.

[58] Para evitar as consequências que decorrem do Parecer de 23 de março de 2012, do Instituto dos Registos e do Notariado que, à luz da legislação coeva, deverá subscrever-se.

[59] E, neste sentido e sobre o tema, é obrigatório ler HABERMAS, Jürgen - O Futuro da Natureza Humana: A Caminho de uma Eugenia Liberal. Trad. Maria Benedita Bettencourt. Coimbra: Livraria Almedina, 2006, pp. 57 e ss.

[60] Recorro aqui à sapiência de ULPIANO, no Digesto.

[61] Uma das razões pelas quais não subscrevo a proposta do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida que defendia uma alteração legislativa nos termos *infra* expostos:

Como, impõe-se recordar [sendo que as minhas palavras neste texto apenas se podem compreender num sentido holístico], a parentalidade poderá ser alcançada através de meios menos invasivos[62]; já deixei escrito que sou favorável à adoção por casais do mesmo sexo, a adoção singular é uma realidade [no direito] e, nada deve obstar a que toda e qualquer Mulher, solteira, casada ou unida de facto com outra mulher, possa recorrer às técnicas de procriação medicamente assistida (e, nem me parece que seja preciso alterar a norma, porquanto, no que concerne aos casais lésbicos, a proibição constante no art.º 6.º da lei *supra* referida[63] está ferida de inconstitucionalidade, por violar o princípio da não discriminação e, no caso das mulheres solteiras, colide com o primado da igualdade).

Permitir o recurso às técnicas de procriação medicamente assistida a casais lésbicos[64] e proibi-lo a casais masculinos homossexuais é uma contradição apenas aparente, não pecando pelo vício da discriminação[65]; Aristóteles ensinou-nos [o que muitos parecem desejar esquecer] que *devemos tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade* e, a questão da procriação, não é uma temática de género, mas de sexo[66], pelo que, permitir às mulheres o que se nega aos homens, não é uma

3. A título excepcional, é admitida a celebração de negócios jurídicos de maternidade de substituição nos casos de ausência de útero na parceira feminina do casal.

4. Para além das situações previstas no n.º anterior e sempre a título excepcional, o CNPMA, ouvida previamente a Ordem dos Médicos, pode autorizar a celebração de negócios jurídicos.

[62] Algo também enfatizado pela *Donum vitae*, publicada pela Congregação para a Doutrina da Fé, em 22 de fevereiro de 1987.

[63] *Só as pessoas casadas que não se encontrem separadas judicialmente de pessoas e bens ou separadas de facto ou as que, sendo de sexo diferente, vivam em condições análogas às dos cônjuges há pelo menos dois anos podem recorrer a técnicas de PMA*. Refira-se que, sendo esta redação anterior à legalização do casamento homossexual, exige uma interpretação restritiva.

[64] E, neste caso, sou tudo menos original; já em 1945, Egas Moniz (Prémio Nobel da Medicina) defendia a possibilidade de as mulheres solteiras terem acesso à fecundação artificial. Dizia o A. que "se uma mulher solteira ou divorciada, sem descendência directa, estiver em condições físicas e materiais de ter um filho, por este processo, alguém poderá, com justiça, negar-lhe esse tratamento fecundante?" (*apud*, CARDOSO, Salvador Massano - PMA - Para quê, para quem, com que custos? As Leis da IVG e PMA - Uma apreciação bioética. Porto: Ciclo de Conferências CNECV/2011, p. 15).

[65] Em sentido contrário, NETO, Luísa - O Direito Fundamental à Disposição sobre o Próprio Corpo (A Relevância da Vontade na Configuração do seu Regime). Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 599.

[66] A locação "género" designa as diferenças historicamente construídas entre o mundo masculino e o mundo feminino, sendo que, a palavra "sexo" reflete a realidade biológica (no mesmo sentido, ABOIM, Sofia - *A Sexualidade dos Portugueses, cit.*, p. 30 e BELEZA, Teresa - *Direito das Mulheres e da Igualdade Social. A Construção Jurídica das Relações de Género*. Coimbra: Livraria Almedina, 2010, p. 63).

obsessão pela doutrina do meio-termo peripatética, mas o reconhecimento das diferenças biológicas. Dessarte, uma mulher que deseje engravidar, pode optar por uma inseminação artificial caseira[67], adquirindo o sémen na internet[68] ou recorrendo à doação de um amigo, ou entregar-se a um desconhecido num bar [ou viajar até Espanha onde a lei o permite[69]]; os homens não! Porque a biologia ainda é biologia!

E, mesmo que as minhas inquietações e dúvidas fossem hipérboles vazias, que se lhes pudesse aplicar o aforismo de David HUME e *devam ser jogadas ao fogo*, *pois contém apenas sofismas e ilusões*, as mesmas não devem ser desprezadas, sem cuidada reflexão [não fosse esta uma temática de Bioética[70]], porquanto, uma viagem séria ao cerne desta problemática, não pode ignorar as dificuldades que decorreriam da legalização dos *contratos de gestação*, um verdadeiro trabalho de Sísifo, cujas complexidades não podem ser soterradas para uma regulamentação posterior ou ficar ao livre arbítrio da normação

[67] Algo que a doutrina, desde há anos, não ignora, como, *v.g.*, CORTE-REAL, Carlos Pamplona – Homoafectividade: a situação jurídico-familiar em Portugal. In: DIAS, Maria Berenice/PINHEIRO, Jorge Duarte Pinheiro - Escritos de Direito das Famílias: uma Perspetiva Luso-Brasileira. Porto Alegre: Magister Editora, 2008, p. 35.

Via de regra, mulheres solteiras ou parceiras numa relação/casamento, solicitam a alguns amigos o seu esperma, colocam em frascos [solicitar a mais de um, relaciona-se com o facto de não existir uma certeza da paternidade], baralham-nos, e inseminam-se em casa com recurso a instrumentos estimuladores de borracha, muitas vezes durante um ato sexual, para existir uma indução hormonal natural que aumente as probabilidades de sucesso do procedimento.

Sublinhe-se que esta "inseminação artificial caseira", não apenas apresenta diminutas estatísticas de sucesso, assim como não é imune a problemas; não apenas o "dador de esperma" pode, posteriormente, desejar exigir os direitos de paternidade [neste sentido, *vide*, a petição 16944/90, de 8 de Fevereiro de 1990, M/Países Baixos à Comissão Europeia dos Direitos do Homem], como a "recetora" pode exigir-se a ele o cumprimento dos correlativos deveres, como, no caso dos casais lésbicos, no fim da relação, a mãe (biológica) poderá negar o exercício dos direitos de maternidade à mãe (social ou de afeto) [conforme referência de Marta Costa, em conferência na Faculdade de Direito da UNL].

[68] Prática que poderá consubstanciar um crime, como é sublinhado pelo Presidente do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida (CNPMA), em reportagem ao Jornal Público (disponível em: http://www.publico.pt/sociedade/noticia/mulheres-que-inseminam-esperma-comprado-na-internet-estao-a-cometer-crime-1717625 [consult. 15 de fev. 16]).

[69] Não deixa de ser um estranho paradoxo que algumas mulheres que, há alguns anos, se deslocaram a Espanha para realizar abortos, proibidos em Portugal, regressem agora para engravidar, porque a lei portuguesa o proíbe.

[70] Que, numa pincelada apressada, pode definir-se como a necessidade de harmonizar os progressos da tecnologia com as exigências éticas numa sociedade, *i e*, o estudo da conduta humana na área das ciências da vida à luz dos princípios e valores que devem ser omnipresentes numa dada sociedade (já tenho mais dificuldade em defender a autonomia de um putativo Biodireito).

privada, em complexos contratos com obscuras cláusulas, que se alimentam da iliteracia jurídica dos contraentes.

Admito, algumas das limitações aos direitos de personalidade, que são parte do *ethos* deste contrato (não consumir bebidas alcoólicas, cigarros, estupefacientes, não ter relações sexuais não protegidas, não praticar desportos ou atividades de risco, frequentar as consultas médicas necessárias, ter cuidados com a alimentação, etc.), não suscitam problemas substancialmente diferentes aos que já conhecemos de outros contratos, cuja desconformidade com a lei nunca foi invocada[71], pelo que, não sem algum desconforto, também concluo pela licitude. Mas, outras cláusulas que constariam da lei ou do contrato, exigem ser escalpelizadas.

Desde logo, como consagrar o direito ao arrependimento[72]? O mesmo extingue-se com a assinatura do contrato, com a conceção ou implementação do embrião, ou dez semanas após a fecundação, *i e*, no prazo legal para o aborto livre? Ou, o arrependimento pode prolongar-se até à entrega da criança[73] e, neste caso, poderá a *gestante*, no final da gravidez, conservar para si a criança[74] (solução que está prevista na lei atual, por maioria de razão)? Devemos erigir uma solução jurídica diferente para os casos da reprodução heteróloga? E se a *mãe gestante* se recusar[75] a reconhecer que a *mãe de receção* é a titular das situações jurídicas maternais, deverá existir uma solução *ipso iuri* por força do contrato? E, nos casos atípicos, em que o contrato de maternidade de substituição se faz através da comunhão sexual, continuamos a poder aceitar a recusa da "gestante" ao estatuto jurídico de mãe? E, terá a *gestante* o direito de conviver com a criança, depois da entrega e consequente

[71] Embora, importa não escamotear, a operacionalidade destas cláusulas contratuais tem aporias que devem ser mesuradas; que decisão judicial vai impor o cumprimento destes deveres e como executar esta decisão (no mesmo sentido, COSTA, Marta e LIMA, Catarina Saraiva – A Maternidade de Substituição à Luz dos Direitos Fundamentais de Personalidade. Lisboa: Lusíada: Lisboa, n.º 10 (2012), p. 270).

[72] Que, sublinhe-se, é fundamental nesta querela, porque, tratamos de direitos de personalidade, sujeitos ao primado da livre revogabilidade.

[73] Posição perfilhada pelo Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, enfatize-se!

[74] E, sublinhe-se, toda a descarga hormonal que é contemporânea do parto, faz a gestante/mãe de substituição desejar ficar com a criança. Sobre a recusa, *vide*, o caso avocado por PINHEIRO, Jorge Duarte - O Direito da Família Contemporâneo. 3ª Ed. Lisboa, AAFDL, 2012, p. 258 e ss.

[75] Pelo seu pioneirismo, *vide*, o caso que ficou conhecido como Baby M, disponível em: https://en.wikipedia.org/wiki/Baby_M. [consult. 19 de fev. 16].

renúncia aos seus direitos de maternidade? E que requisitos deverá ter a *gestante* para poder celebrar o contrato? Uma prévia maternidade deverá ser obrigatória, para permitir que o consentimento seja, verdadeiramente, esclarecido?

E, se o direito ao arrependimento for operante, há lugar a indemnização pelos danos morais? Pode o contrato estipular uma cláusula penal que, se for muito elevada, se vai traduzir numa impossibilidade prática ao exercício do direito ao arrependimento?

Tomando agora a outra perspetiva, poderão os "pais-contratante" exercer o seu direito ao arrependimento depois da fecundação, exigindo uma interrupção voluntária da gravidez [e, podemos chamar interrupção voluntária da gravidez a uma intervenção exigida por terceiros e temida pela grávida, por recear a responsabilidade contratual?]? Poderá a "família-contratante", insatisfeita com o resultado da gravidez, recusar receber a criança? E se a criança não tiver as características desejadas por facto imputável à gestante [e, sem eufemismos, falo dos casos de crianças portadoras de deficiência], quem fica *obrigado* a conservar a criança? E se a culpa se dever a terceiros, mormente erro médico? Ou do contratante, em virtude do seu contributo biológico? Ou do contributo biológico da terceira[76] que doou o óvulo? Ou, se existir dador heterólogo, o vício for imputável a este?

E quando existe inadimplemento do contrato? Se, *v.g.*, a *gestante*, não obstante se ter obrigado a não ter relações sexuais desprotegidas incumprir e a criança não tiver o contributo biológico do contratante ou do dador externo, mas for biologicamente filha do parceiro da gestante?[77] Também neste caso se aplicariam as putativas regras que vedariam o direito ao arrependimento?

E, se todos os meus argumentos ruíssem, existisse um consenso para permitir o recurso a uma mãe gestante (ou mãe uterina), com contributos

[76] Mercenária, nas palavras de ASCENSÃO, José de Oliveira – A Lei n.º 32/06, sobre Procriação Medicamente Assistida. Lisboa: Revista da ROA. Ano 67, Vol. III (Dez. 2007), p. 998.

[77] E não se pense que estes casos brotam da mente delirante da insónia jurídica; a imaginação da realidade é mais rebuscada para a ficção e basta recordar um caso ocorrido nos Estados Unidos da América [que nos recorda a lei de Murphy, expressa no aforismo *qualquer coisa que possa correr mal, ocorrerá mal, no pior momento possível]* em que a gestante violou a imposição contratual de não ter relações sexuais com o seu parceiro, engravidou deste, tendo a criança nascido com uma microcefalia, em virtude de ter sido infetada por um citomegalovírus, em virtude do esperma do homem contratante.

biológicos heterólogos[78], qual a razão jurídica moralmente fundamentada (neste contexto), para impedir que uma mãe, gratuitamente, oferecesse o seu filho a um casal?

Sou frontal e reconheço que me falta a *varinha mágica de Cire* que me permitiria oferecer respostas; mas escrevo convicto que o caminho da *Doxa* para a *Episteme* exige primeiro as perguntas e só depois as respostas[79]. Devemos ter a humildade de reconhecer que, se esta discussão fosse um quadro, seria uma pintura do barroco, com os seus traços não lineares que indiciam conflito, com toda uma intensidade dramática, um jogo de luz e sombra [em que os digladiadores não resistem a projetar a visão do observador para as suas premissas], onde abundam as questões e nos faltam as respostas, pelo que, é temerário acenar com verdades absolutas, sustentadas em epicurismos amorais, motivadas por uma necessidade de pós-modernismo acrítica, ou, tão somente, para lançar vento na esfera pública.

Hugo Cunha Lança
Doutor em Direito

[78] Possibilidade criticada na doutrina, porquanto, nesta circunstância, não estaria em causa um direito a procriar (assim, COSTA, Marta e LIMA, Catarina Saraiva – A Maternidade de Substituição à Luz dos Direitos Fundamentais de Personalidade. Lisboa: Lusíada: Lisboa, n.º 10 (2012), p. 264).

[79] E, recorro ao Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida que oferece uma súmula feliz: "A gestação de substituição merece objecções, dúvidas ou, no mínimo, gera controvérsia relativamente a questões normalmente relacionadas com eventual mercantilização de uma área que se pretenderia imune a lógicas de mercado, exploração e instrumentalização das mulheres, comercialização e coisificação de bebés, degradação ou afectação do valor simbólico da gestação e da maternidade, para além das dificuldades em estabelecer uma regulação adequada das condições que devem enquadrar os respectivos negócios jurídicos em termos que atendam aos vários interesses em presença" (Parecer n.º 63/CNECV/2012, p 8).

Data Venia
Ano 4 ● N.º 06 [pp. 87-118]

Contrato de mediação imobiliária

Higina Orvalho Castelo
Juíza Desembargadora
Doutora em Direito

SUMÁRIO

O presente texto é a versão final daquele que, com o mesmo título, está disponível em verbojuridico.net, desde março de 2016. Trata panoramicamente do regime do contrato de mediação imobiliária, dando relevo a aspetos que, com frequência, estão na origem de litígios concretos e atendendo *pari passu* às diferenças entre o contrato de mediação simples e o contrato de mediação com cláusula de exclusividade. Outros tópicos da mesma temática, bem como mais extensa fundamentação dos aqui tratados, encontram-se nos meus *O contrato de mediação*, publicado em 2014, e *Regime jurídico da atividade de mediação imobiliária anotado*, publicado em 2015, ambos da Editora Almedina, e para os quais genericamente remeto, sem necessidade de o voltar a fazer nas páginas que se seguem. (H.O.C.)

Contrato de mediação imobiliária

Higina Orvalho Castelo
Juíza Desembargadora
Doutora em Direito

1. Introdução. **2.** A prestação da mediadora. **2.1.** No contrato de mediação simples. **2.2.** No contrato de mediação em regime de exclusividade. **2.3.** O conteúdo da vinculação da mediadora. **3.** A remuneração. **3.1.** A remuneração dependente da conclusão do contrato visado. **3.2.** A perfeição do contrato visado e celebrado. **3.3.** O necessário nexo causal entre a atividade da mediadora e o contrato celebrado. **3.4.** Despesas efetuadas no exercício da atividade. **3.5.** Especificidades da remuneração no contrato em regime de exclusividade. **3.5.1.** O contrato visado não se concretiza por causa imputável ao cliente. **3.5.2.** O incumprimento da cláusula de exclusividade, pelo cliente. **4.** Aspetos a considerar na celebração de um contrato de mediação imobiliária. **4.1.** A forma escrita. **4.2.** Menções obrigatórias do contrato. **4.3.** A consagração do regime de exclusividade e os seus efeitos. **4.4.** O prazo do contrato. **4.5.** O recurso a cláusulas contratuais gerais. **5.** O contrato de mediação imobiliária nulo. **6.** A cessação do contrato de mediação imobiliária.

1. Introdução

O *contrato de mediação imobiliária* está previsto e regulado na Lei 15/2013, de 8 de fevereiro, que estabelece o regime jurídico a que fica sujeita a atividade de mediação imobiliária (de ora em diante RJAMI).

O regime vigente, à semelhança dos que o antecederam, não fornece uma noção concentrada da realidade que designa por *contrato de mediação*

imobiliária. No entanto, com base nas normas que definem a atividade e que regulam aspetos atinentes às partes e à remuneração, podemos afirmar que o contrato a que se destina a disciplina do diploma é *aquele pelo qual uma empresa de mediação imobiliária procura, para os seus clientes, destinatários para a realização de negócios que visem a constituição ou aquisição de direitos reais sobre bens imóveis, a permuta ou o arrendamento dos mesmos, o trespasse ou a cessão de posição em contratos que tenham por objeto bens imóveis, mediante remuneração, devida com a conclusão e perfeição do negócio visado pelo exercício da mediação*.

Como observaremos também a partir das regras do RJAMI, a introdução no contrato de uma *cláusula de exclusividade* altera a sua configuração e regime em vários aspetos importantes: a) a mediadora obriga-se necessariamente a diligenciar no sentido de obter interessado (enquanto no contrato de mediação simples se admite que, não resultando outra coisa do contrato, a mediadora tenha apenas o ónus de o fazer); b) o cliente, quando seja o proprietário do imóvel ou o arrendatário trespassante, fica obrigado a remunerar a mediadora pela obtenção de um destinatário interessado e pronto a celebrar o contrato visado, independentemente da celebração deste, exceto quando este contrato não se celebre por causa que não lhe seja imputável; c) havendo incumprimento da cláusula pelo cliente, a mediadora tem direito à remuneração com a celebração do contrato visado, mesmo que não haja nexo causal entre a sua atividade e aquela celebração.

As diferenças entre o *contrato de mediação imobiliária simples* e o *contrato de mediação imobiliária com cláusula de exclusividade* são de tal forma relevantes que podemos falar em duas subespécies ou subtipos do contrato de mediação. No decurso do texto, cuidarei de explicitar as diferenças entre ambos.

2. A prestação da mediadora

2.1. No contrato de mediação simples

O n.º 1 do art. 2.º do RJAMI define a *atividade de mediação imobiliária* como consistindo na *procura*, por parte das empresas, *de destinatários* para a

realização de negócios que visem a constituição ou aquisição de direitos reais sobre bens imóveis, bem como a permuta, o trespasse ou o arrendamento dos mesmos ou a cessão de posições em contratos que tenham por objeto bens imóveis. Se tivermos em consideração que a atividade de mediação imobiliária só pode ser exercida mediante contrato (como o diz o art 3.º, n.º 1), concluímos que a mesma atividade constitui a *prestação característica do contrato de mediação imobiliária*.

O primeiro diploma a descrever a atividade de mediação imobiliária (o DL 285/92, de 19 de dezembro) dizia que a mediadora se *obrigava a conseguir interessado* para dado negócio. Estes dizeres, provenientes da definição doutrinária e jurisprudencial corrente à época[1], não encontravam correspondência na prática negocial. Provavelmente por isso, os diplomas subsequentes (art. 3.º, n.º 1, do DL 77/99, de 16 de março, e art. 2.º, n.º 1, do DL 211/2004, de 20 de agosto) passaram a descrever a atividade de mediação imobiliária como aquela pela qual a empresa de mediação se *obriga a diligenciar no sentido de* conseguir interessado na realização de negócio com certas características.

Tanto significa que a atividade de mediação exercida no âmbito do contrato e por causa dele começou por ser legalmente descrita, no diploma de 1992, como correspondendo a uma obrigação de resultado (obrigação de conseguir um interessado), tendo passado nos diplomas de 1999 e de 2004 a corresponder a uma obrigação de meios (obrigação de diligenciar no sentido de conseguir um interessado).

A atual Lei (2013) abandona a referência a uma *obrigação* da mediadora de efetuar dadas diligências e descreve simplesmente a atividade na perspetiva da sua execução fáctica, como a *procura de destinatários*, sem fazer corresponder essa procura a uma obrigação contratual.

Só por via da interpretação dos concretos contratos de mediação imobiliária, se poderá aferir se a mediadora assumiu uma obrigação jurídica e,

[1] VAZ SERRA, «Anotação ao Acórdão do STJ de 7 de Março de 1967», RLJ 100:3355 (15 mar. 1968) pp. 343-8 (p. 343); e, Acórdãos do STJ de 07/03/1967, BMJ 165, p. 318; de 17/03/1967, proc. 61689, BMJ 165, p. 331; de 28/02/1978, proc. 66989, BMJ 274, p. 223; e de 09/03/1978, proc. 66824, BMJ 275, p. 183.

se sim, qual a sua extensão. A Lei atual, ao não classificar a atividade que a mediadora desenvolve no âmbito do contrato e por causa dele como obrigação, permite que o modelo legalmente típico inclua contratos em que a mediadora se vincula ao exercício da atividade e outros em que não se vincula.

Para melhor percebermos os possíveis cenários, lembro que em ordenamentos nos quais o contrato de mediação está legislativamente regulado – como sucede no italiano, no alemão e no suíço –, o desenvolvimento da atividade mediadora contratualmente prevista não constitui uma obrigação. Nestes países, a situação passiva do mediador corresponde melhor ao que os autores suíços designam por *Obliegenheit* (autores de língua alemã) ou *incombance* (de língua francesa), que a uma obrigação. O termo tem sido traduzido entre nós por *ónus material*, *encargo*, e/ou *incumbência*[2]. Trata-se de uma entidade do plano das normas jurídicas de constrangimento a um comportamento, como a *obrigação*, mas que se distingue desta pelas diferentes consequências da sua inobservância. Enquanto o incumprimento da obrigação confere ao credor direito de ação para execução específica, compensação em dinheiro e/ou indemnização dos danos, a inobservância da *Obliegenheit* gera para o vinculado um inconveniente ou a não obtenção de um benefício, mas não confere à contraparte o direito de exigir o comportamento ou de se ressarcir pelo não desempenho. Por outro lado, a sua observância é favorável a ambas as partes (ao contrário do que sucede com os ónus processuais, cuja inobservância é desfavorável ao onerado e favorável à parte contrária).

Parece ser o que amiúde sucede em contratos de mediação: a mediadora desenvolverá a atividade pretendida pelo seu cliente no interesse de ambos, sabendo que só será remunerada se for bem sucedida na procura e se, na sequência disso, o cliente vier a celebrar o contrato desejado, celebração que se mantém na disponibilidade deste. Com efeito, a mediadora não está sujeita a ver-se compelida a desenvolver a sua atividade de promoção do contrato desejado, nem a ter de pagar uma indemnização caso não a desenvolva. À

[2] ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil*, I, 4.ª ed., Coimbra, Almedina, 2012, pp. 918-9; JANUÁRIO GOMES, *Assunção fidejussória de dívida*, Coimbra, Almedina, 2000, *maxime* pp. 1206-7; HEINRICH HÖRSTER, *A parte geral do Código Civil português*, Coimbra, Almedina, 1992, p. 234.

situação passiva da mediadora num contrato de mediação *simples* dificilmente corresponde um direito do cliente de exigir a prestação, ou a sua execução por terceiro a expensas da mediadora, ou indemnização substitutiva. Esta relativa liberdade da mediadora tem o seu contraponto na liberdade do cliente de contratar outras mediadoras e na sua liberdade de celebrar o contrato com a pessoa encontrada pela mediadora.

Com o novo modelo de descrição da atividade de mediação instituído pela Lei 15/2013, que deixa em aberto a intensidade da vinculação da mediadora ao exercício da atividade, parece-me que a lei quis abranger os contratos nos quais a mediadora é incumbida de encontrar interessado para um contrato, mas não se obriga a exercer qualquer atividade nesse sentido.

Perceber se num dado contrato a mediadora se obrigou e a quê, só casuisticamente, mediante a análise de cada concreto contrato, poderá ser aferido. Há que olhar o texto do contrato e interpretá-lo. Adianto, no entanto, que vários modelos de contratos de mediação imobiliária disponíveis na Internet (a título de exemplo, os disponíveis em *http://apemip.info/info/Contrato_Modelo1.pdf* e *http://apemip.info/info/Contrato_Modelo2.pdf*), e provavelmente utilizados com frequência pelas empresas de mediação, clausulam que a mediadora se obriga a procurar destinatário para a realização do negócio.

2.2. No contrato de mediação em regime de exclusividade

Apesar de a lei não fazer qualquer referência ou distinção a propósito da prestação da mediadora nos contratos de mediação imobiliária com cláusula de exclusividade, devemos entender que, *quando a mediadora tem o benefício da exclusividade, ela está sempre obrigada à prestação*, ou seja, está *obrigada a desenvolver a atividade* no sentido de obter interessado no contrato e/ou de levar as negociações a bom porto.

Não faria qualquer sentido que alguém que pretende interessado para um contrato celebrasse um contrato de mediação para esse fim, vinculando-se a não celebrar contrato com o mesmo objeto com qualquer outra mediadora, se a contraparte não se obrigasse a desempenhar o seu papel, ou seja, a diligenciar

por obter interessado no contrato que o cliente pretende celebrar. Um contrato de mediação em que a mediadora a nada se obrigasse, mas em que o cliente ficasse impedido de recorrer a outras mediadoras, seria um contrato totalmente desequilibrado que ninguém, minimamente esclarecido, celebraria.

É com este argumento que, em vários ordenamentos nos quais o contrato de mediação é geralmente entendido como não comportando uma obrigação para o mediador, se entende que, quando é acordada uma cláusula de exclusividade – pela qual o cliente se obriga a não procurar outros mediadores, ou mesmo a não promover o negócio visado por si próprio –, o mediador fica obrigada à prestação.

Na Alemanha, não há discussão sobre este aspeto: o que principalmente distingue o contrato de mediação com cláusula de exclusividade (*Alleinauftrag*) do contrato de mediação simples (*einfacher Maklervertrag*) é a vinculação contratual do mediador a desenvolver a atividade, que se verifica no primeiro e não segundo. Também na Suíça se tem entendido que, quando as partes convencionam um regime de exclusividade, estão a convencionar necessariamente a obrigatoriedade da atividade de mediação. Paralelamente na Inglaterra, o vulgar contrato do *estate agent* é entendido como unilateral, gerando apenas a obrigação de remuneração, salvo quando o mediador beneficia de uma cláusula de exclusividade, caso em que se entende vinculado a um dever de agir.

2.3. O conteúdo da vinculação da mediadora

Nos casos em que a mediadora se obriga a uma prestação (como sucede quando há cláusula de exclusividade ou sempre que assim resulte do contrato), a extensão da obrigação vai depender da interpretação do contrato concreto. As mais das vezes, e não resultando o contrário do acordo contratual, estaremos perante uma mera obrigação de meios: a mediadora obriga-se a diligenciar no sentido de encontrar interessado no contrato desejado pelo cliente; não se obriga a encontrar esse mesmo interessado.

O facto de, no contrato de mediação, o direito à remuneração apenas nascer com a celebração do contrato visado, conduz a que, por vezes, se veja a

obrigação do mediador como de resultado. Este entendimento afigura-se-me errado. A celebração do contrato visado não está na disponibilidade do mediador, mas apenas na do cliente e de um terceiro; também não é o resultado suscetível de ser diretamente obtido pela atuação do mediador, nem o que corresponde ao interesse primário ou final do cliente. O resultado suscetível de ser diretamente obtido pela atuação do mediador, e que corresponde ao interesse primário ou final do seu cliente, é a *obtenção de um interessado* no contrato visado. Só esta obtenção de interessado poderá constituir o *resultado-conteúdo da obrigação* do mediador; e, em geral, não constitui, pois o mediador não assume a obrigação de obter interessado, mas apenas, quando muito, de *tentar* obtê-lo.

A *celebração do contrato visado* está *fora da prestação* do mediador; constitui, como melhor veremos, circunstância de eventualidade da qual as partes fazem depender um dos efeitos do contrato – a remuneração do mediador ou, vista de outro prisma, a prestação do cliente. Isto tem importantes consequências práticas, como também veremos, nomeadamente a de que não é necessário que o contrato visado seja celebrado durante o período de vigência do contrato de mediação, para que a mediadora tenha o direito de ser remunerada.

3. A remuneração

3.1. A remuneração dependente da conclusão do contrato visado

As condições de remuneração, em termos fixos ou percentuais, bem como a forma de pagamento, com indicação da taxa de IVA aplicável, têm de constar obrigatoriamente do contrato, sob pena de nulidade (ainda que não invocável pela empresa de mediação) – v. art. 16, n.º 2, al. c), e n.º 5 do RJAMI. O contrato de mediação imobiliária regulado no RJAMI apresenta-se, assim, como necessariamente oneroso.

A remuneração da mediadora, porém, não é devida apenas pelo exercício da atividade de mediação, ou seja, pelas diligências no sentido de encontrar interessado no negócio visado, nem sequer pelo bom sucesso dessa atividade, ou seja, pela obtenção desse interessado. Conforme determina o artigo 19, n.º

1, do RJAMI, a *remuneração* da empresa é *devida com a conclusão e perfeição* do *negócio visado* pelo exercício da mediação (ou com a celebração do *contrato-promessa*, se assim tiver sido estipulado no contrato de mediação imobiliária). É sobretudo nisto que reside o cariz inconfundível do contrato de mediação: o direito à remuneração depende de uma circunstância futura, incerta e externa à prestação da mediadora, ainda que com esta relacionada.

A conclusão do contrato visado (ou do contrato-promessa, se tiver sido prevista a remuneração nessa fase) não marca apenas o momento em que a remuneração é devida, sendo, mais que isso, uma circunstância sem a qual não nasce para a mediadora o direito à remuneração[3]. Não sendo celebrado o contrato visado (ou o contrato-promessa, quando estipulado, no contrato de mediação, o direito à remuneração nesse momento), a mediadora não tem direito a ser remunerada. Isto torna-se claro com a leitura do n.º 2 do art. 19, que introduz uma exceção nesta regra, desde que se verifiquem cumulativamente os seguintes pressupostos: contrato de mediação celebrado com o proprietário ou o arrendatário trespassante do bem imóvel; regime de exclusividade; e não concretização do negócio visado por causa imputável ao cliente. Fora deste circunstancialismo, o direito à remuneração apenas nasce com a conclusão e perfeição do contrato visado (ou do contrato liminar, quando assim acordado).

A norma do n.º 1 do art. 19 provém dos regimes imediatamente anteriores (art. 18, n.º 1, do DL 211/2004, e art. 19, n.º 1, do DL 77/99) e acolhe precedente regra jurisprudencial, por seu turno gerada a partir da observação dos concretos contratos de mediação celebrados no comércio. Leia-se, a título de exemplo, o seguinte trecho de um acórdão do TRL proferido em 1975, quase vinte anos antes do primeiro diploma que regulou o contrato de mediação imobiliária: «para que o mediador tenha direito à retribuição, não basta o acordo estabelecido para a realização de determinado negócio jurídico, nem o desenvolvimento de qualquer atividade por aquele: é

[3] LACERDA BARATA, «Contrato de mediação», *in Estudos do Instituto de Direito do Consumo*, I, Coimbra, Almedina, 2002, pp. 185-231 (pp. 202-3): «[e]stá em causa mais do que a mera exigibilidade; é da própria constituição do direito que se trata».

indispensável que o negócio jurídico tido em vista seja concluído»[4]. Também antes de a lei o prever, a jurisprudência reconhecia às partes a possibilidade de escolha de um momento menos exigente, em regra, o da celebração do contrato-promessa[5]. Indiferente sempre foi a consumação, cumprimento ou execução do contrato efetivamente celebrado, cuja falta não afeta a remuneração da mediadora[6].

Estando acordada a remuneração no momento do contrato-promessa, aquela é devida com a celebração do dito, ainda que este não venha a ser cumprido e não venha a ser celebrado o contrato definitivo. Cumprir ou fazer cumprir o contrato-promessa está na disponibilidade dos respetivos contraentes; a mediadora é alheia ao assunto.

Sucede, com frequência, ser acordado no contrato de mediação que uma percentagem da remuneração seja devida com a conclusão do contrato-promessa, e a percentagem remanescente com a conclusão do contrato definitivo. Nestas circunstâncias, se o contrato-promessa não for cumprido e não chegar a concluir-se o contrato visado, a mediadora terá apenas direito à percentagem da remuneração prevista com a celebração do contrato-promessa. A menos que se trate de contrato de mediação em regime de exclusividade celebrado com o proprietário ou arrendatário trespassante e que o contrato definitivo não se concretize por causa imputável ao mesmo. Nestas circunstâncias rege o n.º 2 do art. 19, sendo devida a remuneração por inteiro.

Da disciplina do art. 19, n.º 1, resulta que o contrato de mediação – não sendo um contrato condicional em sentido próprio, pois é plenamente eficaz

[4] Acórdão do TRL de 21/02/1975, BMJ 244, p. 308 (sumário). Entre os acórdãos, anteriores a 1999, segundo os quais, de modo explícito ou implícito, a remuneração só é devida havendo celebração do contrato visado, destaco: STJ de 17/03/1967, BMJ 165, pp. 331-4; TRL de 19/12/1975, BMJ 254, p. 237 (sumário); STJ de 28/02/1978, BMJ 274, pp. 223-32; STJ de 09/03/1978, BMJ 275, pp. 183-90; TRL de 24/06/1993, proc. 5390, CJ 1993, III, pp. 139-42; TRE de 24/03/1994, proc. 446, CJ 1994, II, pp. 260-2; STJ de 18/03/1997, proc. 700/96, CJASTJ 1997, I, pp. 158-60.

[5] Foi esse o caso julgado pelo Acórdão do TRE de 24/03/1994, proc. 446, CJ 1994, II, pp. 260-2, numa altura em que a lei era omissa sobre a matéria.

[6] Assim, LACERDA BARATA, «Contrato de mediação», pp. 202-3; MENEZES CORDEIRO, *Direito comercial*, 3.ª ed., Coimbra, Almedina, 2012, p. 700; ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, «Contrato de agência (Anteprojecto)», BMJ. 360 (nov. 1986) 43-139 (p. 85), e também em *Contratos de distribuição comercial*, 3.ª reimp., Coimbra, Almedina, 2009, p. 104; MANUEL SALVADOR, *Contrato de mediação*, Lisboa, [s.n.], 1964, pp. 148 e 153.

desde o momento da sua celebração e não tem a sua eficácia ameaçada por qualquer ocorrência futura e incerta –, incorpora uma condição atípica, ou circunstância de eventualidade[7], cuja ocorrência é necessária à produção de um dos seus efeitos jurídicos principais, o dever de remunerar.

Por causa desta circunstância, que coloca a remuneração na dependência da celebração do contrato visado (ou do contrato-promessa quando assim acordado), a mediadora corre um risco específico de não ser remunerada, mesmo tendo cumprido escrupulosamente a sua prestação. Daí a frequente classificação do contrato de mediação como aleatório[8].

O posicionamento do contrato de mediação no campo dos aleatórios carece de alguma ponderação. Os contratos aleatórios são aqueles em que, no momento da sua celebração, a existência e/ou a extensão da prestação (ou, mais lata e rigorosamente, da atribuição) de uma ou de ambas as partes está, por estipulação contratual, dependente de um facto incerto quanto à sua verificação (*incertus an*) ou quanto ao momento dessa verificação (*incertus quando*), o que gera incerteza sobre o resultado económico do contrato, para ambas as partes. Assim sucede no contrato de mediação simples.

No entanto, dois importantes aspetos separam o contrato de mediação dos demais contratos habitualmente classificados como aleatórios.

Um primeiro aspeto prende-se com o facto de, nos contratos aleatórios, a prestação aleatória ser sempre a prestação característica e nunca a prestação de pagamento ou retribuição[9]. Por exemplo, nas apostas mútuas e lotarias, aleatória é a prestação de pagamento do prémio do jogo, não o pagamento do preço de participação na aposta ou do bilhete ou fração de lotaria; nos seguros

[7] Distinguindo conceitualmente as circunstâncias que colocam a globalidade dos efeitos do negócio na dependência de um acontecimento futuro e incerto, de outras que apenas afetam um (ou parte) dos efeitos do negócio, CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico*, Coimbra, Almedina, 1992, pp. 391-3 e 558-9.

[8] LACERDA BARATA, «Contrato de mediação», p. 209; MENEZES CORDEIRO, *Direito comercial*, p. 703; MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, «O contrato de mediação e o direito do mediador à remuneração», *Scientia Iuridica*, 62:331 (jan.-ab. 2013) 77-106 (p. 98); MANUEL SALVADOR, *Contrato de mediação*, p. 22. Na jurisprudência, a título de exemplo, os Acórdãos do STJ de 09/03/1978, BMJ 275, p. 183, de 28/04/2009, proc. 29/09.3YFLSB, e de 16/12/2010, proc. 1212/06.9TBCHV.P1.S1; do TRP de 02/11/2009, proc. 1913/08.7TJPRT.P1 e de 08/09/2011, CJ 2011, IV, 165; do TRC de 17/01/2012, proc. 486/10.5T2OBR.C1; do TRE de 17/03/2010, CJ 2010, II, 241.

[9] CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos*, III, Coimbra, Almedina, 2012, p. 150-1.

de risco, aleatório é o pagamento da indemnização, não o pagamento dos chamados prémios; na venda aleatória de bens futuros, aleatórias são a transmissão de propriedade e a entrega, não o pagamento do preço; o mesmo se diga na venda de bens de existência ou titularidade incerta; na renda vitalícia, aleatória é a renda a pagar, quanto à sua extensão (dependente da longevidade do alienante ou de terceiro), não a entrega e transmissão da propriedade pelo alienante da soma única de dinheiro (ou da outra coisa ou direito que seja objeto da alienação).

Na mediação, sucede o contrário. A prestação aleatória é a prestação de remuneração, não a prestação característica ou de atividade mediadora.

Um segundo aspeto respeita às diferentes funções económico-sociais dos contratos aleatórios ou de risco, por um lado, e do contrato de mediação, por outro. Apesar de em todos estar presente uma álea intrínseca, querida no contrato, na medida em que em todos se quer que a existência ou a extensão de uma prestação fique dependente de um evento incerto (quanto à sua existência ou ao momento da verificação), apenas os *contratos aleatórios* têm por finalidade a *cobertura de um risco preexistente* ou a *criação de um risco novo*. Com efeito, a função económico-social dos contratos aleatórios reconduz-se a uma das indicadas: ou cobertura de um risco exógeno e preexistente – visando minimizar os efeitos nefastos da ocorrência do evento incerto, já possível aquando da celebração do contrato (é o que sucede nos contratos de garantia) –, ou a criação de um risco novo – a criação pelo próprio contrato da possibilidade do evento incerto (como sucede nos contratos aleatórios puros).

No *contrato de mediação*, por seu turno, a finalidade económico-social é a da *troca de um serviço por um preço*. O risco adveniente de o direito à remuneração estar dependente de um evento futuro e incerto não constitui a finalidade do contrato, mas apenas uma forma de o cliente se assegurar facilmente, sem custos, de que apenas paga se a parte contrária tiver cumprido satisfatoriamente a sua obrigação. Trata-se, a um tempo, de um mecanismo *autocoercivo*, gerador de um empenho acrescido da mediadora no desenvolvimento de uma atividade eficaz, e de um mecanismo de segurança para o cliente que nada terá de pagar se não quiser aproveitar a oportunidade

negocial encontrada pela mediadora (ressalvados alguns casos de contrato com cláusula de exclusividade), tendo em ambos os casos contrapeso no normalmente elevado valor da remuneração.

3.2. A perfeição do contrato visado e celebrado

Não basta a celebração do contrato visado (ou do contrato-promessa quando assim acordado) para que a mediadora alcance a sua remuneração. É, ainda, necessário que esse contrato seja *perfeito* (art. 19, n.º 1, do RJAMI). A *perfeição do contrato* não corresponde a um pressuposto que, com esta designação, seja trabalhado pela doutrina portuguesa. O Código Civil refere a *perfeição* apenas a propósito da declaração negocial: fá-lo no art. 35, sobre a lei reguladora do negócio internacional, e no título da secção que contém os arts. 224 a 235. Nestes contextos, *perfeição* equivale a *eficácia*. Como escreve HÖRSTER, «para que os efeitos jurídicos de uma declaração negocial se produzam é preciso que esta, depois de ter sido feita ou formulada, adquira "eficácia" (ou "perfeição")»[10]. No Código de Seabra, observava-se semelhante equivalência no art. 678, ao determinar que «se o contrato ficou dependente de alguma condição de facto ou de tempo, verificada a condição, considera-se o contrato *perfeito* desde a sua celebração».

A ideia de que *perfeição* significa *eficácia* serve perfeitamente no âmbito do contrato de mediação. Com efeito, tem-se entendido que o direito à remuneração apenas nasce se, e quando, o contrato a final celebrado for eficaz. Vejamos alguns exemplos. Quando o contrato é celebrado sob condição suspensiva, o direito à remuneração só nasce quando a condição se verifica[11]; e quando enferma de invalidade absoluta, a mediadora não tem direito a ser remunerada[12]. No caso de o contrato visado ser celebrado sob condição

[10] HEINRICH HÖRSTER, *A parte geral do Código Civil português*, p. 446. No mesmo sentido, PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria geral do direito* civil, 6.ª ed., Coimbra, Almedina, 2010, p. 455.

[11] Assim, LACERDA BARATA, «Contrato de mediação», p. 205; e MANUEL SALVADOR, *Contrato de mediação*, p. 175. Esta regra encontra-se positivada em direitos estrangeiros: art. 652, n.º 1, 2.ª frase, do Código Civil alemão (BGB); art. 413, n.º 2, do Código das Obrigações suíço; art. 1757 do Código Civil italiano.

[12] LACERDA BARATA, «Contrato de mediação», p. 204; MANUEL SALVADOR, *Contrato de mediação*, p. 177.

resolutiva, as opiniões expressas são no sentido de ela operar a «extinção retroativa do negócio (…), acarretando – mercê da acessoriedade – a destruição retroativa dos efeitos da mediação»[13]. Esta posição vai ao encontro da regra geral de direito civil sobre a retroatividade da condição (art. 276 do CC).

Estes casos apontam no sentido de, para além da *conclusão* do contrato, ser também necessário que o mesmo *não seja (ou, eventualmente, não venha a ser considerado* – caso da verificação da condição resolutiva) *ab initio absolutamente ineficaz*. Nesta expressão estão abrangidas a invalidade absoluta (nulidade), a ineficácia em sentido estrito absoluta (cuja principal figura será a pendência de condição suspensiva) e a ineficácia *a posteriori* mas com efeitos retroativos à conclusão do contrato (verificação da condição resolutiva).

3.3. O necessário nexo causal entre a atividade da mediadora e o contrato celebrado

O nascimento do direito à remuneração carece, para além da conclusão e perfeição do contrato visado, da verificação de um nexo entre a atividade da mediadora e o contrato a final celebrado. A necessidade de um tal nexo decorre dos compromissos assumidos pelas partes no âmbito da relação contratual de mediação imobiliária e é incansavelmente lembrada pela doutrina[14] e pela jurisprudência. Nesta, e segundo a que me parece ser a melhor posição, afirma-se que a *contribuição da mediadora não tem de ter sido*

[13] LACERDA BARATA, «Contrato de mediação», p. 205; MANUEL SALVADOR, *Contrato de mediação*, p. 176. A regra expressa do Código Civil italiano é a inversa; de acordo com o seu art. 1757, subsecção 2.ª; quando o contrato final se celebra sujeito a condição resolutiva, o direito à comissão não se extingue com a verificação da condição (apesar de a regra no direito italiano, tal como no português, ser a da retroatividade dos efeitos da condição – art. 1360 do Código Civil italiano). As leis alemã e suíça nada dizem sobre a influência das condições resolutivas, e as respostas da doutrina não são unânimes. De todo o modo, nestes países, ao contrário do que se passa em Portugal, a ocorrência da condição resolutiva não tem, por regra, efeitos retroativos (art. 158, n.º 2, do BGB, e art. 154 do *Code des obligations*).

[14] LACERDA BARATA, «Contrato de mediação», p. 203; MENEZES CORDEIRO, *Direito comercial*, p. 700-1; MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, «O contrato de mediação e o direito do mediador à remuneração», pp. 100-3; MANUEL SALVADOR, *Contrato de mediação*, pp. 97, 105, 106; VAZ SERRA, «Anotação ao Acórdão do STJ de 7 de Março de 1967», p. 346.

única, sendo suficiente ter-se limitado a dar o nome ou a ter posto em contacto (desde que isso tenha influído de algum modo no negócio)[15].

3.4. Despesas efetuadas no exercício da atividade

O regime em vigor, tal como todos os que o precederam, não dispõe sobre o pagamento das despesas suportadas no exercício da atividade de mediação. A questão do ressarcimento das despesas da mediadora pode dizer-se clássica, sendo tradicional, nos países que nos são próximos, o entendimento de que correm por conta da mediadora as despesas feitas na busca de interessado. A doutrina portuguesa maioritária tem apontado em idêntico sentido, não hesitando em afastar as regras do mandato, com simples invocação dos usos, da economia do contrato ou da natureza aleatória do mesmo[16]. O mesmo se passa na jurisprudência[17].

Não obstante, nada impede as partes de estipularem o pagamento de despesas. O RJAMI, aliás, prevê de algum modo a situação quando determina que tem de constar obrigatoriamente do contrato de mediação a identificação discriminada de eventuais serviços acessórios a prestar pela empresa mediadora, sob pena de nulidade (art. 16, n.ºs 2, f), e 5[18]). Os serviços acessórios, nomeadamente todos os que importem despesas para o cliente, só

---

[15] Neste sentido, os Acórdãos do STJ de 18/03/97, proc. 700/96, CJASTJ 1997, I, 158; de 31/05/2001, CJASTJ 2001, II, 108; de 28/05/2002, proc. 02B1609; de 10/10/2002, proc. 02B2469; e de 20/04/2004, proc. 04A800; também os Acórdãos do TRE de 29/03/2007, proc. 2824/06-3; de 17/03/2010, proc. 898/07.1TBABF.E1, CJ 2010, II, 241. Alguns referem-se simplesmente a uma *relação causal*: Acórdãos do STJ de 29/04/2003, proc. 03A918; de 28/04/2009, proc. 29/09.3YFLSB; e de 27/05/2010, CJASTJ 2010, II, 88. Outros, a um nexo de *causalidade adequada*: Acórdãos do STJ de 17/03/1967, BMJ 165, p. 331; de 28/02/1978, BMJ 274, p. 223; e de 15/11/2007, proc. 07B3569; do TRE de 24/03/1994, proc. 446, CJ 1994, II, 260; do TRL de 05/03/2013, proc. 824/10.0YXLSB.L1-1.

[16] LACERDA BARATA, «Contrato de mediação», p. 207; MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, «O contrato de mediação e o direito do mediador à remuneração», pp. 99-100; MANUEL SALVADOR, *Contrato de mediação*, p. 112.

[17] A título exemplificativo, os Acórdãos do STJ de 28/04/2009, proc. 29/09.3YFLSB, e do TRL de 12/07/2012, proc. 1187/11.2TBPDL.L1-7.

[18] A nulidade *do contrato*, estatuída para esta eventualidade, deve ser lida *cum grano salis*, circunscrita aos serviços acessórios aludidos no art. 16, n.º 2, f), como invalidade parcial, e não à globalidade do contrato de mediação. Creio razoável a aplicação ao caso do disposto no art. 292 do CC sobre a redução do negócio.

correrão por conta deste se assim tiver sido previsto no contrato de mediação, e com discriminação desses serviços. De contrário, não estando previstos, as despesas deles decorrentes correrão por conta e risco da mediadora.

3.5. Especificidades da remuneração no contrato em regime de exclusividade

A cláusula de exclusividade introduz alterações na disciplina da remuneração em dois grupos de situações:

- Quando é cliente da mediadora o proprietário do bem imóvel ou o arrendatário trespassante, e o contrato visado não se concretiza por causa imputável ao cliente da mediadora, esta tem direito à remuneração independentemente da concretização do contrato visado;

- Quando o cliente da mediadora infringe a cláusula de exclusividade e celebra o contrato visado com interessado que chegou até si por intermédio de outra mediadora, a mediadora exclusiva tem direito à remuneração, mesmo não tendo contribuído para a realização do contrato, ou seja, mesmo não havendo nexo causal entre a sua atividade e o contrato efetivamente celebrado.

Vejamos o fundamento destas duas regras especiais, que afastam o regime da remuneração do contrato de mediação com cláusula de exclusividade, do regime geral que vigora para o contrato de mediação simples.

3.5.1. O contrato visado não se concretiza por causa imputável ao cliente

Desde o regime de 1999 que se prevê expressamente que a remuneração só é devida com a conclusão e perfeição do negócio visado pelo exercício da mediação, exceto nos casos em que o negócio visado, no âmbito de um contrato de mediação celebrado em regime de exclusividade, não se concretiza por causa imputável ao cliente da empresa mediadora, caso em que esta tem direito à remuneração. Assim o dizia o art. 19, n.º 2, al. a), do DL 77/99.

Idêntico regime manteve-se em 2004, explicitando-se então que, para se excecionar a regra de que a remuneração só é devida com a conclusão e

perfeição do negócio visado, é necessário, não apenas que o contrato de mediação tenha sido celebrado em regime de exclusividade, e não se concretize por causa imputável ao cliente da empresa mediadora, como ainda que este cliente seja o proprietário do bem imóvel (art. 18, n.º 2, al. a), do DL 211/2004, inalterado, neste aspeto, pelo DL 69/2011).

O regime vigente alarga a exceção ao contrato de mediação exclusivo celebrado com o arrendatário trespassante, sendo esta a única alteração substancial (art. 19, n.º 2, da Lei 15/2013). No entanto, a nova norma tem uma redação confusa: «É igualmente devida à empresa a remuneração acordada nos casos em que o negócio visado no contrato de mediação *tenha sido* celebrado em regime de exclusividade *e* não se concretize por causa imputável ao cliente proprietário ou arrendatário trespassante do bem imóvel». O texto enferma de gralhas evidentes, estando manifestamente a mais as palavras que coloquei em itálico. Está em causa o *contrato de mediação celebrado em regime de exclusividade* e não o *contrato visado celebrado em regime de exclusividade*. Suprimidos os lapsos, a norma em causa determina que, no contrato de mediação celebrado em regime de exclusividade, com o proprietário do bem imóvel ou com o arrendatário trespassante, se o contrato visado não se concretizar por causa imputável ao cliente da empresa mediadora, esta tem direito à remuneração.

Esta norma, que em substância vem dos dois regimes anteriores, introduz na disciplina contratual uma diferença significativa relativamente ao regime geral do contrato de mediação, no qual a remuneração só é devida com a conclusão e perfeição do negócio visado pelo exercício da mediação (ou de sua promessa, quando assim tiver sido acordado no contrato de mediação). No regime geral, não se celebrando o contrato visado, ainda que por causa imputável ao cliente, não nasce o direito à remuneração, pois o cliente mantém intacta a sua liberdade de contratar (balizada apenas, nos termos gerais, perante o terceiro, pelo dever de boa fé nas negociações). Tendo sido estipulada uma cláusula de exclusividade num contrato de mediação celebrado com o proprietário ou com o arrendatário trespassante, o panorama altera-se. Nestes casos, a remuneração da mediadora não depende do evento futuro e incerto constituído pela celebração do contrato visado, quando este evento não se concretize por causa imputável ao cliente. A remuneração da mediadora

depende aqui quase unicamente do cumprimento da sua obrigação e do sucesso desta.

De enfatizar que a aplicação da norma contida no n.º 2 do art. 19 implica a prova da efetiva obtenção de alguém genuinamente interessado e pronto a celebrar o contrato nos moldes em que foi concebido no âmbito do contrato de mediação.

Provando a mediadora que efetuou com sucesso a sua prestação, o cliente poderá eximir-se à remuneração mediante a prova de que o contrato não se concretizou por causa que não lhe é imputável (porque, por exemplo, recebeu, entretanto e inesperadamente, uma ordem de expropriação, ou porque o terceiro não obteve o crédito necessário à realização do negócio).

3.5.2. O incumprimento da cláusula de exclusividade, pelo cliente

Questão frequentemente colocada perante os tribunais é a das consequências da violação da cláusula de exclusividade pelo cliente. Se o cliente não respeitar o direito de exclusividade da mediadora e vier a celebrar o contrato desejado com interessado angariado por outra mediadora (ou encontrado pelo próprio, no caso de exclusividade absoluta), *quid juris*?

Esta questão é independente da anteriormente tratada e respondida pelo art. 19, n.º 2[19]. Antes falámos da recusa de celebração do contrato visado, apesar de a mediadora exclusiva ter fornecido um genuíno interessado. Agora falamos de um incumprimento da cláusula de exclusividade consubstanciado na celebração do contrato visado com um interessado angariado por uma mediadora concorrente (ou na celebração do contrato visado com pessoa diretamente encontrada pelo cliente, no caso de exclusividade absoluta).

[19] Embora, excecionalmente, as duas questões – celebração do contrato visado com interessado angariado por outra mediadora, pressupondo o incumprimento da cláusula de exclusividade pelo cliente, e não celebração do contrato com o interessado angariado pela mediadora exclusiva por causa imputável ao cliente – possam coexistir num mesmo litígio. Assim sucedeu no Acórdão do TRP de 02/06/2011, proc. 141/09.9TBMAI.P1, CJ 2011, III, 196, no qual a mediadora exclusiva apresentou um interessado na compra e o cliente vendeu a um terceiro angariado por outra mediadora.

Com esta atuação, o cliente torna impossível a verificação da condição de que depende a remuneração da mediadora (torna impossível a celebração do contrato visado com eventual interessado a apresentar pela mediadora), pelo que, no fundo, torna impossível o bom sucesso da prestação da mediadora, pois ninguém se pode interessar verdadeiramente em comprar um imóvel que já não estará à venda.

Neste quadro, o cliente deve pagar à mediadora exclusiva a remuneração acordada[20]. É a solução que resulta da aplicação das regras gerais sobre o incumprimento das obrigações. Nos contratos bilaterais, se a prestação se tornar impossível por causa imputável ao credor, não fica este desobrigado da contraprestação (art. 795, n.º 2, do CC). É também esta a solução conferida para o caso análogo do contrato de agência exclusivo: o agente tem direito à comissão por atos concluídos durante a vigência do contrato (mesmo que não os tenha promovido nem tenham sido celebrados por clientes por si angariados), se gozar de um direito de exclusividade para uma zona geográfica ou para um círculo de clientes e se os mesmos atos tiverem sido concluídos com um cliente pertencente a essa zona ou círculo de clientes (cfr. art. 16, n.º 2, conjugado com o n.º 1, do Regime do Contrato de Agência – DL 178/86, de 3 de julho, alterado pelo DL 118/93, de 13 de abril).

Nos casos referidos nesta secção – em que o cliente, incumprindo a cláusula de exclusividade, celebra contrato com interessado angariado por mediadora terceira (ou, sendo a exclusividade absoluta, angariado por si) –, a cláusula de exclusividade permite que se prescinda do estabelecimento do nexo causal entre a atividade mediadora e o contrato celebrado.

4. Aspetos a considerar na celebração de um contrato de mediação imobiliária

4.1. A forma escrita

O n.º 1 do artigo 16 do RJAMI, repetindo norma existente nos precedentes regimes (2004/2011, 1999 e 1992), impõe que o contrato de

[20] Neste sentido, o Acórdão do STJ de 07/03/1967 e a anotação que VAZ SERRA escreveu sobre o mesmo (ambos em RLJ 100, pp. 340-8).

mediação imobiliária seja reduzido a escrito. Trata-se de um requisito de validade, forma exigida para que o contrato seja válido, vulgo, forma *ad substantiam*.

Em linha com o disposto no art. 220 do CC, o art. 16, n.º 5, do RJAMI diz que a inobservância da forma escrita determina a nulidade do contrato. Mas enquanto o regime geral da nulidade, previsto nos arts. 285 e ss. do CC, prescreve que se trata de invalidade invocável a todo o tempo, por qualquer interessado, podendo mesmo ser declarada oficiosamente pelo tribunal, o RJAMI atribuiu à proscrição da forma escrita uma consequência específica: *nulidade* (assim lhe chamou) *não invocável pela empresa de mediação*. Esta estatuição não constitui novidade, estando prevista em idênticos termos desde o regime de 1992.

Veremos adiante, no ponto n.º 5, como é que os tribunais têm densificado esta nulidade atípica.

4.2. Menções obrigatórias do contrato

O n.º 2 do art. 16, nas suas várias alíneas, elenca os elementos que obrigatoriamente devem constar do contrato, da seguinte forma:

a) A *identificação das características do bem imóvel* que constitui objeto material do contrato, com especificação de todos os ónus e encargos que sobre ele recaiam;

b) A *identificação do negócio visado* pelo exercício de mediação;

c) As *condições de remuneração* da empresa, em termos fixos ou percentuais, bem como a forma de pagamento, com indicação da taxa de IVA aplicável;

d) A identificação do *seguro de responsabilidade civil* ou da garantia financeira ou instrumento equivalente previsto no artigo 7.º, com indicação da apólice e entidade seguradora ou, quando aplicável, do capital garantido;

e) A identificação do *angariador imobiliário* que, eventualmente, tenha colaborado na preparação do contrato;

f) A identificação discriminada de eventuais *serviços acessórios* a prestar pela empresa;

g) A referência ao *regime de exclusividade*, quando acordado, com especificação dos efeitos que do mesmo decorrem, quer para a empresa quer para o cliente.

As três primeiras alíneas respeitam a elementos presentes em qualquer contrato de mediação – o objeto mediato do negócio visado, o negócio visado pelo contrato de mediação e a remuneração –, e impõem a identificação circunstanciada desses elementos.

A alínea subsequente obriga à identificação do seguro de responsabilidade civil, elemento externo à estrutura contratual.

As três últimas alíneas respeitam a circunstâncias eventuais mas que, a verificarem-se, têm obrigatoriamente de ser mencionadas no texto do contrato: caso tenha havido colaboração de angariador, ele tem de estar identificado; caso sejam contratados serviços acessórios, eles têm de ser discriminados; caso seja acordado o regime de exclusividade, ele tem de ser referido com especificação dos seus efeitos para cada uma das partes.

4.3. A consagração do regime de exclusividade e os seus efeitos

A al. g) do n.º 2 do art. 16 do RJAMI determina que, quando acordado o regime de exclusividade, a referência a tal acordo tem de constar obrigatoriamente do contrato, com especificação dos efeitos que do mesmo decorrem, quer para a empresa, quer para o cliente.

Esta norma foca dois aspetos diferentes do contrato de mediação em regime de exclusividade: por um lado, a sua formação, necessariamente sujeita à forma escrita; por outro, os seus efeitos concretos, cuja especificação se deixa na disponibilidade das partes, mas que têm de constar obrigatoriamente do texto contratual.

No anterior regime, estes dois aspetos constavam de disposições separadas (art. 19, n.ºs 4 e 5, do DL 211/2004) e explicitava-se o efeito do regime de exclusividade, determinando-se que, com a sua instituição, só a

mediadora tinha o direito de promover o negócio objeto do contrato de mediação durante o respetivo período de vigência (art. 19, n.º 4, do DL 211/2004). A interpretação desta norma suscitou dúvidas sobre a extensão ou abrangência da cláusula: permitia afastar apenas a concorrência de outras mediadoras ou inibia também o cliente de celebrar o contrato visado com interessado por si diretamente encontrado?

O RJAMI absteve-se de estabelecer os efeitos da cláusula de exclusividade e proibiu o julgador de integrar a falta absoluta de estipulação das partes, fazendo recair sobre estas o ónus de explicitarem os efeitos que pretendem para a cláusula, sob pena de nulidade do contrato. De lembrar que tal nulidade, de resto não invocável pela empresa de mediação, não impede a conversão do contrato num contrato de mediação simples, ao abrigo do disposto no art. 293 do CC.

Todavia, apesar de as partes terem de estipular os concretos efeitos da cláusula de exclusividade, sempre o seu texto terá de ser interpretado, e, caso seja de teor semelhante ao da revogada norma, manterá atualidade a discussão sobre a sua abrangência – afastar apenas a concorrência ou também a atividade do próprio cliente? Se lermos as *minutas de contrato de mediação imobiliária* já acima referidas, verificamos que a densificação dos efeitos do contrato celebrado em regime de exclusividade é feita através da mesma fórmula antes usada pelo art. 19, n.º 4, do DL 211/2004, de 20 de agosto: «quando o contrato é celebrado em regime de exclusividade só a Mediadora contratada tem o direito de promover o negócio objeto do contrato de mediação durante o respetivo período de vigência».

A jurisprudência dos nossos tribunais superiores, confrontada várias vezes com a necessidade de interpretar esta fórmula, e na falta de mais específica estipulação das partes, tem oscilado entre as seguintes soluções:

- A cláusula de exclusividade impede a contratação de outras mediadoras e também a promoção direta do cliente, mas não impede o cliente de aceitar propostas que espontaneamente lhe sejam feitas por terceiros[21];

[21] Neste sentido, os Acórdãos do TRG de 20/04/2010, proc. 7180/08.5TBBRG.G1, e do TRC de 18/02/2014, proc. 704/12.5T2OBR.C1.

- A cláusula de exclusividade impede a contratação de outras mediadoras, mas não impede o próprio cliente de procurar interessados no negócio pretendido[22].

Ainda não vi decisões nacionais no sentido de o cliente ter sempre de remunerar a mediadora exclusiva, mesmo que celebre o contrato com alguém que o procurou de forma independente e espontânea.

Em meu entender, e sem prejuízo de as partes poderem manifestar claramente o seu acordo noutro sentido, a melhor interpretação de uma cláusula de teor idêntico ao do art. 19, n.º 4, do revogado DL 211/2004 (só a empresa de mediação tem o direito de promover o negócio objeto do contrato de mediação) restringe a operacionalidade da cláusula ao afastamento da concorrência, não podendo ver-se como tal a iniciativa do próprio cliente. Por um lado, o campo de regulação do RJAMI é o da *atividade empresarial* de mediação imobiliária, devendo a cláusula em causa ser lida a esta luz. Por outro lado, a interpretação mais lata contende com as normas dimanadas do princípio da autonomia privada, na sua modalidade de *liberdade contratual*, que tanto peso têm no âmbito do direito privado, pelo que carece de uma indicação clara das partes nesse sentido.

De dizer que a posição defendida não prescinde do cumprimento pelo cliente do seu dever de informar previamente a mediadora exclusiva da sua intenção de celebrar contrato com pessoa por si diretamente encontrada.

4.4. O prazo do contrato

O n.º 3 do art. 16 do RJAMI determina que, quando o contrato for omisso quanto ao respetivo *prazo de duração*, considera-se celebrado por um período de *seis meses*. Impõe-se, portanto, a celebração do *contrato por tempo determinado*, mas o período de vigência é deixado na disponibilidade das partes, sendo supletiva a regra que o fixa em seis meses.

[22] Neste sentido, os Acórdãos do TRG de 04/06/2013, proc. 1264/12.2TBBCL.G1, do TRP de 01/07/2014, proc. 19005/12.2YIPRT.P1, e do TRG de 22/10/2015, CJ 2015, IV, 296.

Já assim era desde o regime anterior, instituído em 2004. Anteriormente, a estipulação de prazo era obrigatória, sob pena de nulidade (art. 20, n.º 2, al. g), do DL 77/99), ou sem cominação expressa (art. 10.º, n.º 2, al. a), do DL 285/92).

Os efeitos do prazo no regime da cessação do contrato serão apreciados no ponto n.º 6.

4.5. O recurso a cláusulas contratuais gerais

O n.º 4 do art. 16 do RJAMI dispõe que os modelos de contratos com cláusulas contratuais gerais só podem ser utilizados pela empresa após *validação* dos respetivos projetos pela Direção-Geral do Consumidor.

Os regimes anteriores eram menos exigentes. Todos continham uma norma destinada aos contratos de mediação com uso de cláusulas contratuais gerais, mas limitavam-se a exigir que a empresa de mediação *enviasse cópia* dos projetos dos contratos com uso de tais cláusulas à Direção-Geral do Consumidor, ou a outros organismos de tutela dos interesses dos consumidores (v. art. 19, n.º 7, do DL 211/2004, art. 20, n.º 6, do DL 77/99 e art. 10.º, n.º 4, do DL 285/92). A prévia *validação* é uma novidade do RJAMI.

A validação abstrata, por parte da Direção-Geral do Consumidor, das cláusulas contratuais gerais que a empresa de mediação pretende integrar em contratos concretos não cerceia a apreciação judicial da validade das mesmas, seja através da ação inibitória, independente da inclusão em contratos singulares, seja após a sua inserção nesses contratos (ao abrigo do disposto na Lei das cláusulas contratuais gerais, DL 446/85, de 25 de outubro, e suas atualizações).

O incumprimento do n.º 4 do art. 16 gera a nulidade do contrato, não invocável pela empresa de mediação (n.º 5 do mesmo artigo). Idêntica era a regra nos regimes anteriores (art. 19, n.º 8, do DL 211/2004, art. 20, n.º 8, do DL 77/99, e art. 10.º, n.º 6, do DL 285/92).

A procura no Google por *minuta de contrato de mediação imobiliária* conduz-nos a modelos constituídos por cláusulas contratuais gerais, pré-

elaboradas, que se apresentam às potenciais contrapartes. A título exemplificativo, veja-se a minuta de contrato de mediação imobiliária a celebrar com quem procura alienar, trespassar ou dar de arrendamento (em regra, o dono do imóvel), disponível em http://apemip.info/info/Contrato_Modelo1.pdf, e a minuta de contrato de mediação imobiliária a celebrar com quem está interessado em adquirir, tomar de trespasse ou de arrendamento, disponível em http://apemip.info/info/Contrato_Modelo2.pdf.

Como em muitos outros contratos de adesão (lembro, por exemplo, os de seguros ou de fornecimento de serviços públicos essenciais), a celebração do contrato exige o preenchimento dos dados que permitirão individualizá-lo, nomeadamente os referentes à identificação cabal das partes, do imóvel que será objeto do contrato visado, do tipo de contrato visado e do valor da remuneração. Além destas cláusulas individualizadoras ou particulares, outras terão de ser preenchidas se se quiser introduzir regras especiais: o regime de exclusividade (que terá de estar expressamente previsto); um prazo diferente do legal supletivo (nada estipulando as partes, o contrato considera-se celebrado por seis meses); o eventual pagamento de despesas (pois se não estiver expressamente previsto, considera-se que não é devido, correndo as despesas por conta da mediadora); a convenção de foro especial.

A maioria dos contratos de mediação imobiliária que se celebram no dia-a-dia são, pois, contratos de adesão, pré-elaborados por entidades associativas ou pelas empresas de mediação, submetendo-se, por isso, à já referida Lei das cláusulas contratuais gerais.

5. O contrato de mediação imobiliária nulo

O n.º 5 do art. 16 do RJAMI diz-nos que o incumprimento do disposto nos n.ºs 1, 2 e 4 determina a nulidade do contrato, *não podendo esta ser invocada pela empresa de mediação*. Esta particularidade da invalidade vem do regime de 1992 e manteve-se nos subsequentes.

Ao longo de mais de duas décadas, os tribunais portugueses tiveram oportunidade de se pronunciar sobre o significado da designada *nulidade* do

contrato de mediação imobiliária, no seio de um quadro legislativo que, do ponto de vista material ou substantivo, se manteve inalterado. Tem-se reconhecido unanimemente que a nulidade prevista no RJAMI é *atípica* ou *sui generis*, ou seja, que não lhe corresponde o regime geral ditado pelo Código Civil para o negócio jurídico nulo.

O significado dessa atipicidade, em que medida o regime da nulidade do RJAMI se afasta do regime geral, suscita várias questões: quem pode invocar o vício; que consequências ele tem na contraprestação pecuniária quando o contrato desejado seja efetivamente celebrado na sequência da atividade da mediadora; quando é que a invocação da invalidade deve ser desconsiderada por ser abusiva.

Relativamente à primeira questão, concebem-se três respostas: a) apenas o cliente da empresa de mediação pode invocar a invalidade; b) qualquer interessado, com exceção da empresa de mediação, pode invocar a nulidade; c) além de poder ser invocada por qualquer interessado, com exceção da empresa de mediação, o vício pode ser declarado *ex officio* pelo tribunal.

O teor literal da norma e a sua conjugação com a regra do art. 286 do CC conduzem a que a nulidade possa ser invocada por qualquer interessado, com exceção da empresa de mediação, e a que deva também ser conhecida oficiosamente pelo tribunal[23].

[23] Neste sentido, LACERDA BARATA, «Contrato de mediação», p. 211, referindo-se à norma paralela do DL 77/99. No sentido de que o tribunal deve conhecer oficiosamente numa situação em que tal conhecimento é desfavorável à mediadora, e com argumentos que devem ser ponderados, o Parecer de RUI PINTO DUARTE, datado de 26/01/2014, no caso julgado pelo Acórdão do STJ de 07/05/2014, proc. 7185/09.9TBCSC.L1.S1. Entre as conclusões do referido Parecer: «i) A ter existido contrato, o mesmo seria nulo, por força do n.º 8 do art. 19 do Dec.-Lei 211/2004, de 20 de agosto; j) Como resulta do art. 285 do Código Civil, as disposições dos arts. 286 a 294 do mesmo diploma são aplicáveis à nulidade e à anulabilidade dos negócios jurídicos na medida em que não haja regime especial; k) O caso em apreço é de nulidade para efeitos de tais preceitos do Código Civil; l) Não só o n.º 8 do art. 19 do Dec.-Lei 211/2004, de 20 de agosto, é claro como, se tal preceito não existisse, a sanção da nulidade seria à mesma a aplicável, por força do art. 220 do Código Civil; m) Do Dec.-Lei 211/2004, de 20 de agosto resulta haver um – e *só um* – desvio ao regime geral da nulidade: o consistente em a nulidade não poder ser invocada pela empresa de mediação; n) Assim, todas as regras do regime comum da nulidade à exceção da possibilidade de invocação pela empresa de mediação são aplicáveis ao caso; o) Entre tais regras está a do conhecimento oficioso da nulidade pelo Tribunal, sendo de sublinhar que, apesar da fórmula do art. 286 ("pode ser declarado oficiosamente"), na medida em que o poder em causa é um poder-dever, o tribunal *deve* conhecer da nulidade oficiosamente; p) A tese de que a nulidade atípica (incluindo a do contrato de mediação

As decisões judiciais, porém, têm sido no sentido de apenas o cliente poder invocar a invalidade[24].

O que, em qualquer caso, não se deverá permitir é que o conhecimento oficioso do tribunal ou o conhecimento por invocação de terceiros conduzam ao aproveitamento do vício pela empresa de mediação, situação que a lei quis claramente afastar. Para a invocação pelo cliente, por seu turno, deverá bastar qualquer alegação que implique não ter sido celebrado contrato escrito, o que inclui a alegação de não ter sido celebrado qualquer contrato.

Relativamente à segunda questão, quando o direito não conduz à manutenção do contrato, declarada a sua nulidade, haverá que ter em consideração o disposto no art. 289, n.º 1, do CC: a nulidade tem efeito retroativo, devendo ser restituído tudo o que tiver sido prestado ou, se a restituição em espécie não for possível, o valor correspondente. Ora, tendo sido prestada com êxito a atividade de mediação, e tendo o cliente celebrado o contrato visado graças à atuação da mediadora, creio que o melhor critério para aferir o valor do que foi prestado é fazê-lo corresponder à remuneração acordada, pois foi esta que o cliente entendeu que a atividade bem sucedida da mediadora para si valia[25].

---

imobiliária resultante da falta da sua redução a escrito) não seria declarável oficiosamente pelo tribunal surgiu para evitar que a parte mais forte, presumível causadora da nulidade (no caso, a empresa de mediação), beneficiasse com essa declaração, razão essa que no caso não se verifica; q) Se o tribunal recusasse ter o poder-dever de declaração oficiosa da nulidade, o protegido seria a empresa de mediação e o prejudicado seria a parte em cujo favor a nulidade é estabelecida». O Acórdão não chegou a analisar as questões dos sujeitos com legitimidade para invocar a nulidade e do seu possível conhecimento oficioso, uma vez que tais questões ficaram prejudicadas com a consideração prévia da inexistência do contrato de mediação (ao encontro do citado Parecer).

[24] Assim, os Acórdãos do TRC de 10/07/2007, proc. 3631/05.9TBAVR.C1; de 16/10/2007, proc. 408/05.5TBCTB.C1, CJ 2007, IV, 33; e de 18/03/2014, proc. 292391/11.7YPRT.C1; do TRL de 27/02/2007, proc. 10818/2006-7; e do STJ de 03/04/2008, proc. 07B4498.

[25] Neste sentido, v. Acórdão do STJ de 20/04/2004, proc. 04A800; e, Acórdão do TRE de 03/12/2008, CJ 2008, V, 254. No sentido de que a compensação nos termos do art. 289, n.º 1, do CC, deve corresponder ao valor dos serviços que em concreto a mediadora tiver prestado, Acórdão do TRC de 06/03/2012, proc. 2372/10.0TJCBR.C1; Acórdão do TRL de 07/10/2003, proc. 2165/2003-7; MIGUEL CÔRTE-REAL e MARIA MENDES DA CUNHA, *A actividade de mediação imobiliária: anotações e comentários ao DL n.º 77/99, de 16.03 e à legislação complementar*, Porto, Vida Económica, 2000, p. 84.

Por vezes, e focando agora a terceira das questões enunciadas, a invocação da nulidade do contrato de mediação celebrado sem observância da forma escrita é recusada por se considerar abusiva, contrária à boa fé que deve orientar as relações contratuais em todas as suas fases[26]. Tal recusa vai ao encontro do que se pode considerar uma orientação jurisprudencial mais geral que, perante certo circunstancialismo, e com fundamento nas normas que exigem a boa fé na formação dos contratos e nas que proíbem o abuso de direito, afirma a validade de contratos celebrados com desrespeito da forma solene prescrita por lei[27].

6. A cessação do contrato de mediação imobiliária

O contrato de mediação imobiliária pode cessar por várias formas que não oferecem especificidades relativamente a outros contratos, como a *revogação em sentido próprio* – acordo das partes no sentido de colocarem fim à relação contratual –, a *caducidade* – quando o prazo do contrato atinge o seu termo e não está sujeito a renovação automática –, a *oposição à renovação* – declaração unilateral para produzir efeitos no fim do prazo, também dita denúncia para o termo do prazo –, ou a *resolução* – declaração unilateral condicionada à verificação de uma causa, prevista na lei ou no contrato, em geral, o incumprimento da parte contrária.

Dúvidas surgem a respeito da cessação por declaração unilateral, imotivada e para produzir efeitos imediatos ou em momento anterior ao termo do prazo contratual, pelo que é sobre esta forma de cessação que me detenho.

A cessação por vontade exclusiva de uma das partes e discricionária, sem necessidade de invocação de fundamento, *ad nutum* ou *ad libitum*, a chamada *denúncia* em sentido próprio, é genericamente aceite em contratos de

[26] Assim o decidiram os Acórdãos do TRL de 09/03/2004, proc. 7282/2003-1, e do TRP de 20/03/2007, proc. 0720378.

[27] Diretamente sobre o tema, com resenha de posições da jurisprudência e da doutrina, PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, «Superação judicial da invalidade formal no negócio jurídico de direito privado», *in Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, II, Coimbra, Almedina, 2002, p. 313-38.

execução duradoura e por tempo indeterminado, o que não é o caso do contrato de mediação imobiliária.

A existência de um prazo contratual – e o contrato de mediação está sempre sujeito a prazo, funcionando um supletivo de seis meses, quando as partes nada digam – significa que não pode ser posto termo ao contrato antecipadamente por declaração discricionária de uma das partes. Trata-se de decorrência lógica da basilar regra *pacta sunt servanda*, de resto, positivada no art. 406 do CC.

No entanto, encontramos ocasionalmente a defesa da chamada *revogabilidade* (aqui entendida como possibilidade de cessação por declaração unilateral e discricionária, à semelhança do seu emprego, por exemplo, no regime do mandato) do contrato de mediação, para se legitimar a desistência do cliente de celebrar o contrato visado. Sucede que livre revogabilidade do contrato de mediação e livre desistência de celebração do contrato visado são coisas distintas e a segunda não implica a primeira. Isto torna-se claro se nos lembrarmos de que a celebração do contrato visado não faz parte da prestação contratual da mediadora, sendo apenas uma circunstância de eventualidade de que depende o seu direito à remuneração. O cliente da mediadora num contrato de mediação imobiliária é sempre livre de desistir da celebração do contrato visado (sem prejuízo de, em alguns casos de contrato de mediação em regime de exclusividade, poder ter de pagar a remuneração, como vimos em 3.5.1.), mas não é livre de pôr fim ao contrato antes do seu aprazado termo, por declaração unilateral e imotivada.

Diferente seria se estivéssemos perante contrato de mediação celebrado *por tempo indeterminado*, como sucedia na prática anterior à regulação que obriga a que os contratos desta espécie sejam celebrados com termo. Em tal caso vigoraria a norma da não vinculação perpétua que permite a denúncia de contratos duradouros celebrados por tempo indeterminado. Foi perante contratos de mediação *simples e por tempo indeterminado* que Vaz Serra defendeu a sua livre revogabilidade numa passagem da anotação ao Acórdão do STJ de 07/03/1967[28]. Ainda assim, ressalvando estipulação em contrário; a celebração de um contrato por dado período de tempo é clara estipulação em

[28] RLJ 100, cit., pp. 345-6.

contrário da possibilidade de lhe pôr fim por declaração unilateral discricionária. Tratando-se de contrato de mediação com cláusula de *exclusividade*, como era o do acórdão anotado, já o Autor o considerou irrevogável, acompanhando a decisão do mesmo acórdão[29].

Ora bem, se, como afirmámos, o cliente pode *desistir de celebrar o contrato visado*, em que se traduz, então, a afirmação de que *não pode ser posto termo ao contrato de mediação antecipadamente* por declaração discricionária de uma das partes?

No contrato de mediação simples, significa que, se o cliente vier a celebrar o contrato visado[30] graças à *atividade desenvolvida pela empresa de mediação durante o prazo contratual* (nomeadamente por o celebrar com interessado que a mediadora lhe apresentou durante o prazo do contrato), ainda que a celebração do contrato visado ocorra fora do período do contrato de mediação, o cliente tem de pagar a remuneração. Ou seja, o cliente é livre de desistir de celebrar o contrato visado, pode não o celebrar, sem que dai resulte qualquer efeito nefasto; mas se o celebrar (ainda que decorrido o período de vigência do contrato de mediação), graças à atividade da mediadora desenvolvida no decurso daquele período, tem de remunerar.

No contrato de mediação com cláusula de exclusividade, a impossibilidade de cessação unilateral e discricionária significa que o cliente tem de pagar a remuneração nos seguintes casos:

a) Tal como no contrato de mediação simples, se o cliente vier a celebrar o contrato visado[31] graças à atividade desenvolvida pela empresa de mediação durante o prazo contratual (nomeadamente por o celebrar com interessado que a mediadora lhe apresentou durante o prazo do contrato), ainda que a celebração do contrato visado ocorra fora do período do contrato;

b) Se o cliente, incumprindo o contrato de mediação com cláusula de exclusividade, celebrar contrato de mediação com outra mediadora e vier a

[29] RLJ 100, cit., pp. 347-8.

[30] Ou o contrato-promessa do visado se, no contrato de mediação, tiver sido prevista uma remuneração nesta fase (art. 19, n.º 1, segunda parte).

[31] Ou o contrato-promessa do visado se, no contrato de mediação, tiver sido prevista uma remuneração nesta fase (art. 19, n.º 1, segunda parte).

celebrar o contrato visado com terceiro apresentado por esta outra mediadora durante a vigência do contrato incumprido – retribuirá a mediadora exclusiva nos termos do disposto no art. 795, n.º 2, do CC[32];

c) Sendo o cliente da empresa de mediação o proprietário ou o arrendatário trespassante do imóvel objeto do contrato visado, se, durante o prazo de vigência do contrato de mediação, a empresa mediadora apresentar ao cliente pessoa interessada, disposta e pronta a celebrar o contrato visado, e o cliente não o celebrar por causa que lhe seja imputável – há direito à remuneração nos termos do art. 19, n.º 2[33].

Insisto em que livre revogabilidade do contrato de mediação e livre desistência de celebração do contrato visado são coisas distintas[34]. Lembro que a celebração do contrato visado está fora da prestação contratual da mediadora, sendo apenas uma circunstância de eventualidade de que depende o seu direito à remuneração. Não há aqui, portanto, analogia entre contrato de mediação e contrato de mandato. Neste último, o mandatário celebra o contrato por conta (eventualmente, também em nome) do mandante, fazendo essa celebração parte da sua prestação contratual.

---

[32] Neste caso, terá de remunerar as duas mediadoras: a mediadora exclusiva por via do incumprimento do contrato de exclusividade (art. 795, n.º 2, do CC); e a mediadora graças à qual encontrou interessado (com a qual pode ter celebrado contrato com cláusula de exclusividade ou não, é indiferente), em cumprimento do contrato de mediação com ela celebrado.

[33] De todo o modo, se no decurso da vigência de um contrato destes (com cláusula de exclusividade, celebrado com o proprietário ou arrendatário trespassante), o cliente transmite à mediadora a sua intenção de não celebrar o contrato visado, poderá ser abusiva a apresentação ulterior de interessado, obtido a partir de diligências efetuadas após a comunicação de desinteresse do cliente (poderá, então, justificar-se entrar em linha de conta com o determinado pelo art. 334 do CC).

[34] Os Acórdãos do TRP de 17/03/2014, proc. 137/11.0TBPVZ.P1, e do TRC de 03/11/2015, proc. 115257/14.5YIPRT.C1, para fundamentarem que o cliente pode desistir de celebrar o contrato visado, afirmam a livre revogabilidade do contrato de mediação. Em ambos, as mesmas boas decisões podiam ter sido obtidas com outros fundamentos. No primeiro caso, tratava-se de contrato de mediação simples, sem exclusividade, e o cliente desistiu de celebrar o contrato visado, tendo-o comunicado à mediadora. É uma faculdade de que dispõe e que, por si só, não gera responsabilidade contratual do cliente perante a mediadora. No segundo caso, tratava-se de contrato de mediação em regime de exclusividade, celebrado com pessoa mentalmente diminuída, tendo a mediadora infringido vários deveres de correção na formação e execução do contrato, para com o cliente e sua representante, justificando-se a resolução do contrato, assim podendo ter sido entendida a comunicação que a representante do cliente fez à mediadora em 09/05/2013.

Porque o ato jurídico encomendado é praticado *pelo mandatário*, faz sentido que o mandato, mesmo quando conferido por certo tempo, seja livremente revogável (ainda que dê azo ao dever de indemnizar prejuízos – arts. 1172, al. c), do CC e 245 do CCom). O mandante é que sabe se o ato continua a interessar-lhe e não pode ficar nesse aspeto dependente da vontade do mandatário. O cliente da mediadora não corre esse risco: o ato desejado é sempre *por si* livremente praticado. Apesar de não poder revogar o contrato de mediação (o que tem as consequências que já referi), com essa não revogação o cliente não fica sujeito à prática do contrato inicialmente visado e já não desejado. Assim, não se verificam, no contrato de mediação, as razões que levam a que o contrato de mandato seja sempre revogável.

Higina Orvalho Castelo
Juíza Desembargadora
Doutora em Direito

Data Venia
Ano 4 ● N.º 06 [pp. 119-204]

Cláusulas Contratuais Gerais e Negócio Jurídico Bancário

Margarida de Menezes Leitão
Juíza de Direito

SUMÁRIO:

O recurso às cláusulas contratuais, gerais por parte de empresas assume hoje um relevo inegável.

O presente trabalho incide sobre a análise do Decreto Lei nº 446/85 de 25 de Outubro, que introduziu em Portugal a regulamentação das cláusulas contratuais gerais, o modo de conhecimento, extensão, conteúdo e autoria das cláusulas contratuais gerais, como limitação ao princípio da autonomia da vontade que é o princípio basilar do direito privado português. Após uma breve evolução histórica, faz-se uma análise crítica do regime, na sua vertente de aplicação ao negócio jurídico bancário, e termina-se pela análise das formas de fiscalização e controle das violações ao referido diploma legal.

Cláusulas contratuais gerais e Negócio Jurídico Bancário (*)

Margarida de Menezes Leitão
Juíza de Direito

Resumo: O recurso às cláusulas contratuais, gerais por parte de empresas assume hoje um relevo inegável. O presente trabalho incide sobre a análise do Decreto Lei nº 446/85 de 25 de Outubro, que introduziu em Portugal a regulamentação das cláusulas contratuais gerais, o modo de conhecimento, extensão, conteúdo e autoria das cláusulas contratuais gerais, como limitação ao princípio da autonomia da vontade que é o princípio basilar do direito privado português. Após uma breve evolução histórica, faz-se uma análise crítica do regime, na sua vertente de aplicação ao negócio jurídico bancário, e termina-se pela análise das formas de fiscalização e controle das violações ao referido diploma legal.

Palavras-chave: Cláusulas contratuais gerais, contratos de adesão, princípio da autonomia da vontade, negócio jurídico bancário, acção inibitória.

Abstract: The use of contract, general clauses by companies today takes on an undeniable relief. This paper focuses on the analysis of portuguese Decree Law No. 446/85 of 25 October, which introduced in Portugal the regulation of standart contractual clauses, the way of knowledge, extension, content and authorship of the general contract terms, as a limitation to the principle of freedom of choice that is the basic principle of the Portuguese private law. After a brief historical evolution, we make a critical analysis of the regime in its application to the banking aspect legal transaction, and we end up by analyzing the methods of supervision and control of violations of the said law.

Keywords: Standart contractual clauses, standard contracts, the principle of freedom of choice, legal banking business, injunctions.

(*) Trabalho realizado no âmbito do Doutoramento em Direito – Especialidade de Ciências Jurídicas, da Universidade Autónoma de Lisboa. Relatório Relatório elaborado no âmbito da Unidade Curricular "A Autonomia da Vontade e a Negociabilidade Jurídica" (Docente Orientador: Professor Doutor Saraiva Matias).

> "O termo "contratos de adesão" é controverso. Saleilles propô-lo, "faute de mieux", para designar algo que só aparentemente seria um contrato. Explicando as suas reservas sobre a coordenação do caso ao conceito de contrato, Saleilles dizia duas coisas: O conceito de contrato pressupõe a liberdade e a igualdade (alguma igualdade) – que cada uma das partes seja livre e que as duas partes sejam iguais –; o conceito de "contrato de adesão" pressupõe a desigualdade (alguma desigualdade): – que uma das partes seja livre e que a outra não o seja; que as duas partes sejam desiguais. A vontade do autor das cláusulas do "contrato de adesão" seria a vontade principal ou subordinante; seria a vontade soberana; a vontade do destinatário das cláusulas dos "contrato de adesão" seria, tão-só, uma vontade subordinada; seria, tão-só, uma vontade súbdita: "il y a la prédominance exclusive d'une seule volonté, agissant comme volonté unilatérale, qui dicte sa loi, non plus à un individu, mais à une collectivité indeterminée". O termo "contratos de adesão" designaria "de prétendus contrats, qui n'ont du contrat que le nom, et dont la construction juridique reste à faire" (...)".
>
> - Nuno Manuel Pinto Oliveira ("Contratos de Adesão nas relações entre empresas" – Comentário ao Acórdão da Relação de Guimarães de 19.02.2005)

1. O princípio da autonomia da vontade e necessidade da sua limitação.

A autonomia da vontade pode ser considerada como um dos componentes essenciais da protecção da liberdade tutelada constitucionalmente aos indivíduos. Incide no âmbito das escolhas individuais, na esfera atribuída pelo Direito para auto-regulação das relações privadas. É, portanto um dos princípios basilares do direito privado, segundo alguns autores é mesmo "a pedra angular do sistema civilístico" [1].

"A autonomia privada constitui-se, portanto, no âmbito do Direito Privado, em uma esfera de atuação jurídica do sujeito, mais apropriadamente um espaço de actuação que lhe é concedido pelo Direito imperativo, o

[1] FACHIN, Luiz Edson. *O 'aggiornament' do direito civil brasileiro e a confiança negocial*, In: FACHIN, Luiz Edson. (coord.) *"Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo"*. Rio de Janeiro, Renovar, 1998, p. 119.

ordenamento estatal, que permite, assim, aos particulares, a auto-regulamentação de sua atividade jurídica. Os particulares tornam-se desse modo, e nessas condições, legisladores sobre sua matéria jurídica, criando normas jurídicas vinculadas, de eficácia reconhecida pelo Estado" [2].

De forma geral, o direito fundamental à autonomia privada tem como base a compreensão do ser humano com agente moral, dotado de razão, capaz de decidir o que é bom e o que é prejudicial para si, e que deve ter liberdade para se guiar de acordo com suas escolhas, desde que elas não perturbem os direitos de terceiros.

Nesse sentido, não cabe ao Estado, à colectividade ou a qualquer outra entidade estabelecer os fins que cada indivíduo deve prosseguir, os valores por que se deve pautar, as atitudes que deve tomar. Cabe a cada ser humano definir os rumos da sua vida, em conformidade com as suas opções subjectivas. Esta é a ideia da autonomia privada, constituindo-se, assim, como um dos elementos fundamentais do direito mais amplo de liberdade do indivíduo.

A ideia de autonomia privada, "está indissociavelmente relacionada à protecção da dignidade da pessoa humana", considerando que negar ao ser humano a capacidade de decidir autonomamente de que forma prefere viver, quais projectos deseja seguir, quais as formas de conduzir a sua vida privada, é, de certa forma, "frustrar sua possibilidade de realização existencial" [3].

Uma tentativa de localização histórico-cultural da autonomia leva-nos ao ordenamento liberal nascente, nos séculos XI e XII, nas cidades italianas. A autonomia representava, aí, a possibilidade de auto-determinação normativa, isto é, a susceptibilidade de elaboração, pelo próprio burgo, das normas que seriam, depois, aplicadas no interior da cidade. É evidente que o isolamento do conceito de autonomia surge como cobertura cultural da então

[2] AMARAL NETO, Francisco dos Santos, "*A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional*", Revista de Direito Civil. São Paulo, ano 12, n.46, p. 07-26, out.-dez. 1998, p.10.

[3] SARMENTO, Daniel, "*Direitos Fundamentais e relações privadas*", 2ª ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006, p. 155.

concretizada oposição entre os burgueses, e as pressões heterónomas oriundas de entidades alheias à cidade.

Quando a evolução histórica exigiu não já uma oposição ao ordenamento feudal, mas antes ao Estado e, em certo sentido, uma oposição igualitária dos cidadãos entre si, a autonomia lata das cidades medievais tornou-se na autonomia privada do individualismo liberal do século XIX.

Mas, e apesar do seu não reconhecimento expresso pelos tratadistas, a autonomia privada sempre terá existido, com variadas incidências históricas. No Direito Romano primitivo, os particulares gozavam da possibilidade de ordenar os seus próprios interesses, desde que obedecessem a determinados parâmetros previamente estabelecidos. Na prática, o ordenamento romano inicial apresentava às pessoas um quadro fechado de figuras, mediante as quais, e através de um estrito formalismo, era possível a auto-determinação dos interesses.

Posteriormente, o desenvolvimento económico da primitiva sociedade romana, aliado à inclusão no seio da comunidade de elementos, que por serem originariamente estranhos à *civitas*, não estavam em condições de poder aderir às regras herméticas do *ius civile*, conduziu a uma ampliação crescente do âmbito da autonomia privada. A doutrina especializada não está, contudo, de acordo quanto à exacta determinação desse âmbito. No entanto, é dado como certo o aparecimento de formas inominadas de exteriorização da autonomia privada, as quais teriam coexistido com figuras anteriores, no período de Justiniano (483-565).

No sistema jurídico feudal, a autonomia privada tinha um papel de primordial importância. Em princípio, era com base nas suas manifestações que se estruturavam os vínculos pessoais entre os sujeitos jurídicos, em termos de pirâmide feudal. A autonomia não era contudo considerada como um valor em si, excepto no círculo das cidades nascentes.

O panorama alterar-se-ia radicalmente com o racionalismo humanista de setecentos. No termino desta evolução, a autonomia privada seria tomada como fundamento da sociedade civil e política, traduzindo-se na conhecida doutrina do contrato social.

Como refere Oliveira Ascensão [4], a problemática que nos propomos versar só se apreende devidamente se tivermos presente a viragem radical que no plano da fundamentação da validade dos negócios jurídicos foi realizada no séc. XVIII.

Anteriormente, a vinculatividade dos contratos estava dependente de um controlo da sua Justiça intrínseca. De tal maneira que na Idade Média Justiça e Direito quase se confundiam.

Mas o voluntarismo germina e desenvolve-se, acabando por ser acolhido como a causa geral da vinculatividade do Direito. No plano dos contratos trouxe a fundamentação destes na autonomia da vontade. O contrato vale porque foi querido – *pacta sunt servanda*.

O individualismo e o liberalismo, a seguir triunfantes, levaram ao extremo esta orientação. O conteúdo dos contratos torna-se irrelevante: a obrigatoriedade destes assenta no consentimento, pois se a parte consentiu não se pode desvincular.

O relativismo, o positivismo e o formalismo, que se desenvolvem do séc. XIX e persistem até hoje, dão um bom caldo de cultura para esta visão. Só um vício do consentimento pode pôr em causa a validade do contrato. A Justiça é incognoscível: não é operacional como determinante da validade dos contratos.

Mas logo a partir do séc. XIX este paradigma começa a ser posto em causa, pelos resultados a que conduz.

Para o nosso tema, interessa-nos particularmente o que respeita ao que se chamou o contrato de adesão. A sociedade industrial trouxe as grandes concentrações urbanas e profundas desigualdades. Nasce a sociedade de massas. E nesta, é impossível manter a negociação individualizada dos contratos. Grande número de contratos passa a ser predisposto pela parte

[4] ASCENSÃO, José de Oliveira. *"Cláusulas contratuais gerais, cláusulas abusivas e o Novo Código Civil"*, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná* 39 (2003): 5-22.

económico-socialmente mais forte, de modo que aos destinatários só resta aderir ou abster-se. O diálogo particular desaparece.

Mas poderá ainda falar-se, nessas circunstâncias, em contrato? A que fica reduzida a autonomia privada?

De facto, não há para o aderente liberdade de criação de tipos negociais, nem liberdade de estipulação. Nem sequer há na maior parte dos casos liberdade económica de celebração, porque o aderente não pode prescindir de bens ou serviços essenciais.

Mas há a liberdade jurídica de celebração. Desde que o aderente consentiu, fica vinculado. *Pacta sunt servanda*.

A discussão desloca-se então, no séc. XIX e em todo o séc. XX, para a análise do consentimento do aderente. Pergunta-se se esse consentimento tem falhas que inquinem o contrato. Quer dizer, de início procura-se combater as grandes anomalias destes contratos, em que o predisponente se reserva sempre todas as vantagens, através do recurso a princípios gerais do direito. Mas apenas se conseguem tímidos retoques, porque as ordens jurídicas não ofereciam meios de combate directo a essas situações. Não há praticamente cláusulas gerais para controlo do conteúdo dos contratos. Só restam por isso os pressupostos comuns dos negócios jurídicos: – a capacidade do aderente – o objecto do consentimento e o conhecimento das cláusulas que este pressupõe – o erro – a interpretação negocial (e a integração).

No que respeita à capacidade, suscitam-se problemas em hipóteses tão banais como a do menor que viaja no autocarro. Como pode celebrar um contrato?

O desconhecimento do conteúdo do contrato representou o ponto principal do debate. Como dizer que o aderente consente quando as cláusulas lhe são comunicadas após a celebração do contrato? Ou quando estão afixadas nas paredes da loja? Ou quando se inserem em letra quase ilegível no verso do formulário?

Por outro lado, realisticamente, revela-se a impossibilidade prática de o aderente conhecer todas as cláusulas, porque se não, não chega a contratar:

passa o tempo a ler clausulados. Todos nós, juristas ou não, celebramos afinal contratos sem tomar conhecimento das cláusulas predispostas.

Poderia pensar-se em invocar o erro. Mas, ainda que fosse possível, não seria remédio adequado. O aderente teria de pedir a anulação de cada contrato quando estivesse em erro. O que não é obviamente uma solução praticável. No domínio da interpretação, os melhores autores foram defendendo o princípio que a interpretação se deveria fazer contra o predisponente. Este tem a experiência que lhe permite formular as cláusulas que o defendam: se uma cláusula é ambígua, só a ele é imputável.

Como é sabido, o *Princípio da Autonomia da Vontade ou Princípio da Autonomia Privada*, também chamado *Princípio da Liberdade Contratual* por alguns é um dos princípios fundamentais do Direito Civil português (artº 405º C.C.). O seu fundamento constitucional mais explícito encontra-se no artº 61º da Constituição.

O vocábulo *autonomia* teve origem filosófica, transitou para a ciência e para a doutrina política, e só depois para a ciência jurídica. No Direito, significa fundamentalmente o "*poder dar-se os próprios preceitos*".

A Autonomia Privada, pode revestir dois sentidos distintos: em termos amplos, ela equivale ao espaço de liberdade reconhecido a cada um dentro da ordem jurídica, engloba tudo quanto as pessoas podem fazer, num prisma material, ou num prisma jurídico.

Em termos restritos, *a autonomia privada corresponde ao espaço de liberdade jurígena, ou seja, àquela área reservada dentro da qual as pessoas podem desenvolver as actividades jurídicas que entenderem*.

Sabemos que a norma jurídica se traduz num comando genérico, o qual associa, à verificação de determinado evento previsto, um certo efeito estatuído. Paralelamente, existem normas jurídicas que permitem que a vontade humana livremente concretizada, seja ela própria, o evento previsto. Consequentemente, *existe actuação jurígena em sentido próprio, sempre que um comportamento voluntário permitido, por integrar determinada previsão normativa, produza efeitos jurídicos*, ou seja, sempre que um comportamento voluntário seja facto jurídico lícito. *E, não existe actuação jurígena sempre que*:

— falte uma conduta humana livre, em sentido psicológico;

— a conduta humana em causa não seja permitida, quer por ser obrigatória, quer por ser proibida (acto ilícito);

— a conduta humana, sendo permitida, se limite a produzir efeitos materiais, por não integrar qualquer previsão normativa.

Podemos concluir que as condutas humanas livres se dividem em duas categorias: as condutas *permitidas*, que constituem o âmbito da autonomia privada em sentido amplo, e que se podem traduzir em condutas jurídicas ou em condutas materiais, consoante produzam ou não efeitos jurídicos; e as condutas *obrigatórias*, que se subdividem em condutas positivas ou negativas, consoante sejam impostas pela norma ou proibidas por esta.

O ponto que nos interessa abordar, nesta exposição, situa-se precisamente, no plano das condutas humanas livres *permitidas*, que visam a produção de efeitos jurídicos, ou seja, no plano da autonomia privada em termos restritos, esse espaço de liberdade jurígena que é concedido às pessoas pelo Direito, e que se define como uma permissão genérica de produção de efeitos jurídicos.

A expressão *autonomia da vontade* surge muitas vezes utilizada como sinónimo de autonomia privada. Ela encerra a ideia correcta de que, na esfera individual, a produção de efeitos jurídicos resulta principalmente de actos de vontade a isso dirigidos. Mas, pode induzir em erro ao fazer pensar que a causa imediata dos efeitos jurídicos se encontra na vontade real ou psicológica dos sujeitos.

Ambas as expressões — autonomia da vontade e autonomia privada —, designam a mesma realidade, mas observada de prismas opostos.

Como escreve Menezes Cordeiro, "*a autonomia privada parte da norma jurídica: é a permissão jurídico-privada de produção de efeitos jurídicos. A autonomia da vontade parte da vontade humana: é a potencialidade jurígena do comportamento humano livre*". A dicotomia é aceitável desde que se tenha presente que a liberdade do comportamento humano é um espaço demarcado

pelo Direito e que a "potencialidade jurígena" deriva da permissão do Direito objectivo [5].

A produção de efeitos jurídicos (constituição, modificação, ou extinção de relações jurídicas) resulta principalmente, no tocante à actuação humana juridicamente relevante, de actos de vontade — *maxime* declarações de vontade — dirigidos precisamente à produção dos referidos efeitos. Os actos jurídicos, cujos efeitos são produzidos por força da manifestação de uma intenção e em coincidência com o teor declarado dessa intenção, designam-se por negócios jurídicos.

O negócio jurídico é uma manifestação do Princípio da Autonomia da Vontade (ou Autonomia Privada), subjacente a todo o Direito Privado. A autonomia da vontade (ou autonomia privada), segundo Betti, consiste no poder reconhecido aos particulares de auto-regulamentação dos seus interesses, de auto-governo da sua esfera jurídica [6]. Significa tal princípio que os particulares podem, no domínio da sua convivência com outros sujeitos jurídico-privados, estabelecer a ordenação das respectivas relações jurídicas.

Esta ordenação das suas relações jurídicas, este auto-governo da sua esfera jurídica, manifesta-se, desde logo, na realização de negócios jurídicos, de actos pelos quais os particulares ditam a regulamentação das suas relações, constituindo-as, modificando-as, extinguindo-as e determinando o seu conteúdo.

Mas não é só através do negócio jurídico que a autonomia da vontade ou autonomia privada se revela e actua, embora seja o negócio jurídico o seu principal meio de actuação. É também a autonomia privada que se manifesta no poder de livre exercício dos seus direitos ou de livre gozo dos seus bens pelos particulares — ou seja, é a autonomia privada que se manifesta na "soberania do querer" — no império da vontade — que caracteriza essencialmente o direito subjectivo.

[5] CORDEIRO, António Menezes, "*Tratado de Direito Civil Português*", Parte Geral, Tomo I, Coimbra, Almedina, 2000, págs. 217-222.

[6] BETTI, Emilio, *Teoria Geral do Negócio Jurídico*, Tomo I, Trad. de Fernando de Miranda, Coimbra, Coimbra Editora, 1969.

Tanto é exercício da autonomia privada a conclusão de uma compra e venda em certas condições de preço e de entrega da coisa vendida, isto é, um negócio jurídico, como o consumo e a destruição de um bem de que se é proprietário, a exigência ou não de um crédito de que se é credor, o cultivo de um prédio rústico com esta ou aquela cultura ou a sua manutenção em pousio, isto é, o exercício de um direito subjectivo. A autonomia privada ou autonomia da vontade encontra, pois, os veículos da sua realização nos direitos subjectivos e na possibilidade de celebração de negócios jurídicos.

A autonomia privada é uma ideia fundamental do Direito Civil. É ela que corresponde à ordenação espontânea (não autoritária) dos interesses das pessoas, consideradas como iguais, na sua vida de convivência — ordenação autoformulada que é a zona reservada do direito privado.

Em medida maior ou menor está presente em todos os domínios em que o direito civil se propõe uma função de modelação da vida social; mais amplamente no plano das relações patrimoniais e da troca de bens e serviços, e com menor extensão no domínio das relações pessoais e familiares, domínios onde o carácter imperativo de grande parte das normas jurídicas proíbe a disposição ou limitação de certos direitos (v.g., direitos de personalidade) ou reduz a liberdade de contratação a uma mera liberdade de concluir ou não o acto jurídico, mas fixando-lhe, necessariamente, uma vez celebrado, os efeitos (v.g., casamento, adopção).

A autonomia privada está presente nos domínios em que o direito civil visa uma função de modelação e disciplina positiva da vida social. Estabelecemos esta delimitação — domínios em que o direito tem uma função modeladora da vida em relação — para excluirmos o domínio em que cabe ao direito civil uma função de protecção ou defesa dos direitos constituídos ao abrigo da sua função modeladora.

O negócio jurídico é um meio de actuação da autonomia privada. Uma importante classificação dos negócios jurídicos é a resultante do critério do número e modo de disposição das declarações de vontade que os integram. Segundo ela os negócios jurídicos agrupam-se em duas classes: os negócios jurídicos unilaterais e os negócios jurídicos bilaterais ou contratos.

O negócio unilateral perfaz-se com uma só declaração de vontade (v.g., testamento, acto de instituição de uma fundação, denúncia do arrendamento, declaração de escolha de uma obrigação alternativa, etc.); o negócio bilateral é constituído por duas ou mais declarações de vontade convergentes, tendentes à produção de um resultado jurídico unitário (v.g., compra e venda, doação, sociedade, locação, empreitada, etc.). Só há negócio jurídico bilateral ou contrato, quando uma parte formula e comunica uma declaração de vontade (proposta) e a outra manifesta a sua anuência (aceitação).

O *Princípio da Autonomia Privada* reveste, na área específica dos negócios bilaterais ou plurilaterais, a forma da liberdade contratual.

O *Princípio da Liberdade Contratual*, como a designação revela, refere-se aos contratos. A sua consagração legal tem lugar no artº 405º do Código Civil, integrado na secção relativa aos contratos como fontes das obrigações. A autonomia da vontade encontra, nesse domínio dos contratos obrigacionais, a sua mais ampla dimensão.

Quanto aos negócios jurídicos unilaterais, a autonomia da vontade não está excluída, mas sofre restrições muito acentuadas. Nos negócios unilaterais dirigidos à produção de efeitos em vida do sujeito, a autonomia da vontade está sujeita a muito maiores restrições do que nos contratos. Enquanto as partes podem celebrar contratos diferentes dos previstos no Código Civil ou incluir neles as cláusulas que lhes aprouver (cfr. 405º), os negócios unilaterais constitutivos de obrigações são apenas os que estiverem previstos na lei (princípio da tipicidade ou do "*numerus clausus*"). Nesses casos, porém, em que a lei atribui eficácia vinculativa a um negócio unilateral (v.g. a promessa pública do 459º), a parte respectiva tem o poder de fixar livremente o conteúdo da promessa e, nessa medida, reaparece a autonomia da vontade; Quanto aos negócios unilaterais modificativos ou extintivos de relações jurídicas vigora também o princípio da tipicidade. Toda a relação jurídica ligando dois ou mais sujeitos, não pode ser extinta ou modificada, por actuação unilateral de um deles, a não ser que a lei, fundada em valorações de justiça e conveniência, tenha consagrado essa possibilidade, e, nos termos em que a consagrou. O negócio unilateral produz sempre efeitos na esfera de terceiros, devendo assumir, pois, as modalidades que a lei julgou oportuno

admitir; de outro modo, estaria o direito objectivo a abdicar da sua função fundamental de tutela da convivência social pacífica, pois o acto unilateral resolver-se-ia num instrumento de arbitrária intromissão na esfera jurídica de terceiros. Seria a esta arbitrária intromissão que equivaleria, pois, o reconhecimento da liberdade do sujeito de criar novos esquemas de actos unilaterais ou de modificar os disciplinados pela lei.

Isso é, desde logo, bastante claro quanto à impossibilidade de modificar ou extinguir unilateralmente as relações emergentes de um contrato. O contrato é vinculativo para as partes. O significado de cada uma das declarações contratuais, livremente emitidas, como uma vinculação, e a confiança por elas despertada no outro contraente impõem, como regra fundamental de justiça e de oportunidade, o princípio segundo o qual os contratos devem ser cumpridos ponto por ponto ("*pacta sunt servanda*"). Daí que só por mútuo consentimento dos contratantes — e não por acto unilateral de uma das partes — se possam modificar ou extinguir as relações contratuais, salvo nos casos em que a lei, dados certos pressupostos, achou correcto afastar esse princípio (cfr. artº 406º CC).

O Princípio da Liberdade Contratual está formulado no artº 405º do C.C.. Aí se estatuí:

"1. *Dentro dos limites da lei, as partes têm a faculdade de fixar livremente o conteúdo dos contratos, celebrar contratos diferentes dos previstos neste código ou incluir nestes as cláusulas que lhes aprouver*.

2. *As partes podem ainda reunir no mesmo contrato regras de dois ou mais negócios, total ou parcialmente regulados na lei*."

A disposição legal consagra explicitamente apenas a liberdade de estipulação do conteúdo contratual (a "*Gestaltungsfreiheit*").

Da norma citada, emerge, contudo, o reconhecimento da liberdade de celebração dos contratos (a "*Abschlussfreiheit*").

A liberdade de celebração dos contratos consiste na faculdade de livremente realizar contratos ou recusar a sua celebração. Segundo tal princípio a ninguém podem ser impostos contratos contra a sua vontade ou aplicadas sanções por

força de uma recusa de contratar nem a ninguém pode ser imposta a abstenção de contratar. Se uma pessoa quiser, pode celebrar contratos; se não quiser, a sua recusa é legítima.

Tal princípio da liberdade de celebração pode considerar-se contido no artº 405º. Ter a liberdade de fixar livremente o conteúdo dos contratos implica ser-se livre de os celebrar ou não.

Excepcionalmente estabelece o nosso ordenamento jurídico algumas restrições à liberdade de celebração dos contratos. Essas restrições ou limitações podem consistir:

a) na consagração de um dever jurídico de contratar, pelo que a recusa de contratar de uma das partes não impede a formação do contrato ou sujeita o obrigado a sanções diversas (exº: seguro de responsabilidade civil automóvel: as seguradoras não podem recusar-se a contratar; também no que diz respeito a empresas concessionárias de serviços públicos);

b) na proibição de celebrar contratos com determinadas pessoas (v.g. artºs 877º e 953º do CC);

c) na sujeição do contrato a autorização de outrem (v.g. 1682º nºs 1 e 3, 1682º-A, e 1682º-B do CC), eventualmente de uma autoridade pública.

A liberdade de estipulação ou modelação do conteúdo negocial consiste na faculdade concedida aos contratantes de fixarem livremente o conteúdo dos contratos, celebrando contratos do tipo previsto no Código Civil, com ou sem aditamentos, ou estipulando contratos de conteúdo diverso dos que a lei disciplina.

Podem, portanto, as partes:

a) realizar contratos com as características dos contratos previstos e regulados na lei (contratos típicos ou nominados), bastando, nessa hipótese, para desencadear a produção dos respectivos efeitos, indicar o respectivo "*nomen juris*" (v.g. venda, arrendamento, etc..), sem necessidade de convencionar a regulamentação correspondente;

b) celebrar contratos típicos ou nominados aos quais acrescentam as cláusulas que lhes aprouver (v.g. aditamento de uma cláusula condicional a

uma venda), eventualmente conjugando-se dois ou mais contratos diferentes (contratos mistos);

c) concluir contratos diferentes dos contratos expressamente disciplinados na lei (contratos atípicos ou inominados).

A liberdade de estipulação conhece também algumas restrições, logo aludidas no artº 405º CC ("*dentro dos limites da lei* "). Estas restrições eram, sem dúvida, menores num sistema jurídico-privado assente nas bases doutrinárias do liberalismo económico, em que o Estado se reserva o papel de mero garante das condições de livre desenvolvimento da iniciativa dos particulares, assistindo, sem intervir, à actuação destes.

Deslocado o ponto de apoio doutrinário e jurídico-constitucional do liberalismo para um intervencionismo estatal, mais ou menos acentuado, procura o direito civil assegurar uma justiça efectiva e substancial nas relações entre as partes, bem como valores ou interesses da colectividade, tais como os bons costumes, a ordem pública, a celeridade, a facilidade, a segurança do comércio jurídico. Para realizar estes objectivos são consagradas limitações à liberdade de estipulação do conteúdo contratual.

Num ordenamento que admita, sem limitações, a liberdade contratual, não há uma justiça ou rectidão contratual, imanente (em si mesma), assente em critérios objectivos. Esta perspectiva está hoje ultrapassada: importa criar e garantir os pressupostos da formação dos contratos, num quadro de real e efectiva autodeterminação recíproca. Impõe-se corrigir ou impedir os desenvolvimentos absolutos da liberdade contratual, assegurando uma situação de real liberdade e igualdade dos contraentes, bem como as exigências da justiça social. Assim o reclama uma consideração conjunta e permanente da personalidade do homem e da sua socialidade.

Eis algumas dessas restrições:

a) submete-se o objecto do contrato aos requisitos do artº 280º CC (designadamente são nulos os contratos contrários à lei, à ordem pública e aos bons costumes);

b) são anuláveis, em geral, os negócios usurários (artº 282º CC);

c) a conduta das partes contratuais deve pautar-se pelo princípio da boa fé (artº 762º, nº 2 CC).

d) a lei reconhece e admite certos contratos-tipo que, celebrados a nível de categorias económicas ou profissionais, contêm normas a que os contratos individuais, celebrados entre pessoas pertencentes às referidas categorias, têm de obedecer; daí que se fale em contratos normativos (v.g. as C.C.T.s, artº 5º, nº 2, da L.C.T.);

e) alguns contratos em especial estão necessariamente sujeitos a determinadas normas imperativas (v.g. artº 1146º CC sobre as taxas máximas de juros; artºs 1025º, 1080º CC, e outros sobre prazos máximos ou mínimos na locação; certas normas do regime da venda a prestações, constantes do D.L. nº 457/79 de 21-11; bem como numerosas disposições da legislação laboral).

Uma importante *limitação de ordem prática* — não de ordem legal ou jurídica — à liberdade de estipulação é a que se verifica nos contratos de adesão. São hipóteses em que uma das partes, normalmente uma empresa de apreciável dimensão, formula unilateralmente as cláusulas negociais (no comum dos casos, fazendo-as constar de um impresso ou formulário) e a outra parte aceita essas condições, mediante a adesão ao modelo ou impresso que lhe é apresentado, ou rejeita-as, não sendo possível modificar o ordenamento negocial apresentado.

As causas e a finalidade de disseminação na vida moderna dos contratos de adesão são diversas:

— vantagem para as empresas e para a vida económica na organização, racionalização e normalização da actividade contratual dirigida a um numero elevado e indeterminado de clientes;

— intenção do emitente do impresso do contrato de, melhorando a sua posição, transferir certos riscos para a outra parte;

— insuficiência dos tipos contratuais legalmente previstos para cobrir satisfatoriamente formas negociais recentemente surgidas na vida económica ("*leasing*" ou locação financeira, "*factoring*", contratos bancários, instalação de máquinas automáticas, contratos com empresas imobiliárias, etc..).

São, todavia, evidentes os perigos de abuso desta figura dos contratos de adesão:

— restrição da liberdade factual de contratar do consumidor individual;

— alteração das soluções equilibradas (apesar de supletivas) consagradas na lei, com favorecimento unilateral do emitente do formulário contratual;

— possível "cartelização" integral de sectores económicos, através de impressos idênticos em todas as empresas, de tal modo que quem os recusar excluiu-se do tráfico jurídico;

— criação, por entidades privadas, de regras que, de facto, se assemelham ao direito imperativo estadual;

— acresce um outro risco para o utente do bem ou serviço fornecido mediante um contrato de adesão: o contrato contêm, por vezes, cláusulas de que ele não se apercebe, disseminadas como estão no amplo contexto do contrato e impressas em caracteres de leitura não convidativa, além de frequentemente estarem redigidas em termos técnicos, dificilmente acessíveis a não especialistas.

No entanto, foi publicado o Decreto Lei nº 446/85 que instituiu o regime das cláusulas contratuais gerais, passando a dispor o ordenamento jurídico português, a partir de então, de legislação própria sobre os contratos de adesão. Anteriormente, na falta de legislação especial sobre o assunto, defendia-se que a jurisprudência deveria lançar mão da cláusula da boa fé, e, sobretudo, da cláusula geral da ordem pública (artº 280º), em ordem à realização de uma sindicância sobre o conteúdo destes contratos, e considerar nulas certas cláusulas abusivas contidas em contratos de adesão, v.g., certas cláusulas de exclusão de responsabilidade, de caducidade de direitos, alteração do foro legal, etc..

A liberdade contratual vigora em maior medida nos contratos obrigacionais, ou seja, naqueles cuja eficácia constitutiva, modificativa ou extintiva, se situa no domínio das obrigações em sentido técnico ou direitos de crédito.

Nesta categoria de contratos tem lugar a liberdade de celebração dos contratos e são reduzidas as limitações à liberdade de modelação do respectivo conteúdo. Salvo essas limitações, as partes podem produzir os efeitos obrigacionais que lhes aprouver.

Nos contratos com eficácia real, isto é, constitutivos, modificativos ou extintivos de direitos reais, há liberdade de celebração, mas a liberdade de fixação do conteúdo negocial sofre uma importante restrição.

Os contraentes, podendo embora celebrar contratos inominados, não podem constituir direitos reais que não se integrem nos tipos previstos na lei (princípio da tipicidade ou do "*numerus clausus*" dos direitos reais).

Nos contratos familiares, isto é, com eficácia no domínio das relações de família, há liberdade de concluir ou não o respectivo contrato — é o pensamento da autonomia que subjaz e enforma o direito civil.

Quanto à liberdade de fixação do conteúdo contratual ela está excluída no domínio dos contratos familiares pessoais. O casamento, a perfilhação ou a adopção são tipos contratuais rígidos, cujos efeitos estão pré-ordenados na lei, não podendo ser modificados pelas partes. No domínio familiar patrimonial (p. exº: convenções antenupciais) existe liberdade de modelação do conteúdo contratual, quanto aos contratos admitidos, embora essa liberdade conheça limitações (v.g., artº 1714º CC).

Quanto aos contratos sucessórios, isto é, dirigidos a reger a sucessão por morte de uma pessoa, importa acentuar que a lei só os admite em medida limitadíssima e com carácter excepcional.

O regime jurídico das cláusulas contratuais gerais (RJCCG) foi assim instituído, no ordenamento jurídico português, pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, posteriormente adaptado aos princípios definidos na Directiva 93/13/CEE do Conselho, de 5 de Abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores e nos contratos de adesão, cuja transposição para o ordenamento jurídico português foi alcançada pelo Decreto-Lei n.º 220/95, de 31 de Janeiro. No decurso da sua vigência, o texto inicial, de 25 de Outubro de 1985, foi efectivamente alterado, o que

sucedeu duas vezes, em 1995 e em 1999, em ambos os casos por razões ligadas à transposição da Directiva comunitária de 1993, sobre as cláusulas abusivas nos contratos com os consumidores. A alteração de 1995, contudo, foi além do estritamente necessário para dar cumprimento ao imperativo comunitário, graças a um assumido desejo do legislador nacional em melhorar as soluções consagradas.

A transposição do artigo 7.º da Directiva ficou plasmada no capítulo VI do Decreto-Lei (artigos 24.º a 34.º), onde são definidas as disposições processuais para a declaração de nulidade de cláusulas contratuais abusivas.

Contudo, a preocupação central da referida Directiva é a criação de mecanismos que permitam erradicar o uso de cláusulas contratuais abusivas, pelo que, além das disposições processuais de declaração de nulidade (acção inibitória), o legislador nacional entendeu instituir um registo das decisões judiciais que tenham proibido a utilização ou declarado a nulidade de cláusulas inseridas em contratos singulares.

Pretende-se, desta forma a criação de um mecanismo que assegure um conhecimento fidedigno e acessível a todos os interessados, não só do texto de todas as cláusulas já declaradas nulas em contratos celebrados com consumidores por profissionais, mas também das empresas envolvidas e das razões invocadas por cada tribunal para a declaração de nulidade.

A criação e manutenção de um registo das cláusulas contratuais gerais declaradas nulas pelos tribunais pela DGPJ, resulta da conjugação dos artigos 34.º e 35.º do RJCCG, e da Portaria n.º 1093/95, de 6 de Setembro, que atribuiu ao Gabinete de Direito Europeu do Ministério da Justiça a organização e a manutenção atualizada daquele registo (o Gabinete de Direito Europeu foi substituído nas suas competências pelo Gabinete para as Relações Internacionais, Europeias e de Cooperação, em 2001, e, posteriormente, pelo Gabinete de Relações Internacionais da DGPJ, em 2007).

2. Breve evolução histórica.

A perfeição estética e simétrica que a noção e a filosofia do contrato assumiam no domínio do Estado de Direito Liberal, foi-se desmoronando com o superar das condições que subjaziam àquela forma político-jurídica.

O contrato como manifestação acabada e perfeita do princípio da igualdade de todos perante a lei, soçobrou e ruiu. A desigualdade real dos cidadãos e os abusos a que a sua igualdade formal deu origem, motivaram o crescente intervencionismo estatal. Nessa altura, entre o forte e o fraco, a lei libertava e a liberdade oprimia. O erro do liberalismo na sua própria doutrina, é dizer que qualquer contrato se constitui e se executa sob o signo da liberdade. Eram indiferentes ao conceito liberal, a desproporção económica entre o patrão e os seus empregados ou entre o fornecedor de bens vitais e o eventual consumidor.

Perante a desigualdade material e as situações de inteira dependência, a afirmação da igualdade das partes contratantes era um rematado absurdo, se não uma absoluta iniquidade.

O Estado passa, reticentemente a princípio, com mais frequência depois, a intervir na vida social em protecção da parte que no contrato está numa situação de inferioridade, em termos de contrabalançar, ou pelo menos minorar, a desigualdade efectiva dos contraentes.

Ganha assim campo o princípio do tratamento mais favorável da parte económicamente mais fraca, impulso esse que conhece forte incremento nos contratos de trabalho e de arrendamento, estendendo-se progressivamente a outras situações que o já Estado de Direito Social entendeu regulamentar. Assistimos então, da parte deste, a uma verdadeira impaciência legislativa, penetrando activamente nos conflitos da vida social, limitando, condicionando, excluindo, constituindo situações contratuais.

A intervenção estatal ultrapassa, porém, o simples propósito de acudir à parte económicamente débil. A ser assim, pouco se teria modificado em relação ao "Estado-árbitro". Uma série de factores conjunturais levaram aquele

ente a procurar em primeira mão a satisfação do interesse da colectividade, do interesse público, em detrimento dos interesses dos particulares. É a superação do individualismo de coloração liberal, é o advento duma nova forma política virada para a sociedade, para a colectividade, para os interesses gerais.

Tudo isso vem a repercutir-se marcadamente na figura do contrato. Não só se procura minorar a desigualdade material das partes através da protecção de uma delas, como o interesse público vai determinar a sua vida, o seu conteúdo.

A superação do individualismo liberal e a acentuação do interesse público não se compadecem já com actuações arbitrárias da parte dos contraentes, com certas recusas de contratar, com a estipulação de determinados conteúdos contratuais, com a assunção de certas obrigações.

A chamada sociedade de massas que entretanto se instala dá ao contrato um âmbito de aplicação que abrange grupos e categorias de indivíduos. Como salientava Savatier "o contrato do Code Civil estava à escala do homem, do indivíduo. O novo contrato coloca-se à escala da colectividade, à escala da nação, em breve talvez à escala da humanidade inteira" [7].

O contrato muda de figura, acompanhando a mudança dos tempos. A simétrica e perfeita construção do Code Civil é quase irreconhecível. Isso, no entanto, não podia deixar de ser assim. Política e jurídicamente, a transformação que se opera no domínio contratual não é mais do que uma das múltiplas manifestações dum movimento de maior envergadura e que concerne a todos os direitos e a todas as situações jurídicas: ela liga-se ao enfraquecimento do ponto de vista individual e à acentuação do ponto de vista social.

O conceito de contrato não assume uma fixidez e absolutidade susceptíveis de o anestesiarem às mutações económicas e sociais. Assim, desde que esta forma de circulação de riqueza se continue a manifestar, não é rigoroso falar-se em decaracterização do contrato, apenas porque numa

[7] SAVATIER, René, "Evolution contemporaine du droit des contrats", Presses Universitaires de France, 1986.

determinada época ele assume colorações e cambiantes diversos da anterior. Neste sentido, será, antes de mais rigoroso referir uma descaracterização daquela forma de contrato. Fala-se, a propósito, na função ideológica do contrato, aludindo-se com esta expressão, o contrato — como instrumento técnico-jurídico para a realização de operações económicas — e o direito dos contratos — como conjunto de regras legais e jurisprudenciais que lhe definem a disciplina e, portanto, as modalidades de funcionamento — terem assumido e assumirem vários papéis e funções reais, historicamente diversos em qualidade e relevância de acordo com os vários contextos e várias formas de organização económico-social de tempo em tempo prevalecentes.

A diversificação dos contratos, o aparecimento de novas categorias, a standartização da figura, o declínio do princípio da autonomia da vontade, a inflacção do seu conteúdo obrigatório e a atenuação do seu poder, assim como a cada vez maior intervenção dos poderes públicos na vida do contrato, todas essas circunstâncias resumiu-as Josserand na consagrada fórmula dirigismo contratual significando-se assim que o contrato passou a ser uma operação dirigida quer por uma das partes quer pelo poder público.

O mútuo consentimento das partes começa a faltar ou a inexistir em determinadas categorias contratuais, maxime nos chamados "*Diktierte Verträge*", tentam-se já caracterizar figuras paracontratuais ou pseudo contratuais em que esse *mutuus consensus* fenece.

Já se vinha falando num declínio, numa crise, ou numa decadência do contrato.

Há, porém, quem veja a paisagem contratual sob outro prisma.

Josserand, por exemplo, duvidava da justeza do pessimismo generalizado entre os civilistas, entendendo que de qualquer modo "ainda hoje e apesar das transformações que tem vindo a sofrer, ele figura ainda no número de mortos que se portam bastante bem". E opina que talvez em relação a ele se não deva pôr a questão do declínio, do crepúsculo, mas a de transformação ou renovação; ao conceito tradicional do direito romano, tal como o tinham acolhido os redactores do nosso Código Civil, sucede um instrumento jurídico muito diferente que se apoia em postulados diversos dos do direito

tradicional, mas não deixa de ser dotado de uma grande vitalidade e cujo papel longe de estar diminuído será mais importante, mais carregado de juridicidade que o do seu antecessor [8].

Mais recentemente, Enzo Roppo [9] chama a atenção para o irrealismo que as posições nostálgicas em relação ao contrato oitocentista patenteiam. Este "se resultava adequado num sistema económico individualista e pouco dinâmico em que as trocas eram geralmente bem ponderadas e conservavam um certo caràcter "pessoal" — não podia satisfazer a moderna economia de massas." Num sistema caracterizado pela produção, distribuição e consumo de massa, o primeiro imperativo é de facto o de garantir a celeridade nas contratações, a segurança e a estabilidade das relações: mas estes objectivos requerem que as transacções sejam assumidas e disciplinadas na sua objectividade, no seu desenvolvimento típico; eles são consequentemente incompatíveis com o atribuír relevância decisiva à vontade individual, às particulares e concretas atitudes psíquicas dos sujeitos interessados na troca, numa palavra, com a teoria da vontade. Tudo isto tem como consequência o processo de objectivação do contrato.

O contrato começa a ser olhado na sua dimensão actual e não comparando-o saudosamente com o modelo napoleónico. É certo que podemos desabafar com Savatier: "elle était si belle et si simple la notion de contrat dans le code civil"; essa simplicidade e beleza tinham, no entanto, um preço que nos esquemas contratuais actuais não é pago.

Fala-se já num "impulso do contrato" (Josserand), num "empolamento da sua dimensão social" (Antunes Varela) ou ainda numa "floração contratual" (Roubier), acrescentando Josserand que "se vive cada vez mais contratualmente".

Independentemente da polémica acerca do decrescer ou do renascer do contrato, um dado é incontroverso: a acentuação do social em detrimento do individual, o que arrasta um sem número de restrições à liberdade contratual

[8] JOSSERAND, Louis, (préf. David Deroussin), *De l'esprit des droits et de leur relativité : Théorie dite de l'abus des droits*, Paris, Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », 2006.

[9] ROPPO, Enzo, "*O contrato*", Coimbra, Almedina, 2009 (tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes).

das partes, que no que respeita à liberdade de celebrar ou não o contrato, quer no que à liberdade de modelação do conteúdo concerne.

Zonas há, porém, que merecem da parte do legislador uma particular atenção: são os contratos que mercê dos interesses que movimentam, das relações que estabelecem, dos direitos e expectativas a que dão corpo, assumem na vida das pessoas uma especial importância. É o que se passa sobretudo com os contratos de trabalho e os contratos de arrendamento para habitação.

Fala-se assim amplamente numa socialização do direito ou numa tendência social do direito moderno.

No sistema jurídico português, a evolução intelectual do legislador reflecte uma constante da evolução do direito: a regular progressão para a sua humanização, instaurando e conservando um equilíbrio entre forças rivais.

O desenvolvimento das sociedades no período pós-industrial tem provocado várias críticas às estruturações liberais, promovendo múltiplas limitações à autonomia privada. Tal sucede por via jurídica, designadamente nas áreas sensíveis do arrendamento e do trabalho; mas isso acontece, ainda, no simples plano dos factos, onde por razões práticas ou de mera opção dos sujeitos mais poderosos, a liberdade jurídica se cifra na submissão a esquemas pré-estabelecidos.

Esta evolução obriga a perguntar pelo futuro da autonomia privada e pela sua própria situação actual.

A existência — e mesmo ampliação — de limites não deve fazer perder de vista o essencial. Muitas vezes, a autonomia privada torna-se perceptível justamente pela contraposição dos limites que lhe sejam apostos; de outro modo, ela passaria despercebida na massa informe de um jogo sem regras.

Além disso, verifica-se que as dificuldades práticas por vezes colocadas à autonomia privada promovem seja medidas jurídicas tendentes à sua preservação — por ex^{o}, as regras atinentes às cláusulas contratuais gerais —, seja uma transposição para níveis colectivos — por ex^{o} a autonomia laboral colectiva, ao abrigo da qual sindicatos e associações de empregadores celebram

convenções colectivas de trabalho. A autonomia privada enriquece-se, assim, com novas manifestações, quando contraditada.

A experiência actual da prática jurídica em diversos domínios permite ainda ir mais longe: a autonomia privada, quer pela particular legitimidade que faculta às soluções que dela promanem — elas são sempre, por definição, consensuais —, quer pelo próprio equilíbrio que confere às decisões que provoque, tem sido usada, com êxito, fora do Direito Civil. A mera referência a tratados e convenções internacionais, a contratos administrativos e a contratos económicos ou ao direito da concorrência, fortemente incrementado pelo Direito Comunitário, permitem documentar essa afirmação.

O advento da revolução industrial desencadeado no século XIX em Inglaterra havia dado lugar ao aparecimento de um novo modelo de sociedade: a sociedade de massas. Com este fenómeno verificou-se também a massificação do comércio jurídico.

Face a esta nova realidade, as empresas viram-se obrigadas a alterar o seu modelo de contratação, como forma de reacção às necessidades de racionalização, planeamento, celeridade e eficácia inerentes à produção e à distribuição em série. Na verdade, a individualização de cada contrato acarretava custos avultados e um dispêndio de tempo que não era compatível com a celeridade exigida pelo mercado.

Com este propósito, as empresas introduziram no comércio jurídico modelos negociais, a que pessoas indeterminadas se limitavam a aderir, sem oportunidade de discussão ou de introdução de modificações. Assim, surgiam os contratos de adesão, nas palavras de Mota Pinto, "uma manifestação jurídica da moderna vida económica" [10].

Na realidade, este novo modelo tinha a vantagem de permitir que os superiores hierárquicos delegassem o poder de contratar aos seus subalternos; factor da máxima importância, se tivermos em conta a política de expansão

[10] Cfr. PINTO, Carlos Alberto da Mota, "Contratos de Adesão: uma manifestação jurídica da moderna vida económica", in Revista de Direito e de Estudos Sociais, Ano XX (1973), nºs 2, 3 e 4, pág. 124.

das empresas decorrente do surgimento das sucursais, agências, filiais e delegações.

Além disso, os empresários podiam recorrer aos serviços de especialistas que elaboravam modelos negociais, normalmente imunes a quaisquer riscos para as suas empresas. Ora, se tivermos em conta que estes contratos se destinavam a ser utilizados em série, conseguimos adivinhar os elevados benefícios que representavam para a economia das empresas.

Porém, esta nova realidade acarretava uma quantidade substancial de inconvenientes para o aderente, tanto no plano da formação do contrato, como no plano da justiça das cláusulas ou no plano da reacção jurídica às eventuais injustiças. Em boa verdade, a adopção deste novo modelo de contratação restringia seriamente as tradicionais negociações prévias entre as partes, sendo o aderente obrigado a aceitar contratos injustos que lhe vedavam os meios de reacção.

Na verdade, era comum que os utilizadores das cláusulas contratuais gerais se aproveitassem da sua elevada posição económica, social e até dos seus elevados conhecimentos jurídicos, para criarem contratos injustos, face aos quais, os seus clientes só tinham uma de duas hipóteses: ou rejeitavam o contrato na sua totalidade, e com isso prescindiam, não raras vezes, de bens ou serviços essenciais; ou aceitavam em bloco as cláusulas de um contrato que nunca aceitariam celebrar, se tivessem tido outra alternativa para a aquisição do bem ou serviço que pretendiam.

Por outro lado, não menos frequente era a circunstância de as cláusulas contratuais gerais se caracterizarem pela sua elevada densidade, uma vez que, geralmente regulavam todas as situações de possível verificação entre as partes.

Além disso, as cláusulas contratuais gerais apresentavam na maioria dos casos a característica da complexidade, ou seja, eram habitualmente elaboradas a um nível técnico-jurídico tão extremado que obstava a que pudessem ser interpretadas por leigos.

A somar-se a esta situação, as cláusulas contratuais gerais surgiam, na maioria das situações, em formulários ou impressos escritos em letra de

dimensão reduzida e de difícil leitura, sendo comum o facto de os aderentes não as analisarem em profundidade, cingindo-se apenas a preencher os espaços em branco, normalmente destinados à sua identificação e assinatura.

Apesar de todas estas vicissitudes, para o utilizador era bem mais vantajoso perder um escasso número de clientes que não aceitasse contratar naquelas condições, do que alterar os termos da contratação porque essa alteração acarretaria avultados custos para a vida empresas.

Voltando um pouco atrás, há a considerar que a liberdade de contratar envolve nos dois termos da expressão a junção de duas ideias sucessivas de sinal oposto.

Por um lado, através do termo liberdade, exprime a faculdade de os indivíduos formularem sem limitações as suas propostas e decidirem sem nenhuma espécie de coacção externa sobre a adesão às propostas que outros lhes apresentem. As pessoas são livres na decisão de contratar ou de não contratar, na escolha da pessoa com quem hajam de contratar, na sua própria retratação, enquanto a proposta não chega ao poder do destinatário (artº 230º do CC), na modificação ou extinção do seu acordo. Se o poder de livre decisão for violado, sendo o declarante coagido a aceitar ou a formular qualquer proposta, o contrato não produzirá nenhum efeito ou será anulável, consoante haja coacção absoluta (artº 246º do CC), ou simples coacção moral (artº 256º do CC).

Por outro lado, a liberdade reconhecida às partes aponta para a criação do *contrato*. E o contrato é um instrumento jurídico vinculativo, é um acto com força obrigatória. É a *lex contractus*. Liberdade de contratar é, por conseguinte, a faculdade de criar sem constrangimento um instrumento objectivo, um pacto que, uma vez concluído, nega a cada uma das partes a possibilidade de se afastar unilateralmente dele — *pacta sunt servanda*. A razão da vinculação está em que a promessa livremente aceite por cada uma das partes cria expectativas fundadas junto da outra e o acordo realiza fins dignos da tutela do direito. Ao interesse da livre ordenação dos interesses recíprocos das partes sucede a necessidade de protecção da *confiança* de cada uma delas na validade do pacto firmado. E essa vinculação recíproca não viola o princípio da

autonomia privada, na medida em que assenta sobre a auto-determinação de cada um dos contraentes.

Atribuindo força vinculativa ao acordo das partes, extraiem-se do princípio da autonomia privada as consequências de que ele logicamente comporta no campo da criação do direito.

"*As convenções legalmente formadas* — diz nesse sentido o artº 1134º do Código Civil francês —, *valem como lei para aqueles que as fizeram*".

"*O contrato tem força de lei entre as partes*", afirma, por sua vez, em termos não menos expressivos, o artº 1372º do Código Civil italiano.

Com o mesmo alcance prático prescrevia o artº 702º do Código de 1867 que "*os contratos legalmente celebrados devem ser pontualmente cumpridos; nem podem ser revogados ou alterados, senão por mútuo consentimento dos contraentes...*"

E doutrina análoga consigna o artº 406º, nº 1, do Código Civil vigente, ao proclamar que "*o contrato deve ser pontualmente cumprido, e só pode modificar-se ou extinguir-se por mútuo consentimento dos contraentes ou nos casos admitidos na lei*."

É portanto no sentido complexivo resultante das considerações precedentes — livre criação de um acto vinculativo para cada um dos contraentes — que deve ser entendida a liberdade de contratar [11].

A liberdade de contratar sofre, porém, limitações ou restrições em vários tipos de casos.

Há múltiplos casos em que as pessoas, singulares ou colectivas, têm o dever jurídico de contratar, logo que se verifiquem determinados pressupostos.

Quando assim seja, a pessoa que se recusa a contratar pratica um acto ilícito, que pode constituí-la em responsabilidade perante aquela que deseja realizar o contrato. Assim sucede com a promessa negocial de contratar.

[11] Cfr. neste sentido, cfr. VARELA, António Antunes, "*Das Obrigações em Geral*", Vol. I, 9ª Edição, Coimbra, Almedina, 1996, pág. 247.

São também obrigadas a contratar, em certos termos, as empresas concessionárias de serviços públicos (transportes, comunicações, abastecimentos de água, fornecimento de energia eléctrica, gás, etc.), sempre que o acto constitutivo da concessão ou os regulamentos aplicáveis lhes não permitam recusar a celebração do contrato, sem especial causa justificativa.

O facto de estas actividades respeitarem a bens essenciais à vida dos cidadãos e se exercerem em regime de exclusivo, como é vulgar no sistema económico dos próprios estados capitalistas, justifica que a entidade concessionária (quer se trate de empresa pública, quer de empresa mista ou privada) não possa recusar a celebração do contrato com qualquer utente que preencha os requisitos de utilização do serviço fixados nos respectivos regulamentos.

Restrição semelhante incide ainda, por força de lei expressa, sobre pessoas que desempenham profissões liberais cujo exercício esteja condicionado à posse de certo título de habilitação ou à inscrição em determinados organismos.

Assim sucede nomeadamente com os médicos, que não podem, salvo caso de força maior, recusar a prestação de assistência, quanto aos socorros de extrema urgência a um doente ou sinistrado em perigo imediato, e que são igualmente obrigados a prestar os serviços da sua especialidade, sempre que não haja outro médico a quem o doente possa recorrer.

Imposição semelhante, embora de aplicação menos intensiva, recai sobre os advogados e os solicitadores.

Tem sido muito debatido na doutrina se haverá uma obrigação de contratar quanto aos bens essenciais à vida das pessoas, havendo muito quem se incline para a solução restritiva da liberdade de contratar: uns com fundamento na situação de facto (monopólio) em que certas empresas se encontram e que, num plano de razoabilidade, as obrigaria a não recusar a celebração do contrato; outros, tomando como critério a importância vital dos bens a que o contrato se refere, a pretexto de que não devem ser recusados aos interessados na sua aquisição; outros, finalmente, aplicando a semelhantes

condições os princípios que, especialmente através da coordenação do abuso do direito, condicionam o exercício de todo o direito subjectivo.

Tais limitações, funcionando como excepções ao princípio da liberdade de contratar consagrado no artº 405º, só deviam ter-se como válidas quando a lei explícita ou implicitamente as estabelecesse, sem violação dos princípios constitucionais. É duvidoso que as possa sufragar o preceito que condena o abuso do direito, visto que a liberdade de contratar não constitui, em bom rigor, um direito subjectivo, cujo exercício seja capaz de constituir o respectivo titular em responsabilidade civil perante terceiros.

Há, todavia, uma disposição constitucional com manifesto interesse para o problema em exame. Trata-se do princípio da igualdade (artº 13º da CRP), que parece condenar, pelo seu espírito, toda a recusa de contratar que envolva carácter discriminatório, em termos que ofendam o preceito constitucional.

E há, sobretudo, na chamada Lei de defesa da concorrência (Dec. Lei nº 422/83, de 3/12), várias disposições que não só proíbem, como punem certas práticas restritivas da livre concorrência, entre os quais o legislador expressamente incluiu "*a recusa de venda de bens ou de prestação de serviços*" ainda "*que se trate de bens ou serviços não essenciais*" (artºs 3º e 11º do diploma citado) - abrangendo assim, por maioria de razão os bens e serviços essenciais.

Restrições à liberdade de contratar, mas de sinal contrário às atrás mencionadas são (além das que se estendem a certas categorias de pessoas: proibição de acesso dos menores a certos espectáculos públicos) as provenientes das normas que proíbem a realização de alguns contratos com determinadas pessoas: cfr. artºs 579º e 876º CC, quanto à cessão e à venda de direitos ou coisas litigiosas; o artº 877º CC, relativamente à venda feita por pais a filhos ou por avós a netos, sem o consentimento dos outros filhos ou netos; o artº 953º CC, quanto à doação a favor das pessoas abrangidas pelas indisponibilidades relativas, constantes dos artºs 2192º e 2198º CC.

Dentro do capítulo das limitações à liberdade de contratar cabem ainda os casos em que, sem prejuízo da liberdade inicial dos contraentes, a lei impõe a um deles a renovação do contrato ou a transmissão para terceiro da posição contratual da outra parte.

Figuram ainda entre as limitações à liberdade contratual os casos em que, para contratar, certas pessoas necessitam do consentimento ou do assentimento de outrem, e aqueles em que a validade do contrato livremente celebrado entre as partes depende da aprovação de certa entidade.

É o caso dos cônjuges, que necessitam do consentimento um do outro, para alienarem os bens compreendidos no nº 3, al. a) do artº 1682º, e nos nºs 1 e 2 do artº 1682º-A CC; e o do inabilitado, que necessita de autorização do curador para os actos de disposição entre vivos e todos os demais que constem da sentença de inabilitação (artº 153º, nº1 CC). E é ainda o caso dos representantes legais dos incapazes, que necessitam de autorização do tribunal (cfr. artºs 1889º, 1938º, 139º e 140º CC) para a realização de certos actos jurídicos.

No capítulo das *limitações à liberdade de contratar*, merece uma referência especial, pelos múltiplos aspectos em que se desdobra, o curioso e significativo movimento, de carácter a um tempo legislativo e administrativo, que tem dado pelo nome genérico de *defesa do consumidor*.

Sendo reconhecidos os perigos gravíssimos que para as bolsas mais magras, os orçamentos familiares mais apertados, a saúde e a própria vida das pessoas arrastaria a plena liberdade de contratar nas áreas nevrálgicas das fraquezas humanas, nenhuma surpresa podem causar ao jurista as fortes limitações com que a lei e os regulamentos administrativos procuram combater, limitar, regular ou moderar os contratos que as pessoas pretendam realizar nesse domínio.

É neste vasto universo de manifestações diversificadas da objectivação e despersonalização dos institutos cardiais do direito privado que se inscreve o fenómeno da contratação com recurso a cláusulas contratuais gerais.

Todavia, a evolução foi muito lenta e insuficiente. A verdade é que os instrumentos gerais não eram adequados para resolver questões inteiramente novas.

Para além disso, havia uma ambiguidade na colocação da questão. Falando-se em "contrato de adesão", referia-se uma modalidade de contrato, caracterizada por ser imposto em bloco sem possibilidade de discussão pelos

destinatários. Mas a questão era mais vasta, e diferente. Não se tratava de um tipo de contrato, mas de uma categoria de cláusulas. Bastava que uma cláusula fosse imposta *ne varietur*, ainda que todas as outras fossem objecto de negociação, para que a questão da maior força negocial se suscitasse. Não haveria então contrato (todo) de adesão, mas haveria cláusula(s) unilateralmente imposta(s).

Verificadas as situações de desigualdade material originadas pela utilização abusiva deste modelo contratual, o poder legislativo começou a sentir a necessidade de intervir nesta matéria, mas só com o Código Civil italiano em 1942 se dá o grande passo neste sentido. Este prevê as chamadas condições gerais dos contratos. E determina que as cláusulas onerosas devem ser expressamente aceites.

A lei alemã de 1978, chamada AGBGesetz, dá outro passo. Faz uma regulação mais completa, que se tornou paradigmática. E entra na valoração do conteúdo, determinando quando estas cláusulas gerais são proibidas.

Há porém que observar que, mais ainda talvez que a proteger o aderente, a lei alemã se destina a assegurar o tráfego jurídico. A primeira preocupação é impor que estas cláusulas se integrem no conteúdo do contrato. O critério determinante é colocado na cognoscibilidade: as cláusulas compõem o contrato, desde que ao destinatário seja dada a possibilidade de tomar conhecimento delas.

Temos assim consolidada a categoria das "condições gerais dos contratos", como cláusulas predispostas unilateralmente para uma generalidade de pessoas, que não têm possibilidade de discutir o seu conteúdo.

As várias ordens jurídicas europeias foram regulando esta matéria.

No entanto, tendo em conta, a inércia de alguns estados-membros, entre os quais Portugal, o Conselho da Europa aconselhou através de sucessivas recomendações a criação de instrumentos eficazes de protecção dos direitos dos consumidores.

Em consequência, o ministro da justiça do X governo constitucional, Mário Raposo, encomendou ao Dr. Mário Júlio de Almeida Costa, a

elaboração de um anteprojecto com o objectivo de regular estas matérias. Para prosseguir este objectivo, Almeida Costa contou com a colaboração de Menezes Cordeiro e ainda convidou o Dr. José Eduardo Tavares Sousa para suprir as questões de índole processual que se iriam colocar ao longo da elaboração do anteprojecto.

O fruto deste trabalho foi o Decreto-Lei no 446/85, de 25 de Outubro que veio a sofrer alterações introduzidas por razões respeitantes à transposição da Directiva 93/13/CEE, do Conselho, de 5 de Abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores. A primeira alteração deu-se com a entrada em vigor do Decreto-Lei no 220/95, de 31 de Agosto e a segunda com a entrada em vigor do Decreto-Lei no 249/99, de 7 de Julho.

A lei portuguesa trouxe um progresso no ponto de vista da designação, uma vez que passou a falar de "cláusulas contratuais gerais", em vez de "condições gerais dos contratos". Assim evita o termo *condição*, que é ambíguo. Na opinião de Oliveira Ascensão [12], poderia ter avançado mais no saneamento terminológico, se tivesse adoptado a epígrafe "cláusulas *negociais* gerais". Com efeito, pode haver cláusulas inalteravelmente predispostas em negócios unilaterais: seja o caso de valores mobiliários, como os relativos a derivados (futuros e opções).

Ainda no domínio da terminologia, falamos em *predisponente* para designar aquele que dita inalteravelmente as cláusulas do negócio. Pouco interessa que, no rito negocial, ele apareça como o proponente ou o aceitante. Assim, nos contratos de seguros, a companhia surge formalmente como o aceitante de propostas que lhe são dirigidas. Mas é ela quem predispõe unilateralmente as cláusulas, e por isso é o predisponente.

Do outro lado está o aderente. A sua posição é sempre a de aderente às cláusulas contratuais gerais. A designação não implica qualquer retorno à figura do "contrato de adesão".

[12] ASCENSÃO, José de Oliveira. *"Cláusulas contratuais gerais, cláusulas abusivas e o Novo Código Civil"*, cit.

De todo o modo, a disciplina das cláusulas contratuais gerais evoluiu a partir daí no sentido de se concentrar sobretudo na determinação das cláusulas predispostas que deveriam ser proibidas. Ou através do controlo por cláusulas gerais, como a boa fé, ou através de elencos de cláusulas inadmissíveis, ou por formas mistas, entra-se directamente na apreciação do conteúdo.

A partir da segunda metade do séc. XX surge, pois, este novo instituto: o das cláusulas abusivas, por influência dominante do movimento de protecção do consumidor.

O consumidor é a parte negocialmente mais fraca, e há que protegê-lo contra cláusulas abusivas, porque emanação da maior força do fornecedor.

Mas o carácter abusivo da cláusula não está dependente de esta ser geral ou singular. Mesmo em contratos individualmente pactuados surgem cláusulas abusivas: aqui se dá a separação da técnica das cláusulas contratuais gerais. A questão estará então somente em determinar os critérios da abusividade das cláusulas.

Esta categoria foi irrompendo em numerosas leis de defesa do consumidor da Europa. A Comunidade Europeia desenvolveu regras sobre as cláusulas abusivas nos contratos com consumidores. Essas regras vieram a ser transpostas para os ordenamentos internos, passando normalmente a figurar nos mesmos diplomas que regulavam já as cláusulas contratuais gerais. A coexistência não foi pacífica, porque as cláusulas abusivas individuais não se prestam à disciplina que foi estabelecida tendo em vista as cláusulas gerais.

Embora já pudessem ser encontradas algumas referências ao problema na primeira Lei de Defesa do Consumidor – Lei n.º 29/81, de 22 de Agosto (a alínea a) do artigo 7.º refere-se a "contratos tipo" e a alínea b) do mesmo artigo a "redacção de forma clara e precisa, e em caracteres facilmente legíveis, sob pena de se considerarem como não escritas") –, foi o Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, que, ainda antes do diploma comunitário, e inspirado no direito alemão, veio regular o regime aplicável às "cláusulas contratuais gerais elaboradas de antemão, que proponentes ou destinatários indeterminados se limitem, respectivamente, a subscrever ou aceitar" (artigo 1.º, na redacção originária).

3. O Decreto-Lei no 446/85, de 25 de Outubro

3.1. Âmbito de aplicação.

Como é sabido, foi pois o Decreto-Lei n.° 446/85, de 25 de Outubro, que instituiu entre nós o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais. Diploma este que se mantém em vigor, com as modificações que lhe foram entretanto introduzidas pelo Decreto-Lei n.° 220/95, de 31 de Agosto, e, há pouco tempo, de novo, pelo Decreto-Lei n.° 249/99, de 7 de Julho.

Entretanto, em 25 de Julho de 1996, entrou em vigor, na Alemanha, a lei aprovada em 19 de Julho desse ano, que modificou a célebre AGB-Gesetz, de 9 de Dezembro de 1976, a qual serviu de modelo ao legislador português. Há a referir ainda, no que respeita à União Europeia, a Directiva 93/13/CEE, do Conselho, de 5 de Abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores. Esta directiva proíbe as cláusulas abusivas nos contratos de adesão, disciplinando, pois, estes contratos, mas limita o seu âmbito aos contratos de adesão com consumidores.

No plano doutrinal, a actualidade do tema é também evidente, como se comprova pelos inúmeros artigos de revista, monografias, conferências, colóquios e congressos que o tomam por objecto. Refira-se, a título exemplificativo, que a "European Review of Private Law" dedicou um número inteiro, em 1995, ao problema, publicando num volume especial os textos das conferências proferidas em Itália, no Seminário de 29 e 30 de Setembro de 1994, promovido pelo Instituto Universitário Europeu, de Florença [13].

[13] Cfr. a "European Review of Private Law" vol. 3, n.° 2, 1995, pp. 173, ss, sobre The Impact of European Integration on Private Law: The Case of the Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts (com artigos de C. Joerges, W. C. Whitford, A. Bénabent, Giorgio de Nova, Pinto Monteiro, E. Hondius, A. de Moor, M. Tenreiro, Norbert Reich, S. Weatherill, H. Koch, E. Rodríguez, L. Cannada-Bartoli, H. Collins e W. van Gerven).

A mesma Revista haveria de voltar ao assunto em 1997, desta vez para dar conta da transposição da Directiva 93/13/CEE nos vários países da Comunidade: cfr. o vol. 5, n.° 2, 1997, pp. 121, ss. (com artigos de E. Hondius, W. Posch, Eric Balate, Thomas Wilhelmsson, Helène Davo, Norbert Reich, Elisa

Este interesse pelos contratos de adesão, pelas condições gerais dos contratos ou cláusulas contratuais gerais, pelos contratos "standard" ou contratos em série (a terminologia é variada e pode levantar problemas), este interesse da doutrina em analisar tais contratos ou modo de contratação e do legislador em fixar o seu regime jurídico, corresponde à grande importância prática de que eles se revestem, na actualidade.

Com efeito, estamos perante "uma manifestação jurídica da moderna vida económica" [14], perante um modo de contratação típico da sociedade industrial moderna, funcionalmente ajustado às actuais estruturas de produção económica e à distribuição de bens e serviços. Dir-se-á que à produção e distribuição "standard" corresponde, no plano negocial, a contratação "standard": produção em massa, distribuição em cadeia, contratos em série. São necessidades de racionalização, planeamento, celeridade e eficácia que levam as empresas a recorrer a este modo de contratar, eliminando ou esvaziando consideravelmente as negociações prévias entre as partes. Mas se isto é assim no plano dos interesses que visam satisfazer, a verdade é que tais contratos apresentam especificidades várias em face do contrato tradicional ou negociado, que o legislador pressupôs. Especificidades essas que não podem deixar de ser tidas em conta e que consistem na inclusão, no contrato, de cláusulas prévia e unilateralmente redigidas, que não foram negociadas, antes elaboradas por outrem, para um número múltiplo ou indeterminado de contratos a celebrar no futuro.

Estas especificidades implicam riscos ou perigos acrescidos para o aderente, isto é, para o parceiro contratual que celebra o contrato aderindo às condições gerais utilizadas pela outra parte. Esses riscos acrescidos ou problemas especiais surgem em três planos, como explicarei mais à frente: no plano da formação do contrato ou da tutela do consentimento; no da justiça contratual das cláusulas; e no dos modos de reacção jurídica, particularmente de índole processual.

Alexandridou, Guido Alpa, M. Elvinger, Pinto Monteiro, Javier Lete, Ulf Bernitz e Chris Willett).

[14] Subtítulo do conhecido estudo de Carlos Mota Pinto sobre o tema, publicado em 1973.

Mas há um problema prévio que tem de pôr-se: valerão as soluções da lei portuguesa, tal como as soluções de todas as leis que disciplinam o problema sob o prisma das cláusulas contratuais gerais, para todos os contratos de adesão? Por outras palavras, serão as normas consagradas em tais leis de aplicar sempre que o contrato seja de adesão ou, apenas, quando ele tiver sido concluído com base em cláusulas contratuais gerais?

Está em causa um problema de fundo, o qual levou à alteração da lei alemã em Julho de 1996, motivada pela directiva europeia de 1993. Problema este que se prende com a própria caracterização e compreensão do fenómeno, e que tem a ver, também, com o modo de o designar: contratos de adesão ou cláusulas contratuais gerais? estar-se-á, afinal, perante a mesma coisa?

O nº1 do artigo 1º do Decreto-Lei no 446/85 de 25 de Outubro estabelece que "As cláusulas contratuais gerais elaboradas sem prévia negociação individual, que proponentes ou destinatários indeterminados se limitem, respectivamente, a subscrever ou aceitar" se regem pelo referido diploma. Da leitura deste preceito, resulta a necessidade da cumulação de cinco requisitos para que possamos integrar no âmbito deste regime, um determinado contrato: A unilateralidade, a pré-elaboração, a rigidez, a generalidade e a indeterminação [15].

Em primeiro lugar, é necessário que as cláusulas sejam unilateralmente formuladas, ou seja, que só o predisponente intervenha na sua elaboração.

Em segundo lugar, é fundamental que as cláusulas sejam pré-elaboradas, isto é, que sejam formuladas numa fase estática, anterior à fase da entrada em negociações. No fundo, o que se exige é que as cláusulas tenham sido elaboradas antes da fase dinâmica em que efectivamente se constitui a relação contratual.

Por outro lado, é indispensável que se verifique o pressuposto da rigidez. Esta exigência significa que no âmbito das cláusulas contratuais gerais, não tem cabimento qualquer situação em que ao aderente seja conferida a possibilidade de alterar ou negociar o conteúdo das cláusulas predispostas. Por

[15] Cfr. MONTEIRO, António Pinto, "*O novo regime jurídico dos contratos de adesão/cláusulas contratuais gerais*", in ROA, ano 62 – Vol. I, 2002, págs. 1-32.

este motivo, pode afirmar-se que estamos perante cláusulas contratuais gerais, quando ao aderente não é oferecida qualquer outra escolha que não seja a da aceitação ou rejeição em bloco das cláusulas pré- elaboradas.

Além disso, de acordo com o pressuposto da generalidade, é forçoso que as cláusulas contratuais gerais se destinem a todos ou a uma determinada categoria de contratos que o predisponente venha a realizar no futuro.

Por último, e intimamente ligado ao pressuposto da generalidade, deve verificar- se ainda o requisito da indeterminação que implica que as cláusulas sejam redigidas para um número indeterminado de pessoas.

Cumpre esclarecer que embora frequentemente se utilizem em sinonímia as expressões "contratos de adesão" e "cláusulas contratuais gerais", a verdade é que estas podem não corresponder exactamente à mesma realidade, o que significa que há casos em que embora possamos estar perante um contrato de adesão, não estamos perante cláusulas contratuais gerais.

Na verdade, enquanto o conceito de cláusulas contratuais gerais exige a cumulação das cinco características atrás mencionadas (a unilateralidade, a pré- elaboração, a rigidez, a generalidade e a indeterminação), o conceito de contrato de adesão prescinde de dois desses requisitos (da generalidade e da indeterminação). Logo, no caso dos contratos de adesão não se exige que as estipulações se destinem a uma generalidade de contratos a realizar no futuro, nem que sejam previamente redigidas para um número indeterminado de sujeitos.

Feita esta ressalva, vejamos então de que forma, foram disciplinadas estas realidades distintas.

O nº 2 do artigo 1º introduzido pelo Decreto-Lei nº 249/99 de 7 de Julho veio alargar o âmbito de aplicação do regime das cláusulas contratuais, estabelecendo que o mesmo também se devia aplicar a cláusulas inseridas em "contratos individualizados mas cujo conteúdo previamente elaborado o destinatário não pode influenciar".

A introdução desta norma teve na sua génese, a discordância então existente entre o legislador português e a Comissão Europeia que entendia

que a directiva 93/13/CEE, do Conselho, de 5 de Abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores, não tinha sido devidamente transposta.

Na verdade, enquanto a referida directiva abrangia todos os contratos de adesão; até à introdução do nº 2 do artigo 1º, o legislador português tinha-se limitado a regular apenas os contratos de adesão que tivessem por base cláusulas contratuais gerais.

Neste sentido, a criação desta norma veio estender o âmbito de aplicação do regime das cláusulas contratuais gerais a casos em que se não verifiquem as características da generalidade e indeterminação, isto é, a todos os contratos de adesão, independentemente de terem ou não por base cláusulas contratuais gerais.

No entanto, a solução alcançada pela introdução deste preceito, tem vindo a ser alvo de críticas por parte da doutrina. Em primeiro lugar, porque o uso da expressão "contratos individualizados" é dissonante do resto do diploma, onde aliás, não volta a ser aplicada. Por outro lado, devido à evidente incongruência na utilização do tempo verbal, uma vez que a norma começa por estabelecer que o diploma se aplica "às cláusulas inseridas em contratos individualizados", mencionando no final "mas cujo conteúdo previamente elaborado o destinatário não pode influenciar". Ora, se se utilizou o passado no início da frase, também deveria ter sido utilizado no seu final.

Além disso, a expressão "não pode influenciar" parece ser insuficiente, uma vez que o intérprete fica sem saber por que motivo não pôde o aderente influenciar o contrato. De facto, esta solução poderia conduzir-nos a interpretações evitáveis; por exemplo: não pôde influenciar porque houve coacção moral; ou não pôde influenciar porque houve dolo ou erro. Em todo o caso, a única interpretação defensável parece ser a de que o aderente não pôde influenciar o conteúdo do contrato porque as cláusulas foram elaboradas *sem prévia negociação individual* e nada mais lhe restou senão aceitá-las ou rejeitá-las em bloco. Aliás, se não fosse esta a interpretação mais acertada, poderíamos ser levados a crer que o legislador tinha pretendido alargar o âmbito de aplicação deste diploma a quaisquer contratos, que mesmo não sendo de adesão, tivessem por base uma proposta negocial que o destinatário

não pudesse influenciar. Até mesmo, tendo em conta o princípio da interpretação conforme o direito comunitário, não parece ser esse o espírito do legislador.

A somar-se a esta situação, critica-se que o legislador não tenha exceptuado a acção inibitória destes casos do nº 2 porque pela sua natureza, a acção inibitória pressupõe cláusulas contratuais gerais, ou seja, cláusulas que componham as características da generalidade e indeterminação, não fazendo sentido aplicá-la no âmbito dos contratos individualizados.

De qualquer modo, cumpre realçar que apesar de a directiva visar apenas as relações entre profissionais e consumidores, o legislador nacional continuou a optar por abranger também as relações entre empresários, preferindo até inserir nesta norma a palavra "destinatário" e não a palavra "consumidor".

Uma das características mais marcantes do direito contratual contemporâneo é de um número significativo de contratos — dos mais importantes da vida económica e empresarial moderna — ser celebrado em conformidade com as cláusulas previamente redigidas por uma das partes (ou até por terceiro), sem que a outra parte possa alterá-las. Daí serem eles designados por contratos de adesão, fórmula que traduz a posição da contraparte e realça o significado da aceitação: mera adesão a cláusulas pré-formuladas por outrem. Avultam, nesta noção, três características essenciais: a pré-disposição, a unilateralidade e a rigidez. São elas as características que definem os contratos de adesão em sentido estrito.

Estes contratos são normalmente celebrados com base em cláusulas ou "condições gerais" previamente redigidas. Quer dizer, a pré-disposição consiste, via de regra, na elaboração prévia de cláusulas que irão integrar o conteúdo de todos os contratos a celebrar no futuro ou, pelo menos, de certa categoria de contratos: trata-se, "hoc sensu", de cláusulas contratuais gerais. A esta característica da generalidade anda associada uma outra, a indeterminação: as cláusulas são previamente redigidas para um número indeterminado de pessoas.

É a intenção uniformizadora que leva a este procedimento, a fim de os contratos que vierem a ser concluídos obedecerem todos ao mesmo padrão ou modelo. O que permite responder às necessidades de racionalização, planeamento, celeridade e eficácia que impuseram e justificam o recurso a este modo de formação do contrato.

Pensemos nos contratos de seguros, bancários, de locação financeira ("leasing"), informáticos, de transporte, de fornecimento de energia eléctrica, água e gás, de prestação do serviço telefónico ou, até, nos contratos pelos quais se adquire, hoje em dia, um electrodoméstico ou outro bem de consumo corrente. Neles estão presentes, em regra, todas as características dos contratos de adesão em sentido amplo: a pré-disposição, a unilateralidade, a rigidez, a generalidade e a indeterminação. Alguém, normalmente uma empresa, elabora previamente as cláusulas (ou "condições") que irão fazer parte de todos os contratos que vier a celebrar, seja com quem for. Isto não impede, naturalmente, eventuais negociações entre as partes quanto a alguns aspectos do contrato — no essencial, porém, ele será regido, no todo ou em parte, pelas cláusulas previamente formuladas, sem que o aderente possa alterá-las. Tais cláusulas não são, pois, o resultado das negociações — pelo contrário, elas antecedem eventuais negociações, são elaboradas antes e independentemente de quaisquer (hipotéticas) negociações.

Há, assim, que separar duas fases: a da elaboração das cláusulas, que antecede e abstrai dos contratos que venham futuramente a celebrar-se, a qual é uma fase estática; e a da celebração de cada contrato singular, isto é, a fase em que se celebra efectivamente o contrato com alguém, que é a fase dinâmica em que se constitui a relação contratual, em que se conclui o contrato dito de adesão e que integra aquelas cláusulas.

Estas duas fases constituem dois momentos distintos do processo de contratação. E originaram diferentes designações para o mesmo fenómeno: com efeito, contratos de adesão, condições gerais dos contratos, cláusulas contratuais gerais, contratos "standard", etc, tem sido, como se sabe, a terminologia utilizada em vários direitos para designar a mesma realidade. Pondo de lado a distinção entre contratos de e por adesão — que poucos seguidores tem tido —, a alternativa tem-se colocado entre as expressões

contratos de adesão e cláusulas contratuais gerais (ou condições gerais dos contratos).

Ora, se é certo que se trata, frequentemente, de designar de forma diversa o mesmo processo, a verdade é que, em rigor, a fórmula contratos de adesão é mais ampla, podendo não coincidir com a expressão cláusulas contratuais gerais.

Na verdade, em regra o contrato de adesão é concluído através de cláusulas contratuais gerais; mas pode acontecer que falte às cláusulas pré-formuladas o requisito da generalidade (ou o da indeterminação), caso em que haverá contrato de adesão (estando presentes as características da pré-disposição, unilateralidade e rigidez) sem se poder falar de cláusulas contratuais gerais. Estas últimas são previamente elaboradas, numa palavra, tendo em vista a celebração, no futuro, de múltiplos contratos, que serão de adesão — mas tais contratos não deixarão de o ser se faltarem às cláusulas pré-formuladas os requisitos da generalidade e indeterminação. Estamos assim perante um primeiro problema, particularmente sentido nos países, como Portugal e a Alemanha, que, dispondo de legislação sobre cláusulas contratuais gerais, têm de a estender a todos os contratos de adesão quando o aderente for um consumidor, por força da Directiva comunitária de 1993 (a já referida Directiva 93/13/CEE, do Conselho, de 5 de Abril). Esse alargamento do âmbito de aplicação da lei veio a ser feito, como já referimos na Alemanha por lei de 19 de Julho de 1996, que introduziu alterações à AGB-Gesetz, de 9 de Dezembro de 1976. No que a este ponto diz respeito, a alteração consistiu na consagração de uma nova norma — o § 24 A — para os contratos com consumidores (Verbraucherverträge), preceituando-se, entre outras coisas, a aplicação dos §§ 5,6 e 8 a 12 também a cláusulas pré-formuladas para uma única utilização, ou seja, a contratos de adesão em que falte o requisito da generalidade. Já em Portugal, por sua vez, o problema permaneceu em aberto, apesar de o legislador ter pretendido transpor a directiva comunitária através do Decreto-Lei n.° 220/95, de 31 de Agosto, que introduziu modificações à lei portuguesa sobre cláusulas contratuais gerais: o Decreto-Lei n.° 446/85, de 25 de Outubro. E o problema continuou em aberto porque o legislador de 1995 foi omisso em relação a este ponto.

Pinto Monteiro contudo, defende que este silêncio do legislador português poderia ser interpretado como um silêncio eloquente, permitindo que se estendessem as soluções consagradas na lei a todos os contratos de adesão — excepto a acção inibitória, que, pela sua natureza, pressupõe cláusulas contratuais gerais —, "maxime" aos contratos com consumidores. Ao mesmo resultado levava o princípio da interpretação da lei em conformidade com a directiva, sendo certo, por outro lado, que nada obstaria a que as outras medidas, pela sua razão de ser (sobre o consentimento e sobre o conteúdo das cláusulas), se aplicassem, ainda que faltassem às cláusulas pré-formuladas os requisitos da generalidade e indeterminação [16].

Mas o problema não se restringe às relações de consumo. Se é verdade que a protecção do consumidor passa pelo controlo dos contratos de adesão, os problemas não devem, de todo o modo, confundir-se nem identificar-se. Pois se é certo que a necessidade de controlar tais contratos é maior quando a contraparte da empresa for um consumidor, a verdade é que o problema é mais amplo, não se esgota na protecção do consumidor, colocando-se também nas relações contratuais entre empresários.

Foi esta a perspectiva correcta do legislador português (tal como já tinha sido a do legislador alemão). Em todo o caso, não se duvida de que uma das principais medidas da protecção do consumidor consiste na consagração de especiais mecanismos de controlo dos contratos de adesão. Por outro lado, também não se duvida que foi essa "cruzada" dos tempos modernos — a protecção do consumidor — o grande impulsionador dos vários diplomas legislativos sobre as condições gerais da empresa que pelo mundo fora têm vindo a ser aprovados. Contudo, o fenómeno é mais amplo, e não deve confinar-se às relações da empresa com os consumidores, antes sendo de estender, em certos termos, também às próprias relações entre empresários ou entidades equiparadas.

[16] Cfr. MONTEIRO, António Pinto, *"O novo regime jurídico dos contratos de adesão/cláusulas contratuais gerais"*, cit..

3.2. Modo de conhecimento, extensão, conteúdo e autoria das cláusulas contratuais gerais.

Os principais problemas que os contratos de adesão levantam são, fundamentalmente, de três ordens: no plano da formação do contrato, aumentam consideravelmente o risco de o aderente desconhecer cláusulas que vão fazer parte do contrato; no plano do conteúdo, favorecem a inserção de cláusulas abusivas; no plano processual, mostram a inadequação e insuficiência do normal controlo judiciário, que actua a posteriori, depende da iniciativa processual do lesado e tem os seus efeitos circunscritos ao caso concreto.

Em face disto, um controlo eficaz terá de actuar em três direcções: pela consagração de medidas destinadas a obter, em cada contrato que se venha a concluir, um efectivo e real acordo sobre todos os aspectos da regulamentação contratual; pela proibição de cláusulas abusivas; e pela atribuição de legitimidade processual activa a certas instituições (como o Ministério Público) ou organizações (como as associações de defesa do consumidor) para desencadearem um controlo preventivo (que além de permitir superar a habitual inércia do aderente se mostra bem mais adequado à generalidade e indeterminação que caracteriza este processo negocial), isto é, um controlo sobre as "condições gerais" antes e independentemente de já haver sido celebrado um qualquer contrato.

Os dois primeiros tipos de problemas resultam, essencialmente, da pré-formulação das cláusulas — daí se indiciar que as soluções para eles encontradas não devam restringir-se, necessariamente, aos contratos celebrados através de cláusulas contratuais gerais. Já o último dos problemas e soluções — o controlo preventivo —, porém, só faz sentido quando as cláusulas pré-formuladas forem gerais.

De acordo com o disposto no artigo 2º do Decreto-Lei no 446/85, de 25 de Outubro, o regime em análise aplica-se a "todas as cláusulas contratuais gerais, independentemente da forma da sua comunicação ao público, da extensão que assumam ou que venham a apresentar nos contratos a que se destinem, do conteúdo que as informe ou de terem sido elaboradas pelo proponente, pelo destinatário ou por terceiros."

A leitura do normativo transmite, em primeiro lugar, que este regime se aplica independentemente da forma pela qual as cláusulas são comunicadas ao público, podendo estas ser sugeridas através de vários meios (por escrito com destinatário específico, circular, impresso, painel afixado, anúncio no jornal, meios orais, televisivos, radiofónicos etc.).

Além disso, o regime das cláusulas contratuais gerais aplica-se independentemente de as cláusulas contratuais gerais abrangerem uma regulação integral do negócio ou circunscreverem-se a uma regulação parcial. Por conseguinte, podemos afirmar que a extensão das cláusulas pode ser variável.

Por outro lado, este diploma aplica-se independentemente dos aspectos de disciplina negocial a que se refiram as cláusulas. Verifica-se assim que as cláusulas podem destinar-se a regular qualquer dos aspectos susceptíveis de disciplina negocial.

Enquanto isso, este regime aplica-se independentemente de as cláusulas terem sido elaboradas pelo proponente, pelo destinatário ou por terceiros. Isto porque o legislador pretendeu proteger a parte mais fraca ou desfavorecida e a verdade é que essa parte pode ocupar qualquer das posições acima mencionadas. Aliás, o que se verifica é que a parte que retira vantagens ilegítimas das cláusulas contratuais gerais pode não corresponder necessariamente ao proponente ou à pessoa que as elaborou. Na verdade, pode acontecer que as cláusulas sejam elaboradas por pessoas estranhas ao contrato como sucede no caso das associações profissionais ou de outros interesses.

3.3. Limitações à liberdade de estipulação.

Como já referimos, uma das principais manifestações do princípio da autonomia privada assenta no princípio da liberdade contratual, consagrado no artigo 405º do CC. De acordo com esta norma, o princípio da liberdade contratual decompõe-se em duas vertentes: por um lado, na liberdade de celebração dos contratos, que consiste na atribuição aos particulares, da faculdade de poderem aceitar ou recusar livremente a celebração de contratos; por outro, na liberdade de estipulação ou modelação dos contratos, que

consiste na atribuição aos particulares da faculdade de poderem fixar livremente o conteúdo dos contratos, "desde que o façam dentro dos limites da lei" (cfr. artigo 405º, nº 1 do C.C., no início).

No âmbito das cláusulas contratuais gerais, uma das partes não pode exercer a sua liberdade de estipulação, uma vez que esta se encontra reservada à outra parte; se virmos bem, este desequilíbrio pode acarretar a verificação de efeitos perversos. Um desses efeitos, pode traduzir-se no facto de o contrato ser celebrado, sem que uma das partes se aperceba do seu conteúdo, ou que só o assimile, quando se encontre numa situação de litígio, sendo então, demasiado tarde para reagir. Além disso, pode acontecer que sejam introduzidas no contrato, cláusulas iníquas ou abusivas, que seriam imediatamente rejeitadas por qualquer contraente que tivesse tido a possibilidade de discuti-las.

É por força da eventualidade da ocorrência destas circunstâncias, que o legislador decidiu intervir no sentido de limitar a liberdade de estipulação no âmbito dos contratos de adesão. Com esta restrição, o legislador procurou alcançar dois objectivos: em primeiro lugar, evitar a inclusão no contrato de cláusulas de que o outro contraente não se apercebeu; e em segundo lugar, impedir a aplicação de cláusulas iníquas ou abusivas.

3.4. Exigência da necessidade de aceitação.

Para prosseguir o objectivo de evitar a inclusão no contrato de cláusulas de que o outro contraente não se apercebeu, o legislador estabeleceu no artigo 4º que as cláusulas contratuais gerais se incluem nos contratos mediante a sua aceitação. No fundo, o legislador vem repudiar as teses anti-contratualistas e mistas, que permitiriam que uma das partes pudesse ditar as cláusulas, socorrendo-se de uma espécie de "poder regulamentar institucional" [17]. Consagrada a necessidade de aceitação, as cláusulas contratuais gerais não aceites especificamente por um contraente, ficam excluídas do contrato;

[17] Cfr. PINTO, Carlos Alberto da Mota - *"Contratos de Adesão: uma manifestação jurídica da moderna vida económica"*, cit..

obviamente, sem prejuízo de poderem ser utilizadas pelo predisponente noutros contratos (nos quais, os aderentes as aceitem). Esta exigência da aceitação estabelecida no artigo 4º é um reforço das regras sobre a perfeição da declaração negocial, designadamente, das normas aplicáveis em caso de falta de consciência da declaração, erro ou incapacidade.

Em todo caso, mesmo que ocorra a aceitação, é ainda necessária a verificação do cumprimento de outros requisitos para que se possam introduzir cláusulas contratuais gerais no contrato singular. Estes pressupostos encontram-se consagrados nos artigos 5º a 7º, e correspondem ao dever de comunicação, ao dever de informação e ao dever de dar prevalência às cláusulas específicas.

A fim de combater o risco de desconhecimento de aspectos significativos do contrato, impõe pois a lei, no artigo 5.°, o dever de comunicação prévia, e na íntegra, ao aderente, das cláusulas contratuais gerais que a empresa pretenda fazer inserir no contrato.

Esta comunicação deve ser feita de modo adequado e com a devida antecedência, procurando o legislador, deste modo, possibilitar ao aderente o conhecimento antecipado da existência das condições gerais que irão integrar o contrato, bem como o conhecimento do seu conteúdo, exigindo-lhe, para esse efeito, também a ele, um comportamento diligente.

Acresce, a cargo de quem utilize as referidas cláusulas, um dever de informação, consagrado no artigo 6.°, cuja extensão dependerá das circunstâncias, por forma a tornar acessível ao aderente a compreensão do seu conteúdo, mormente dos aspectos técnicos envolvidos. Devem, ainda, ser prestados, nos termos da lei, todos os esclarecimentos razoáveis que tenham sido solicitados.

É claro que o conteúdo deste dever de informação, bem como os termos por que deve ser feita a comunicação prévia das cláusulas contratuais gerais, dependem das circunstâncias, sendo de considerar, designadamente, o facto de existirem já anteriores relações contratuais ou de o aderente ser uma empresa ou um simples consumidor final. Partindo do princípio de que as cláusulas que tenham sido objecto de um acordo específico (v.g., cláusulas

manuscritas) traduzem melhor do que as outras um efectivo consenso, consagra-se, coerentemente, no artigo 7.°, a sua prevalência sobre quaisquer cláusulas contratuais gerais.

Como o escopo da lei é, neste campo, evitar a sujeição do aderente a cláusulas que não lhe tenham sido previamente comunicadas, ou que o foram, mas com violação do dever de informação (em prejuízo, assim, do seu conhecimento efectivo), a consequência, nos termos do artigo 8.°, reside na sua exclusão dos contratos singulares.

Quer dizer: não se consideram integradas no contrato as cláusulas contratuais gerais que não respeitaram os requisitos da sua inclusão; o que significa, em suma, que o acordo estabelecido entre as partes não abrange essas cláusulas (art. 8.°, als. a) e b)).

Esta, igualmente, a solução imposta a cláusulas inseridas em formulários depois da assinatura de algum dos contraentes (art. 8.°, al. d)), bem como às cláusulas que, pelo contexto em que surjam, pela epígrafe que as precede ou pela sua apresentação gráfica, passem despercebidas a um contratante normal, colocado na posição do contratante real (art. 8.°, al c)).

São abrangidas, por esta última norma, cláusulas que aparentam ser uma coisa mas, afinal, se revelam outra: por exemplo, tendo em conta o contexto em que surge, ou até a epígrafe que a precede, uma cláusula de exclusão ou de limitação da responsabilidade do predisponente disfarçada de cláusula de garantia.

Visa-se impedir que se façam valer, perante o aderente, cláusulas que suscitam, justificadamente, reacções de surpresa (serão as «Überraschende Klauseln», da lei alemã), por não lhe ser exigível — pela forma ardilosa com que as mesmas foram disfarçadas ou pela forma subreptícia ou camuflada com que foram apresentadas — o seu conhecimento efectivo, ainda que previamente comunicadas. Protege-se, assim, a confiança depositada pelo aderente num conteúdo diverso do real, legitimada pelo comportamento fraudulento de quem as predispôs nesses termos.

Em qualquer destes casos, pois, a solução ditada pelo artigo 8.°, em coerência com a ratio desta forma de controlo, é de excluir do contrato as

cláusulas contratuais gerais que não respeitaram os requisitos necessários à sua inclusão, mantendo-se o contrato na parte restante, com recurso às normas supletivas aplicáveis e, se necessário, às regras de integração dos negócios jurídicos, consagradas no artigo 239.° do CC.

É a solução do artigo 9°, n.° 1, do Decreto-Lei em apreço, impondo-se, porém, a nulidade do contrato singular, nos termos da mesma norma, quando o recurso àqueles elementos não obste, ainda assim, a «uma indeterminação insuprível de aspectos essenciais» ou a «um desequilíbrio nas prestações gravemente atentatório da boa fé». Completando, de certo modo, o controlo efectuado ao nível da formação do acordo, dispõe ainda a lei (art. 10°), num outro capítulo, de regras sobre a "interpretação e integração das cláusulas contratuais gerais", onde se acolhe o conhecido princípio de que *in dubio contra stipulatorem*.

Estas medidas destinam-se a prevenir o aderente do risco de desconhecimento do (ou de parte do) conteúdo do contrato, procurando contribuir para o seu esclarecimento e suscitar a sua reflexão. Assumem, no entanto, uma importância relativa. Protegem o aderente contra a inserção, mais ou menos subreptícia, de cláusulas prejudiciais aos seus interesses, contribuem para evitar decisões precipitadas, pouco reflectidas, e despertam a sua atenção para os termos do contrato que vai subscrever. Por outro lado, estas medidas poderão actuar, também, sobre o predisponente, pelo efeito dissuasor que tenderão a exercer, em regra, sobre ele, forçando-o a moderar os seus intentos, pois sabe que as suas condições gerais terão, assim, menos possibilidades de escapar à atenção da contraparte.

A sua eficácia, porém, do ponto de vista da tutela do consumidor ou, em geral, do aderente, é reduzida, pois desde logo não o protegem de cláusulas inequitativas ou abusivas a que terá de submeter-se, mesmo que consciente dos riscos que corre, uma vez que não encontra alternativa real para a aquisição do bem ou serviço de que carece e de que não pode prescindir.

Por outro lado, este tipo de medidas fracassa mesmo, por vezes, no seu objectivo, que é o de esclarecer o aderente a respeito do contrato que vai

celebrar: por falta de tempo e/ou de preparação técnica, por resignação, conformismo ou porque tem consciência de que pouco ou nada lhe adianta, o consumidor não lê ou não se interessa em conhecer em pormenor as condições do contrato. E o problema não está, propriamente, no cumprimento, pela empresa, do dever de informação — basta pensar que, no limite, uma informação em excesso pode conduzir ou equivaler, na prática, a uma falta de informação. A não ser que se entenda — e haverá, por vezes, bom fundamento para isso — que em situações deste tipo o dever de informação não é cumprido. Mas convém reflectir, por último, que a empresa poderá sempre argumentar que não é a ela que cabe seleccionar a informação mais relevante para o consumidor ou mais perigosa aos seus interesses, sendo a este, pelo contrário, que lhe compete formular esse juízo, proceder a essa selecção, perante toda a informação que ela lhe disponibiliza — desde que, como dissemos atrás, ela seja adequada, e não equivalha, por excessiva, injustificada ou desproporcionada, a uma falta de informação.

Vem a propósito recordar que a jurisprudência de vários países, numa fase recuada, em que mais timidamente abordou o problema, se escudou sob o controlo do consenso para impedir cláusulas inequitativas, afastando-as do contrato por alegado desconhecimento por parte do aderente. Tratou-se, frequentemente, de uma forma dissimulada de controlo sobre o conteúdo, de um controlo travesti, impulsionado por razões de (in)justiça do contrato, mas disfarçado de controlo sobre o consentimento.

Não significa isto, no entanto, que as medidas sobre a inclusão de cláusulas contratuais gerais em contratos singulares e sobre a sua interpretação e integração sejam, em si mesmas, inúteis ou inadequadas. Ao invés, tanto umas como outras se ajustam à especificidade dos contratos de adesão e constituem um primeiro passo na protecção do aderente, procurando responder, de modo próprio, a um primeiro problema: o do conhecimento, pelo aderente, das cláusulas pré-fixadas. Mas a sua eficácia é reduzida, "maxime" nas relações com consumidores finais.

3.5. Dever de comunicação.

Com o intuito de conferir ao aderente um conhecimento exacto do clausulado, ou de outra forma, para lhe permitir que formule correctamente a sua vontade, o legislador veio estabelecer no artigo 5º que a comunicação das cláusulas à outra parte deve ser integral, devendo ser realizada de forma adequada e com a antecedência exigida. Sobre este aspecto em particular, cumpre referir que de acordo com o artigo 6o/1, exige-se que o utilizador informe o aderente de todos os aspectos compreendidos nas cláusulas contratuais gerais que careçam de esclarecimento, nomeadamente, do seu significado e implicações. É de sublinhar que o predisponente deve executar este dever, imprimindo-lhe a intensidade necessária para suprir as necessidades sentidas por um aderente médio, quando colocado na situação do aderente real.

Além disso, nos termos do número 2 do artigo 6º exige-se que o predisponente preste todos os esclarecimentos razoáveis que o aderente solicite.

3.6. Cláusulas que se consideram excluídas.

Se porventura, o requisito do dever de informação não for observado, as cláusulas contratuais gerais consideram-se excluídas dos contratos de acordo com o disposto na alínea b) do artigo 8º. Ao mesmo tempo, se a omissão do dever de informação originar danos para o aderente, o utilizador pode ficar constituído no dever de indemnizar. Por vezes, no âmbito das cláusulas contratuais gerais, as partes acordam cláusulas distintas das predispostas demonstrando desta forma a vontade de afastar as cláusulas pré-elaboradas por uma delas.

Por esse motivo, nos termos do artigo 7º, as cláusulas especificamente acordadas prevalecem sobre quaisquer cláusulas contratuais gerais, mesmo que constem de formulários assinados pelas partes [18].

[18] Importa salientar que segundo Almeida Costa e Menezes Cordeiro, as cláusulas contratuais gerais

A eliminação dessas cláusulas pode todavia acarretar várias consequências relativamente à vigência dos contratos onde se inseriam.

Para solucionar este problema, o legislador estabeleceu no nº1 do artigo 9º que excluídas as cláusulas em contravenção, devem aplicar-se à parte afectada do contrato, as normas supletivas com recurso (se necessário) ao regime da integração negocial.

3.7. Cláusulas proibidas.

É comum que o aderente aceite submeter-se a cláusulas injustas ou abusivas quando não tem outra alternativa para adquirir determinado bem ou serviço de que não pode prescindir (nomeadamente nos contratos de fornecimento de electricidade ou gás). Atento a esta situação, o legislador português teve a consciência de que a consagração dos deveres de aceitação, comunicação, informação e de dar prevalência às estipulações específicas, não eram *per se* suficientes para tutelar com eficácia os interesses da parte mais fraca. A verdade é que mesmo que se cumpram todos estes deveres, o consumidor pode deparar-se com cláusulas materialmente injustas ou abusivas com as quais se conforma por não ter outra alternativa.

O legislador apercebeu-se que havia que fiscalizar directamente o conteúdo das próprias cláusulas contratuais gerais. Fê-lo de duas formas: por um lado, impondo a sanção da nulidade para certo tipo de cláusulas, que expressamente proíbe, nulidade essa invocável nos termos gerais (arts. 12.° e 24.°); por outro lado, consagrando uma acção inibitória, com finalidades preventivas.

Adoptou, no essencial, o modelo alemão, enumerando uma série de cláusulas que proíbe em termos absolutos, ao lado de outras, cuja proibição é relativa. O sistema é completado com a consagração de uma cláusula geral,

devem ser sacrificadas, mesmo que o acordo específico celebrado com o objectivo de derrogá-las, seja nulo por falta de forma. Cfr. COSTA, Mário Júlio de Almeida/CORDEIRO, António Menezes – *"Cláusulas contratuais gerais, Anotação ao Decreto-Lei n.o 446/85, de 25 de Outubro"*. Coimbra: Almedina, 1993, p. 26.

assente na boa fé. Mas fê-lo com a novidade de, logo à partida, e em termos claros, separar as relações entre empresários ou entidades equiparadas, das relações com consumidores finais, dedicando, a cada uma delas, uma secção própria.

A importância desta distinção reside no seguinte: enquanto, nas relações entre empresários ou entidades equiparadas, as cláusulas absoluta ou relativamente proibidas são apenas as que constam, respectivamente, dos artigos 18.° e 19.°, já nas relações com consumidores finais, porém, além destas cláusulas, são igualmente proibidas, de modo absoluto ou apenas relativo, as que constam dos artigos 21.° e 22.°, respectivamente. Quer dizer: tratando-se de relações com consumidores finais, são proibidas tanto as cláusulas indicadas nas normas da respectiva secção (hoje, secção III), como, igualmente, as cláusulas proibidas pelas secções anteriores: é a solução ditada pelo artigo 20°.

Esta atitude do legislador, revela sensibilidade pela tutela dos interesses do consumidor final, sem reduzir a fiscalização do conteúdo das cláusulas contratuais gerais a este sector. Na verdade, como o problema é mais geral, a lei não descura a protecção dos próprios empresários e dos que exerçam profissões liberais, quando intervenham apenas nessa qualidade e no âmbito da sua actividade específica.

É importante esclarecer o sentido da distinção entre cláusulas absolutamente proibidas — que são as que constam dos artigos 18.° e 21.°, tratando-se de relações com consumidores finais, ou apenas do artigo 18.°, tratando-se de relações entre empresários ou entidades equiparadas — e cláusulas relativamente proibidas — artigos 19.° e 22.°, para as relações do primeiro tipo, ou só artigo 19.°, não estando envolvidos consumidores finais.

Enquanto as cláusulas sujeitas a uma proibição relativa permitem ao tribunal a sua apreciação em cada caso concreto, ainda que segundo um modelo objectivo, as outras são proibidas em termos absolutos, ou seja, em qualquer caso; umas só são proibidas após valoração judicial, as outras são-no imediatamente, desde que constem do vasto elenco de cláusulas absolutamente proibidas.

Atente-se, por outro lado, no padrão de referência a ter em conta pelo tribunal, ao ajuizar sobre determinada cláusula, quando isso lhe é permitido, ou seja, quando se trate de uma cláusula proibida apenas em termos relativos. Esse padrão de referência, "o quadro negocial padronizado" (nos termos dos artigos 19.° e 22.°), é um paradigma, é o modelo perante o qual se deverá apreciar, parece-me, determinada cláusula, consoante a sua adequação ou divergência acentuada em relação ao quadro negocial típico de determinado sector de actividade.

O vasto elenco de cláusulas interditas, tanto em termos absolutos como em termos relativos, não impede, contudo, que outras cláusulas possam vir a ser proibidas, por decisão judicial, ainda que não estejam incluídas em qualquer das referidas normas. A lei dispõe de uma cláusula geral, assente no princípio da boa fé, perante o qual, tendo em conta as circunstâncias, toda e qualquer cláusula terá de justificar-se (arts. 15° e 16°, após a alteração de 1995).

3.8. Contrariedade à boa fé.

A lei elegeu como princípio orientador das cláusulas contratuais gerais a boa fé proibindo no artigo 15º todas as estipulações que lhe sejam contrárias. Neste caso, a boa fé deve ser entendida no seu sentido objectivo, pois o que o artigo 15º estabelece, é uma regra de conduta. No fundo, trata-se de uma cláusula geral que propõe um plano de disciplina e não de uma norma de aplicação imediata, como sucede aliás, nos casos em que a boa fé é retratada no seu sentido subjectivo. A grande vantagem da introdução da boa fé em sentido objectivo é a de permitir atender a todas as situações carecidas de uma mediação informada por atributos essenciais de justiça. Assim, permite-se que a boa fé seja aferida caso a caso pelo julgador, devendo este declarar nulas, todas as cláusulas que atentem contra os valores fundamentais do direito, mesmo que não sejam objecto de proibição específica no regime das cláusulas contratuais gerais.[1] De forma a realizar o cumprimento desta cláusula geral, o legislador estabeleceu no artigo 16º alguns critérios que devem ser tidos em consideração pelo julgador na apreciação de cada caso em concreto.

O primeiro desses critérios prende-se com a remissão para os valores fundamentais do direito; sobre este aspecto, é de salientar que a solução alcançada deve ir ao encontro dos desígnios genéricos da ordem jurídica como um todo, não devendo atender apenas, às especificidades de cada caso em concreto.

Por outro lado, o julgador deve ter em conta, para além de outros aspectos atendíveis, a confiança depositada pelas partes, o sentido geral das cláusulas, o processo de formação do contrato e o seu teor.

Por fim, a solução encontrada deve envolver o objectivo que as partes visaram alcançar quando celebraram o contrato, procurando-se deste modo, a sua efectivação à luz do tipo de contrato celebrado.

3.9. Cláusulas absolutamente proibidas

As alíneas a), b), c), e d), do artigo 18º proíbem as denominadas cláusulas de exclusão ou limitação da responsabilidade. A admissibilidade deste tipo de cláusulas nos termos do direito comum (artigo 809º e ss. do CC) tem suscitado grandes divergências doutrinárias. Contudo, o legislador foi peremptório, proibindo expressamente, as estipulações de exclusão ou limitação da responsabilidade no âmbito das cláusulas contratuais gerais. Note-se, que esta proibição não abrange a estipulação de cláusulas penais. Muito embora, se imponha que sejam formuladas de molde a não limitarem ou excluírem a responsabilidade.

Assim, nos termos da alínea a) do artigo 18º são absolutamente proibidas as cláusulas "que excluam ou limitem, de modo directo ou indirecto, a responsabilidade por danos causados à vida, à integridade moral ou física ou à saúde das pessoas."

Do mesmo modo, na alínea b) do mesmo artigo proíbem-se as cláusulas, "que excluam ou limitem, de modo directo ou indirecto, a responsabilidade por danos patrimoniais extracontratuais causados na esfera da contraparte ou de terceiros.

De acordo com o disposto na alínea c) do artigo 18º são proibidas as cláusulas que "excluam ou limitem, de modo directo ou indirecto, a responsabilidade por não cumprimento definitivo, mora ou incumprimento defeituoso, em caso de dolo ou de culpa grave". Daqui poderia decorrer *a contrario* a admissibilidade da estipulação de cláusulas a excluir ou a limitar a responsabilidade, em caso de culpa leve do devedor. Mas na verdade, o artigo 809º do CC proíbe expressamente a possibilidade de o credor renunciar antecipadamente ao seu crédito nos casos de não cumprimento ou mora do devedor.

Por outro lado, a alínea d) impede a convenção de cláusulas que "excluam ou limitem, de modo directo ou indirecto, a responsabilidade por actos de representantes ou auxiliares, em caso de dolo ou de culpa grave". Neste caso, ao contrário do que sucedia na alínea anterior, por força do nº2 do artigo 800º do CC (por remissão, do artigo 809º do mesmo diploma), admite-se a estipulação de cláusulas que limitem ou excluam a responsabilidade, em caso de culpa leve dos representantes ou auxiliares.

A somar-se a esta circunstância, a lei proíbe na alínea e) do artigo 18º as estipulações que atribuam exclusivamente a quem as predisponha a faculdade de interpretar qualquer preceito do contrato. Esta restrição surge justamente porque a interpretação dos contratos obedece a normas próprias, que em caso de desavença entre as partes, remetem para as instâncias judiciais.

Além disso, são proibidas as cláusulas que excluam ou limitem a excepção do não cumprimento do contrato (artigo 18º, alínea f) ou o direito de retenção (artigo 18º, alínea g), que meios que visam incitar o devedor ao cumprimento das suas obrigações.

Do mesmo modo, o legislador proibiu ainda as cláusulas que visassem excluir ou limitar as faculdades da compensação (artigo18o, alínea f) ou da consignação em depósito (artigo 18º, alínea i), cuja razão de ser é obter a extinção da obrigação por vias alternativas quando o seu cumprimento deixa de se justificar por factos imputáveis à outra parte. Com estas proibições, evita-se que uma das partes fique vinculada ao cumprimento de uma obrigação sem poder coagir a outra parte a cumprir mesmo que se demonstrasse que esta

não cumpria por motivos que lhe fossem imputáveis e que justificassem a extinção.

Por outro lado, nos termos da alínea j) do artigo 18º é absolutamente proibida a cláusula que estabeleça obrigações duradouras perpétuas ou cujo tempo de vigência dependa apenas da vontade do predisponente. Alguns autores têm criticado a redacção desta norma porque como só se proíbem as obrigações duradouras perpétuas, admitem-se todas as obrigações temporárias, que podem ser vitalícias.[1]Por fim, a alínea l) do artigo 18º proíbe as cláusulas que permitam ao predisponente, sem acordo da outra parte, a cessão da posição contratual (artigo 424º do CC), a transmissão de dívidas (artigo 595º do CC) ou o subcontrato, salvo se a identidade do terceiro constar do contrato inicial. Com esta restrição, pretende evitar-se que o predisponente se exonere das suas obrigações, transmitindo-as para um terceiro, sem capacidade de cumprimento.

3.10. Cláusulas relativamente proibidas.

As cláusulas constantes do artigo 19º são apreciadas pelo julgador tendo em conta a ponderação do quadro negocial padronizado e que só assim se pode aferir se se verifica um exercício abusivo da liberdade contratual. Por conseguinte, pode acontecer que as cláusulas, sendo válidas em determinadas situações, sejam inválidas noutras.

Assim, de acordo com o disposto nas alíneas a) e b) do artigo 19º são proibidas as cláusulas em que se estipulem prazos excessivos para a aceitação ou rejeição de propostas para o cumprimento de obrigações.

Por outro lado, nos termos da alínea c) do artigo 19º proíbem-se "as cláusulas penais desproporcionadas em relação aos danos a ressarcir". Atente-se, que esta proibição opera quer o valor da cláusula penal seja excessivamente elevado, quer seja manifestamente insignificante, importando apenas que se revele uma desproporção sensível entre esse valor e o dos danos a ressarcir.

No tráfego negocial de massas, é comum que as partes dispensem as declarações formais de vontade, substituindo-as por comportamentos que

lhes equivalham. Ora, a alínea d) do artigo 19º veda as cláusulas que imponham ficções de manifestações tácitas de vontade com base em factos para tal insuficientes, isto é, com base em factos de onde não seria possível deduzir, com toda a probabilidade, a revelação dessa vontade (artigo 217o do CC). Por maioria de razão, são igualmente proibidas as cláusulas que, injustificadamente, atribuam valor ao silêncio enquanto manifestação de vontade.

Por seu turno, a alínea e) do artigo 19º impede as cláusulas que façam depender injustificadamente a garantia das qualidades da coisa cedida ou serviços prestados do não recurso a terceiros. Se virmos bem, há casos em que uma cláusula deste teor, poderia restringir seriamente a garantia, representando uma intolerável exclusão da responsabilidade.

Nos termos do artigo 19º alínea f), proíbe-se a estipulação que permita a denúncia imediata ou com pré-aviso insuficiente, sem compensação adequada, quando se tenha exigido à outra parte dispêndios ou investimentos consideráveis. Ora, uma cláusula deste teor defraudaria por completo as expectativas da parte que confiando numa vigência razoavelmente alargada do contrato, tivesse realizado avultados investimentos ou outros dispêndios.

A alínea g) do artigo 19º impossibilita as cláusulas de escolha de foro que acarretem graves inconvenientes para uma das partes, sem que interesses da outra parte o justifiquem. Na realidade, uma cláusula deste tipo poderia, em certos casos, corresponder a uma inadmissível limitação ou supressão do direito de acção.

Por seu turno, a alínea h) do artigo 19º impede as estipulações que permitam a modificação das prestações sem compensação correspondente às alterações de valor então verificadas. Por fim, a alínea i) do artigo 19º proíbe as cláusulas que limitem sem justificação a faculdade de interpelar. Note-se, que a interpelação é uma declaração relevante para o vencimento das obrigações. Ora, uma limitação ao seu exercício poderia impedir injustificadamente essa circunstância. Além disso, esta norma encerra ainda a proibição das obrigações *cum potuerit* (artigo 768º, nº1 do CC) e *cum voluerit* (778º, nº2 do CC) que limitam gravemente a autonomia privada de uma das partes consentindo à outra uma ampla margem de manobra.

3.11. Relações com os consumidores finais.

Às relações com consumidores finais, aplicam-se por força da remissão do artigo 20º as proibições relativas às relações entre empresários. Mas, o legislador estabeleceu ainda proibições específicas no âmbito das relações com consumidores finais. Face a estas, verificamos novamente a já explanada divisão entre cláusulas absolutamente proibidas e cláusulas relativamente proibidas cujos elencos constam dos artigos 21º e 22º.

As proibições absolutas encontram-se consagradas no artigo 21º que tende a impedir a proliferação de cláusulas que visem a limitação ou alteração das obrigações assumidas na contratação ou que excluam directa ou indirectamente as garantias legais da não existência de vícios da prestação.

Assim, nos termos da alínea a) do artigo 21º são proibidas as cláusulas que visem a limitação ou alteração de obrigações previamente assumidas.

De acordo com a alínea b) do mesmo artigo são proibidas as estipulações que permitam que o predisponente exerça unilateralmente as faculdades de verificação ou estabelecimento da qualidade dos produtos ou serviços.

A alínea c), impede a estipulação de cláusulas que permitam a não correspondência da prestação às especificações ou amostras exibidas.

Por outro lado, a alínea d) proíbe as cláusulas que excluam os deveres que recaem sobre o utilizador em caso de vícios da prestação ou que estabeleçam a imposição de uma forma específica de reparação ou indemnização pecuniária.

Na alínea e), a lei proíbe a estipulação que reserve a interpretação do contrato a uma das partes, quer acerca dos seus aspectos jurídicos, quer sobre questões materiais, sob pena de essa convenção poder suscitar uma diminuição das garantias contra defeitos ocultos.

Já nos termos da alínea f), impedem-se as cláusulas que alterem a distribuição do risco contratual, pretendendo-se com isto, evitar uma distribuição do risco prejudicial à parte mais fraca.

Além disso, nos termos da alínea g) do artigo 21º são proibidas as cláusulas que visem impedir que uma das partes possa exercer judicialmente os seus direitos, bem como as cláusulas que alterem o regime do ónus da prova ou estabeleçam certas proibições de prova.

De acordo com o disposto na alínea h) do artigo 21º não são permitidas as estipulações que excluam a possibilidade de requerer a tutela judicial nem as cláusulas compromissórias relativamente a arbitragens que não assegurem as garantias de procedimento legalmente estabelecidas.

O artigo 22º estabelece o elenco das cláusulas relativamente proibidas no âmbito das relações com consumidores finais. Nestas situações, só o exame do quadro contratual padronizado permite a verificação da existência de um abuso das estipulações. Esta circunstância terá de ser aferida pelo julgador através da valoração dos conceitos indeterminados consagrados no artigo 22º.

Neste caso, a alínea a) do artigo 22º impede a estipulação de cláusulas que prevejam prazos excessivos de duração do contrato quer através da estipulação da sua vigência quer através da exigência de prazos dilatados para a sua denúncia.

Além disso, nos termos do artigo 22º, nº 1, alínea b), são proibidas as cláusulas que admitam a denúncia sem pré-aviso adequado ou que permitam a resolução sem motivo justificativo fundado na lei ou convenção. Por outro lado, nos termos da alínea c) do artigo 22º, nº 1 são proibidas as cláusulas que atribuam ao predisponente o direito de alterar unilateralmente os termos do contrato, excepto se existir razão atendível que as partes tenham convencionado. Repare-se a este propósito, que a alínea a) já impedia a limitação ou alteração de certas obrigações assumidas na contratação e portanto a alínea c) vem proibir todas as outras alterações unilaterais que pudessem modificar os termos do contrato.

As alíneas d), e) e f) proíbem estipulações que consistam em alterações excessivas de preço ou que permitam prazos excessivamente curtos sem deixar à outra parte a alternativa de resolução ou denúncia do contrato. Todavia, são permitidas as cláusulas de alteração da taxa de juro e encargos em função do

mercado (cfr. artigo 22º, nº 2, alínea a) e as alterações unilaterais dos contratos de duração indeterminada (cfr. artigo 22º, nº 2, alínea b), desde que prevejam um pré-aviso razoável e facultem a outra parte a alternativa da resolução do contrato. Além disso, nos termos do artigo 22º, nº 4 permitem-se as cláusulas de indexação que explicitem o mecanismo de variação de preço desde que sejam compatíveis com o tipo contratual em causa.

Realça-se, que a alínea g) do nº 1 do artigo 22º proíbe as cláusulas que afastem injustificadamente as regras relativas ao cumprimento defeituoso ou aos prazos relativos ao exercício de direitos emergentes de vícios da prestação. Em todo o caso, esta norma deve ser conjugada com os artigos 18º, alínea c) e 21º, alínea d) que proíbem tanto a exclusão da responsabilidade como o afastamento dos deveres impostos em caso de cumprimento defeituoso.

Um outro elemento a ter em conta, é a proibição de cláusulas que imponham a renovação automática do contrato em consequência do silêncio da contraparte, se a data limite para a imposição da renovação se encontrar excessivamente distante do termo do contrato (cfr. artigo 22º, nº 1, alínea h)).

Por outro lado, a alínea i) vem proibir que uma das partes ponha termo a um contrato de duração indeterminada sem pré-aviso razoável, excepto nos casos em que se verifiquem razões sérias capazes de o justificar.

Finalmente, as alíneas j), l), m), n) e o) do artigo 22º, nº 1, proíbem estipulações acessórias inconvenientes ou injustificadas, nomeadamente as que impeçam injustificadamente reparações ou fornecimentos por terceiros; as que imponham antecipações de cumprimento exageradas; as que estabeleçam garantias demasiado elevadas ou excessivamente onerosas; as que fixem locais, horários ou modos de pagamento despropositados ou inconvenientes; e as que exijam às partes formalidades não previstas na lei ou comportamentos supérfluos para a prática de certos actos ou para o exercício de direitos contratuais.

4. Negócio jurídico bancário.

A actividade bancária é a actividade empresarial exercida pelos bancos e pelos demais agentes que operam nos mercados monetário, financeiro e cambial, que são as instituições de crédito e as sociedades financeiras.

As instituições de crédito e as sociedades financeiras são reguladas pelo RGICSF: o Regime Geral das Instituições de Crédito e das Sociedades Financeiras, aprovado pelo Decreto-Lei nº 298/92, de 31.12, com as alterações que lhe vieram sucessivamente a ser introduzidas por legislação posterior, sendo a última a introduzida pela Lei nº 23-A/2015 de 26 de Março (também por vezes designado Lei Bancária).

As instituições de crédito são as empresas cuja actividade consiste em receber do público depósitos ou outros fundos reembolsáveis, a fim de os aplicarem por conta própria mediante a concessão de crédito, e a sua actividade é regulada no artigo 4º da Lei Bancária.

Por outro lado, são sociedades financeiras as empresas que não sejam instituições de crédito e cuja actividade principal consista em exercer uma ou mais das actividades referidas nas alíneas b) a i) do art. 4° da Lei Bancária, excepto locação financeira e factoring.

Do ponto de vista económico, a abordagem do conceito de banco toma em consideração que o banco universal típico está organizado em torno de 3 áreas nucleares:

- banca de retalho;

- banca de investimento;

- gestão de activos.

A banca de retalho, constitui o clássico domínio da *banca comercial*, estruturada em torno da recepção de depósitos e outros fundos reembolsáveis, da concessão de crédito, da gestão de contas bancárias, e das transacções que lhe estejam associadas e, bem como, da gestão de carteiras de títulos e outros interesses de clientes com fortunas pessoais assinaláveis.

A banca de investimento desenvolve a respectiva actividade essencialmente no âmbito da concessão de crédito a médio e a longo prazos, na tomada de participações sociais de outras empresas e no acompanhamento e consultoria de processos de fusões e aquisições.

Por outro lado, no que tange à gestão de activos, aqui se englobam os activos institucionais, os de fundos de pensões e os de outros instrumentos de poupança em larga escala.

No âmbito destas 3 áreas são celebrados um sem número de negócios jurídicos bancários.

O contrato bancário geral, constitui o início da relação contratual, onde em princípio figuram as condições gerais para todos os negócios que subsequentemente a mesma pessoa e a mesma entidade bancária venham a realizar.

Este contrato só é celebrado na primeira vez que o cliente contrata com o Banco.

Para a doutrina maioritariamente aceite, o contrato bancário geral existe, mas não obriga o Banco a contratar, uma vez que se trata de um contrato-quadro, sendo que este define a moldura dentro da qual o relacionamento do cliente com o banco se vai desenvolver. Constitui o enunciado dos princípios fundamentais que hão-de reger o relacionamento com o banco.

Existem duas modalidades de contratos quadro, os que obrigam a realizar contratos subsequentes *(franchising e agência)*, e os que não obrigam a contratar *(a maioria dos contratos bancários*, *entre os quais o contrato bancário geral*).

Fundamentalmente, o contrato bancário serve para impor o dever de fundamentação ao Banco quando, no âmbito de uma relação contratual pontualmente cumprida e sem alteração substancial, altere o seu comportamento para com o cliente recusando operações bancárias, e para controlar decisões arbitrárias perante casos semelhantes.

Deste contrato decorrem, deveres de lealdade *(profissionalismo e rigor técnico nas operações contratadas)*, dever de protecção *(sigilo bancário)* e o

dever de boa-fé entre as partes *(art.762°, nº 2 CC)*, podendo gerar responsabilidade civil nos termos gerais.

O contrato bancário geral integra uma prestação de serviços (consequência de a actividade bancária se traduzir essencialmente numa prestação de serviços – artº 1154º CC) com aplicação das regras relativas ao mandato.

Neste âmbito, o dever de informação (artº 75º do RGICSF) é normalmente entendido como uma decorrência, de ordem geral, do princípio da boa-fé, constituindo um elemento essencial, quer da própria formação da relação contratual, quer da execução das obrigações dela resultantes (arts.227°, nº 1 e 762°, nº 2 CC). O dever de informação, como norma de conduta, insere-se na perspectiva de relação extrínseca da actividade bancária. Assim, existirá obrigação de indemnizar quando exista o dever jurídico de dar conselho, recomendação ou informação (art. 485°, nº 2 CC).

Tendo assento e consagração constitucional no artº 37º, nº 1 da CRP, o dever de informação vem regulado no art. 75° RGICSF, onde se especifica que o Banco está obrigado a informar os seus clientes sobre remunerações, preços dos serviços prestados e outros encargos. Importa que seja produzida uma informação completa, verdadeira, actual, clara, objectiva e lícita (cfr. art.7°, nº 1 CVM) de forma a possibilitar uma decisão consciente, responsável e prudente pois o ónus de procurar a informação é dispensado ao consumidor. Este dever visa essencialmente tentar compensar a desigualdade latente entre os sujeitos.

Assumem relevo especial a necessidade de o banco especificar as particularidades técnicas da operação considerada, não se ficando apenas pela alusão aos contornos genéricos, e bem assim a adequação da informação à própria experiência e conhecimento técnico do cliente.

A moldura legal do dever de informação assenta basicamente em quatro pilares: 1° pilar - as disposições constantes do art. 75° RGICSF; 2° pilar – o disposto no artº 7º, nº 1 CVM, 312°, nº 1, als. a) a d), 312°, nºs 2 e 3, 314°, nº 2, 323°, als. a), b) e c) CC; 3° pilar – O disposto no diploma relativo às

cláusulas contratuais gerais – DL n° 446/85, de 25 de Outubro; 4° pilar - o disposto na Lei de defesa do consumidor, a Lei n° 24/96, de 31 de Julho.

Como uma espécie de cimento de ligação, a boa fé constitui o *elemento comum* que perpassa por todo este enquadramento normativo.

O dever de informação que impende sobre os bancos nas sua relações com a clientela está definitivamente associado à estrita esfera contratual e ao quadro de responsabilidade daí decorrente para a sua eventual violação, nos termos da presunção de culpa prevista no art. 799°, nº 1 CC. Caso este dever não seja cumprido, o banco incorre perante o Banco de Portugal no pagamento de coimas.

Por outro lado, o sigilo bancário (arts. 78° a 84° RGICSF) insere-se na perspectiva de relação extrínseca da actividade bancária. Como é óbvio, a instituição, por força dos contratos celebrados detém um sem número de informações acerca dos seus clientes, para que o banco mereça a confiança dos seus clientes é necessária a observância de rigoroso sigilo.

A violação do dever de segredo bancário, uma modalidade do sigilo profissional, reveste-se de natureza criminal, por força do disposto no art. 84° do RGICSF e 195° do Código Penal.

O segredo bancário previsto no art. 78° e ss. do regime geral aplica-se a todos os intervenientes da actividade bancária mesmo após o termo das funções (art. 78°, nº 3 RGICSF).

As operações bancárias são negócios jurídicos levados a efeito por instituições bancárias e não apenas por bancos, são executadas por Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras. Distinguem-se as operações bancárias activas, operações bancárias passivas, e operações neutras, sendo a distinção entre as três categorias feita é feita pelo critério da posição adoptado pela instituição.

As operações neutras são as operações que não são activas nem passivas por não colocarem a instituição em posição credora ou devedora e nem sequer são exclusivas ou específicas destas instituições, e são designadas como

bancárias apenas quando e porque levadas a efeito por instituições bancárias, sendo também designadas *atípicas* pela doutrina.

De entre os exemplos de operações neutras podemos encontrar, o contrato de abertura de conta, a prestação de garantias, a abertura de créditos documentários, a administração de bens e direitos alheios, a colocação e tomada firme de emissões de títulos alheios, pagamento por conta de terceiros, a cobrança por conta de terceiros e aluguer de cofres.

O contrato de abertura de conta é um contrato atípico (não há na lei a configuração deste contrato, que resulta da livre negociação das partes), é também um contrato específico da actividade bancária e rege-se pelos princípios fundamentais do mandato. Além disso, é um contrato inominado (não há para ele uma designação legal – resulta dos usos e dos costumes bancários). É um negócio jurídico que marca o início de uma relação bancária complexa entre o banqueiro e o cliente e traça o quadro básico de relacionamento entre tais entidades, podendo considerar-se o mesmo como um contrato *a se*: próprio, com características irredutíveis e uma função autónoma. Devendo ser tomado como um negócio materialmente bancário por excelência, sendo o contrato de depósito e a conta, esta, em si mesma, com natureza jurídica, realidades diferentes, que mantêm a sua individualidade. Efectuando-se a contabilização da conta bancária em regime de conta-corrente – assim sucedendo desde Antiguidade - que no séc. XIX passou a revestir a forma de contrato, a qual permite relevar, num simples quadro de "deve" e "haver" as operações efectuadas entre as partes, ou, juridicamente falando, os créditos e débitos recíprocos do banco e do cliente. Permitindo a mesma regularizar por compensações sucessivas os créditos recíprocos que vão sendo contabilizados, de modo que apenas um saldo restará exigível pela parte que, a final, se revelar credora. Sendo certo que hoje em dia, a melhor doutrina – com destaque para Menezes Cordeiro – concebe a conta-corrente como um elemento necessário do contrato de abertura de conta bancária.

Como características do contrato de abertura de conta, temos que na sua maior parte é regulado pelas cláusulas contratuais gerais. A conta é um instrumento jurídico através do qual se inscrevem registos das movimentações de dinheiro, entrada *(crédito)* e saída *(débito)*, permitindo conhecer o saldo

em qualquer momento. Algumas contas têm a si associadas um serviço de caixa, e tem sempre associado um contrato de depósito.

Cada abertura de conta não implica um contrato bancário geral. Este só é celebrado a primeira vez que o cliente contrata com o Banco. Há doutrina que nega a existência deste tipo de contrato, porque, aceitá-lo, implicaria para o Banco uma obrigação de contratar. Para outros, o contrato bancário geral existe, mas não obriga o Banco a contratar, uma vez que se trata de um contrato-quadro.

A doutrina mais atenta às mudanças entretanto ocorridas e aos deveres gerais dos bancos para com os clientes converge na verificação da existência de uma relação geral de negócios entre o banco e cada um dos seus clientes, com autonomia em relação a cada uma das operações que entre eles se realizam.

Na doutrina inglesa [19], configura-se, há muito, uma relação banco-cliente com base contratual. Na doutrina alemã, as teses explicativas variam em torno de dois polos: a teoria da relação obrigacional legal, sem dever primário de prestação, em que se fundam os deveres gerais de proteção associados aos contratos que sejam efetivamente celebrados, e a teoria do contrato bancário geral, segundo a qual a relação geral bancária, de fonte contratual, tem a natureza de contrato-quadro, que se projeta na conta corrente onde se registam os créditos e os débitos originados pelas diferentes operações.

Esta segunda tese adapta-se bem à realidade portuguesa actual e responde de modo convincente às objeções da tese concorrente anti-contratualista: O contrato bancário geral forma-se em consonância com os princípios gerais sobre a formação dos contratos, seja por via de declarações tácitas, seja, como agora é mais frequente, pela assinatura de documentos que contêm as cláusulas contratuais gerais e particulares acordadas no acto (chamado) de abertura de conta.

Do contrato geral não resulta tipicamente qualquer dever de contratar (embora nalgum caso concreto tal possa suceder); resulta geralmente apenas

[19] R. CRANSTON, Principles of Banking Law, Oxford, 1997, p. 137 ss; ELLINGER's Modern Banking Law, 4ª ed., Oxford, 2006, p. 117 ss.

a obrigação de contratar em certos termos, se outros contratos se vierem a celebrar. Os deveres legais (informação, de diligência, de sigilo) não precludem a existência de contrato; são deveres acessórios que, como sucede em relação a outros contratos, se aplicam a comportamentos pré-contratuais, contratuais e pós-contratuais.

A forma do contrato é livre, mas geralmente escrita. A formação pode seguir qualquer dos modelos básicos: aceitação de proposta ou declarações contratuais conjuntas. O contrato é normalmente *real quoad constitutionem*, sempre que a sua celebração coincida com a transmissão de dinheiro pelo cliente ao banco. A estrutura e o conteúdo típicos do contrato bancário geral compreendem os seguintes elementos: As pessoas são um banco e qualquer outra pessoa (o cliente). O objeto refere-se a dinheiro e, eventualmente, a instrumentos financeiros. Tem usualmente vigência inicial imediata e final indeterminada. A conta corrente é meio indispensável para a sua execução. Algumas cláusulas contratuais gerais ou particulares têm aplicação imediata (por exemplo, sobre o modo de movimentação de contas plurais, utilização de dados pessoais, segredo, reclamações, denúncia e resolução, foro e prova); outras são de aplicação eventual a contratos a celebrar (por exemplo, emissão de cartões de crédito, depósitos a prazo, registo, gestão, compra e venda de instrumentos financeiros).

O contrato bancário geral é um contrato socialmente típico, com a natureza de contrato-quadro, com uma componente dominante de contrato normativo, porque por ele se estipula uma parte substancial do conteúdo de uma pluralidade de contratos contemporâneos ou futuros, entre os quais, o contrato de "depósito" à ordem, mas também outros contratos, de "depósito" a prazo, de prestação de serviço de caixa, de gestão de valores mobiliários e de crédito (ao cliente). O contrato bancário geral é contrato em conta corrente, isto é, executado através de um registo contabilístico, onde se inscrevem cronologicamente créditos e débitos e que revela o saldo da posição do cliente. O contrato bancário geral é também um contrato de conta corrente regulado pelo Código Comercial, embora as opiniões se dividam a este respeito. Há quem entenda que a conta corrente bancária é uma modalidade ou espécie atípica com regime próprio.

Opinião contrária têm aqueles que, assinalando as semelhanças, valorizam mais as diferenças da conta corrente bancária em comparação com a conta corrente mercantil, em especial, a exigibilidade permanente do saldo, sem aguardar (dizem) o encerramento da conta.

O contrato bancário geral inclui sempre uma cláusula, expressa ou implícita por força dos usos, segundo a qual uma das partes (o banco) se obriga a inscrever em conta corrente os créditos e os débitos provenientes dos futuros negócios que venha a realiza com o cliente, de tal modo que só o saldo é exigível (cfr. artigo 346º, nº 4, do Código Comercial). Em ambos os contratos, se verifica a compensação das obrigações com créditos provenientes dos actos efetuados no âmbito do contrato. Em ambos, cada um dos lançamentos tem como efeito a transferência da propriedade para o património da pessoa debitada, como se prescreve no artigo 346º, nº 1, do Código Comercial. O pagamento de juros pelos saldos devedores varia, na conta bancária, conforme o tempo e os lugares, mas não contraria a norma do artigo 346º, nº 5, do Código Comercial, que é supletiva.

Assim, o único argumento que, numa primeira análise, pode parecer perturbador decorre da exigibilidade permanente do saldo da conta corrente bancária, enquanto no contrato de conta corrente legalmente tipificado a compensação e a exigibilidade do saldo se verificam apenas no encerramento da conta (artigo 350º). Diz porém o referido Código que o saldo final se verifica no prazo fixado no contrato ou, na sua falta, no final de cada ano civil (artigos 344º e 348º, que são norma supletivas). A diferença que vem sendo assinalada sobrevaloriza o ritmo da exigibilidade: periódica, no regime legal, contínua, na prática das contas bancárias associadas ao contrato bancário geral.

Em tempos idos, mas não muito distantes, o fecho da conta corrente bancária era diário e portanto periódico. Como a lei não preceitua um tempo mínimo, a correspondência da conta corrente bancária com a conta corrente mercantil era também perfeita sob este aspecto. Foi a técnica informática que aqui, como também, por exemplo, nas cotações em bolsa, permitiu o apuramento contínuo. Não é certamente por efeito deste avanço tecnológico que se altera a natureza do contrato que usa a conta corrente como instrumento. Não parece que a letra da norma do velho Código Comercial

inviabilize a qualificação de um contrato como de conta corrente só porque o apuramento do saldo se faz de modo contínuo, quando tal não era humanamente possível há um século. Essencial é que só o saldo seja exigível. Como a regra sobre o momento da exigibilidade do saldo é supletiva, basta considerar que o acordo das partes, expresso, tácito ou integrado pelos usos, vai no sentido de que, na conta corrente do contrato bancário geral, o encerramento e a liquidação da conta corrente se verificam de modo contínuo após cada operação, com a consequente exigibilidade do saldo a todo o tempo. Este elemento (agora) usual não descarateriza portanto o contrato bancário geral como modalidade socialmente típica do contrato de conta corrente, aplicando-lhe o respetivo regime legal (supletivo) dos artigos 344º e seguintes do Código Comercial,

Entre estes efeitos, sobressai a novação objetiva emergente do saldo apurado após cada lançamento em conta, que, no direito português, não exige prévio reconhecimento do saldo. Em consequência, o credor do saldo pode exigir o seu pagamento, em juízo ou fora dele, com a mera alegação e prova da sua existência, sem necessidade de demonstração de cada um dos actos justificativos de cada movimento contabilístico. A parte contrária só pode contestar substancialmente o pedido alegando falsidade da conta corrente, extinção ou invalidade de obrigações antigas ou enriquecimento sem causa, cabendo-lhe, em qualquer caso, alegar e provar os factos em que assenta a incorreção de lançamento anteriores.

A natureza jurídica dos contratos de "depósito" bancário continua a ser controversa, distribuindo-se as opiniões no direito português por várias orientações, umas monistas (depósito irregular – opinião dominante na jurisprudência –, mútuo, contrato sui generis), outras dualistas (depósito irregular, para os depósitos à ordem e com pré-aviso; mútuo, para os contratos de depósito a prazo).

Algumas destas formulações continuam a ignorar a distinção preliminar e essencial, entre contrato bancário geral em conta corrente e cada um dos actos que justificam tais movimentos, entre os quais se inclui, geralmente, um contrato de "depósito" à ordem.

Ora, como resulta do que disse, o chamado depósito bancário à ordem está quase sempre funcionalmente ligado ao (e dependente do) contrato bancário geral, mas distingue-se deste por ser um contrato autónomo.

Tomando posição: Em sentido estrito, isto é, considerado com autonomia em relação ao contrato bancário geral, o (denominado) "depósito" bancário é o contrato pelo qual uma pessoa põe uma quantia em dinheiro à disposição de um banco, obrigando-se este a restituí-la.

Consoante a obrigação de restituição seja a todo o tempo (à vista), decorrido o número de dias após a interpelação, que seja acordado ou no prazo fixo estipulado, assim assume a designação (e o subtipo) de "depósito" à ordem, com pré-aviso ou a prazo.

Na prática actual, os contratos de "depósito" bancário preenchem, sim, todos os elementos do tipo contratual do mútuo (usualmente, *real quoad constitutionem*), porquanto, em todas as suas modalidades, o mutuante (cliente) põe à disposição do mutuário (banco) uma determinada quantia em dinheiro que este se obriga a reembolsar.

Os contratos de "depósito" a prazo e com pré-aviso, que sempre vencem juros, merecem a qualificação de contratos de mútuo oneroso. O contrato de "depósito" à ordem (quando possa, em concreto, ser considerado per se, o que na prática atual será raro) tem a natureza de contrato de mútuo, oneroso ou gratuito, ou, melhor, de contrato misto de mútuo e de prestação de serviço, se, como é frequente, lhe estiver intrinsecamente associada a prestação do serviço de caixa.

As operações activas, são são as operações em que a instituição se coloca na posição de credora, como por exemplo, a concessão de crédito, seja através de contratos de mútuo, seja da abertura de créditos como de outras formas de financiamento (leasing e factoring) ou de operações de garantia, e o mútuo (1142º CC – 394 CC: crédito à habitação).

São exemplos de operações activas, a *abertura de crédito,* i.e. a disponibilização de determinada quantia livremente utilizável pelo cliente nos termos definidos. O cliente não está obrigado a utilizar a verba disponibilizada mas está obrigado ao pagamento de despesas de contratação. Cada utilização

da verba disponibilizada dá origem a um mútuo; o Leasing (locação financeira – Artº 1 do DL 149/95, 24 Junho –) contrato pelo qual uma das partes (banco, instituição financeira de crédito ou sociedade de locação financeira) se obriga mediante retribuição a ceder à outra o gozo temporário de uma coisa, móvel ou imóvel, adquirida ou construída por indicação desta e que o locatário poderá comprar decorrido o período acordado por um preço por ele determinado ou determinável mediante simples aplicação dos critérios nele fixados; o Factoring - Compra de créditos a curto prazo por parte de uma empresa titulados por facturas em que a empresa fica a figurar como credora das referidas facturas; as operações de garantia - operações em que o Banco presta as garantias solicitadas pelos clientes. Não são directamente operações activas, só se a garantia for accionada é que o Banco assume a posição de credor; a Garantia autónoma - não é exclusiva dos bancos. Pode ser accionada sem que o credor justifique o motivo do accionamento e relativamente ao qual o garante não pode opor recusa a não ser nos casos em que o credor tenha agido de má fé ou com abuso de direito. A autonomia advém de não estar dependente das vicissitudes do negócio que lhe serve de base. O garante quando solicitado deve cumprir imediatamente. Diferencia-se da fiança pois esta é sempre acessória e é subsidiária

No desconto bancário, o comerciante, detentor de títulos de crédito, provenientes de vendas de bens ou serviços, endossa-os ao seu banqueiro e este faculta-lhe o correspondente valor em dinheiro, sob reserva de boa cobrança daqueles títulos. Há autores que vêem na operação de desconto um simples empréstimo; outros um empréstimo com garantia, outros ainda uma cessão de créditos. Há também quem entenda que a operação de desconto, sendo uma espécie de mútuo, tem características especiais que fazem dele um verdadeiro contrato atípico. O Banco empresta contra entrega (em garantia) dos títulos de crédito para cobrança; se esta, porém, se não fizer, o comerciante terá de devolver ao banco os montantes de que dispôs; Há, todavia, uma diferença fundamental relativamente ao mútuo: é que, pelo desconto, o banco passa a poder exigir do aceitante do título (terceiro) e do cliente (sacador do título e beneficiário do crédito), acrescendo, deste modo, a cadeia dos responsáveis.

5. Reacção contra as cláusulas contratuais gerais abusivas

5.1. A acção inibitória.

O legislador consagrou, igualmente, como forma complementar de tutela do aderente, uma acção inibitória (no capítulo dedicado às disposições processuais) com finalidades preventivas (hoje, arts. 25.° e ss). A acção inibitória consagrada no artigo 25º visa impedir a utilização das cláusulas contratuais gerais proibidas nos termos do regime das cláusulas contratuais gerais. Com esta consagração, a lei visa obter a condenação na abstenção do uso ou recomendação de cláusulas proibidas à luz dos artigos 16º a 19º, 21º e 22º.

Assim, independentemente da sua inclusão numa concreta relação jurídico-negocial já encetada, as cláusulas contratuais gerais, elaboradas para utilização futura, desde que interditas pela lei, podem, desde logo, ser proibidas por decisão judicial.

Têm legitimidade activa, para este efeito, além do Ministério Público (oficiosamente, por indicação do Provedor de Justiça ou mediante solicitação de qualquer interessado), também, em certos termos, associações de defesa do consumidor, associações sindicais, profissionais ou de interesses económicos (art. 26.°).

Esta acção pode ser intentada contra quem proponha contratos ou aceite propostas com base em cláusulas contratuais gerais por si predispostas, contra quem apenas as recomende a terceiros, assim como contra várias entidades, em conjunto, quando se trate das mesmas cláusulas ou de cláusulas substancialmente idênticas (art. 27.°).

Além disso, nos termos do artigo 27º é permitida a coligação de réus quando várias entidades utilizem as mesmas cláusulas ou cláusulas substancialmente idênticas.

A sua finalidade é impedir a utilização futura de cláusulas proibidas por lei, procurando assim o legislador superar os inconvenientes de um controlo apenas a posteriori, com efeitos circunscritos ao caso concreto, sub judice, e

dependente apenas da iniciativa processual do lesado, o qual é vítima, frequentemente, da sua própria inércia e da falta de meios para enfrentar, sozinho, um contraente poderoso.

Optou o legislador nacional, na esteira da lei alemã, por confiar esta tarefa de fiscalização preventiva das cláusulas contratuais gerais ao poder judicial, e não a órgãos administrativos. Solução que se traz alguns inconvenientes, designadamente do ponto de vista da maior preparação técnica e especialização que um órgão ou comissão "ad hoc" teria, não deixará, contudo, de se compreender, ao menos em princípio, tendo em conta as maiores garantias de isenção e de independência, à partida, dos tribunais. Mas esta solução tem vindo a ser contestada, pela morosidade e menor preparação técnica dos tribunais, insistindo-se nos mecanismos extra judiciais de resolução de conflitos.

No entanto, é fundamental perceber que a acção inibitória visa essencialmente defender interesses difusos uma vez que se destina a tutelar direitos alheios pertencentes a sujeitos passíveis de serem afectados por cláusulas contratuais gerais injustas. Neste sentido, não podemos deixar de referir que a acção inibitória pode ainda ser proposta por qualquer consumidor ainda que não directamente lesado. Interessa ainda referir, que em caso de procedência da acção a favor do autor, o réu fica proibido de inserir as cláusulas apreciadas em contratos que venha a celebrar no futuro, ou sendo caso disso, de continuar a recomendá-las a terceiros (cfr. artigo 32º). Por conseguinte, a acção inibitória consiste num meio de tutela cautelar definitiva cujos efeitos ultrapassam em muito a simples salvaguarda dos interesses de um aderente apenas.

Transitada em julgado a decisão proibitiva, não podem ser incluídas em contratos singulares, que o demandado venha a celebrar posteriormente, as cláusulas contratuais gerais que foram objecto dessa decisão, da mesma forma que não podem essas cláusulas continuar a ser recomendadas. Assim, se o demandado, vencido na acção inibitória, não acatar a decisão judicial, vindo a incluir, mais tarde, num contrato singular, cláusulas anteriormente proibidas naquela acção, pode a contraparte invocar a declaração incidental de nulidade contida na decisão inibitória.

Esta solução, nos termos em que é consagrada (actualmente, no artigo 32.°), não aproveita, contudo, todas as vantagens que um controlo preventivo apresenta. Compreende-se que o aderente possa valer-se, sem mais, de anterior decisão inibitória, cuja natureza e finalidades justificam a sua eficácia automática e ultra partes. Mas o êxito desta diligência depende de o aderente ter concluído o contrato com o mesmo sujeito vencido na acção inibitória. Não se verificando este requisito, já o aderente não poderá valer-se de anterior decisão inibitória, ainda que as cláusulas contratuais gerais proibidas nesta decisão sejam iguais ou do mesmo tipo das que constam do seu contrato singular. Assim, a decisão proferida pelo tribunal só pode ser oposta contra a mesma empresa (contra a qual foi intentada a "acção inibitória"), não contra uma outra empresa, ainda que as cláusulas desta sejam iguais às que o tribunal proibiu na "acção inibitória". Quer dizer, a eficácia ultra partes da sentença limita-se a quem pode invocá-la: qualquer pessoa que venha a celebrar um contrato com a empresa condenada — mas só contra esta empresa.

Por outro lado, se tiver havido um processo de controlo preventivo mas o tribunal decidir não proibir determinada cláusula, isso não significa, contudo, que essa cláusula não possa vir a ser proibida mais tarde, se vier a ser incluída num contrato. É que pode não se justificar, *a priori* e em termos gerais, a proibição de certas cláusulas, mas justificar-se já, no entanto, a sua proibição em determinado contrato concreto, por força das circunstâncias desse caso concreto.

Interessa dizer, ainda, que a lei (art. 33.°, na redacção actual) consagra, como importante meio de pressão sobre a empresa vencida na acção inibitória, a fim de incentivar o respeito pela sentença, uma "sanção pecuniária compulsória". Trata-se de uma figura que o Código Civil já acolhera em 1983 (art. 829.°-A), na linha da "*astreinte*" francesa, e que o legislador de 1985 aproveitou para reforçar a eficácia da decisão tomada na acção inibitória.

Em consequência, o Decreto-Lei no 229/95 instituiu um registo das decisões judiciais que tenham proibido o uso ou a recomendação de cláusulas contratuais gerais, tendo criado um serviço específico para elaborar e tornar público este registo - o Gabinete para as Relações Internacionais, Europeias e de Cooperação.

No âmbito da acção inibitória, o legislador foi um pouco mais longe, no que tange à publicidade do processo consagrada no Código de Processo Civil, e determinou, no artº 30º, nº 2 do RCCG que, a pedido do autor, pode o vencido ser condenado a dar publicidade à proibição, pelo modo e durante o tempo que o tribunal determine.

No mesmo sentido, a Directiva nº 2009/22CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23.04.2009, relativa às acções inibitórias em matéria de protecção dos interesses dos consumidores, determina na al. b) do nº 1 do artº 2º que "os Estados-Membros designam os tribunais ou as autoridades administrativas competentes para conhecer das acções recursos intentados pelas entidades com legitimidade para agir nos termos do artigo 3º a fim de sempre que tal se justifique, sejam determinadas medidas como por exemplo a publicação integral ou parcial da decisão, na forma considerada adequada, e/ou uma declaração rectificativa tendo em vista eliminar os efeitos persistentes da infracção".

Com efeito, não basta a consagração legal de um regime jurídico que elenque as cláusulas absoluta e relativamente proibidas (arºs 18º-1º e 21º-22º do RCCG). Com efeito, se esse é, de facto, o primeiro passo no sentido de proteger eficazmente o consumidor, concomitantemente com os deveres de informação e comunicação impostos à entidade predisponente de cláusulas contratuais gerais, somos da opinião que tal protecção é ineficaz se a publicidade da sentença inibitória for deficiente.

A publicidade da sentença afigura-se, pois, essencial no âmbito do RCCG, assumindo contornos de maior imprescindibilidade do que nas restantes sentenças cíveis.

Com efeito, a publicidade da sentença, nesta área, não se destina apenas a alargar o conhecimento público que dcorre da própria sentença (nos termos do Código de Processo Civil), muito menos serve para obter um mero fim de informação geral, tem antes como finalidade garantir que os consumidores tenham efectivo conhecimento das decisões que decreetam a nulidade das cláusulas contratuais gerais.

5.2. A acção declarativa de condenação.

A acção declarativa de condenação é um meio de reacção exclusivo do aderente, que com base no disposto nos artigos 18º a 22º do RCCG, pode instaurar acção com vista à apreciação jurisdicional de uma ou várias cláusulas ínsitas no contrato, com vista à sua anulação ou declaração de nulidade.

De realçar que o nº 3 do artº 1º do Dec. Lei 446/85 coloca o ónus da prova de que a cláusula resultou de negociação prévia sobre a parte que pretende prevalecer-se do seu conteúdo.

Da mesma forma, o aderente pode defender-se, com fundamento em violação das regras contidas no RCCG, em acção que contra ele tenha sido interposta pelo proponente.

Com o objectivo de efectivar as proibições a que temos feito referência, o legislador consagrou no artigo 24º, o primeiro dos dispositivos de fiscalização das cláusulas contratuais gerais – a declaração de nulidade. Estabelece o artigo 24º que as nulidades previstas na lei das cláusulas contratuais gerais "são invocáveis nos termos gerais". Com este preceito, a lei confere a qualquer interessado a faculdade de invocar a nulidade das cláusulas viciadas. Por outro lado, importa ter presente que, para além de ser do conhecimento oficioso, a nulidade pode ser invocada a todo o tempo. Em todo caso, há que ressalvar o regime especial consagrado nos artigos 12º, 13º e 14º. Ora, de acordo com este regime quem subscreva as cláusulas contratuais gerais pode decidir-se pela manutenção do contrato mesmo quando algumas dessas cláusulas sejam nulas (cfr. artigo 13º, nº 1).

Importa referir, que se o aderente optar por esta via, as cláusulas nulas deverão ser substituídas pelas "normas supletivas aplicáveis, com recurso, se necessário, às regras de integração dos negócios jurídicos" (cfr. artigo 13º, nº 2). Em contrapartida, se o aderente não optar pela manutenção do contrato o artigo 14º determina a aplicação do regime da redução dos negócios jurídicos.

5.3. Fiscalização pelo Banco de Portugal.

O Banco de Portugal exerce a supervisão – prudencial e comportamental – das instituições de crédito, das sociedades financeiras e das instituições de pagamento para garantir a segurança dos fundos que lhes foram confiados. Compete ao Banco de Portugal autorizar a constituição destas instituições, vigiar a observância das normas prudenciais e das regras de conduta que disciplinam a sua atividade, emitir recomendações e determinações específicas para que sejam sanadas as irregularidades detetadas, sancionar as infrações praticadas e tomar providências extraordinárias de saneamento.

O conjunto de instituições supervisionadas pelo Banco de Portugal é vasto e variado. Abrange, em primeiro lugar, as instituições de crédito (cuja actividade consiste em receber depósitos ou outros fundos reembolsáveis do público com o objectivo de os aplicarem por conta própria, mediante a concessão de crédito), ou seja: os bancos, as caixas económicas, as caixas de crédito agrícola mútuo e a Caixa Central, as instituições financeiras de crédito, as instituições de crédito hipotecário, sociedades de investimento, as sociedades de locação financeira, as sociedades de factoring, as sociedades financeiras para aquisições a crédito, as sociedades de garantia mútua e as instituições de moeda electrónica. Engloba, em segundo lugar, as sociedades financeiras, conjunto formado pelas sociedades financeiras de corretagem, sociedades corretoras, sociedades mediadoras dos mercados monetário ou de câmbios, sociedades gestoras de fundos de investimento, sociedades emitentes ou gestoras de cartões de crédito, sociedades gestoras de patrimónios, sociedades de desenvolvimento regional, agências de câmbio, sociedades gestoras de fundos de titularização de créditos e outras sociedades, como a Finangeste. Estão igualmente sujeitas à supervisão do Banco de Portugal as instituições de pagamento, bem como as sociedades gestoras de participações sociais, neste último caso quando as participações detidas, directa ou indirectamente, lhes confiram a maioria dos direitos de voto em uma ou mais instituições de crédito ou sociedades financeiras. O Banco de Portugal pode sujeitar à sua supervisão outras sociedades gestoras de participações sociais,

quando detenham participação qualificada em instituição de crédito ou sociedade financeira.

O Banco de Portugal no exercício desse poder de supervisão, elaborou assim um código de conduta sobre a utilização de cláusulas contratuais gerais nos negócios bancários, nomeadamente sobre a utilização de cláusulas que permitam a alteração unilateral da taxa de juro ou de outros encargos.

Sendo proibidas as cláusulas contratuais gerais que atribuam a quem as predisponha o direito de alterar livremente o contrato, excepto se existir razão atendível que as partes tenham convencionado, entende-se que tal proibição não se aplica a cláusulas contratuais gerais que de acordo com o disposto no RCCG, "concedam ao fornecedor de serviços financeiros o direito de alterar a taxa de juro ou o montante de quaisquer outros encargos aplicáveis, desde que correspondam a variações de mercado e sejam comunicadas de imediato, por escrito, à contraparte, podendo esta resolver o contrato com fundamento na mencionada alteração". Assim, de acordo com o disposto no RCCG, que transpôs para o ordenamento jurídico nacional a Directiva nº 93/12/CEE, do Conselho, de 5 de Abril, a inclusão deste tipo de cláusulas – ditas de "jus variandi" – em contratos de crédito celebrados com consumidores não é proibida, desde que seja respeitado o princípio da boa fé e os requisitos legais.

Contudo, e embora pertença aos tribunais a apreciação da validade das cláusulas contratuais, o Banco de Portugal tem vindo a acompanhar a prática das instituições neste domínio.

O quadro de actuação do Banco de Portugal nesta matéria ficou reforçado com a instrução nº 24/2010, de 14 de Outubro, que veio impor às instituições de crédito o reporte a este Banco das minutas de contratos de crédito à habitação e de crédito aos consumidores, bem como das suas posteriores alterações. Com esta nova exigência de prestação de informação, o Banco de Portugal passou a dispor de mecanismos que lhe permitem, no quadro das suas atribuições legais, a realização de acções sistemáticas e transversais de fiscalização do teor dessas minutas, complementando a actuação que a este respeito já vinha desenvolvendo no âmbito da apreciação de reclamações e de acções inspectivas.

A análise sistemática e transversal a que o conjunto das minutas reportadas tem vindo a ser sujeito permitiu ao Banco de Portugal concluir pela frequente inclusão de cláusulas de "jus variandi" nesses modelos contratuais, quer nos relativos a contratos de crédito à habitação, quer nos que se referem a contratos de crédito aos consumidores.

O Banco de Portugal, no quadro das suas atribuições legais enquanto entidade responsável pela fiscalização da actuação das instituições de crédito, e sem prejuízo da assinalada competência dos tribunais para a apreciação da validade das referidas cláusulas, tendo em conta os resultados da análise a que as minutas de contrato se encontram a ser sujeitas, entendeu divulgar orientações sobre as boas práticas que as instituições de crédito devem acolher e seguir sempre que decidam incluir, em contratos de crédito, cláusulas de "jus variandi". Essas orientações, transmitidas através da Carta-Circular n.º 32/2011/DSC, têm em vista promover a transparência, objectividade e proporcionalidade da actuação das instituições de crédito nesta matéria, fixando boas práticas quanto à redacção e conteúdo dessas cláusulas e estabelecendo princípios a observar pelas instituições de crédito no âmbito do eventual exercício das prerrogativas contratuais que as mesmas lhes conferem.

No que respeita à redacção destas cláusulas, o Banco de Portugal entende que: 1. Apenas os factos externos ou alheios à instituição de crédito que sejam relevantes, excepcionais e tenham subjacente um motivo ponderoso fundado em juízo ou critério objectivo devem ser considerados "razão atendível", ou ser indicados como correspondendo a "variações de mercado", para os efeitos previstos na alínea c) do n.º 1 e na alínea a) do artigo 22.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, devendo os mesmos ser convenientemente detalhados nas cláusulas; 2. Os consumidores devem dispor de pelo menos 90 dias para, após a comunicação das alterações por parte da instituição de crédito, ponderar o exercício do seu direito de resolução do contrato; 3. Deve ser especificado o momento a partir do qual as alterações introduzidas unilateralmente pela instituição de crédito produzem efeitos, entendendo este Banco que essas alterações apenas deverão produzir efeitos no período de contagem de juro imediatamente seguinte ao termo do prazo de exercício do direito de resolução do consumidor; 4. Deve ser prevista a reversão das alterações introduzidas quando e na medida em que os factos que as tenham

justificado deixem de se verificar e estabelecidos os procedimentos necessários para a respectiva produção de efeitos. Sempre que, de acordo com o disposto na lei e no contrato de crédito, as instituições de crédito estejam legitimadas a alterar a taxa de juro ou outros encargos de contratos de crédito, o exercício dessa faculdade deve obedecer ao princípio da proporcionalidade e assentar numa relação de causalidade entre, por um lado, o evento invocado e, por outro, o teor e alcance da alteração contratual que a instituição de crédito pretende introduzir. Adicionalmente, o exercício do direito de alteração unilateral do contrato deve ser precedido de comunicação escrita ao consumidor, em que sejam claramente indicados os motivos subjacentes à decisão de alterar o contrato, as condições contratuais objecto de alteração, o prazo e a forma de exercício do direito de resolução e a data prevista para a produção dos efeitos da alteração. Por último, o Banco de Portugal considera que as instituições de crédito também devem seguir estas orientações e princípios sempre que entendam incluir cláusulas que lhes permitam alterar as condições acordadas, nomeadamente a taxa de juro ou o montante de quaisquer encargos aplicáveis, em contratos de crédito celebrados com outros clientes, designadamente clientes empresariais.

6. Conclusões.

Pode dizer-se que a utilização das cláusulas contratuais encerra em si um conjunto de vantagens e desvantagens quer do ponto de vista do utilizador, quer sob o prisma do aderente.

Na verdade, se por um lado se permite às empresas que coloquem no mercado os seus bens e serviços em conformidade com as necessidadespróprias dos mercados actuais; por outro, verificam-se situações abusivas para a outra parte, que normalmente não tem outra alternativa que não seja a de submeter-se a esses constrangimentos.

No entanto, não podemos deixar de notar que sem a existência destes modelos contratuais, não seria possível às grandes massas acederem em tempo útil a todo um conjunto de bens e serviços essenciais.

Iniciámos este relatório com a descrição e a caracterização do princípio da autonomia privada enquanto princípio basilar e estruturante do direito privado português. Todavia, o princípio da autonomia da vontade, de onde decorre a liberdade contratual, encontra-se em crise devido às profundas tranformações sociais e económicas que levaram a uma mudança do paradigma contratual.

Actualmente, as empresas carecem de formulações contratuais tendenciamente rígidas, previamente elaboradas e destinadas à generalidade das pessoas, de forma a imprimir rapidez, racionalização e normalização no comércio jurídico. Os contratos de adesão surgem assim como a melhor resposta para alcançar estes fins. São igualmente o terreno fértil à inclusão de cláusulas que favorecem apenas o predisponente, logo iníquas para o aderente, que se encontra assim numa posição vincadamente desigual em termos materiais.

A tutela da posição do consumidor reclama, assim, a consagração legal de instrumentos que permitam excluir e atenuar os efeitos perversos de uma contratação que subtrai consideravelmente ao aderante a liberdade contratual tão defendida no direito privado clásico.

Impõe-se o estabelecimento de um quadro normativo que possibilite a restauração da justiça substancial destes contratos, designadamente através do elenco geral e aberto de cláusulas típicas, assim como a definição dos termos de efectivação da comunicação e informação ao consumidor.

Por outro lado, verificamos que as restrições à liberdade de estipulação consagradas no RCCG nem sempre representam inovações legistlativas. Mas, apesar de haver muitos casos onde apenas se afloram normas do regime comum, outros há em que se estabelecem restrições indispensáveis à tão desejada paridade contratual efectiva.

Contudo, a realização de qualquer regime normativo depende necessariamente da susceptibilidade da sua aplicação. Na verdade, a tutela da parte constrangida passa não só pelo conteúdo material das normas de

protecção, mas também por factores como a celeridade do sistema judicial, os custos da justiça e os incómodos que normalmente caracterizam o recurso aos tribunais. Daí que possamos defender que o sistema funcionaria melhor com uma fiscalização apriorística.

BIBLIOGRAFIA:

• ALMEIDA, CARLOS FERREIRA DE

Contratos I - Conceito. Fontes. Formação, 5.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2013.

Texto e Enunciado na Teoria do Negócio Jurídico, Almedina, Coimbra, 1992.

• AMARAL NETO, FRANCISCO DOS SANTOS,

- "*A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional*", Revista de Direito Civil. São Paulo, ano 12, n.46, p. 07-26, out.-dez. 1998, p.10.

• ANTUNES, ANA FILIPA MORAIS

Comentário à Lei das Cláusulas Contratuais Gerais, Coimbra Editora, Coimbra, 2013.

• ANTUNES, JOSÉ A. ENGRÁCIA,

- *Direito dos contratos comerciais*, Coimbra, Gráfica de Coimbra, 2012.

• ASCENSÃO, JOSÉ DE OLIVEIRA

"*Cláusulas contratuais gerais, cláusulas abusivas e boa fé*", Revista da Ordem dos Advogados, 2000, págs. 573 ss.

Direito Civil - Teoria Geral, Acções e factos jurídicos, vol. II, 2.ª Edição, Coimbra Editora, 2003.

- "*Cláusulas contratuais gerais, cláusulas abusivas e o Novo Código Civil*", *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná* 39 (2003): 5-22.

• BETTI, Emilio,

- *Teoria Geral do Negócio Jurídico*, Tomo I, Trad. de Fernando de Miranda, Coimbra, Coimbra Editora, 1969.

• CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES

Cláusulas Contratuais Gerais, Anotação do Decreto-Lei n.º 446/85 de 25 de Outubro, Reimpressão, Livraria Almedina, Coimbra, 1993 (em co-autoria com MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA)

Tratado de Direito Civil Português, Parte Geral, tomo I, 3.ª Edição, Livraria Almedina, Coimbra, 2005.

Manual de Direito Bancário, 4.ª Edição, Reimpressão, Almedina, Coimbra, 2012

• CRANSTON, R.,

- *Principles of Banking Law,* Oxford, 1997, p. 137 ss;

• ELLINGER's *Modern Banking Law*, 4ª ed., Oxford, 2006, p. 117 ss.

• FACHIN, LUIZ EDSON

- *O 'aggiornament' do direito civil brasileiro e a confiança negocial*, In: FACHIN, Luiz Edson. (coord.) "*Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*". Rio de Janeiro, Renovar, 1998, p. 119.

• FERREIRA, ANTÓNIO PEDRO DE AZEVEDO,

- *A relação negocial bancária – Conceito e estrutura*, Lisboa, Quid Juris, 2005.

• FIGUEIREDO, ANDRÉ

"*O poder de alteração unilateral nos contratos bancários celebrados com consumidores*", Sub judice, Cláusulas contratuais gerais abusivas, Abril-Junho 2007, págs. 9-39

• GOMES, MANUEL JANUÁRIO DA COSTA

Contratos Comerciais, Almedina, Coimbra, 2012

• GUIMARÃES, MARIA RAQUEL

As transferências electrónicas de fundos e os cartões de débito, Almedina, Coimbra,1999.

• JOSSERAND, LOUIS,

- (préf. David Deroussin), *De l'esprit des droits et de leur relativité : Théorie dite de l'abus des droits*, Paris, Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », 2006.

• LEITÃO, LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES
Direito das Obrigações, vol. I, 10.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2013.

• MACHADO, MIGUEL NUNO PEDROSA
Sobre cláusulas contratuais gerais e conceito de risco, Separata da Revista da Faculdade de Direito, Lisboa, 1988.

• MONTEIRO, ANTÓNIO PINTO
"*O novo regime jurídico dos contratos de adesão / cláusulas contratuais gerais*", Revista da Ordem dos Advogados, Ano 62, Janeiro 2002, pág. 111-142.

• NUNES, PEDRO CAETANO
"*Comunicação de cláusulas contratuais gerais*", Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida, 2011, págs. 507-534.

• OLIVEIRA, NUNO MANUEL PINTO
"*Lei das Cláusulas Contratuais Gerais e a Directiva n.º 93/13/CEE, de 5 de Abril de 1993*", Scientia Iuridica, Tomo LIV, n.º 303, Julho/Setembro 2005, págs. 527-558.

• PINTO, CARLOS ALBERTO DA MOTA
- "*Contratos de Adesão: uma manifestação jurídica da moderna vida económica*", in Revista de Direito e de Estudos Sociais, Ano XX (1973), nºs 2, 3 e 4, pág. 124.
Teoria Geral do Direito Civil, 4.ª Edição por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra Editora, Coimbra, 2005.

• PRATA, ANA
Contratos de adesão e cláusulas contratuais gerais, Almedina, Coimbra, 2010.

• ROPPO, ENZO,
- "*O contrato*", Coimbra, Almedina, 2009 (tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes).

• RIBEIRO, JOAQUIM DE SOUSA
O problema do contrato - As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual, Almedina, Coimbra, 1999.

• SÁ, ALMENO DE
Cláusulas contratuais gerais e Directiva sobre cláusulas abusivas, 2.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2001 .

• SARMENTO, DANIEL,
- "*Direitos Fundamentais e relações privadas*", 2ª ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006, p. 155.

• SAVATIER, RENÉ,
- "*Evolution contemporaine du droit des contrats*", Presses Universitaires de France, 1986.

• TELLES, INOCÊNCIO GALVÃO "*Das condições gerais dos contratos e da Directiva Europeia sobre as cláusulas abusivas*", O Direito, 127, 1995, pág. 297-314.

• VARELA, António Antunes,
- "*Das Obrigações em Geral*", Vol. I, 9ª Edição, Coimbra, Almedina, 1996.

• VASCONCELOS, PEDRO PAIS DE
- Teoria Geral do Direito Civil, 7.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2012.

Margarida de Menezes Leitão
Juíza de Direito

Data Venia
Ano 4 ● N.º 06 [pp. 205-232]

Crédito ao Consumo
Dos Contratos de Crédito
[a Consumidores]

Carla Taipina Marta
Solicitadora
Mestranda em Solicitadoria

SUMÁRIO

Os contratos de crédito a consumidores ocupam um lugar de relevo no comércio jurídico. São celebrados massivamente para a aquisição dos mais diversos bens e serviços. Muitas vezes, sem a informação necessária à sua celebração. Neste contexto, propomos uma análise ao Decreto-Lei n.º 133/2009, de 2 de Junho. Este Decreto-Lei procede à transposição para a ordem jurídica interna da Directiva 2008/48/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de Abril de 2008, que, em matéria de contratos de crédito a consumidores, institui um regime de «harmonização plena», com vista a «garantir que todos os consumidores da Comunidade beneficiem de um nível elevado e equivalente de defesa dos seus interesses» (nota 9).

Crédito ao Consumo
Dos Contratos de Crédito
[a Consumidores] (*)

Carla Taipina Marta
Solicitadora
Mestranda em Solicitadoria

Consumidor, consumido, consome.

Notas introdutórias

A matéria do direito do consumo tem vindo a ocupar um espaço cada vez maior no nosso ordenamento jurídico (que clama, há muito, por um código próprio). Avolumam-se as decisões dos tribunais. Dentro e fora de portas.

Aparentemente, numa análise fugaz, parece existir uma maior protecção dos consumidores – avaliando pelo número cada vez maior de diplomas legislativos, quer a nível nacional quer a nível europeu, que visam a sua protecção[1], pese embora sejamos confrontados com dúvidas, quando analisamos alguns desses diplomas. Por vezes a bandeira da protecção dos consumidores é levantada, quando, na realidade, se pretende proteger outros direitos que nada têm que ver com os consumidores. Lembramos, a título de exemplo, a fixação dos limites das taxas de juro.

(*) O estudo que ora se publica corresponde, com algumas alterações, ao trabalho apresentado para avaliação da Unidade Curricular "Contratos Civis", parte integrante do Mestrado em Solicitadoria, Ramo de Empresas, da COIMBRA BUSINESS SCHOOL|ISCAC, ano de 2014/2015, leccionada pelo Senhor Professor Doutor Alexandre Libório Dias Pereira - Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra; Professor Adjunto Convidado da COIMBRA BUSINESS SCHOOL|ISCAC.

[1] Desde a CARTA DO CONSELHO DA EUROPA sobre a PROTECÇÃO DO CONSUMIDOR - Resolução nº 543, de 17 de Maio de 1973, relativa à Carta de Protecção do Consumidor da Assembleia Consultiva do Conselho da Europa.

Invade-nos, todavia, uma certeza: numa relação em que, à partida, existe desigualdade, há necessidade de protecção do consumidor (o elo frágil da relação)[2].

Na sua essência, os direitos dos consumidores são um conjunto de princípios e regras que disciplinam a produção e a distribuição de bens, bem como a prestação de serviços, que têm como escopo a defesa dos consumidores.

Os direitos dos consumidores vêm, desde logo, salvaguardados no nosso normativo superior[3]. O art. 60º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa, preceitua que os consumidores têm direito à qualidade dos bens e serviços consumidos, à formação e à informação, à protecção da saúde, da segurança e dos seus interesses económicos, bem como à reparação de danos. Preceitua, ainda, que a publicidade é disciplinada por lei, sendo proibidas todas as formas de publicidade oculta, indirecta ou dolosa (n.º 2). No entanto, não se esgota neste preceito a protecção.

Dispõe o art. 81º, *i*), que uma das incumbências prioritárias do Estado é garantir a defesa dos interesses e os direitos dos consumidores. De igual modo, em sede de objectivos da política comercial há referência à necessidade de protecção dos consumidores – art. 99º, *e*) – e no que tange à instauração de acção popular – art. 52º, n.º 3, *a*).

De entre todos os diplomas e contratos inerentes às relações de consumo, optámos pelos contratos de crédito a consumidores. Atendendo à conjuntura

[2] «No estado actual, embora se possa encontrar uma marcada tendência legislativa em direcção a uma protecção mais forte de posições de debilidade contratual não é possível afirmar a emersão de um princípio geral de tutela do contraente débil. (…) No ensino de Sinde Monteiro, no seu curso de Direito das Obrigações à Licenciatura em Direito da Universidade de Coimbra, a "Protecção da Parte Mais Fraca" é apresentada não como um Princípio normativo mas antes como uma tendência de desenvolvimento» - cfr. PEREIRA, ANDRÉ GONÇALO DIAS, Recensões, Boletim da Faculdade de Direito – Universidade de Coimbra, 83, 2007, pp. 977-980.

[3] Acerca do Estatuto Constitucional dos Consumidores, ver NABAIS, J. CASALTA, *O estatuto constitucional dos consumidores*, *in* Revista de Legislação e de Jurisprudência, n.º 3954, Janeiro-Fevereiro de 2009, pp. 137 e seguintes.

económico-financeira (ainda) existente, parece-nos de particular interesse a sua análise.

O Decreto-Lei n.º 133/2009, de 2 de Junho, transpõe para a nossa ordem jurídica a Directiva n.º 2008/48/CE, do Parlamento e do Conselho, de 23 de Abril, relativa a contratos de crédito a consumidores. No intróito do diploma pode ler-se que o seu surgimento é resultado de «uma evolução profunda - social, política e económica - no espaço europeu. O mercado, ao longo de duas décadas, transformou-se radicalmente: consumidores mais informados e exigentes, novos actores e agentes intermediários, novos métodos na oferta e novas ferramentas - designadamente a Internet. Assim, surgiu a necessidade de uma nova legislação comunitária, que reflectisse, ao nível jurídico, a evolução verificada neste mercado».

Hodiernamente, o acesso ao crédito (cujo conceito ofereceremos seguidamente) tornou-se uma constante na vida das pessoas. Das famílias. Há, pois, cada vez mais necessidade de o regular.

Destarte, iremos lançar um olhar, que se espera atento, aos contratos de crédito a consumidores, consagrados no Decreto-Lei 133/2009, de 2 de Junho, apoiado pela jurisprudência[4].

1. Dos conceitos orientadores dos contratos de crédito a consumidores

Para melhor compreendermos o âmbito do tema que acolhemos, reveste-se de particular interesse a introdução dos conceitos de "consumidor" e de "crédito" - sem demérito de outros que ao longo do presente estudo serão apresentados, todavia sem honras de espaço próprio.

[4] A «realidade do direito dos consumidores, como afinal o direito em geral, tem os seus "espinhos" jurídicos, onde só a capacidade teórica de quem pensa o direito "in action" pode aceder», tal como refere LOPES, JOSÉ MOURAZ, O *Estado do Direito do Consumidor*, Apresentação, revista *Sub Judice* 24, Abril de 2007, acedida e consultada em http://subjudice.almedina.net/?p=29.

1.1. O conceito de consumidor

Considerando os vários diplomas existentes no nosso ordenamento jurídico, que regulam os actos de consumo[5], não é possível apresentar uma definição única de consumidor[6].

Carlos Ferreira de Almeida[7] adianta o conceito de consumidor partindo de três critérios distintos: elementos subjectivos, objectivos e teleológicos.

Do ponto de vista do elemento subjectivo, entende dever ser o consumidor uma pessoa, enquanto sujeito de direitos; fecha a questão quanto à possibilidade de as pessoas jurídicas também se incluírem no rol de consumidores, limitando o conceito àquelas que não tenham fins lucrativos. No que respeita ao aspecto objectivo, entende o Autor que o consumidor está ligado a bens (coisas) ou serviços. E, do ponto de vista teleológico, aduz que, para a correcta noção de consumidor, devem os tais bens ou serviços ter como

[5] Indicamos, a título de exemplo, alguns diplomas que consideramos relevantes em matéria de consumo:

i. Lei 24/96, de 31 de Julho – defesa dos consumidores;

ii. Decreto-Lei n.º 67/2003, de 8 de Abril – vendas de bens de consumo e garantias;

iii. Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de Fevereiro – contratos celebrados à distância e fora do estabelecimento comercial;

iv. Lei n.º 144/2015, de 08 de Setembro - mecanismos de resolução extrajudicial de litígios de consumo;

v. Decreto-Lei n.º 560/99, de 18 de Dezembro – aproximação dos Estados membros respeitantes à rotulagem, apresentação e publicidade dos géneros alimentícios destinados ao consumidor;

vi. Decreto-Lei 238/86, de 19 de Agosto – informação sobre a natureza, características e garantias de bens e serviços oferecidos ao público no mercado nacional em língua portuguesa;

vii. Decreto-Lei n.º 138/90 – exibição do preço;

viii. Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de Março – práticas comerciais desleais;

ix. Decreto-Lei n.º 156/2005, de 15 de Setembro – livro de reclamações.

[6] Acerca do conceito jurídico de consumidor, *vide* DUARTE, PAULO, *O Conceito Jurídico de Consumidor; segundo o art. 2°/ 1 da Lei de Defesa do Consumidor*, Boletim da Faculdade de Coimbra, Vol. LXXV – 1999, pp. 649-703.

[7] Cfr. ALMEIDA, CARLOS FERREIRA DE, *Os Direitos dos Consumidores*, Almedina, Coimbra, 1982, pp. 203 e seguintes.

destino uma utilização final, que seja diversa de qualquer actividade profissional ou intermediária, ainda que pessoal ou privada.

Calvão da Silva[8] separa o conceito de consumidor em sentido lato – quem adquire, possui ou utiliza um bem ou serviço, quer para uso pessoal ou privado quer para uso profissional – do consumidor em sentido restrito - aquele que adquire, possui ou utiliza um bem ou um serviço para uso privado (pessoal, familiar ou doméstico), de modo a satisfazer as necessidades próprias e do agregado.

Quanto a Menezes Cordeiro[9], entende que «a expressão técnica preferível deveria de ser consumador e não consumidor. Temos dois étimos latinos distintos: consummare (realizar ou terminar), na base de consumar e consumere (destruir ou absorver), na origem de consumir. Ora o "consumidor" (consummator) é – o por consumar o circuito económico, adquirindo o bem final e não por consumir o bem adquirido (seria, então, o consumptor): essa opção depende da natureza do bem e das decisões do adquirente sendo juridicamente indiferente».

Pese embora as diferentes abordagens, que preenchem um maior ou menor *volume* do conceito que se pretende esclarecer, certo é que o diploma que regula os contratos de crédito a consumidores nos oferece uma definição: o consumidor é a pessoa singular que, nos negócios jurídicos abrangidos pelo presente Decreto-Lei, actua com objectivos alheios à sua actividade comercial ou profissional[10]. Definição ligeiramente diferente da que nos oferece a Lei de Defesa do Consumidor.

Na Lei n.º 24/96, de 31 de Julho, nos termos do art. 2º, n.º 1, o consumidor é aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou

[8] Cfr. CALVÃO DA SILVA, JOÃO, *Responsabilidade Civil do Produtor*, Almedina, Coimbra, 1990, p. 58.

[9] Cfr. CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Da natureza civil do Direito do Consumo*, *in* Revista O Direito, Ano 136º, IV, 2004, p. 606.

[10] Assim dispõe o art. 4º, n.º 1, a), do Decreto-Lei n.º 133/2009, de 2 de Junho.

transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com carácter profissional uma actividade económica que vise a obtenção de benefícios.

Para compreender as diferentes perspectivas, há que atender, em primeiro lugar, ao escopo dos diplomas - uns visam as garantias, outros os aspectos específicos da relação de consumo. E, em segundo lugar, mas não menos importante, à data de publicação dos diplomas, porquanto os conceitos vão evoluindo (espera-se que em sentido positivo)[11].

1.2. O conceito de crédito

Actualmente, a palavra "crédito" encontra-se disseminada por todos os *lugares*. Desde a economia à sabedoria popular. Não obstante essa propagação, tentámos encontrar um conceito com um cunho jurídico. Diferentemente do conceito de "consumidor", o Decreto-Lei 133/2009, de 2 de Junho, não nos oferece uma definição de "crédito".

Para Paulo Ramirez[12] a origem do crédito está historicamente associada à ideia de excedente, que encontramos desde as comunidades primitivas. Tendo evoluído até à troca a crédito (não a contado, nem com termo).

Encontramo-nos, hoje, perante a troca a crédito, isto é, uma prestação presente e uma contraprestação futura. Deste modo, o conceito de crédito está directamente associado a uma relação jurídica que se estabelece entre o credor e o consumidor. Sendo credor «a pessoa, singular ou colectiva, que

[11]«É a finalidade do acto de consumo que determina, essencialmente, a qualificação do consumidor como sujeito do regime de benefício que aqueles diplomas legais regulamentam, partindo da presunção de que se trata da parte mais fraca, menos preparada tecnicamente, em confronto com um contratante profissional, necessariamente conhecedor dos meandros do negócio que exercita.», segmento do Acórdão do TRC, de 18 de Dezembro de 2013, inerente ao processo 1141/10.1TBMGR-A.C1 (JOSÉ AVELINO GONÇALVES), disponível em www.dgsi.pt.

[12] Cfr. RAMIREZ, PAULO NUNO HORTA CORREIA, Estudos em homenagem aos Professores Doutores A. Pires de Carvalho e Manuel Fernandes, *«A actual regulação do crédito ao consumo»*, Rei dos Livros, 2012, pp. 307 e 308.

concede ou que promete conceder um crédito no exercício da sua actividade comercial ou profissional»[13].

2. Dos contratos de crédito a consumidores

Antes de nos dedicarmos em exclusivo ao contrato que nos ocupa, temos, necessariamente, de tecer algumas considerações acerca do contrato de consumo[14].

2.1. Contrato de consumo

O contrato de consumo é aquele cujo objecto[15], em sentido material – uma coisa, um serviço ou um direito –, se destina ao uso não profissional de um dos contraentes, sempre que a contraparte se encontre no exercício da sua actividade profissional[16].

Há, todavia, autores que acolhem, como categoria funcional, o contrato de consumo que integra todos os contratos «que tenham em comum certos elementos de composição estrutural relativos ao objecto, às pessoas e à função económico-social. Em primeiro lugar, o objecto será, necessariamente, um bem de consumo, uma das partes será "uma empresa ou um profissional de certa actividade económica, não podendo a outra parte actuar nessa qualidade"

[13] Tal qual preceitua o art. 4º, n.º 1, *b*), do Decreto-Lei n.º 133/2009, de 2 de Junho.

[14] Um instituto sem respaldo na letra da lei mas unanimemente aceite por todos os *actores jurídicos*.

[15] Os requisitos do objecto negocial encontram amparo no art. 280.º do Código Civil. No que tange ao objecto da relação jurídica, *vide* PINTO, CARLOS ALBERTO DA MOTA, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª Edição, Coimbra Editora, 2005, pp. 331 e seguintes.

[16] A este propósito veja-se o segmento do Acórdão do Tribunal de Justiça (Nona Secção), de 15 de Janeiro de 2015 (TJUE), processo C-537/13, disponível em http://curia.europa.eu/: «A Diretiva 93/13/CEE do Conselho, de 5 de abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores, deve ser interpretada no sentido de que se aplica aos contratos standard de prestação de serviços jurídicos, como os que estão em causa no processo principal, celebrados por um advogado com uma pessoa singular que não atue para fins que pertençam ao âmbito da sua atividade profissional».

e sendo "a função económico-social […] a satisfação das necessidades pessoais dos consumidores"»[17].

2.1.1. A formação (e forma) do contrato

O regime que se aplica à formação dos contratos de consumo encontra as suas regras gerais no Código Civil. Quanto às regras específicas, deveremos atender ao disposto nos diplomas inerentes a cada *área* do consumo. No nosso caso, as regras gerais deverão ser complementadas com o disposto no Decreto-Lei n.º 133/2009, de 2 de Junho.

A formação dos contratos abrange também, em sentido amplo, a sua forma, porque a forma é sempre requisito de existência e pode ser requisito de validade das declarações pelas quais os contratos conhecem a *luz do dia*. É difícil definir a forma. No entanto, tal como refere Carlos Ferreira de Almeida[18], «poderá dizer-se pela negativa e de modo simplista, que é forma tudo o que na declaração seja conteúdo».

No nosso ordenamento jurídico a regra geral, no que concerne à forma do contrato, é a da liberdade de forma, tal como consagra o art. 219º do Código Civil[19]. Deste modo e salvo disposição em contrário, a validade da declaração negocial não depende da observância de forma especial. Não obstante, face ao exposto no diploma em análise, os contratos de crédito devem ser exarados em papel ou noutro suporte duradouro, em condições de inteira legibilidade.

---

[17] Cfr. PRATA, ANA, *Dicionário Jurídico*, Volume I, 5.ª Edição, Edições Almedina, Coimbra, 2009, p. 378.

[18] Cfr. ALMEIDA, CARLOS FERREIRA DE, *Contratos I*, 3.ª Edição, Almedina, Julho de 2005, p. 86.

[19] «Mantém-se a regra da *consensualidade* ou da liberdade de forma do Código de 1897. As exigências de forma têm, pois, carácter excepcional. Veja-se, porém, o art. 223.º sobre a possibilidade de as partes *convencionarem* uma forma especial para a declaração. O que a convenção das partes não pode afastar é a exigência de forma prescrita na lei» – Anotação ao art. 219.º do Código Civil, cfr. LIMA, PIRES DE, e VARELA, ANTUNES, *Código Civil Anotado*, Volume I, 4.ª Edição, Revista e Actualizada, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 210 e seguintes.

2.2. Contrato de crédito

Para a concessão de crédito ao consumo, é impreterível a existência de um contrato de crédito.

A definição de contrato de crédito é-nos oferecida pelo art. 4º, n.º 1, *c*), do Decreto-Lei n.º 133/2009, de 2 de Junho: o contrato pelo qual um credor concede ou promete conceder a um consumidor um crédito sob a forma de diferimento de pagamento, mútuo, utilização de cartão de crédito, ou qualquer outro acordo de financiamento semelhante[20].

Não se considera contrato de crédito, em sede do diploma em análise, conforme dispõe o art. 4º, n.º 2[21], o contrato de prestação continuada de serviços ou de fornecimento de bens de um mesmo tipo em que o consumidor tenha o direito de efectuar o pagamento dos serviços ou dos bens à medida que são fornecidos.

Face ao exposto, é pressuposto de existência de um contrato de crédito uma relação jurídica de consumo. Não todo o consumo, mas, tão só, aquele que integra o art. 4º, n.º 1, *c*), com as exclusões previstas nos artigos 2º e 3º do diploma[22].

No que respeita a cada uma das formas de que o contrato de crédito se pode revestir, assumimos a ordem elencada na definição.

O diferimento de pagamento pressupõe a assunção de uma obrigação de entrega de um preço – venda a prestações, tal como dispõem os artigos 934º e seguintes do Código Civil, com ou sem reserva de propriedade (art. 409º do

[20] Mantém a redacção já existente no Decreto-Lei n.º 359/91, de 21 de Setembro (diploma revogado pelo Decreto-Lei n.º 133/09, de 2 de Junho).

[21] Aqui se incluem os serviços públicos essenciais.

[22] Destacamos os contratos de crédito para habitação e os contratos de crédito cujo montante total de crédito seja inferior a euro 200,00 ou superior a euro 75 000,00.

Código Civil), e a prestação de serviços a prestações, conforme art. 1154º do Código Civil.

No concernente ao mútuo[23], encontramos a sua disciplina prevista e regulada no Código Civil - artigos 1142º e seguintes. O mútuo é «o contrato pelo qual uma das partes empresta à outra dinheiro ou outra coisa fungível, ficando a segunda obrigada a restituir outro tanto do mesmo género e qualidade»[24]. Considerando o diploma ora em análise, «apenas estão em causa os contratos de mútuo em que o mutuante é um profissional»[25].

O contrato de mútuo pode ser concedido diversamente. Pode ser concedido por um fornecedor de um bem ou de um serviço, distinguindo-se do diferimento de pagamento por, neste caso, se celebrarem dois contratos, muito embora a relação se estabeleça apenas entre duas partes. Pode, de igual modo, ser concedido por uma instituição de crédito ou financeira, podendo ou não existir uma relação com o fornecedor do bem ou do serviço. Se existir, o dinheiro mutuado destina-se à aquisição desse bem ou desse serviço, sendo que, na generalidade dos contratos que têm essa característica, o dinheiro é entregue directamente pela instituição de crédito ou sociedade financeira ao fornecedor do bem ou do serviço.

Em qualquer dos casos *supra* identificados, sempre que o mútuo é concedido por uma instituição financeira, não é admissível a inclusão de uma

[23] «No contrato de mútuo oneroso liquidável em prestações, o vencimento imediato destas ao abrigo de cláusula de redacção conforme ao art. 781.º do Código Civil não implica a obrigação de pagamento dos juros remuneratórios nelas incorporados» - trecho do Acórdão Uniformizador do STJ, n.º 7/2009, de 25 de Março de 2009. «Porém, desde que as partes, no âmbito da sua liberdade contratual, convencionem regime diferente do que resulta da mera aplicação do princípio definido no art. 781.º do Código Civil, deixa a doutrina de tal Acórdão de ser susceptível de aplicação ao contrato respetivo» - segmento do Acórdão do TRL, datado de 4 de Julho de 2013, inerente ao processo n.º 1916/12.7TBPDL.L1-2 (EZAGUY MARTINS). Acórdãos disponíveis em www.dgsi.pt.

[24] De harmonia com o disposto no art. 1142º do Código Civil.

[25] Cfr. CARVALHO, JORGE MORAIS, *Manual de Direito do Consumo*, 2.ª Edição, Almedina, 2014, p. 268.

cláusula de reserva de propriedade[26] a favor do mutuante[27], a não ser que haja transferência da propriedade reservada do vendedor para o terceiro mutuante, como garantia do crédito concedido por este ao comprador[28].

No que tange à utilização de cartão de crédito[29], estão em causa os contratos de emissão de cartão de crédito e não a utilização de cartão de crédito. Os cartões de crédito emitidos por fornecedores de bens ou prestadores de serviços (estratégias de promoção comercial) devem ser juridicamente classificados como diferimento de pagamento ou como acordo de financiamento semelhante. Relativamente aos contratos de emissão de cartões de crédito, deveremos atender, para além do disposto no Decreto-Lei n.º 133/2009, aos diplomas que regulam especificamente esta matéria. Neste ponto, assumem particular importância o Decreto-Lei 166/95, de 15 de Julho[30], e o Aviso n.º 11/2001, do Banco de Portugal[31].

Por último, pode abranger a facilidade de descoberto, tal como define o art. 4º, n.º 1, *d*): contrato expresso pelo qual um credor permite a um consumidor dispor de fundos que excedem o saldo da sua conta corrente. A facilidade de crédito estende-se à ultrapassagem de crédito, tal como definido no art. 4º, n.º 1, *e*), isto é, o descoberto aceite tacitamente pelo credor

[26] O instituto da reserva de propriedade (*pactum reservati dominii*) encontra-se consagrado no art. 409º do Código Civil.

[27] «Com a reserva de propriedade visa o vendedor *precaver-se* de uma eventual inexecução do contrato ou insolvência por parte do comprador, caso em que o vendedor deseja obter a restituição da coisa, fazendo valer os seus direitos quer em face do comprador, quer de terceiros, credores do comprador, ou que por ele tenham sido investidos em direitos sobre a coisa. Consegue-o convencionando que a titularidade do direito de propriedade permaneça na sua esfera jurídica até ao integral pagamento do preço» - Cfr. PINHEIRO, LUÍS LIMA, *A Cláusula de Reserva de Propriedade*, Coimbra, 1988, pp. 23 e 24.

[28] Veja-se, a este propósito, o Acórdão do STJ, de 30 de Setembro de 2014, inerente ao processo n.º 844/09.8TVLSB.L1.S1 (MARIA CLARA SOTTOMAYOR), disponível em www.dgsi.pt.

[29] Seguimos de perto, CARVALHO, JORGE MORAIS, *Manual de …,ob. cit.*, p. 271.

[30] Inerente ao Regime Jurídico da Emissão e Gestão de Cartões de Crédito.

[31] Cujo texto define cartões de crédito e de débito e as condições de utilização destes instrumentos de pagamento.

permitindo ao consumidor dispor de fundos que excedem o saldo da sua conta corrente ou da facilidade de descoberto acordada.

2.2.1. Classificação

O contrato de crédito é um contrato nominado e típico, porquanto se encontra definido na lei – art. 4º, n.º 1, al. *c*), do Decreto-Lei n.º 133/2009, de 2 de Junho, -, e o seu regime estabelecido no mesmo diploma legal.

Quanto ao contrato de mútuo, inserido no âmbito do mesmo Decreto-Lei, não pode ser classificado como contrato real *quoad constitutionem*, uma vez que a letra e o espírito do diploma se referem ao empréstimo em dinheiro e não de outra coisa fungível. Encontrando-se abrangidos pelo diploma, somente, os contratos onerosos[32].

2.2.2 A formação (e forma) do contrato

Na formação do contrato de crédito ao consumo têm particular relevância a informação e as declarações anteriores à celebração do contrato. Neste ponto, deve o Decreto-Lei em estudo ser complementado pelo diploma relativo às Cláusulas Contratuais Gerais - Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro.

2.2.2.1. Informação e práticas anteriores à celebração de contrato de crédito

A informação e as práticas anteriores à celebração do contrato de crédito são inovações do Decreto-Lei n.º 133/2009, de 2 de Junho. Inovações que

[32] Acerca da gratuidade ou onerosidade do mútuo dispõe o art. 1145º do Código Civil.

visam a protecção do consumidor. Os artigos 6º e seguintes tratam desta temática.

No que respeita à informação, impende sobre o consumidor a obrigação de a solicitar e a obrigação maior de cumprimento das suas obrigações contratuais (princípio geral do direito).

No concernente à publicidade (art. 6º), há a obrigatoriedade, por parte do credor e, se for o caso, do intermediário de crédito[33], de prestar ao consumidor as informações necessárias para comparar diferentes ofertas, a fim de este tomar uma decisão esclarecida e informada. De forma a celebrar contratos adequados às suas necessidades.

Quanto ao dever de assistência ao consumidor, vertido no art. 7º do diploma, consubstancia-se na obrigação que recai sobre o credor e, se for o caso, sobre o mediador de crédito do adequado esclarecimento do consumidor, por forma a colocá-lo em posição que lhe permita avaliar se o contrato de crédito proposto se adapta às suas necessidades e à sua situação financeira. Esta obrigação abrange, designadamente, o fornecimento das informações pré-contratuais que permitam comparar diferentes ofertas – com vista a uma tomada de decisão esclarecida e informada (art. 6º) –, a explicitação das características essenciais dos produtos propostos, bem como a descrição dos efeitos específicos deles decorrentes para o consumidor, incluindo as consequências da respectiva falta de pagamento. Neste conspecto, encontramo-nos perante um reforço da análise às necessidades do consumidor.

Outra das inovações é o dever de avaliar a solvabilidade do consumidor. O art. 10º impõe que, antes da celebração do contrato de crédito, se avalie a solvabilidade do consumidor com base em informações que para tal sejam

[33] O intermediário de crédito é a pessoa, singular ou colectiva, que no exercício da sua actividade comercial ou profissional, contra remuneração pecuniária ou outra vantagem económica acordada, não actue na qualidade de credor. Conforme define o art. 4º, n.º 1, *f*), do Decreto-Lei n.º 133/2009, de 2 de Junho.

consideradas suficientes. Estas informações podem ser obtidas junto do próprio consumidor que efectuou o pedido do crédito e, se necessário, através da consulta a bases de dados de responsabilidades de crédito, de harmonia com o quadro legal em vigor e com cobertura e detalhe informativo adequados para fundamentar essa avaliação.

Nos dias que correm, esta avaliação está sobejamente facilitada, porquanto são várias as bases de dados públicas que podem ser consultadas. A título de exemplo, referimos a plataforma informática do «Citius»[34], quer para as situações de insolvência quer para a lista pública de execuções, e a lista de devedores à Autoridade Tributária[35].

2.2.2.1.1 Taxa anual de encargos efectiva global (TAEG)[36]

A TAEG é outra das novidades introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 133/2009, de 2 de Junho. É apresentada como uma das formas de protecção do consumidor.

A TAEG traduz-se no «custo total do crédito para o consumidor expresso em percentagem anual do montante total do crédito». Assim dispõe o art. 4º, n.º1, *i*)[37]. Este custo total é apurado de acordo com a forma de cálculo definida no art. 24º.

[34] Que pode ser acedida e consultada em www.citius.mj.pt.

[35] Disponível, para acesso e consulta, em https://www.e-financas.gov.pt/de/pubdiv/de-devedores.html.

[36] A Directiva 2011/90/UE da Comissão, de 14 de Novembro de 2011, altera a parte II, do anexo I, da Directiva 2008/48/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, que estabelece os pressupostos adicionais para o cálculo da taxa anual de encargos efectiva global.

[37] As taxas máximas a aplicar aos contratos de crédito ao consumo poderão ser consultadas no sítio da *internet* do Banco de Portugal, em:

http://clientebancario.bportugal.pt/ptPT/TaxasJuroCambio/TaxasdeJuro/Creditoconsumidores/Paginas/Taxasmaximas.aspx.

No cálculo da TAEG incluem-se, para além dos juros, todos os encargos a pagar pelo consumidor[38]. A equação de base que traduz a equivalência entre os levantamentos de crédito, por um lado, e os reembolsos e encargos, por outro, encontra arrimo no Anexo I, do Decreto-Lei que nos ocupa.

Não é possível mencionar a TAEG sem mencionar o instituto da usura. Em conformidade com o estatuído no art. 1146º do Código Civil, é havido como usurário o contrato de mútuo em que sejam estabelecidos juros anuais que excedam os juros legais, acrescidos de 3% ou 5%, consoante exista ou não garantia real.

Atenta a importância desta matéria, o Decreto-Lei ora em análise contêm um dispositivo inerente à usura – art. 28º. Nele são identificadas as situações em que se considera que é havido como usurário o contrato de crédito.

Este preceito impõe uma dupla *fronteira*. Por um lado, é havido como usurário o contrato de crédito cuja TAEG exceda em um quarto a TAEG média praticada pelas instituições de crédito no trimestre anterior, para cada tipo de contrato de crédito aos consumidores (n.º 1), e, por outro, aquele em que a TAEG ultrapasse em 50% a TAEG média dos contratos de crédito aos consumidores celebrados no trimestre anterior (n.º 2).

[38] Conforme nota do Banco de Portugal, acessível em http://clientebancario.bportugal.pt/, no cálculo da TAEG são incluídos:

i. Os juros, comissões, impostos e outros encargos associados ao contrato de crédito;
ii. Os seguros exigidos para obtenção do crédito;
iii. As comissões de mediação do crédito;
iv. Os custos relativos à manutenção de conta, cuja abertura seja obrigatória, que registe as operações de pagamento e de utilização do crédito;
v. Os custos relativos à utilização ou ao funcionamento de meio de pagamento que permita operações de pagamento e de utilização do crédito; e
vi. Outros custos relativos às operações de pagamento.

No cálculo da TAEG não são incluídos:

i. As importâncias a pagar devido ao incumprimento de alguma das obrigações do contrato de crédito;
ii. As importâncias, diferentes do preço, que tenham de ser suportadas pelos clientes aquando da aquisição de bens ou da prestação de serviços, trate-se de negócio celebrado a pronto ou a crédito; e
iii. Os custos notariais.

Todavia, a questão que releva é a de saber se esta TAEG é um dos mecanismos de protecção dos consumidores, tal como refere o diploma em crise. Questão que nos leva até outra: saber se o regime imposto pelo art. 28º é suficiente para a protecção do consumidor.

Para Pedro Pais de Vasconcelos[39], «se, por um lado, o artigo 22º da LOBP[40] 90 e o artigo 17º da LOBP 98 não contêm uma norma que possa ser tida como habilitante da derrogação dos limites de taxas de juro dos artigos 559º-A e 1146º do Código Civil e do artigo 102º do Código Comercial, também nada no Decreto-Lei n.º 133/09 impõe que os juros TAEG sejam isentos daqueles limites legais. (…) Não se pode, em minha opinião, retirar da *ratio legis* que lhe é imanente, o abandono dos consumidores a taxas de juro como aquelas que são permitidas pela sua limitação apenas ao regime do artigo 28º do Decreto-Lei 133/09 com dispensa dos limites dos artigos 559º e 559º-A do Código Civil e do artigo 102º do Código Comercial. A *ratio juris* imanente ao regime jurídico do crédito ao consumo é de ordem pública de proteção do consumidor, não é de proteção do seu financiador». Posição que acolhemos.

Parecer-nos-ia adequada a harmonização das taxas decorrentes do Decreto-Lei em apreciação com o Código Civil, porquanto iria permitir a fixação de limites consideravelmente mais baixos.

Observando os dados disponibilizados pelo Banco de Portugal[41], face ao incumprimento dos contratos de consumo (e outros fins), verificamos que a percentagem de incumprimento é significativa (aprox. 20%). Incumprimento que resulta, muitas vezes, da impossibilidade de pagamento decorrente de

[39] Cfr. VASCONCELOS, PEDRO PAIS DE, *Taxas de Juro do Crédito ao Consumo – Limites Legais*, *Ebook* de Direito Bancário, Coleção Formação Contínua, Centro de Estudos Judiciários, Fevereiro de 2015, acedido e consultado em:

http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/Direito_Bancario.pdf.

[40] Lei Orgânica do Banco de Portugal. Nota nossa.

[41] As estatísticas sobre o endividamento encontram-se nos Boletins Estatísticos do Banco de Portugal, disponíveis em http://www.bportugal.pt/.

TAEG demasiado elevadas, mesmo que em observância dos dispositivos legais.

Constitui contra-ordenação a violação do disposto nos artigos citados neste e no ponto anterior[42].

2.2.2.2. Forma do contrato

O contrato de crédito deve ser exarado em papel ou noutro suporte duradouro, em condições de inteira legibilidade, de harmonia com o disposto no art. 12º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 133/2009, de 2 de Junho.

Deve ser entregue a todos os contraentes, incluindo os garantes, aquando da validação do contrato de crédito, com a aposição da respectiva assinatura, um exemplar do mesmo devidamente assinado (conceito amplo de forma), conforme estatui o art. 12º, n.º 2, do mesmo diploma legal.

Pese embora o preceito aluda a «contratos exarados em papel ou noutro suporte duradouro», dificilmente a forma pode ser a *não escrita*, na medida em que o próprio n.º 1, do citado artigo, se refere a «condições de inteira legibilidade». Exigindo-se que o contrato esteja contido num suporte que ofereça determinadas garantias de durabilidade no que respeita ao acesso à informação nele contida.

Deste modo, impõe-se uma forma especial para a celebração do contrato – o documento escrito, exigindo-se o cumprimento de duas formalidades: a assinatura do documento pelos contraentes, que se encontra implícita no art. 12º, n.º 2, e a entrega ao consumidor de um exemplar desse documento, expressamente prevista no preceito[43]. O artigo 12º tem natureza imperativa.

[42] Conforme preceitua o art. 30º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 133/2009, de 2 de Junho.

[43] Continuamos a seguir de perto CARVALHO, JORGE MORAIS, Manual…, *ob. cit.*, p.297.

No que respeita ao momento da entrega, dispõe o citado dispositivo que deve ser efectuada no momento da respectiva assinatura. Uma vez que «só com a entrega de um exemplar do contrato no momento da sua perfeição é que o consumidor pode inteirar-se do seu conteúdo, sopesar as vantagens e desvantagens do contrato, ajuizar da informação prestada pelo proponente, dissipar dúvidas e assegurar-se da transparência da negociação»[44].

Neste âmbito, o Tribunal da Relação de Lisboa proferiu, recentemente, uma decisão[45] acerca da obrigatoriedade de entrega de um exemplar do contrato ao mutuário-consumidor na altura da sua assinatura do contrato. Segundo o acórdão, a obrigatoriedade de entrega de um exemplar do contrato aplica-se, de igual modo, aos casos em que o credor e o devedor não estabeleceram um contacto directo tendo em vista o aperfeiçoamento do negócio, servindo-se para o efeito da intermediação do fornecedor do bem cuja aquisição foi alvo do financiamento.

No concernente às cominações decorrentes da inobservância dos requisitos *supra* mencionados, há a presunção de que a falta é «imputável ao credor e a invalidade do contrato só pode ser invocada pelo consumidor», como preceitua o art. 13º, n.º 5 [46].

O consumidor pode, de harmonia com o n.º 6, do mesmo artigo, provar a existência do contrato por qualquer meio, salvo se tiver invocado a sua invalidade. Trata-se, assim, de uma invalidade atípica[47] ou mista - em que a

[44] Cfr. Acórdão do TRL, de 23 de Outubro de 2014, inerente ao processo n.º 85/10.1TBMTJ-A.L1-8 (CARLA MENDES), disponível em www.dgsi.pt.

[45] Cfr. Acórdão do TRL, datado de 21 de Abril de 2016, inerente ao processo n.º 187/14.5TBTVD.L1-2 (JORGE LEAL), disponível em www.dgsi.pt.

[46] «Num contrato de crédito ao consumo, pré-formatado pelo mutuante como contrato de adesão, não é susceptível de ser invocado abuso do direito do mutuário quando este lance mão da nulidade de tal contrato por violação de normas de interesse público atinentes à protecção do aderente» - segmento do Acórdão do TRC, de 21 de Outubro de 2014, inerente ao processo n.º 4334/10.8T2AGD-A.C1 (FREITAS NETO), disponível em www.dgsi.pt.

[47] Sobre a invalidade do negócio jurídico, *vide* ALARCÃO, RUI DE, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor J.J. Teixeira Ribeiro, III, Iuridica, 1983, pp. 609 e seguintes.

nulidade apenas pode ser invocada por determinadas pessoas ou entidades. No caso em apreço, pelo consumidor[48].

2.2.3. Livre resolução

Ao consumidor assiste o direito de livre resolução do contrato. Este direito à livre revogação do contrato concretiza a sua única possibilidade de recuar de forma válida no negócio. É um mecanismo de protecção face à precipitação em que pode ter incorrido no momento em que se vinculou ao negócio.

O consumidor dispõe de 14 dias de calendário, sem necessidade de invocar qualquer motivo, para resolver o contrato, conforme dispõe o art. 17º do Decreto-Lei n.º 133/2009, de 2 de Junho.

Este prazo inicia-se a partir da data da celebração do contrato de crédito ou a partir da data de recepção pelo consumidor do exemplar do contrato e das informações a que se refere o art. 12º[49].

Para o exercício deste direito, o consumidor deve remeter a declaração de resolução no prazo *supra* referido, em papel ou noutro suporte duradouro à disposição do credor e ao qual este possa aceder, cumprindo os requisitos a que se refere a alínea h) do n.º 3 do art. 12º.

[48] «No contexto de um contrato de crédito ao consumo, o ónus de provar a entrega do exemplar do contrato e o cumprimento do dever de informação cabe ao Autor, quando confrontado com a alegação da omissão desses deveres. (…) Quanto à entrega do exemplar do contrato, a natureza atípica da invalidade cominada à omissão não lhe retira a sua natureza de determinante para a prova da validade do contrato, quando o consumidor invoque a nulidade. Assim, a entrega do exemplar é um facto constitutivo das pretensões que se fundam no contrato, embora a necessidade da sua alegação esteja sujeita à arguição da nulidade decorrente da omissão; aquele facto não perde, por isso, a natureza de facto constitutivo, mas ela encontra-se "adormecida", dada inocuidade da sua invocação na ausência da arguição de nulidade; cabe assim ao mutuante o ónus da prova desse facto» - segmento do Acórdão do TRL, de 27 de Março de 2014, inerente ao processo n.º 8493/03.8 TVLSB.L1-6 (ANA DE AZEREDO COELHO), disponível em www.dgsi.pt.

[49] O art. 12º dispõe acerca dos requisitos do contrato.

Lançar mão deste direito faz impender sobre o consumidor a obrigação de pagar, ao credor, o capital e os juros vencidos a contar da data de utilização do crédito até à data de pagamento do capital, sem atrasos desnecessários, em prazo que não pode ultrapassar 30 dias após a envio da comunicação, de harmonia com o postulado pelo art. 17º, n.º4.

2.2.4. Contratos coligados

É muito comum nos contratos de crédito a existência de mais do que um contrato. Nomeadamente, o contrato de compra e venda e o contrato de mútuo.

Em conformidade com o disposto no art. 4º, n.º 1, *o*), para que se considere que o contrato de crédito está coligado a um contrato de compra e venda ou de prestação de serviços específico, têm que, de modo cumulativo, ocorrer dois factos: o crédito concedido tem de servir exclusivamente para financiar o pagamento do preço do contrato de fornecimento de bens ou de prestação de serviços específicos e os ditos contratos constituírem objectivamente uma unidade económica, designadamente se o crédito ao consumidor for financiado pelo fornecedor ou pelo prestador de serviços ou, no caso de financiamento por terceiro, se o credor recorrer ao fornecedor ou ao prestador de serviços para preparar ou celebrar o contrato de crédito ou se o bem ou o serviço específico estiverem expressamente previstos no contrato de crédito.

No que concerne à *vida* do contrato coligado, refere o art. 18º que a invalidade ou a ineficácia do contrato de crédito coligado se repercute, na mesma medida, no contrato de compra e venda. Do mesmo modo, a

invalidade ou a revogação do contrato de compra e venda repercute-se, em igual medida, no contrato de crédito coligado[50].

2.2.5. Incumprimento do contrato de crédito pelo consumidor

Acerca do incumprimento por parte do consumidor[51], dispõe o art. 20º do Decreto-Lei n.º 133/2009, de 2 de Junho. Nos contratos de crédito ao consumo, quanto aos fundamentos da resolução, encontramos um regime diferente do consagrado no nosso Código Civil (artigos 1083º e seguintes).

Nos contratos de crédito ao consumo, só é possível ao credor invocar a perda do benefício do prazo ou a resolução do contrato se, cumulativamente, ocorrerem determinadas circunstâncias. Deste modo, só com a falta de pagamento de duas prestações sucessivas que exceda 10 % do montante total do crédito e com o insucesso da concessão, pelo credor, de um prazo adicional, que não pode ser inferior a 15 dias, para regularização das prestações em atraso, acrescidas da eventual indemnização devida, advertindo expressamente o consumidor dos efeitos da perda do benefício do prazo ou da resolução do contrato, pode o credor invocar a perda do benefício do prazo ou a resolução do contrato.

Neste conspecto, o Tribunal da Relação de Évora, num acórdão de 12 de Fevereiro do corrente[52], decidiu que «atendendo à interpretação teleológica do

[50] Sobre esta temática, *vide* Acórdão do TRP, datado de 23 de Fevereiro de 2012, inerente ao processo n.º 359/06.6TBARC-A.P1, (MARIA CECÍLIA AGANTE), disponível em www.dgsi.pt, cujo sumário transcrevemos: «I – Nos contratos de crédito ao consumo a invalidade do contrato que resulte da omissão da entrega de um exemplar do mesmo não pode ser conhecida oficiosamente pelo tribunal. II – A invalidade ou ineficácia de um dos contratos (de crédito ao consumo ou de compra e venda) repercute-se no outro».

[51]«i) Em execução fundada no incumprimento de contrato de crédito ao consumo, aquele contrato só constituirá título executivo, quando a quantia exequenda coincida com as prestações não pagas. ii) Incumbe ao exequente demonstrar que o contrato de crédito ao consumo que deu à execução, consta do contrato de cessão de crédito em que figura como cessionária» - trecho do Acórdão do TRC, de 23 de Fevereiro 2013, inerente ao processo n.º 6327/10.6TBOER.L1-1 (TERESA DE SOUSA HENRIQUES), disponível em www.dgsi.pt.

[52] Inerente ao processo n.º 341/13.7TBVV.E1 (SILVA NETO), disponível em www.dgsi.pt.

Decreto-lei n.º 133/2009, de 02 de Junho, que tem por fito estabelecer os mecanismos que permitam assegurar, de forma imperativa, a protecção do consumidor, e à coerência sistemática e racional que deve ser tida em conta na interpretação harmoniosa dos art.ªs 19º e 20º do diploma, conclui-se que este veda que num Contrato de Crédito ao Consumo, mormente num Contrato de Mútuo, estabelecido entre uma entidade que tem como actividade profissional a concessão de crédito e um consumidor, se estabeleçam cláusulas que permitam ao credor, em caso de, por sua iniciativa, e em face do incumprimento do devedor, accionar os mecanismos a que alude o art. 20º do diploma, invocando a perda do benefício do prazo, poder exigir à contraparte juros remuneratórios sobre as prestações que se venceram imediatamente por via dessa invocação».

Ante o cenário de incumprimento torna-se necessário encontrar soluções de resolução do mesmo. Existem duas formas de resolução: a judicial e a extrajudicial. Aqui, vamos apenas dedicar a nossa atenção à resolução extrajudicial.

No que respeita à resolução extrajudicial de conflitos, dispõe o art. 32º. A resolução extrajudicial de conflitos é, por via de regra, uma forma mais rápida e simples e, simultaneamente, menos onerosa de as partes resolverem os seus conflitos, sem necessidade de recurso aos tribunais.

No nosso ordenamento jurídico estão disponíveis vários mecanismos de apoio ao consumidor no que concerne ao incumprimento[53]. De entre eles, salientamos o Decreto-Lei n.º 227/2012, 25 de Outubro.

[53] Os consumidores em dificuldade de cumprimento das suas obrigações podem recorrer, sem quaisquer custos, à rede de apoio ao consumidor endividado. Esta rede é composta por entidades que têm como missão informar, aconselhar e acompanhar clientes bancários que se encontrem em risco de incumprimento ou que já tenham prestações de crédito em atraso. As entidades que compõem esta rede são divulgadas no Portal do Consumidor (https://www.consumidor.pt/). Podem, de igual modo, ser conhecidas através do Portal do Cliente Bancário, conforme dispõe o manual do Banco de Portugal subordinado ao tema «INCUMPRIMENTO DE CONTRATOS DE CRÉDITO. Prevenção e regularização do incumprimento por clientes bancários particulares», que pode ser acedido no sítio da *internet* do Banco de Portugal, *in*:

O Decreto-Lei n.º 227/2012, de 25 de Outubro – Plano de Ação para o Risco de Incumprimento (PARI) –, estabelece princípios e regras a observar pelas instituições de crédito na prevenção e na regularização das situações de incumprimento de contratos de crédito pelos clientes bancários e cria a rede extrajudicial de apoio a esses clientes bancários no âmbito da regularização dessas situações. De harmonia com o estatuído no art. 2º, n.º1, *c*), o PARI aplica-se aos «contratos de crédito a consumidores abrangidos pelo disposto no Decreto-Lei n.º 133/2009, de 2 de junho, alterado pelo Decreto-Lei n.º 72-A/2010, de 18 de junho, com exceção dos contratos de locação de bens móveis de consumo duradouro que prevejam o direito ou a obrigação de compra da coisa locada, seja no próprio contrato, seja em documento autónomo».

Os princípios orientadores deste diploma, em conformidade com o disposto no art. 4º do Decreto-Lei n.º 227/2012, de 25 de Outubro, são muito claros. Por um lado, as instituições de crédito devem proceder com diligência e lealdade, adoptando as medidas adequadas à prevenção do incumprimento de contratos de crédito e, nos casos em que se registe o incumprimento das obrigações decorrentes desses contratos, envidando os esforços necessários para a regularização das situações de incumprimento em causa. Por outro, os consumidores[54] devem gerir as suas obrigações de crédito de forma responsável e, com observância do princípio da boa-fé, alertar atempadamente as instituições de crédito para o eventual risco de incumprimento de obrigações decorrentes de contratos de crédito e colaborar com estas na procura de soluções extrajudiciais para o cumprimento dessas obrigações.

O consumidor tem o direito a obter, de forma gratuita, informação, aconselhamento e acompanhamento por parte das entidades habilitadas a

http://www.todoscontam.pt/sitecollectiondocuments/brochuraprevencaogestaoincumprimento.pdf.

[54] No diploma em apreço, este "consumidor" é apelidado de «cliente bancário» - consumidor, na interpretação dada pelo artigo 2º, n.º 1, da Lei de Defesa do Consumidor, aprovada pela Lei n.º 24/96, de 31 de Julho, alterada pelo Decreto-Lei n.º 67/2003, de 8 de Abril, que intervenha como mutuário em contrato de crédito, conforme estatuído no art. 3º, a).

efectuar operações de crédito, de acordo com o postulado no art. 6º do Decreto-Lei n.º 227/2012, de 25 de Outubro. Inerentemente, as instituições de crédito estão obrigadas a elaborar e a implementar um plano de acção para o risco de incumprimento, que descreva detalhadamente os procedimentos e as medidas adoptados para o acompanhamento da execução dos contratos de crédito e a gestão de situações de risco de incumprimento (art. 11º, n.º 1). Estando, estas, impedidas de cobrar comissões pela renegociação das condições do contrato de crédito, nomeadamente no que respeita à análise e à formalização dessa operação (art. 8º).

Estas instituições promovem as diligências necessárias à implementação do Procedimento Extrajudicial de Regularização de Situações de Incumprimento (PERSI)[55], no que respeita aos consumidores que se encontrem em mora no cumprimento de obrigações decorrentes de contratos de crédito, conforme dispõe o art. 12º.

Sempre que o consumidor se mantenha em incumprimento por um período superior a 30 dias após a data de vencimento da obrigação, é, obrigatoriamente, incluído no PERSI. Esta inclusão ocorre entre o 31º dia e o 60º dia subsequentes à data de vencimento da obrigação (art. 14º, n.º 1). Segue-se a fase de avaliação da capacidade financeira do consumidor e consequentemente a apresentação de proposta(s) – instituição de crédito – e eventuais contraproposta(s) – consumidor –, e, caso se aplique, nova(s) proposta(s), em consonância com o disposto nos artigos 15º e 16º.

Caso o contrato esteja garantido por fiança, a instituição de crédito deve informar o fiador[56], no prazo máximo de 15 dias após o vencimento da

[55] Sobre esta matéria, consultar a Carta Circular nº 93/2012/DSC, de 28-12-2012, relativa à articulação entre o Procedimento Extrajudicial de Regularização de Situações de Incumprimento regulado pelo Decreto-Lei nº 227/2012, de 25 de Outubro, e o regime previsto na Lei nº 58/2012, de 9 de Novembro, e a Instrução n.º 44/2012, que dispõe acerca da comunicação de informação relativa a contratos de crédito abrangidos pelos procedimentos previstos no PERSI e no Regime Extraordinário. Ambas do Banco de Portugal.

[56] O fiador pode solicitar a inclusão do devedor no PERSI, conforme estatui o art. 21º, n.º 4.

obrigação em mora, do atraso no cumprimento e dos montantes em dívida, de acordo com o art. 21º.

Durante a execução do PERSI, a instituição de crédito está impedida de resolver o contrato de crédito com fundamento em incumprimento e a intentar acções judiciais tendo em vista a satisfação do seu crédito. Está, também, impedida de ceder a terceiro uma parte ou a totalidade do crédito ou transmitir a terceiro a sua posição contratual, de harmonia com o preceituado no art. 18º.

Os factos motivadores da extinção do PERSI encontram-se elencados no art. 17º. A extinção do PERSI ocorre com o pagamento integral dos montantes em mora ou com a extinção, por qualquer outra causa legalmente prevista, da obrigação em causa. Pode, de igual modo, extinguir-se com a obtenção de um acordo entre as partes com vista à regularização integral da situação de incumprimento. Outra das causas de extinção assenta na verificação de inexistência de capacidade financeira do consumidor ou na recusa do consumidor ou da instituição de crédito das propostas apresentadas pelas contrapartes. Neste cenário, o PERSI extingue-se no 91º dia seguinte à data de integração do consumidor neste procedimento, excepto se as partes acordarem na prorrogação deste prazo. Por fim, pode extinguir-se com a declaração de insolvência do consumidor.

Notas finais

Volvidos mais de vinte anos sobre a vigência da Directiva n.º 87/102/CEE, do Conselho, de 22 de Dezembro de 1986, surgiu uma nova directiva relativa a contratos de crédito aos consumidores: Directiva n.º 2008/48/CE, de 23 de Abril. Esta nova directiva exprime a urgência na realização de um mercado comunitário de produtos e serviços financeiros, designadamente prevendo a uniformização da forma de cálculo e dos elementos incluídos na taxa anual de encargos efectiva global e reforçando os

direitos dos consumidores, no que tange, sobretudo, ao direito à informação pré-contratual. Revogando os textos comunitários vigentes sobre esta matéria.

O Decreto-Lei n.º 133/2009, de 2 de Junho, objecto da presente análise, transpõe para a ordem jurídica interna essa mesma directiva.

O Decreto-Lei ora em análise surge quase que em simultâneo com o despoletar da crise económica, com o intuito de regular o crédito e de proteger o consumidor – essa pessoa singular que, nos negócios jurídicos abrangidos por este diploma, actua com objectivos alheios à sua actividade comercial ou profissional. Esse *ser* dotado de direitos e obrigações.

O consumidor tem direito, entre outros, à qualidade dos bens e serviços, à informação para o consumo e à protecção dos interesses económicos[57]. Todavia, esta protecção exige um consumidor atento. Um consumidor esclarecido. Sempre que este se demite das suas funções, coloca-se, obviamente, numa posição de enorme fragilidade (que extrapola a que já lhe é naturalmente atribuída).

Conforme foi exposto, há ainda um longo caminho rumo à protecção efectiva dos seus direitos, não fora a constante necessidade de regular os actos de consumo.

Pese embora o consumidor deva gerir as obrigações de crédito de forma responsável, continua a ser assediado pelo mercado consumista – pelas marcas, pelas instituições de crédito. Acresce o facto de, em muitas situações, se submeter a uma taxa de esforço superior à recomendada – alocando ao crédito mais de 40% do seu rendimento. Estes dois factores, aliados à incerteza do mercado de trabalho e às suas mutações, continuam a ser sinónimos de um rácio bastante elevado de incumprimento.

[57] Cfr. art. 3.º da Lei 24/96, de 31 de Julho.

Segundo os dados[58] do Instituto Nacional de Estatística, divulgados pelo Banco de Portugal, com referência ao período compreendido entre 2009 e 2014, há um agravamento dos indicadores de incumprimento, em especial no consumo.

Mantém-se, portanto, a urgência de dotar os consumidores da informação necessária à vinculação consciente, responsável e esclarecida ao crédito ao consumo.

Carla Taipina Marta
Solicitadora
Mestranda em Solicitadoria

[58] Estes dados podem ser acedidos e consultados no sítio da *internet* do Instituto Nacional de Estatística, cujo endereço é www.ine.pt.

Data Venia
Ano 4 ● N.º 06 [pp. 233-250]

Da Programação na Gestão Territorial

CONTEMPORANEIDADE DA VIGÊNCIA NA ORDEM JURÍDICA

Angelina Teixeira
Advogada
Formadora e Doutoranda em Direito

SUMÁRIO

Com o presente texto pretende-se apresentar uma película jurídica acerca dos tipos de programação urbanística vigentes na ordem jurídica portuguesa, com a qual se projectará as figuras afins (planeamento, contratação e a execução dos planos municipais de ordenamento do território) lançando-se fotogramas para alguns «Quod»: 1- ratio da programação dos planos; 2 - conteúdo ordinário da programação; 3 - outras formas de programação municipal (e de intervenção dos privados); 4 – pertinência, ausência e desconformidade dos (entre) instrumentos de programação.

Da Programação na Gestão Territorial

CONTEMPORANEIDADE DA VIGÊNCIA NA ORDEM JURÍDICA

Angelina Teixeira
Advogada
Mestre em Direito Administrativo

1. Roteiro da programação [na gestão territorial] | 2. Guião para uma definição de programação | 3. Programação vs figuras afins | 4. Reparcelamento do solo urbano | 5. Natureza da programação |

Palavras-chave: urbanismo, programação, urbanística, planos, execução, reparcelamento.

1. Roteiro da programação [na gestão territorial]

O guião em torno da definição de programação na gestão territorial tem sido um *script* pouco compreendido pelo público. Ainda assim, continua assumir-se como o fio condutor primário entre o momento do planeamento urbanístico [1] e o da gestão concreta do uso, ocupação e transformação do solo. A legislação urbanística é complexa, mutável e dispersa, pelo que, entre avanços e recuos no plano do Direito do Urbanismo [2] nacional destacam-se

([1]) O planeamento urbanístico afirma-se como um dos domínio de intervenção mais importantes, apresentando com o Direito do Urbanismo uma relação de necessidade, por ser actualmente impensável uma administração e uma prática urbanísticas realizadas ao acaso, devendo estas, ser devidamente enquadradas e orientadas por instrumentos de planeamento que procuram programar racionalmente a sua intervenção – OLIVEIRA, Fernanda Paula, *Direito do Urbanismo. Do Planeamento à Gestão,* AEDRL, NEDAL, 2ª Edição, 2015, pág. 29.

([2]) A formação do direito do urbanismo em Portugal, à semelhança do que aconteceu na Europa, foi lenta, não sendo possível estabelecer um período histórico que marque o seu nascimento. No entanto, pode afirmar-se que "foi no século XX, sobretudo depois da 2ª Guerra Mundial, que, em consequência do fenómeno da explosão da urbanização, se foi constituindo um verdadeiro corpo de normas e princípios jurídicos em quantidade e complexidade crescentes, tendo como objeto especifico a resolução de problemas urbanísticos. O direito do urbanismo define-se como o "conjunto de normas e de institutos respeitantes à ocupação, uso e transformação do solo, isto é, ao complexo das intervenções e das formas de utilização desse bem" – ANTUNES, Luís Filipe

dois diplomas fundamentais: Lei de Bases Gerais da Politica [3] Pública de Solos, de Ordenamento do Território e do Urbanismo [LBGPPSOTU] [4] e o Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial [RJIGT] [5] .

A Lei de Bases procedeu a uma reforma estruturante, quer da película dos conteúdos, quer do seu sistema jurídico, com objetivo de traduzir uma visão conjunta do sistema de planeamento e dos instrumentos de política de solos - instrumentos por excelência - de execução dos planos territoriais. O legislador pretendeu com esta Lei enriquecer o sistema de gestão territorial mediante a distinção entre programas e planos, com fundamento na diferenciação material entre, por um lado, as intervenções de natureza estratégica da administração central e, por outro lado, as intervenções da administração local, de carácter dispositivo e vinculativo dos particulares.

Tais diplomas são os actores principais que permitiram solidificar a convicção de que a programação seria, o *quid*, então mantida como lacuna do ordenamento jurídico português, dando um impulso ao Direito do Urbanismo na prossecução da ocupação (necessária e correta) do território, assumindo-se indiscutivelmente, como o principal mecanismo de conformação do direito de propriedade dos solos [6]. Cabe ao legislador a tarefa de disciplinar as questões urbanísticas tradicionais do «jus aedificandi» [7] e do jus utendi (o direito de usar dos solos urbanos) tendo em conta as

Colaço, *Direito Urbanístico. Um Outro Paradigma: A Planificação Modesto-situacional,* Coimbra, Almedina, 2002, p.68. Sobre a evolução, vd. CORREIA, Fernando Alves, *Evolução do Direito do Urbanismo em Portugal em 2001, 2002 e 2003*, in Revista CEDOUA, n.º 12, Ano VI (2003), págs. 9-22.

(3) Sobre Política Urbana, GARCIA, Maria Glória, *Direito do Urbanismo entre a Liberdade Individual e a Política Urbana*, in RJUA, n.º 13, pp. 97-113.

(4) Aprovada pela Lei n.º 31/2014, de 30 de Maio, doravante «Lei de Bases».

(5) Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 380/99, de 22 de Setembro, entretanto revisto pelo DL n.º 80/2015, de 14 de Maio, e de ora em diante RJIGT.

(6) Segundo o art.º 1315.º do Código Civil, o direito de propriedade, não concede ao dono da coisa um direito absoluto sobre a "res", porquanto há-de ele ser moderado sempre que o interesse público especificamente o imponha ou, então, quando tal direito se oponha na sua praticabilidade com outros direitos "in rem" – Ac. STJ de 20-09-2012, processo 45/2001.E1.S1, Silva Gonçalves (Relator) in www.dgsi.pt.

(7) Ou direito a construir - ASCENSÃO, José de Oliveira, *O Urbanismo e o Direito de Propriedade in Direito do Urbanismo* (Comunicações Apresentadas no Curso Realizado no Instituto Nacional da Administração). Ainda ponto VII do Ac. TCAS, de 04-10-2012, processo n.º 06211/10, Teresa de Sousa (Relatora), in www.dgsi.pt.

profundas mudanças no uso dos solos (residenciais, industriais, desportivos, religiosos, comerciais) [8]. São notórias as restrições provocadas no plano do direito de propriedade dos particulares [9] fazendo com que o Direito do Urbanismo dependa sobretudo da (boa) planificação urbanística [10].

Torna-se assim premente, cada vez mais, à Administração municipal, na sua tarefa de programação e de controlo dos processos urbanísticos mediante a delimitação de unidades de execução, distinguir as áreas em que é prioritário intervir, para uma maior estruturação e qualificação da cidade existente, das outras em que, mesmo admitidas pelo plano, é despiciente ou negativa qualquer intervenção [11].

2. Guião para uma definição de programação

O "realizador" fala numa programação urbanística inovadora, esplendorosa, cheia de efeitos especiais. Porém, a verdade é outra, porquanto não tem passado das gravações, sendo notória os cenários cinzentos pela

([8]) CANOTILHO, J. J. Gomes / MOREIRA, Vital – Constituição da República Portuguesa Anotada, Vol. I, 4.ª Ed. Rev., Coimbra, Coimbra Editora, 2007. – Fundamentos da Constituição, Coimbra, Coimbra Editora, 1991.

([9]) Nos termos dos arts.º 18.º, n.º 2 e 3 e 62.º da Constituição da República Portuguesa.

([10]) Cfr. n.º 4 do art.º 65.º da CRP. Ainda CORREIA, Fernando Alves, "Problemas Actuais do Direito do Urbanismo em Portugal".

in Revista CEDOUA , Ano I, n.º 2, pp.10 – 11 refere que, praticamente todo o território nacional se encontra abrangido por planos urbanísticos. COLAÇO ANTUNES utiliza mesmo a expressão «urbanoplanocracia» para caracterizar o direito do urbanismo português afirmando que a planificação urbanística tornou - se na " fonte de direito de primeiríssimo relevo no que toca à definição do conteúdo do direito de propriedade e não apenas dos seus limites." No entanto, como afirma AMARAL, Freitas do, «*o direito de propriedade afigura-se como limite à liberdade de conformação do plano urbanístico*» – in Direito do Urbanismo (Sumários), Lisboa, 1993, p.109 ".

([11]) Não raras vezes, a Administração move-se num tempo que não tem correspondência na vida real, impondo um sacrifício desproporcional aos direitos e interesses dos particulares, sendo que, para a concretização do novo modelo de gestão territorial é premente programar, promover e acondicionar as operações urbanísticas a soluções de conjunto, promovendo a parceria entre os entes privados e destes com a Administração na concretização dos planos. A principal função dos planos municipais de ordenamento do território é a estruturação espacial do território municipal, função que é alcançada pela referenciação espacial dos vários usos e actividades admitidos pela afectação de porções do território ao desempenho de determinadas finalidades – OLIVEIRA, Fernanda Paula / LOPES, Dulce, *Execução Programada de Planos Municipais (As unidades de execução como instrumento de programação urbanística e o reparcelamento urbano como figura pluriforme)*, Almedina, 2013.

fraca utilização das técnicas de programação na ordem jurídica portuguesa. Comummente a *programação* é vista como aquela figura que se encontra a meio caminho entre o plano e gestão urbanística, uma espécie de compartimento estagnado a que pertencem, apenas e só, os programas de ocupação do território. Como se apontará mais adiante tal ideia é passível de crítica, apelando-se a um *tractus* entre a definição das regras de ocupação do território (que corresponde à tarefa de planear) e a sua concretização casuística (que corresponde à gestão, entendida dominantemente como execução dos planos), facilmente concluindo-se da existência de várias concavidades entre plano, programa e projeto.

Apesar de tudo, os instrumentos de gestão territorial aprovados e/ou processo de aprovação têm vindo a crescer – muito lentamente – permanecendo as dúvidas sobre quais os instrumentos de programação vigentes e sobre quais revestem a maior eficácia casuística. A este propósito, JOSÉ LUÍS CUNHA [12] faz a ligação entre os diferentes instrumentos de programação baseando o seu raciocínio nas suas características estruturais, apresentando como denominador comum dos instrumentos de programação os seguintes elementos: **1-** a execução de actuações conjuntas; **2-** as medidas a executar envolverem diretamente a gestão do território ou das construções neles existentes; **3 –** circunscrição às áreas delimitadas; e **4** - visarem conjugar o interesse público com a participação dos particulares, incluindo o direito de iniciativa destes.

FERNANDA PAULA OLIVEIRA/DULCE LOPES são do entendimento, que apesar de tais elementos estarem em conexão com o próprio conceito de programação há o *«dever de preenchê-los com exigências funcionais e materiais, que são as que tornam efetiva e operante qualquer tarefa de programação territorial»* [13]. Assim, e nesta esteira doutrinal, cada instrumento de programação deve integrar: **a)** os objetivos a alcançar com a intervenção ou intervenções projectadas; **b)** o âmbito subjectivo da

(12) *"Apontamentos em matéria de programação territorial" - Direito do Urbanismo e do Ordenamento do Território – Estudos* (coord. OLIVEIRA, Fernanda Paula), Vol. I, Coimbra, Almedina, 2012, p. 283.

(13) Programar, para quê e como? – Encontro Anual da Ad Urbem 2012.

programação [14]; **c)** o âmbito objetivo ou objeto da programação (que inclui a área delimitada a programar e a caracterização essencial da mesma, uma vez que a programação difere consoante se programa, a título exemplificativo, para urbanizar ou para reabilitar); **d)** as operações de execução a levar a cabo (reparcelamentos, loteamentos, "condomínios" urbanísticos); **e)** o tempo de execução (a programação temporal das ações previstas); e **f)** o financiamento da execução (que deve, quando aplicável, compatibilizar-se com o programa plurianual de intervenções do município e respetivo orçamento).

Os instrumentos de programação de gestão territorial têm sido aplaudidos como cenários principais em matéria do Direito do Ordenamento do Território [15]. A tela de fundo encontra-se no n.ºs 1 a 3 do art.º 94.º do RJIGT, na redacção atual dada pelo Decreto-Lei n.º 80/2015, de 14 de maio. Desde logo, os planos municipais são disponibilizados, com carácter de permanência e na versão actualizada, no sítio eletrónico do município a que respeitam, bem como no sítio eletrónico do Sistema Nacional de Informação Territorial (SNIT), através de ligação eletrónica a este sistema nacional.

Na prática, os municípios devem proceder à transcrição digital vectorial e georreferenciada do conteúdo documental por que são constituídos os planos municipais de ordenamento do território, disponibilizando-os nos respectivos sítios electrónicos, de acordo com modelo de dados a provar pela Direcção-Geral do Território [16]. Regista-se com algum aplauso o crescendo esforço por parte dos municípios na divulgação e disponibilização dos elementos instrumentais para uma boa programação [17].

([14]) A definição de quem fica por ela abrangida e em que moldes incluindo os mecanismos de associação.

([15]) Jurisprudência constitucional em Ordenamento do Território e Urbanismo, Vd. MEALHA, Esperança - SOUSA, Marcelo Rebelo de / GOMES, Carla Amado, Estudos de Direito do Ambiente e de Direito do Urbanismo. Há uma relação de especialidade com o Direito Administrativo, envolvendo um acervo de implicações que se reflectem na especialidade de certos princípios e regras, atenta a finalidade de criação de um regime adaptável às circunstâncias particulares do urbanismo e às particularidades do tráfego negocial nesta área – CAPITÃO, Gonçalo, *Legalização/licenciamento de obras particulares: unidade ou dualidade de regimes?* CJA n.º 31 (Jan-Fev 2002), pág. 34.

([16]) As plantas e o respectivo acesso devem estar disponíveis em modelo aprovar – n.º 3 do art.º 94.º.

([17]) No Municipio de Coruche vigoram o Programa Nacional da Política de Ordenamento do Território, Plano de Bacia Hidrográfica, Plano Regional de Ordenamento Florestal e Planos Municipais de Ordenamento do Território in http://www.cm-coruche.pt/atividade-municipal/ordenamento-do-territorio/instrumentos-de-gestao-territorial

3. Programação vs figuras afins

A programação pode ser abordada sob a perspetiva dos atores secundários mas com maior proximidade à figura da programação em relação às figuras que lhe são mais próximas ou afins. Destacam-se o planeamento, a contratação e a execução dos planos municipais de ordenamento do território, embora destaque-se FERNANDA PAULA OLIVEIRA/DULCE LOPES «*nem sempre seja fácil traçar uma linha distintiva entre elas*» [18]. Se o realizador lança o enredo de que planear é olhar o território de alto - expressando as principais opções para a sua ocupação – deve (cremos) expandir-se e trabalhar nas disposições com vista à sua concretização [19] com a inclusão de peças que têm a execução como seu objetivo orgânico [20].

A figura «*executar*», ainda que se situe a jusante das tarefas de planear e de programar, não se desassocia, nem se identifica com elas, não se tratando de uma mera aplicação subordinada de normas pré-determinadas, encurralados na própria conformação e decisão por parte das entidades públicas envolvidas [21]. Afirma ANTÓNIO CÂNDIDO DE OLIVEIRA que "... *executar não é o mesmo que planear. A invenção, a imaginação, a criação são naturais e encontram a sua expressão no planeamento não na execução*" [22]. Se a execução é altura para inventar, então não é atividade de execução é atividade de planeamento., porquanto o território nacional se encontra abrangido pelos mais diversos instrumentos de gestão territorial, em especial, planos municipais de ordenamento do território que desempenharem as tarefas planificarias mais relevantes de classificação e qualificação dos solos.

([18]) Programar, para quê e como? – Encontro Anual da Ad Urbem 2012.

([19]) Razão pela qual, há doutrina que identifique a «gestão do território» como uma das funções dos instrumentos de planeamento territorial. Neste sentido, cfr. CORREIA, Fernando Alves, *Manual de Direito do* Urbanismo, Vol.I, 4.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2008, p. 368.

([20]) É o caso dos programas de execução e dos planos de financiamento.

([21]) Aconselhamos a leitura do artigo «*Execução dos instrumentos de gestão territorial e mecanismos de compensação» de* OLIVEIRA, Fernanda Paula, in SOUSA, Marcelo Rebelo de / GOMES, Carla Amado, Estudos de Direito do Ambiente e de Direito do Urbanismo, 2011.

([22]) Vd. *Problemática jurídica da execução dos planos directores municipais* - CEDOUA/APDU/FDUC, A Execução dos Planos Directores Municipais, Coimbra, Almedina, p. 25.

Falar-se em *gestão urbanística* significa falar na execução de planos municipais, nas mais variadas dimensões em que podemos encontrar também as figuras típicas de execução. Aqui destaca-se o *reparcelamento de solo urbano* destinado à criação de parcelas para urbanização, que se aproxima a uma tela dos instrumentos de programação [23] e noutra dos instrumentos de execução [24]. No suspense das figuras afins encontramos a *contratação urbanística* encarada como uma via admissível de programação territorial.

Chegados aqui, planear, executar e contratar podem ser vias de instrumentos de programação, objeto de regulação, ex legis, por acordo das partes. Também a programação da execução dos planos especiais de ordenamento do território passam - no essencial - por uma medição municipal, uma vez que são os municípios que estão encarregados da normal gestão urbanística (onde se inclui as áreas cobertas por estes planos) [25]. Os instrumentos que antecedem ou ultrapassam os planos - *contratos para planeamento* - incluem as dimensões de programação da execução [26] ocorrendo assim com os *programas de ação territorial*, sempre que estes não se atenham à definição da estratégia de intervenção sobre o território. [27]

Cremos que o legislador ao prever as normas provisórias parece afastar a necessidade de manter os efeitos antecipatórios nas medidas preventivas afasta a ideia de que os efeitos antecipatórios nas medidas preventivas. No

([23]) Por não regular, de forma, exaustiva, a solução urbanística da sua área de intervenção.

([24]) Já que, à semelhança dos loteamentos urbanos, procede diretamente à transformação fundiária, registal e fiscal dos solos por si abrangidos.

([25]) O projeto que está na base da gestão urbanística, não deve ser visto como uma mera reprodução das opções contidas do plano, mas sim, ter um papel criador e até integrador deste. Assim, vem-se defendendo que, para que um projecto urbanístico esteja de acordo com as disposições de um plano e, por isso, não o viole, não é necessário que reproduza estrita e rigorosamente o que nele está previsto, bastando que, no conjunto ou no seu todo, o projecto urbanístico licenciado o dê cumprimento às exigências significativas ou expressivas constantes do plano – «*Execução dos instrumentos de gestão territorial e mecanismos de compensação*» OLIVEIRA, Fernanda Paula (ob cit.).

([26]) Na verdade, estes contratos, para serem instrumentos de programação, devem cumular dimensões próprias de contratos para planeamento e de contratos de execução ao, por exemplo, repartirem responsabilidades pelos vários intervenientes pensando já na concretização das opções do plano.

([27]) Confrontar com o art.º 17.º da Lei de Bases Gerais no artigo 17.º e CORREIA, Jorge Alves, "Concertação, Contratação e Instrumentos Financeiros na Reabilitação Urbana", *in*. *O Novo Regime da Reabilitação Urbana*, Temas CEDOUA, Coimbra, Almedina, 2010, p. 110.

anterior regime até se entendia a intenção, pois as *medidas preventivas com efeitos antecipatórios* permitiam a continuidade da gestão urbanística durante a elaboração, alteração, revisão ou suspensão de um plano, estipulando as principais regras, designadamente do ponto de vista da execução, que se aplicam à sua área de intervenção [28] e das *unidades de execução* [29].

A programação é a figura por excelência no nosso ordenamento jurídico, tendo outras que o legislador quis destacar, prevendo o *instrumento próprio* (no âmbito do regime jurídico da reabilitação urbana [30] incluindo o respetivo *programa estratégico ou estratégia de reabilitação urbana ([31])*, as *zonas de intervenção florestal* e os *planos de gestão da rede natura.*

4. Reparcelamento do solo urbano

Descortinados os instrumentos de programação, abordaremos aquele que, apesar de a estreia ser antiga (previsto na legislação urbanística desde a entrada em vigor do Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial, entretanto revogado pelo Decreto-Lei n.º 80/2015, de 14 de maio) merece algum destaque – o reparcelamento do solo urbano. Esta figura constitui um instrumento de execução dos planos que se insere na execução urbanística, sendo uma das maiores inovações, a mudança de paradigma assistida no planeamento territorial.

([28]) Para mais desenvolvimentos – "As Medidas Cautelares dos Planos", in Revista do Centro de Estudos do Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente, n.º 10, Ano V_2.02 – OLIVEIRA, Fernanda Paula, Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial – Comentado, Coimbra, Almedina, Ano 2012 – pág. 396 a 399. AMARAL, Freitas do, *Direito do Urbanismo (sumários),* Lisboa, 1993. A título exemplificativo, veja-se as matérias no plano rodoviário que o STA veio reconhecer a eficácia externa relativamente aos particulares – AC. 14-04-2005 e 07-02-2006, in www.dgsi.pt.

([29]) Na opinião de DULCE LOPES, as unidades de execução têm vindo a revelar-se instrumentos privilegiados de execução sistemática e coordenada dos planos - *Planos de Pormenor, unidade de execução e outras figuras de programação urbanística em Portugal*, in Revista de Direito Regional e Local. Braga: Cejur, n. 03 julho/dezembro, 2008, p.13.

([30]) Para aprofundar, vd. LEITÃO, Luís Menezes, *O Regime Jurídico da Reabilitação Urbana e a Garantia do Direito de Propriedade*, in RJUA, n.º 31/34, 2009/2010, pp.135-143.

([31]) A este propósito OLIVEIRA, Fernanda Paula / LOPES, Dulce – "As recentes alterações ao Regime Jurídico da Reabilitação Urbana", in *Direito Regional e Local, n.º 19-2012*. Ainda OLIVEIRA, Fernanda Paula / LOPES, Dulce/ALVES, Cláudia – *Regime Jurídico da Reabilitação Urbana* – Anotado, Coimbra, Almedina, 2011.

O seu regime encontra cenário no art.º 164.º «*Reparcelamento do solo urbano*» entendido como a operação de reestruturação da propriedade que consiste no agrupamento de terrenos localizados em solo urbano e na sua posterior divisão, com adjudicação dos lotes resultantes aos primitivos proprietários ou a outros interessados [32]. A operação de reparcelamento da iniciativa dos proprietários inicia-se com a apresentação de requerimento dirigido ao presidente da câmara municipal, instruído com o projeto de reparcelamento e subscrito por todos os proprietários dos prédios abrangidos, bem como pelas demais entidades interessadas, no caso de iniciativa conjunta (n.º 1 do art.º 166.ºdo DL 80/2015, de 14 de maio).

O reparcelamento de solo urbano que origine parcelas para urbanização distingue-se do normal loteamento [33], não definindo exausta e de forma rígida as condições de edificação [34] na (s) parcela (s) remetendo para as operações urbanísticas de loteamento [35].

O reparcelamento de solo urbano que origine parcelas para urbanização distingue-se do normal loteamento [36], não definindo exausta e de forma rígida as condições de edificação [37] na (s) parcela (s) remetendo para as operações urbanísticas de loteamento [38]. FERNANDA PAULA OLIVEIRA/DULCE LOPES entendem que, o instrumento de programação do actual filme, até pelas exigências de mercado, apontam para uma flexibilização material e temporal da execução dos instrumentos de planeamento territorial, ainda que aliada a uma dimensão de garantia

([32]) Antes art.º 131.º DL 38/99, de 22 de Setembro.

([33]) O DL 46 673 de 26 de abril de 1965 foi o primeiro diploma legislativo que procurou disciplinar as iniciativas de loteamento urbano.

() A noção de edificação encontra-se na alínea a) do n.º 2 do RJUE.

([35]) A noção operações de loteamento encontra-se na alínea i) do n.º2 do RJUE. Aconselha-se a leitura OLIVEIRA, Fernanda Paula / NEVES, Maria José Castanheira/ LOPES, Dulce/ MAÇÃS, Fernanda - Regime Jurídico da Urbanização e Edificação Comentado, 3.ª Edição. Coimbra, Almedina, 2011 (comentário ao artigo 7.º).

([36]) O DL 46 673 de 26 de abril de 1965 foi o primeiro diploma legislativo que procurou disciplinar as iniciativas de loteamento urbano.

() A noção de edificação encontra-se na alínea a) do n.º 2 do RJUE.

([38]) A noção operações de loteamento encontra-se na alínea i) do n.º2 do RJUE. Aconselha-se a leitura OLIVEIRA, Fernanda Paula / NEVES, Maria José Castanheira/ LOPES, Dulce/ MAÇÃS, Fernanda - Regime Jurídico da Urbanização e Edificação Comentado, 3.ª Edição. Coimbra, Almedina, 2011 (comentário ao artigo 7.º).

(definição estável) a posição jurídica dos interessados. A colocação de lotes no mercado, com parâmetros de ocupação muito precisos designadamente em termos de área de implantação, número de pisos e fogos, bem como com regras de inserção urbanística muito rígidas, tem vindo a ceder perante a necessidade de permitir a criação e alienação de parcelas de terreno que, embora destinadas à edificação [39] (e garantindo logo à partida a sua ocorrência), sejam compatíveis com um conjunto de soluções alternativas que serão concretizadas em momento posterior ao nível do projeto pelo seu promotor ou pelo respetivo adquirente.

FERNANDO ALVES CORREIA a este propósito refere que estamos perante um «processo de reordenamento dos terrenos» traduzido numa nova divisão que em regra afecta "terrenos pertencentes a vários proprietários" sendo, acima de tudo, um instituto de remodelação ou de recomposição predial [40] que a este propósito se indica uma tabela-guia da autoria de FERNANDA PAULA OLIVEIRA:

Proprietário / Investidor	Avaliação da Parcela Inicial / Montante investido	% no capital total	Benefícios (a edificabilidade do projecto (m^2/função) na proporção da sua posição)	Encargos (totalidade dos encargos do projecto a assumir na proporcionalidade dos benefícios que receber	Edificabilidade Final
A	X	%			Lote k, l e m
B	Y	%			Lote n, o, p

Somos assim levados a concluir que a via tradicional dos loteamentos urbanos, enquanto operações de transformação fundiária *dão origem a lotes*, isto é, a unidades prediais com soluções edificativas fechadas, nos termos indicados no artigo 77.º, n.º 1, alínea e) do Regime Jurídico da Urbanização

(39) OLIVEIRA, Fernanda Paula *"O Direito de Edificar: Dado ou Simplesmente Admitido pelo Plano*? Ac. STA (1.ª Secção) de 1.2.2001, P. 46825", in CJA, n.º 43, Janeiro/Fevereiro 2004, pp.49-57. "O Novo Regime de Urbanização e Edificação – A Visão de um Jurista" in Revista CEDOUA, Ano IV, n.º 8, pp.35-52. E ainda da mesma autora, Novas Tendências do Direito do Urbanismo – De um Urbanismo de Expansão e de Segregação a um Urbanismo de Contenção, de Reabilitação Urbana e de Coesão Social, 2.ª Ed., Coimbra, Almedina, 2012.

(40)O Plano Urbanístico e o Princípio da Igualdade, Coimbra, Almedina, 2001, 2.ª Reimpressão, pp. 629-630, e Manual de Direito do Urbanismo, Vol. II, Coimbra, Almedina, 2010, pp. 105 e ss.

e Edificação [RJUE] [41] com a ressalva do possível desajuste às reais exigências urbanísticas atuais. No que respeita ao controlo legalmente previsto para este tipo de operação urbanística, apela-se ao raciocínio análogo no âmbito de loteamentos com obras de urbanização, revelando-se oportuno para garantir a funcionalidade e autonomia das parcelas a criar. Na circunstância de não ser necessário realizar obras de urbanização para assegurar a funcionalidade e autonomia das parcelas (o que sucederá no caso de aquelas infra-estruturas já existirem) bastará a aprovação da operação de reparcelamento para a sua individualização. Num caso ou no outro, o alvará é o título que serve para efeitos de registo predial, podendo com base nele individualizar-se as unidades prediais (as parcelas para urbanização) definidas com a capacidade edificativa que lhes for associada, parcelas que terão um estatuto indubitavelmente urbano.

O primeiro espectro de um plano de pormenor que se pode retirar para os assuntos registais será o grau de detalhe das propostas relativas à organização espacial e o nível de conformação do direito de propriedade ínsitos nas suas disposições regulamentares (mediante definição do estatuto jurídico dos terrenos incluídos na área do território municipal por ele abrangida). O modelo territorial definido para a área de intervenção do plano de pormenor só difusamente se reflecte no registo predial, porquanto o que é objeto da publicidade registal não são as prescrições do plano ou a sua componente estática, mas o efeito da execução das suas medidas, através da inscrição das operações de transformação fundiária ou de outros factos jurídicos necessários à concretização do plano.

Na verdade, são os instrumentos de execução do plano, normalmente mobilizados no âmbito de uma atividade de gestão urbanística concreta, e não as suas disposições normativas (conteúdo regulamentar) que determinam e diretamente suportam o registo dos factos jurídicos a que se

([41]) DL n.º 214-G/2015, de 2 de outubro (16ª versão do DL n.º 555/99, de 16 de dezembro). A designação adoptada para o diploma - regime jurídico da urbanização e edificação - foge à terminologia tradicional no intuito de traduzir a maior amplitude do seu objecto. Em conexão, OLIVEIRA, Fernanda Paula - "Algumas Questões de Relevo no Âmbito do Regime Jurídico de Urbanização e Edificação" in Direito do Urbanismo e do Ambiente. Estudos Compilados, Cátia Marques Cebola, Jorge Barros Mendes, Marisa Caetano Ferrão, Susana Almeida (coord.), Lisboa, Quid Juris, 2010, pp.147-183.

refere o art. 2.º/1/d) da CRP, designadamente o fraccionamento ou o reparcelamento da propriedade (art. 162.º do RJIGT). Deste modo, para além das operações de transformação fundiária resultantes de uma execução assistemática dos planos (alvará de licença ou em comunicação prévia) requeridas de forma isolada e pontual pelos proprietários, insurge-se o objeto de inscrição registal [42] e as operações de transformação fundiária resultantes de reparcelamento do solo urbano (art. 131.º do RJIGT). A par temos o procedimento administrativo de controlo prévio ou de estruturação da compropriedade (art. 129.º do RJIGT), enquanto instrumentos jurídicos de execução dos planos, ou seja, enquanto operações integradas numa solução de conjunto e em parceria entre particulares e entre estes e a Administração. Não se pode ignorar que o plano de pormenor deixou de ser apenas instrumento de planeamento de execução das opções urbanísticas dos planos municipais, para se se apresentar também na modalidade de instrumento de execução (plano de pormenor com efeitos registais). É nesta linha que tem vindo assumir uma espécie de auto-suficiência para fundar diretamente operações de transformação fundiária (de loteamento ou fraccionamento, de reparcelamento ou de estruturação da compropriedade), dispensando pois um procedimento administrativo subsequente e equiparando-se, assim, aos demais instrumentos de execução capazes de efectivar a recomposição predial do solo.

Veja-se que de acordo com o n.º 1, alíneas nas a) a c) do art.º 107.º do RJIGT o *plano de pormenor* é constituído por regulamento, planta de implantação e planta de condicionantes, devendo ser acompanhado por relatório fundamentado das soluções propostas no plano, relatório ambiental e peças escritas e desenhadas que suportem as operações de transformação fundiária, programa de execução de ações previstas, modelo de redistribuição de benefícios e encargos e plano de financiamento e fundamentação da sustentabilidade económica e financeira (n.º 2).

Com a entrada do novo RJIGT mantém-se essa identidade funcional entre o plano de pormenor com efeitos registais e os atos de gestão urbanística de execução do plano (art. 108.º), ou seja, uma dada operação de

(42) Até à entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 316/2007, 19 de setembro.

reestruturação fundiária continua a poder ser registada com base no mesmo acervo documental que se encontrava previsto fixado no art. 92.º-A do RJIGT revogado.

Desta forma, uma disposição do plano que, versando sobre as condições de ocupação do solo, permita a consideração unitária da área correspondente a dois ou mais lotes ou parcelas definidos na planta de implantação respetiva para efeitos de edificação, desde que respeitados determinados parâmetros, não podendo ao que se crê, ser lida como uma permissão para a alteração do recorte fundiário previsto no plano de pormenor por simples deliberação camarária, erigindo esta deliberação num instrumento, simplificado e atípico, de execução do plano ou de alteração das operações de transformação fundiária executadas no próprio plano.

Uma leitura mais de perto quantos aos efeitos registais refere que a certidão do plano de pormenor que contenha as menções do conteúdo material do plano pormenor (art.º 102.º) e que seja acompanhada das peças escritas e desenhadas (n.º 3 do art.º 107.º) ***constitui título bastante*** para a individualização no registo predial dos prédios resultantes das operações de transformação fundiárias previstas no plano. Já no que toca às situações de reestruturação da compropriedade ou de reparcelamento, o registo depende da apresentação, respetivamente, do acordo de reestruturação da compropriedade ou do contrato previsto no n.º 2 do art.º 165.º (n.º 2 do art.º 108.º).

Claramente neste sentido, o artigo 2.º, n.º 1, alínea d) do Código do Registo Predial considera como factos sujeitos a registo tanto as operações de loteamento [43] como as de reparcelamento, consideradas, por isso, como operações de transformação fundiária com contornos distintos.

Embora o legislador tenha feita um esforço legislativo, parecem desarticulados o RJIGT e o RJUE quanto ao modelo de gestão urbanística para que apontam, sendo que o primeiro impõe como forma de execução dos planos e execução urbanística a execução sistemática e o segundo um

([43]) Quanto à localização de operações de loteamento – art.º 41.º do RJUE. Quanto às orientações do Ministério Público Parecer n.º 152/2004-C do Conselho Consultivo da PGR, publicado no DR II Série de 04 de Julho.

tipo de gestão assistemática.

Concluímos assim por dois cenários distintos: um *primeiro* em que um plano de pormenor agregue a vertente do planeamento, da programação e da execução material, constituindo um plano de pormenor com efeitos registais, não deixando espaço para uma concertação atinente à solução urbanística nele gizada fora de um quadro de alteração do próprio plano, sendo que em caso de reparcelamento urbano de prédios pertencentes a diversos proprietários, uma nova concertação implicará, normalmente, a própria reformulação do conteúdo dos contratos para execução entretanto efectuados. Um *segundo* que a flexibilidade do plano de pormenor possa consentir ao nível da sua execução não se traduzindo numa faculdade de "desprocedimentalização da gestão urbanística"; antes se situa ao nível substantivo, da concretização dos projetos urbanísticos e do grau de conformação e de decisão que, neste âmbito, é consentido às entidades competentes [44].

5. Natureza da programação

Neste ponto, coloca- se a questão de saber se existe, e com que intensidade, uma obrigação de programação. O anterior artigo 116.º, n.º 1 do RJIGT estabelecia desde logo, uma obrigação geral de programação da execução dos planos e, mesmo, das políticas urbanísticas, o que significa que apenas em situações contadas se admite uma execução urbanística não programada [45].

Se essa obrigação estiver concretizada em instrumento de planeamento territorial e sendo neste obrigatório e determinada (designadamente quanto ao momento em que deve ocorrer), a inexistência de programação traduzir-se-á numa violação de plano, com as gravosas consequências daí inerentes, nomeadamente a impossibilidade de aprovação de operações urbanísticas

(44) Acerca do planeamento e gestão como duas faces de um mesmo processo, OLIVEIRA, Fernanda Paula / LOPES, Dulce, Execução…, cit., pp. 39/40.

(45) Para mais desenvolvimentos sobre estas situações cfr. o nosso *Execução Programada de Planos Municipais, cit*. No mesmo sentido cfr. OLIVEIRA, António Cândido, "A situação atual da gestão urbanística em Portugal", N.º 02, abril/junho de 2008.

isoladas sobre o solo. Tem-se vindo a questionar se um dever de programação por parte da Administração municipal equivale a um direito à programação por parte dos interessados, que viabilize uma sua reação judicial contra a inércia daquela na adoção de instrumentos de programação considerados devidos. Apesar de esta ser uma questão legítima, a mesma não tem aplicação na programação, com a mesma acuidade com que se analisa no âmbito do planeamento urbanístico (isto é da obrigação de elaborar planos para uma determinada área territorial) [46]. O planeamento da iniciativa da elaboração dos planos é exclusivamente pública ao invés da programação onde grande parte dos seus instrumentos pode ser de iniciativa privada, facultando aos interessados, perante a inércia da Administração, desencadear os procedimentos tendentes à sua adoção. É este o caso paradigmático das unidades de execução [47]. O mesmo já não se diga quanto à natureza jurídica dos instrumentos de programação e respetivos efeitos. Tendo em consideração a multiplicidade de figuras de programação e os seus diversos enquadramentos normativos, não é possível identificar-lhes uma natureza jurídica unitária.

O panorama nacional é revestido por alguns instrumentos de programação de natureza contratual (os contratos para planeamento) e por outros que podem ser reconduzidos à figura tradicional dos atos administrativos (a delimitação de unidades de execução) e outros ainda que assumem uma natureza normativa (os instrumentos próprios no âmbito da reabilitação urbana). Todos estes instrumentos, porém, apesar de se reportarem a áreas concretas e a um horizonte temporal determinado, contêm claras dimensões inovatórias relativamente aos planos a que, em regra, se reportam.

No fundo todos são mesclados de uma natureza mista, não sendo assimiláveis em absoluto a qualquer das categorias tradicionais de atuação da

(46) OLIVEIRA, Fernanda Paula, *A Discricionariedade de Planeamento Urbanístico Municipal na Dogmática Geral da Discricionariedade Administrativo*, Coimbra, Almedina, 2011, p. 299 e ss (em especial pp. 312-313).

(47) Corresponde à identificação, em planta cadastral, da área a sujeitar a uma intervenção (operação) urbanística, segundo a qual pressupõe, *prima facie*, a concretização, de uma operação de reparcelamento (em regra com obras de urbanização), sob a égide do controlo preventivo respectivo.

Administração.

Esta indefinição da caraterização jurídica dos instrumentos de programação torna particularmente difícil a determinação dos respetivos efeitos jurídicos, em particular quanto às consequências do seu incumprimento. Antes da entrada em vigor da revisão do RJIGT, no n.º 2 do art.º 118.º, o legislador tinha optado por um dever geral de conformação dos particulares descurando a previsão quanto aos seus contornos, regime que agora se encontra na Secção I do Capítulo V do RJIGT mantendo o legislador os n.ºs 1 a 3 do art.º 118.º mas actualmente com previsão no art.º 146.º onde aditou o n.º 4.

Como refere FERNANDA PAULA OLIVEIRA *«numa nova lógica, o município promove a execução coordenada e programada do planeamento territorial de acordo com o interesse público, os objetivos e prioridades estabelecidas nos planos municipais de ordenamento do território; os particulares têm de concretizar e adequar - se às suas pretensões às metas e prioridades neles estabelecidos, participando no financiamento das infra-estruturas e equipamentos públicos municipais e intermunicipais". Criou - se, deste modo, um novo modelo de gestão territorial assente na programação da execução dos planos, com soluções conjuntas resultantes de parcerias entre a Administração Pública e os privados* [48].

Tal programação conta com a cooperação de entidades públicas e privadas, devendo os particulares adequar e concretizar as suas pretensões às prioridades e objectivos que se encontram previstos. O anterior regime dos sistemas de execução (art.º 119.º RJIGT) não previa o modo como os planos podem ser executados fora do sistema de execução, o faz agora no art.º 147.º do RJGIT quando prevê que os planos podem ser executados fora de sistema de execução quando se verifique uma das seguintes situações: ***a)*** *A execução do plano territorial de âmbito intermunicipal ou municipal, ou de parte de um plano, possa ser realizada por meio de operações urbanísticas, em zonas urbanas consolidadas, tal como definidas no regime jurídico da urbanização e da edificação e* ***b)*** *A delimitação de unidades de execução se revelar impossível ou*

(48) OLIVEIRA, Fernanda Paula – *Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial* – Comentado ... , p. 430.

desnecessária, à luz dos objetivos delineados pelo próprio plano. Ora, tirando, os instrumentos de programação que assumem a natureza de planos pormenor com efeitos registais, as demais figuras de programação não têm, por força da lei, carácter vinculativo directo.

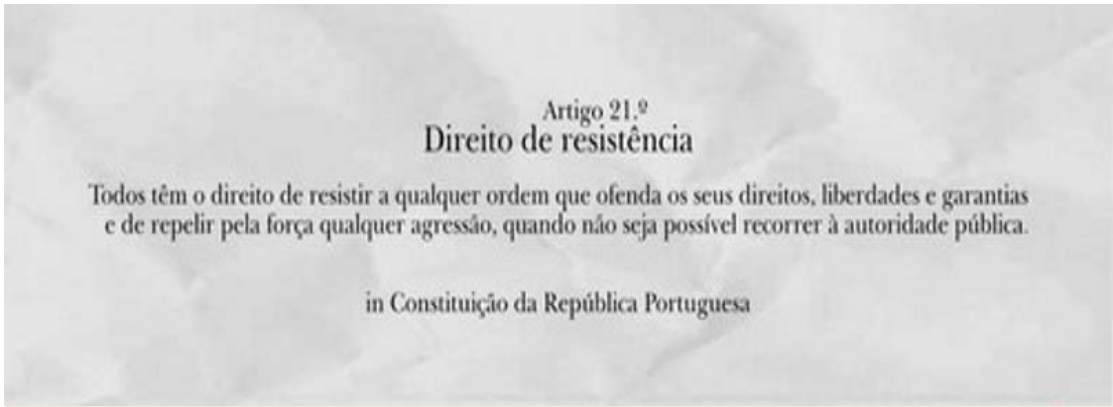
Tal não obsta, porém, a que o legislador, relativamente aos instrumentos de programação legalmente previstos, tenha estabelecido vias indirectas de vinculação dos particulares à programação estipulada, seja por via negocial (pela mobilização da figura tradicional do incumprimento contratual), seja pela criação de fundamentos novos de indeferimento ou rejeição de cariz mais ou menos discricionário e que apelam para o respeito da programação estabelecida (é o caso da estratégia e do programa estratégico de reabilitação urbana no âmbito deste regime especial) [49], seja ainda pela possibilidade legalmente admitida de recurso a mecanismos impositivos, como a expropriação, em caso de incumprimento da programação por parte dos interessados.

Todos aqueles que triunfam de alguma maneira não devem (jamais) esquecer aqueles que o tenham ajudado, mantendo em mente o dever de fazer o mesmo nas oportunidades que a vida lhe trará (s.a.).

Angelina Teixeira
Advogada
Formadora e Doutoranda em Direito
angelinateixeira-53245P@adv.oa.pt

([49]) Acerca do relevo do princípio da tipicidade do direito do urbanismo, vd. planos de pormenor, unidades de execução e outras figuras de programação urbanística em Portugal, Direito Regional e Local, Braga, n.3 (Jul.-Set.2008), p.8-17.

Data Venia
Ano 4 ● N.º 06 [pp. 251-262]



O direito de resistência à luz da sua positivação jurídica

A RELAÇÃO COM A LEGÍTIMA DEFESA E A CESSAÇÃO DO DEVER DE OBEDIÊNCIA

Pedro Tiago Ferreira
Formador

RESUMO:

O direito de resistência, enquanto direito jurídico positivo, não legitima a desobediência a ordens que sejam dadas segundo os parâmetros constitucionais do Estado de Direito moderno, ao contrário do que sucede com o direito de resistência na sua formulação filosófica, que legitima a desobediência à lei ou até mesmo às disposições constitucionais de Estados autoritários, dado que estas, pese embora o facto de estarem inscritas numa Constituição, ofendem os princípios do Estado de Direito, algo que não acontece nas constituições ocidentais modernas.

O direito de resistência à luz da sua positivação jurídica

A RELAÇÃO COM A LEGÍTIMA DEFESA E A CESSAÇÃO DO DEVER DE OBEDIÊNCIA

Pedro Tiago Ferreira
Formador

Resumo: O direito de resistência, enquanto direito jurídico positivo, não legitima a desobediência a ordens que sejam dadas segundo os parâmetros constitucionais do Estado de Direito moderno, ao contrário do que sucede com o direito de resistência na sua formulação filosófica, que legitima a desobediência à lei ou até mesmo às disposições constitucionais de Estados autoritários, dado que estas, pese embora o facto de estarem inscritas numa Constituição, ofendem os princípios do Estado de Direito, algo que não acontece nas constituições ocidentais modernas.

1. Introdução

A figura do direito de resistência configura um caso interessante de um conceito cujo conteúdo foi sendo modificado ao longo do tempo não só através do labor intelectual dos filósofos em geral, que, de uma ou outra forma, desenvolvem o pensamento dos seus predecessores, mas, também, através da tomada de opções políticas que positivaram os ganhos intelectuais produzidos pelos juristas, nomeadamente os filósofos do Direito, os constitucionalistas e os penalistas, cuja linha de pensamento centra-se numa perspectiva mais técnica deste mesmo assunto.[1] É por esta razão que é possível falar de um "direito *moral-político* de resistência", conceito desenvolvido por filósofos em geral, e jus-naturalistas em particular, até aos finais do século

[1] Para uma exposição detalhada desta evolução a partir de uma perspectiva histórica contempladora tanto dos aspectos filosóficos como dos aspectos jurídicos, cf. Andrade Esteves, 1989: 13-224.

XVIII, por oposição a um "direito *jurídico* de resistência", compreendendo-se o termo "jurídico" restritivamente, isto é, designando aquilo que Karl Larenz denomina por "ciência do Direito" (*Rechtswissenschaft*), entendendo-se por tal "aquela ciência que se confronta com a solução de questões jurídicas no contexto e com base em um ordenamento jurídico determinado, historicamente constituído", (Larenz, 1997: 1) surgida somente após a Revolução Francesa. Os juristas que fazem "ciência do Direito" elaboram "uma ciência jurídica que se orienta principalmente pela lei (ou, se se preferir, pela «proposição jurídica») e não pelos casos já decididos", (Larenz, 1997: xxi) o que exclui, entre outras coisas, todos os preceitos do Direito natural que não estejam positivados em lei ou, pelo menos, aqueles que contrariem a "proposição jurídica" entendida neste sentido formal.

Apesar dos perigos que, em tese, doutrinas deste género podem encerrar, dado que não colocam limites substantivos à lei, permitindo, nomeadamente, que a mesma seja considerada válida mesmo que seja injusta, o que se verifica é que as constituições modernas, nomeadamente as da grande generalidade dos países ocidentais, positivam um conjunto de direitos considerados "fundamentais", muitos deles oriundos de concepções jus-naturalistas. A figura do direito de resistência, enquanto direito moral-político, acaba, assim, por ter, contemporaneamente, uma função residual, dado que, através da implementação de um sistema constitucional de freios e contrapesos garantido através da separação dos poderes legislativo, executivo e judicial do Estado, que permite, entre outras coisas, a independência dos tribunais perante quem faz e executa as leis, a "resistência" face ao abuso do poder por parte dos detentores de cargos nos órgãos legislativo e executivo é feita dentro de parâmetros jurídicos, isto é, com recurso aos tribunais, de forma a garantir que os conflitos sejam resolvidos pacificamente. Assumindo que só há direito a resistir, de forma directa e, se necessário, pela força, contra ordens ilícitas por parte de indivíduos que, abusando do poder que lhes é conferido pelo seu cargo, imponham aos destinatários das suas ordens prescrições manifestamente injustas, cujo acatamento raie o impossível ou provoque danos irreparáveis, a positivação do direito de resistência fará com que o mesmo seja circunscrito a casos onde não seja possível, em tempo útil, recorrer às autoridades (i.e., a outras autoridades que não a que está a fazer

um uso abusivo do poder), ou onde, em situações limite, todas as autoridades (e.g., os tribunais, os órgãos de polícia, o órgão legislativo, etc.), de uma forma concertada, tentem, dolosamente, infligir danos aos cidadãos.

O direito de resistência está intimamente ligado a duas outras figuras jurídicas, a saber, a legítima defesa e a cessação do dever de obediência. Estas duas últimas figuras jurídicas constituem casos especiais de direito de resistência, fruto de uma refinação jurídica empreendida ao longo dos últimos dois séculos por parte da acima mencionada "ciência do Direito". Todas constituem causas de exclusão da ilicitude. Isto significa que, se um indivíduo actuar ao abrigo de uma delas, encontra-se legitimado a efectuar actos que, em si mesmos, configurariam ilícitos-típicos.

O objectivo deste estudo é dar conta das modificações que a "ciência do Direito" efectuou no conceito filosófico de direito de resistência. A positivação deste conceito, efectuada quer em constituições, quer em leis ordinárias, circunscreve, por um lado, o âmbito de aplicação do direito de resistência a casos muito especiais, de ocorrência estatisticamente reduzida. As duas figuras derivadas do direito de resistência, a legítima defesa e a cessação do dever de obediência, introduzem especificidades que o direito de resistência, globalmente considerado, não conhece: a legítima defesa requer que uma agressão seja *actual*, ao passo que o direito de resistência legitima o uso da força não só em resposta a agressões actuais mas, também, para prevenir o surgimento de agressões futuras. É analisada, na secção 4, a tensão entre esta possibilidade filosófica de "reacção a todo o tempo" e o texto do artigo 21.º da Constituição da República Portuguesa (CRP), que, *prima facie*, não permite tal coisa, embora uma análise mais detalhada admita a formulação do argumento de que a possibilidade de agir para evitar ofensas futuras decorre da constatação empírica de que o sistema de freios e contrapesos entrou em colapso e, por isso, já não é possível recorrer a quaisquer autoridades.

Na secção 5, constata-se que a especificidade que a cessação do dever de obediência traz em relação ao direito de resistência é o facto de a primeira estar circunscrita a funcionários e agentes do Estado, conforme prescrito pelo artigo 271.º CRP, representando um caso de direito de resistência passiva em que um subordinado pode legitimamente descartar as ordens de um superior

hierárquico na medida em que o conteúdo das mesmas configure a prática de um crime.

Antes disto, contudo, é explicitada, na secção 3, o que é, por um lado, um ilícito-típico, e, por outro lado, em que medida é que certas circunstâncias configuram causas de exclusão da ilicitude. Este estudo começa, no entanto, por fazer, na secção 2, uma breve distinção entre direitos morais e direitos jurídicos com o intuito de explicar as razões pelas quais, antes do final do século XVIII, se discutia se a validade das leis postas pelo soberano podia ser colocada em causa quando estas ofendessem os mais elementares preceitos da Justiça, emanados do Direito natural. A polémica encontra-se, na actualidade, mitigada pelo facto de os direitos morais considerados mais importantes se encontrarem juridicamente positivados, o que os torna, efectivamente, em direitos jurídicos. A análise deste debate ajuda, igualmente, a perceber por que razão o direito de resistência é, contemporaneamente, subsidiário e residual.

2. Direitos morais e direitos jurídicos.

Pode dizer-se que os direitos, em geral, são "advantageous positions conferred on some possessor by law, morals, rules, or other norms." (Audi, 1999: 796) Os direitos jurídicos e os direitos morais têm um certo grau de sobreposição em virtude do seguinte facto:

The concept of a right arose in Roman jurisprudence and was extended to ethics via natural law theory. Just as positive law, the law posited by human lawmakers, confers legal rights, so the natural law confers natural rights. Rights are classified by their specific sources in different sorts of rules. Legal rights are advantageous positions under the law of a society. Other species of institutional rights are conferred by the rules of private organizations, of the moral code of a society, or even of some game. Those who identify natural law with the moral law often identify natural rights with moral rights, but some limit natural rights to our most fundamental rights and contrast them with ordinary moral rights. Others deny that moral rights are natural because they believe that they are conferred by the mores or positive morality of one's society. (Audi, 1999: 796)

Independentemente de os direitos morais serem, ou não, derivados de direitos jurídicos naturais, ou de serem constituídos autonomamente pelos costumes de determinada sociedade, a realidade é que existe uma diferença marcada entre direitos morais e direitos jurídicos *positivos*: estes últimos são outorgados pelo legislador humano, ao passo que os direitos morais são criados à margem da vontade de quem detenha, circunstancialmente, o poder numa determinada sociedade.

Esta linha de raciocínio ajuda a justificar uma ideia transversal a todos os autores que, ao longo dos séculos, têm problematizado acerca da temática do direito de resistência, a saber, a de que o direito de resistência é, por um lado, necessariamente *ilícito* em relação às normas jurídicas positivas de um determinado ordenamento jurídico, mas, por outro lado, é não só *lícito*, como surge em cumprimento de um *dever* moral-político, i.e., o de restabelecer a paz jurídica perturbada por comportamentos tirânicos por parte do(s) detentor(es) do poder, quando analisado a partir do prisma não do Direito positivo, mas sim do Direito natural e da moral universal dos povos. Dito por outras palavras, o direito de resistência surge como uma reacção ilícita, ilegal e inconstitucional face à ordem jurídica positiva vigente, mas que se encontra plenamente justificada à luz de critérios morais-políticos e jus-naturalistas.

Tendo em atenção o acima dito, parece, *prima facie*, paradoxal a positivação do direito de resistência em várias constituições europeias do século XX.[2] O paradoxo é, contudo, dissolvido a partir do momento em que se note que, contemporaneamente, já não faz sentido destrinçar entre um "direito moral-político de resistência" e um "direito jurídico de resistência", na medida em que os direitos morais, em geral, bem como os morais-políticos, em particular, estão inscritos nas constituições modernas e, por isso, são, igualmente, direitos jurídicos. Com efeito, o artigo 21.º CRP, epigrafado "direito de resistência", prescreve que "[t]odos têm o direito de resistir a qualquer ordem que ofenda os seus direitos, liberdades e garantias e de repelir pela força qualquer agressão, quando não seja possível recorrer à autoridade

[2] Cf., a título de exemplo, artigo 21.º da Constituição da República Portuguesa, parágrafo IV do art. 20.º da Lei Fundamental de Bona, nº 2 do artigo 10.º da Constituição Espanhola, artigo II da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, parte integrante da Constituição Francesa de 1958, actualmente em vigor.

pública." Ora, os "direitos, liberdades e garantias" a que a primeira parte do preceito se refere estão positivados no texto constitucional (cf. artigos 24.º a 57.º), equivalendo, *grosso modo*, aos direitos naturais a cuja infracção, no passado, se encontrava ligada a legitimidade do direito de resistência. Isto significa que, nos Estados de Direito, o uso abusivo ou tirânico do poder é, ele próprio, ilícito, não só por infringir certos aspectos fundamentais do Direito natural, mas, também, por ser ilegal e inconstitucional, isto é, por ir contra o próprio Direito positivo. Positivar o direito de resistência na Constituição é, assim, o corolário do reconhecimento de que os membros de uma comunidade têm o direito de ser governados de uma forma justa. Não existe paradoxo porque os cidadãos não se encontram, constitucionalmente, legitimados a resistir a ordens justas, mas somente a ordens injustas, i.e., que ofendam "os seus direitos, liberdades e garantias".

3. Ilícitos-típicos e causas de exclusão da ilicitude.

Segundo Jorge de Figueiredo Dias, um "ilícito-típico" "é a qualificação de uma conduta *concreta* como penalmente *ilícita* que significa que ela é, de uma perspectiva tanto objectiva, como subjectiva, desconforme com o ordenamento jurídico-penal e que este lhe liga, por conseguinte, um juízo negativo de valor (de desvalor)." (Figueiredo Dias, 2012: 268) Naturalmente, não se verificam ilícitos-típicos somente a nível do Direito Penal; uma conduta pode ser ilícita à luz do Direito Civil, do Direito Administrativo, do Direito Constitucional, etc. Em todo o caso, a concretização de determinada conduta como configurando um ilícito-típico é feita através

de dois instrumentos diferentes ou mesmo de sinal contrário, mas em todo o caso **funcionalmente complementares**. Um deles é o que aqui se chama **tipos incriminadores**, isto é, o conjunto de circunstâncias fácticas que directamente se ligam à *fundamentação* do ilícito e onde, por isso, assume primeiro papel a configuração do *bem jurídico protegido* e as condições, a ele ligadas, sob as quais o comportamento que as preenche pode ser considerado ilícito. O outro são os **tipos justificadores** ou *causas de justificação* que, servindo igualmente a concretização do conteúdo ilícito da conduta, assumem o carácter de limitação ("negativa") dos tipos incriminadores. Também os

tipos justificadores constituem, no seu *modus* particular, formas delimitadoras do conteúdo (e, na verdade, formas que possuem os seus elementos constitutivos, os seus pressupostos, mesmo uma certa descrição fáctica e são assim elas próprias, em suma, susceptíveis de tipificação) e podem por isso ser vistos como verdadeiros *(contra)tipos*, *funcionalmente complementares* dos tipos incriminadores. *Estruturalmente* porém estas entidades apresentam-se como diversas, na precisa medida em que só os tipos incriminadores são portadores do bem jurídico protegido, por isso mesmo delimitando o ilícito por forma concreta e positiva, enquanto os tipos justificadores são em princípio estranhos à ordem legal dos bens jurídicos e delimitam assim o ilícito por forma geral e negativa. É verdade que tanto uns como outros se destinam a circunscrever o condicionalismo sob o qual a lesão de um bem jurídico é em definitivo ilícita; mas enquanto a esta função se liga, nos tipos incriminadores, a de descrever ou indicar o bem jurídico de que se trata, é ela por regra estranha aos tipos justificadores. (Figueiredo Dias, 2012: 269)

Assim, uma conduta é ilícita quando exista uma regra de Direito que a qualifique como tal e, *na situação concreta*, não se verifique uma qualquer circunstância que torne essa mesma conduta lícita. Actos efectuados no exercício do direito de resistência ou da legítima defesa, bem como omissões justificáveis à luz de haver cessado o dever de obediência a que determinado agente está, em princípio, adstrito, são, precisamente, exemplos de circunstâncias que tornam uma conduta lícita, não obstante a mesma ser qualificada por uma regra de Direito como ilícita. Conforme prescreve o nº 1 do artigo 31.º do Código Penal, "[o] facto não é punível quando a sua ilicitude for excluída pela ordem jurídica considerada na sua totalidade", o que significa que não há *numerus clausus* para as fontes das causas de exclusão que, aliás, não se encontram circunscritas ao Direito positivo.

4. Direito de resistência e legítima defesa.

A segunda parte do artigo 21.º CRP, que prescreve que todos têm o direito "de repelir pela força qualquer agressão, quando não seja possível recorrer à autoridade pública", confirma que o âmbito de aplicação do direito de resistência é mais amplo do que o da legítima defesa, que, de todo o modo,

já é manifestado pela primeira parte deste artigo, na medida em que o direito de resistência parece estar pensado, primordialmente, para legitimar acções que, em si mesmas, configurariam ilícitos-típicos se não se verificasse a presença desta causa de exclusão, empreendidas contra as próprias autoridades, sejam estas detentoras de cargos de órgãos de soberania ou de cargos de órgãos policiais, por exemplo. Assim, ao passo que a legítima defesa é definida como "o facto praticado como meio necessário para repelir a agressão actual e ilícita de interesses juridicamente protegidos do agente ou de terceiro", segundo o disposto no artigo 32.º do Código Penal, o direito de resistência não exige o requisito da *actualidade*, isto é, de que a agressão esteja a decorrer ou, pelo menos, seja iminente, isto é, prestes a ser executada. Desta forma, a legítima defesa está pensada como causa de justificação de actos ilícitos que um indivíduo comete ao proteger-se de uma agressão *actual*, que pode ser perpetrada por qualquer um, desde um anónimo cidadão até ao Chefe de Estado. Por outro lado, a legitimidade de defesa contra agressões *não actuais* está pensada para actos que ponham em causa a subsistência do modo de vida do indivíduo, bem como da comunidade onde este se encontre inserido. Assim, a promulgação de legislação inconstitucional por ofensa aos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, por exemplo, constitui uma agressão que *não é actual*, na medida em que o indivíduo pode, em tese, nunca ver os seus direitos ameaçados *numa situação concreta*. Um regime semelhante ao regime nacional-socialista alemão das décadas de 30 e 40 do século XX, que promulgue legislação que constitua uma agressão a direitos, liberdades e garantias do cidadão positivados na Constituição, pode ser legitimamente deposto, através do exercício do direito de resistência activa, por cidadãos que não estejam, *no momento em que actuam*, ameaçados pelas disposições legais inconstitucionais. O direito de resistência dispensa, por conseguinte, a necessidade de a agressão ser actual em virtude de estar pensado para legitimar actos que, em si mesmos, seriam ilícitos, contra o próprio poder político, quando este abuse do poder que, para todos os efeitos, conserva somente *in actu*, ou seja, em representação do povo. Para além disso, outro dos fundamentos da legitimidade do direito de resistência é o de prevenir agressões futuras, que poderão ser mais ou menos latentes, o que, tecnicamente, não pode ser feito através do mecanismo da legítima defesa.

5. Direito de resistência e cessação do dever de obediência.

A figura da cessação do dever de obediência configura o desenvolvimento de uma outra figura sua antecessora, a saber, a do direito de resistência passiva. Com efeito, a cessação do dever de obediência mais não é do que a face negativa do direito de resistência na sua feição activa,[3] isto é, ao passo que o direito de resistência activa pressupõe uma acção, um acto positivo que modifique, por qualquer forma, o estado de coisas, a cessação do dever de obediência implica somente que o agente esteja legitimado a, por inacção ou omissão, não executar uma ordem que lhe é dada por uma autoridade.

No Direito português, a positivação da cessação do dever de obediência circunscreve o âmbito de aplicação da figura a funcionários e agentes do Estado. Isto significa que os particulares não podem fazer uso desta causa de exclusão da ilicitude, não obstante estarem legitimados a, por inacção ou omissão, resistirem "a qualquer ordem que ofenda os seus direitos, liberdades e garantias".

Assim, segundo o disposto no nº 3 do artigo 271.º CRP, epigrafado "responsabilidade dos funcionários e agentes", "[c]essa o dever de obediência sempre que o cumprimento das ordens ou instruções implique a prática de qualquer crime." A ilicitude do acto de desobediência só é, portanto, excluída se o superior hierárquico ordenar que o funcionário ou agente do Estado pratique actos criminosos. Segundo Gomes Canotilho e Vital Moreira, "[a] Constituição acolheu assim, em matéria criminal, a melhor doutrina, que já na ordem constitucional de 1933 defendia a prevalência do princípio da legalidade sobre o princípio hierárquico." (Gomes Canotilho e Vital Moreira, 2010: 855) A positivação desta faceta do direito de resistência demonstra, uma vez mais, que toda e qualquer resistência é, na ordem constitucional portuguesa contemporânea, feita dentro de parâmetros jurídicos, isto é, dentro do quadro constitucional e legal existente. Os funcionários e agentes do Estado têm o direito de resistir desobedecendo a certas ordens não em virtude de estas

[3] Cf. para uma exposição detalhada do conceito de "direito de resistência activa" de um prisma jus-filosófico (por oposição ao prisma da "ciência do Direito" surgido após a Revolução Francesa), Calafate, 2012: 153-180.

serem imorais, ou até mesmos ilegais,[4] mas sim de a execução das mesmas os obrigarem a praticar um crime.

6. Conclusão.

É notório, portanto, que a positivação do direito de resistência, bem como das duas figuras de si derivadas por parte da ciência do Direito, limita o âmbito de aplicação do direito de resistência na sua formulação filosófica, ou moral-política. Tal como as considerações efectuadas ao longo deste ensaio demonstram, esta limitação opera fundamentalmente devido ao facto de o Estado constitucional moderno se submeter ao Direito, auto-limitando-se no exercício da sua soberania, que não pode ser exercida, dada a existência desta auto-vinculação, de forma absoluta. Assim, as situações em que é admissível aos cidadãos resistirem, de forma legítima, a ordens dadas por figuras de autoridade resumem-se às situações, estatisticamente escassas, em que os detentores de cargos de autoridade abusam do poder do seu ofício, extravasando as suas competências, sendo impossível ao lesado recorrer, em tempo útil (i.e., antes da inutilização do seu direito), a outras autoridades (nomeadamente aos tribunais). Dito por outras palavras, enquanto que, no passado, o direito de resistência conferia legitimidade para resistir a actos do poder que, não obstante ofenderem os direitos naturais e morais mais elementares do cidadão, eram, de um ponto de vista formal, legalmente válidos, em virtude de decorrerem da legislação emitida pelo soberano que, de um ponto de vista formal-legal, não se encontrava limitada por direitos fundamentais positivos, na actualidade só surge, na esfera jurídica do particular, um direito de resistir a ordens emitidas por figuras de autoridade que sejam, elas próprias, ilegais ou inconstitucionais, isto é, contrárias ao Direito. O direito de resistência, enquanto direito jurídico positivo, não legitima a desobediência a ordens que sejam dadas segundo os parâmetros constitucionais do Estado de Direito moderno, ao contrário do que sucede com o direito de resistência na sua formulação filosófica, que legitima a

[4] Há ilegalidades do foro administrativo ou civil que, precisamente por pertencerem a estes ramos do Direito, não são consideradas crime. A questão da responsabilidade dos funcionários e agentes no cumprimento de ordens ilegais que não constituam a prática de um crime encontra-se prevista no nº 2 do artigo 271.º CRP.

desobediência à lei ou até mesmo às disposições constitucionais de Estados autoritários, dado que estas, pese embora o facto de estarem inscritas numa Constituição, ofendem os princípios elementares da Justiça, algo que não acontece nas constituições ocidentais modernas.[5]

Referências:

ANDRADE ESTEVES, Maria da Assunção, 1989, *A Constitucionalização do Direito de Resistência*, AAFDL, Lisboa.

AUDI, Robert, 1999, *The Cambridge Dictionary of Philosophy*, 2.ª ed., Cambridge University Press.

CALAFATE, Pedro, 2012, *Da origem popular do poder ao direito de resistência: Doutrinas políticas no século XVII em Portugal*, Esfera do Caos Editores, Lisboa.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, 2012, *Direito Penal, Parte Geral. Tomo I - Questões Fundamentais; A Doutrina Geral do Crime*, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra.

GOMES CANOTILHO, J.J. e VITAL MOREIRA, 2010, *Constituição da República Portuguesa - Anotada*, 4.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra.

LARENZ, Karl, 1997, *Metodologia da Ciência do Direito*, 3.ª ed., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa.

RAZ, Joseph, 2011, *The Authority of Law - Essays on Law and Morality*, 2.ª ed., Oxford University Press.

Pedro Tiago Ferreira
Formador

[5] Cf. em relação a este ponto, Raz, 2011: 262-275.

Data Venia
Ano 4 ● N.º 06 [pp. 263-288]

O Juiz nacional, europeu, internacional e o Direito Penal

Luís de Lemos Triunfante
Juiz de Direito
Mestre em Direito
Perito Nacional Destacado no Gabinete Português junto da Eurojust

RESUMO: A construção dogmática e jurisprudencial da atribuição/repartição da jurisdição sancionatória nacional e internacional apela a uma reflexão sobre as competências no campo penal e na concorrência dos juízes, nas suas diferentes facetas, nacional, europeu e internacional. Tal reflexão passa, pela sua relevância, por duas áreas ou contextos distintos: no âmbito universal, i) a demanda por princípios/regras que possam orientar os juízes na distinção dos patamares de jurisdição, e no âmbito regional ou europeu, ii) a análise do princípio do reconhecimento mútuo, pelo seu pioneirismo e vanguardismo, "pedra angular" da cooperação judiciária europeia em matéria penal.

ABSTRACT: The dogmatic and jurisprudential construction of the allocation / distribution of national and international jurisdiction penalty calls for a reflection on the responsibilities in the criminal field and competition judges, in its different facets, national, European and international. Such reflection becomes, by its relevance for two areas or different contexts: at the universal level, i) the demand for principles / rules that can guide the judges in distinguishing jurisdictional levels, and at the regional or European level, ii) analysis of principle of mutual recognition, for its pioneering and avant-gardism, "cornerstone" of European judicial cooperation in criminal matters.

O Juiz nacional, europeu, internacional e o Direito Penal (*)

Luís de Lemos Triunfante
Juiz de Direito
Mestre em Direito
Perito Nacional Destacado no Gabinete Português junto da Eurojust

Sumário: I. *Raison d´être* do tema; II. A atribuição da jurisdição sancionatória em função da infração: a) natureza da infração; b) gravidade da infração; III. A atribuição da jurisdição sancionatória em função do autor da infração: a) grau de responsabilidade; b) qualidade dos autores/responsáveis; IV. O reconhecimento mútuo: um modelo auto-suficiente de cooperação judiciária na União Europeia: a) os fatores intrínsecos; b) a extensão do campo de aplicação do reconhecimento mútuo à cooperação judiciária penal; c) a técnica jurídica inovadora do novo mecanismo de cooperação judiciária europeia; d) os fatores extrínsecos; e) a subsidiariedade do método de harmonização das legislações nacionais; f) o desenvolvimento dos mecanismos de cooperação judiciária; V. Conclusão

Summary: I. Raison d'être theme; II. The assignment of the penalty jurisdiction depending on the offense: a) nature of the offense; b) seriousness of the offense; III. The assignment of the penalty jurisdiction based on the offender: a) degree of responsibility; b) quality of the authors/guardians; IV. Mutual recognition: a self-contained model of judicial cooperation in the European Union: a) the intrinsic factors; b) the extension of the scope of mutual recognition of criminal judicial cooperation; c) the innovative legal technique of the new mechanism of European judicial cooperation; d) the extrinsic factors; e) subsidiarity of the method of harmonizing the national laws; f) the development of judicial cooperation mechanisms; V. Conclusion.

(*) Aqui recuperando o título da obra: *"Juge national, européen, international et droit pénal" – Actes de la journé d´étude organisée le 24 juin 2011 par l´Institut de Sciences Criminelles et de la Justice de Bordeaux"*, Collection Actes & Études, Èditions Cujas, 2012, jornadas de estudo que juntaram juízes e professores de direito sobre a temática em questão e que deram origem à obra indicada, com a direcção de V. MALABAT, Professora na Universidade Montesquieu – Bordeaux IV. O artigo segue o acordo ortográfico de 1990.

I – Raison d´être do tema

A razão de ser deste tema resulta do exercício das minhas funções como juiz e perito nacional destacado no gabinete nacional junto da Eurojust e no estudo do fenómeno de internacionalização do direito penal, o qual veio alterar profundamente a fisionomia do espaço sancionatório penal. Com efeito, passamos de uma realidade iminentemente nacional, para um quadro naturalmente dividido em jurisdições penais diferenciadas: *i)* jurisdição nacional, a qual continua a ser considerada com a "ordem jurídica natural"*; ii)* a jurisdição internacional, correspondendo, na sua essência, ao espaço penal ocupado pelas diferentes jurisdições internacionais*; iii)* um espaço ou jurisdição intermédia, de aparição mais recente, a qual se denominou de jurisdições penais híbridas[1]. Esta última, igualmente conhecida como jurisdição de terceira geração ou de jurisdição mista, distingue-se das jurisdições internacionais, respondendo a lógicas internacionais de funcionamento e de organização distintas[2]. Nesta matéria são exemplos o Tribunal Penal para o Timor Oriental[3], o Tribunal Especial para o Líbano[4], as Câmaras extraordinárias para o Camboja[5], as Câmaras especiais criadas para as jurisdições bósnia (Bósnia-Herzegovina) e kosovar[6]. O mesmo sucedeu

[1] Adoptando a feliz terminologia de Amane Gogorza, em "*CPI, TPI, Tribunaux Internationalisés, jurisdictions nationales: Quel juge pour quelle infraction internacionale?*", página 79, Livro "Juge National, Européen, International et Droit Pénal", Èditions Cujas, 2012

[2] Para um estudo completo das jurisdições penais internacionais: A.C. MARTINEAU, "*Les jurisdictions pénales internacionales. Un noveau modele de justice hybride?*", Paris, Pédone, coll. "CERDIN – Perspectives internationales", n.º 28, 2007. H. ASCENSIO, E. LAMBERT-ABDELGAWAD et M. SOREL (dire.), "*Les jurisdictions pénales internationalisées*", Paris, Societé de legislation comparré, 2006. Acerca dos diferentes graus de jurisdição penal: R. Kolb, "*Le degree´s d´internationalisation des tribunaux pénaux internationalisés*", in H. ASCENSIO, E. LAMBERT-ABDELGAWAD et M. SOREL (dir.), Les jurisdictions pénales internationalisées", op. cit., páginas 47 e ss.

[3] Criado pela administração transitória encarregada de exercer os poderes legislativo, executivo e judicial: Regulamento 15/2000 de 6 de junho de 2000

[4] Criado pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas, Resolução 1757 de 30.05.2007

[5] Instituído por uma Lei cambojana de 10 de agosto de 2001, adoptado em aplicação de um documento redigido pelas Nações Unidas a fim de proceder a investigação aos factos cometidos no Cambodja entre 1975 e 1979. Acerca desta questão: E. DAVID, *"Éléments de droit international et européen*", Bruxelas, Bruylant, cool. "ULB – Précis", 2009, páginas 911 e ss.

[6] Acerca do processo de criação destas Câmaras, no Kosovo em 2000 e na Bósnia Herzegovina em 2002: E. DAVID, "Éléments de droit international et européen", op. cit., páginas 921 e ss.

com a criação do Tribunal especial para a Serra Leoa[7], este com um nível de internacionalização bem mais acentuado, razão pela qual não é considerado geralmente como integrante do sistema judicial nacional da Serra Leoa[8].

Esta nova divisão da jurisdição sancionatória apela, assim, a uma reflexão sobre a repartição de competências no campo penal e na concorrência dos juízes, nas suas diferentes facetas, nacional, europeu e internacional.

Esta reflexão assumirá, pela sua especial relevância, duas áreas ou contextos distintos: *i)* no âmbito universal, a demanda por princípios/regras que possam orientar a distinção que terá de existir sobre os diferentes patamares[9] e *ii)* no âmbito regional ou europeu, pelo seu pioneirismo e vanguardismo, a análise do princípio do reconhecimento mútuo, "pedra angular"[10] da cooperação judiciária europeia em matéria penal[11].

A ideia de um juiz e de uma justiça/juridição internacional resulta de uma vontade repressiva e sancionatória contra os Estados por intermédio dos seus representantes[12]. No início do século XX, a doutrina levantou a hipótese das jurisdições penais internacionais abrangerem outras infrações enquadradas nos valores internacionais, alargando o campo de intervenção a todo e qualquer indivíduo culpado por infrações ditas internacionais, mesmo que tal determinasse retirar ao poder sancionatório nacional competência

Ainda recentemente foram instituídas novas Câmaras Especiais para o Kosovo: https://www.scp-ks.org/en

[7] Acordo para a criação do Estatuto do Tribunal Especial para a Serra Leoa, de 16 de janeiro de 2000

[8] Art.º 11.º & 2 do Acordo para o Tribunal Especial 2002. Acerca desta matéria, A. C. MARTINEAU, *"Les jurisdictions pénales internacionales. Un noveau modele de justice hybride?"*, op. cit. Páginas 35 e ss.. Em síntese, o autor defende que o Tribunal Especial para a Serra Leoa deverá ser analisado como se tratasse de uma organização internacional.

[9] Numa tripla perspectiva, nacional, europeu e essencialmente internacional

[10] "*driving force*" ou "*pierre angulair*"

[11] Numa perspetiva mais regional e no caso português, mais relevante

[12] Acerca da evolução histórica do direito penal internacional: H. DONNEDIEU de VABRES, *"Les príncipes modernes du droit penal international"*, Paris, Virey, 1928, (reedição Ed. Panthéon-Assas/LGDJ, 2004, paginas 403 e ss., S. SZUREK, "*La formation du droit international penal*", in H: ASCENSIO, E. DECAUX, A. PELLET (dir.), Droit penal international, Pédone, 2000, páginas 7 e ss.

jurisdicional[13]. De acordo com esta tese, ao juiz de cada jurisdição, cabia o poder de conhecer as infrações conforme a natureza em causa, ou seja, num domínio nacional ou internacional e unicamente nesses dois domínios.

Na jurisdição internacional assume particular relevância o Tribunal Penal Internacional (TPI) e o seu Estatuto fundador de Roma. Dado o seu protagonismo ímpar, uma parte da doutrina propõe repensar a regra da complementaridade a fim de que as acusações apresentadas ao TPI respondam a uma certa lógica, até mesmo a uma certa estratégia processual[14], a qual visa completar, e, de uma certa medida, controlar os sistemas nacionais.

Na prática e numa visão mais sintética, surgem dois critérios, que permitem ao juiz nacional, europeu e internacional, o conhecimento da infração internacional. O primeiro, objetivo, consiste em definir a jurisdição sancionatória como nacional ou internacional em função da infração, um segundo, de pendor subjetivo, completa esta primeira repartição material da jurisdição sancionatória tendo em consideração o autor da infração.

II. A atribuição da jurisdição sancionatória em função da infração

Sem prejuízo da diversidade dos sistemas legais, a repartição de competências entre os juízes nacionais, internacionais e internacionalizados deve responder a uma lógica análoga. Na verdade, a justiça internacional ou internacionalizada constitui um complemento ou uma correção da justiça nacional, razão pela qual a competência do juiz internacional ou

[13] S. SZUREK, *"La formation du droit international penal"*, préc. n.º 15. O autor desenvolve a posição de V. Pella, autor de *"La criminalité collective des États et le droit penal de lá venir"* e explica: *"Si le droit penal de l´avenir devait appréhender en priorité, du fait de leur gravite por lé ordre international, la guerre d´agression et les crimes de guerre, Pella ne limitait pas à ces infractions le champ matériel de la discipline. A son sens, il fallait y inclure également les crimes de droit des gens commis pas les particuliers, qui soumis à la repression universelle, ne relevaient plus, de ce fait, du droit penal international "privé" mais du nouveau droit international pénal"*.

[14] Acerca desta questão: G. GIUDICELLI-DELAGE, *"Poursuivre et juges selon les intérêts de la justice"*, RSC 2007, página 473

internacionalizado constitui uma exceção, tanto no que concerne à natureza da infração como à sua gravidade.

II.a A atribuição da jurisdição sancionatória fundada na natureza da infração

As jurisdições penais internacionais e uma grande parte das jurisdições híbridas têm a sua competência limitada às infrações cuja natureza é singular, e que se poderão designar como infrações universais[15]. Neste âmbito, inserem-se os crimes contra a humanidade, o genocídio, as violações graves do direito humanitário num contexto de crimes de guerra. De qualquer forma, existem exceções, ou seja, certas jurisdições internacionais que são competentes para as infrações ditas nacionais, como são os casos das câmaras especiais do Kosovo[16] ou o Tribunal de Timor Oriental[17]. Mas estes casos explicam-se, quer pela predominância nacional destas jurisdições, quer pelo seu carácter singular. Só o Tribunal especial para o Líbano foi constituído para conhecer de uma infração que não é considerada como um crime universal, o terrorismo[18], ou melhor, desde que a Organização das Nações

[15] O conceito de infracção internacional pela sua natureza é habitualmente utilizada para designar a infração que tutela bens internacionais, numa acepção em que *"l´infraction est internationalde par nature parce qu´elle consite en un comportamento illicite qui porte atteinte aux fondements de la societé internationalle eel-même"*: C. LOMBOIS, *"Droit pénal international"*, Paris, Dalloz, 1979, n.º33. Neste âmbito estão compreendidas as infracções que visam proteger um interesse internacional, como é o caso do espaço penal europeu, a noção de infracção universal será preferível para designar as infrações que, pela sua gravidade, parecem como naturalmente contrárias a toda a comunidade internacional.

[16] Acerca da competência particular que lhe permite conhecer de todas as infrações: C. MARTINEAU, *"Les jurisdictions pénales internacionales. Un noveau modele de justice hybride?,* op. cit., páginas 132; H. ASCENSIO, *"L´apport des TPI à lá definition des crimes internacionaux"*, op. cit. Página 71. Em todos os caos as qualificações ditas internacionais são integradas na legislação nacional. Ainda recentemente foram instituídas novas Câmaras Especiais para o Kosovo: https://www.scp-ks.org/en

[17] O Tribunal é competente para julgar outros crimes contra a humanidade, o genocídio ou os crimes de guerra, os homicídios, os abusos sexuais ou a tortura cometidos em Timor entre 1 de janeiro e 25 de outubro de 1999.

[18] Neste âmbito, sublinha-se *"Les originalités (de ce tribunal) que li distinguent des institutions cousnies"*: E. DAVID *"Éléments de droit international et européen"*, op. cit., página 922. Note-se, porém, que o terrorismo figurava no primeiro projecto de Código Penal internacional permanente: M. DELMAS-MARTY, *"Débat entre universalisme et relativisme des valeurs"*, in A. CASSESE, M.

Unidas realizou o primeiro estudo sobre o terrorismo internacional em 1972, a comunidade internacional não pôde chegar a uma definição universalmente aceite daquilo que é "terrorismo internacional". Nem tão-pouco conseguiu chegar a um consenso suficiente sobre as medidas necessárias para prevenir e reprimir as manifestações prejudiciais dos atos de violência terrorista. Sem prejuízo do seguimento dado a esta questão pela Assembleia Geral das Nações Unidas, e até que se chegue a uma definição universalmente aceitável de terrorismo internacional, a comunidade internacional tem vindo a trabalhar tendo em vista caracterizar os comportamentos que a mesma julga inaceitáveis e que exigem a aplicação de medidas preventivas e coercivas eficazes que sejam conformes aos princípios estabelecidos no direito internacional.[19][20]

O primeiro elemento que permite delimitar as competências e particularmente a competência internacional ou internacionalizada reside no bem jurídico protegido pela infração. Com efeito, a legitimidade de uma justiça internacional reside *a priori* na defesa de um interesse internacional, e portanto na proteção de uma ordem pública internacional. Outra conclusão que se pode retirar nesta matéria é que as infrações que constituem a essência do sistema internacional são sistematicamente construídas a partir do conceito de dignidade da pessoa humana: são os casos dos crimes contra a humanidade e as violações graves do direito internacional humanitário que se traduzem na concretização de atos contra a humanidade e o genocídio[21]. A

DELMAS-MARTY (diret.) *"Crimes internacionausx et jurisdictions internationales"*, Paris, PUF, 2002, página 61

[19] Vd. Oitavo Gongresso das O Oitavo Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes: http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/dhaj-CoopInt-TerrorismoInt-LXXX.html. O último estudo das Nações Unidas reporta-se à revisão da estratégia internacional de combate contra o terrorismo, de 29.06.2012, disponível in: http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/66/282

[20] Lista dos instrumentos jurídicos da ONU sobre o terrorismo: http://www.un.org/en/counterterrorism/legal-instruments.shtml e estratégia global da ONU na luta contra o terrorismo: https://www.un.org/counterterrorism/ctitf/un-global-counter-terrorism-strategy

[21] O qual significa a exterminação sistemática de pessoas tendo como principal motivação as diferenças de nacionalidade, raça, religião e, principalmente, diferenças étnicas. É uma prática que visa eliminar minorias étnicas em determinada região/país/Estado. A palavra genocídio é derivada do grego "genos" que significa "raça", "tribo" ou "nação" e do termo de raíz latina "-cida" que significa "matar". O conceito foi criado por Raphael Lemkin, um judeu polaco, jurista e que foi conselheiro no Departamento de Guerra dos Estados Unidos durante a Segunda Guerra Mundial. A tentativa de extermínio total do povo judeu pelos nazistas (Holocausto) foi um motivo forte que

referência ao conceito de dignidade da pessoa humana está sistematicamente presente na jurisprudência dos tribunais penais internacionais. Com efeito, é com base neste conceito que as jurisdições *ad hoc* têm entendido a sua competência material para além dos seus Estatutos, como são os casos *i)* Furunduzija, do Tribunal Penal para a Ex-Jugoslávia (TPeJ), datado de 1998, o qual considerou que a penetração oral constitui uma dimensão que atenta contra a dignidade da pessoa humana, e que resulta, em consequência, de um ato particularmente humilhante e degradante[22], *ii)* Aleksovski, do TPeJ, datado de 1999, segundo o qual, os crimes contra a humanidade devem ser definidos por referência à noção de tratamentos desumanos e degradantes na interpretação dada aos mesmos pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (Humanos) (TEDH), ou seja por referência às disposições que protegem a dignidade da pessoa humana[23]. Tal entendimento permite compreender a definição de crime contra a humanidade que é subscrita pelo Estatuto de Roma, o qual estipula que este crime pode ser realizado por atos que não se encontram definidos no Estatuto, desde que o ato desumano seja acompanhado de uma gravidade comparável aos descritos anteriormente[24]. Outro caso que se destacou nesta matéria é o *iii)* Tadic, do TPeJ, datado de

levou Lemkin a lutar por leis que punissem a prática de genocídio. A palavra passou a ser usada após 1944. O genocídio é muitas vezes iniciado graças a sentimentos de xenofobia e consiste na intenção de eliminar totalmente ou uma parte um grupo ou comunidade com a mesma característica étnica, racial, religiosa ou social. Também são consideradas como genocídio práticas como: ataque grave à integridade física ou psíquica de elementos desse grupo; forçar essas pessoas a viverem em condições desumanas que podem causar a sua morte; transição forçada de crianças desse grupo para outro grupo. Em dezembro de 1948, a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas definiu medidas de prevenção e repressão do genocídio através da Resolução 260 A (III).

[22] TPeJ (Câmara, 1.ª instância), 10.12.1998, comentário ao acórdão: *"Les grands arrêts du droit pénal international"*, préc, páginas 195 e ss.

[23] TPeJ (Câmara, 1.ª instância), 25.06.1999, citado por R. KOERING-JOULIN, *"Droits fondamentaux et droit pénal international"*, disponível em: http://www.cedroma.usj.edu.lb/pdf/drtsfond/koering.pdf

[24] Vd. Art.º 7.º do Estatuto de Roma, última alínea: este método construtivo de interpretação pode entrar naturalmente em conflito com o princípio de legalidade criminal e o seu corolário, numa interpretação estrita da lei penal. Ele permite sublinhar que a natureza das infrações é primordial dentro da repartição do espaço sancionatório. Este conflito entre principio da legalidade criminal e interpretação construtiva de direito internacional está latente nos Estados e foi resolvido em beneficio do segundo pois o art.º 22.º do Estatuto de Roma, mais concretamente os artigos 7.º, n.º2 da CEDH e 49.º, n.º2 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, os quais rejeitam o argumento de dano criminal quando a legalidade é contrária aos princípios gerais das nações civilizadas.

1995, segundo o qual, na matéria referente ao direito ao juiz nacional, a divisão de jurisdição sancionatória entre juízes nacionais e internacionais não interessa à soberania dos Estados[25], de modo que possa ser discutido pela pessoa que deseje fazer valer o direito ao tribunal nacional, um direito ao juiz natural, se preferirem[26]. Em resumo, se a violação das regras de competência podem naturalmente ser invocadas pelos particulares, a legitimidade destes, pelo menos no que diz respeito às infrações em que está em causa a ordem internacional, não pode ser questionada.

II.b A atribuição da jurisdição sancionatória fundada na gravidade da infração

O segundo critério de atribuição da jurisdição sancionatória reside na gravidade do crime. O conteúdo e alcance desta condição devem ser precisos, tanto mais que este requisito poderá ser ineficaz quando estamos na presença de infrações de idêntica gravidade. Este conceito aparece nos preâmbulos dos Estatutos do TPeJ e do TPI que atribuem a sua competência ao direito humanitário[27], como de resto sucede nos textos fundadores da pluralidade das jurisdições penais internacionais.

A diferença consagrada pelo Estatuto de Roma entre a gravidade abstrata da infração e a gravidade concreta do caso em análise é particularmente útil à reflexão sobre a atribuição da jurisdição sancionatória. Na verdade, as infrações visadas pelos Estatutos das jurisdições

[25] De acordo com Nuno Severiano Teixeira, in *"Quem Governa o Mundo?"*, artigo Revista XXI, Fundação Francisco Manuel dos Santos, n.º 6, Jan/Junho, 2016, página 11, *"A cena internacional é, hoje, atravessada por uma dupla lógica em que agem, em simultâneo, duas dinâmicas paralelas e contraditórias: a dinâmica de Vestfália e a dinâmica da Globalização. A primeira, estatocêntrica, assenta nos Estados e suas relações e opera segundo uma lógica interestatal. A segunda, pelo contrário, atravessa, transcende e muitas vezes subverte as fronteiras dos Estados e opera segundo uma lógica transnacional. A questão central para o futuro da ordem internacional: como conciliar estas duas lógicas contraditórias? Como articular o movimento de Globalização com o sistema de Vestfália."*

[26] TPeJ (Camâra 1.ª instância, instância II), 10.08.1995: *"En tout état de cause, l`accusé n`étant pas un ètat, manque du locus satndi pour soulever la question de la primauté, qui fait valor qu´il est porté atteinte à la souveraineté d´un État, un argumente que seul un État peut invoquer ou auquel il peut seul renoncer et un droit dans la cadre duquel, clairement, l´accusé ne peut pas se substituer à l`État"*.

[27] Estatuto TPeJ, preâmbulo e art.º 1.º; Estatuto TPI, art.º 1.º

internacionais ou internacionalizadas são, por natureza, graves, na realidade as mais graves, sendo legítimo concluir que qualquer conduta que preencha essa definição deverá ser demandada ou julgada na jurisdição internacional. Se a gravidade concreta do caso constituiu um critério de atribuição da jurisdição sancionatória, faltará determinar a forma como essa gravidade deve ser apreciada[28]. Uma decisão da primeira Câmara preliminar do TPI[29] tentou sistematizar os critérios que permitem definir a gravidade do caso, fundada em três elementos: *i)* o seu carácter sistemático ou de grande escala, e particularmente, o número de vítimas envolvidas, causando, por essa via, uma indignação especial à comunidade internacional; *ii)* o grau de responsabilidade dos autores dos crimes e, finalmente, *iii)* o papel de direção destes últimos. Esta análise foi entretanto afastada, por várias razões[30]. Em primeiro lugar, na definição de crime contra a humanidade – na aceção de ataque generalizado ou sistemático - era suscetível de colocar em causa a competência do TPI para outros crimes em contradição com o Estatuto de Roma. Por outro lado, os crimes de guerra ou o genocídio, contrariamente aos crimes contra a humanidade, não exigem, para a sua consumação, qualquer ataque generalizado ou sistemático, pelo que adotar tal requisito, limitaria a competência material do Tribunal. Em última instância, conceber a gravidade do caso de acordo com o carácter geral ou sistemático do ataque poderia conduzir a uma confusão entre as questões de competência e admissibilidade[31].

Nesta matéria merece também realce o facto do gabinete do Procurador-Geral junto do TPI ter poderes para determinar a gravidade de

[28] "*Document de politique génerale relatif aux examens préliminaires*", Project, outubro 2010, A Haia, n.º 51 e ss.

[29] Decisão de 24.02.2006 relativa à situação na República Democrática do Congo, TPI-01/04-01/06-8-Corr-tFr 17.03.2006

[30] TPI-01/04, recurso 13.07.2006, publicado em 23.09.2008

[31] Neste sentido, ICC-01/04, de 13.07.2006, n.º 70: "*En exigeant un comportement systématique ou commis à grande échelle, La Chambre préliminaire introduit, à la phase de la procedure portant sur la recevabilité, des conditios estompant de fait la distinction entre les éléments déclenchant la competènce de la Cour à l´egrad des crimes de guerre et à lé egard des crimes contre l´Humanité, éléments quei avainent été adoptés lors de la definitón des crimes relevant de la Cour*".

um caso tendo em consideração a natureza, o modo de realização e o impacto do crime[32].

III. A atribuição da jurisdição sancionatória em função do autor da infração

Pondo de lado o elemento objetivo analisado anteriormente, a atribuição da jurisdição sancionatória passa também pelo elemento subjetivo, ou seja pelo autor da infração. Na verdade, o grau de responsabilidade ou a qualidade dos autores da infração influenciam de uma maneira ou de outra a seleção do juiz competente e correlativamente, a atribuição de jurisdição.

III.a A atribuição da jurisdição sancionatória fundada no grau de responsabilidade

O grau de responsabilidade foi eleito como critério de atribuição da jurisdição sancionatória no artigo 1.º do Estatuto do Tribunal Especial para a Serra Leoa[33], bem como pelo Estatuto das Câmaras extraordinárias para o Camboja[34]. Por sua vez, o Estatuto do TPI não prevê o grau de responsabilidade como critério de competência ou admissibilidade do caso. Um critério a considerar será o juiz nacional dar, naturalmente, prioridade ao conhecimento das infrações cometidas no seu território[35]. Situação diversa é

[32] Op. cit., n.º 67 e ss.

[33] Dispõe este artigo:*"Il est créé un Tribunal spécial pour la Sierra Leone charge de poursuivre les personnes qui portent la responsabilité la plus lourde des violations graves du droit international humanitaire et du droit sierra-léonais commis sur le teritoire de la Sierra Leone depuis de 30 novembre 1996"*.

[34] O acordo referente à perseguição dos Khmers vermelhos visa os dirigentes do Camboja democrático e os principais responsáveis. Acerca deste ponto: A.-C. MARTINEAU, *"Les juridictions pénales internationalisées. Un noveau modele de justice hybride?,* op. cit., páginas 89 e ss.

[35] A jurisdição portuguesa encontra-se delimitada pela aplicabilidade da nossa lei penal. É admissível o julgamento de cidadãos portugueses ou estrangeiros por factos praticados no território português, mas também no estrangeiro nos termos previstos no CP (artigos 4.º a 7.º) ou legislação avulsa (v.g. lei do terrorismo – artigo 8.º Lei 52/03, lei de tráfico de estupefacientes – artigo 49.º DL 15/93, crimes de violação do direito internacional humanitário – artigo 5.º Lei 31/04, lei de proteção de dados - artigo 4.º/3 Lei 67/98). Concluindo-se pela subsunção nas normas penais que permitem "convocar" a lei penal portuguesa o tribunal português será internacionalmente competente. Se assim for os intervenientes processuais serão legitimamente submetidos aos ditames do processo

admitir a intervenção do Tribunal internacional, em caso de carência ou de declinação de competência por parte das autoridades nacionais, devendo centrar-se sobre os seus principais responsáveis. A competência do TPI pode assim resultar do facto de um Estado submeter o caso ao juiz internacional, por entender que este último está em melhor posição para assegurar essa tarefa, densificando assim o conceito de "complementaridade positiva"[36].

Nesta matéria assume particular relevância o critério de determinar os principais responsáveis da infração e assim, atribuir à jurisdição internacional o julgamento dos autores/pessoas principais, sendo certo que o conceito de "principal responsável" nunca foi objeto de uma definição rigorosa.

Por outro lado, o TPI já decidiu que será importante apurar, dentro da infração, o incitamento, a planificação, o financiamento, a conclusão por parte de grupos criminosos, ou qualquer outra forma de contribuição à organização da violência, os quais constituiriam os elementos a definir para estabelecer a gravidade dos factos, e por consequência de justificar a sua intervenção[37].

A mesma conclusão se impõe relativamente à qualidade dos autores/responsáveis pelas infrações, pois esta qualidade pode igualmente ser utilizada na atribuição de jurisdição sancionatória nacional, internacional ou internacionalizável.

penal nacional sem que isso impeça que em determinadas situações a decisão final se socorra da legislação substantiva do país de origem do arguido (cfr. artigo 6.º, n.º 2 CP "o facto é julgado segundo a lei do país em que tiver sido praticado sempre que esta seja concretamente mais favorável ao agente. A pena aplicável é convertida naquela que lhe corresponder no sistema português, ou, não havendo correspondência direta, naquela que a lei portuguesa prever para o facto"). Por outro lado, mesmo existindo competência internacional e reunidas as condições legais para um cidadão ser "submetido" ao processo penal português, a sua instauração ou a continuação pode ser delegado num Estado estrangeiro que o aceite, verificando-se os pressupostos previstos na Lei de copperação judiciária em matéria penal (artigos 89.º a 93.º)

[36] Acerca do conceito: "Document de politique général relatif aux examens préliminaire", pré, n.º 93 e ss. O número 95 do documento refere: "*Dans certaines circunstances, le Bureau et l´État concerne peuvent convenir que des procédures devant la CPI constituent la solution la plus efficace pour défrendre les objetifs du Préambule et, partant, décider d´un "partage des tâches" dans lequel la Cour poursuivrait les personnes portant la responsabilité la plus lourde pour les crimes les plus graves*".

[37] TPI (Câmara Preliminar II), 31.03.2010, Situação na República do Quénia, TPI 01/09 § 198

III.b A atribuição da jurisdição sancionatória fundada na qualidade dos responsáveis

O grau de responsabilidade, a qualidade dos responsáveis e particularmente a relação desses responsáveis com o poder do Estado, para além de constituírem critérios de competência, funcionam também como critérios de seleção do juiz competente. Com efeito, a referência à qualidade do autor assume um carácter normal na escolha do juiz competente.

De qualquer forma, a análise que define como principal critério de atribuição da jurisdição penal fundado na qualidade do autor da infração, pode, em certa medida, prejudicar a perseguição dos mesmos. Com efeito, se o sistema de justiça internacional tem por desiderato principal o combate à impunidade, agindo e lutando contra as impunidades mais impactantes, como são os casos daqueles que praticam as infrações como representantes dos Estados, o que não pode suceder é que as imunidades resultantes de conflitos de jurisdição sirvam como obstáculo a que os juízes nacionais exerçam uma competência universal mesmo na presença de crimes ditos internacionais por natureza[38]. Daqui decorre que a qualidade de dirigente ou de representante do Estado não constitui mais, salvo hipótese particular de agressão, um elemento constitutivo de infração universal[39].

IV. O reconhecimento mútuo: um modelo auto-suficiente de cooperação judiciária na União Europeia

Este tema assume particular relevância, na medida em que se procurará responder à questão/afirmação do reconhecimento mútuo como o método central de cooperação judiciária penal na União Europeia (UE). Mas

[38] TJUE, 14.02.2002, caso do mandado de detenção sobre a República democrática do Congo, RDP 2002, página 425, nota de G. Weckel, Cas. Crim., 13.03.2001, caso Kadhafi, D., 2001, Jur., página 2633. O relatório defende que as imunidades dos Chefes de Estado em exercício não podem ser um obstáculo ao Tribunal Penal Internacional: TPI (Câmara preliminar I), 13.12.2011, TPI-02/05-01/09

[39] O artigo 7.º, n.º2, alínea a) do Estatuto de Roma refere que os requisitos de definição do crime contra a humanidade são particularmente claros, pois é mencionado que: *"Por "ataque contra uma população civil" entende-se qualquer conduta que envolva a prática múltipla de actos referidos no n.º 1 contra uma população civil, de acordo com a política de um Estado ou de uma organização de praticar esses actos ou tendo em vista a prossecução dessa política;*

responder a esta questão passará, inevitavelmente, por reconhecer, *a priori*, que o reconhecimento mútuo é um verdadeiro modelo de cooperação judiciária penal[40]. Por cooperação judiciária internacional em matéria penal, deverá ser entendido a execução por parte do Estado requerido de medidas apropriadas à prossecução e repressão das infrações penais do Estado requerente, a pedido deste. A cooperação é *judiciária*, porque se baseia num procedimento penal pendente no Estado requerente; é *internacional* porque envolve relações entre Estados, requerente e requerido, e é *penal* porque visa facilitar a repressão das infrações de direito penal material[41]. Como pressuposto, a cooperação judiciária é sustentada por objetivos e imperativos específicos na construção europeia, que são a definição do espaço judiciário europeu[42] e a livre circulação das decisões europeias entre os juízes nacionais[43]. Em síntese, o modelo de cooperação judiciária europeia é um modelo que materializa o processo de integração europeu.

A matéria do reconhecimento mútuo de decisões judiciais assumiu um protagonismo ímpar no espaço judicial da UE. A ideia subjacente é a de que apesar de outro Estado poder não tratar determinada matéria da mesma forma, ou até de forma semelhante, os resultados devem ser tais, que possam ser aceites como equivalentes à decisão de um certo Estado[44][45].

Como é consabido, o Tratado de Lisboa consolidou e deu enquadramento legal a uma intensa evolução legislativa através de Decisões-

[40] No âmbito do direito internacional e em particular no direito europeu não existe um Tratado ou convenção que regule a cooperação internacional em matéria penal. Para estudo, conhecimento dos instrumentos legais e da cooperação judiciária internacional em matéria penal, R. ZIMMERMANN, "*La coopération judiciaire internationale en matière pénale*", terceira edição, LGDJ

[41] R. ZIMMERMANN, "*La coopération judiciaire internationale en matière pénale*", terceira edição, LGDJ, páginas 5 e 6

[42] V. H. LABAYLE, "*Un espace de liberté, de securité et de justice*", RTD eur., outubro/dezembro 1997, páginas 107 e ss.

[43] A livre circulação apresenta-se como um princípio estrutural da construção europeia. V. D. SIMON, "*Le système juridique communautaire*", PUF, 2001, em particular página 86

[44] Vd. artigo "*O Princípio do reconhecimento mútuo e o reconhecimento de sentenças e de decisões judiciais na União Europeia*", Prof. Dra. Maria Fernanda Palma, "*Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal*", Coimbra Editora, 2014, páginas 11 e ss

[45] Comunicação de 26.07.2000 da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu: "*While another state may not deal with a certain matter in the same or even a similar way as one´s own state, the results will be such that they are accepted as equivalent to decisions by one´s own state.*"

Quadro (DQ) baseadas no princípio do reconhecimento mútuo, consagrado no Conselho Europeu de Tampere, de 15 e 16 de outubro de 1999, como sendo uma pedra angular na cooperação em matéria penal (vd. capítulo VI das Conclusões - 33 a 37)[46].

O reconhecimento mútuo tem como consequência o reforço da coordenação entre os juízes nacionais dentro de um objetivo comum de eficácia do sistema penal.

Ainda assim, impõe-se determinar se o reconhecimento mútuo é auto-suficiente dentro da cooperação judiciária europeia. Para o efeito, identificam-se quatro questões: *i)* o método da harmonização encontra-se intrinsecamente ligado ao reconhecimento mútuo? *ii)* o reconhecimento mútuo baseia-se num mecanismo que ele próprio ou o princípio orientador se reporta a mecanismos judiciários já existentes?; *iii)* o reconhecimento mútuo na cooperação judiciária em matéria penal é responsável pelo aumento da lógica de rede nesta área?; *iv)* o reconhecimento mútuo fornece os elementos suficientes para alcançar um modelo europeu de cooperação judiciário em matéria penal?

O primeiro elemento que sobressai resulta dos textos europeus, ou seja, do direito primário, em concreto do Tratado modificativo de Lisboa, consagrando o princípio do reconhecimento mútuo[47]. Esta "constitucionalização", imposta pela dinâmica legislativa europeia da última década resultou da prática judiciária que sempre acreditou num novo mecanismo de circulação das decisões da justiça em matéria penal. O reconhecimento mútuo era assim consagrado como "*driving force*" ou "*pierre angulaire*" do modelo europeu de cooperação judiciária.

O segundo elemento localiza-se dentro dos requisitos que estruturam o princípio do reconhecimento mútuo no domínio judiciário. O conceito (não jurídico) de confiança mútua a que fazem referência, de forma sistemática, as instituições europeias, quando abordam a cooperação judiciária, pode ser tido como um dos componentes do reconhecimento

[46] http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_pt.htm

[47] TFUE, art.º 67.º, § 3 e 70 modificado pelo Tratado modificativo de Lisboa de 13.12.2007, em vigor desde 01.12.2009

mútuo[48]. De qualquer forma, mesmo quem entenda que a confiança mútua não é uma componente direta do reconhecimento mútuo, deve sempre integrar a auto-suficiência que este princípio terá no modelo de cooperação judiciária penal.

A demonstração da força do reconhecimento mútuo no modelo de cooperação judiciária europeia repousa em factores intrínsecos mas também em factores extrínsecos, e dada a sua relevância, devem ser analisados.

IV.a Os fatores intrínsecos de um modelo auto-suficiente de cooperação judiciária na União Europeia

O campo de aplicação do princípio do reconhecimento mútuo foi aumentando ao longo dos anos, não deixando vaga qualquer matéria a que pudesse ser aplicado outro mecanismo de cooperação judiciária. Na verdade, a livre circulação das decisões foi estendida à matéria penal, o que ilustra bem a imagem de "noveau crédo" da cooperação judiciária europeia.

IV.b A extensão do campo de aplicação do reconhecimento mútuo à cooperação judiciária penal

Toda e qualquer decisão penal pode ser objeto, sem qualquer limitação, de reconhecimento mútuo[49] no espaço judiciário da UE. O primeiro passo foi dado com o mandado de detenção europeu, com a exclusão da regra da dupla incriminação, razão pela qual, o campo de aplicação do novo modelo de cooperação judiciária é caracterizado por um verdadeiro afastamento do modelo clássico de direito penal internacional. Para o efeito foi criada um catálogo de mais de trinta categorias de infrações para as quais as decisões

[48] B. de LAMY. "*La confiance mutueele comme fondement du mandat d´arrêt européen. Un peu, mais pas trop…pour l´instant*", in Les droits et le droit, Mélanges B. Bouloc, Dalloz, 2007, páginas 559 e ss.

[49] Programa de Estocolmo – Uma Europa Uma Europa aberta e segura que sirva e proteja os cidadãos [JOUE C 115 de 4.5.2010].

estrangeiras poderão circular livremente sem a verificação da dupla incriminação[5051].

Por outro lado, o alargamento decorrente da adoção do conceito de "decisão de justiça" permitiu grandes avanços na definição do princípio do reconhecimento mútuo em matéria penal. Trata-se de um conceito amplo, que se aplica a todas as decisões[52], tendo a virtualidade de definir o campo de aplicação do reconhecimento mútuo em matéria penal. Assim, neste âmbito, estão em causa decisões *pré-sentenciais*, *sentenciais e pós-sentenciais*[53]. Esta nomenclatura, pese embora desprovida de técnica jurídica, permite ao princípio do reconhecimento mútuo ultrapassar as diferenças entre os sistemas nacionais dos Estados Membros (EM). Tal como noutras matérias, a neutralidade de conceitos é a primeira qualidade/característica utilizada no vocabulário europeu, mas constitui também o seu principal inconveniente, pela falta de rigor jurídico. Com efeito, se o objeto do reconhecimento mútuo foi corretamente definido, ainda assim, não foi suficientemente caracterizado tendo por base a noção de ato jurisdicional apto a produzir as consequências jurídicas visadas pelo modo de circulação das decisões de justiça[54]. Os atos jurisdicionais traduzidos na aplicação do direito pelo juiz a uma situação concreta abrangem quer as decisões de fundo/mérito quer as

[50] Art.º 2.º da DQ referente ao MDE; art.º 3.º da DQ de 22.07.2003 relativa à execução na União Europeia das decisões de congelamento de bens ou de elementos de prova; art.º 5.º da DQ sobre as sanções pecuniárias

[51] Existem contudo alguns riscos nesta matéria, sendo apresentado na doutrina o exemplo de um juiz francês poder executar um mandado de detenção europeu que tem na base uma decisão de condenação sobre um aborto ocorrido na Irlanda, qualificando o mesmo como homicídio, sendo que em França não são factos punidos, devendo ser recordado o facto que, embora o aborto seja punido na Irlanda, nenhuma mulher foi perseguida criminalmente nos últimos cinquenta anos por ter cometido esse acto na Irlanda, este exemplo sublinha perfeitamente a oportunidade das black list preservarem as especificidades dos Estados Membros por forma a assegurar um campo de aplicação muito amplo por parte do reconhecimento mútuo – in G. TAUPIAC-NOUVEL: *"La reconnaince mutuelle: un modele "auto-suffisant" de cooperatión judiciaire dans l`Union Européenne?"*, páginas 130 e ss.

[52] Ver definição de "Decisão", in Dicionário jurídico, Volume II, Direito Penal e Direito Processual Penal, de Ana PRATA, Catarina VEIGA e José Manuel VILALONGA, Almedina, página 145 ou "Décision", in G. CORNU, Vocabulaire juridique, Assoc. H. Capitant

[53] Programa de medidas destinadas à aplicação do reconhecimento mútuo das decisões penais, JOUE C 12, 15.01.2011, páginas 10-22

[54] A. HUET, *"Effets en France des jugements étrangers subordonnés à leur régularité internationale"*, J.-Cl. Intern., Fasc. 584-30 e 584-31.

decisões de forma/processuais[55]. As decisões que não decidem de fundo[56] têm o mesmo valor, pressupondo apenas que se encontrem transitadas em julgado[57].

IV.c A técnica jurídica inovadora do novo mecanismo de cooperação judiciária europeia

O princípio do reconhecimento mútuo veio consagrar em direito penal a livre circulação das decisões da justiça. Para densificar esta possibilidade, as decisões penais circulam mediante o recurso a um certificado ou formulário, comum a todos os EM. Estes instrumentos funcionam como passaportes da decisão da justiça[58], implicando que o Estado de emissão controle certos requisitos que visam a autenticação da decisão da justiça na UE. Por outro lado, os Estados de execução não podem controlar as condições de validade internacional das decisões estrangeiras. Isto constitui um avanço enorme, pois, como é consabido, em direito penal internacional, não existem regras, sejam elas convencionais ou nacionais, ou mecanismos que permitam o reconhecimento ou execução de uma decisão penal estrangeira[59]. Na verdade, fora do espaço penal da UE, a extradição permanece como um procedimento híbrido, de carácter essencialmente administrativo[60]. Já no que concerne ao auxílio judiciário mútuo *stricto sensu*, o qual abrange as cartas rogatórias internacionais, não se exige como pré-requisito a existência de uma decisão de justiça nacional. Em direito penal internacional esta eficácia extraterritorial não se encontra consagrada, sendo poucas as convenções que

[55] V. not. S. GUINCHARD e J. BUISSON, Procédure Pénale, 6.º edição, Litec, 2010, páginas 1431 e ss.

[56] Aqui abrangendo as decisões proferidas antes da sentença/acórdão final, mormente as decisões de aplicação de medidas de coação

[57] Comunicação da Comissão ao conselho e ao Parlamento Europeu, "*reconhecimento mútuo das decisões finais em matéria penal*" – COM/2000/0495 final, § 3.2

[58] D. SORASIO, "*Reconnaisance mutuelle, rapprochement des legislations et cooperation*", in G. de KERCHOVE e A. Weyembergh (dir.), "*L´espace penal européen: enjeux et perspectives*", Bruxelles, ULB, cool. "IEE", 2002, página 290

[59] C. LOMBOIS, "*Commentaire de l´avant-project définitf de révision du Code Pénal. Le droit pénal internacional*", RID pén. 1980, páginas 55 e ss.

[60] GARRAUD, "*Traité théorique et pratique de droit pénal français*", 3.ª ed., to. I, Sirey, página 430

permitem a execução ou o reconhecimento das decisões estrangeiras[61]. Donde resulta a não existência de um mecanismo que assegure, em direito penal internacional, a circulação das decisões penais estrangeiras[62].

A configuração da cooperação judiciária penal clássica assenta em dois eixos fundamentais, a soberania e a territorialidade. Para fazer face a um espaço judiciário europeu sem fronteiras internas, a UE teve de criar um mecanismo que permitisse a livre circulação das decisões da justiça[63], assim densificando o processo de integração europeia. Nesta conceção e como sucede aliás nos processos dos mandados de detenção europeu, o juiz nacional do EM de execução, não deverá analisar a conformidade da decisão estrangeira com a sua ordem legal, pois, pressupõe-se que tal controle já foi feito pelo EM de emissão, mas sim assegurar unicamente que tal decisão respeita os valores comuns dos EM, erigidos como regras do espaço penal europeu[64]. Note-se, contudo, que a proteção dos direitos fundamentais constitui o problema central no modelo de cooperação judiciária baseado na livre circulação de decisões penais[65].

Nesta matéria assumiu particular destaque o Programa de Haia, aprovado pelo Conselho Europeu de 4 e 5 de novembro de 2004, dos quais se destacavam os seguintes instrumentos: mandado de detenção europeu; reconhecimento mútuo de sanções pecuniárias, mandado europeu de obtenção de provas, ordem europeia de execução (transferência de pessoas condenadas); reconhecimento mútuo de medidas de coação não detentivas e reconhecimento e supervisão de sanções alternativas à pena de prisão e

[61] O exemplo mais pertinente, mas de sucesso isolado, reside na Convenção do Conselho da Europa de 21.03.1983 sobre as transferências de pessoas condenadas de 21.03.1983

[62] C. Lombois, Droit pénal international, 2.ª edição, op. cit., página 7

[63] Neste sentido, M. MASSÉ: *"La reconnaisance mutuelle"*, in C. LAZERGES (dir.), *"Le droit pénal de l´Union européenne au lendemain du Traité de Lisbonne"*, Colóquio de janeiro de 2011.

[64] Neste sentido: V. P. BEAUVAIS: *"L´apport du mandat d´arrete européen à la coopération pénale internationale"*, in Cooperatión judiciaire internationale et européenne, Extradition et mandat d´arrêt européen, Colloque, Gaz. Pal., 7 e 9 de Setembro de 2008, páginas 15 e ss.

[65] Livro verde da Comissão de 19.02.2003 sobre as garantias processuais dos *suspeitos* e *arguidos em procedimentos* penais na União Europeia, COM/2003/75

suspensão da condenação *(probation*), isto é, de penas suspensas e regime de prova[66].

No que concerne aos instrumentos relativos a decisões *pre e post* sentenciais, destacavam-se: *i)* a DQ 2009/829/JAI do Concelho, de 23.10.2009, relativa à aplicação, entre os Estados Membros da União Europeia, do princípio do reconhecimento mútuo às decisões sobre controlo, em alternativa à medida de prisão, também conhecida como ESO (*European Supervision Order*) e Decisão Europeia de Controlo Judicial[6768]; *ii)* a DQ n.º 2008/947/JAI do Conselho, de 27.11.2008, relativa à aplicação do princípio do reconhecimento mútuo às sentenças e decisões respeitantes à liberdade condicional para efeitos de fiscalização das medidas de vigilância e das sanções alternativas, também conhecida como "*Probation*"[69] e *iii)* a DQ n.º 2008/909/JAI, de 27.11.2008, relativa à aplicação do princípio do reconhecimento mútuo às sentenças em matéria penal que imponham penas ou outras medidas privativas de liberdade para efeitos de execução dessas sentenças na União Europeia[7071].

Por sua vez, o quadro legal estabelecido pelo Conselho da Europa anterior às DQ era composto:

i) Convenção para a vigilância de pessoas condenadas, ou libertadas, em liberdade condicional, de 30.11.1964, que entrou em vigor em 22.08.1975

[66] http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=uriserv:l16002

[67] Publicada no JOUE, L 294/20

[68] Nesta matéria, ver de forma pormenorizada "*DECISÃO QUADRO 2009/829/JAI, DO CONSELHO, DE 23 DE OUTUBRO DE 2009, RELATIVA À APLICAÇÃO, ENTRE OS ESTADOS-MEMBROS DA UNIÃO EUROPEIA, DO PRINCÍPIO DO RECONHECIMENTO MÚTUO ÀS DECISÕES SOBRE MEDIDAS DE CONTROLO, EM ALTERNATIVA À PRISÃO PREVENTIVA*", Procurador-Geral Adjunto Dr. Jorge Costa, JULGAR, n.º 17

[69] Publicada no JOUE, L, 337, de 16.12.2008

[70] Publicada no JOUE, L, 327, de 05.12.2008

[71] Nesta matéria dos instrumentos relativos a decisões *pre* e *post* sentenciais, seu enquadramento histórico, considerações gerais e explicação dos articulados, ver de forma pormenorizada: "*Os instrumentos da União Europeia em matéria de reconhecimento de decisões pré* e *Post sentenciais", Procurador-Geral Adjunto Dr. Jorge Costa, "Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal*", Coimbra Editora, 2014, páginas 365 e ss ou ainda "*Uma outra face da Justiça europeia: as iniciativas sobre o reconhecimento* e *fiscalização de penas suspensas, sanções alternativas* e *condenações condicionais* e *sobre a decisão europeia de controlo judicial*", Procurador-Geral Adjunto Dr. Jorge Costa, O Direito. Lisboa. A 140, n.º 5 (2008), páginas 1087 e ss., Cota:RP-270

ii) Convenção Europeia Relativa à Transferência de Pessoas Condenadas, de 21.03.1983 e respectivo Protocolo Adicional, de 18.12.1997, que entrou em vigor em 01.06.2000 e foi ratificado por 16 Estados membros do Conselho da Europa

iii) Convenção Europeia sobre o Valor Internacional das Sentenças Penais, de 28.05.1970

iv) Título III, capítulo 5, da Convenção, de 19.06.1990, de Aplicação do Acordo de Schengen de 14.06.1985, relativo à Supressão Gradual dos Controlos nas Fronteiras Comuns

v) Convenção entre os Estados membros das Comunidades Europeias relativa à Execução de Condenações Penais Estrangeiras, de 13.11.1991.

Em síntese, o objetivo da Convenção sobre liberdade condicional era que as pessoas pudessem abandonar o território do país e que se tivesse transitado a sentença que impusera uma pena em regime de liberdade condicional e estabelecesse a sua residência num outro EM, com vigilância adequada por parte das autoridades competentes. Baseava-se numa solução de consenso, ou seja, só podia haver transferência de uma pessoa condenada mediante consentimento desta e com o acordo dos Estados interessados. Prevalecia ainda o princípio da reciprocidade, ou seja, na prática só mediante o expresso consentimento pelos Estados Partes sobre alguns problemas particulares, se conseguia o reconhecimento das decisões, levando ainda à abolição do tradicional requisito da dupla incriminação, a referência à cláusula de ordem pública ou procedimento de "exequatur"[72].

[72] No caso português, no regime legal anterior à transposição das decisões quadro Ver: "*COOPERAÇÃO JUDICIÁRIA INTERNACIONAL EM MATÉRIA PENAL/ORIENTAÇÕES E NOTAS DE PROCEDIMENTO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO TRIBUNAL DA RELAÇÃO Ref: CJIMP/TRL v. 01, Maio de 2013*", Procurador-Geral Adjunto Dr. José Luís Lopes da Mota; "*Revisão de sentenças penais estrangeiras*", Juiz Conselheiro, Presidente do Supremo Tribunal de Justiça, Dr. António Henriques Gaspar, "*Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal*", Coimbra Editora, 2014, páginas 343 e ss; "*Revisão e confirmação de Sentença Penal Estrangeira*", Procurador-Geral Adjunto, Dr. Gilberto da Silva Seabra, 31.05.2004,disponível in:

http://www.pgdlisboa.pt/textos/tex_mostra_doc.php?nid=17&doc=files/tex_0017.html, e numa perspetiva mais dogmática, *"A Harmonização dos sistemas penais na Europa: finalidades, obstáculos, realizações e perspectivas de futuro", Inês Horta Pinto, Coimbra Editora, 1.ª Edição, 2013* e *"O Direito Penal Europeu Emergente*", Prof. Dra. Anabela Miranda Rodrigues, Coimbra Editora, 2008 e após a transposição das DQ, ver artigo do Autor: "*Os novos instrumentos*

IV.d Os fatores extrínsecos do modelo "auto-suficiente" de cooperação judiciária na União Europeia

O reconhecimento mútuo das decisões da justiça, pela sua relevância, constitui uma verdadeira política da UE[73]. Neste sentido, esta política consegue abranger elementos exteriores que, embora não façam parte da sua construção inicial, acabam por encontrar a sua razão de ser no reconhecimento mútuo. Tal é o caso da confiança mútua. De outro prisma, também a subsidiariedade do método de harmonização das legislações nacionais ou ainda o desenvolvimento do modelo de cooperação judiciária fazem parte do reconhecimento mútuo.

IV.e A subsidiariedade do método de harmonização das legislações nacionais

Em direito penal, malgrado a dificuldade em definir o conceito de harmonização[74], a doutrina maioritária considera este método como: "*consiste à établir entre les systèmes normatifs des analogies ou des similitudes en fonction d´un objectiv concerte en è liminant celles de leurs divergences qui sont incompatibles*"[75], ou seja procura estabelecer entre os sistemas normativos analogias ou semelhanças num objetivo comum que visa eliminar as diferenças que são incompatíveis entre si.

As ligações entre o reconhecimento mútuo e a harmonização das legislações nacionais colocam-se a diversos níveis. Com efeito, e numa fase inicial, a essência normativa do princípio do reconhecimento mútuo visa

legislativos nacionais em matéria de reconhecimento mútuo de decisões penais pre e post sentenciais no âmbito da União Europeia", Revista Julgar n.º 28, 2016

[73] Ver TFUE, art.º 70.º

[74] Ver S. MANACORDA, *"La parabole de l´harmonisation pénale: à propôs des dynamiques d´integration noramtive relatives à l´organisation criminelle"*, in M. DELMAS-MARTY, M. PIETH e U. SIEBER (dir.) "*Les Chemins de l´harmonisation pénale*", Societé de legislation compare, coll. "*UMR de droit compare de Paris*", vol. 15, 2008, páginas 269 e ss.

[75] A. WEYEMBERGH, *"L´harmonisation des legislations: conditions de l´espace penal européen et réveélateur de ses tensions"*, Bruxelles, ULB, cool. IEE, 2004, página 33

afastar toda e qualquer forma de harmonização das legislações nacionais[76]. Numa fase mais avançada de desenvolvimento do processo de integração europeu no mercado interno, o relacionamento entre os dois métodos alterou-se de acordo com uma nova abordagem da construção europeia, a qual se baseia no conceito de aproximação sistemática das legislações nacionais para facilitar o reconhecimento mútuo[77]. De outra forma, a harmonização passou a ser considerada em direito penal europeu como um processo de cooperação judiciária relevante[78], sustentada no objetivo comum de eliminar as diferenças existentes entre as ordens jurídicas nacionais a fim de facilitar a livre circulação das decisões penais[79]. Ora, o reconhecimento mútuo respeita, em teoria, precisamente, as diferenças entre sistemas nacionais, tanto mais que abandonou a condição de dupla incriminação. Esta matéria teve também enquadramento na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, mediante a referência às "identidades constitucionais"[80], constituindo o limite/barreira inultrapassável a qualquer método europeu.

Outra distinção necessária é entre método principal e secundário ou acessório da cooperação judiciária europeia. O Tratado de Amesterdão avançou com uma configuração da harmonização como um método acessório[81], a qual veio a ser confirmada pelo Tratado de Lisboa nos artigos 82.º, § 1 e 83.º, § 2 do Tratado sobre o funcionamento da União Europeia. Logo, a harmonização não é o método de cooperação judiciária limitado ao

[76] A. ALEMANNO, *"Le principe de reconnaissance mutuelle au-delà du marche intérieur: phénomène d`exportation normative ou stratégie de "colonialisme" réglementaire?"*. Revista dr. EU 2006/2, página 274

[77] Livro Branco da Comissão ao Conselho Europeu, *"L´achèvement du Marché intérieur"*, de 14.06.1985, COM/85/310 final. V. not. F. AUBRY-CAILLAUD, *"Nouvelle aproche e noramlisation européenne en matiére de libre circulations des marchhandises"*, Pedone, 1998, páginas 15 e ss.

[78] M. POELEMANS, *"La sanction dans l´ordre juridique communautaire. Contribution à l´étude d´un systeme répressif de l´Union européenne"*. LGDJ, 2004, página 331

[79] Livre verde sobre a aproximação, o reconhecimento mútuo e a execução das sanções penais na União Europeia

[80] Veja-se um exemplo recente no domínio judiciário, mesmo que não na área penal: TJUE, 22.12.2010, Llonka Sayn-Wittgensteins versus Landeshauptmann Von Wien, caso C-208/09

[81] De acordo com os termos do art.º 31.º do Tratado, a harmonização não tem um papel a desempenhar na cooperação judiciária em matéria penal para além da "mesure necessaire" ou para definir as regras mínimas, V. Ph LEGER (dir.), Commentaire article par article des Traités EU et CE, Helbong et Lichtenhahn, 2000.

nível europeu, mas sim um método complementar facultativo ao método principal do reconhecimento mútuo[82]. Por outro lado, e para que se fale verdadeiramente em "auto-suficiência" do método do reconhecimento mútuo, tal teria também de ser sustentado no método de harmonização *a minima*[83], ou seja, numa aproximação mínima das legislações dos EM. O efeito colateral do reconhecimento mútuo, descrito pelos autores como harmonização indireta[84], está claramente demonstrado na DQ de 2006 sobre os confiscos[85].

Em conclusão, ainda que a harmonização das legislações nacionais não seja uma componente ou sequer consequência do reconhecimento mútuo, acaba por constituir um fator exterior da auto-suficiência deste último. O desenvolvimento de mecanismos europeus de cooperação judiciária insere-se numa lógica similar.

IV.f O desenvolvimento dos mecanismos de cooperação judiciária

Após a alavancagem ocorrida em 1999[86], o reconhecimento mútuo passou a ser a "pedra basilar" da construção do espaço penal europeu. Para sedimentar esta construção surgiram vários organismos/instrumentos. Em primeiro lugar, a Eurojust[87], à qual foram dadas competências iniciais, depois consagradas no Tratado de Lisboa[88] permitindo o desenvolvimento do mecanismo de livre circulação das decisões penais. Cabe a este organismo europeu uma função de árbitro/facilitador na resolução dos conflitos entre

[82] Contra, M. Masse, "*Des figures asymétriques de l´internatinalisation du droit pénal*", RCS 2006, página 757.

[83] Programa de Estocolmo – Uma Europa Uma Europa aberta e segura que sirva e proteja os cidadãos [Jornal Oficial C 115 de 4.5.2010].

[84] G. GIUDICELLI-DELAGE et S. MANACORDA (dir.), "*L´integration pénale indirecte. Interactions entre droit pénal et coopération judiciaire au sein de l`Union européenne*", op. cit.

[85] DQ n.º 2006/783/JAI, de 6.10.2006, relativa à aplicação do princípio do reconhecimento mútuo às decisões de confisco

[86] Com o Conselho Europeu de Tampere

[87] Decisão do Conselho de 28.02.2002, instituindo a Eurojust a fim de reforçar a luta contra as formas graves de criminalidade (JOUE, L n.º 63/1, de 06.03.2002)

[88] Art.º 85.º do TFUE

os EM[89], sempre numa perspectiva de tornar mais eficaz a livre circulação das decisões penais[90]. Outros mecanismos relevantes são a Rede Judiciária Europeia (RJE)[91], o sistema de Informação Schengen (SIS), baseado nos acordos Schengen[92], ou mais recentemente, a criação de um sistema europeu sobre os registos criminais (ECRIS)[93] [94].

V. Conclusão

A nova divisão da jurisdição sancionatória apela a uma reflexão sobre a repartição de competências no campo penal e na concorrência dos juízes, nas suas diferentes facetas, nacional, europeu e internacional, devendo os juízes estar preparados para este contexto complexo.

Com efeito, passamos de uma realidade iminentemente nacional, para um quadro naturalmente dividido em ordens penais diferenciadas: *i)* a jurisdição nacional, a qual continua a ser considerada com a "ordem jurídica natural"*; ii)* a jurisdição internacional, a qual corresponde, na sua essência, ao espaço penal ocupado pelas diferentes jurisdições internacionais*; iii)* um espaço ou ordem intermédia, de aparição mais recente, a qual se denominou de jurisdições penais híbridas. Esta última, igualmente conhecida como jurisdição de terceira geração ou de jurisdição mista, distingue-se das

[89] A falta de poder vinculativo das decisões da Eurojust continua a ser a critica principal apontada a este organismo europeu de cooperação judiciária. V. not. N.L.C. THWAITES, "*Eurojust: autre brique dans l´edifice de la cooperation judiciaire en matiére pénale on solide mortier?,* RCS 2003, página 60

[90] Neste sentido: D. FLORE: "*D´un réseau judiciaire européen à une juriction pénale européenne: Eurojust et l´emergence d´un système de justice pénale*", in G. de KERCHOVE et A. WEYEMBERGH (dir.), L´espace penal européen: enjeux et perspectives, Bruxelles, ULB, cool "IEE", 2002, páginas 9 e ss.

[91] Acção Comum de 29 de junho de 1998 adoptado pelo Conselho sobre a base do art.º K.3 do TFUE referente à criação de uma Rede Judiciária Europeia 98/428/JAI, JOUE L 191, 7.07.1998, reforçada pela Decisão do Conselho de 16.12.2008 referente à mesma rede, 2008/976/JAI, JOUE L 348, 24.12.2008

[92] Artigo 93.º da Convenção de Aplicação dos Acordos de Shengen de 19.06.1990

[93] DQ 2009/315/JAI de 26.02.2209 referente à organização e ao conteúdo das trocas de informações extraídas dos registos criminais entre os Estados Membros; Decisão do Conselho sobre os registos criminais (ECRIS), por aplicação do artigo 11.º da DQ n.º 2009/315/JAI, JOUE L 93, 07.04.2009

[94] Nesta matéria ver artigo do autor: "*Cooperação Judiciária em Matéria Penal*", publicado na Revista Julgar n.º 13, 2011, Coimbra Editora

jurisdições internacionais, respondendo a lógicas internacionais de funcionamento e de organização distintas.

Esta reflexão passa, pela sua especial relevância, por duas áreas ou contextos distintos: *i)* no âmbito universal, a demanda por princípios/regras que possam orientar a distinção que terá de existir sobre os diferentes patamares e em segundo lugar, *ii)* no âmbito regional/europeu, pelo seu pioneirismo e vanguardismo, a análise do princípio do reconhecimento mútuo, "pedra angular" da cooperação judiciária em matéria penal na UE.

Por cooperação judiciária internacional em matéria penal, deverá ser entendido a execução por parte do Estado requerido de medidas apropriadas à prossecução e repressão das infrações penais do Estado requerente, a pedido deste. A cooperação é *judiciária*, porque se baseia num procedimento penal pendente no Estado requerente; é *internacional* porque envolve relações entre Estados, requerente e requerido, e é *penal* porque visa facilitar a repressão das infrações de direito penal material. Como pressuposto, a cooperação judiciária é sustentada por objetivos e imperativos específicos na construção europeia, que são a definição do espaço judiciário europeu e a livre circulação das decisões europeias entre as autoridades judiciárias nacionais. Em síntese, o modelo de cooperação judiciária europeia é um modelo de cooperação que materializa o processo de integração europeu.

O reconhecimento mútuo, pese embora alguns entraves ou entropias identificadas, constitui um modelo "auto-suficiente" de cooperação judiciária, cabendo às autoridades judiciárias nacionais, em concreto aos juízes nacionais, mediante a "confiança mútua" entre diferentes ordenamentos jurídicos, colaborarem na construção do espaço judiciário europeu em matéria penal.

Luís de Lemos Triunfante
Juiz de Direito
Mestre em Direito
Perito Nacional Destacado no Gabinete Português junto da Eurojust

The Challenges of Prosecuting Cases of Trafficking in Persons

Marta Ventura Correia
Advogada
Mestre em Direito Internacional Criminal (LL.M).

RESUMO: O presente artigo é fruto de pesquisa, realizado no âmbito do mestrado em direito internacional criminal (LL.M pela UNICRI e Universidade de Turim), sobre os desafios relativos à investigação, acusação e instrução criminal de processos de tráfico humano.

São analisadas no presente estudo as obrigações positivas dos Estados decorrentes de diversos processos julgados pelos tribunais internacionais.

Existe um silêncio legislativo e uma brecha judicial que necessita ser discutida. O crime de tráfico humano, quer este seja através de exploração sexual, laboral, escravatura ou práticas similares tais como "crianças-soldados", casamentos forçados, ou tráfico de órgãos, deve ser uma prioridade do Tribunal Criminal Internacional.

É imprescindível assegurar que justiça será aplicável aqueles que se encontram escondidos à vista desarmada e que as vítimas de tráfico humano tenham oportunidade de contar a sua história.

The Challenges of Prosecuting Cases of Trafficking in Persons (*)

Marta Ventura Correia
Advogada
Mestre em Direito Internacional Criminal (LL.M).

Sumário: O presente artigo é fruto de pesquisa, realizado no âmbito do mestrado em direito internacional criminal (LL.M pela UNICRI e Universidade de Turim), sobre os desafios relativos à investigação, acusação e instrução criminal de processos de tráfico humano.

Quais os problemas e questões implícitas que continuam por responder e a conduzir a processos de instrução ineficazes? Quais os fatores que, não obstante a devida transposição para os sistemas jurídicos nacionais de disposições internacionais, justificam a inobservância dos preceitos legais por parte dos agentes de autoridade em diversas partes do mundo?

Quais são os condicionalismos inerentes a obstrução de justiça interligado com crime organizado e tráfico humano?

O Protocolo de Palermo é considerado a nível internacional como a convenção de referência para a comunidade internacional na matéria de combate ao tráfico humano. O intuito dos 128 estados contraentes ao ratificar a referida convenção foi suprimir o flagelo do tráfico humano através da implementação de medidas preventivas, nomeadamente, a abertura de processos de investigação e, inter alia, instrução criminal.

São analisadas no presente estudo as obrigações positivas dos Estados decorrentes de diversos processos julgados pelos tribunais internacionais.

De facto, existe um silêncio legislativo e uma brecha judicial que necessita ser discutida.

O crime de tráfico humano, quer este seja através de exploração sexual, laboral, escravatura ou práticas similares tais como "crianças-soldados",

(*) Trabalho apresentado em 04-07-2016 no âmbito do *Master of Laws* (LL MM) 2015-2016 in internacional crime and justice do Departament of Law da Universidade de Turim e do United Nations International Crime and Justice Research Institute (Supervisor: Dr. Cindy Smith). O presente texto é publicado na língua original em que foi apresentado (inglês).

casamentos forçados, ou tráfico de órgãos, deve ser uma prioridade do Tribunal Criminal Internacional.

É imprescindível assegurar que justiça será aplicável aqueles que se encontram escondidos à vista desarmada e que as vítimas de tráfico humano tenham oportunidade de contar a sua história.

Afinal, a lei serve o seu propósito quando aplicável e aplicada.

O presente artigo apresenta soluções que deverão ser equacionadas pelos Estados para combater a ineficaz investigação, acusação e instrução processual de crimes de tráfico humano.

Foreword and Acknowledgements

"Speak up for the people who have no voice, for the rights of all the down-and-outers. Speak out for justice! Stand up for the poor and destitute!" Proverbs 31:8-9

To the persons trafficked who have been hidden in plain sight without justice being served.

To my family and friends for your (always) steadfast support.

Introduction

"*Trafficking in human beings, with the entrapment of its victims, is the modern form of the old worldwide slave trade. It treats human beings as a commodity to be bought and sold, and to be put to forced labor, usually in the sex industry but also, for example, in the agricultural sector, declared or undeclared sweatshops, for a pittance or nothing at all. Most identified victims of trafficking are women but men also are sometimes victims of trafficking in human beings. Furthermore, many of the victims are young, sometimes children. All are desperate to make a meager living, only to have their lives ruined by exploitation and rapacity."*[1]

Trafficking in human beings is a violation of human rights as it violates human dignity and personal integrity. It takes place at a national and transnational environment, linked or not to organized crime for purposes of exploitation.

1 Council of Europe, *Convention on action against trafficking in human beings and its explanatory report*, American Society of International Law, International Legal Materials, Vol. 45, No. 1 (January 2006), at 28

Prof. William Schabas, quoting Jean-Jacques Rousseau, further acknowledges the inhumanity of trafficking in persons: "*Dire qu'un homme se donne gratuitement, c'est dire une chose absurde et inconcevable; un tel acte est illégitime et nul, parce que celui qui le fait n'est pas dans son bon sens. Dire la même-chose de tout un peuple, c'est supposer un peuple de fou : la folie ne fait pas droit.*"[2]

Over the last decade, the issue of human trafficking has moved from the margins to the mainstream of international legal and political discourse. "*The donor community and local and international NGOs also have aggressively worked on the problem. The media has increasingly focused on trafficking throughout the world, drawing attention to the horror of this human rights abuse. Nonetheless, trafficking remains ill-defined and efforts to combat it have floundered*."[3]

Experience has shown that international cooperation and cooperation with civil society together with regional legal instruments valuably reinforces action at world level.

There is an utmost added value of understanding the importance of prosecuting cases of trafficking in persons as a form of prevention and attending to what we mean when we talk about human trafficking, sexual exploitation, forced labor or services, slavery or practices similar to slavery as it is the case of child soldiers, debt bondage or forced marriages, servitude or removal of organs.

The purpose of this research paper is to highlight the overall challenges of prosecuting cases of trafficking in persons, in particular, identify barriers to successful prosecution whilst attempting to suggest appropriate methods to overcome it. In order to do that, this essay will begin by identifying the definitional, sociological, judicial and legal obstacles that hinder the development of an efficient prosecution of "modern slavery".

This paper will then describe the basic features of the *modus operandi* of trafficking in persons, in particular the trends, patterns and flows, as well as

2 Prof. William A Schabas, *"The European Convention on human Rights, A commentary"*, First Edition, Oxford University Press (2015), at 201

3 David E Guinn*, Defining the Problem of Trafficking: The Interplay of US Law, Donor, and NGO, Engagement and the Local Context in Latin America,* Human Rights Quarterly, Vol. 30, No. 1, (Feb., 2008), at 121

other associated crimes used and identify efforts to address the problem, highlighting, in particular, the role played by the duty of care on States to prosecute.

This study aims at providing an insight into what is known regarding prosecution of trafficking in persons.

The current criminal justice responses do not seem to be given in an adequate and timely manner.

To further tailor the criminal justice responses, knowledge on the obstacles and challenges to an accurate prosecution of cases of trafficking in persons needs to be refined.

There is an important role reserved for both domestic courts and local law enforcement, which must be embedded with a simultaneous increase of international cooperation and the implementation of specialized investigation as well as judicial and prosecutorial specialists.

I. BACK TO BASICS

I.1. Defining trafficking in persons. The relevant legal framework

Despite the fact that slavery has been officially abolished for more than 150 years, people are still treated in a degrading and inhumane manner, being trafficked for exploitation purposes, treated as objects for an easy profit, humiliated and abused, forced to work through mental, physical, economic or social coercion with no or little financial compensation.[4]

The United Nations Convention against Transnational Organized Crime ("UNTOC"), adopted by General Assembly resolution 55/25 of 15 November 2000, is the main international instrument in the fight against transnational organized crime. UNTOC is further enhanced by three Protocols, which target specific crimes: the Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children ("Palermo Protocol"); the Protocol against the smuggling of Migrants by Land, Sea and Air ("Smuggling Protocol"); and the Protocol against the Illicit

4 Parliamentary Assembly of the Council of Europe, "*Domestic slavery: servitude, au pairs and 'mail-order brides', Recommendation 1663*", (2004), cited in ECtHR "*Siliadin v. France*", of 26 July 2005, No 7331/01, para 49

Manufacturing of and Trafficking in Firearms, their Parts and Components and Ammunition.

Trafficking in persons is defined in international law by the Palermo Protocol.

Article 3(a) of the Palermo Protocol defines trafficking in persons as the combination of three cumulative essential elements:

1. the action of: "*recruitment*, *transportation*, *transfer*, *harboring or receipt of persons*";

2. by means of: "*the threat or use of force or other forms of coercion*, *of abduction*, *of fraud*, *of deception*, *of the abuse of power or of a position of vulnerability or of the giving or receiving of payments or benefits to achieve the consent of a person having control over another person*";

3. for the purpose of exploitation, which includes "*at a minimum*, *the exploitation of the prostitution of others or other forms of sexual exploitation*, *forced labor or services*, *slavery or practices similar to slavery*, *servitude or the removal or organs*".

The definition of trafficking in persons encompasses both the bringing of a person into exploitation and the maintenance of that persons in a situation of exploitation, hence, it is equally difficult to identify a trafficker who would not fall within its scope.[5]

The *travaux préparatoires* contain a curious interpretative note to the effect that illegal adoption will fall within the scope of the Palermo Protocol where it amounts to a "*practice similar to slavery*" under the Supplementary Convention on the Abolition of Slavery, the Slave Trade, and Institutions and Practices Similar to Slavery of 1956 ("Supplementary Slavery Convention"). In the opinion of Dr. Anne Gallagher[6], the stealing, buying and selling of children for adoption is even more readily identifies with practices commonly associated with trafficking. Unfortunately, the legal aspects of that link have not been explored in any great depth. For example, the United Nations Office

5 Dr. Anne T Gallagher, *"The international law of human trafficking"*, Cambridge University Press, (2010), at 47

6 *Ivi*, (2010), at 36 to 42

of Drugs and Crime ("UNODC") states that "*illicit adoption practices (…) can be prosecuted under the umbrella of trafficking crimes*"[7].

While the scope of the Protocol is limited to trafficking with a transnational element perpetrated in connection with organized criminal groups, the regional conventions apply equally to domestic trafficking and dispense the need for an organized crime element. Furthermore, the *travaux préparatoires* assert that States "*do not have to include in their criminalization (…) the elements of transnationality and involvement of an organized criminal group*"[8]

The Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings ("Council of Europe Trafficking Convention"), as well as the South Asian Association for Regional Cooperation Convention on Combating Trafficking in Women and Children Prostitution ("SAARC Trafficking Convention"), extend the scope of its respective application to "*all forms of trafficking in human beings, whether national or transnational, whether or not connected with organized crime*".

"*Furthermore, trafficking in human beings does not necessarily involve a transnational element; it can exist at national level*."[9] In fact, while the aim of smuggling of migrants is the unlawful cross-border transport in order to obtain, directly or indirectly, a financial or other material benefit, the purpose of trafficking in human beings is exploitation whether it is transnational or internal.

When comparing the definition above with others from earlier United Nations ("UN") documents, one notices that in the Palermo Protocol opted for the recognition of trafficking for purposes beyond prostitution, stressing that other purposes should not be limited to forced labor.[10]

7 UNODC, *"Anti-Trafficking Practitioners Manual"*, Module 1, (2009), at 7

8 UNGA, *"Interpretative Notes of the Official Records (Travaux Préparatoires) of the Negotiation of the United Nations Convention against Transnational Organized Crime and the Protocols thereto"*, UN Doc A/55/383/Add. 1, (2000), para 59

9 Council of Europe, *supra note 1*, at 29

10 United Nations High Commissioner for Human Rights ("UNHCHR"), *"Informal note by the United Nations High Commissioner for Human Rights"*, UN DOC A/CN.254/4/1, (1999), at 12

As established by the Palermo Protocol, an offense would only be qualified as trafficking in persons in case all three elements are met: action, means and purpose.

Nonetheless, regarding children, meaning a person under 18 years of age as per Article 3(d) of the Palermo Protocol, it is to be regarded as trafficking in persons the action of recruitment, transportation, transfer, harboring or receipt of a child for the purpose of exploitation even if it does not involve any of the means listed in Article 3(a) of the Palermo Protocol.

The Palermo Protocol also clarified that the consent of the victim is irrelevant when obtained by a prohibited means as per Article 3(a).

Furthermore, as mentioned in the *travaux préparatoires* a position of vulnerability is any situation in which the person has no real and acceptable alternative.[11] In this respect it is important to precise that the abuse of a position of vulnerability may be considered as the exploitation of any situation in which the person has no real and acceptable alternative but to be subjugated to such abuse. The said vulnerability may be physical, psychological, emotional, family-related, social or economic and may, for example, involve insecurity or illegality of the victim's administrative status, economic dependence or fragile health. "*In short, the situation can be any state of hardship in which a human being is impelled to accept being exploited. Persons abusing such a situation flagrantly infringe human rights and violate human dignity and integrity, which no one can validly renounce.*"[12]

Based on my own experience as a volunteer for an NGO in India, I have found that the cast system in India is one of the causes of trafficking. Frequently in India someone would share with me life stories similar to Shyama's story:

"*We are Bedni's and are expected to be available to all, anytime, day in and day out" is what Shyama (sexually exploited bedia women) told me, when I was discussing about their community in their village Salai of Rajgarh District in Madhya Pradesh. Bedia, a denotified tribe, now schedule caste, is known for*

11 Sarah Krieg, *"Multilevel Regulation against Trafficking in Human Beings, A Critical Application Analysis of International, European and German Approaches"*, Nomos Verlagsgesellschaft, (2014), at 98

12 Council of Europe, *supra note 1*, at 40

community-based prostitution, having history to justify as to how they got social sanction. The element of exploitation is loud in their community, which is accepted as norm in the stratified society"[13]

Similarly, in Nigeria, traffickers use Juju rites in the recruitment phase as a mean of coercion. "*The belief in the power of the juju ritual as well as threats to family members back home normally secure the loyalty of the victims*".[14]

Juju is a traditional religious belief of the Yoruba people of Southwest Nigeria on the spirit world affecting the everyday life and it is predominantly practiced is in the Edo state and the River Niger Delta region. Juju was originally created by the early Europeans and it has its origins in the French word *joujou*, meaning toy or plaything. Juju refers to a small object that is believed to contain energy that brings luck and protection. The early Europeans mistakenly understood these objects to be the focus of worship and named the religious belief as juju.[15]

The vulnerability of the victim is therefore a substantial push factor.

The Palermo Protocol obliges States Parties to enact legislation necessary to criminalize trafficking in persons as defined by the Protocol. Such domestic legislation has also been supplemented by the instruments of regional bodies.

When referring to the definition of trafficking in persons and its legal framework, we should be aware of the "*international instruments that have a contribution to make in combating trafficking in human beings and protecting its victims*".[16]

Among UN instruments the following can be mentioned: the Forced Labor Convention (No. 29) of 28 June 1930; the Convention for the Suppression of the Traffic in Persons and of the Exploitation of the Prostitution of Others of 2 December 1949; the Convention relating to the Status of Refugees of 28 July 1951 and its Protocol relating to the Status of Refugees; the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination

13 Veerendra Mishra, *"Combating Human Trafficking: Gaps in Policy and Law"*, SAGE Publications India, (July 2015), at 201

14 UNODC, *"Global Report on Trafficking in Persons"*, United Nations Publication, (November 2014), at 56

15 See Anti-Trafficking Consultants: http://www.antitraffickingconsultants.co.uk/tactics/, last accessed 12 June 2016

16 Council of Europe, *supra note 1*, at 29

against Women of 18 December 1979; the Convention on the Rights of the Child of 20 November 1989; the International Labor Organization Convention concerning the Prohibition and Immediate Action for the Elimination of the Worst Forms of Child Labor of 17 June 1999; the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the sale of children, child prostitution and child pornography of 25 May 2000.

Article 7(1)(c) of the Rome Statute of the International Criminal Court ("ICC Statute") identifies "*enslavement*" as a crime against humanity when committed as part of a widespread or systematic attack against any civilian population with knowledge of the attack. The ICC Elements of the Crime establish that "[t]*he perpetrator exercised any or all of the powers attaching to the right of ownership over one or more persons, such as by purchasing, selling, lending or bartering such a person or persons, or by imposing on them a similar deprivation of liberty*". A footnote explains that such "*deprivation of liberty may, in some circumstances, include exacting forced labor or otherwise reducing a person to a servile status as defined in the* [Supplementary Slavery Convention]. *It is also understood that the conduct described in this element includes trafficking in persons, in particular women and children.*". Therefore, the ICC Elements of the Crime expand the enslavement scope of application to certain practices not intrinsic to slavery, under certain circumstances.[17]

A number of soft law instruments also operate in relation to trafficking in persons.

Considering the European framework, which is consistent with the Palermo Convention's definition of trafficking, the European Union has released a number of guidance documents supporting European Union Directive 2011/36/EU including the EU Strategy towards the Eradication of Trafficking in Human Beings 2012-2016, the EU Rights of Victims of Trafficking in Human Beings, the Stockholm Programme and the Ouagadougou Action Plan.

UN agencies have also published a number of guidance documents on the subject to assist states in the drafting and implementation of anti-trafficking legislation. The UNODC Compendium on Best Practices on Anti-Human Trafficking by Law Enforcement Agencies was produced in

17 Dr. Anne T Gallagher, *op. cit.*, (2010), at 185

collaboration with the Government of India and advocates a holistic approach to trafficking, incorporating the three "Ps" of prevention, protection and prosecution with the victim protection being central. The U.S. Secretary of State has added a fourth "P": partnership.[18]

Finally, domestic trafficking laws play a crucial role in the accurate prosecution of trafficking in persons and vary widely on the conduct criminalized.

As an example, while Portugal[19] defines and prohibits trafficking in persons for both forced labor and commercial sexual exploitation and prescribes penalties of three to twelve years' imprisonment – which are sufficiently stringent and commensurate with those for other serious crimes, India[20] limits the offence of trafficking in persons to the recruitment, transport, transfer, harboring or receipt of a person for the purpose of prostitution without defining trafficking in persons, and prescribes a maximum penalty of seven years' imprisonment on the first offence.

I. 2. Modus operandi of trafficking in persons: trends, patterns and flows

"*Trafficking is a fluid phenomenon responding to market demands, weakness in laws and penalties, and economic and development disparities*"[21].

Dr. Anne Gallagher recalls that trafficking in persons is present throughout the world and used with different exploitation purposes. She gives several examples such as: South Asia's debt bondage system, African's chattel slavery, the sale of children into prostitution by their parents, Australian's sex industry (where Thai and Korean women are held in debt bondage), Russian's construction sector (where thousands of workers from Tajikistan and Kyrgyzstan are abused and deceived), Thailand's fishing boats (where Burmese and Cambodian men are isolated and exploited for long periods of time without being paid the wages they were led to expect), Bali's brothels and Jakarta's private homes (to which Indonesian girls and young women

18 U.S. Department of State, Diplomacy in Action, http://www.state.gov/j/tip/4p/partner/, last accessed 12 June 2016

19 Article 160 of Portuguese Criminal Code

20 Section 5A of India's Immoral Traffic Prevention Act

21 Trafficking in Persons Report (10th Ed.), Diane Publishing, (2010), at 103

have been sent or lured with promises of a better life), Cote d'Ivoire's cocoa farms (where traffickers are profiting through the almost zero-cost labor of child workers from Mali), Thailand's beaches (where children are procured for sexual exploitation by foreign "tourists") and North America's private households (where Guatemalan maids sleep on the floor and are not allowed outside).[22]

Very often women are deceived by false promises of employment as models, dancers, waitresses, nannies, but when they arrive in the destination country, the women are sold into either the commercial sex or labor industries, or even if they gave their consent to work in the sex or labor industry the factual working conditions would not be those promised by their recruiters, women are kidnapped and/or drugged or, in certain cultures, sold by their parents or husbands.[23]

Based on a three-year global study of sex trafficking, researchers noted that "*Latin America is the traffic market of the world.*"[24] In fact, despite the fact that current estimations suggest that the largest sources of trafficking victims are from South and Southeast Asia and the former Soviet Union, trafficking appears to be increasing in Latin America and the Caribbean."[25]

According to "*Traffic statistic project*", developed by UN Educational, Scientific and Cultural Organization ("UNESCO"), both for *trans* and *intra* borders trafficking, 2.44 million people are annually trafficked, of which 43% for sexual exploitation, 32% for labor exploitation, 25% for a mixture of both. Minors being trafficked are estimated around 1.2 million[26]. Please also refer to Fig. 1 of Annex I regarding the trafficking in persons by region of detection (2010-2012).

With regard to distribution of domestic, regional and trans-regional flows, as share of the total number of trafficking flows, between 2007-2010, trans-continental victims trafficked across different regions are 24%,

22 Dr. Anne T Gallagher, *op. cit.*, (2010), at 48

23 Kelly Hyland, "*Protecting Human Victims of Trafficking: An American Framework*", 16 Berkeley's Women's L.J. 29, (2001), at 39

24 Wilson Harris, *Human Merchandise: A study of International Traffic in Women*, London, E. Benn, (1928), at 187

25 David E. Guinn, *op. cit.*, (Feb., 2008), at 120

26 See http://www.unescobkk.org/culture/cultural-diversity/trafficking-and-hivaids-project/projects/trafficking-statistics-project/data-comparison-sheet/

domestic victims trafficked within the same country 27%, and at a regional level the data are divided into a great majority of people being trafficked within the same sub-region (cross-border) (45%) and a residual 4% from the nearby sub-region.[27]

Considering the above data, one could conclude that the phenomenon of transnational human trafficking occurs in a global market where "push factors" and "pull factors" operate on the actors.

Scholars and legislators frequently utilize a set of explanations for trafficking, which contain an interlink set of "push and pull" factors: economic, social and political. These factors have been identified not only for potential victims but also for criminal networks, as shown in Fig. 4 and Fig. 5 of Annex I, respectively.

"Push factors" are the conditions of life that exert pressure on individuals, frustrating their ability to pursue fundamental goals. The cause of social vulnerability and the demand for sexual services and cheap labor can be seen as the kind of attempt to address the root causes of trafficking in persons such as poverty, social status, gender discrimination and family dysfunction.[28] These "push factors" are acutely interrelated and a single individual may be subject to multiple "push factors", which make them to be vulnerable to traffickers.

Trafficking in persons has, indeed, a stronger gender element that has a bearing on the issues arising herein. As Fig. 1 of Annex I demonstrates, the victimization profile for trafficking in persons is comprised of: 49% of women and 70% of women and girls together.

As mentioned earlier, some women have accepted to work voluntarily, seeking to improve their situation or escaping poverty and hardship, but deceived regarding the working conditions, or even lured by their employers, agencies or other intermediaries, or have been debt-bonded or abducted, raped and trafficked. Once working (or married to a 'consumer husband'),

27 UNODC, Global report on trafficking in persons, New York, 2012, see https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/GLOTIP_2014_full_report.pdf

28 Dally Cameron and Edward Newman, *"Trafficking in Humans: Structural Factors"*, in Sally Cameron and Edward Newman (eds), *"Trafficking in Humans: Social, Cultural and Political Dimensions"*, United Nations UP (2008), at 21-57

however, they are vulnerable and isolated. This creates ample opportunity for abusive employers or husbands to force them into domestic slavery.[29]

"Pull factors" are those conditions which encourage intra or inter-state movement, such as an attractive economic disparity in another state.

Recruiters are usually extremely skilled at gaining the trust of victims in order to manipulate them. Often, recruiters are selected to perform this function because of their potential appeal to potential victims. "*There is no concrete image of who or what is behind modern trafficking networks. Potential candidates could be organized crime or dual role of the affected persons as victims and perpetrators.*"[30].

Poverty can also be read as an assumption about migration as a ration economic action in the classic push-pull migration model, which sidelines non-economic and systematic factors.[31] As explained by the Commission to the Proposal for the Short-Term Residence Permit Directive, trafficking in persons and smuggling of migrants are "*two odious forms of* [the]*more general problem*" of illegal migration, and addressing both at the same time promises to be more effective.[32] It is also understood that factors influencing migration are more complex than poverty and that many people are willing to accept trafficking as a transitional period to better social conditions.[33] "*Empirical research has shown that migration processes often include the active engagement of the migrant as well as coercive elements. Although a migrant has actively engaged in crossing a border undocumented, he or she can end up in exploitative working conditions.*"[34]

I.3. UNODC and the Palermo Protocol: role and responsibilities

29 Parliamentary Assembly of the Council of Europe, *supra note 4*, cited in ECtHR "*Siliadin v. France*", of 26 July 2005, No 7331/01, para 49

30 Sarah Krieg, *op. cit.*, (2014), at 344

31 *Ivi*, at 194

32 Commission, "*Explanatory Memorandum to the Proposal for the Short-Term Residence Permit Directive*" COM (2002) 71 final, at 6

33 John Davies and Benjamin Davies, "*So if You are Not "Natasha", Who are You?: Revealing the Other Trafficked Women and their Uses*", in Tiantian Zheng (ed), "*Sex Trafficking, Human Rights and Social Justice*", Routledge (2010), at 215-232

34 Sarah Krieg, *op. cit,* (2014), at 221

The Palermo Protocol is often criticized by the so-called human rights approaches for taking a law enforcement approach that prioritize the state's interest. However, the Palermo approach addresses multiple aspects of the representation of trafficking in persons: using criminal law to treat the problem, defining organized crime as the cause and promoting international cooperation.[35]

The obligation to criminalize trafficking in persons when committed intentionally is established by Article 5 of the Palermo Protocol and is an essential and binding legal provision. Under certain conditions, State Parties are also obliged to criminalize attempt to commit such an offence as well as participation as an accomplice or even obstruction of justice.[36]

An accurate domestic prosecution depends on the legal nature and binding force of the instrument. Therefore, States Parties have to adequate their criminal codes by introducing appropriate criminal penalties for trafficking in persons to the criminal offences established by the Palermo Protocol as well as by the Council of Europe: Convention on action against trafficking in human beings. "*This was necessary because the principle of nulla poena sine lege and the lack of horizontal effects of either directive or framework decisions, placed limits on introducing new crimes through interpretation alone.*[37]

Article 9(4) of the Palermo Protocol attributes States Parties with the responsibility to *take or strengthen measures, including through bilateral or multilateral cooperation, to alleviate the factors that make persons, especially women and children, vulnerable to trafficking, such as poverty, underdevelopment and lack of equal opportunity*.

The Impact Assessment demonstrates that one of the reasons for ineffective prosecution and investigation is the fact that Member States do not make use of investigative tools typically applied in organized crime cases (such as phone tapping, electronic surveillance and financial investigation).[38]

35 *Ivi*, at 130

36 Dr. Anne T Gallagher, *op. cit,* (2010), at 79

37 Sarah Krieg, *op. cit,* (2014), at 152

38 Commission, "*Staff Working Document, Accompanying document to the Proposal for a Council Framework Decision on preventing and combating trafficking in human beings, and protecting victims, repealing Framework Decision 2002/629/JHA*" (Impact Assessment) SEC (2009) 358, at 10

The assessment urges law enforcement authorities not to treat trafficking cases as illegal migration or prostitution, but as serious and organized crime.[39]

It is usual that the same factual situation of trafficking in persons can lead to criminal investigations and prosecutions in multiple jurisdictions.[40] Article 10 of the Palermo Protocol encourages States Parties to cooperate with one another, "*as appropriate*". It is widely accepted that informal cooperation mechanisms as well as more traditional legal instruments are important tools to eliminate "safe havens" for traffickers, thus, allowing States to meet their obligations with respect to criminalization, investigation, and prosecution of trafficking cases.[41]

When it comes to violations of *jus cogens* norms (including those related to trafficking in persons), it is acknowledged that the obligation to extradite or prosecute (*aut dedere aut judicare* or *aut dedere aut prosequi*) applies to all States as a matter of international customary law.

Article 11 of the Palermo Protocol directly imposes border control measures in order to prevent and detect trafficking in persons. However, such imperative measures (which should be adequate to international commitments in relation to free movement of people) do not shift the core concern of trafficking in persons from serious criminal infringement of human rights to a problem of illegal immigration.[42]

Mr. Yury Fedotov[43] notes that UNODC has an important role to accomplish regarding the fight against trafficking in persons by providing an overview of patterns and flows of human trafficking at the global, regional and national levels, consequently compelling countries to respond more effectively to this crime.[44]

In fact, UNODC has helped to develop legislation in many countries. As mentioned above, without specialized human trafficking laws, which include the full definition of trafficking in persons under Article 3(a) of the Palermo

39 *Ivi,* at 26

40 Dr. Anne T Gallagher, *op. cit,* (2010), at 404

41 Dr. Anne T Gallagher, *op. cit,* (2010), at 404

42 Sarah Krieg, *op. cit,* (2014), at 178

43 Executive Director of United Nations Offices on Drugs and Crime

44 UNODC, *supra note 14*, at 1

Protocol, trafficking victims are subjected to greater uncertainties while traffickers face reduced risks and penalties.

In 2006, UNODC offered Armenia, Lebanon and South Africa assistance in drafting anti-human trafficking legislation. Criminal justice officials from Burkina Faso, Ghana, Nigeria, Togo, Ukraine and South Africa received specialized training, while assisting NATO in training its senior officials to combat trafficking in persons, as well as, providing computer-based training modules in Thailand. UNODC also trained police, border guards, prosecutors, judges and NGO staff in many countries, including Afghanistan, Burkina Faso, Finland, Ghana, Laos, Moldova, Nigeria, South Africa, Ukraine and Vietnam.[45]

Additionally, UNODC has issued a series of training manuals and "toolkits" to combat trafficking in persons, such as "*Training Manual: Assistance for the Implementation of the ECOWAS Plan of Action Against Trafficking in Persons*"[46] and "*Toolkit to Combat Trafficking in Persons – Global Programme against Trafficking in Human Beings*".[47]

II. IDENTIFYING CHALLENGES FOR A SUCCESSFUL PROSECUTION

II.1. Prosecution as a form of prevention of trafficking in persons?

The Palermo Protocol's specific purpose is to "*prevent, suppress and punish trafficking in persons*". In this context, prevention means the positive measures, aimed to stop future acts of trafficking from occurring, that include: (i) the decrease vulnerability of potential victims, and (ii) increase the risk to traffickers of apprehension and prosecution.[48]

The Commission on Impact Assessment to the Council Framework Decision on preventing and combating trafficking in human beings, and

45 https://www.unodc.org/unodc/en/human-trafficking/prosecution.html?ref=menuside, last accessed at 22/06/2016

46 UNODC, "*Training Manual: Assistance for the Implementation of the ECOWAS Plan of Action Against Trafficking in Persons", (2006),* https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/ecowas_training_manual_2006.pdf, last accessed 22/06/2016

47 UNODC, "*Toolkit to Combat Trafficking in Persons – Global Programme against Trafficking in Human Beings"*, (2008), https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/HT_Toolkit08_English.pdf, last accessed 22/06/2016

48 Dr. Anne T Gallagher, *op. cit,* (2010), at 125

protecting victims ("Impact Assessment") defined prosecution as one of the operational objectives for the new Council of Europe Trafficking Convention, through: (a) imposing effective, proportionate and dissuasive penalties; (b) facilitating victims' cooperation; (c) removing obstacles to international cooperation and generalizing the use of investigative tools; and (d) facilitating the prosecution of traffickers when the offence has been committed out of the territory of the State.[49]

The Palermo Protocol has been praised for treating affected persons as victims instead of offenders (of anti-prostitution or immigration regulations)[50]. But is justice is being served for the victims of this "modern slavery"? Are criminals liable to sanctions that take into account the gravity of this offence?[51]

Although a large number of countries already have a solid legal framework regarding trafficking in persons, the number of convictions has remained at a very low level. The low rate of convictions in cases of trafficking in persons can be further attested by the analysis of Fig. 2 of Annex I. It shows that 15% of the 128 countries covered by the data collection for the UNODC Global Report on Trafficking in Persons (2014) did not have a single conviction during the reporting period of 2010-2012, while 26% recorded only a number less than ten convictions, another 26% reported a number of convictions between 10 and 50 and 16% noted a number of conviction higher than 50%.

From the analysis of the data collected from *Sherloc* data base on case law from UNODC [52], it is easy to infer that the efforts of the international societies have so far failed to move towards to an efficient prosecution of cases of trafficking in persons.

With respect to the applicability of international criminal law, the first ICC case, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*[53], convicted Mr. Lubanga for

49 Commission, *supra note 38*, at 19

50 Sarah Krieg, *op. cit,* (2014), at 108

51 Article 11(1) of UNTOC

52 Please refer to the statistics provided by UNODC in Annex I, Fig. 3, https://www.unodc.org/cld/v3/sherloc/cldb/index.html?lng=en, last accessed 16/06/2016

53 ICC, *"Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo"*, ICC-01/04-01/06, 14 March 2012

the war crimes of enlisting and conscripting child soldiers, which, in my opinion, falls within the scope of Article 3(a) of the Palermo Protocol.

Similarly, the US State Department's 2007 report also concluded that the unlawful recruitment of children through force, fraud or coercion of children in conflict areas to be sexual or labor exploited is an exceptional and sever form of trafficking in persons. The perpetrators could be government forces, paramilitary organizations, and rebel groups. The trafficked child soldiers are frequently treated as objects and subject to inhumane treatment, hence, those that survive are often bearers of psychological wounds, irreparable traumas and are often rejected by their home communities.[54]

Dr. Benjamin Ferencz[55] noted the significance of the Court's landmark first case: "[w]*hat makes this court so distinctive is its primary goal to deter crimes before they take place by letting wrongdoers know in advance that they will be called to account by an impartial international criminal court. The law can no longer be silent but must instead be heard and enforced to protect the fundamental rights of people everywhere.*"[56]

The Author paraphrases the wise words of Dr. Ferencz regarding the importance of prosecution, and especially international prosecution, as a tool at the disposal of national and international authorities to prevent and combat trafficking in persons. Be that as it may, it is my opinion that, if in the case of *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, the Court upheld a conviction for war crime that falls within the scope of the Palermo Protocol, in the case of *Prosecutor v. Germain Katanga*[57], "*even though there was sufficient evidence and known instances, forced marriage was not charged due to lack of international jurisprudence and independent recognition of forced marriage as a crime against humanity*".[58]

54 US Department of State, "*Trafficking in Persons Report*", June 2007, available at http://www.state.gov/documents/organization/82902.pdf, last accessed 21/06/2016, at 24

55 Former Prosecutor in the Nuremberg Trials and Special Counsel to the Office of the Prosecutor

56 ICC, "*Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*", ICC-01/04-01/06, 14 March 2012, Dr. Benjamin Ferencz, "*Office of the Prosecutor's Closing Statements*", at para 50 and 51

57 ICC, "*Prosecutor v. Germain Katanga*", ICC-01/04-01/07, 7 March 2014

58 Elena Gekker, "*Rape, Sexual Slavery, and Forced Marriage at the International Criminal Court: How Katanga Utilizes a Ten-Year-Old Rule but Overlooks New Jurisprudence*", Hastings Women's Law Journal, Volume 25, Issue 1, Article 7, (2014), at 106

Nevertheless, not only should forced marriage, meaning the imposition of a forced conjugal relationship through force or threat of force, coercion, abuse of power or vulnerability, be considered as a crime against humanity but also as a "*practices similar to slavery*", within the meaning of Article 3(a) of the Palermo Protocol.

Despite the evidence in several cases judged in International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia ("ICTY") and International Criminal Tribunal for Rwanda ('ICTR"), the only *ad hoc* or international criminal tribunal that has thus far actively prosecuted and independently addressed the issue of forced marriage is the Special Court for Sierra Leone ("SCSL"), which, in 2008, recognized forced marriage as a distinct crime falling under "other inhumane acts", as part of crimes against humanity.[59]

A State, or an international Court, that fails to investigate any cases of trafficking in persons, to protect the trafficking victims or to prosecute the perpetrators when there is reliable evidence available of the existence of trafficking in persons, will certainly fail the due diligence test.[60]

II.2. Specific duty of care on States to prosecute – some reflections on judgements from International courts

Under international law, it is foreseen that State responsibility arises when an international wrongful act has occurred considering that such act (or omission) is attributable to the State under international law and that such act (or omission) constitutes a breach of international obligations of that State.

Regarding trafficking in persons, there are positive obligations attributable to the State Parties which violation(s) would constitute a breach(es) of the applicable international conventions.

There are several components of the positive obligations established by the Palermo Protocol, the Council of Europe Trafficking Convention and the European Convention on Human Rights.

59 SCSL, "*Prosecutor v. Brima, Kamara & Kanu"*, Case No. SCSL-2004-16-A, 22 February 2008, para 202

60 Dr. Anne T Gallagher, *op. cit,* (2010), at 383

Obligation on the State to implement an effective legislative and administrative framework

In the *C.N. and V.* Case the Court decided that a minor girl had been subjected to forced or compulsory work by her relatives (uncle and aunt) and found that the French authorities failed to implement the legislative and administrative framework which would enable an effective fight against servitude and forced labor.[61]

The first case to be judged regarding the positive obligation on a State to adopt and adequate its criminal legal system in order to secure an effective protection of individuals was "*X and Y v. The Netherlands*".[62]

Such positive obligation of establishing an effective legal framework for combating trafficking in persons should also be accompanied by the foreseeing a long statute of limitations period for trafficking offences.

One of the most significant cases in United Kingdom regarding a violation of Article 4 of the European Convention on Human Rights was the "Boy Soldier case"[63] the Commission held that the required consent was given by the parents of the minors in accordance with the relevant law, hence, the complaint was dismissed as manifestly ill-founded.[64] Should a State be exempt from its obligation to adequate its domestic legislation to the international conventions and customary law regarding trafficking in persons?

Furthermore, even if the criminal offence is not foreseen in the domestic legal framework of a specific State it does not mean that the offence does not exist and does not excuse the State from its duty to establish an acceptable legal system that would punish and take the necessary measures to prevent.

Hence, if a violation of one of those rights and freedoms is the result of non-observance of that obligation in the enactment of domestic legislation or the proper exercise of the operational measures and procedural obligations, the responsibility of the State for that violation is engaged.

61 ECtHR, "*C.N. a V. v France*", of 13 November 2012, No 4239/08, para 71

62 ECtHR, "*X and Y v. The Netherlands judgment*", of 26 March 1985, Series A no. 91, para 23

63 ECtHR, "*W,X,Y and Z v. United Kingdom*", of 19 July 1968, No 3435/67, 3436/67, 3437/67, 3438/67

64 Richard Clayton, Hugh Tomlinson and Carol George, "*The Law on Human Rights*", Oxford University Press (2000), at 443

In fact, sexual slavery not only constitutes a violation of human rights but also an infringement of international humanitarian law[65].

In the case of *Prosecutor v. Kunarac*, the Court held that as it is considered to be international customary law and, under specific circumstances, "*rape, enforced prostitution and other forms of sexual abuse* [should be viewed] *as a crime against humanity*".[66]

The Court decided that the *actus reus* of the violation is the exercise of any or all of the powers attaching to the right of ownership over a person and the *mens rea* is the violation consists in the intentional exercise of such powers. In order to reach this decision, the Court consider the following facts:

i. the victims were detained (physically and psychologically);

ii. the victims had to do everything they were ordered to do, including the cooking and household chores;

iii. the victims were at the constant disposal of the accused;

iv. the victims were effectively denied any control about their lives;

v. some of the victims were sold to soldiers;

vi. some of the victims were handed to other soldiers;

vii. the accused claim of exclusivity over one or more of the victims;

viii. the poor living conditions, and the lack of food.

Obligation on the State to take operational measures

One of the positive obligations on a State is the establishment of operational measures to protect victims, or potential victims, of treatment in breach of the international laws on trafficking in persons.[67] Prof. Schabas, in his commentary to the European Convention on Human Rights, states that such positive obligation arises where "*States authorities were aware, or ought to*

65 ICC Statute, Article 8(2)(b)(xxii)

66 ICTY, "*Prosecutor v. Kunarac",* Case No.: IT-96-23-T & IT-96-23/1-T, of 22 February 2001, para 537

67 ECtHR, "*Rantsev v. Cyprus & Russia*", of 7 January 2010, No 25965/04, para 286; ECtHR, "*C.N. a V. v France*", of 13 November 2012, No 4239/08, para 67; ECtHR, "*Mahmut Kaya v. Turkey*", of 28 March 2000, No 22535/93, para 115

have been aware that an identified individual had been, or was at real and immediate risk of being subjected to such treatment. In such cases, the State must then take the appropriate measures within its powers to address the situation of the victim".[68]

In its *Siliadin v. France* judgment, the Court confirmed that Article 4 of the European Convention on Human Rights entailed a specific positive obligation on member States to penalize and prosecute effectively any act aimed at maintaining a person in a situation of slavery, servitude or forced or compulsory labor.[69] The Court held that forcing a person over years to work without remuneration in constant fear of arrest, as it was the case with a minor African girl who was completely at the mercy of a French family (as a "household slave"), constituted slavery.[70]

Bearing in mind the above, the Court also held that the obligation to take operational measures must, however, be interpreted in a way which does not impose an impossible or disproportionate burden on the authorities.[71]

In the case of *De Wilde, Ooms, and Versyp v. Belgium*[72] the Court decided that work in a vagrancy center was not in breach of Article 4(3) of the European Convention on Human Rights since it had a rehabilitation purpose of the detainee and was not in violation of European standards.[73] Therefore, when analyzing whether a State is in breach or not of its positive obligation to take the operational measures, it should be based on comparable practice (such as nature, purpose and extent of the services) of other members of the Council of Europe.[74]

68 Prof. William A Schabas, *op. cit,* (2015), at 206

69 ECtHR, *"Siliadin v. France",* of 26 July 2005, No 733316/01, para 112

70 Dr. Christopher Grabenwarter, *"European Convention on Human Rights – Commentary"*, Verlag C. H. Beck OHG, (2014), at 55

71 ECtHR, "*C.N. a V. v France*", of 13 November 2012, No 4239/08, para 71, as cited by Prof. William A Schabas, *op. cit,* (2015), at 206

72 ECtHR, "*De Wilde, Ooms, and Versyp v. Belgium*", of 18 June 1971, No 2832/66; 2835/66; 2899/66

73 ECtHR, "*De Wilde, Ooms, and Versyp v. Belgium*", para 90

74 Richard Clayton, Hugh Tomlinson and Carol George Kelly Hyland *op. cit,* (2000), at 440

Obligation on the State to take procedural obligations

In the case of *Rantsev v. Cyprus & Russia*[75], the Court decided that States have positive obligations under Article 4 of the European Convention on Human Rights to combat trafficking and the elaboration of measures States must take to meet these obligations. Ms. Rantseva, arrived in Cyprus with an "artiste" visa, although she was forced to work in a "cabaret". After attempting to flee she was taken to the police by her "employer" for expulsion but the police refused to detain her as she did not appear to be illegal and left her to her "former employer", hence, the latter kept her locked up in a room. Later on, Ms. Rantseva was found dead in the street below the 6th floor apartment. The Court held that the particular measures taken by Cyprus State to protect Ms. Rantseva had not been sufficient although Cypriot authorities were aware of the fact that many women were being trafficked to Cyprus on "artistes visas" and they were sexually exploited by the "cabaret owners". Therefore, the Cypriot authorities violated the State's positive obligation to conduct effective investigations and to take operational measures to protect Ms. Rantseva from trafficking; this despite circumstances had given credible suspicion of a real and immediate risk for the victim.[76]

Prof. Schabas mentions that generally the credible suspicion will generally result from a complaint by the victim, but in case of absence of such complaint, from the victim or next-of-kin, there is still an obligation to pursue a prompt, effective and independent investigation. Such investigation is an obligation of means rather than of result and should be capable of leading to identification and punishment of those criminally responsible for trafficking in persons. Therefore, States must penalize and prosecute any act that is aimed at maintaining a person in a situation that falls within the meaning of trafficking in persons.[77]

Importantly, ECtHR does not limit these measures to criminal investigations and prosecutions (in an manner that is effective, independent and fulfilling all conditions required by Article 2 and 3 of the European Convention on Human Rights)[78] but also held that States must regulate

75 ECtHR, "*Rantsev v. Cyprus & Russia*", of 7 January 2010, No 25965/04, para 89 and 112

76 *Ivi*, para 294 et seq.

77 Prof. William A Schabas, *op. cit,* (2015), at 206

78 ECtHR, "*Rantsev v. Cyprus & Russia*", of 7 January 2010, No 25965/04, para 288

businesses that are used as a cover for human trafficking; ensure that immigration rules do not encourage or facilitate trafficking; and take effective steps to protect the human rights of current and potential trafficking victims.[79]

An example of appropriate measures established by UNTOC is to ensure that conditions of release for defendants do not jeopardize the ability to secure their presence at subsequent criminal proceedings (Article 11(3)); criminalize obstruction of justice (Article 23); protect victims and witnesses from potential intimidation (Articles 24 and 25); take appropriate measures to encourage those individuals involved in trafficking to cooperate with or assist national authorities (Article 26); provide channels of communication and police-to-police cooperation in relation to the investigation of trafficking in persons (Article 27).

The Court also established additional duties and responsibilities of a State linked to its procedural obligations such as discourage trafficking in persons' demand, ensure an adequate law enforcement response, build victims' confidence in the police and judicial systems and ensure that, by conducting appropriate training, the identification of victims of trafficking would take place in an efficient and effective manner.[80]

Obligation on the State to cooperate in cross-border trafficking cases

In the case of *Rantsev v. Cyprus & Russia*, the Court found that the obligation to investigate a death related to trafficking in persons had been violated because, *inter alia*, the State of destination failed to seek assistance from the State of origin under an existing mutual legal assistance regime.[81]

The ECtHR has held that States of origin, transit, and destination must all take appropriate measures. In cross-border trafficking cases all Member States are obliged to investigate into the events that have occurred on their territory. "*In addition, these States are subject to a duty to cooperate effectively with the competent authorities of other States concerned in the investigation.*"[82] Furthermore, networks facilitate such cooperation by providing a reliable

79 *Ivi*, para 285 and 287; Prof. William A Schabas, *op. cit.* (2015), at 207

80 ECtHR, "*Rantsev v. Cyprus & Russia*", of 7 January 2010, No 25965/04, para 267

81 ECtHR, "*Rantsev v. Cyprus & Russia*", of 7 January 2010, No 25965/04, para 241

82 Dr. Christopher Grabenwarter, *op. cit,* (2014), at 60

forum for the exchange of information and intelligence between operational level officials who may not have another way to interact with each other.[83] International Criminal Police Organization ("Interpol") and European Police Office ("Europol") are good examples of efficient networks which promote the coordination between States as well as the strengthening of domestic law enforcement capacity.

The obligation to provide other State Parties with mutual legal assistance in investigation, prosecution, and judicial proceedings for trafficking in persons (Article 18 UNTOC) also include the obligation to criminalize the laundering of proceeds of trafficking (Article 6 UNTOC) and to provide, to the greatest extent possible, for the tracing, freezing and confiscating of the proceeds of trafficking in persons in both domestic cases and in aid of other State Parties (Articles 12-14 UNTOC).

In summary, it is "*unsurprising that State responsibility remains an area where angels (and international lawyers) fear to tread. The Challenges must, however, be faced head-on. State responsibility is the heart and soul of international law.*"[84]

II.3. Identify barriers to successful prosecution

One of the questions risen in this essay is why traffickers of human beings remain free although countries have a solid legal framework criminalizing trafficking in persons? The answer to this question may be linked to the degree to which the domestic anti-trafficking law is being enforced, weak and inefficient institutions, lack of victim cooperation and corruption may also be a driving force to explain the low rate of accurate prosecution of cases of trafficking in persons[85].

Under-prosecution by the ad hoc tribunals and ICC – is trafficking in persons not a serious crime?

83 Dr. Anne T Gallagher, *op. cit,* (2010), at 489

84 *Ivi*, at 275

85 Christine Balarezo, *"The lack of conviction: Why human traffickers remain free", (2012),* fourth annual interdisciplinary conference on human trafficking, paper 15, (2012), http://digitalcommons.unl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1016&context=humtrafconf4, last accessed 16/06/2016

The "*under-prosecution of sexual violence by the ad hoc tribunals has been identified as particularly problematic*.[86] However, the *Prosecutor v. Kunarac* judgement is of significant relevance as it introduces an evolution of the concept of enslavement, that departs from highly prescribed notions of property and ownership towards a more nuanced understanding, echoed in the definition of trafficking, of the many and varied ways in which individuals can and do exercise complete and effective control over others.[87]

A "new" crime with specific characteristics and indicators difficult to identify

From the perspective of national criminal justice agencies, trafficking is still considered to be a new crime, frequently involving new and untested laws. Although the number of prosecution cases is increasing, it is still very low when compared to the size of the trafficking in persons issue. "*Most* [States] *are developing and adapting their responses on the run, often under strong political pressure, and principally through trial and error*".[88]

Trafficking in persons is a crime which police, border control officers, health authorities, labor inspectors, embassy personnel, service providers or other persons who potentially could come into contact with human trafficking cannot easily notice.[89] Consequently, majority of crimes related to trafficking in persons are undetected. The challenges of detection also differ depending on the purposes of exploitation of trafficking in persons, *i.e.*, sexual exploitation, forced labor or services, slavery or practices similar to slavery as it is the case of child soldiers, debt bondage or forced marriages, servitude or removal of organs.

An additional obstacle for a clear identification of the trafficked victim is the involvement of the parents or next-of-kin, which often give their consent for their own children to be trafficked. Scholars have noted that Southeast Asian women become involved in cross-border sex exploitation in order to support their parents, "*thereby conforming to the cultural values that encourage*

86 Dr. Anne T Gallagher, *op. cit,* (2010), at 212

87 *Ivi*, at 217

88 *Ivi,* at 489

89 Kristiina Kangaspunta, *"Was Trafficking in Persons Really Criminalised?"* (2015) http://www.antitraffickingreview.org/index.php/atrjournal/article/download/100/121, last accessed 16/06/2016, at 6

filial piety".[90] Similarly, in Thailand, cultural practices allow parents to have the *de facto* power to sell their daughters.[91]

Prosecution depending heavily on victims (not always able or willing to cooperate)

Moreover, since typically (although internal trafficking does exist) the trafficking victims are not in their country of origin, language barrier is a constraint between victims and law enforcement officers which results in an issue for accurate gathering of information.[92] Besides being unable to provide information due to the language barrier, victims are often unwilling to cooperate with criminal justice authorities and report their traffickers due to the lack of trust, fear of being deported or prosecuted for related criminal activity, fear of being stigmatized, or even because of intimidation, threats of violence.[93] While counselling Indian victims of trafficking in persons within the period I volunteered with an Indian NGO, I also found that they were ashamed of having been raped and sexually exploited, hence, tried to keep it as a secret from their families and community after being rescued from their traffickers.

Victims from trafficking may also be unwilling to cooperate with the criminal authorities due to the effect of Stockholm Syndrome as they start to sympathize and make a strong bond with their traffickers[94]. "*When a victim crosses this threshold it becomes virtually impossible to for service providers to break through, gain their trust, and obtain their assistance in bringing their traffickers to justice*".[95]

90 Kara Abramson, *"Beyond Consent, Toward Safeguarding Human Rights: Implementing the United Nations Trafficking Protocol",* Harvard International Law Journal, Vol. 44, (2003), at 486

91 *Ivi* at 495

92 Lindsay King, "*International Law and Human Trafficking*", in Human Rights and human welfare online journal of academic literature review (2008), http://www.du.edu/korbel/hrhw/researchdigest/trafficking/InternationalLaw.pdf, last accessed 16/06/2016, at 90

93 Kristiina Kangaspunta, *op. cit*, at 6

94 There are several reasons that could explain such bonding from a psychological perspective, being the main the fact that the victim is often isolated and away from its culture, and must rely and depend solely on its trafficker.

95 Virginia M Kendall and Marcus T Funk, *"Child exploitation and trafficking: examining the global challenges and US responses"*, Rowman & Littefield Publishers, (2012), at 34

Be that as it may, "*because the proof of trafficking in human beings strongly depends not only on police work but particularly on the so-called witness testimonies*", it is difficult to investigate, prosecute or even prove the existence of the trafficking in persons' criminal offence.[96] Therefore, it is important to ascertain how easy (or difficult) it is for victims to make complaints to police.

Lengthy timeframes

Moreover, "[i]*dentifying cases of human trafficking is the first step in what is often a lengthy process of bringing these cases forward to prosecution*".[97] Due to the expected lengthy timeframe for investigation and prosecution, victims often agree to cooperate if they have a secure long-term shelter.[98]

During this process, the witness-victims can also provide inconsistent statements which could be justified by the fear of repercussion from its trafficker or from a trafficking trauma. Such inconsistencies can cast doubt on the credibility of such witness-victim.

Lack of communication and cooperation between law enforcement authorities

Another obstacle to an effective action against the trafficking in persons is the lack of communication and cooperation between national law enforcement authorities. Similarly, although significant efforts have been observed in order to launch specialized teams and specific action plans for international cooperation, it still represents an obstacle to successful investigation and prosecution of cases of trafficking in persons.

Corruption

Finally, corruption continues to be an obstacle to successful prosecution of trafficking in persons. Traffickers, in corrupted countries, count on their established relationships with police, border control officers, judges and ministers by bribing them. Therefore, trafficking in persons remains

96 Council of Europe, *"Problems of prosecuting trafficking in human beings",* Project on Combating and Preventing Trafficking in Human Beings in Azerbaijan, (February 2011), http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/economiccrime/trafficking/Projects/THB%20Azerbaijan/REPORT_LEHNERT.pdf, last accessed 16/06/2016

97 Amy Farrell et al, *"Identifying Challenges to Improve the Investigation and Prosecution of State and Local Human Trafficking Cases"*, Urban Institute, Northeastern University, (2002), available at https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/nij/grants/238795.pdf, last accessed 22/06/2016, at 105

98 Amy Farrell et al, *op. cit,* at 120

unprosecuted and innocent victims continue to be trafficked and exploited within and across borders. "*Preventative mechanisms against money laundering currently do not exist globally, allowing for the use of bribery and one's influence to move illicit proceeds. Finally, the networks employed in human trafficking often intersect with global and regional rings that control the trade in other contraband, such as drugs and arms.*"[99]

The lack of accountability in law enforcement and the fact that traffickers still have low risks of being seized and arrested are factors that maintain the rate of convictions at a low level. In fact, public officials are rarely prosecuted for complicity in cases of trafficking in persons.[100]

III. Analysis of potential solutions for a successful prosecution

III.1. What potential solution?

There is also an evolving compromise regarding the best way trafficking should be addressed, at least amongst the more significant countries of destination. The main points of compromise are the criminalization of all forms of trafficking in persons, the prosecution and punishment of traffickers, the strengthening of national border controls to fight trafficking and cross-border collaboration ensuring that there are no "safe havens" for traffickers.[101]

Toolkit to combat trafficking in persons

Chapter 5 of UNODC's "*Toolkit to Combat Trafficking in Persons – Global Programme against Trafficking in Human Beings*"[102] provides:

99 Maryse Tremblay and Camille Karbassi, "*Corruption and human trafficking*", Transparency International, available at http://www.ciaonet.org/attachments/18569/uploads, last accessed on 16/06/2016, (2011), at 2

100 Kristiina Kangaspunta, *op. cit*, at 80 to 97

101 Dr. Anne Gallagher and Paul Holmes, "*Developing an effective criminal justice response to human trafficking. Lessons from front line*", International Criminal Justice Review, Vol. 18, No. 3, (2008) at 319 and 320

102 UNODC, *supra note 47*, at 175 to 252

a) snapshot of investigative tools[103], including reactive investigation (victim-led investigations instigated as a result of a complaint from one or more victims)[104], proactive investigation (multi-agency, intelligence-led approaches that bring together law enforcement, the intelligence community and various Government departments)[105], disruptive investigation[106], special investigative techniques (as per Article 20 of UNTOC and introducing the use of informants, surveillance and undercover operations)[107], crime scene investigation[108], joint investigation teams (describing the main aspects of joint proactive operations and explaining the main steps involved in establishing such a unit)[109], border control measures[110] and intelligence gathering and exchange[111];

b) a comprehensive analysis of other associated crimes used to facilitate trafficking in persons and committed in its aftermath, including parallel financial investigation[112], seizure of assets and confiscation of proceeds of crime[113];

c) international standards of due diligence, including the duties and rights of prosecutors[114], important practices in order to involve offenders in investigation and prosecution[115], recommended principles of UNHCHR concerning law enforcement[116], summary of good practices for law

103 *Ivi* Tool 5.2, at 177 to 179
104 *Ivi* Tool 5.3, at 179 to 181
105 *Ivi* Tool 5.4, at 181 to 185
106 *Ivi* Tool 5.5, at 185 to 186
107 *Ivi* Tool 5.8, at 189 to 193
108 *Ivi* Tool 5.9, at 193 to 195
109 UNODC, *supra note 47,* Tool 5.10, at 195 to 200
110 *Ivi* Tool 5.11, at 200 to 206
111 *Ivi* Tool 5.12, at 206 to 210
112 *Ivi* Tool 5.6, at 186 to 188
113 *Ivi* Tool 5.7, at 188 to 189
114 *Ivi* Tool 5.13, at 210 to 218
115 *Ivi* Tool 5.14, at 218 to 219
116 *Ivi* Tool 5.15, at 219 to 222

enforcement approaches[117], measures for protection of witnesses (as per Article 24 of UNTOC and Article 23(a) and (b) UNTOC)[118]; and

d) recommended resources for training law enforcement officials and members of the judiciary in combating trafficking in persons[119].

Furthermore, the "*Anti-Human Trafficking Manual for Criminal Justice Practitioners*"[120], composed of 14 modules, is the result of a global cooperative process in which worldwide experts (from all scholars to law enforcement officials and members of the judiciary) contributed their expertise and experiences. This manual includes recommendations such as:

a) making routine checks of vehicles and documents, visits to brothels, factories or agricultural locations, scanning of adverts in the media and the Internet, enquiries into missing children, among others[121];

b) conduct more proactive operations and investigations, *e.g.*, target raids on suspected premises and locations, accompany other agencies (heath or labor inspector) to specific locations, identify routes used and plan operations at transport facilities and other suspected *nexus* points, surveillance and other proactive investigation techniques as well as planned cross-border operations, among others[122].

When other crime is inchoating trafficking. No prosecution or detention of victims

Criminalization of victims is usually linked to the failure of the law enforcement officers to identify the victim as such. In certain situations, trafficked persons are detained and, far from being treated as victims of trafficking, are subsequently charged as smuggled, illegal migrants, illegal workers or "drug mule".

As an example, due to its financial and/or social vulnerability, hence targeted for trafficking in persons, a trafficking victim may also be coerced,

117 *Ivi* Tool 5.16, at 222 to 227

118 *Ivi* Tool 5.17, at 227 to 233, Tool 5.18, at 233 to 240 and Tool 5.19, at 240 to 243

119 *Ivi* Tool 5.20, at 243 to 253

120 UNODC, *supra note 7*

121 UNODC, *supra note 7,* Module 2, at 3

122 *Ivi* Module 2, at 3 and 4

without any given alternative, to transport illicit drugs, become a drug supplier, be subject to sexual or labor exploitation. Considering the present example, it is difficult to distinct between a trafficking victim and a criminal offender that traffic drugs for its own benefit.

"*Criminalization is the antithesis of a victim-centered approach, inevitably operating to deny trafficked persons the rights to which they are entitled under international law*". [123] Nonetheless, such principle is not an immunity blanket for trafficked victims to commit other non-status-related crimes with the requisite level of criminal intent.[124]

Investigators and prosecutors need to clearly identify and understand the causes and the circumstances of the trafficked victim's inability or unwillingness to cooperate.[125]

Measures regulating businesses often used as a cover for human trafficking

In addition to criminal law measures to punish traffickers, Article 4 of the European Convention on Human Rights requires Member States to put in place adequate measures regulating businesses often used as a cover for human trafficking[126].

The Council of Europe Commissioner urged Cyprus (following the ECtHR decision on *Rantsev v. Cyprus & Russia)* to be "*especially vigilant about monitoring the situation and ensuring that the system of artiste visas is not used for facilitating trafficking or forced prostitution*" [127].

EU's cooperation with third countries should include "*assisting third countries in identifying victims of trafficking at airports before they board*"[128].

123 Dr. Anne T Gallagher, *op. cit*, (2010) at 283

124 *Ivi*, at 288

125 Shivaun Scavlan, "*The Identification of Trafficked Persons in the Face of Conflicting Agendas"* (presented at the conference "*Assistance to Victims of Trafficking: We Can Do Better"*, OSCE, Vienna, (September 2007), available at http://www.osce.org/what/trafficking/60585?download=true, last accessed 22/06/2016, at 5

126 ECtHR, "*Rantsev v. Cyprus & Russia*", of 7 January 2010, No 25965/04, para 284

127 Council of Europe Commissioner for Human Rights, "*Follow-up report of 26 March 2006*", para 58, https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?p=&id=984105&direct=true, last accessed on 16/06/2016

128 Council of Europe, "*Action Oriented Paper (AOP) on Strengthening the EU externa dimension on action against trafficking in human beings (THB): Towards Global EU Action against Trafficking in Human Beings*", Doc 6865/10 (2010), at 13

The Commission has also criticized the absence of applicable domestic legislation concerning resident permits for third country national whether they are willing or able to cooperate with the authorities.[129]

Criminalize the demand – purchase of services

Article 19 of the Council of Europe Trafficking Convention requires States Parties to consider criminalization of those "*using the services*" of a victim of trafficking in persons. In the understanding of Dr. Anne Gallagher, this provision could be used to prosecute owners of businesses that use trafficked persons (whenever it is difficult or impossible to prove the required action and means for trafficking in persons) as well as to "*prosecute someone who knowingly uses the services of a trafficker to procure a sexual service or even an organ*".[130]

UNCHR have criticized anti-trafficking policies for neglecting the demand side of trafficking.[131] Similarly, the Commission urged Member Stated to consider adopting a legal provision that would criminalize the purchase of services that "*are the objects of exploitation as defined in Article 2 with the knowledge that the person is a victim of an offence referred to in Article 2*"[132]. In the same lines, the Impact Assessment proposed that Member States would move towards criminalizing prostitution.

For the other non-sexual means of exploitation persons as per the Palermo Protocol, the Employer Sanctions Directive[133] proposes the criminalization of those who employ third-country nations illegally staying in the country and even those who employ EU nationals and non-EU nationals legally staying but under slavery or servitude conditions.

129 Commission, "*Opinion No 1/2008 of the Experts Group on Trafficking in Human Beings on the revision of the Council Framework Decision of 19 July 2002 on Combating Trafficking in Human Beings*" (2008), at 3 and 6

130 Examples from the Council of Europe Trafficking Convention, at para 232, as cited by Dr. Anne T Gallagher, "*op. cit,* (2010), at 123

131 UNCHR, "*Integration of the Human Rights of Women and Gender Perspective: Report of the Special Rapporteur on the human rights aspects of the victims of trafficking in persons, especially women and children, Sigma Huda*", UN Doc E/CN.4/2006/62, (2006), para 79

132 Commission, *supra note 38*, at 18 and 29

133 Directive 2009/52/EC of the European Parliament and the Council of 18 June 2009 providing for minimum standards on sanctions and measures against employers of illegally staying third-country nationals, OJ L 168/24 (2009)

Having mentioned the above, it is the opinion of the Author that for all forms of exploitation of trafficking in persons, a potential alternative is the criminalization of demand, *i.e.*, the purchase of services. The *actus reus* and *mens* rea proposed by Dr. Anne Gallagher for the said criminal offence would be the "*action (use of services) and knowledge (of the fact the services were only made available through trafficking)*.[134]

Ineffective prosecution

Ineffective prosecution could be attributed to the low level of cooperation between victims and authorities.[135]

The required international due diligence standards foresee that investigators do not only rely on complaints from victims but actually investigate on their own. An effective criminal justice response to trafficking requires trained and competent officials. [136]

Article 26 of UNTOC sets out a range of measures to be adopted by States Parties to enhance effective law enforcement through, *inter alia*, improving information flows and enhancing between relevant bodies. Article 18 of UNTOC also encourages States to establish a detailed legal framework on mutual legal assistance in investigation, prosecutions and judicial proceedings in relation to trafficking in persons, including "*taking of evidence, effecting service of judicial documents, execution of searched, identification of proceeds of crime, and production of information and documentation*."[137]

If one of the obstacles present above to an effective prosecution was the length timeframe, which could give rise to inconsistencies in the witness-victim statement, it is the opinion of the Author that law enforcement officers should take one lengthy, detailed statement (in accordance with the principle that investigators are recommended to follow of "*due no harm*"), and, consequently, allowing the witness-victim to read it, ensuring that all the relevant facts are included in the statement and that such facts are accurate and representative of the true and fair view of the offence such trafficked victim was subject to.

134 Dr. Anne T Gallagher, *op. cit,* (2010), at 124

135 Sarah Krieg, *op. cit,* (2014), at 212

136 Dr. Anne T Gallagher, *op. cit,* (2010), at 386

137 *Ivi* at 76

In this respect, Eurojust has started a project a report in 2012 reinforced its role in assisting national authorities to effectively investigate and prosecute cases of trafficking in persons and implemented an action plan against trafficking in persons, including specific actions to address the main problems identified in the investigations and prosecutions of trafficking in persons and proposed timelines.[138]

III.1.1. *Specialized investigation and judicial and prosecutorial specialists*

States may have implemented the Palermo Protocol and the Council of Europe Trafficking Convention but have not established the necessary border control officers and local police officers, prosecutors and judges may also not be aware or trained on international or national laws concerning trafficking in persons.

Opening a case against traffickers needs time, energy and resources. The complexity of the issue, particularly in countries with limited resources, is the cause to stop enforcement of trafficking in persons. There are several reasons that could explain the limited or unavailable resources from most States to properly apply the legal framework concerning trafficking in persons[139]. Therefore, a more efficient prosecution requires training to law enforcement authorities as well as specialized investigation teams[140] that could, for example, recognized when a trafficking victim suffers from Stockholm Syndrome in order to be able to do their job carefully and thoroughly, hence, improving the successful ratio of cases in trafficking in persons being investigated and prosecuted. As mentioned before in this essay, a trafficking victim in this circumstances might be inconsistent, unreliable, angry and loyal to its trafficker. Regardless of the fact that the victim is hostile to the prosecutor or identifies with the perpetrator, these characteristics must be recognized as attempts as complex survival methods, as opposed to co-conspiracy or

138 Eurojust, *"Strategic Project on Eurojust's Action Against Trafficking in Human Beings"*, (October 2012)

139 Lindsay King, *op. cit*, at 89 and 90

140 In this respect *see* Article 29 of Council of Europe Trafficking Convention

licentious misbehavior.[141] The failure to recognize these symptoms would stop the prosecutor to adopt the proper technique and for the judge to be convinced that the victim has been subject to trafficking and should be protected.

"*In operational terms, it is also essential that the unit is able to provide an adequate nationwide specialist investigative response, either by undertaking all trafficking investigations or by acting as a coordination point and/or supervisory and advisory center for other law enforcement colleagues*."[142] Furthermore, the specialist units of trafficking in persons must be willing and able to work closely and effectively with other generalist and frontline law enforcement officers as well as prosecutorial bodies.[143] States are also required to take the necessary measures to certify that specialist are independent and have the appropriate training and resources to do their job accurately.[144]

States Parties, as per Article 10(2) of the Palermo Protocol "*shall provide or strengthen training for law enforcement, immigration and other relevant officials in the prevention of trafficking in persons*". There is a recognition of the critical importance of specialist investigation techniques in the international legal and policy instruments. Such techniques include: proactive investigation (such as intelligence gathering and management, human and technical surveillance, undercover operations, controlled deliveries), reactive investigation (such as victim identification, management of trauma and cultural challenges), specialized video-recorded interview techniques for adult and child victims, collection of corroborative evidence, witness protection and witness management, as well as a simultaneous financial and money-laundering investigations, for which specialized personnel is required.[145]

141 Bruce D Perry and Maia Szalavitz, *"The boy who was raised as a dog and other stories from a child psychiatrist's notebook: What traumatized children can teach us about loss, love, and healing"*, Basic Books, (2006), at 187

142 Dr. Anne Gallagher and Paul Holmes, *op. cit.,* (2008) at 324

143 *Ivi*, (2008) at 324

144 Dr. Anne T Gallagher, *op. cit.,* (2010), at 124

145 Dr. Anne Gallagher and Paul Holmes, *op. cit,* (2008) at 325

"A skilled, empowered, and adequately resourced law enforcement response provides a powerful disincentive for traffickers by increasing the risks and costs associated with their activities".[146]

III.1.2. *Joint investigation teams*

Article 19 of UNTOC encourages States Parties to establish joint investigative bodies.

Joint investigation teams play a key role in fighting trafficking in persons and are characterized by the formation of strong interpersonal relationships nurtured through repeated interactions, the reinforced capacity of identifying and effectively rescuing victims, detaining suspects and securing high-quality evidence related to trafficking in persons.

"*The possibility of coordinated specialist investigator-prosecutor investigation teams being deployed at the regional level has been raised in Africa*[147], *Europe*[148] *and Southeast Asia*[149]".[150]

Furthermore, such linked units have developed or contributed to a variety of instruments that incorporate and actively encourage the reach of international norms related to trafficking in persons, including: "*the use of the internationally agreed-upon definition; due diligence* [standards] *in investigation and prosecution; protection of victims and victim-witnesses; no*

146 Dr. Anne T Gallagher, *op. cit.,* (2010), at 387

147 ECOWAS Initial Plan of Action, available at http://www.unodc.org/pdf/crime/trafficking/Minimum_Plano_CEDEAO.pdf, last accessed 22/06/2016, (December 2001), at 7 and 8, recommends the development of joint investigation units with input from government law enforcement agencies, government personnel and training agencies, Interpol, and other law enforcement agencies

148 Council of Europe, "*Brussels Declaration on Preventing and Combating Trafficking in Human Beings, European Conference on Preventing and Combating Trafficking in Human Beings"*, available at http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52003XG0612(01)&from=FI, last accessed 22/06/2016, (September 2002), recommends the establishment of "*specialized, joint investigative teams of investigators and prosecutors*", at Annex para 17

149 ASEAN Practitioner Guidelines, available at http://jica-cb-workshop.weebly.com/uploads/8/0/7/2/8072630/criminal_justice_responses_to_trafficking_in_persons.pdf, last accessed 22/06/2016, (June 2007), at Part 2.A.1

150 Dr. Anne T Gallagher, *op. cit.,* (2010), at 413

prosecution status-related offenses; and adequate and proportionate sanctions".[151] For example, the heads of the specialist trafficking investigation units of ASEAN Member States have been requested by ASEAN Member States to provide their views on a proposal for an ASEAN treaty on trafficking.[152] Similarly, the establishment of trafficking-specialist network of prosecutors through Eurojust has led to the creation of a Europe-wide arrest warrant which is valid throughout the European Union and applicable to cases of trafficking in persons and the abolition of the principle of dual criminality in relation to offences of trafficking in persons.[153]

Bearing in mind the above, "*these networks have moved beyond reactive shaming strategies by involving themselves in the development of 'solutions' at both national and international levels such as legislative reform, institutional capacity development, support to victims and activism aimed at addressing vulnerabilities to trafficking*".[154]

As an example of a successful joint investigation and prosecution, the Author will mention the operation "*Terra Promessa*" carried out at the place of destination of trafficked victims in Italy and in the regions of origin of such persons in Poland. A parallel investigation was conducted by the Italian and the Polish police, with the assistance of Interpol and Europol. Culprits involved in the trafficking in persons' network were arrested in both Italy and Poland. The police of both countries cooperated in the information and evidence gathering which led to the ultimate arrest of traffickers and the release of the trafficking victims.[155]

151 *Ivi,* at 491

152 ASEAN, "*Minutes of the First Meeting of the Working Group on Trafficking in Persons, Senior Officials Meeting on Transnational Crime (SOMTC)"*, Kuala Lumpur, 16 June 2008

153 Council Framework Decision of 19 July 2002 on combating trafficking in human beings (2002/629/JHA), OJ L 203/1, 1 August 2002, at Article 2(2)

154 Dr. Anne T Gallagher, *op. cit,* (2010), at 493

155 UNODC, *supra note 47*, at 199

III.1.3. *Particularity of cybercrime*

Cyber-trafficking in persons is a real threat. States must ensure that the problem is appropriately tackled by specialized investigative sections, in accordance with the Council of Europe's Convention on Cybercrime.[156]

The flare-up of the Internet and the increasing use of digital cameras and cell phone cameras have given perpetrators additional means to execute its intention of exploiting other human beings for their own profit. The online demand has led, for example, to child pornography trade and planning of sex tours. It is usual for "sex tourists" to use chat rooms, message boards, peer-to-peer file-sharing servers, news groups, and specialized websites to obtain information on potential destinations. Recent studies have demonstrated the increasing establishment of "cyber-sex dens" where some children may be sexually abused and the images beamed via a webcam to the Internet for a price, which payment is often made by a credit card via an Internet connection."[157] Additionally, alternative payment markets such as "Bitcoin" can be utilized for payments.

President Barack Obama stated that "[w]*e are turning the tables on the traffickers. Just as they are now using technology and the Internet to exploit their victims, we're going to harness technology to stop them.*"

Mr. Yury Fedotov remarked: "[w]*e do not have an accurate picture of the scope and nature of [the misuse of technology] and cannot act as effectively as we should. Knowledge is essential for evidence-based policy, and we must fill the information gap.*"[158]

According to Violeda Umali, there are three main forms of cyber-trafficking: sex tourism, pornography and prostitution. The Author share her opinion concerning the problematic of cyber-trafficking in the sense that it is

156 Council of Europe, "*Convention on Cybercrime*", European Treaty Series, No 185, 23 November 2001

157 US Department of State, *supra note 54*, at 23

158 UNODC, "*Crime Commission to address protection of children from exploitation on the Web*," (11 April 2011), available at http://www.unodc.org/unodc/en/frontpage/2011/April/crime-commission-to-address-the-protection-of-children-from-exploitation-on-the-web.html, last accessed 22/06/2016

not a problem anchored in cyberspace but rooted in the socio economic conditions and circumstances of a vulnerable individual.[159]

Recently, to the types of cyber-trafficking presented by Violeda Umali, we could also add the recruitment for forced labor. In fact, reported cases of trafficking in persons begin with the offender contacting the potential victims on social networking sites such as "Facebook", "Twitter" and "Instagram".

Although the techniques used may vary, the trafficker gains the victim's trust, makes several promises of employment or other job opportunities such as a modelling career, which, consequently, results in an unsuspecting victim relocating from her/his home on the promise of an unbelievably good job and other opportunities.

After the victim has joined the offender, various techniques are used to restrict the victim's access to communication with home, such as imposing physical punishment unless the victim complies with the trafficker's demands and making threats of harm and even death to the victim and her family.[160]

Instead of relying on anecdotal events, most commentators agree that significant research is necessary to judge the extent to which human trafficking is facilitated and effectively combated by the Internet and other technologies.[161]

Technology is a tool that has been used by traffickers to advertise and coordinate the sale of victims. The advertising/selling process has been shift from the "street corner" to the "digital room", changing, consequently, the physical and legal risks involved in this process. In the media stratosphere, for example, there are many more traces of the interaction perpetrators and victims, creating, thus, generating data which can be used later by law enforcement. There is also less risk for traffickers to identify potential

159 Violeda A Umali, *"The Cyber-trafficking of Filipino Girl-children: Weaknesses of Philippine Policies"*, University of the Philippines College of Mass Communication, (2004), at 1

160 Erin I. Kunze, *"Sex Trafficking Via the Internet: How International Agreements Address the Problem and Fail To Go Far Enough"* in Journal of High Technology Law, Vol. 10, (2010), at 241 to 289

161 Mark Latonero et al., *"Human Trafficking Online: The Role of Social Networking Sites and Online Classifieds"*, USC Annenberg Ctr. on Commc'n Leadership & Policy, (2011), https://technologyandtrafficking.usc.edu/files/2011/09/HumanTrafficking_FINAL.pdf., last accessed 21/06/2016, at 21 and 22

trafficking victims using the internet, but then again it is also harder to go from identification to intervention.[162]

The solution presented by Mark Latonero includes integrating human experts and computer-assisted technologies. "*Researchers developed a computer prototype to locate and extract or "scrape" the information appearing on the websites, then collect and store the aggregate data for analysis. Sites of interest were identified by the FBI and included for monitoring. A number of online classified and social networking sites were targeted, such as Backpage sites in dozens of U.S. cities and a number of explicit websites and forums known for trafficking activity. Information scraped from the sites includes all text, dates, and photograph.*"[163] Therefore, automated data collection is a first step towards effective cyber-trafficking investigation. Similarly, natural language processing, facial recognition and mapping technologies and methods are being employed by cyber-trafficking investigators.[164]

Digital forensics and electronic evidence provide new opportunities, but also new challenges. Given the issue of digital traces, there are also opportunities to engage new partners, including technology companies and financial institutions, to coordinate with law enforcement.[165]

States must, therefore, allocate the appropriate resources for further research related to sex and labor trafficking in domestic and international contexts. It is also required to establish independent, specialized investigators that can keep pace with the rapidly changing technologies that can be used to facilitate or combat cyber-trafficking in persons.[166]

Furthermore, UNODC's executive director notes the need for a partnership between public and private sectors as "*Internet service providers, civil society, the media, educational institutions and the public on board*".[167]

162 Danah Boyd, Heather Casteel, Mitali Thakor and Rane Johnson, *"Human Trafficking and Technology: A framework for understanding the role of technology in the commercial sexual exploitation of children in the U.S."*, (2011), available at http://research.microsoft.com/en-us/collaboration/focus/education/htframework-2011.pdf, last accessed 21/06/2016, at 5 and 6

163 Mark Latonero et al., *op. cit,* at 28 and 29

164 *Ivi,* at 29

165 Danah Boyd, Heather Casteel, Mitali Thakor and Rane Johnson, *op. cit,* at 7

166 Mark Latonero et al., *op. cit,* at 34

167 UNODC, *supra note 158*

In cases of trafficking in persons, the prosecution process often relies on testimonies of victims. Given the increase of data traces, technology introduces new types of evidence for the prosecution process. Be that as it may, judges may not be adequately equipped to analyze electronic documentation of cyber-trafficking and there are also serious questions about the validity of such evidentiary material. Consequently, there are new opportunities to explore how technology can be used as a part of the prosecution process in cases of trafficking in persons.[168]

III.2. Other associated crimes used to facilitate trafficking in persons and committed in its aftermath: corruption and money-laundering

"*Human trafficking is a crime of opportunity and it is committed only when the costs of committing the crime remain lower than the benefits received*".[169]

As mentioned above, trafficking in persons is closely associated with corruption and money laundering.

In India, for example, that traffickers bribe local police and public officials for their silence and protection. However, India is not the only country where traffickers and employers of trafficked victims recur to corruption so that police or other officials can overlook the crime. "*In cases where a raid or arrest happens, corruption is often used to pay off the police, prosecutors or judges to drop the charges. In Germany and Spain, there have been strong allegations of judges having links to human trafficking and other criminal networks, which are used to prevent or stall investigations*".[170]

UNODC has reported that referral of cases of trafficking in persons with indicators of corruption and *vice versa* are inexistent, hence, it is essential to develop indicators that would assist an effective investigation of corruption cases related to trafficking in persons.[171]

168 Danah Boyd, Heather Casteel, Mitali Thakor and Rane Johnson, *op. cit,* at 8 and 9

169 Regan R Demas, *"All hands on Deck: Collaborative Global Strategies in the Battle Against Corruption and human Trafficking in Africa"*, University of St Thomas Law Journal, Vol 6, Issue I (Fall 2008), at 214

170 Maryse Tremblay and Camille Karbassi, *op. cit,* (2011), at 4

171 UNODC, *supra note 14*, at 27 to 31

Notwithstanding the lack of scholarly studies or official data available to confirm the widely held statement that corruption plays a most important role in trafficking, it is certainly clear that traffickers need the active involvement or at least the acquiescence of public officials to move individuals across international borders and to deliver and maintain the victims in situation of exploitation.[172]

Police staff shall be trained in respecting and enhancing some codes of conduct as a condition for decreasing corrupt opportunities, and shall be sanctioned if these conducts are not respected.[173] It is therefore proposed that the following guidelines are implemented: (i) officials conducting raids, in brothels or factories, shall always be accompanied by at least another colleague; (ii) special recruitment and training for the officials; (iii) job rotation and monitoring system in order to supervise rotations;[174] and an effective, transparent and independent investigation and prosecution.[175]

The implementation of monitoring supervision systems for those staff members who are at higher risks of corruption can ensure a more transparent environment; amending domestic codes of conducts will also be functional, especially during investigations, as, for example, the avoidance of one to one meetings in order to ensure their fairness.[176]

Article 23 of UNTOC establishes the criminalization of "obstruction of justice" in two-fold: (a) "the use of physical force, threats, or intimidation or the promise, offering, or giving of an undue advantage either to induce face testimony or to interfere in the giving of a testimony or the production of evidence in proceedings in relation to offences covered by UNODC; and (b) the use of physical force, threats, or intimidation to interfere with the exercise of official duties by a justice or law enforcement official in relation to offences covered within the meaning of UNODC.

172 Dr. Anne T Gallagher, *op. cit,* (2010), at 443

173 UNODC, *supra note 14*, at 30

174 Klaus Abbink, *"Staff Rotation: A Powerful Weapon Against Corruption?"*, University of Bonn, 1999, available at http://www.wiwi.uni-bonn.de/sfb303/papers/1999/b/bonnsfb460.pdf, last accessed 21/06/2016, at 7

175 Regan R Demas, *op. cit,* (Fall 2008), at 215

176 UNODC, *supra note 14*, at 29

There is no justice if evidence cannot be freely presented or even if judges, jurors, witnesses or victims are intimidated, threatened or corrupted. No serious crimes can be spotted and penalized, if the evidence is prevented from reaching investigators, prosecutors and the Court.[177]

According to Article 9 of UNTOC, States Parties are required to adequate their domestic legal framework in order to implement "*legislative, administrative or other effective measures to promote integrity and to prevent, detect and punish corruption of public officials*", including providing such authorities with the appropriate independence to deter the exertion of inappropriate influence on their actions and applying the suitable sanctions according to the gravity of nature of the offence.

An accurate prosecution must also foresee that the proceeds of trafficking in persons will be duly confiscated and seized as per Articles 12 to 14 of UNTOC, therefore ensuring that there will be no "safe havens" for traffickers, namely by reducing the criminal advantages presented to criminals by national borders and differences in legal systems through the implementation of several mechanisms which enhance international cooperation.

In the context of trafficking, effective asset recovery renders such an activity less lucrative and increases the risks, thereby acting as an important mean of prevention, and its link with an effective prosecution and criminal justice response is significant. "*A strong confiscation and recovery regime can operate to support the criminal conviction of traffickers by providing evidence to substantiate or corroborate a case of human trafficking, for example by demonstrating to the court that the income of an individual or of a legal person far exceeds that which can be explained by legitimate sources*".[178]

On the particular issue of trafficking in persons, the UN General Assembly has emphasized the importance of asset confiscation.[179]

177 UNODC, "*Legislative Guide for the Implementation of the Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children, Supplementing the United Nations Convention Against Transnational Organized Crime*", Part One, para 195

178 Dr. Anne T Gallagher, *op. cit,* at 400

179 UN General Assembly, "*Trafficking in Women and Girls*", UN Doc. A/RES/63/156 of 30 January 2009, at para 11; UN General Assembly, "*Trafficking in Women and Girls*", UN Doc. A/RES/61/144, 19 December 2006, at para 10; UN General Assembly, "*Trafficking in Women and*

IV. Conclusions

The purpose of this research paper was to bring to light implied assumptions regarding trafficking in persons and presuppositions regarding accurate prosecution in cases of trafficking in persons. What are the problems and silenced issues that lead to ineffective prosecutions? Why is it that in some parts of the world, although a legal framework is accurately established, criminal authorities are not applying their respective trafficking legislation? What are the factors that obstruct combating trafficking in persons?

The States' choice to characterize trafficking in persons as criminal conduct and oppose it with criminal law is prompt by a certain belief in the superior effects of criminal law. The actual success of criminal law and accurate prosecution in preventing trafficking in persons has not been subject of empirical investigation, and therefore its alleviating effect on human trafficking cannot be measured.[180]

One of the Author's presented solutions for a more effective prosecution of cases of trafficking in persons was the highly controversial criminalization of demand. The special link between prostitution and trafficking in persons, based either on the assumption that (i) the demand for prostitution services fuels trafficking or that (ii) trafficking stimulates the increase of prostitution, takes us to the conclusion that prostitution is either a cause or a consequence of trafficking. Therefore, Article 9(5) of the Palermo Protocol urged State Parties to take measure to discourage demand, although refraining from mentioning the criminalization of customers. It is my opinion that criminalizing the demand, hence, prosecuting also the customers of prostitution would decrease the demand, which would have a direct impact in the flow of trafficking in persons.

Ultimately, my analysis has shown that legislative and other measures should be in place to ensure that judicial proceedings protect victims' rights.

Girls", UN Doc. A/RES/59/166, 20 December 2004, at para 9; UN General Assembly, "*Strengthening International Cooperation and Preventing and Combating Trafficking in Persons and Protecting Victims of such Trafficking*", UN Doc. A/RES/58/137, 4 February 2004, at para 1

180 Sarah Krieg, *op. cit,* (2014), at 342

As demonstrated in this research paper, the line between the choice to prosecute cases of trafficking in persons and other offences (smuggling of migrants, drug trafficking, etc.) is blurry, being easy to forgo the trafficking nature, hence its prosecution, when in the presence of other straight forward offences that hide the nature of the crime of trafficking and exploitation of persons.

The EU Anti-Trafficking Directive requires Member States to prevent from prosecuting victims of trafficking in persons for violating immigration or prostitution laws. But what happens when such persons are not characterized as victims of trafficking but as drug smugglers or illegal immigrants? In this respect, the ECtHR *Rantsev v Cyprus and Russia* judgement is significant because of its contribution to clarify the substantive content of certain key positive obligations of States. Be that as it may, there is still a silent legislative and judicial gap that needs to be addressed.

Indeed, it is essential for crimes of trafficking in persons, such as sexual exploitation, forced labor or services, slavery or practices similar to slavery as it is the case of child soldiers, debt bondage or forced marriages, servitude or removal of organs, to be upheld in the ICC to ensure that the trafficked persons, who have been hidden in plain sight, will have the opportunity to tell her/his story and verify that justice is being served. Moreover, and as quoted previously in this essay, ICC's primary goal is "*to deter crimes before they take place by letting wrongdoers know in advance that they will be called to account by an impartial international criminal court. The law can no longer be silent but must instead be heard and enforced to protect the fundamental rights of people everywhere*."[181]

The Author has also concluded that in many countries, corruption within local police, prosecutorial and judicial agencies, underdeveloped systems, and resistance to the integration of international criminal justice standards present seemingly insurmountable barriers. Therefore, efforts, policies, studies, activities, civil and governmental actions against trafficking in persons should focus in the development of effective preventive mechanisms that can address the underpinning causes of trafficking in persons such as corruption.

181 ICC, "*Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*", ICC-01/04-01/06, 14 March 2012, Dr. Benjamin Ferencz, "*Office of the Prosecutor's Closing Statements*", at para 50 and 51

Furthermore, even if arrested and punished, traffickers will often be able to make use of their illegal gains in order to maintain their trafficking operations. Therefore, an obligation to pursue the proceeds of trafficking should be considered as an integral part of the broader obligation on States to develop and implement an effective criminal justice response, and, consequently, asset recovery regime becomes part of State's due diligence standards.[182]

In the present essay there were presented as potential solutions the implementation of specialized investigation and judicial and prosecutorial specialists, as well as joint investigation teams. In fact, there is an added-value in the implementation of specialist trafficking units within national police forces, with direct collaboration with generalist, frontline officers and we have witness an emergent and growing acknowledgment of the importance of bilateral and regional networks for prosecutors and central authority lawyers. It is widely accepted that a dedicated and specialized investigatory, prosecutor and adjudicatory capacity is an essential component of an effective criminal response. Such specialist capacity should have the needed independence, capacity, resources, and gender profile to pursue its task. Furthermore, coordination between the criminal justice agencies is equally required.[183]

Given the complex transnational nature of trafficking in persons, functional and effective criminal justice network are essential in order for States to fulfil their international legal obligations, such as, to conduct proper investigations and prosecutions of cases of trafficking in persons. This kind of State's positive obligation was upheld by the ECtHR: "*Member States are (…) subject to a duty in cross-border trafficking cases to cooperate effectively with the relevant authorities of other States concerned in the investigation of events which occurred outside of their territories*".[184]

Notwithstanding the above, the Author concludes that States are failing their positive obligation to fully and effectively criminalize trafficking in persons, to provide the necessary structures within State agencies to investigate, prosecute and adjudicate cases of trafficking in persons to the

182 Dr. Anne T Gallagher, *op. cit,* (2010), at 400

183 *Ivi*, at 388

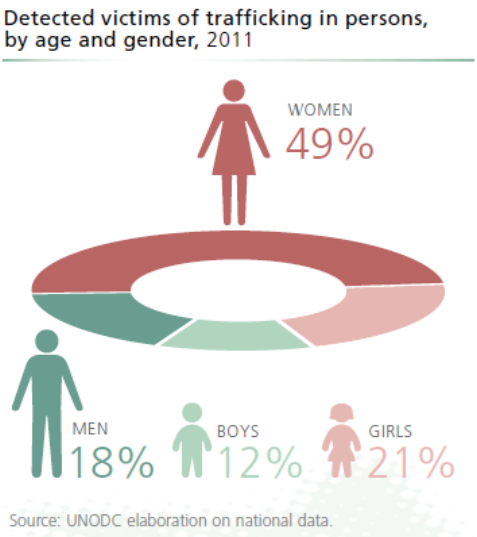
184 ECtHR, "*Rantsev v. Cyprus & Russia*", of 7 January 2010, No 25965/04, para 289

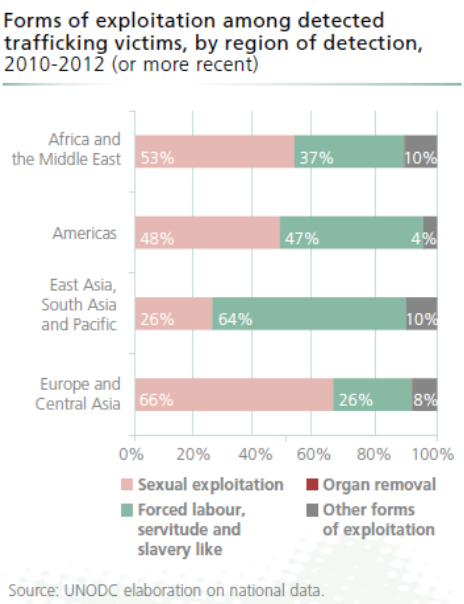
required standard of due diligence, to positively cooperate internationally in order to prevent "safe havens".

It is evident from this research paper that amendments and recommendations need to be taken, especially regarding the implementation of specialized units within domestic jurisdictions with delegated authority to conduct an appropriate investigation, including cyber-trafficking units. Specific training and an in-depth specialization of law enforcement authorities, in example how to recognize trafficking in persons' indicators, how to cease and apply counter-measures for trafficking-related corruption of public officials, is required in order to conduct adequate and accurate investigations and prosecutions of cases of trafficking in persons.

Annex I

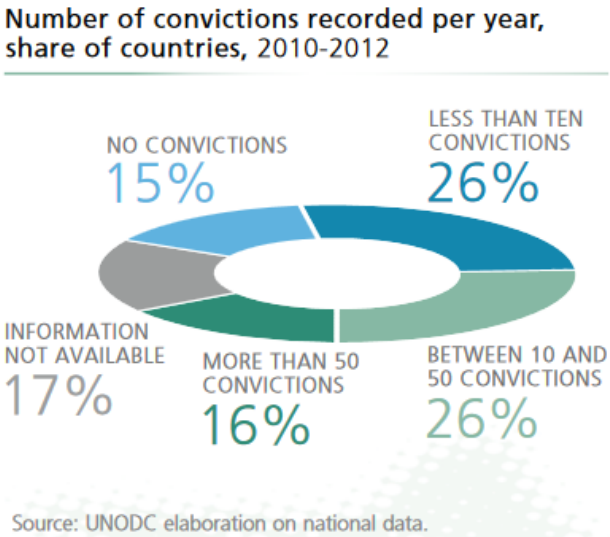
Fig. 1 - Detected victims of trafficking in persons by age and gender (2011) and Forms of exploitation among detected trafficking victims, by region of detection (2010-2012) [185]





185 UNODC, *supra note 14*, at 5

Fig. 2 – Number of Convictions recorded per year (2010-2012)[186]



186 UNODC, *supra note 14*, at 13

Fig. 3 – Analysis of Prosecution data by year, victim's nationality and gender, defendant's nationality and gender and also by type of action, means or exploitation purposes.[187]

Decision / Veridict Date:	
1981	1
1985	1
1986	1
1990	1
1992	1
1993	2
1993	2
1995	1
1996	2
1997	6
1998	2
1997	7
2000	10
2001	11
2002	14
2003	22
2004	29
2005	41
2006	76
2007	79
2008	156
2009	159
2010	210
2011	171
2012	112
2013	72
2014	26
2015	8

Victim's nationality	
Brazilian	67
Filipino	56
Portuguese	1
Romanian	64

Defendant's nationality	
American	50
Brazilian	64
Filipino	38
Moldovan	50
Portuguese	3
Romanian	55

Victim's gender / child	
Child	445
Female	765
Male	95

Defendant's gender	
Female	609
Male	924

Number of conviction according to nature of action, means or purpose of trafficking in persons	
Abduction	118
Abuse of power or position of vulnerability	709
Deception	615
Domestic servitude / servitude	161
Forced labour or services	233
Fraud	233
Harbouring	551
Hotel/Restaurant/Bar	123
Internal	453
Organ/tissue removal/removal of organs	26
Slavery or practices similar to slavery	57
Threat or use of force or other forms of coercion	595
Transnational	761
Transportation	821
Giving or receiving payments or benefits to achieve the consent of a person having control over another person	139
Exploitation of the prostitution of others or other forms of sexual exploitation	983

Source: https://www.unodc.org/cld/v3/sherloc/cldb/index.html?lng=en
Last accessed 16/06/2016

187 https://www.unodc.org/cld/v3/sherloc/cldb/index.html?lng=en, last accessed 16/06/2016

Fig. 4 *Push and pull factors for potential victims of trafficking in persons*

Push factors	*Pull factors*
High unemployment	Improved standard and quality of life
Labour market not open to women and gender discrimination	Better access to higher education
Lack of opportunity to improve quality of life	Enforcement of minimum standards and individual rights
Sexual or ethnic discrimination	Better employment opportunities
Poverty	Demand for cheap labour
Escaping persecution, violence or abuse	Demand for commercial sexual services
Escaping human rights violations	Higher salaries and better work conditions
Collapse of social infrastructure	Demand for workers within the sex industry and higher earnings
Other environmental conditions, including conflict and war	Established migrant communities / diasporas

Sources: Table contents taken from Europol report "*Trafficking in Human Beings in the European Union* (1 September 2011)

Fig. 5 *Push and pull factors for potential trafficking in persons criminal networks*

Dimensions	*Push factors*	*Pull factors*
Criminal market research	Increased law enforcement Increased competition from criminal	Mass demand Access to supply Lax law enforcement High impunity/corruption Proximity to trafficking routes Porous borders Presence of brokers and facilitators
Research on ethnic-based criminal groups	Legitimation of group Increased socioeconomic status Decreasing cultural marginalisation Increased enforcement in country of	Individualist value system Legitimation of previous goups (ethnic succession theory) New opportunities for cross-border crime (eg immigrant diasporas in consuming countries, open borders) Ethnic group's criminal reputation Local ties and kinship networks
Research on criminogenic conditions in legitimate settings	Displacement by credible authority	Lax security/enforcement/high impunity Poorly regulated economic sectors Overlaps between upper and underworld actors Low skill trade Low technology and professionalisation High number of unemployed disenfranchised workers Lack of conventional products and services (emergence of black markets and private protection needs)

188

188 C. Morselli, M. Turcotte and V. Tenti, *"The Mobility of Criminal Groups"*, Ottawa: Public Safety Canada, (2010), at 3 and 4

BIBLIOGRAPHY

Books, articles and CHAPTERS in books

- Amy Farrell et al, *"Identifying Challenges to Improve the Investigation and Prosecution of State and Local Human Trafficking Cases"*, Urban Institute, Northeastern University, (2002), available at https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/nij/grants/238795.pdf, last accessed 22/06/2016

- Bruce D Perry and Maia Szalavitz, "*The boy who was raised as a dog and other stories from a child psychiatrist's notebook: What traumatized children can teach us about loss, love, and healing*", Basic Books, (2006)

- C. Morselli, M. Turcotte and V. Tenti, "*The Mobility of Criminal Groups*", Ottawa: Public Safety Canada, (2010)

- Christine Balarezo*, "The lack of conviction: Why human traffickers remain free", (2012),* fourth annual interdisciplinary conference on human trafficking, paper 15, (2012), http://digitalcommons.unl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1016&context=humtrafconf4 , last accessed 16/06/2016

- Dally Cameron and Edward Newman, "*Trafficking in Humans: Structural Factors*", in Sally Cameron and Edward Newman (eds), "*Trafficking in Humans: Social, Cultural and Political Dimensions*", United Nations UP (2008)

- Danah Boyd, Heather Casteel, Mitali Thakor and Rane Johnson, *"Human Trafficking and Technology: A framework for understanding the role of technology in the commercial sexual exploitation of children in the U.S."*, (2011), available at http://research.microsoft.com/en-us/collaboration/focus/education/htframework-2011.pdf, last accessed 21/06/2016

- David E Guinn*, Defining the Problem of Trafficking: The Interplay of US Law, Donor, and NGO, Engagement and the Local Context in Latin America,* Human Rights Quarterly, Vol. 30, No. 1, (Feb., 2008)

- Dr. Anne Gallagher and Paul Holmes, "*Developing an effective criminal justice response to human trafficking. Lessons from front line*", International Criminal Justice Review, Vol. 18, No. 3, (2008)

- Dr. Anne T Gallagher, "*The international law of human trafficking*", Cambridge University Press, (2010)

- Dr. Christopher Grabenwarter, "*European Convention on Human Rights – Commentary*", Verlag C. H. Beck OHG, (2014)
- Elena Gekker, "*Rape, Sexual Slavery, and Forced Marriage at the International Criminal Court: How Katanga Utilizes a Ten-Year-Old Rule but Overlooks New Jurisprudence*", Hastings Women's Law Journal, Volume 25, Issue 1, Article 7, (2014)
- Erin I. Kunze, "*Sex Trafficking Via the Internet: How International Agreements Address the Problem and Fail To Go Far Enough*" in Journal of High Technology Law, Vol. 10, (2010)
- John Davies and Benjamin Davies, "*So if You are Not "Natasha", Who are You?: Revealing the Other Trafficked Women and their Uses*", in Tiantian Zheng (ed), "*Sex Trafficking, Human Rights and Social Justice*", Routledge (2010)
- Kara Abramson, "*Beyond Consent, Toward Safeguarding Human Rights: Implementing the United Nations Trafficking Protocol",* Harvard International Law Journal, Vol. 44, (2003)
- Kelly Hyland, "*Protecting Human Victims of Trafficking: An American Framework*", 16 Berkeley's Women's L.J. 29, (2001)
- Klaus Abbink, "*Staff Rotation: A Powerful Weapon Against Corruption?"*, University of Bonn, 1999, available at http://www.wiwi.uni-bonn.de/sfb303/papers/1999/b/bonnsfb460.pdf, last accessed 21/06/2016, at 7
- Kristiina Kangaspunta, "Was Trafficking in Persons Really Criminalised?" (2015) http://www.antitraffickingreview.org/index.php/atrjournal/article/download/100/121, last accessed 16/06/2016
- Lindsay King, "*International Law and Human Trafficking*", in Human Rights and human welfare online journal of academic literature review (2008), http://www.du.edu/korbel/hrhw/researchdigest/trafficking/InternationalLaw.pdf, last accessed 16/06/2016
- Mark Latonero et al., "*Human Trafficking Online: The Role of Social Networking Sites and Online Classifieds*", USC Annenberg Ctr. on Commc'n Leadership & Policy, (2011), https://technologyandtrafficking.usc.edu/files/2011/09/HumanTrafficking_FINAL.pdf., last accessed 21/06/2016

- Maryse Tremblay and Camille Karbassi, "*Corruption and human trafficking*", Transparency International, available at http://www.ciaonet.org/attachments/18569/uploads, last accessed on 16/06/2016, (2011)
- Prof. William A Schabas, *"The European Convention on human Rights, A commentary"*, First Edition, Oxford University Press (2015)
- Regan R Demas, *"All hands on Deck: Collaborative Global Strategies in the Battle Against Corruption and human Trafficking in Africa"*, University of St Thomas Law Journal, Vol 6, Issue I (Fall 2008)
- Richard Clayton, Hugh Tomlinson and Carol George, "*The Law on Human Rights"*, Oxford University Press (2000)
- Sarah Krieg, "*Multilevel Regulation against Trafficking in Human Beings, A Critical Application Analysis of International, European and German Approaches"*, Nomos Verlagsgesellschaft, (2014)
- Shivaun Scavlan, "*The Identification of Trafficked Persons in the Face of Conflicting Agendas"* (presented at the conference "*Assistance to Victims of Trafficking: We Can Do Better"*, OSCE, Vienna, (September 2007), available at http://www.osce.org/what/trafficking/60585?download=true, last accessed 22/06/2016
- Veerendra Mishra, "*Combating Human Trafficking: Gaps in Policy and Law"*, SAGE Publications India, (July 2015)
- Violeda A Umali, "*The Cyber-trafficking of Filipino Girl-children: Weaknesses of Philippine Policies"*, University of the Philippines College of Mass Communication, (2004)
- Virginia M Kendall and Marcus T Funk, "*Child exploitation and trafficking: examining the global challenges and US responses"*, Rowman & Littefield Publishers, (2012)
- Wilson Harris, *Human Merchandise: A study of International Traffic in Women*, London, E. Benn, (1928)

Cases, Legislation and Documents

CASES

European Court of Human Rights (ECtHR)

- ECtHR, "*Mahmut Kaya v. Turkey*", of 28 March 2000, No 22535/93
- ECtHR, "*C.N. a V. v France*", of 13 November 2012, No 4239/08
- ECtHR, "*C.N. a V. v France*", of 13 November 2012, No 4239/08
- ECtHR, "*De Wilde, Ooms, and Versyp v. Belgium*", of 18 June 1971, No 2832/66; 2835/66; 2899/66
- ECtHR, "*Rantsev v. Cyprus & Russia*", of 7 January 2010, No 25965/04
- ECtHR, *"Siliadin v. France",* of 26 July 2005, No 733316/01
- ECtHR, "*W,X,Y and Z v. United Kingdom*", of 19 July 1968, No 3435/67, 3436/67, 3437/67, 3438/67
- ECtHR, "*X and Y v. The Netherlands judgment*", of 26 March 1985, Series A no. 91

International Criminal Court (ICC)

- ICC, "*Prosecutor v. Germain Katanga"*, ICC-01/04-01/07, 7 March 2014
- ICC, "*Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo"*, ICC-01/04-01/06, 14 March 2012

International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTY)

- ICTY, *"Prosecutor v. Kunarac",* Case No.: IT-96-23-T & IT-96-23/1-T, of 22 February 2001

Special Court for Sierra Leone (SCSL)

- SCSL, *"Prosecutor v. Brima, Kamara & Kanu"*, Case No. SCSL-2004-16-A, Judgment, 22 February 2008

International Treaties, Conventions, Domestic Legislation

- Rome Statute of the International Criminal Court, entered into force on 1 July 2002

- United Nations Convention against Transnational Organized Crime (signed 15 November 2000, entered into force 29 September 2003, adopted by UNGA Resolution 55/25 (15 November 2000) UN Doc A/Res/55/25) 2225 UNTS 209 supplemented by Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children (signed 15 November 2000, entered into force 25 December 2003) 2237 UNTS 319, the Protocol Against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air (signed 15 November, entered into force 28 January 2004) 2241 UNTS 507, and the Protocol against the Illicit Manufacturing of and Trafficking in Firearms, Their Parts and Components and Ammunition (signed 31 May 2001), entered into force 3 July 2005, adopted by UNGA Resolution 55/255 (8 June 2001) UN Doc A/Res/55/255) 2326 UNTS 208

- Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings, adopted by the Council of Europe on 16 May 2005 (entered into force on 1 February 2008),

- Council of Europe Convention on action against trafficking in human beings and its explanatory report, American Society of International Law, International Legal Materials, Vol. 45, No. 1, (January 2006)

- Directive 2011/36/EU of the European Parliament and the Council of 5 April 2011 on preventing and combating trafficking in human beings and protecting its victims, and replacing Council Framework Decision 2002/629/JHA [2011] OJ L 101/1

- Convention to Suppress the Slave Trade and Slavery (adopted 25 September 1926, entered into force 9 March 1927) 60 LNTS 254 amended by Protocol amending the Slavery Convention (7 December 1953) 182 UNTS 51, the amended Convention (entered into force 7 July 1955) 22 UNTS 17 (1926 Slavery Convention)

- Council Framework Decision of 19 July 2002 on combating trafficking in human beings (2002/629/JHA), OJ L 203/1, 1 August 2002

- Council of Europe Convention on Mutual Assistance against Trafficking in Human Beings and its Explanatory Report (signed 16 May 2005, entered into force 1 February 2008) CETS 197

- Council of Europe Convention on Cybercrime, European Treaty Series, No 185, 23 November 2001

- Directive 2009/52/EC of the European Parliament and the Council of 18 June 2009 providing for minimum standards on sanctions and measures against employers of illegally staying third-country nationals, OJ L 168/24 (2009)

- Convention concerning Forced or Compulsory Labor (ILO No. 29) adopted 28 June 1930 entered into force May 1, 1932) 39 UNTS 55
- Convention concerning the Prohibition and Immediate Action for the Elimination of the Worst Forms of Child Labor (ILO No 182), adopted 17 June 1999, entered into force 19 November 2000) 2133 UNTS 161
- Convention for the Suppression of Traffic in Persons and of the Exploitation of the Prostitution of Others (signed 21 March 1950, entered into force 25 July 1951) 96 UNTS 271
- Convention on the Rights of the Child (adopted 20 November 1989 entered into force 2 September 1990) 1577 UNTS 3 supplemented by Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the sale of children, child prostitution and child pornography (signed 25 May 2000, entered into force 18 January 2002, adopted by UNGA Resolution 54/263 (25 May 2000) UN Doc A/RES/54/263) 2171 UNTS 227
- Council Decision 2002/187/JHA of 28 February 2002 setting up Eurojust with a view of reinforcing the fight against serious crimes [2002] OJ L 63
- Council Decision 2002/630/JHA of 22 July 2002 establishing a framework programme on police and judicial cooperation in criminal matters (AGIS) [2002] OJ L 203/5
- Joint Action 96/700/JHA of 29 November 1996 adopted by the Council on the basis of Article K.3 of the Treaty on European Union establishing incentive and exchange programme for persons responsible for combating trade in human beings and the sexual exploitation of children [1996] OJ L 322/7
- Joint Action 97/154/JHA of 24 February 1997 concerning action to combat trafficking in human beings and sexual exploitation of children [1997] OJ L 63/2
- European Parliament Resolution A2-52/89 on the exploitation of prostitution and the traffic in human beings [1989] OJ C 120/352
- Portuguese Criminal Code
- Section 5A of India's Immoral Traffic Prevention Act

Other Documents

- ASEAN Practitioner Guidelines, available at http://jica-cb-workshop.weebly.com/uploads/8/0/7/2/8072630/criminal_justice_responses_to_trafficking_in_persons.pdf, last accessed 22/06/2016, (June 2007)

- ASEAN, "*Minutes of the First Meeting of the Working Group on Trafficking in Persons, Senior Officials Meeting on Transnational Crime (SOMTC)"*, Kuala Lumpur, 16 June 2008

- Commission, "*Staff Working Document, Accompanying document to the Proposal for a Council Framework Decision on preventing and combating trafficking in human beings, and protecting victims, repealing Framework Decision 2002/629/JHA*" (Impact Assessment) SEC (2009) 358

- Commission, "*Explanatory Memorandum to the Proposal for the Short-Term Residence Permit Directive*" COM (2002) 71 final

- Commission, "*Opinion No 1/2008 of the Experts Group on Trafficking in Human Beings on the revision of the Council Framework Decision of 19 July 2002 on Combating Trafficking in Human Beings"* (2008)

- Council of Europe Commissioner for Human Rights, "*Follow-up report of 26 March 2006*", para 58, https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?p=&id=984105&direct=true, last accessed on 16/06/2016

- Council of Europe, "*Action Oriented Paper (AOP) on Strengthening the EU externa dimension on action against trafficking in human beings (THB): Towards Global EU Action against Trafficking in Human Beings*", Doc 6865/10 (2010)

- Council of Europe, "*Brussels Declaration on Preventing and Combating Trafficking in Human Beings, European Conference on Preventing and Combating Trafficking in Human Beings"*, available at http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52003XG0612(01)&from=FI, last accessed 22/06/2016, (September 2002)

- Council of Europe, "*Problems of prosecuting trafficking in human beings",* Project on Combating and Preventing Trafficking in Human Beings in Azerbaijan, (February 2011), http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/economiccrime/trafficking/Projects/THB%20Azerbaijan/REPORT_LEHNERT.pdf, last accessed 16/06/2016

- ECOWAS Initial Plan of Action, available at http://www.unodc.org/pdf/crime/trafficking/Minimum_Plano_CEDEAO.pdf, last accessed 22/06/2016, (December 2001)
- Trafficking in Persons Report (10th Ed.), Diane Publishing, (2010)
- Eurojust, "*Strategic Project on Eurojust's Action Against Trafficking in Human Beings*", (October 2012)
- Parliamentary Assembly of the Council of Europe, "*Domestic slavery: servitude, au pairs and 'mail-order brides', Recommendation 1663*", (2004), cited in ECtHR "*Siliadin v. France*", of 26 July 2005, No 7331/01
- Parliamentary Assembly of the Council of Europe, "*Domestic slavery: servitude, au pairs and 'mail-order brides', Recommendation 1663*", (2004), cited in ECtHR "*Siliadin v. France*", of 26 July 2005, No 7331/01
- U.S. Department of State, Diplomacy in Action, http://www.state.gov/j/tip/4p/partner/, last accessed 12 June 2016
- UN General Assembly, "*Strengthening International Cooperation and Preventing and Combating Trafficking in Persons and Protecting Victims of such Trafficking*", UN Doc. A/RES/58/137, 4 February 2004
- UN General Assembly, "*Trafficking in Women and Girls*", UN Doc. A/RES/63/156 of 30 January 2009,
- UN General Assembly, "*Trafficking in Women and Girls*", UN Doc. A/RES/61/144, 19 December 2006,
- UN General Assembly, "*Trafficking in Women and Girls*", UN Doc. A/RES/59/166, 20 December 2004
- UNCHR, "*Integration of the Human Rights of Women and Gender Perspective: Report of the Special Rapporteur on the human rights aspects of the victims of trafficking in persons, especially women and children, Sigma Huda*", UN Doc E/CN.4/2006/62, (2006)
- UNGA, "*Interpretative Notes of the Official Records (Travaux Préparatoires) of the Negotiation of the United Nations Convention against Transnational Organized Crime and the Protocols thereto*", UN Doc A/55/383/Add. 1, (2000)
- UNHCHR, "*Informal note by the United Nations High Commissioner for Human Rights*", UN DOC A/CN.254/4/1, (1999)

- UNODC, *"Anti-Human Trafficking Manual for Criminal Justice Practitioners"*, (2009), http://www.unodc.org/unodc/en/human-trafficking/2009/anti-human-trafficking-manual.html, last accessed 22/06/2016
- UNODC, *"Anti-Trafficking Practitioners Manual"*, Module 1, (2009)
- UNODC, "*Crime Commission to address protection of children from exploitation on the Web*," (11 April 2011), available at http://www.unodc.org/unodc/en/frontpage/2011/April/crime-commission-to-address-the-protection-of-children-from-exploitation-on-the-web.html, last accessed 22/06/2016
- UNODC, "*Crime Commission to address protection of children from exploitation on the Web*," (11 April 2011), available at http://www.unodc.org/unodc/en/frontpage/2011/April/crime-commission-to-address-the-protection-of-children-from-exploitation-on-the-web.html, last accessed 21/06/2016
- UNODC, "*Global Report on Trafficking in Persons*", (November 2014), United Nations Publication
- UNODC, "*Legislative Guide for the Implementation of the Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children, Supplementing the United Nations Convention Against Transnational Organized Crime"*
- UNODC, "*Toolkit to Combat Trafficking in Persons – Global Programme against Trafficking in Human Beings"*, (2008), https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/HT_Toolkit08_English.pdf, last accessed 22/06/2016
- UNODC, "*Training Manual: Assistance for the Implementation of the ECOWAS Plan of Action Against Trafficking in Persons", (2006),* https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/ecowas_training_manual_2006.pdf, last accessed 22/06/2016
- UNODC, Global report on trafficking in persons, New York, 2012, see https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/GLOTIP_2014_full_report.pdf
- US Department of State, "*Trafficking in Persons Report*", June 2007, available at http://www.state.gov/documents/organization/82902.pdf, last accessed 21/06/2016, at 24
- US Department of State, "*Trafficking in Persons Report*", June 2007, available at http://www.state.gov/documents/organization/82902.pdf, last accessed 21/06/2016, at 23

Websites

- Anti-trafficking Consultants: http://www.antitraffickingconsultants.co.uk/tactics/, last accessed 12 June 2016
- http://www.unescobkk.org/culture/cultural-diversity/trafficking-and-hivaids-project/projects/trafficking-statistics-project/data-comparison-sheet/
- https://www.unodc.org/cld/v3/sherloc/cldb/index.html?lng=en, last accessed 16/06/2016.

Marta Ventura Correia

Advogada e Mestre em Direito Internacional Criminal (LL.M).

Trabalhou em 3 continentes e em 5 países diferentes.

Actualmente desenvolve projectos de advocacia no combate contra o tráfico humano.

Foi consultora externa de uma organização não governamental na Índia por mais de 2 anos, contribuindo para o desenvolvimento de uma organização não governamental local com sua experiência financeira anterior coordenando a equipe local e especializando-se na defesa dos direitos da casta "Dalit".

Data Venia
Ano 4 ● N.º 06 [pp. 353-378]

O conceito de ligação efectiva à comunidade nacional em sede de contencioso da nacionalidade

CONTRIBUTO PARA A SUA INTERPRETAÇÃO

António Manuel Beirão
Procurador da República

Sumário:

Interpretação do conceito indeterminado de "ligação efectiva à comunidade nacional", presente no artigo 9.º, alínea a) da Lei da Nacionalidade (Lei 37/81, de 3 de Outubro, na redacção da Lei Orgânica 8/2015, de 22 de Junho), enquanto fundamento da acção de oposição à aquisição da nacionalidade portuguesa por efeito da vontade ou da adopção.

O conceito de ligação efectiva à comunidade nacional em sede de contencioso da nacionalidade

CONTRIBUTO PARA A SUA INTERPRETAÇÃO

António Manuel Beirão
Procurador da República

Sumário: Interpretação do conceito indeterminado de "ligação efectiva à comunidade nacional", presente no artigo 9.º, alínea a) da Lei da Nacionalidade (Lei 37/81, de 3 de Outubro, na redacção da Lei Orgânica 8/2015, de 22 de Junho), enquanto fundamento da acção de oposição à aquisição da nacionalidade portuguesa por efeito da vontade ou da adopção.

Introdução.

O presente artigo analisa a questão da interpretação do conceito indeterminado de "*ligação efectiva à comunidade nacional*", presente no artigo 9.º, alínea a) da Lei da Nacionalidade (Lei 37/81, de 3 de Outubro, na redacção da Lei Orgânica 8/2015, de 22 de Junho), enquanto fundamento da *acção de oposição à aquisição da nacionalidade portuguesa por efeito da vontade ou da adopção*.

Trata-se de problema que tem causado dificuldades na doutrina e na prática judiciária, procurando-se na análise que segue desenvolver a sua interpretação, designadamente com recurso a critérios normativos, ou seja, critérios que tenham tido expressão na letra da lei, por forma a evitar o recurso a critérios de índole mais subjectiva, e satisfazer o ónus da prova que nestas acções incumbe ao Ministério Público.

Notícias recentes dão nota de que estarão a ser preparadas alterações à Lei da Nacionalidade, pelo que as reflexões que seguem arriscam-se já a perder actualidade.

1. A acção de oposição à aquisição da nacionalidade portuguesa.

No elenco legal das formas de *aquisição* "*lato senso*" da nacionalidade portuguesa distinguem-se a *atribuição*, a *aquisição* e a *naturalização*.

Tentando simplificar a distinção entre elas, podemos dizer que a primeira forma (atribuição) corresponde à nacionalidade de origem, portanto adquirida ou no momento do nascimento ou em momento posterior, mas produzindo efeitos à data de nascimento (artigo 1.º da Lei da Nacionalidade), e decorrente da nacionalidade dos ascendentes ou do local de residência (factores de atribuição conhecidos como "*ius sanguini*" e "*ius soli*"); a segunda corresponde à nacionalidade decorrente da conjugação da declaração de vontade do interessado com a verificação de uma alteração na relação jurídica familiar, após o nascimento (casamento ou união de facto com nacional português, aquisição da nacionalidade portuguesa por um progenitor, após o nascimento, e ainda a adopção por nacional português, nos termos dos artigos 2.º, 3.º e 5.º da mesma Lei); a terceira corresponde à nacionalidade concedida por acto unilateral do governo (nalguns casos, *obrigatório*), atento o preenchimento, pelo interessado, de certos pressupostos normativos (artigo 6.º da Lei).

Para os casos da aquisição da nacionalidade, seja por efeito da vontade, seja pela adopção, o legislador português prevê a possibilidade do Ministério Público, em acção própria, a que são aplicáveis (desde 15.12.2006) o Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais e o Código de Processo nos Tribunais Administrativos, e a interpor no Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa, *se opor a tal pretensão*: é a denominada **acção de oposição à aquisição da nacionalidade**[1].

[1] Este contencioso, no caso do Ministério Público junto do Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa, atinge números muito consideráveis. Assim, e segundo o relatório de 2014/2015, de um

2. Legitimidade activa exclusiva do Ministério Público para a acção de oposição à aquisição da nacionalidade.

A legitimidade *exclusiva* para a interposição da acção de oposição à aquisição da nacionalidade é do Ministério Público, como decorre do artigo 10.º, n.º 1 da Lei da Nacionalidade.

Trata-se de uma *acção oficiosa* ou seja, de uma acção interposta pelo Ministério Público em nome próprio e na defesa de interesses da sociedade, e não uma acção em representação do Estado-pessoa colectiva ou de outra entidade pública[2].

Em consequência da natureza oficiosa da acção, a actuação do Ministério Público é apenas norteada pelos princípios da legalidade da objectividade, não estando de forma alguma submetido a quaisquer orientações ou ao impulso de outras entidades, nomeadamente do seu "*parceiro*" natural neste contencioso, que é a *Conservatória dos Registos Centrais*.

Este serviço central do Instituto dos Registos e Notariado é competente para a tramitação e decisão dos processos administrativos relativos à atribuição, aquisição e perda da nacionalidade, tendo a obrigação de participar ao Ministério Público todo e qualquer caso em que tiver conhecimento de *factos susceptíveis de poder fundamentar a acção de oposição à aquisição da nacionalidade* – artigo 57.º, n.º 7 do DL 237-A/2006, de 14 de Dezembro (Regulamento da Lei da Nacionalidade).

Nesse caso, o processo administrativo de aquisição da nacionalidade fica *suspenso*, sendo remetida certidão integral do mesmo ao Ministério Público junto do Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa, para efeitos de eventual instauração da acção, acção esta que tem o prazo de caducidade de 1 ano, a contar da data em que o interessado apresenta na Conservatória dos Registos Centrais o pedido de aquisição da nacionalidade portuguesa.

total de 1088 processos distribuídos entre 1 de Setembro de 2014 e 31 de Agosto de 2015, 948 eram relativos a aquisições da nacionalidade portuguesa, ou seja, perto de 88% do total.

[2] Sobre as formas de intervenção em juízo do Ministério Público, a obra de **António da Costa Neves Ribeiro**, *"O Estado nos Tribunais",* Coimbra Editora, 1985, permanece referencial.

O Ministério Público não só não está impedido de realizar diligências (tendo ainda tempo, face ao prazo de caducidade), caso tenha dúvidas sobre os fundamentos de facto para a eventual acção, como as deve mesmo realizar, se necessário, quer em função da referida natureza oficiosa da acção, quer em função de que o ónus da prova (sobre a situação que consiste o obstáculo à aquisição da nacionalidade) estar a seu cargo, e não a cargo do interessado na aquisição da nacionalidade.

Assim, o "*dever*" de instaurar a acção a que alude o artigo 57.º, n.º 7 do Regulamento da Nacionalidade ("*O Ministério Público deve deduzir oposição nos tribunais administrativos e fiscais quando receba a participação prevista no número anterior*") deve ser lido no contexto da actuação oficiosa, ou seja, num contexto de legalidade e de objectividade.

Outra consequência da natureza oficiosa da intervenção do Ministério Público nestas acções, embora de índole mais prática, é a isenção total de custas (artigo 4.º, n.º 1, alínea a) do Regulamento das Custas Processuais). Na ausência de isenção ou apoio judiciário, a contestação importa o pagamento de taxa de justiça, no total de seis unidades de conta (actualmente 612 euros), em duas prestações, a primeira a liquidar com a apresentação do acto processual.

3. Causa de pedir e pedido na acção de oposição à aquisição da nacionalidade.

A causa de pedir nestas acções terá necessariamente de passar por algum dos fundamentos de oposição expressamente previstos no artigo 9.º da Lei da Nacionalidade que, no nosso entender, constituem *situações de facto*, que terão de ser reconhecidos em juízo e, assim mesmo, ser *declaradas*.

Assim, e na classificação do Código de Processo Civil, estas acções são declarativas e de simples apreciação de facto (artigo 10.º, n.º 1, 2 e 3, alínea a) do Código de Processo Civil).

Entendemos portanto que a decisão a reclamar do Tribunal não é propriamente uma decisão que contenda *directamente* com a aquisição ou

não da nacionalidade, pois que esta matéria é da exclusiva competência decisória da Conservatória dos Registos Centrais, na sequência de um processo administrativo de conferência de pressupostos (geralmente por prova documental), e que culmina com a feitura (ou não) do registo de que depende a aquisição da nacionalidade, este também a seu cargo (artigo 16.º da Lei da Nacionalidade).

A intervenção do Tribunal deve reconduzir-se, salvo melhor opinião, à questão "*prejudicial*" (mas determinante) que surgiu a dada altura, no decurso do processo administrativo que corre na Conservatória dos Registos Centrais, e que se prende com a verificação ou não de uma situação de facto relativa à pessoa interessada, e que pode constituir *impedimento à aquisição da nacionalidade*, ou seja, de alguma das situações previstas nas várias alíneas do citado artigo 9.º da Lei.

Depois, transitada a decisão judicial (de procedência ou não da acção, ou seja, do *reconhecimento* ou não da situação de obstáculo à aquisição da nacionalidade), a mesma será comunicada à Conservatória dos Registos Centrais, onde será junta ao processo que ficou suspenso, a aguardar a resolução de dita questão "*prejudicial*" ao andamento administrativo. E a Conservatória dos Registos Centrais, na sua decisão, não poderá contrariar a conclusão judicial, ou seja, caso declarada uma situação que obste à aquisição da nacionalidade, esta é negada.

Sendo a acção improcedente, a Conservatória dos Registos Centrais decide em conformidade, realizando o registo da nacionalidade portuguesa, embora e em princípio, se possam configurar situações em que, ainda que improcedente a acção de aquisição, ainda assim esta não seja decidida favoravelmente.

Justificadas são as razões da jurisdicionalização desta matéria, ou seja, a atribuição aos Tribunais da competência para a apreciação e decisão sobre a verificação ou não de algum fundamento de oposição à aquisição da nacionalidade, pelas garantias de contraditório e de recurso que assim se asseguram, em matéria com inegável referência constitucional, atribuição que até 2006 estava acometida à jurisdição comum, e desde 15.12.2006 passou para a jurisdição administrativa, onde actualmente se encontra.

4. Os fundamentos para a acção de oposição à aquisição da nacionalidade portuguesa.

A redacção do artigo 9.º da Lei da Nacionalidade actualmente em vigor (versão da Lei Orgânica 8/2015, de 22 de Junho), prevê cinco tipos diversos de fundamentos de facto de oposição à aquisição da nacionalidade portuguesa, distribuídos por quatro alíneas.

As alíneas a), c) e d) recorrem, na sua formulação, a conceitos indeterminados, portanto a exigir interpretação cuidada da parte do decisor. Contudo, o tema do presente trabalho centra-se apenas e só no fundamento previsto na alínea a): "***A inexistência de ligação efectiva à comunidade nacional***".

É portanto sobre este conceito indeterminado ou "*em branco*" que versam as considerações que seguem, ficando as demais alíneas e fundamentos para ulterior reflexão, e sendo certo que, em algumas delas, as dificuldades não são menores do que as ora em análise.

5. A questão do ónus da prova na acção de oposição à aquisição da nacionalidade.

Cumpre aqui abrir um capítulo para abordar a questão da titularidade do ónus da prova nas acções em causa, ou seja, *a questão de saber a quem compete alegar e fazer prova da verificação da situação de facto evocada na acção*, no caso, da situação de "***inexistência de ligação efectiva à comunidade nacional***".

A redacção do artigo 9.º, alínea a) da Lei da Nacionalidade, que vigorou com a Lei Orgânica n.º 25/94, de 19 de Agosto, e até à entrada em vigor da Lei Orgânica 2/2006, de 17 de Abril, dispunha como fundamento de oposição "***A não comprovação, pelo interessado, de ligação efectiva à comunidade nacional***" (alterando a redacção originária da Lei 37/81, de 3 de Outubro, que referia "*A manifesta ausência de qualquer ligação efectiva à comunidade nacional*").

Daquela redacção resultava claramente que *cumpria ao interessado na aquisição da nacionalidade a prova da sua ligação à comunidade nacional*, e na acção contra ele interposta.

Em sequência, na jurisprudência tirada ao abrigo daquele regime legal – sendo então competente a jurisdição comum, do Tribunal da Relação de Lisboa e do Supremo Tribunal de Justiça – foi-se *exigindo ao candidato a demonstração, em juízo e em sede de acção de oposição, da sua ligação efectiva à comunidade nacional*, demonstração que implicava com um conjunto mais ou menos complexo e variado de factores, tanto mais alargado quanto o candidato não tivesse residência em Portugal, muitas vezes quase implicando a renúncia à anterior nacionalidade e aculturação absoluta à realidade nacional[3].

Tal entendimento passou a ser questionado desde 15.12.2006, com a entrada em vigor da Lei Orgânica 2/2006, de 17 de Abril que, ao alterar a redacção da alínea em causa para os termos em que actualmente se encontra, não poderia deixar de significar que o ónus da prova da "*inexistência de ligação à comunidade nacional*" compete ao autor da acção, ou seja, ao Ministério Público.

Esta alteração de sentido do ónus probatório foi expressamente assumida pelo legislador[4], e foi isso mesmo que o Supremo Tribunal Administrativo acabou por reconhecer, na sequência de consistentes arestos

[3] Sobre esta discussão, ao nível da jurisprudência, e as exigências feitas ao interessado na demonstração da ligação efectiva, ao abrigo do regime da Lei Orgânica n.º 25/94, de 19 de Agosto ver, por exemplo, o acórdão do STJ de 14.12.2006, processo 06B4329, versando o caso de interessado menor natural de Cabo Verde, cujo progenitor obteve a nacionalidade portuguesa por naturalização, mas residindo o interessado no país de origem, acessível em

http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/53b2294aeed816d68025724a003f30b6?OpenDocument

ou ainda, também do STJ, datado de 11.06.2002, processo 02B1645, versando o caso de interessado natural do Brasil, casado com nacional portuguesa, proprietário de imóvel em Portugal, mas vivendo no Brasil, acessível em:

http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/14d915af01b1e0e980256bdf0030595d?OpenDocument

[4] Vitalino Canas, *"Nacionalidade portuguesa depois de 2006"* – Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, volume XLVIII, números 1 e 2, página 509-538.

no mesmo sentido, no Acórdão de Fixação de Jurisprudência 3/2016, de 16.06.2016 (processo 201/16), que assentou[5]:

> ***"Na ação administrativa de oposição à aquisição de nacionalidade portuguesa, a propor ao abrigo do disposto nos arts. 09.º, alínea a) e 10.º da Lei n.º 37/81, de 03 de outubro [Lei da Nacionalidade] na redação que lhe foi introduzida pela Lei Orgânica n.º 2/2006, de 17 de abril, cabe ao Ministério Público o ónus de prova dos fundamentos da inexistência de ligação efetiva à comunidade nacional".***

Registe-se que neste importante acórdão, a matéria de facto provada nos dois arestos em confronto reportava, no caso do *acórdão recorrido*, a uma cidadã de nacionalidade brasileira, casada com um cidadão português natural do Brasil, havendo duas filhas do matrimónio nascidas no Brasil e Alemanha (respectivamente), com nacionalidade portuguesa, residindo na Alemanha, e nunca tendo morado em Portugal e, no caso do *acórdão fundamento*, igualmente uma cidadã natural do Brasil, casada com nacional português, com dois filhos do matrimónio, ambos com nacionalidade portuguesa, mas residindo no Brasil, e declarando participar em eventos da comunidade portuguesa no Brasil.

Assim, quer em face da redacção da Lei que já vinha de 2006, quer da jurisprudência constante do STA, e a manter-se a legislação em vigor, a acção de oposição à aquisição da nacionalidade portuguesa deixou de ser um processo que *reclamava acção do interessado* (a quem competia demonstrar a sua ligação, a sua pertença à comunidade nacional portuguesa), passando radicalmente a ser uma acção que *exige acção do Ministério Público*, nomeadamente em sede de alegação e de prova do conceito de inexistência de ligação efectiva à comunidade nacional, exigência que, como decorre da matéria de facto em causa nos acórdãos que suscitaram a uniformização de jurisprudência, é muito elevada.

Ou seja, ao Ministério Público compete demonstrar e convencer o Tribunal que o requerido está arredado de tal forma da comunidade nacional

[5] Publicado no DR de 18.07.2016.

a que quer passar a pertencer que a não deve integrar, mau grado possuir uma relação familiar de onde resulta o direito de adquirir a nacionalidade portuguesa, este de si já um elemento geralmente reconhecido como de ligação efectiva.

Tal exigência aumenta de dificuldade se pensarmos que a maioria das situações de facto elencadas do artigo 9.º mais não traduzem do que *conceitos indeterminados*, e mesmo situações relativas à vida pessoal do interessado na nacionalidade portuguesa, e de que o conceito de "***ligação efectiva à comunidade nacional***" é o mais acabado exemplo.

Acresce – ainda (!) – o facto de estarmos em sede de processos administrativos ou processos *privativos* do Ministério Público (vulgo PA's), em que os poderes indagatórios são bastante reduzidos, pelo que as diligências de prova se reconduzem a muito pouco.

É por todas estas razões que julgamos da maior importância, neste contencioso, a definição de critérios de composição dos conceitos indeterminados, que sejam não só sindicáveis, mas principalmente demonstráveis em juízo, de onde a preferência por critérios normativos ou com correspondência em letra de lei, ainda que com sede noutros institutos ou contextos de Direito.

6. Dificuldades de composição do conceito de "*ligação efectiva à comunidade nacional*".

O conceito de "*ligação efectiva à comunidade nacional*" é um *conceito indeterminado*, a preencher pelo aplicador do Direito, com apelo aos elementos normalmente usados na interpretação das leis, nomeadamente os elementos literal, sistemático, histórico e teleológico.

Como ensinou **Manuel de Andrade**, "*na base de todos os outros, está o problema da interpretação das leis: todos os outros postulam a solução deste.*

Interpretar as leis constitui, por certo, a primeira tarefa do jurista, do teórico como do prático;[6]".

Se é perceptível a intenção em *manter alguma margem de manobra* para o decisor, em função do caso concreto, por forma a admitir alguma amplitude na sua interpretação e composição, atendendo à multiplicidade de situações que podem ocorrer, a verdade é que os conceitos indeterminados adicionam uma grande dose de dificuldade à actividade já de si difícil que, nas palavras de **Francesco Ferrara** (obra citada, página 129), "*… é a operação mais difícil e delicada a que o jurista pode dedicar-se, e reclama fino tacto, senso apurado, intuição feliz, muita experiência e domínio perfeito, não só do material positivo, como também do espírito de uma certa legislação*".

Uma pesquisa breve pela jurisprudência e mesmo pela doutrina revela concepções e interpretações muito diversas do conceito de *ligação efectiva à comunidade nacional*.

Entre as situações de facto que mais dificuldades sugerem ao decisor são, sem dúvida, a dos casos de pessoas interessadas na aquisição da nacionalidade portuguesa que, *não sendo residentes em Portugal*[7], declaram que querem ser portugueses e são sujeitos de uma relação jurídica familiar de onde brota o direito à aquisição da nacionalidade, mas em que o nacional português de outro lado da relação (cônjuge, ascendente ou adoptante) tem outra nacionalidade *de origem*, tendo adquirido a nacionalidade portuguesa, muitas vezes sem nunca ter estado em Portugal, nem tendo ascendentes directos naturais de Portugal (mas que têm nacionalidade portuguesa pela via do "*ius sanguini*").

Assim, se a questão da ligação efectiva não se coloca (actualmente) no caso da atribuição da nacionalidade portuguesa e na naturalização de netos

[6] **Manuel de Andrade**, *"Ensaio sobre a teoria da interpretação das leis"* e **Francesco Ferrara**, *"Interpretação e Aplicação das Leis"*, Arménio Amado Editor, sucessor, Coimbra 1979, 3.ª edição.

[7] Naturalmente que partimos do princípio, infra desenvolvido, que o conceito de ligação efectiva à comunidade nacional não implica necessariamente residir em Portugal, atentas as comunidades portuguesas espalhadas pelo Mundo. Caso contrário, teríamos de considerar que todos os não residentes nunca teriam ligação efectiva à *comunidade nacional*, leitura que não parece ter de correspondência com a letra da lei.

de portugueses nascidos no estrangeiro[8], ela já é determinante no caso da aquisição, designadamente por parte de pessoas não residentes, ainda que, no caso do casamento, ambos os conjugues partilhem a mesma naturalidade.

É na verdade perante estes casos, muitas das vezes sendo os candidatos naturais e domiciliados em países de língua oficial portuguesa (nomeadamente do Brasil, Angola e Cabo Verde), que nunca estiveram em Portugal, e que estão socialmente inseridos nas respectivas comunidades de origem, que se coloca a questão - por vezes insuperável - de saber se têm ou não ligação efectiva à comunidade nacional, para efeitos da aquisição da nacionalidade portuguesa.

E é precisamente aqui que o decisor tem necessidade de recorrer a factores, mais ou menos seguros, para poder compor o conceito de ligação efectiva à comunidade nacional: *a residência; a existência de descendentes ou ascendentes com nacionalidade portuguesa; a participação em eventos organizados por portugueses, no estrangeiro; a língua de origem; presenças em Portugal; os conhecimentos culturais, desportivos, políticos sobre Portugal*, etc.

Contudo, o recurso a tais factores comporta opiniões e razões subjectivas e sempre antevimos nesta actividade o perigo da presença das paixões pessoais e os arbítrios que espreitam a coberto dos conceitos indeterminados, tentação natural do intérprete, colocando-lhe o pior dos perigos: o de que "***deixando-se apaixonar por uma tese, trabalhe de fantasia e julgue encontrar no direito positivo ideias e princípios que são antes o fruto das suas locubrações teóricas ou das suas preferências sentimentais***" – **Francesco Ferrara**, autor e obra citada.

E, mantendo-nos nos ensinamentos dos mesmos mestres, novamente Manuel de Andrade (obra citada, página 54 e seguintes), "***a certeza do direito***

[8] O que é incoerente com a exigência feita no caso da aquisição da nacionalidade, como tem sido chamado à atenção por vários autores, Como é o caso de **Paulo Manuel Costa**, no artigo *"Oposição à aquisição da nacionalidade: a inexistência de ligação efectiva à comunidade nacional"*, ROA, 2012, e **Ana Rita Gil**, *"Princípios de Direito da Nacionalidade – sua consagração no ordenamento português"*, Revista O Direito, 142 (2010), ambos incluídos na publicação do CEJ sobre *Contencioso da Nacionalidade*, disponível em:

http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/Administrativo_fiscal/eb_Contencioso_Nacionalidade.pdf?id=9&username=guest

sobreleva à rectidão. Porque a vida contenta-se melhor com um direito certo, embora com menos possibilidade de ser recto, do que com um direito que lhe ofereça largas virtualidades de rectidão, mas só á custa de menos certeza".

Daí a importância que entendemos de atribuir aos elementos de interpretação que resultem de normas legais já produzidas e da sua sistemática, e que se vão tentar desenvolver (n.º 8).

7. Referência aos critérios literal, histórico e teleológico para interpretação do conceito de ligação efectiva à comunidade nacional.

Dispõe o artigo 9.º, n.º 1 do Código Civil que "*A interpretação não deve cingir-se à letra da lei, mas reconstituir a partir dos textos o pensamento legislativo, tendo sobretudo em conta a unidade do sistema jurídico, as circunstâncias em que a lei foi elaborada e as condições específicas do tempo em que é aplicada*".

Esta norma fundamental do nosso ordenamento jurídico estabelece as bases que irão servir para a interpretação da lei:

O elemento *literal*, enquanto base inultrapassável para o intérprete, mas que não o deve espartilhar;

O elemento *teleológico*, ou seja, a intenção da lei (a "*mens legis*", não a "*mens legislatoris*");

O elemento *histórico*, que manda estudar os antecedentes e as circunstâncias do tempo em que a lei foi feita;

O elemento *actualista*, que obriga a atender às condições actuais da aplicação da mesma lei, não ficando o intérprete preso ao passado, mas procurando a adaptação à actualidade;

O elemento *sistemático*, que dispõe que o intérprete leia a lei de acordo com todo o sistema jurídico, procurando uma leitura harmoniosa, e não desconforme.

Abordando, ainda que se forma sucinta, o conceito de "***ligação efectiva à comunidade nacional***", à luz dos elementos literal, histórico e teleológico, há algumas ideias que se podem reter.

Do ponto de vista ***literal***, o conceito de ligação efectiva à comunidade nacional parece-nos apontar para a *conexão real e actual da pessoa com outras pessoas que constituem a comunidade portuguesa* – ***os portugueses*** - *seja em Portugal, seja no exterior*.

A ***comunidade nacional*** de portugueses não está limitada ao território nacional (continente e regiões autónomas), mas existe em ***variados países do mundo***, nomeadamente em países de língua oficial portuguesa e em países em que a presença de portugueses é muito significativa, pelo que o termo aponta, a nosso ver, mas claramente, para o *elemento humano*, e não territorial. Daí que, e salvo melhor tese, a residência do interessado possa, muitas das vezes, em nada relevar na composição do conceito de ligação efectiva (nota de rodapé n.º 7 e Acórdão de uniformização de jurisprudência 3/2016 do STA).

Por outro lado, a expressão "***comunidade nacional***" não parece satisfazer-se apenas com a conexão com pessoas que, embora também tendo a nacionalidade portuguesa, integram exclusivamente e no seu essencial ***outra comunidade nacional***, nomeadamente a do estado de residência, e nos aspectos mais práticos da vida, estando arredadas de qualquer ligação à comunidade de portugueses.

Ainda do ponto de vista literal, o conceito de ***comunidade nacional*** parece-nos excluir na sua composição uma relação apenas ***com uma pessoa***, ou seja, com a pessoa de onde nasce o direito à aquisição da nacionalidade (o cônjuge ou companheiro, o ascendente ou o adoptante). Ou seja, não cremos se possa afirmar validamente que tem relação com a ***comunidade nacional portuguesa***, uma pessoa que esteja casada há mais de três anos com pessoa da sua nacionalidade de origem, mas que viria a adquirir nacionalidade portuguesa, *pelo simples facto do matrimónio*, pois que ***comunidade nacional*** é – literalmente – uma realidade ***colectiva***, distinta e mais vasta.

*

Relativamente ao elemento ***histórico*** passível de enquadrar o presente fundamento de oposição à aquisição da nacionalidade, os antecedentes vão no sentido de que na sua origem está um princípio geral de Direito Internacional, segundo o qual a ligação de uma pessoa a um Estado soberano há-de ter sempre por base *uma ligação real e concreta*, para que a pessoa, sendo disso caso, possa reclamar perante Estados terceiros a protecção que o seu Estado de nacionalidade lhe confere, sendo que "*não podem ser todos cidadãos da Suíça ou de outro qualquer país do Mundo*"[9].

É um princípio fundamental do Direito Internacional e do Direito da Nacionalidade que o vínculo jurídico entre o cidadão e um Estado Soberano tenha na sua base uma ligação real e objectiva, e não uma qualquer abstracção, uma aspiração sem futuro nem substrato palpável, sob pena da própria nacionalidade ser uma *farsa*.

Aliás, compreendendo a actual cidadania portuguesa a participação plena na cidadania da União Europeia, não vemos como evitar que a responsabilidade de Portugal – como de todos os Estados Membros – não passe por garantir que a aquisição do vínculo da nacionalidade, em casos onde os factores tradicionais se não verificam (a *ascendência* e o *local de nascimento*) pressuponha, pelo menos, uma ligação efectiva à sua comunidade nacional.

*

Ainda nos antecedentes históricos, mas envolvendo já o elemento sistemático, enquanto instituto jurídico, sabemos que a Lei 2098, de 29 de Julho de 1959 (antecedente da Lei da Nacionalidade, acessível "*on line*" em https://dre.pt/application/file/431555), previa como fundamento de oposição à aquisição da nacionalidade "***terem mais de duas gerações de ascendentes imediatos nascidos no estrangeiro e não provarem*** (os candidatos) ***conhecer suficientemente a língua portuguesa***" – Base XXXV, alínea d).

[9] Desenvolvimento sobre a origem do princípio da ligação efectiva no citado artigo de **Ana Rita Gil.**

Ou seja, aquela norma, em vez de recorrer a conceitos indeterminados (como a que lhe sucedeu, com o uso do conceito de ligação efectiva à comunidade nacional), optou por utilizar dois critérios objectivos de oposição, mas claramente com o mesmo desiderato: ***a existência de duas gerações de ascendentes já nascidos no estrangeiro*** e a ***não prova do conhecimento da língua portuguesa***.

Já a Lei 37/81, de 3 de Outubro, na redacção originária, optou por afastar quaisquer critérios de ligação, antes introduzindo neste domínio o conceito de "ligação efectiva à comunidade nacional", cuja ausência teria no entanto de ser ***manifesta*** para legitimar a oposição do Ministério Público, exigência probatória que não se manteve com as alterações em vigor.

Por outro lado, com a citada Lei 25/94, de 19 de Agosto, a ligação efectiva à comunidade nacional passou a ser da prova do interessado, e também pressuposto para a naturalização, aqui a par de outros pressupostos como o conhecimento da língua e a residência em Portugal pelo menos 6 ou 10 anos, consoante se tratasse de cidadão nacional de países de língua oficial portuguesa ou não (artigo 9.º, alínea a) e 6.º, n.º 1 da Lei). Ainda nesse normativo, e para a naturalização, os pressupostos do conhecimento da língua e da residência podiam ser dispensados, no caso de candidatos havidos como descendentes de portugueses.

Na redacção actual da lei, a naturalização é *obrigatória* no caso de pessoas nascidas no estrangeiro, maiores e emancipadas, sem condenações penais por crimes puníveis com moldura pena de prisão igual ou superior a 3 anos, desde que tenham um ascendente do 2.º grau da linha recta com nacionalidade portuguesa e conheçam suficientemente a língua portuguesa (artigo 6.º, n.º 4).

*

Finalmente, procurando surpreender o elemento ***teleológico*** ou a "*voluntas legis*" da norma onde radica o fundamento em apreço, ensina **Rui Manuel Moura Ramos** que o mesmo radica na necessidade de preservar comunidade portuguesa pessoas que, embora preenchendo um factor legal de aquisição da nacionalidade (relação familiar com nacional português) e

ainda que tenham expressado a vontade de adquirir a nacionalidade, não tinham na realidade, um vínculo efectivo com a comunidade nacional [10].

Ou, noutro local, o mesmo autor refere que "*Um outro interesse fundamental a proteger é o da efectividade do vínculo da nacionalidade. A aquisição não deverá ter lugar quando o autor da declaração não se encontre minimamente integrado na comunidade a quer passar a pertencer, apesar de ser casado com, um nacional desse país…*"[11].

Assim, e muito em resumo, alguns tópicos de leitura do conceito, à luz do sentido literal, histórico e teleológico da norma, que podem ainda assim não fornecer critérios seguros para compor o conceito, tão várias e distintas são as situações de facto que se podem colocar.

8. Os critérios normativo e sistemático para composição do conceito de ligação efectiva à comunidade nacional

"*O intérprete há-de mover-se no âmbito das possíveis significações linguísticas do texto legal e tem, de respeitar o sistema da lei, não lhe quebrando a harmonia, não lhe alterando ou rompendo a sua coerência interna*" – **Manuel de Andrade**, obra citada, página 64.

O elemento sistemático na interpretação da lei faculta o olhar de todo o sistema sobre a questão em análise, sendo a sua potencialidade a de permitir uma leitura harmoniosa da norma com todo o sistema nacional onde se enquadra, e referenciada a normas e conceitos legais que, embora podendo estar contextualizados com outros institutos ou finalidades, não deixam de integrar o mesmo sistema.

---

[10] *"A cláusula indeterminada inicialmente prevista visava, pela sua latitude, permitir frustrar a inserção na comunidade portuguesa de indivíduos que, mau grado a manifestação de vontade nesse sentido e o vínculo familiar com um cidadão português, não tinham na realidade um vínculo efectivo à comunidade nacional"* **– Rui Manuel Moura Ramos**, *"A renovação do direito português da nacionalidade pela Lei Orgânica 2/2006, de 17 de Abril",* in RLJ, Março-Abril 2007, página 211.

[11] **Rui Manuel Moura Ramos**, "*Oposição à aquisição da nacionalidade portuguesa*" – Revista de Direito e Economia, Ano XII, 1986, página 290. Além destes artigos, a conhecida obra do mesmo autor "*Do direito português da nacionalidade*", Coimbra Editora, 1992, permanece central no estudo da matéria.

Do ponto de vista sistemático, na ordem jurídica portuguesa, e para além dos antecedentes já referidos da Lei 2098, existem pelo menos dois normativos que indicaram caminhos para o preenchimento do conceito de "*ligação efectiva à comunidade nacional*":

- A Constituição da República Portuguesa e o DL 319-A/76, de 3 de Maio, em referência à capacidade eleitoral activa para o Presidente da República; e,

- A Lei Orgânica 9/2015, de 29 de Julho, em referência à atribuição da nacionalidade portuguesa a pessoas nascidas no estrangeiro com pelo menos um ascendente de nacionalidade portuguesa do 2.º grau na linha recta.

Embora as *hesitações* e *variações* do legislador, na composição do conceito de ligação efectiva sejam em absoluto evidentes nos regimes jurídicos em causa (o que, mais uma vez, não deixa de reflectir a dificuldade do tema), o primeiro apenas vigorando cinco anos, o segundo ainda não em vigor, a verdade é que representam *aproximações normativas e sistemáticas* ao mesmo, pelo que não podem deixar de ser consideradas.

8.1. O conceito de ligação efectiva à comunidade nacional em sede de regime jurídico das eleições para o Presidente da República.

A Constituição da República Portuguesa, no seu artigo 121.º, n.º 2, ao regular a eleição do Presidente da República, estatui que os cidadãos portugueses que residam no estrangeiro poderão votar em tais eleições, tendo em conta "*a existência de laços de efectiva ligação à comunidade nacional*".

Estabelece portanto uma distinção, para efeitos de capacidade eleitoral para o Presidente da República, entre nacionais residentes e nacionais não residentes, com base no critério da ***ligação efectiva à comunidade nacional***.

É o DL 319-A/76, de 3 de Maio que desenvolve o regime jurídico das eleições para o Presidente da República, sendo que quanto à densificação do conceito de ligação efectiva à comunidade nacional, o mesmo tem sido

objecto de alguma querela político-partidária[12], e tal apenas veio a ocorrer com a redacção com a Lei Orgânica 5/2005, de 8 de Setembro, entretanto já objecto de alteração, com a Lei Orgânica 3/2010, de 15 de Dezembro.

Ou seja, estamos em campo de *produção legislativa sucessiva*, em curto espaço de tempo, o que naturalmente acaba por não sedimentar os conceitos, mas antes os altera ao sabor dos acontecimentos.

No entanto, e pela sua importância, cumpre *destacar* a concretização do conceito de ligação efectiva à comunidade nacional que foi feita na citada a Lei Orgânica 5/2005, de 8 de Setembro, da seguinte forma:

> Artigo 1.º-B.
>
> Cidadãos residentes no estrangeiro.
>
> 1 - São admitidos ao recenseamento eleitoral do Presidente da República os cidadãos portugueses residentes nos Estados membros da União Europeia ou nos países de língua oficial portuguesa que tenham deixado de ter residência habitual no território nacional há menos de 15 anos.
>
> 2 - Os cidadãos portugueses residentes nos demais Estados são igualmente admitidos ao recenseamento eleitoral do Presidente da República no caso de terem deixado de residir habitualmente no território nacional há menos de 10 anos.
>
> 3 - São também admitidos ao recenseamento eleitoral do Presidente da República, para além dos casos referidos nos números anteriores, os cidadãos portugueses que se tenham deslocado a Portugal e aí permanecido pelo menos 30 dias nos últimos cinco anos e tenham feito prova de conhecimento da língua portuguesa.

[12] Sobre a discussão legislativa e desenvolvimento deste tema, Laura Lopes Costa, *"O Voto dos portugueses residentes no estrangeiro no actual ordenamento jurídico português"*, Polis, 18721 (2012), dissertação de mestrado.

Resulta portanto que esta norma previa como *sinal* de ligação efectiva à comunidade nacional *a residência em território nacional há menos de 15 ou 10 anos* (para residentes nos Estados membros da União Europeia ou nos países de língua oficial portuguesa ou nos demais Estados), em alternativa, que *os cidadãos portugueses se tenham deslocado a Portugal nos últimos 5 anos, e cá permanecido pelo menos 30 dias e que tenham feito prova do conhecimento da língua portuguesa*.

Como referido, tal norma pouco vigorou, tendo sido alvo de *alteração* pela Lei Orgânica 3/2010, de 15 de Dezembro, que veio suprimir os critérios de densificação referidos, passando agora a redacção do artigo 1.º B a ser a seguinte:

> Artigo 1º-B
>
> Cidadãos residentes no estrangeiro
>
> A nacionalidade portuguesa e a inscrição no recenseamento eleitoral no estrangeiro são provas suficientes da existência de laços de efectiva ligação à comunidade nacional.

Em suma, o que se pode reter da actividade legislativa, em sede de conceito de ligação efectiva à comunidade nacional, para concretização da única norma da Constituição da República Portuguesa que o usa, é que o legislador, após um longo período sem concretização normativa, apenas em 2005 o viria a fazer, para em 2010 revogar tais critérios, passando a considerar como ***critérios únicos de sinal de ligação efectiva*** a ***nacionalidade portuguesa*** e a ***inscrição no recenseamento eleitoral*** (que, para nacionais residentes no estrangeiro, é facultativa).

Entre as razões de tal revogação podem estar imperativos de não descriminação entre nacionais residentes e não residentes, conforme apontado por **Laura Lopes Costa**, na obra citada (nota de rodapé 9), crendo nós que tais razões não têm a mesma acuidade quando está em causa não a

distinção entre nacionais portugueses para efeitos de voto no Presidente da República, mas sim a aquisição da própria nacionalidade.

Ou seja, não cremos que a transposição do actual conceito de ligação efectiva que está contemplado no artigo 1.º B do DL 319-A/76 de 3 de Maio e supra transcrito, para o domínio da nacionalidade, satisfaça o intérprete.

Se entendermos que a ligação efectiva à comunidade nacional se basta, em matéria de aquisição da nacionalidade, com a *existência da ligação familiar com um nacional português* e a *declaração de vontade na aquisição da mesma nacionalidade*, estaremos a esvaziar em absoluto a razão da existência do fundamento de oposição em si mesmo, o que causaria uma contradição insanável nos termos da própria Lei da Nacionalidade, deixando de ter qualquer sentido a cláusula da alínea a) do artigo 9.º.

Acresce que são incomparáveis, quer no alcance, quer nos efeitos, *a inscrição no recenseamento eleitoral* e a *declaração de vontade na aquisição da nacionalidade portuguesa*.

A primeira representa tão só a vontade de um nacional português em *participar em actos eleitorais* para órgãos representativos do poder político português; A segunda representa um *estatuto jurídico de cidadania*, uma responsabilidade de tutela e protecção por parte do Estado Português, e ainda, com a adesão à União Europeia, uma garantia da liberdade de circulação e de residência na quase totalidade do espaço europeu (liberdade cujo valor económico nos dispensamos de desenvolver).

Cumpre no entanto referir que esta tese – e a de que a ligação efectiva à comunidade nacional existe pela simples ligação familiar e pela declaração de vontade em querer ser nacional português – parece ganhar a cada dia mais adeptos, nomeadamente e como é lógico, da parte dos interessados.

O recente acórdão de fixação de jurisprudência do STA não deixa de auxiliar a esta tese, nomeadamente se considerarmos a matéria de facto ali analisada, que reclama do Ministério Público a prova de factos que demostrem a ausência de ligação, *pese embora* em casos em que o interessado

nunca esteve em Portugal, e o nacional português de onde nasce o direito à aquisição da nacionalidade é um cidadão natural de outro país.

8.2. O conceito de ligação efectiva à comunidade nacional em sede de atribuição da nacionalidade portuguesa a pessoas nascidas no estrangeiro com pelo menos um ascendente de nacionalidade portuguesa do 2.º grau na linha recta.

A Lei 9/2015, de 27 de Julho, a mais recente alteração à Lei da Nacionalidade, embora nunca tenha entrado em vigor (mais uma vez sendo evidentes as reticências e dúvidas do legislador), estabelece no seu artigo 1.º, n.º 3 como critérios de "*ligação efectiva à comunidade nacional*", para efeitos de atribuição da nacionalidade a pessoas nascidas no estrangeiro, com pelo menos um ascendente de nacionalidade portuguesa no 2.º grau na linha recta:

> A verificação da existência de laços de efectiva ligação à comunidade nacional, para os efeitos estabelecidos na alínea d) do n.º 1, implica o reconhecimento, pelo Governo, da relevância de tais laços, nomeadamente pelo conhecimento suficiente da língua portuguesa e pela existência de contactos regulares com o território português (…).

Por falta de regulamentação, a Lei Orgânica 9/2015, de 29 de Julho nunca entrou em vigor – artigos 4.º e 6.º da mesma – sendo que se desconhece se tal regulamentação vai ou não ser aprovada, ou se pelo contrário, irá ser a Lei da Nacionalidade revista, não passando esta Lei 9/2015, de 29 de Julho, de um projecto fracassado à partida.

Uma coisa é certa: mais uma vez, o legislador entendeu não prescindir de dois elementos na composição do conceito de ligação efectiva à comunidade nacional, *o conhecimento suficiente da língua portuguesa e contactos regulares com o território nacional*.

8.3. Síntese relativa aos critérios normativos para composição do conceito de ligação efectiva à comunidade nacional

Resulta do exposto que, recorrendo a elementos normativos para composição do conceito de ligação efectiva à comunidade nacional, e atendendo aos preceitos da ordem jurídica portuguesa que desenvolveram ou desenvolvem o conceito – embora revogados, ou nunca vigentes – o legislador não dispensou os seguintes elementos, para o caso de não residentes:

- O conhecimento suficiente da língua portuguesa;
- O contacto regular ou durante um período mínimo com o território nacional.

Ou seja, e para os casos de dificuldades supra exemplificados (não residentes em que o factor de relação familiar com nacional português se reporta a pessoa ela própria natural de outro Estado e nunca tendo estado em Portugal), cremos que os critérios em causa não podem deixar de ser considerados e, em princípio, na prova sua ausência e não havendo outros elementos, existirá prova para a acção de oposição à aquisição da nacionalidade com base na da falta de ligação à comunidade nacional.

É importante salientar que o interessado na aquisição da nacionalidade portuguesa por efeito da vontade ou da adopção, embora dispensado do ónus de provar a ligação efectiva à comunidade nacional, *não está no entanto dispensado de se pronunciar sobre a mesma*, em sede administrativa (artigo 57.º, n.º 1 do Regulamento).

Atendendo à dignidade do vínculo jurídico que constitui a nacionalidade, esta pronúncia não se pode limitar a uma declaração formal, despida de conteúdo, como um "*assinalar de cruz*", mas antes deve traduzir matéria de facto susceptível de indiciar a ligação real à comunidade de portugueses a que se pretende aderir, pronúncia (ou omissão) que pode e deve ser valorada em juízo.

9. Dificuldades nos critérios normativos identificados.

Como resulta do exposto, os critérios supra referidos estão longe de serem, também eles, isentos de problemas, a começar pela fraqueza mais evidente – a de se reportarem a normas ou entretanto revogadas ou nunca vigentes.

Por outro lado, e ainda que a ser considerados, os critérios não deixam de suscitar questões.

No caso do *conhecimento da língua portuguesa*, e na impossibilidade de realizar qualquer prova ou teste de conhecimentos para o caso da aquisição da nacionalidade, quando podemos ter tal critério satisfeito?

Quanto ao *contacto regular ou durante um período mínimo com território nacional*, como entendê-lo?

Não obstante, estamos convencidos que as dificuldades suscitadas serão sempre inferiores às que se colocam quando se recorrem a outros critérios ou factores, de teor mais subjectivo.

Em tese, o critério do *conhecimento da língua portuguesa* não suscitará problemas se o candidato for natural de país de língua oficial portuguesa. Caso contrário, e em princípio, o interessado não terá conhecimento da língua portuguesa, salvo se o demonstrar, em diligências a concretizar antes de instaurada a acção[13], e que nada impede sejam desenvolvidas pelo Ministério Público, em sede interna (pensamos nomeadamente na possibilidade de juntar certificados de habilitações ou mesmo prova testemunhal) e como contraponto de ao interessado na aquisição da nacionalidade portuguesa continuar a exigir-se uma *pronúncia relativamente à ligação efectiva*.

[13] A comprovar, nomeadamente por algum dos meios previstos no artigo 25.º do Regulamento da Nacionalidade.

Relativamente ao critério do *contacto regular ou durante um período mínimo com o território nacional*, o que cremos que o Ministério Público pode apurar, com recurso às autoridades competentes (nomeadamente ao Serviço de Estrangeiros e Fronteiras) ou mesmo junto do interessado, é se este tem algum registo de presenças em território nacional, e daí partir para a análise do critério em causa.

10. Alcance dos critérios.

Perfilhando – como perfilhamos - a tese de que a Lei da Nacionalidade continua a obstar a aquisição da nacionalidade portuguesa a todos os que não tenham ligação efectiva à comunidade nacional, e que esta não se basta com a ligação familiar de onde nasce o direito e a declaração de vontade do interessado, mas também não exige a residência em território nacional, o Ministério Público, enquanto detentor da legitimidade activa exclusiva para a acção de oposição, e a quem compete o ónus da alegação e prova, carece de definir critérios objectivos de composição do conceito, que sejam não só certos, mas que sejam também sindicáveis em juízo.

Os critérios que supra se sugeriram (conhecimento da língua portuguesa e presenças regulares ou durante período razoável em Portugal, juntamente com a interpretação literal inultrapassável dos termos "*ligação efectiva*" e "*comunidade nacional*"), possuem essas características, e parecem-nos respeitadores do sistema jurídico e das (poucas) normas legais que o legislador nacional já produziu sobre o conceito.

Contudo, em caso algum são critérios exclusivos ou preclusivos, ou seja, a sua não verificação pode não excluir, por si só, a ligação efectiva à comunidade nacional.

Mesmo na ausência de algum ou de ambos os critérios, podemos ainda assim deparar com o caso de um interessado que, por força de outros

critérios de interpretação, e na presença de outros elementos (nomeadamente trazidos pelo próprio, no âmbito da pronúncia que lhe incumbe), conduzam ao preenchimento do conceito de ligação efectiva à comunidade nacional, tão indeterminado permanece...

António Manuel Beirão
Procurador da República

Data Venia
Ano 4 ● N.º 06 [pp. 379-394]

Particularidades do contrato de trabalho do atleta profissional de futebol

NO DIREITO PORTUGUÊS E NO DIREITO BRASILEIRO

André Augusto Duarte Monção
Professor
Bacharel em Direito
Mestrando em Ciências Jurídicas

RESUMO: O presente artigo pretende realizar uma breve abordagem sobre algumas questões relacionadas com o contrato de trabalho do atleta profissional de futebol, fazendo uma sucinta comparação entre o direito português e o brasileiro.
Palavras-Chave: Atleta – Futebol – Contrato - Trabalho

ABSTRACT: This article intends to hold a brief discussion on some issues related to the employment contract of professional soccer athlete, making a brief comparison between the Portuguese and Brazilian law.
Keywords: Athlete – Soccer – Contract - Work

Particularidades do contrato de trabalho do atleta profissional de futebol

NO DIREITO PORTUGUÊS E NO DIREITO BRASILEIRO

André Augusto Duarte Monção
Professor
Bacharel em Direito
Mestrando em Ciências Jurídicas

Sumário: 1. Introdução. 2. Contrato de trabalho do atleta profissional de futebol: conceito e particulares. 3. Rescisão do contrato e órgão competente para a solução de litígios. 4. Remuneração. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

1. Introdução

A história dos esportes está intimamente ligada com a evolução humana, inclusive, há historiadores que citam que, depois da alimentação, a mais antiga forma de atividade humana é o esporte.

Os primeiros "passos" do desporto foram dados na antiga Babilônia, onde escavações recentes comprovam a existência de monumentos ligados a vários tipos de esportes, como lutas, jogos com bolas e natação. Entretanto, foi apenas na Grécia Antiga que o esporte passou a ocupar a um lugar de destaque na sociedade. O esporte, diferentemente do trabalho – que cabia aos escravos – conferia prestígio ao cidadão.

A evolução deste fenômeno mundial chamado esporte - e de seu vasto significado para o ser humano - deve ser compreendido historicamente como uma das primeiras manifestações de Direito, ainda que ligada fortemente a elementos como a Religião (atividades motivadas pelo culto aos deuses) e o Militarismo (exercícios de capacitação para a guerra). A figura atlética retratada no ideal grego e a lista de regalias que eram concedidas aos atletas romanos servem, também, para ilustrar perfeitamente a relevância das

manifestações esportivas, que, já nestas sociedades antigas, ostentavam também finalidades sociais e políticas, tais como o entretenimento da população e a valorização pessoal dos organizadores e dos vitoriosos.

Nos dias atuais, nos esportes de alto rendimento, percebe-se o avanço da lógica mercantilista. As equipes esportivas são espécies de grandes companhias artísticas com atletas milionários e "shows" que mobilizam a mídia e o público. Nos grandes clubes de futebol europeu, grande partes das finanças são provenientes das ações de *marketing* dos clubes em todo o mundo. Tal fato tem como decorrência a contratação de atletas "estrelas", não apenas para a prática do esporte, mas, principalmente, com o objetivo da utilização de sua imagem em propagandas e vendas de camisas, que geram receitas milionárias para os clubes empregadores.

Diante do supracitado cenário, tornou-se necessária a criação de uma legislação para regulamentar os contratos dos atletas profissionais de futebol, os quais possuem particularidades a eles inerentes, tais como o seu caráter temporário e a existência de algumas verbas específicas que são pagas no momento de sua rescisão.

2. Contrato de trabalho do atleta profissional de futebol: conceitos e particularidades

Domingos Sávio Zainaghi conceitua de forma precisa o contrato de trabalho do atleta profissional do futebol:

> (...) é aquele avençado entre atleta (empregado) e entidade de prática desportiva (empregador), através de um pacto formal, no qual resta claro o caráter de subordinação do primeiro em relação a este último, mediante remuneração e trabalho prestado de maneira não eventual. Deve-se entender por formal como sendo o contrato de natureza escrita.[1]

[1] ZAINAGHI, Domingos Sávio - **Nova legislação desportiva:** aspectos trabalhistas. São Paulo: LTr, 2004. p.17.

No Brasil, a Lei n.º 9.615/98, conhecida como "Lei Pelé",[2] regula essas relações, não sendo a única, pois ela mesma prevê para os contratos dos atletas profissionais a aplicação subsidiária da CLT e da legislação previdenciária. É o que se observa no seu artigo 28, § 4º, que prevê:

> Art. 28. A atividade do atleta profissional é caracterizada por remuneração pactuada em contrato especial de trabalho desportivo, firmado com entidade de prática desportiva, no qual deverá constar, obrigatoriamente:
>
> (...)
>
> § 4º Aplicam-se ao atleta profissional as normas gerais da legislação trabalhista e da Seguridade Social, ressalvadas as peculiaridades constantes desta Lei.

Conforme dispõe Sá Filho:

> Em relação a esse contrato de trabalho especial destaca-se a aplicação dos seguintes princípios gerais do contrato de trabalho, quais sejam, onerosidade, subordinação, habitualidade e a pessoalidade. (…) Deixando de haver qualquer um desses elementos, descaracterizado estará o vínculo de emprego entre o atleta profissional.[3]

O mesmo ocorre em Portugal, onde a principal lei reguladora desses contratos de trabalho é a Lei n.º 28/98, de 26 de Junho, doravante denominada LCTD (Lei do Contrato de Trabalho Desportivo), sendo que o texto da própria lei permite a aplicação de outras leis trabalhistas de forma subsidiária:

> Artigo 3.º - Às relações emergentes do contrato de trabalho desportivo aplicam-se, subsidiariamente, as regras aplicáveis ao contrato de trabalho.

[2] Tal denominação se deu em virtude de ter sido a norma em comento aprovada quando o ex-jogador de futebol Edson Arantes do Nascimento (Pelé) era Ministro do Desporto e Presidente do Conselho do INDESP (Instituto Nacional de Desenvolvimento do Desporto).

[3] SÁ FILHO, Fábio Menezes de - **Contrato de trabalho desportivo:** revolução conceitual de atleta profissional de futebol. São Paulo: LTr, 2010. p. 45-47.

Uma característica marcante desse contrato de trabalho é a sua determinação temporal de validade. Ao contrário da regra-geral, que prevê que os contratos de trabalho são firmados para vigorarem por tempo indeterminado, no contrato firmado entre a agremiação e o atleta, a própria legislação determina o seu tempo máximo de duração. Eis a disposição do artigo 30, *caput*, da Lei Pelé:

> Art. 30. O contrato de trabalho do atleta profissional terá prazo determinado, com vigência nunca inferior a três meses nem superior a cinco anos.
>
> Parágrafo único. Não se aplica ao contrato especial de trabalho desportivo do atleta profissional o disposto nos arts. 445 e 451 da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.

Como visto, o próprio parágrafo único já exclui para aquelas relações trabalhistas a aplicação do artigo 445 da CLT, o qual determina que os contratos de trabalho por tempo determinado não poderão ultrapassar 2 (dois) anos.

É o que ocorre também no direito lusitano, no qual, como sabemos, o modelo do contrato laboral comum assenta na regra da contratação por tempo indeterminado, nos termos do artigo 129.º do CT, que é excepcionado para a atividade laboral desportiva, onde, atendendo à sua natureza e carácter temporário, a regra é a da contratação a termo. Nas palavras de Albino Baptista, no âmbito do fenômeno desportivo profissional, o contrato de trabalho a termo *"é mesmo a única categoria contratual admitida na relação laboral do praticante desportivo"*.[4]

Pode-se destacar, também, o caráter formal desse tipo contrato. A CLT, baseada no princípio da informalidade, prevê a possibilidade de os contratos de trabalho, em geral, serem feitos na forma verbal ou escrita. No entanto, nos

[4] BAPTISTA, Albino Mendes - **Estudos Sobre o Contrato de Trabalho Desportivo**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 17.

contratos do atleta profissional a situação é outra. É que o contrato do atleta profissional só pode ser pactuado por meio de contrato escrito, por expressa disposição do art. 28, *caput*, da Lei Pelé, *in verbis*:

> Art. 28. A atividade do atleta profissional é caracterizada por remuneração pactuada em contrato especial de trabalho desportivo, firmado com entidade de prática desportiva, no qual deverá constar, obrigatoriamente:
>
> (...)

Ademais, cumpre registrar que, no Brasil, o contrato de trabalho de atleta profissional possui dois elementos obrigatórios em seu corpo, quais sejam, remuneração e cláusula penal.

Em outro diapasão, é necessário notar que o art. 28 da Lei n.º 9.615/98 aplica-se com obrigatoriedade exclusivamente para os atletas e entidades de prática profissional do futebol, sendo facultada a sua utilização às demais modalidades desportivas a sua adoção, de acordo com o artigo 94 da citada lei.

Portanto, tão somente pelo determinado no diploma legal retro citado, não restam dúvidas que a relação existente entre clube e atleta é de emprego.

No tocante aos sujeitos da relação, empregador e empregado, é mister citarmos o entendimento de Domingos Sávio Zainagh sobre quem poderá configurar como parte da relação:

> Vê-se, pois que empregador só poderá ser uma pessoa jurídica, ou seja, uma associação. E esta, como entidade de prática esportiva, deverá revestir-se das formalidades exigidas na legislação específica, como, por exemplo, seu registro na Federação Estadual e na Confederação Brasileira de Futebol.[5]

Mais adiante, prossegue:

> Quanto ao empregado, diz a lei em seu art. 2º: Considera-se empregado, para os efeitos desta Lei, o atleta que praticar o futebol, sob a subordinação de empregador, como tal definido no artigo 1º mediante remuneração e contrato,

[5] ZAINAGHI, Domingos Sávio - **Nova legislação desportiva:** aspectos trabalhistas. São Paulo: LTr, 2004. p.17.

> na forma do artigo seguinte. Imprecisa a definição legal face ao que prevê a CLT em seu art. 3º. Falta ao artigo supratranscrito a não eventualidade que é prevista no texto consolidado. A subordinação por si só, não caracteriza a existência de vínculo de emprego, uma vez que se pode imaginar um atleta que jogue apenas uma par t ida, tendo de obedecer às determinações do técnico (empregado do clube) e não se estará diante de um contrato de trabalho.[6]

Ainda acerca caracterização do atleta profissional, é importante colacionarmos a opinião de Ralph Cândia:

> A nosso ver, deverá ser considerada igualmente, como condição substancial, a prática continuada do futebol, por parte do atleta, afastando-se a possibilidade de participação eventual que, embora remunerada, não configure um contrato, ainda que o jogador se apresente, de forma intermitente, num prazo mínimo de três meses, aludido no art. 3º. A subordinação, no caso de esporádicas competições, desapareceria por completo, e a contratação para apresentações em uma ou algumas partidas afigurar-se-ia ajuste com nítido caráter de autonomia, regido pelas regras do direito civil. A reiterada participação nos jogos, a serviço do empregador, afigura-se, pois, requisito fundamental para o surgimento da imagem do empregado pelo disciplinamento sob estudo.[7]

Tal como ocorre no Brasil, a doutrina portuguesa também se reporta ao *contrato especial de trabalho*, ou *regime jurídico especial*, ao tratar do contrato de trabalho dos futebolistas profissionais, também possuindo legislação especial para regulá-la, sendo uma das principais a Lei n.º 28/98, de 26 de Junho, doravante denominada LCTD (Lei do Contrato de Trabalho Desportivo).

O n.º 2 do artigo 5.º da referida lei, assim como na legislação brasileira, determina que o contrato de trabalho do praticante desportivo em Portugal é

[6] ZAINAGHI, Domingos Sávio - **Os atletas de Futebol no Direito do Trabalho.** São Paulo: LTr, 1998. p. 59.

[7] CÂNDIA, Ralph - **Comentários aos Contratos Trabalhistas Especiais.** São Paulo: LTr, 1987. p. 12.

um contrato formal, ou seja, só é válido se for celebrado por escrito e assinado por ambas as partes.

> Artigo 5.º - Forma
>
> (...)
>
> 2 – O contrato de trabalho desportivo só é válido se for celebrado por escrito e assinado por ambas as partes, dele devendo constar:
>
> a) A identificação das partes, incluindo a nacionalidade e a data de nascimento do praticante;
>
> b) A actividade desportiva que o praticante se obriga a prestar;
>
> c) O montante de retribuição;
>
> d) A data de início de produção de efeitos do contrato;
>
> e) O termo de vigência do contrato;
>
> f) A data de celebração.

A falta de observância desta formalidade é geradora de nulidade, nos termos do artigo 220.º do Código Civil, *ex vi* do artigo 3.º da LCTD; no entanto, trata-se de uma nulidade atípica, na medida em que os seus efeitos não são retroativos, operando apenas *ex nunc*, em virtude do disposto no n.º 1 do artigo 115.º do Código do Trabalho.[8]

3. Rescisão do contrato e órgão competente para a solução de litígios

No contrato de trabalho desportivo em Portugal, o atleta/empregado não pode romper o contrato *ante tempus*, *nem ad nutum*. A rescisão, ou melhor, a demissão terá de ser com justa causa para o efeito, nos termos do artigo 26.º, n.º 1, alínea "d" da LCTD, contrariamente do que acontece nas relações laborais comuns, nas quais o trabalhador poderá rescindir o contrato com ou sem justa causa (artigos 441.º e 447.º do CT).

[8] Aprovado pela Lei n.º 99/2003, de 27 de Agosto, alterado pela Lei n.º 9/2007, de 20 de Março e pela Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro. Doravante simplesmente designado por CT.

A justa causa, no contrato de trabalho comum, legitima o trabalhador a fazer cessar, imediatamente, o contrato, sendo dispensado o correspondente aviso prévio à entidade empregadora (artigo 441.º, n.º 1 do CT); no contrato de trabalho desportivo, a justa causa habilita o praticante desportivo a fazer cessar, licitamente, o contrato (artigo 26.º, n.º 1, alínea "d" da LCTD).[9]

Para compreendermos melhor o problema da extinção da relação laboral, deveremos abordar o problema na perspectiva da parte afetada com tal decisão extintiva. Assim, no âmbito do contrato de trabalho comum, o fim da relação laboral por iniciativa do empregador – despedimento – provoca no trabalhador, não raro, efeitos trágicos com a perda de emprego que, na maior parte das vezes, consiste no seu único meio de subsistência; já na relação laboral desportiva, a demissão do praticante desportivo conduz, por vezes, a problemas vários para o seu empregador, quer de índole orgânico desportivo – perda de um jogador influente no rendimento da equipe – quer de índole patrimonial, pois, no fenómeno desportivo os praticantes são ativos patrimoniais que os clubes possuem e, não raras vezes, vão valorizando em função da evolução da sua performance.[10]

O contrato de trabalho do praticante desportivo é um contrato sujeito a *termo estabilizador*, o que obsta a faculdade de denúncia antecipada do mesmo, sendo ilícita caso aconteça.[11]

No entanto, como já foi referido, o direito laboral desportivo permite a demissão do praticante desportivo com justa causa, independentemente do termo do contrato – artigo 26.º, n.º 1, alínea "d" da LCTD.

De forma clara, Jorge Miguel Acosta Soares explica a situação inicial, no Brasil, relativa à competência para o julgamento das controvérsias contratuais trabalhistas que envolvessem os atletas e as agremiações. Aduz o citado autor

[9] AMADO, João Leal - **Vinculação versus Liberdade**: O Processo de Constituição e Extinção da Relação Laboral do Praticante Desportivo. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 254-257.

[10] AMADO, João leal – **Op. Cit.** p. 256.

[11] Contudo, o contrato de formação desportiva, regulado nos artigos 31.º a 40.º da LCTD, já pode ser rescindido livremente pelo formando, bastando, para o efeito, que a "vontade de rescindir seja comunicada, por escrito, à entidade formadora com a antecedência mínima de oito dias", nos termos do artigo 28.º do Decreto Lei n.º 205/96, de 25 de Outubro, *ex vi* do artigo 39.º, n.º 1 da LCTD.

que, até o ano de 1976, todos os conflitos dessa natureza eram resolvidos ou na Justiça Comum ou na Justiça Desportiva, não havendo a possibilidade de os profissionais recorrerem aos órgãos judiciais trabalhistas, já que, até aquela data, o entendimento era de que as suas atividades não eram regidas pela CLT.

Com a entrada em vigor da Lei n.º 6.354/76, a situação mudou parcialmente, já que essa norma previa a Justiça do Trabalho como competente para o julgamento das lides entre os atletas e os clubes, ainda que em caráter residual. Eis o que dispunha o art. 29 da referida legislação:

> Art. 29. Somente serão admitidas reclamações à Justiça do Trabalho depois de esgotadas as instâncias da Justiça Desportiva, a que se refere o item III do artigo 42 da Lei nº 6.251, de 8 de outubro de 1975, que proferirá decisão final no prazo máximo de 60 (sessenta) dias contados da instauração do processo.

Foi a partir do advento da Constituição Federal de 1988 que esse panorama começou a ser alterado. Primeiro, essa norma maior, por meio de seu art. 5º, XXXV, *in verbis*, deu caráter constitucional ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, o que afastou de vez qualquer tentativa de interpretação que visasse a restringir a competência judicial em detrimento de órgãos administrativos.

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
>
> (…)
>
> XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;
>
> (...)

A celeuma foi finalizada cerca de dez anos após a promulgação da Constituição de 1988, com a entrada em vigor da Lei n.º 9.615/98 (Lei Pelé), que restringiu a competência da Justiça Desportiva ao julgamento das

infrações disciplinares ocorridas nas competições desportivas. Eis o que dispõe o art. 50 da Lei Pelé:

> Art. 50. A organização, o funcionamento e as atribuições da Justiça Desportiva, limitadas ao processo e julgamento das infrações disciplinares e às competições desportivas, serão definidos nos Códigos de Justiça Desportiva, facultando-se às ligas constituir seus próprios órgãos judicantes desportivos, com atuação restrita às suas competições.

4. Remuneração

O art. 457 da CLT assim dispõe:

> Art. 457 - Compreendem-se na remuneração do empregado, para todos os efeitos legais, além do salário devido e pago diretamente pelo empregador, como contraprestação do serviço, as gorjetas que receber.

Em relação à atividade desportiva, remuneração corresponde a todas as verbas pagas ao atleta diretamente pelo clube enquanto empregado deste no desempenho das atividades desportivas, ou seja, os ganhos de natureza salarial, mais as gorjetas, que são pagas por terceiros e apenas repassada pelo empregador aos jogadores de futebol.

Entretanto, no Brasil, não podemos deixar de pontuar a questão das verbas que são pagas aos atletas profissionais - especialmente os jogadores de futebol – sob a especificação de "direito de imagem", como se fossem oriundas de um contrato de cessão de imagem do atleta, mas que, na verdade, não passam de uma verba de natureza trabalhista paga "por fora", com o único objetivo de burlar obrigações trabalhistas e fiscais.

Essa artimanha, infelizmente, tem sido generalizada entre a maioria dos clubes de futebol de Brasil, tornando-se comum entre praticamente todos os jogadores de futebol brasileiros a simulação do verdadeiro objeto do "contrato de imagem".

Ocorre que, enquanto em vigor os contratos de trabalho e o de imagem, o atleta (empregado) não se insurge contra o fato de ter pactuado o dito contrato de natureza civil, com feições de natureza trabalhista. Somente quando da rescisão do contrato laboral é que o atleta pleiteia perante a Justiça do Trabalho, e não a Justiça Comum, por meio da ação própria, a integração da verba percebida, "mascaradamente", a título de direito de imagem, ao cálculo do montante das verbas rescisórias.

Os tribunais trabalhistas brasileiros, ao enfrentarem essas demandas, surgidas principalmente após o advento da Lei Pelé, solidificaram o entendimento de que, em se constatando tal fraude no caso concreto, o contrato teria o caráter trabalhista, e não cível, tendo as verbas advindas do mesmo, natureza salarial. Nesse sentido:

> EMENTA: DA INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. Enquadra-se a presente demanda no fixado pelo art. 114 da CF/88, restando pacífica a competência desta Justiça Especializada para o deslinde da questão. Recurso desprovido. JOGADOR DE FUTEBOL. DIREITO DE IMAGEM. INTEGRAÇÃO AO SALÁRIO. O direito tutelado pelo art. 5º, X, da CF/88 diz respeito unicamente à imagem do indivíduo. O montante objeto de contrato que a vincula à prestação de serviços do trabalhador ao empregador, pago em quantias mensais fixas independentemente do efetivo uso da imagem, possui nítido caráter salarial, devendo integrar o cálculo das demais parcelas. Recurso do reclamado a que se nega provimento. (TRT da 4ª Região, 5272520105040014/RS 0000527-25.2010.5.04.0014, Relator: ANA ROSA PEREIRA ZAGO SAGRILO, Data do Julgamento: 02/06/2011, 14ª Vara do Trabalho de Porto Alegre - RS).

> SALÁRIO "POR FORA" - JOGADOR DE FUTEBOL - DIREITO DE IMAGEM - NATUREZA SALARIAL - REFLEXOS – Mostra-se violadora dos direitos conferidos pela legislação trabalhista, nos termos do art. 9º da CLT, a conduta empresária de ajustar com o obreiro elevadas parcelas a título de "direito de imagem", por meio de empresa por este constituída exclusivamente para esse fim. Impõe-se, no caso, o reflexo dos valores nas demais verbas trabalhistas, em face da natureza salarial destas parcelas. (TRT da 3.ª Região; Processo: RO - 4564/06; (Data de Publicação: 06/05/2006; Órgão Julgador: Quinta Turma; Relator: Convocado Danilo Siqueira de C.Faria; Revisor: Jose Murilo de Morais; Divulgação: DJMG . Página 23).

ATLETA PROFISSIONAL DE FUTEBOL. DIREITO DE IMAGEM. INTEGRAÇÃO AO SALÁRIO. O pagamento de valores ao atleta profissional de futebol a título de exploração de imagem, através de firma individual instituída para este fim, constitui nítida manobra do clube empregador para reduzir encargos sociais e fraudar direitos trabalhistas (artigo 9º, da CLT). Tratando-se de parcelas pagas pela prestação de serviços, merecem integrar o salário do jogador, para todos os efeitos legais. 2. Rescisão antecipada pelo empregador do contrato a termo, sem justo motivo. Equivalência à dispensa imotivada atraindo o direito concomitante da multa do FGTS e da indenização do art. 479 da CLT. Considera-se devida a indenização do art. 479 da CLT cumulativamente com a multa do FGTS, nos termos do Regulamento Normativo (art. 14 do Decreto 99.684-90), na hipótese da rescisão antecipada, sem justa causa, pelo empregador, do contrato a termo, e, também, porque tais verbas não são compensáveis, eis que atendem a objetivos diversos. (TRT-PR-19049-2002-014-09-00-0-ACO-07040- 2005. Relator: LUIZ EDUARDO GUNTHER, Publicado no DJPR em 29-03-2005).

No direito português, a remuneração (retribuição) é determinada pelo artigo 14.º da LCTD, com aplicação subsidiária das normas gerais do Código de Trabalho no que tange ao tema:

Artigo 14.º - Retribuição

1 – Compreendem-se na retribuição todas as prestações patrimoniais que, nos termos das regras aplicáveis ao contrato de trabalho, a entidade empregadora realize a favor do praticante desportivo profissional pelo exercício da sua actividade ou com fundamento nos resultados nela obtidos.

2 – É válida a cláusula constante de contrato de trabalho desportivo que determine o aumento ou a diminuição da retribuição em caso de subida ou descida de escalão competitivo em que esteja integrada a entidade empregadora desportiva.

3 – Quando a retribuição compreenda uma parte correspondente aos resultados desportivos obtidos, esta considera-se vencida, salvo acordo em contrário, com a remuneração do mês seguinte àquele em que esses resultados se verificarem.

5. Conclusão

O presente trabalho teve como escopo o breve tratamento de algumas questões relacionadas com o contrato de trabalho do atleta profissional de futebol.

Pôde-se observar que o futebol, embora tenha se iniciado como um esporte elitista, uma vez que se popularizou, reuniu os elementos necessários para a sua profissionalização e consequente estabelecimento de relações de trabalho.

Essas relações, embora regidas pelos princípios do direito do trabalho, guardam suas peculiaridades, como a sua estipulação por prazo determinado e a forma de sua rescisão; e ainda, no direito brasileiro, são permeadas por institutos do direito civil que diretamente as atingem, de que é exemplo o direito de imagem, o qual, como visto, é utilizado por alguns clubes com o único intuito de reduzirem gastos trabalhistas e tributários, por meio de fraude à lei, o que vem sendo rechaçado pela Justiça Brasileira.

6. Referências bibliográficas

AMADO, João Leal - Rescisão do contrato de jogador de futebol. *In*: **Questões laborais.** Lisboa, A. 2, n.º 4, 1995, p. 50-56.

AMADO, João Leal - **Vinculação versus Liberdade**: O Processo de Constituição e Extinção da Relação Laboral do Praticante Desportivo. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

BAPTISTA, Albino Mendes - **Estudos Sobre o Contrato de Trabalho Desportivo**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

CÂNDIA, Ralph - **Comentários aos Contratos Trabalhistas Especiais.** São Paulo: LTr, 1987.

MESQUITA, M. Henrique; LEITE, Jorge; AMADO, João Leal – Liberdade de trabalho e transferência de futebolistas profissionais. *In*: **Questões laborais.** Coimbra, A. 3, n.º 7, 1996, p. 72-94.

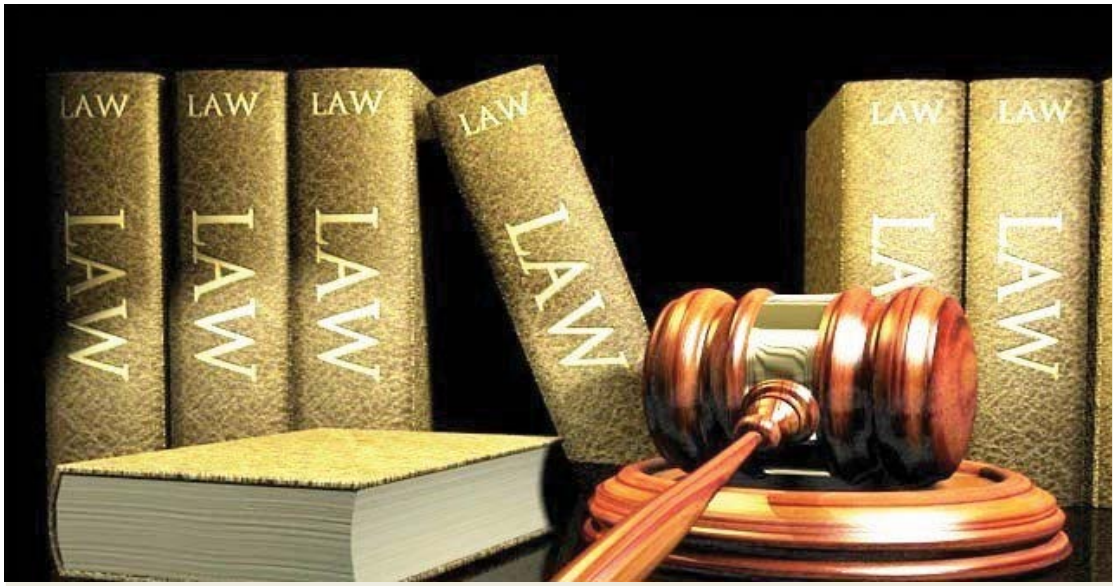
SÁ FILHO, Fábio Menezes de - **Contrato de trabalho desportivo:** revolução conceitual de atleta profissional de futebol. São Paulo: LTr, 2010.

SOARES, Jorge Miguel Acosta - **Direito de imagem e direito de arena no contrato de futebol.** 2.ª ed. São Paulo: LTr, 2012.

ZAINAGHI, Domingos Sávio - **Nova legislação desportiva:** aspectos trabalhistas. São Paulo: LTr, 2004.

ZAINAGHI, Domingos Sávio - **Os atletas de Futebol no Direito do Trabalho.** São Paulo: LTr, 1998.

André Augusto Duarte Monção
Professor
Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito do Recife - UFPE
Pós-Graduado em Direito Público
Especialista em Gestão do Esporte e Direito Desportivo
Mestrando em Ciências Jurídicas pela Universidade Autónoma de Lisboa



A sétima dimensão dos direitos fundamentais

Leonardo Alves de Oliveira
Especialista em Direito Administrativo e Pós-graduando em Direito Constitucional

Resumo: O presente trabalho objetiva trazer algumas reflexões acerca das dimensões de direitos fundamentais já concebidas juridicamente, buscando averiguar a existência de uma nova dimensão, composta pela probidade e pelo princípio da boa administração pública, não abarcados por nenhuma outra das dimensões já postas, cuja proporção dos ideais alvitrados é tão relevante quanto as demais, haja vista que a efetivação de tais postulados causa consequências diretamente na vida da pessoa humana, tamanha sua relevância, afirmando-se, ao final, que são direitos fundamentais e merecem uma dimensão própria e autônoma, a sétima.

Abstract: This scientific paper objective to bring some reflections of the fundamental rights dimensions already understood, seeking to determine the existence of a new dimension, composed of probity and the principle of good administration, not embraced for no other dimensions already placed, rights as important as the others, which effectiveness cause consequences directly in the life of the human person, asserting, at the end, that are fundamental rights and deserve a separate and independent dimension, the seventh.

A sétima dimensão dos direitos fundamentais

Leonardo Alves de Oliveira
Especialista em Direito Administrativo e Pós-graduando em Direito Constitucional

Sumário: 1 – Introdução; 2 – Desenvolvimento; 2.1 – Primeira dimensão dos direitos fundamentais; 2.2 – Segunda dimensão dos direitos fundamentais; 2.3 – Terceira dimensão dos direitos fundamentais; 2.4 – Quarta dimensão dos direitos fundamentais; 2.5 – Quinta dimensão dos direitos fundamentais; 2.6 – Sexta dimensão dos direitos fundamentais; 2.7 – Sétima dimensão dos direitos fundamentais; 2.7.1 – Direito à impunidade; 2.7.2 – Direito fundamental à probidade e à boa administração pública; 3 – Conclusão; 4 – Referências.

Palavras-chave: Direitos fundamentais; dimensões; sétima; probidade; boa administração..

1 – Introdução

Ao lado do princípio da dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais são um dos pilares do constitucionalismo moderno e da democracia. O simples nascimento com vida de um ser sob a condição humana já lhe confere tais prerrogativas visando a proteção de sua humanidade e dignidade.

Os direitos fundamentais recebem diversas alcunhas, tais como, direitos naturais, direitos do homem, direitos humanos, direitos universais, liberdades públicas, liberdades fundamentais, direitos da personalidade, direitos fundamentais do homem, dentre outras, sendo que sua essência básica é semelhante.

A exegese dos direitos fundamentais revela que há uma divisão/classificação em diferentes dimensões desses direitos, havendo referências acerca de 6 (seis) delas. As três primeiras se mostram já pacificadas, não havendo divergência, as demais ainda guardam leves disparidades no que se refere aos direitos que lhes compõe.

No presente trabalho, porém, o que busca é trazer algumas reflexões acerca das dimensões de direitos fundamentais já concebidas juridicamente, buscando averiguar a existência de uma nova dimensão, composta pela probidade e pelo princípio da boa administração pública, não abarcados por nenhuma outra das dimensões já postas, cuja proporção dos ideais alvitrados é tão relevante quanto as demais, haja vista que a efetivação de tais postulados causa consequências diretamente na vida da pessoa humana, tamanha sua relevância, afirmando-se, ao final, que são direitos fundamentais e merecem uma dimensão própria e autônoma, a sétima.

2 – Desenvolvimento e análise do tema

O estudo dos direitos fundamentais, em sua perspectiva histórica, se revela deveras importante não apenas como mecanismo hermenêutico, mas, principalmente, pela circunstância de que a história dos direitos fundamentais é também uma história que coincide com surgimento do próprio Estado Democrático Constitucional de Direito, cuja essência e razão de ser residem justamente no reconhecimento e na proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais do homem, isto é, a positivação dos direitos fundamentais é o produto de uma dialética constante entre o progressivo desenvolvimento das técnicas de seu reconhecimento na esfera do direito positivo e a paulatina afirmação, no terreno ideológico, das ideias da liberdade e da dignidade humana[1]. Neste contexto, há consenso de que a história dos direitos fundamentais, de certa forma, é também a história da limitação do poder.

[1] SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; e MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, pp. 296-300.

Importante salientar que no tocante às características os direitos fundamentais possuem a historicidade, a inalienabilidade, a imprescritibilidade, irrenunciabilidade, complementariedade, efetividade e a interdependência[2].

Sua natureza hist6rica está representada pela circunstância de que a sua consolidação se da por meio do passar do tempo, do percurso hist6rico, sendo que, como qualquer direito, nascem, consolidam-se e modificam ao longo da evolução humana[3]. Vale dizer, há 100 (cem) anos atrás, os direitos fundamentais não eram os mesmos que hoje estão *in* voga.

No panorama brasileiro, há que se salientar que os trabalhos assembleares que precederam a elaboração da nova Constituição, assim como o seu próprio texto, comprovam que, após o período ditatorial vivenciado, os direitos fundamentais, de modo inédito, foram elevados ao patamar de sustentáculo da nova ordem que se inaugurava. Em clara e indiscutível resposta aos chamados anos de chumbo, o ordenamento jurídico brasileiro, definitivamente, aderiu ao protagonismo dos direitos humanos/fundamentais como escudo face às arbitrariedades estatais.

Não por outro motivo, senão pela consagração da proteção e promoção desses direitos (objetivo principal do ordenamento jurídico), os direitos e garantias fundamentais, pela primeira vez na história das constituições do Brasil, antecede, topograficamente, na Cara Política, as normas de organização estatal. Tal cenário apresenta-se como necessário desdobramento da eleição da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, de onde decorrem todos os demais direitos fundamentais.

Esta mesma aspiração de destaque dos direitos fundamentais materializa-se em números, pois são 78 (setenta e oito) incisos constantes da declaração

[2] SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de direito constitucional**. 2ª ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2006, p. 518.

[3] REIS, Leonardo; BRAGA, Renata. **Direito constitucional facilitado**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 27.

de direitos individuais e coletivos, número maior que o dobro, em comparação com todas as constituições anteriores as constituições anteriores[4].

Tecidas as considerações supra, cabe dizer que os direitos fundamentais são dinâmicos e estão em constante desenvolvimento, em diuturna inteiração com tudo que os cerca, sobretudo para que possa acompanhar o desenvolvimento do ser humano. Assim, evoluem gradativamente, ampliando-se e aprofundando-se com o transcurso do tempo, na medida em que a dignidade da condição humana assim o exige, para que se propiciem condições para garantir a efetivação/realização das necessidades e virtualidades do homem. Ora, a proteção dinâmica, flexível, móvel e aberta dos direitos fundamentais é pressuposto para se evitar um engessamento de sua evolução e da evolução do próprio homem[5].

Nesse contexto, com tal concepção, é possível se falar em uma expansão progressiva dos direitos fundamentais, na medida em que sua evolução ocorre, o que se convencionou chamar de dimensões[6] de direitos fundamentais, entendendo-se que com passar do tempo somam-se novos direitos fundamentais aos já consagrados, sendo que há uma mútua afirmação e complementação entre eles.

Sabe-se que a primeira pessoa a utilizar-se da expressão dimensões (ou gerações) para dividir os direitos humanos foi o jurista tcheco-francês *Karel Vasak*, em 1979, durante uma conferência no Instituto Internacional de Direitos Humanos de Estrasburgo, ocasião em que inspirado pelos ideais revolucionistas franceses propôs a alocação dos três princípios cardeais (liberdade, igualdade e fraternidade) em diferentes e sucessivas estruturas de direitos humanos[7].

---

[4] NETO, Silvio Beltramelli. **Direitos Humanos**. 3ª ed. Salvador: *Juspodivm*, 2016, pp. 111-113.

[5] TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 508-509.

[6] Insta ressaltar que parcela doutrinária prefere a terminologia "gerações", entretanto, majoritariamente se apresenta a divisão do estudo da evolução dos direitos fundamentais com a acepção de "dimensões", o que se faz com o fito de evitar a conotação de superação/revogabilidade que a primeira opção carrega.

[7] CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de direito constitucional**. 7ª ed. Salvador: *Juspodivm*, 2013, p. 587.

O próprio Supremo Tribunal Federal já se pronunciou no sentido de reconhecer a existência das três primeiras dimensões de direitos fundamentais[8]. É interessante que o Pretório Excelso a partir das digressões feitas pelos ministros associou dimensões aos cânones da revolução francesa (liberdade, igualdade e fraternidade). Sendo assim, afirmou-se que a primeira geração de direitos deu ênfase à liberdade a partir da ideia da autonomia individual e da abstenção do Estado, já na segunda geração, dos direitos sociais o destaque recaiu sobre os valores da igualdade, e, na terceira geração, há a evidência na fraternidade e na solidariedade (típica dos direitos coletivos metaindividuais e transindividuais)[9].

2.1 – Primeira dimensão dos direitos fundamentais

Os direitos de primeira geração são os responsáveis por consagrar, entre os séculos XVIII e XIX, o constitucionalismo ocidental. Em um breve volver histórico, é correto afirmar que os direitos de primeira dimensão não foram concedidos pelo Estado, mas sim conquistados pelo homem após longo período de um exercício arbitrário do poder por parte daquele. Tais direitos podem ser encontrados materializados na Magna Carta (1215), na *Petition of Rights* (1628), no *Habeas Corpus Act* (1679), na *Bill of Rights* (1689), no *Act of Settlement* (1707), na *Virginia's Declartion of Rights* (1776), na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (1789), e, mais recentemente, na Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948) e no Pacto Internacional dos Direitos Civil e Político (1966), sendo na Lei Fundamental brasileira, de 1988, estão positivados no bojo dos art. 5º e arts. 12 a 17[10].

Nas revoluções liberais (francesa e norte-americana) ocorridas no final do Século XVIII, a principal reivindicação da burguesia era a limitação dos poderes do Estado em prol do respeito às liberdades individuais.[11]Após um

[8] STF – MS 22.164/SP.

[9] FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 3ª ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2011, pp. 247-248.

[10] FACHIN, Zulmar. **Curso de direito constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Método, 2008, p. 203.

[11] NOVELINO, Marcelo. **Manual de direito constitucional**. 9ª ed. São Paulo: Método, 2014, p. 337.

vagaroso e obscuro transcorrer de períodos absolutistas, o homem almejava a individualidade, a liberdade, formas de se defender dos próprios poderes do Estado.

Consagração de direitos civis e políticos clássicos, essencialmente ligados ao valor liberdade, tendo como desdobramentos o direito à vida, o direito à liberdade de consciência, liberdade religiosa, de crença, de culto, de locomoção, de reunião, de associação, o direito à propriedade, à participação política, à inviolabilidade de domicílio e segredo de correspondência[12], bem como ao sufrágio, geral, livre, igual e secreto, o da igualdade de oportunidades dos partidos políticos, da liberdade ideológica, das liberdades de expressão[13].

Inauguram-se, daí, valores de prestação negativa por parte do Estado, de modo a não permitir sua participação na vida privada, de onde surgiram direitos civis e políticos, como se convencionou denominar. Ou seja, por meio de direitos como a vida, a propriedade, a liberdade, veda-se ao Estado que se insira na seara particular de cada pessoa, constituindo verdadeiros postulados de abstenção dos governantes em relação aos administrados.

2.2 – Segunda dimensão dos direitos fundamentais

Contudo, malgrado se ter conseguido limitar o poder do Estado, este passou a ser meramente uma entidade que se atrelou à ideia do *laisser-faire laisser-passer*, omitindo-se no seio social, e, com o passar do tempo, se percebeu que isso foi responsável pela agudização das desigualdades sociais. A revolução industrial e os movimentos sociais a que deu origem, determinaram profundas alterações do Estado, que ampliou enormemente os seus serviços, sobretudo em razão da sua atividade de intervenção no domínio econômico e na área social[14].

[12] MASSON, Nathalia, **Manual de direito constitucional**. 3ª ed. Salvador: *Juspodivm*, 2015, pp. 191-192.

[13] HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do direito constitucional.** Trad. Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 79-80.

[14] COUTO E SILVA, Almiro do. **Conceitos fundamentais do direito no estado constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 27.

O descaso para com os problemas sociais latentes, associado às pressões decorrentes da industrialização em desenvolvimento, o constante do crescimento populacional e o agravamento das desigualdades no interior da sociedade, gerou novas reivindicações, impondo ao Estado um papel ativo na realização da justiça social. O ideal absenteísta do Estado liberalista não respondia, satisfatoriamente, às exigências do período vivido, razão pela qual uma nova concepção do relacionamento entre Estado e sociedade, levando os Poderes Públicos a assumir o dever de atuar para que a sociedade lograsse superar as suas angústias estruturais, importando em uma intervenção intensa na vida econômica e a orientação das ações estatais por objetivos de justiça social[15].

Concebeu-se que o Estado deveria intervir em determinadas áreas para não permitir o perecimento das classes econômica e socialmente desfavorecidas, especialmente a partir do 1º pós-guerra mundial, juntamente com o advento da Constituição do México (1917) e da Constituição alemã (1919) surgiu o ideal que se convencionou chamar de estado social de direito, ou socialização do direito, modelo que se pauta pela busca do *welfare state*, amparando-se o trabalho e a família, incrementando-se a cultura e desenvolvendo-se a assistência social[16], isto é, o Estado é chamado a intervir em esferas até então deixadas à liberdade individual, passa-se a exigir do Estado uma ação positiva, uma prestação ativa. Tal realidade se pode constatar em Constituições contemporâneas, como a italiana (1948), alemã (1949), espanhola (1976), portuguesa (1978) e brasileira (1988).

Neste contexto é que se vislumbraram os direitos da chamada segunda dimensão, direitos sociais, econômicos e culturais, ou direitos de prestação, que pressupõe uma conduta ativa e atuante do Estado junto à sociedade, tais como o direito ao trabalho (e tudo que ele engloba, como salário mínimo, descanso semanal remunerado, jornada de trabalho, etc.), a seguridade social, a segurança, o lazer, moradia[17].

[15] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 144-145.

[16] FERRARI, Regina Maria Macedo Nery, **Direito constitucional.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 54-56.

[17] BESTER, Gisela Maria. **Direito constitucional**. São Paulo: Manole, 2005, pp. 593-594.

2.3 – Terceira dimensão dos direitos fundamentais

A terceira geração de direitos fundamentais se preocupa com a proteção da coletividade, não se destinando à interesses individuais ou de um só grupo determinado, tampouco de um só Estado, sendo que sua materialização se inicial no fim do século XX enquanto normas, período em que se massificaram as relações humanas, de consumo, de produção, exsurgindo-se dai a necessidade de se discutir de modo global uma situação que transcende a individualidade de cada pessoa[18].

Com efeito, uma nova dimensão jurídico de direitos do homem, dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, se acrescenta historicamente aos da liberdade e da igualdade, coroando uma evolução de trezentos anos na esteira da concretização dos direitos fundamentais.[19]

Consagram-se, neste conjunto de direitos os princípios da solidariedade e da fraternidade, que devem permear todas as formações sociais, protegendo interesses e bens de titularidade difusa e coletiva. Pode-se citar como exemplos de direitos fundamentais desta dimensão o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, à defesa do consumidor, à autodeterminação dos povos, ao patrimônio comum da sociedade e ao progresso e desenvolvimento[20], bem como à tutela do patrimônio histórico e cultural[21].

2.4 – Quarta dimensão dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais de quarta geração guardam relação com a informática, desenvolvimento de softwares, a biociências, a eutanásia, transgenia de alimentos, sucessão dos filhos havidos por inseminação

[18] Os direitos transindividuais, de natureza indivisível, podem ser entendidos como aqueles de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato" (direitos difusos) ou de que "seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base" (direitos coletivos) (Lei 8.078/1990, art. 81, parágrafo único, I e II).

[19] BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 15ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 569.

[20] PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 14ª ed. São Paulo: Método, 2015, p. 104.

[21] PUCCINELLI JÚNIOR, André. **Curso de direito constitucional**, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 202.

artificial, clonagens, entre outros fatores ligados à engenharia genética e seus limites protegendo o direito à integridade do patrimônio genético perante as ameaças do avanço da biotecnologia[22]. Incluem-se, nessa quadra, também, os direitos como congelamento de embriões, pesquisas com células-tronco, barriga de aluguel[23] e mudança de sexo. Alguns desses direitos, inclusive, possuem guarida no panorama legislativo, com o advento da Lei n.º 11.105/2005, denominada Lei de Biossegurança.

Há, por outro lado, entendimento diverso, alocando como sendo direitos de quarta dimensão aqueles atinentes à globalização e ao futuro da cidadania, correspondentes à derradeira fase da institucionalização do Estado social, sendo imprescindíveis para a realização e legitimidade da mundialização política[24] e universalização dos direitos fundamentais.

Faz-se menção à possibilidade de mudança de sexo como integrando a quarta geração, não se cuidando de uma mera liberdade, mas sim de constituindo uma nova fase no reconhecimento dos direitos fundamentais, qualitativamente diversa das anteriores[25].

Fala-se, ainda, como sendo um direito fundamental de quarta dimensão, o direito ao desarmamento nuclear[26], à tributação justa materializada na capacidade contributiva individualizada[27], bem como aos direitos que dizem respeito às diferenças, o direito de ser diferente[28].

---

[22] BULOS. Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional.** 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 529.

[23] PADILHA, Rodrigo. **Direito constitucional.** 4ª ed. São Paulo: Método, 2014, p. 250.

[24] NOVELINO, Marcelo. **Manual de direito constitucional**. 9ª ed. São Paulo: Método, 2014, p. 378.

[25] LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, pp. 1.629-1.630.

[26] FERRARI, *Op. cit.* p. 535.

[27] NOGUEIRA, Alberto. **A reconstrução dos direitos humanos na tributação**. RJ: Renovar, 1997, p. 186.

[28] LORENZETTI, Ricardo Luís. **Teoria da Decisão Judicial: Fundamentos de direito.** Trad. Bruno Miragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 372.

2.5 – Quinta dimensão dos direitos fundamentais

No que tange à quinta dimensão, afirma-se que, hodiernamente, os valores estão conturbados, vive-se a crise da crise, o caos, em todos os quadrantes da vida, tornou-se corriqueiro. As constituições são incapazes de regular os absurdos de todo jaez, que se sucedem todos os dias no mundo globalizado, onde as soberanias são relativizadas, as economias estouradas e os poderes do Estado manietados[29], de modo que qualquer nação está sujeita às mazelas terror e crescentes ondas de atentados.

Tendo como norte essa linha de intelecção, há escólio de que a quinta geração dos direitos fundamentais corresponde à paz, de modo que seu enquadramento enquanto direito componente da quinta geração das liberdades públicas, não é por mero deleite intelectual, mas por uma necessidade premente nos dias correntes. Vale aduzir que, onde não há paz não há amor, não predomina a probidade e não há verdade e, por consequência, a dignidade cede lugar aos desastres.

A força normativa do direito à paz está respaldada em regras normativas e fundamentais, bem como em digestos internacionais, como por exemplo a Declaração das Nações Unidas e a Organização para a proscrição das Armas Nucleares na América Latina (PANAL), sendo que, no cenário pátrio, o direito fundamental à paz é um corolário do mandamento insculpido no art. 4º, IV, da Constituição de 1988[30].

Registre-se, em arremate, que em princípio se considerava que o direito à paz seria uma vertente do rol de direitos ligados à fraternidade, ou seja, de terceira dimensão. Contudo, no panorama atual, referida classificação se revela incompleta, permitindo que o referido direito caísse no esquecimento. Por esta razão, com o objetivo de conferir a devida importância ao direito à paz, promoveu-se sua reclassificação em uma dimensão nova e autônoma, por se vislumbrar que a paz é axioma da própria democracia e da humanidade[31], eis que onde inexistir a paz, a democracia estará, no mínimo, fragilizada.

[29] BULOS. *Op. cit*. pp. 529-530.

[30] NOVELINO. *Op. cit*. pp. 378-379.

[31] LENZA. *Op. cit*. p. 1.630.

Pari passu a classificação da paz, existe ainda posição doutrinária de que a quinta dimensão de direitos fundamentais aponta para uma nova preocupação no direito, que são as questões inerentes ao universo virtual ligado à internet, à robótica, ao direito cibernético, o direito autoral pela internet, proteção dos crimes virtuais[32].

2.6 – Sexta dimensão dos direitos fundamentais

Para uma parcela dos doutrinadores que encampam a existência dos direitos fundamentais de sexta geração, vê-se que estes correspondem à democracia, à liberdade de informação, ao direito de informação e ao pluralismo político[33]. Outra parcela afirma que tal dimensão de direitos é composto pela busca da felicidade, e, ainda, pelo acesso à água potável.

A democracia é um direito fundamental, porque o autoritarismo não se harmoniza com o regime das liberdades públicas, uma vez que este se opõe à força, à brutalidade, ao abuso de poder.

O direito à informação, por sua vez, é outra liberdade pública da coletividade. Não se materializa, muito menos se dirige a sujeitos individualmente considerados. Liga-se umbilicalmente à liberdade de informação, porque toda pessoa, sem exceção, têm a prerrogativa de informar e de ser informado, haja vista que a obtenção de conhecimento não pode ser privilégio de alguns, em detrimento de outros.

O pluralismo político, para tal corrente, pressuposto inexorável ao reconhecimento do Estado Democrático de Direito brasileiro, art. 1ª, V, da CRFB/88, trata-se da composição dos representantes da sociedade pelos seus diversos segmentos. O art. XXI, Declaração Universal dos Direito do Homem, preconiza que toda pessoa tem o direito de participar do governo de seu País, de modo direto ou por meio de seus representantes eleitos para esse fim.

[32] PADILHA. *Op. cit*. p. 251.

[33] BULOS. *Op. cit*. p. 530.

A sexta dimensão de direitos fundamentais, com base no escólio de outra vertente catedrática, é o direito de buscar a felicidade[34][35], eis que seria esta a finalidade precípua da natureza humana, bem supremo que a qualquer pessoa deseja e persegue, como modo de satisfação da própria dignidade da pessoa humana.

Tem-se, ainda, como uma sexta geração de direitos fundamentais o acesso à água potável, componente imprescindível que oferece condição essencial para a existência da vida no planeta[36]. Se trata um bem de domínio público, dos estados e da União, nos termos dos arts. 26, I, e 20, inciso III, ambos da CRFB/88, c.c. 1º, I e II da Lei n.º 9.433/97.

Em que pese parecer, *a priori*, um excesso de zelo elevar o direito ao acesso à água potável a uma nova dimensão de direitos fundamentais – considerando que, como visto, o direito ao meio ambiental sustentável e equilibrado já está inserto na 3º dimensão -, vislumbra-se que sua importância é arrazoada pelo fato de que a vida no planeta terra depende da agua doce e potável. O processo de aquecimento global, desertificação e a falta de água serão os maiores problemas a serem enfrentados nas próximas décadas, de modo que o reconhecimento da água potável como um direito humano fundamental específico, de sexta dimensão, se justifica pela necessidade de uma maior proteção à água potável, bem da humanidade, a fim de que sua qualidade permaneça para garantir uma sadia qualidade de vida para os presentes e futuras gerações.

[34] PADILHA. *Op. cit*. p. 251.

[35] Importante salientar que houve, inclusive, uma PEC (n.º 19/10) com o intuito de incluir no rol de direitos sociais expressamente previstos na CF/88, art. 6º, o direito de buscar a felicidade, projeto que, contudo, não foi exitoso, sendo arquivado. Todavia, ainda que de forma implícita, tal direito já foi reconhecido pelo próprio Supremo Tribunal Federal, a exemplo dos julgamentos das ADI's n.º 3300/DF e 4277/DF, além da ADPF n.º 132/RJ.

[36] FACHIN , Zulmar, SILVA, Deise Marcelino da. **Acesso à água potável: direito fundamental de sexta geração.** São Paulo. Millennium, 2010, p. 06.

2.7 – Sétima dimensão dos direitos fundamentais

2.7.1 – Direito à impunidade

Há quem defenda que os direitos fundamentais são verificados apenas nas três primeiras dimensões, compreendendo os valores de liberdade, igualdade e fraternidade, por entender que não haveria fundamentos para se criar novas dimensões, alegando que a partir da terceira espécie já seria um preciosismo desarrazoado, seria apenas um esforço doutrinário desnecessário que em verdade estaria subdividindo as três primeiras gerações em outras para se adaptar a uma nova realidade[37].

Todavia, como visto alhures, os direitos fundamentais têm como algumas de suas características próprias a historicidade, a interdependência e a complementariedade, de modo que não parece acertado afirmar com veemência que existem apenas três dimensões. Ora, em que pese se verifique uma divergência de pensamentos a partir da quarta dimensão, se pode perceber que cada uma das novas dimensões de direitos fundamentais possui sua respectiva razão de existir, sua justificativa, ainda que guarde relação indireta com uma das três primeiras dimensões já consagradas, não se tratando de mera semântica.

Dito isso, tecidas as devidas considerações à quarta, quinta e sexta dimensões de direitos fundamentais que permeiam o cenário doutrinário pátrio, mister se faz ressaltar que já há projeções no sentido de tentar conceitualizar da próxima dimensão de direitos fundamentais, a sétima.

Fala-se em um direito fundamental à impunidade[38]. Tal conceito se norteia pelo fato de considerar que a insuficiência numérica e logística do sistema de defesa e controle social, os parcos recursos humanos, a morosidade na prestação jurisdicional, a fragilidade legislativa, o grande rol de benefícios processuais aos acusados em geral (liberdade provisória, transação penal, conciliação penal, *sursis*, suspensão processual, livramento processual, saída

[37] MENDES; BRANCO. *Op. cit.* p. 145.

[38] <<https://jus.com.br/artigos/20204/a-impunidade-dos-sociocidas-como-direito-de-setima-geracao /2?secure =true>> (acesso em 03.10.2016)

temporária, delação premiada, detração penal, remição penal, indulto, anistia, perdão judicial, prisão como extrema *ratio* da *ultima ratio*), tudo isso em detrimento social, a ausência de espírito comunitário de grande parte dos agentes públicos e o comportamento extremista de pseudo-operadores do direito levam a concretização do direito à impunidade.

Os defensores dessa corrente alegam que a lentidão do Judiciário e a aplicação de penas brandas são causas justificadoras para uma geração de direitos. É a geração do direito à impunidade.

Todavia, por óbvio, em nosso sentir, que tal pensamento de sétima geração de direito fundamental é apenas uma ideia de protesto, uma ironia, haja vista que o direito à impunidade não encontra realidade em um Estado Democrático de Direito, o qual assegura a convivência harmônica de vários direitos entre várias pessoas humanas.

Percebe-se, enfim, que a sétima dimensão de direitos, no que diz respeito à impunidade, se contradiz também à própria sistemática de todo ordenamento jurídico, que não se compatibiliza com um tendencioso direito à impunidade, e sim o impede, não parecendo acertado entender que a impunidade se coaduna com um direito fundamental. Daí a conclusão de que se trataria apenas de uma crítica à insegurança jurídica e sensação de impunidade que hoje permeiam o cenário nacional[39].

2.7.2 – Direito fundamental à probidade e à boa administração pública

Talvez em um sumário sentir, ao se querer falar em direito fundamental à probidade administrativa e à boa administração pública, se imagine que tal direito estaria implícito e inserto no rol de direitos fundamentais de segunda dimensão, aqueles que, como visto linhas volvidas demandam uma prestação positiva e participativa do Estado.

De fato, por um via oblíqua, toda a ideia de contratualismo social está irrigada previamente por um confiança do cidadão no Estado, no sentido que

[39] RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva. 2014, pp. 324-327.

ele lhe protegerá e utilizará todos os meios e recursos necessários para prover seu bem estar social.

Entretanto, nos dias atuais essa situação é esquecida e o referido contrato é deixado de lado pelos agentes públicos que compõem o Estado em todos os seus setores. Diariamente se tem notícia de algo que está errado, são divulgados escândalos na máquina pública, são veiculadas matérias sobre atrocidades realizadas, sobretudo com verba pública[40].

Diante disso é que se pode afirmar que há um verdadeiro direito fundamental coletivo da sociedade a uma boa administração pública, honesta e proba.[41], com o fito de excitar o sentimento da sua importância e necessidade, dando maior relevo e visibilidade aos atos violadores desses direitos e gerando maior expectativa de uma solução para os problemas que deles se emanam.

Dessa forma, infere–se que o direito fundamental à probidade administrativa, que deve ser classificado como uma dimensão autônoma de direito fundamental, a sétima, decorre de todos os demais pressupostos constantes da própria Constituição Federal de 1988, quais sejam, o princípio republicano, o princípio democrático e seus fundamentos, soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político, bem como dos objetivos fundamentais da República de construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantindo o desenvolvimento nacional, erradicando a pobreza, a marginalização e reduzindo as desigualdades sociais, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, primando pela prevalência dos direitos humanos e pela defesa da paz, além, é claro, dos demais princípios constitucionais administrativos,

[40] Apenas para exemplificar: << http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,empresa-de-senador-leva-r-57-milhoes-da-petrobras-em-contratos-sem-licitacao,739925.>>
<<http://www.istoe.com.br/reportagens/107858_JUSTICA+VAI+APURAR+FRAUDE+EM+LICITACAO>>

<<http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/mundo/2015/06/26/interna_mundo,488079/em-meio-a-escandalo-odebrecht-ganha-licitacao-milionaria-no-panama.shtml>>

<<http://www.jornalopcao.com.br/bastidores/iluminacao-publica-de-goiania-sem-licitacao-deve-virar-escandalo-nacional-26279/>> (todos acessados em: 26.10.2016)

[41] DECOMAIN, Pedro Roberto. **Improbidade administrativa**. São Paulo: Dialética, 2007, p. 27.

previstos no *caput* do art. 37, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência[42].

Tais propósitos estão intrinsecamente ligados ao modelo de Estado adotado, pois são extremamente ricos em valores que constituem nítidos compromissos com a transformação da realidade social, vinculando o poder estatal. Deles ainda se extraem vários direitos fundamentais, o direito à boa administração pública[43].

Para atingir os objetivos fundamentais, o Estado precisa se organizar por atos e fazer-se presentar por agentes, os quais devem se configurar e atuar de forma proba. A improbidade administrativa (que conduz à má administração pública) traz prejuízos materiais diretos e indiretos para os cofres públicos, afetando a consecução de atividades e prestações por parte do Estado que podem e devem levar à transformação e melhora da vida dos cidadãos, que dependem da prestação ativa do estado para obter boa parte da sua dignidade.

Os desvios de verbas públicas, abusos de poder, desvios de finalidades e o enriquecimento ilícito afetam diretamente o poder do Estado para atuar em prol dos administrados. Igualmente, violações aos princípios constitucionais da administração pública, acarretam lesões à própria consecução da atividade administrativa.

Neste cenário é que se originam situação de calamidade, de fome, de falta de recursos, de má qualidade dos serviços públicos de saúde, de transporte, de educação, de segurança, morosidade na elaboração de projetos em prol da população, morosidade em realização de obras públicas de interesse coletivo, enfim, da má administração e da improbidade no setor público é que advêm as maiores mazelas suportadas pelo cidadão.

Para se ilustrar as considerações supra, merece destaque o conceito trazido pela terminologia "Estado de Coisas Inconstitucionais", que se refere a uma situação de evidente e flagrante violação generalizada e sistêmica dos direitos fundamentais, causado pela inércia ou incapacidade reiterada e

[42] <<http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao050/Roberto_Santos.html>> (Acesso em: 21.10.2016)

[43] SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9.ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 102.

persistente das autoridades públicas em modificar a conjuntura, de modo que apenas transformações estruturais da atuação do Poder Público e a atuação de uma pluralidade de autoridades podem alterar a situação inconstitucional. Tal denominação foi levada a feito nos casos atinentes ao sistema penitenciário brasileiro[44], ao verdadeiro caos instalado nos estabelecimentos penais, tamanho o descaso do Estado.

Ora, não seria possível atender aos mandamentos constitucionais sem que haja uma probidade dos agentes públicos. Todo cidadão que aqui vive está adstrito à administração desempenhada pelos respectivos entes da federação, bem como às normativas por eles editadas, razão pela qual, todo o trabalho realizado pelos agentes públicos deve ser em prol de um desenvolvimento social, em prol do melhor interesse da pessoa humana, não se admitindo que o faça em interesse próprio, ou que aja de forma imoral/improba, maior mácula da administração pública que afeta diretamente toda população.

O direito fundamental à boa administração pública diz respeito a uma administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com publicidade, motivação, imparcialidade e, sobretudo, respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas. A tal direito corresponde o dever de a administração pública observar, nas relações administrativas, a cogência da totalidade dos princípios constitucionais que a regem e de todos os demais direitos fundamentais já consagrados[45].

Cediço que existe uma relação muito estreita entre a boa administração pública e a violação de direitos fundamentais, o que vulnera a democracia e o próprio princípio republicano, na medida em que são geradas situações de improbidade e corrupção de um lado e doutro insatisfação e insegurança aos cidadãos.

Verifica-se que a elevação da probidade administrativa e da probidade como direitos e garantias fundamentais (ainda que de forma implícita) foi um avanço perpetrado pela própria Constituição da República de 1988, com a

[44] ADPF 347 (j. 09.09.2015).

[45] FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração**. 2.ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 22.

adoção do modelo de Estado Democrático de Direito, a positivação dos princípios da moralidade e da legalidade administrativa, primando-se pela efetivação da igualdade daqueles que estão socialmente desiguais. Assim, afirma-se que a ideia de boa administração e probidade torna o Estado capaz de realizar intervenções que possam influir positivamente na realidade social[46].

A tutela constitucional da probidade no Estado de Direito, como sendo um direito fundamental, é essencial para assegurar os meios necessários para efetivação dos demais direitos fundamentais em suas respectivas dimensões, pois, se o Estado e seus agentes são desonestos, corruptos ou ímprobos, os recursos e a moralidade administrativa ficarão comprometidos, sendo que as consequências serão sentidas pelos administrados. Assim, para que o homem possa viver uma vida digna com o júbilo de seus imperativos materiais e espirituais básicos, devem atuar os agentes públicos com probidade, devendo o ordenamento jurídico possuir instrumento para zelar por tal conduta e reprimir, sancionando, os faltosos[47].

Em um mundo globalizado, a preocupação com a boa administração pública, com a probidade e a corrupção não pode se cingir aos limites fronteiriços dos países, já que, com a trasnacionalização dos mercados, houve também a globalização das relações internacionais. Ora, hodiernamente, nenhum país pode ser considerado isoladamente, vez que cada decisão toda em determinado país influencia direta ou indiretamente na noutro, de modo que uma má administração gera consequências internas e até mesmo externas.

Em verdade, a realidade descrita inicialmente não é corriqueira somente no Brasil, mas no mundo todo[48]. Destarte, a tutela da probidade e da boa administração não é mais um imperativo meramente nacional, mas sim

[46] SILVA, José Afonso. C**urso de direito constitucional positivo**. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 121.

[47] CARVALHO RAMOS, André de. **O Combate internacional à corrupção e a lei de improbidade**. *In* SAMPAIO, José Adércio Leite; COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro; SILVA FILHO, Nívio Freitas; ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. (Orgs.). **Improbidade administrativa**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, pp. 06-07.

[48] <<http://www1.folha.uol.com.br/mundo/2014/07/1479601-ex-presidente-frances-nicolas-sarkozy-e-acusado-por-corrupcao-ativa.shtml>>
<<http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/04/150406_ eua_corrupcao_historico_fd>> (Acessos em: 27.10.2016)

internacional. Na Argentina, recentemente, a corrupção passou a ser considerada imprescritível[49], por se considerar que ela é um atentado contra a democracia e contra os direitos humanos.

O Brasil é signatário de diversos diplomas internacionais que envolvem a temática, dentre eles, a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, (promulgada pelo Decreto n.º 3.678, de 30 de novembro de 2000), a Convenção Interamericana contra a Corrupção (promulgada pelo Decreto nº 4.410, de 07.10.2002) e a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (promulgada pelo Decreto nº 5.687, de 31.01.2006), de onde se pode extrair a relevância da probidade e da boa administração pública.

Todas essas normas estão em vigor no ordenamento jurídico pátrio, sendo que o seu cumprimento vem sendo monitorado por organismos internacionais, cuja avaliação insatisfatória pode acarretar sanções econômicas, além de exposição negativa perante a comunidade internacional[50], o que prejudica suas relações exteriores.

A probidade administrativa e a boa administração, vistos como direito fundamental, devem ser interpretados e aplicados como um direito inalienável, imprescritível e irrenunciável. Acarreta vinculação irradiante e obrigatória a todos, cuja sujeição é imediata, aberta, dinâmica e concretizante. Por tal razão, se possibilita um realinhamento da relação Estado e sociedade congruente com o modelo de Estado Democrático de Direito. Impõe-se de modo ainda mais vigoroso e cogente o exercício da função estatal de forma que, verdadeiramente, busque e potencialize a transformação da realidade social[51].

Portanto, nessa esteira de ponderações, é que se vislumbra a probidade administrativa e o direito à boa administração pública como merecedoras de uma visão constitucional de direito fundamental, inaugurando-se uma dimensão autônoma de direitos, a sétima dimensão, dada sua importância.

---

[49] <<http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/destaquesNewsletter.php?sigla=newsletterPortalInternacionalDestaques&idConteudo=327706>> (Acesso em: 21.10.2016)

[50] RAMOS. *Op. cit.* pp. 07-08.

[51] SILVA. *Op. cit.* p. 181.

Tais direitos, de certo modo, dão guarida a todos os demais direitos fundamentais assentados nas demais dimensões, da primeira à sexta. Não se pode olvidar que tudo aquilo que está preconizado na própria Carta Republicana de 1988, assim como os outros direitos e princípios esculpidos nas diversas dimensões de direitos fundamentais, dependem, para sua efetivação, inexoravelmente, de uma boa e proba administração pública, razão pela qual se projeta que esta é a sétima dimensão dos direitos fundamentais.

3 – Conclusão

Após minudente esquadrinho acerca das dimensões dos direitos fundamentais, entre aquelas já pacificadas, primeira, segunda, e terceira, e outras existentes com pontos divergentes (quarta, quinta e sexta), se pode perceber que nenhum direito restará efetivado (direta ou indiretamente) sem que haja por parte dos Estados uma boa administração pública, proba, honesta e com escopo de primar pelo melhor interesse do ser humano. Isto é, o direito à probidade e à boa administração permeiam todos os demais direitos fundamentais, sendo seu sustentáculo primordial.

A probidade administrativa constitui-se em direito fundamental da pessoa humana e da sociedade, que integra o direito fundamental à boa administração pública e decorre dos direitos implícitos, do regime democrático e dos princípios adotados pela Constituição Federal, revestindo-se da mesma força jurídica dos direitos fundamentais do catálogo expresso da Constituição, possuindo um caráter vinculante à administração e de plena e imediata aplicação.

Essa conclusão ganha clareza solar nos dias correntes, onde os agentes públicos atuam com espeque no interesse particular, prejudicando todo o sistema dos direitos fundamentais, fazendo com que o cidadão fique a mercê dos mais varias problemas em todos setores administrado pelo Poder Público.

Assim, salvaguarda da moralidade, da probidade e do direito à boa administração visa assegurar a proteção de todos os demais direitos fundamentais dos cidadãos, cuja violação coloca em fere os pilares da democracia e da república.

Portanto, deve-se conferir à ideia de probidade e de boa administração pública o status de direitos fundamentais, lugar de destaque no ordenamento jurídico, onde ganharão seu devido relevo, imponência e, sobretudo, efetivo respeito, diante de toda pessoa, agente público ou cidadão.

Falar-se em dignidade da pessoa humana, núcleo axiológico máximo do *neo* direito constitucional, sem que haja a efetivação de uma proba e boa administração pública, é o mesmo que jogar palavras ao vento, eis que o ser humano e seu respectivo Estado estão ligados de forma siamesa, inseparável e mútua, um depende do outro, sendo que todos os demais direitos fundamentais existentes dependem de uma boa administração, com probidade, razão pela qual esta merece seu lugar de destaque, com uma dimensão autônoma e própria de direito fundamental, qual seja, a sétima.

4 – Referências

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; e MITIDIERO, Daniel. Curso de direito constitucional. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. Curso de direito constitucional. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

REIS, Leonardo; BRAGA, Renata. Direito constitucional facilitado. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

NETO, Silvio Beltramelli. Direitos Humanos. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

TAVARES, André Ramos. Curso de direito constitucional. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. Curso de direito constitucional. 7ª ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de direito constitucional. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FACHIN, Zulmar. Curso de direito constitucional. 3ª ed. São Paulo: Método, 2008.

NOVELINO, Marcelo. Manual de direito constitucional. 9ª ed. São Paulo: Método.

MASSON, Nathalia, Manual de direito constitucional. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

HESSE, Konrad. Temas fundamentais do direito constitucional. Trad. Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.

COUTO E SILVA, Almiro do. Conceitos fundamentais do direito no estado constitucional. São Paulo: Malheiros, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery, Direito constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BESTER, Gisela Maria. Direito constitucional. São Paulo: Manole, 2005.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 15ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. Direito constitucional descomplicado. 14ª ed. São Paulo: Método, 2015.

PUCCINELLI JÚNIOR, André. Curso de direito constitucional, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BULOS. Uadi Lammêgo. Curso de direito constitucional. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

PADILHA, Rodrigo. Direito constitucional. 4ª ed. São Paulo: Método, 2014.

NOVELINO, Marcelo. Manual de direito constitucional. 9ª ed. São Paulo: Método, 2014.

LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

NOGUEIRA, Alberto. A reconstrução dos direitos humanos na tributação. RJ: Renovar, 1997.

LORENZETTI, Ricardo Luís. Teoria da Decisão Judicial: Fundamentos de direito. Trad. Bruno Miragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

FACHIN, Zulmar, SILVA, Deise Marcelino da. Acesso à água potável: direito fundamental de sexta geração. São Paulo. Millennium, 2010.

RAMOS, André de Carvalho. Curso de direitos humanos. São Paulo: Saraiva. 2014.

DECOMAIN, Pedro Roberto. Improbidade administrativa. São Paulo: Dialética, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 9.ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FREITAS, Juarez. Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração. 2.ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, José Afonso. Curso de direito constitucional positivo. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CARVALHO RAMOS, André de. O Combate internacional à corrupção e a lei de improbidade. In SAMPAIO, José Adércio Leite; COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro; SILVA FILHO, Nívio Freitas; ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. (Orgs.). Improbidade administrativa. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

Leonardo Alves Oliveira
Especialista em Direito Administrativo e Pós-graduando em Direito Constitucional; Servidor Público do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso; Assessor de Gabinete da 1ª Vara Especializada de Família e Sucessões de Rondonópolis/MT.

Garantia bancária autónoma

Fátima Galante
Juíza Desembargadora
Doutoranda em Direito (Ciências Jurídicas)

Resumo: Com o fim da Segunda Guerra Mundial intensificaram-se as transacções internacionais, que exigiam medidas seguras mas céleres. Torna-se, então, mais frequente o uso de garantias prestadas por bancos, que se comprometem a realizar a prestação com autonomia em relação à obrigação do devedor principal, ou seja, em que a vinculação entre o banco (garante) e o beneficiário é autónoma em relação às demais relações jurídicas constituídas.

Na ausência de uma definição e de regulamentação legal da garantia bancária autónoma, na maior parte dos países, incluindo Portugal, e com vista à sua melhor compreensão, procura analisar-se a natureza jurídica da obrigação bancária autónoma, as suas características fundamentais e modalidades, qualificando as relações jurídicas que se estabelecem entre o devedor e o credor, entre o devedor, dador da ordem e o banco-garante e entre este e o credor-beneficiário.

Não deixará, também, de reflectir e ponderar em que medida se mostra viável o decretamento de providências cautelares, e ainda, por último, questionar a legitimidade processual das partes e a exigência, ou não, de litisconsórcio necessário passivo.

Garantia bancária autónoma

Fátima Galante
Juíza Desembargadora
Doutoranda em Direito (Ciências Jurídicas)

Sumário: 1. Garantia bancária autónoma: noção. **2.** Origem e evolução histórica. **3.** Da garantia bancária: regime jurídico. 3.1. Relação jurídica entre devedor e credor do contrato base. 3.2. Relação Jurídica entre dador da ordem e o garante. 3.3. Relação jurídica entre o garante e o credor beneficiário. **4.** Da admissibilidade da garantia bancária. 4.1. Da admissibilidade no ordenamento jurídico português 4.2. Da admissibilidade e a jurisprudência portuguesa. **5.** Das regras de uniformização sobre garantias bancárias. **6.** Da garantia bancária autónoma: figuras afins. **7.** Características da garantia bancária. 7.1. A autonomia. 7.2. A automaticidade. **8**. Modalidades e funções. 8.1. Quanto ao fim. 8.2. Garantias directas e indirectas. 8.3. Garantias bancárias simples e garantias bancárias automáticas. **9.** A recusa legítima de pagamento. 8.1. Da fraude manifesta ou abuso evidente. 8.2. Da ilicitude do contrato base por violação da ordem pública. **10.** Dos direitos do garante após o pagamento da garantia. 10.1. Pagamento sendo a recusa ilegítima. 10.2. Pagamento sendo a recusa legítima. **11.** A garantia bancária e a cessão de créditos. **12.** Do termo da garantia. **13.** Do procedimento e das medidas cautelares. 12.1. Regras gerais: processamento. 13.2. O procedimento cautelar e as garantias bancárias autónomas. **14.** Da legitimidade processual passiva

Palavras-chave: Garantia – bancária – autónoma.

1. Garantia bancária autónoma: noção

A garantia bancária autónoma integra as garantias especiais, isto é, faz parte das garantias que consistem num reforço objetivo da garantia geral ou comum constituída pelo património do devedor[1].

[1] Sobre esta matéria vide LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes - *As Garantias das Obrigações*, Coimbra: Almedina, 4ª edição, 2012, p. 13- 16.

Na verdade, para maior reforço da posição do credor pode acrescer, por determinação de norma legal, decisão judicial ou convenção entre as partes, uma garantia especial pela qual, sendo pessoal, ficam vinculados ao cumprimento da obrigação terceiros com os seus patrimónios, ou, sendo real, ficam afetados com preferência sobre outros credores determinados bens do património do devedor ou de terceiro ao cumprimento dessa obrigação[2].

Dentro das garantias especiais, a garantia bancária autónoma, integra as garantias pessoais, isto é, aquelas em que uma outra ou outras pessoas, além do devedor principal, podem ser compelidas a cumprir a obrigação respondendo com os respetivos patrimónios e aumentando, deste modo, o número de devedores, pelo que representam um reforço quantitativo da garantia[3].

Apesar das suas particularidades, em especial a autonomia, a garantia bancária autónoma destina-se a ultrapassar as contingências da mera garantia comum, em que uma pessoa, além do devedor, pode ser compelida a cumprir a obrigação. Mas é uma obrigação de garantia, em que o garante é, no fundo, o devedor, ainda que, no final, seja o devedor principal o responsável pelo cumprimento da obrigação.

Pode dizer-se que se trata de uma garantia pessoal cuja marca específica é o grau de autonomia, sem par nas garantias pessoais típicas.

Para Galvão Telles, que reconhece limitações da sua definição, a garantia bancária é «a garantia pela qual o banco que a presta se obriga a pagar ao beneficiário certa quantia em dinheiro, no caso de alegada inexecução ou má execução de determinado contrato (o contrato-base), sem poder invocar em seu benefício quaisquer meios de defesa relacionados com esse mesmo contrato».[4]

---

[2] Idem, ibidem, p. 13-16.

[3] Contra esta posição maioritária, Paulo Sendim e Evaristo Mendes (Sendin, Paulo/Mendes, Evaristo - *Natureza do aval e a questão da necessidade ou não de protesto para accionar o avalista do aceitante*, Almedina, Coimbra, 1991, p. 38) dão como reconhecida a existência na nossa ordem jurídica de outro tipo de garantias designadas por "não obrigacionais", isto é, as garantias de que determinado resultado se produzirá.

[4] TELLES, Inocêncio Galvão - *Garantia bancária autónoma*, in *O Direito,* ano 120º, III-IV, 1988 (Jul.-Dez.), p. 283.

Na imagem sugestiva de Galvão Telles[5], a garantia autónoma é uma figura triangular, já que assenta, por regra, num triângulo cujas faces são três relações jurídicas distintas:

> «1 - Uma primeira, o contrato-base (de compra e venda, de empreitada, de transferência de tecnologia, de cooperação industrial, etc...) celebrado entre duas partes (A e B) que constitui a relação jurídica principal ou subjacente que se pretende garantir;
>
> 2 - Uma segunda, um contrato, classificado pela doutrina maioritária como sendo de mandato, celebrado entre o devedor da relação principal (A) e um garante, normalmente um banco, (C), pelo qual este se obriga, mediante uma determinada retribuição, a prestar uma garantia ao credor - beneficiário (B), salvaguardando o seu direito de regresso imediato contra o devedor, dador da ordem (A);
>
> 3 - E finalmente uma terceira, o contrato autónomo de garantia, propriamente dito, celebrado entre o garante (C) e o credor - beneficiário (B), pelo qual o primeiro se obriga, a entregar uma soma pecuniária determinada, ao segundo, logo que este prove o incumprimento da relação jurídica subjacente (contrato autónomo de garantia simples) ou de imediato, quando este simplesmente o interpele a realizar essa prestação (contrato autónomo de garantia automática ou "à primeira solicitação") mas, renunciando desde logo o garante (C), em qualquer caso, a opor ao beneficiário (B) as excepções relativas quer à relação jurídica principal, quer ao contrato celebrado com o dador da ordem (A)»[6].

A obrigação do garante é sempre de prestação pecuniária, ainda que a prestação decorrente do contrato-base tenha natureza diferente.

Como decorre do acima referido, o banco, em princípio deve pagar sem discutir, isto é, sem ter a faculdade de invocar as relações estabelecidas com o devedor garantido, ou entre este e o credor-beneficiário[7].

[5] Idem ibidem, p. 289

[6] CORTEZ, Francisco – *A Garantia Bancária Autónoma – Alguns Problemas*, Revista da ordem dos Advogados, ano 52, vol. II, Julho de 1992, p. 523.

[7] LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes - *As Garantias das Obrigações*, p. 120-130.

2. A garantia bancária autónoma: origem e evolução histórica

As razões que fundamentam o surgimento deste novo tipo de garantias e que explicam a sua rápida difusão, bem como a sua aceitação, resultam quer de factores externos, como o desenvolvimento do comércio internacional e as desvantagens do procedimento judiciário internacional, a par da relativa ineficácia de outros tipos de garantia; quer de factores internos que se prendem com as qualidades intrínsecas da garantia bancária autónoma: a sua sólida segurança, a sua enorme eficácia, celeridade e, mesmo a sua pelo menos aparente, simplicidade[8].

Ainda que as garantias bancárias fossem anteriormente conhecidas, sobretudo através da chamada fiança bancária, e haja até quem procure encontrar-lhe antecedentes remotos no Direito Romano, o recurso ao seu uso conheceu forte incremento com o desenvolvimento do comércio internacional, na segunda metade do século XX. Na verdade, após a Conferência de Bretton Woods assiste-se a um esforço internacional no sentido de incrementar o desenvolvimento dos países afetados pela guerra.

Antunes Varela refere que «as pessoas singulares ou empresas que mais facilmente se disporiam a afiançar as dividas das empresas do seu Estado não gozavam as mais das vezes do prestigio económico-financeiro necessário para serem aceites como fiadores pelos empresários estrangeiros com os quais as empresas nacionais pretendessem negociar»[9]. Daí que, como adianta o mesmo autor, «nesse plano internacional foram os bancos nacionais, já com uma credibilidade económico-financeira superior à das restantes empresas, que começaram a aparecer a cada passo como sub-fiadores da operação, como fiadores do fiador»[10].

De facto, ao exigirem que os garantes dos negócios que pretendiam realizar fossem instituições bancárias, os agentes económicos procuravam obter uma garantia mais sólida, prestada por entidades cuja solvabilidade e

[8] CORTEZ, Francisco, op. cit., p. 517.

[9] VARELA, Antunes - *Direito das Obrigações em Geral*, Volume II, 7.ª Edição, Coimbra, Almedina, 1997, p. 513.

[10] Idem, ibidem, p. 513.

credibilidade fosse facilmente determinável. O comerciante, em princípio o adquirente, nas transações comerciais que realiza (contratos de fornecimento de bens, empreitada, etc.), pretende e exige uma garantia, pois na maior parte dos casos não conhece nem confia na contraparte. E, particularmente, exige que essa garantia seja prestada por um garante conhecido pela sua forte solvabilidade, daí que normalmente exija que seja prestada por um banco ou por uma companhia de seguros, sob pena da não celebração do contrato base.

As vantagens na sua utilização são explicitadas por Almeida Costa e Pinto Monteiro: «Entre contratantes de países diversos, sobretudo, que muitas vezes nem se conhecem, ou não estão seguros da capacidade técnica, da situação patrimonial ou da honorabilidade do seu parceiro contratual, é elevado o risco de estabelecer relações comerciais. Para enfrentar este risco, acorda-se que determinada instituição bancária prestará uma garantia autónoma: salvaguarda-se, assim, o risco de falta de solvabilidade do devedor, ao mesmo tempo que se supera o grave inconveniente que a natureza acessória da fiança comporta[11].

Tratando-se normalmente de operações vultuosas, os contraentes receiam que eventuais conflitos e controvérsias sobre a validade, a subsistência ou o cumprimento das obrigações possam alongar-se demasiado nos tribunais, não se compadecendo o interesse do comércio com demoras e incertezas na execução da garantia. Surge, em decorrência, a garantia autónoma - quer dizer, exigível independentemente das vicissitudes da relação principal entre o credor/beneficiário da garantia e o devedor - à primeira solicitação, ou seja, a pagar logo que o beneficiário o solicite ao banco/garante, sem que este ou o devedor possam opor-lhe quaisquer objeções.

Será o devedor, depois de reembolsar o garante da quantia por este entregue ao beneficiário, que deve intentar procedimento judicial em ordem a reaver a referida importância, provando a falta de fundamento da atitude do credor/beneficiário.

Dir-se-ia que as garantias autónomas à primeira solicitação obedecem ao seguinte lema: paga-se primeiro e discute-se depois».

[11] COSTA, Almeida/MONTEIRO/Pinto - *Garantias bancárias. O contrato de garantia à primeira solicitação*, in Colectânea de Jurisprudência", Ano XI, 1986, T.V., pág. 19.

Segundo Duarte Pinheiro, têm sido, ao longo dos anos, as relações das empresas da Europa Ocidental com os países produtores de petróleo do Médio Oriente, África, América Latina, e com os países do Leste Europeu, as geradoras do maior volume de emissão de garantias bancárias autónomas. Os beneficiários são, em primeiro lugar, entidades dos países produtores de petróleo e dos países da Europa socialista. A garantia à primeira solicitação revelou-se, neste contexto, o mecanismo ideal para superar desconfianças face ao Ocidente industrializado.

Em suma, o desenvolvimento do comércio, sobretudo num plano internacional, entre agentes sem grande conhecimento recíproco e total confiança mútua, exigiu o surgimento de garantias mais enérgicas, mais seguras e eficazes que as garantias tradicionais, como a fiança, que fraqueja devido à sua essencial acessoriedade, ou o aval que não responde devido à sua dependência natural em relação a certos títulos de crédito e limitada autonomia[12].

Com a garantia bancária autónoma asseguram-se, de forma mais segura e eficaz, os direitos do beneficiário, sem prejuízo para o credor e com vantagens evidentes para o garante, já que, como afirma Francisco Cortez, «as entidades bancárias têm todo o interesse em prestar este tipo de garantia (normalmente fornecem à parte estrangeira a garantia quanto ao bom cumprimento do contrato pela parte nacional), recebendo em contrapartida uma comissão, sem se envolverem na controvérsia própria da relação principal subjacente»[13]. Independentemente da validade do negócio base, cujos requisitos legais muitas vezes poderiam nem sequer ser conhecidos por um parceiro internacional, a validade da garantia prestada não é afetada.

A garantia bancária apresenta, ainda, outras vantagens que justificaram o seu surgimento massivo na prática comercial internacional.

Romano Martinez e Fuzeta da Ponte referem a este propósito que através desta garantia «pode evitar-se o dispêndio da prestação de caução, ao mesmo tempo que se associa o garante ao cumprimento de uma obrigação alheia,

[12] JARDIM, Mónica - *A garantia autónoma*, Almedina, Coimbra, 2002, p. 115-150; MARTINEZ, Pedro Romano/PONTE, Pedro Fuzeta – *Garantias de cumprimento*, Almedina, Coimbra, 5ª ed., 2006, p. 127-129.

[13] CORTEZ, Francisco, op. cit., p. 519.

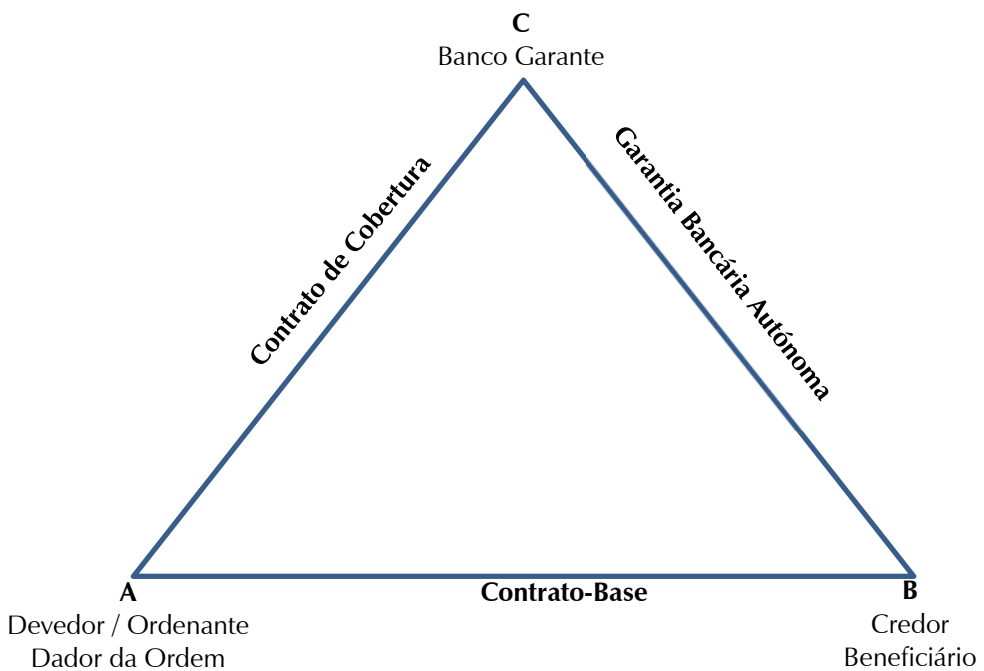
levando a que ele pressione o obrigado a cumprir pontualmente, sem ter de se imiscuir na relação deste com o credor»[14].

A garantia bancária autónoma constitui, hoje, um instrumento imprescindível ao desenvolvimento económico[15].

3. Da garantia bancária: regime jurídico

Como já se referiu, o "nascimento" da garantia bancária autónoma exige no mínimo, três intervenientes, a saber: um dador da ordem, ou ordenante, que também será devedor (na relação subjacente) e garantido; um banco que será o garante e um beneficiário que será também credor.

Julga-se que o esquema triangular que abaixo se apresenta ajudará a uma melhor compreensão desta figura jurídica:



[14] MARTINEZ, Pedro Romano / PONTE, Pedro Fuzeta da, « Garantias de Cumprimento», 5 edição, Coimbra, 2006, pág. 267 e *ss*.

[15]Na expressão do juiz Kerr, citado por Duarte Pinheiro, a garantia bancária autónoma é o "sangue da vida do comércio internacional", Garantia Bancária Autónoma, ROA, ano 52º, pág. 418.

Analisemos, então, cada uma destas três relações jurídicas.

3.1. Relação jurídica entre devedor e credor do contrato base

Apesar da independência do devedor, em relação ao contrato autónomo de garantia, o devedor obriga-se normalmente desde logo neste contrato a conseguir que um banco "de sólida reputação internacional", que pode ser logo identificado, se vincule a prestar a garantia, numa determinada modalidade e por um valor fixado, a favor do credor.

Assim por exemplo, A (devedor) e B (credor) celebram, entre si, um contrato de compra e venda internacional. Este contrato constitui a relação jurídica principal ou subjacente que se pretende garantir e como tal vai ser a base do nosso triângulo, isto é, o contrato-base.

Enquanto comprador, B, temendo o risco de incumprimento da obrigação, ou o cumprimento defeituoso por parte do vendedor A, pretende garantir este risco, fazendo normalmente constar essa exigência do clausulado do contrato-base, sem o que o mesmo não será celebrado. A obriga-se, assim, a conseguir um garante, o banco, que assegurará que o B, beneficiário, receberá uma quantia pecuniária previamente fixada, logo que o banco seja interpelado para tal pelo B.

3.2. Relação jurídica entre dador da ordem e o garante.

A segunda relação jurídica, estabelecida entre o devedor da relação principal e o banco garante, consiste num contrato, pelo qual o banco garante se obriga perante o devedor da relação jurídica principal, o ordenante, em contrapartida de certa retribuição, a celebrar com o correlativo credor um contrato autónomo de garantia.

De modo a cumprir o acordo, A vai, então, incumbir um C, o banco, de estabelecer uma relação jurídica com o B na qual prestará a referida garantia ao beneficiário mediante o cumprimento de uma série de requisitos que constarão do próprio texto da garantia.

Neste contrato são também, regra geral, definidas as retribuições a pagar ao garante, os deveres de prestar e pedir informação do garante ao devedor e

vice-versa, o direito de regresso do banco-garante contra o dador da ordem e as garantias destinadas a assegurar a satisfação desse direito, como hipotecas, penhores, fianças, e até a possibilidade de o garante exercer o seu direito de regresso por levantamentos em depósitos que o dador da ordem tenha no próprio banco.

Cabe realçar, como assinala Francisco Cortez[16], que estes contratos são, em regra, celebrados entre o dador da ordem e o garante como verdadeiros contratos de adesão, uma vez que as respetivas cláusulas são de antemão e unilateralmente predispostas, de modo que quem o banco queira contratar fica limitado a uma aceitação ou rejeição em bloco do clausulado, sendo usual que os bancos disponham de formulários, que os "dadores da ordem" se limitam a preencher, no estilo de carta pela qual solicitam sendo, por isso, aplicável a este tipo de contratos, o Decreto-Lei n.° 446/85, de 25 de Outubro, sobre cláusulas contratuais gerais.

Como qualificar o contrato que se estabelece entre o dador da ordem e o garante?

A doutrina maioritária vem classificando esta relação jurídica como contrato de mandato.

Galvão Telles[17]afirma, contudo, que o banco que presta a garantia autónoma não faz qualquer pagamento como mandatário de outrem, mas a título de garante de determinado contrato, classificando este contrato como contrato de prestação de serviços, sem o integrar na modalidade de contrato de mandato.

Ainda assim, tendo como pacificamente aceite que, por força deste contrato, o banco se obriga perante o dador da ordem, mediante uma retribuição, a celebrar com um terceiro um contrato autónomo de garantia, independente desse primeiro contrato como também da relação jurídica de base que visa garantir, afigura-se correto qualificar como de mandato, o contrato em análise. Segundo Pessoa Jorge, «a prestação do mandatário, mesmo quando envolve a prática de atos materiais, tem por objeto fundamental um ato jurídico, uma declaração de vontade destinada a produzir

[16] CORTEZ, Francisco, op. cit. p. 526.

[17] TELLES, Inocência Galvão, op. cit., p. 289.

efeitos de direito; pelo contrário, o contrato de prestação de serviços visa a realização de uma atividade de carácter material, em que os atos jurídicos, se os houver, não constituem o seu elemento principal»[18].

Por outro lado, o conjunto contrato de garantia bancária autónoma/contrato banco-devedor principal não pode ser qualificado como uma assunção de dívida. A assunção de dívida, regulada no art. 595.° e s. do CC, pode ser liberatória ou cumulativa. A assunção liberatória, assunção de dívida perfeita ou propriamente dita, é a transmissão da posição jurídica do devedor. A assunção cumulativa é a figura pela qual alguém faz sua a obrigação do devedor, mas este continua vinculado ao lado dele. Só a assunção liberatória envolve exoneração do antigo devedor. Ora, no conjunto contrato de garantia bancária autónoma/contrato banco-devedor principal, não há assunção de dívida, seja liberatória seja cumulativa. O banco não se obriga a efectuar a mesma prestação que o dador da ordem se vinculou a efectuar através do contrato-base.

Também não estamos perante um contrato de seguro.

Com efeito, são elementos essenciais do contrato de seguro: o risco, ou seja a possibilidade de um evento futuro e incerto susceptível de determinar a atribuição patrimonial do segurador (excluída a teoria indemnizatória, não se qualifica o evento de danoso); a empresa e a prestação do segurado (prémio, ou quotização nos seguros mútuos)[19].

A haver um contrato de seguro ele seria o contrato banco-devedor principal. Só que não é neste contrato que o banco se obriga a pagar à primeira solicitação; compromete-se sim a assumir perante o beneficiário a obrigação de pagar à primeira solicitação. A prestação a que o banco fica adstrito não é a prestação do segurador[20].

No contrato a favor de terceiro, isto é, aquele em que uma das partes (promitente) assume perante outra (promissário) a obrigação de efectuar uma prestação a favor de terceiro, estranho ao negócio (art. 443.° n.° 1, do

[18] JORGE, Pessoa - *O mandato Sem Representação*, Edições Áctica, Lisboa. 1961. p. 229.

[19] ALMEIDA, Moitinho - *O contrato de seguro no direito português e comparado*, Lisboa, 1971, p. 23-24.

[20] PINHEIRO, Jorge Duarte, op. cit. p. 432-433.

CC). O terceiro adquire direito à prestação, independentemente de aceitação (art. 444º, n.° 1, do Código Civil). Ora, se o art. 447.° do Código Civil atribui ao terceiro a possibilidade de aderir à "promessa", essa adesão não tem o efeito de criar o direito do terceiro à prestação, mas tão só o de tomar irrevogável esse seu direito (artigo 448.°, n.° 1, do Código Civil).

Por último, não integra um contrato-promessa, aquele em que uma ou ambas as partes se obrigam a celebrar novo contrato. De facto, através do contrato banco-devedor principal, uma das partes (o banco) assume perante a outra (o dador da ordem) a obrigação de efectuar uma prestação a favor de terceiro (o beneficiário), estranho ao contrato.

A este respeito refere Duarte Pinheiro[21]: «Uma vez que a prestação que o banco se obriga a efectuar perante o devedor principal é a celebração de um contrato de garantia bancária autónoma com o beneficiário, o contrato banco-dador da ordem aparenta ser um contrato-promessa a favor de terceiro (pacta de contrahendo cum tertio). Aparenta. Não é. O pactum de contrahendo cum tertio é o "contrato pelo qual alguém se obriga a realizar com terceiro, *por sua conta*, um negócio jurídico"»[22].

No contrato de garantia, o banco obriga-se, por conta do ordenante, isto é, na intenção de transferir para o dador os encargos da sua intervenção e o dador da ordem obriga-se a reembolsar o banco do pagamento que este venha a efectuar a solicitação do beneficiário da garantia autónoma.

Adianta, ainda, este autor que o contrato do banco com o devedor principal é um mandato sem representação, na medida em que o garante, ao celebrar por conta do dador da ordem-mandante o contrato autónomo de garantia, se vincula a uma obrigação própria e independente cujo cumprimento só a ele pode ser exigido pelo beneficiário.

O garante age em nome próprio e não em nome do mandante, assumindo assim as obrigações decorrentes do acto que celebra, cujos efeitos não se produzem directamente na esfera jurídica do mandante, pelo que o contrato celebrado entre o garante e o dador da ordem, face aos artigos 1178.° e 1180.° do Código Civil terá que ser considerado como um contrato de mandato sem

[21] PINHEIRO, Jorge Duarte, op. cit., p. 434.

[22] *Idem, ibidem*.

representação. Só assim se poderá entender a obrigação do garante como uma obrigação independente[23].

A obrigação de garantia bancária autónoma a que se vincula o garante, em seu nome mas por conta do mandante, é uma verdadeira *obrigação de garantia*, pelo qual este assegura ao beneficiário um certo resultado, responsabilizando-se pelo risco da não produção desse resultado através da promessa de entrega de uma quantia pecuniária determinada, nos termos e condições acordadas, ao beneficiário.

3.3. Relação jurídica entre o garante e o credor beneficiário

A terceira relação jurídica consiste no contrato autónomo de garantia.

É nesta última relação entre o garante e o beneficiário que se encontra a garantia propriamente dita.

Nesta relação o banco C garante obriga-se a entregar uma soma pecuniária determinada ao beneficiário B, logo que este alegue o incumprimento da relação jurídica subjacente e junte os documentos necessários para o efeito, ou, de imediato, quando este simplesmente o interpele a realizar essa prestação, mediante declaração.

Esta relação vem sendo qualificada entre nós, tanto pela doutrina como pela jurisprudência, como sendo uma relação contratual com carácter com carácter unilateral ou não sinalagmático, consensual e inominado, da qual decorre para o garante a obrigação de prestar a garantia e para o beneficiário o correlativo direito de crédito[24]. Um contrato pelo qual uma das partes, o garante, assegura à outra parte, o beneficiário, a produção de um certo resultado através da promessa que lhe entregará, sem levantar qualquer objecção, uma determinada soma pecuniária logo que o beneficiário prove a não produção desse resultado ou, noutra modalidade, o interpele para efectuar tal entrega.

---

[23] PINHEIRO, Jorge Duarte, op. cit., p. 434; CORTEZ, Francisco, op. cit. p. 526.

CORREIA, A. Ferrer - *Notas para o estuda da garantia bancária - Temas de direito comercial e direito internacional privado*, Coimbra 1989., p. 10 e seguintes; TELLES, Galvão, op. cit. p. 287; COSTA, Almeida, op. cit. p. 19.

Tratando-se de um negócio atípico, o contrato de garantia autónoma não tem exigências dc forma legalmente estabelecidas. Ao contrário do que sucede no Direito alemão, não parece de equacionar a aplicação analógica da forma da fiança (art. 628°), uma vez que esta é estabelecida em função da regra da acessoriedade que, conforme se sabe, não existe na garantia autónoma.

No entanto, Menezes Leitão considera que a mera aplicação da regra da liberdade de forma do artigo 219° chocaria em relação a um contrato com o risco que envolve a garantia autónoma, pelo que a elaboração de um documento escrito se afigura essencial para assegurar a ponderação da decisão do garante. Nesse sentido justifica-se a exigência da forma escrita para a declaração do vinculado à garantia autónoma. Já a declaração de aceitação por parte do beneficiário não carece do mesmo grau de exigência, podendo ser meramente tácita (artigos 217° e 234° do Código Civil)[25]

Por força do princípio da tipicidade dos negócios jurídicos unilaterais, enquanto fonte de obrigações previsto no artigo 457.º do Código Civil, a defesa da tese de que a relação entre garante e beneficiário se consubstancia num negócio jurídico unilateral tese minoritária), implicaria a rejeição liminar da admissibilidade da figura no direito português face ao princípio da tipicidade nos negócios jurídicos unilaterais, atendendo ao disposto no artigo 457º do Código Civil[26].

Tal como ocorre com a fiança, «a garantia autónoma institui uma relação triangular, em que é possível distinguir unia *relação de cobertura*, entre o garantido, dador de ordem, e o garante, no âmbito da qual este se compromete, normalmente mediante remuneração, a prestar a garantia; uma *relação de atribuição*, entre o dador de ordem e o beneficiário da garantia, que justifica a sua concessão; e finalmente, unia *relação de execução*, entre o garante e o beneficiário da garantia, que consiste precisamente na prestação da garantia»[27].

Nesta relação de execução, «o garante vincula-se a prestar ao beneficiário a garantia nos termos exactos ene que se obrigou perante o dador da ordem. Estamos aqui perante um verdadeiro contrato, uma vez que se exige a

[25] LEITÃO, Luís Menezes, op. cit. p 127.

[26] CORTEZ, Francisco, op. cit. p. 530.

[27] LEITÃO, Luís Menezes, op. cit., p. 128.

aceitação do beneficiário, ainda que esta possa ser tácita nos termos gerais (art. 217°). O contrato é, no entanto, de cariz unilateral ou não sinalagmático por criar apenas obrigações para o garante»[28].

Um negócio jurídico bilateral, embora, contrato unilateral ou não sinalagmático, por criar apenas obrigações para o garante.

Certo que, na maioria dos casos a aceitação do beneficiário da garantia assume a natureza de uma declaração tácita, uma vez que depois de assinar o contrato principal, em que a outra parte se compromete a prestar através de um banco uma garantia, o beneficiário desta recebe deste banco uma carta de garantia - que não pode deixar de ser vista como uma proposta contratual, aceite depois tacitamente (artigo 219º do Código Civil) pelo beneficiário[29]. Daí, talvez, alguma dificuldade em encarar esta relação jurídica como contratual.

Aliás, se há casos em que é óbvio estar-se perante um contrato de garantia bancária autónoma, nos termos em que o banco faz uma verdadeira proposta ao beneficiário, ainda que este aceite tacitamente, podem suscitar-se situações em que a *carta de garantia* se afigure de qualificar de negócio jurídico unilateral.

Em casos que venha a ser pertinente a qualificação da relação jurídica estabelecida, tendo em conta todo o processo conducente à emissão da garantia, só com a análise do caso concreto é que o intérprete poderá qualificar ou não a garantia em causa como sendo um contrato.

4. Da admissibilidade da garantia bancária

Pode dizer-se que a expansão e aceitação científica desta figura jurídica teve origem direta na obra do jurista germânico Rudolf Stammler, que, no final do século XIX, distinguia, de entre as garantias das obrigações, as garantias acessórias e as garantias autónomas - estas decorrentes de um contrato independente da relação garantida, o *contrato de garantia* ("Garantievertrag"), que, fundados na liberdade contratual, tinham uma eficácia superior por força dessa sua autonomia.

[28] LEITÃO, Idem, ibidem, op. cit. p. 128.

[29] CORTEZ, Francisco, op. cit. p.528-529.

Na categoria geral de *contratos de garantia*, Stammmler, distinguia a categoria especial dos contratos independentes ou autónomos, entendidos como "acordos tendentes a assegurar determinado resultado ou a assumir a responsabilidade pelo risco inerente a determinado empreendimento, sem ligação especifica com certa obrigação cujo cumprimento se visasse assegurar", respondendo essa parte-garante "pelos danos causados pela não verificação do resultado ou pela actuação do risco, sendo autónoma, pois, essa obrigação de garante"[30].

Esta distinção operada por Stammler veio a ser acolhida pela doutrina e pela jurisprudência germânica e depois pelas austríaca e holandesa, que assim encontraram forma de enquadrar juridicamente situações que escapavam aos esquemas clássicos, sobretudo da fiança, como sucedia nos negócios jurídicos em que uma das partes "garantia um certo resultado ou em que o garante renunciava previamente a invocar as excepções respeitantes ao devedor principal"[31].

A expansão da Garantievertrag provocou um enorme interesse jurisprudencial e despertou também a doutrina, que, atenta ao desenvolvimento dos circuitos comerciais, a fez evoluir para a fórmula mais apurada da Bankgarantie em que se assegura ao beneficiário o recebimento de uma soma pecuniária fixada, não só em caso de incumprimento do devedor, mas também quando a obrigação do devedor não chegou a existir ou se tornou impossível[32].

Na Grã-Bretanha, a autonomia das garantias bancárias foi reconhecida pela primeira vez no julgamento do caso Edward Owen Engineering Ltd. v. Barclays Bank International Ltd. pelo juiz Lord Denning da English Court of Appeal, em que a garantia bancária foi equiparada à nota promissória, emitida para pagamento "à vista", aí se defendendo que se os documentos

[30] PATRÍCIO, Simões – *Preliminares sobre a Garantia "on first demand",* in Revista da Ordem dos Advogados, Ano 13, Vol. VIII, Dezembro, 1983, em especial p. 677; TELLES, Inocêncio Galvão, op. cit., p. 281; LEITÃO, Luís Menezes, *op. cit.* p. 31-51 e 120-130.

[31] COSTA, Almeida/MONTEIRO, Pinto – *Garantias bancárias. O contrato de garantia a primeira solicitação*, in Colectânea de Jurisprudência, Ano XI, 1986, T 5º, p. 15 e seguintes;

[32] CORTEZ, Francisco, op. cit., p. 521.

estão em ordem com o pedido, o banco emissor da garantia deve pagar imediatamente[33].

A garantia bancária autónoma tornou-se, pois, aceite pela maioria das mais importantes ordens jurídicas, incluindo nos Estados Unidos da América onde assume, uma estrutura distinta (cartas de crédito de"stand by"). Com efeito, nos Estados Unidos da América, os bancos vêm fazendo uso de um instrumento equivalente à garantia bancária autónoma, a "stand by letter of credit", cujo surgimento se explica, historicamente, por neste país não ser, em princípio, permitida aos bancos a assunção de garantias[34].

Isto sem deixar de realçar as reticências que por vezes tem suscitado a aceitação deste instituto jurídico, nomeadamente em França[35] e Itália[36] e Portugal, em que a doutrina tem discutido a caracterização da garantia independente enquanto negócio abstrato, partindo-se do pressuposto de que essa abstração se define em função da irrelevância, para o negócio em questão, das vicissitudes porventura sofridas pelo negócio subjacente.

4.1. Da admissibilidade no ordenamento jurídico português

Em Portugal desconhece-se, com rigor, o momento em que se iniciou o uso da garantia autónoma bancária. No entanto, o Acórdão da Relação de Lisboa de 21/12/56, a respeito desta figura no âmbito de contrato de empreitada de obras públicas, refere o seguinte:

[33] ARAÚJO, Juliana Cristina Elias – *As Garantias Bancárias Autónomas no Direito Internacional*, Dissertação de Mestrado, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2008, www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp064309.pdf .

[34] Soares da Veiga aponta-lhes as seguintes características: "São emitidas por um banco a favor de um beneficiário (comprador de bens ou serviços), por instrução de um cliente e mandante (vendedor de bens ou serviços), garantindo ao beneficiário o pagamento de determinada quantia, em dinheiro, no caso de incumprimento, ou cumprimento defeituoso, do contrato", in VEIGA, Soares da, Direito Bancário, Coimbra, 1994, p. 265. LEITÃO, Luis Menezes, op. cit., p. 41-43.

[35] POULLET, Yves - *La Garantie à première demande: un acte unilatéral?*, in Mélanges Jean Pardon, 1996, p. 409 e seguintes; BELLIS, Marc/POULLET, Yves – *Emergence de la sureté personalle non accessoire*, in Les Garanties bancaires dans les contrats internationaux, p. 156-157; LEITÃO, Luis Menezes, op. cit. p. 25-27.

[36] BENATTI, Francesco – *Contrato autonomo de Garanzia*, in Novissimo Digesto Italiano, Appendice, Vol. III, 1982, p. 918 e seguintes; LEITÃO, Luís Menezes Leitão, op. cit. p. 31-33.

«A garantia bancária em empreitadas de obra pública, por sua natureza, finalidades e efeito da lei, não pode considerar-se mera fiança, antes representa descontos que à entidade empreiteira deviam ser feitos, à falta de tal garantia, para a sua proposta poder ser legalmente aprovada».

«Tal garantia não é uma fiança: é o substituto dos depósitos reais e efectivos que o empreiteiro devia suportar, para poder tomar conta de uma obra do Estado, dos municípios ou de qualquer corporação ou entidade pública»[37].

O Tribunal da Relação de Luanda, por sua vez, em acórdão, citado por Francisco Cortez, de 15 de Novembro de 1963, depois de discutir se o contrato celebrado pelas partes se tratava de uma fiança ou de uma retrofiança, acabou por qualificar como contrato de garantia o negócio jurídico pelo qual uma pessoa se obrigara verbalmente perante o sacador e endossante de uma letra «a indemnizá-lo do que ele tivesse de desembolsar por efeito daquele endosso. "Tendo o endossante pago ao Banco o montante da letra, pediu e obteve do suposto garante [que o Tribunal da Relação de Luanda considerou responsável] o que desembolsara»[38].

Tal como o francês e o italiano, também o nosso ordenamento jurídico, no artigo 458º do Código Civil, proíbe os negócios abstractos que a lei expressamente não consinta. Vale, portanto, ao contrário do que ocorre na Alemanha, o princípio da causalidade, e a abstração negocial, isto é, "omissão textual de causa final do ato"[39] só é permitida num conjunto fechado de tipos negociais.

Ainda que assente em fundamentação nem sempre coincidente, a doutrina portuguesa acaba por aceitar a validade das garantias autónomas automáticas ou não, no sistema jurídico português.

[37] Acórdão da Relação de Lisboa de 21/12/56, *Jurisprudência das Relações*, 2, p.1029.

[38] CORTEZ, op. cit. p. 581

[39] ALMEIDA, Carlos Ferreira de - *Contratos II, Conteúdo. Contratos de Troca*, Almedina, 2007, p. 121: "negócios abstractos no direito português são apenas aqueles cujo regime jurídico, estabelecido por lei ou por convenção internacional vigente em Portugal, admita a omissão de uma função económico-social no respectivo conteúdo".

Almeida Costa e Pinto Monteiro defendem que a dificuldade que alguns autores encontram para a admissibilidade da garantia bancária autónoma, parte da confusão conceitual entre autonomia e abstração.

«O facto de a garantia automática se "abstrair" das vicissitudes do contrato-base significa apenas que esta garantia, diferentemente da fiança, não é acessória, antes autónoma - o que não significa, porém, que seja um negócio abstracto, sem causa»[40]. Nesta linha de pensamento, concluem que contrato de garantia bancária é um verdadeiro negócio causal porque a sua causa, a sua finalidade económico-social, reside precisamente em "garantir determinado contrato-base". Uma finalidade objectivada na carta de garantia e nos contratos - entre o devedor e credor e entre o primeiro e o banco - que a precedem.

A autonomia significa que o contrato de garantia é independente do contrato-base, de tal modo que as vissicitudes deste não se transmitem àquele, não podendo o garante usar os meios de defesa (opor ao beneficiário) as excepções do devedor, na relação principal. É o que ocorre na garantia bancária. O que não significa que o contrato de garantia não tenha uma causa.

Ferrer Correia veio defender o carácter causal da garantia bancária (à primeira solicitação), afirmando que lhe corresponde «um fim, que vem a ser o escopo de garantia. «É nele que reside a "causa" do negócio.(...) O contrato de garantia exerce uma função de garantia - e não pelo menos de forma principal, uma função de pagamento»[41]. Contudo esta tese não é completamente clara, o que leva o mesmo autor a acrescentar que o contrato de garantia tem como fundamento o negócio jurídico de que procede a obrigação garantida (contrato principal). Este último negócio constituíria o pressuposto do primeiro, ou seja, a sua causa[42].

Galvão Telles, afastando-se, em parte da solução de Ferrer Correia, entende a garantia autónoma como um negócio causal porque tem a sua justificação no contrato-base. «A garantia automática é uma obrigação causal,

[40] Idem, ibidem, p. 27.

[41] CORREIA, Ferrer, op. cit., p. 12.

[42] CORREIA, Ferrer - *Notas para o estudo do contrato de garantia bancária*, Revista de Direito e Economia, ano VIII, nº 2, 1982, p. 249-250.

como a fiança, porque visa, como esta, uma função de garantia e essa função, que constitui a sua causa, está objectivada no respectivo contrato»[43].

Para esta doutrina maioritária, o contrato autónomo de garantia é simultaneamente autónomo e causal. É autónomo porque a sua validade e subsistência são independentes das do contrato-base, de tal modo que, ao contrário da fiança que é acessória, o garante não pode usar os meios de defesa do devedor relativos a este contrato contra o beneficiário da garantia. E é causal porque tem uma causa: a função de garantia do contrato-base objectivada no respectivo contrato de garantia. Sendo um negócio jurídico causal é então necessariamente válido por força do princípio da liberdade contratual[44].

Simões Patrício insurge-se contra esta orientação defendendo a natureza abstracta do contrato autónomo de garantia, acabando, no entanto, por concluir pela validade deste na ordem jurídica portuguesa devido, segundo afirma, à inaplicabilidade subsidiária à garantia autónoma internacional (por se tratar de uma uma figura do direito comercial internacional), da proibição legal do negócio abstracto estabelecida pelo art. 458.° do Código Civil[45].

Independentemente da inexistência da tipificação deste contrato, enconrtramos, em diversos diplomas jurídicos nacionais encontramos referências a essa operação bancária, como uma das formas de se garantir o cumprimento de obrigações.

Assim, o Decreto Lei nº 18/08, de 29 de Janeiro, sobre o regime dos contratos públicos, no qual se alude à garantia bancária autónoma como forma de caucionar "o imediato pagamento de quaisquer importâncias exigidas pela entidade adjudicante em virtude do incumprimento de quaisquer obrigações a que a garantia respeite" (artigo 90º, nº 6), para efeitos de dispensar a audiência prévia do interessado quando a "sanção a aplicar tiver natureza pecuniária e se encontrar caucionada por garantia bancária à primeira solicitação" (artigo 308º, nº 3) ou para substituição da dedução a efetuar na faturação "por garantia bancária á primeira solicitação" (artigo 353º, nº 2). Outrossim no

[43] TELLES, Inocêncio Galvão, *Garantia bancária autónoma*, cit., p. 290.

[44] CORTEZ, Francisco, op. cit. P. 575-576.

[45] PATRICIO, Simões, *op. cit.*, p. 254-255., p. 254-255.

regime que foi aprovado pelo Decreto-Lei nº 405/93, de 10 de Dezembro (artigos 106º, nº 5, e 195º, nº 5).

Ainda que sem referir expressamente a modalidade de garantia bancária à primeira solicitação, ficando-se pela referência genérica à "garantia bancária", são diversas as alusões que se encontram no regime de empreitada de obras públicas aprovado pelo Decreto-Lei nº 59/99, de 2 de Março (vide artigos 114º, nº 1, e 211º, nº 4).

De todo o modo, os seus contornos jurídicos devem ser encontrados com recurso ao regime geral das obrigações, sem prejuízo do seu enfoque jurisprudencial e doutrinal e bem assim das práticas bancárias nacionais e internacionais que conjugadamente acabam por traduzir verdadeiros usos bancários[46].

Francisco Cortez que se manifesta no sentido da «inequívoca admissibilidade do contrato de garantia bancária autónoma na ordem jurídica portuguesa», não deixa de sublinhar algumas fragilidades, resultantes certamente da complexidade da noção de causa, que atingem a fórmula encontrada pela doutrina maioritária para a defender. Dificuldades e dúvidas que, segundo este autor, «não podem ser ultrapassadas apenas pela constatação realista de que se trata de um contrato "largamente utilizado na prática dos negócios", pelo que se constituiu num "tipo contratual de origem social ou jurisprudencial", na expressão célebre de Benatti, uma vez que, como afirmava Vaz Serra sobre o negócio abstrato, "se bem que favoreça o tráfico jurídico, pela segurança que dá aos direitos, tem os seus perigos, por facilitar o enriquecimento sem causa"»[47].

4.2. A admissibilidade e a jurisprudência portuguesa

Face às hesitações da doutrina, à indefinição dogmática da figura, à inadmissibilidade dos negócios abstratos, não foi isenta de dúvidas a aceitação pelos tribunais portugueses da garantia bancária autónoma. Ademais, a percentagem de litígios judiciais desencadeados pelas garantias bancárias autónomas prestadas, sobretudo, no comércio internacional é relativamente

[46] JARDIM, Mónica - *A Garantia Bancária*, cit., p. 27 e seguintes.

[47] CORTEZ, Francisco, op. cit., p. 579-580.

recente, ainda que nas últimas duas décadas se venha assistindo a um crescente número de casos, fruto do aumento exponencial do uso das garantias bancárias autónomas no comércio internacional, sobretudo, das automáticas, ou à primeira solicitação.

Se inicialmente as referências jurisprudenciais são tímidas e surgem de uma forma ainda embrionária, a admissibilidade da garantia na modalidade mais apurada, a automática, veio provocar maiores dúvidas e controvérsias.

O Supremo Tribunal de Justiça, em Acórdão de 7 de Novembro de 1990[48] apreciou, em concreto, uma garantia bancária autónoma, que qualificou expressamente como tal, aproveitando para especificar tratar-se de um verdadeiro negócio causal, compatível com o artigo 458º do Código Civil.

Posteriormente, esta matéria veio a ser objeto de tratamento mais desenvolvido nos Acórdãos dos Tribunais da Relação do Porto, de 13 de Novembro de 1990 e da Relação de Lisboa, de 11 de Dezembro de 1990.

Consta do sumário do Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 11 de Dezembro de 1990[49]:

«I - O contrato de garantia bancária é um contrato inominado, causal, autónomo, que não teve ainda consagração legislativa em Portugal.

II - O Banco pode, em princípio, recusar o pagamento "à primeira interpelação" quando está em condição de prever que o beneficiário sabe que a contraparte não deixa de cumprir, enquanto isso é um facto notório.

III - Se se tiver convencionado que o Banco tem de pagar ao beneficiário da garantia, "à primeira interpelação", sem poder discutir razões para o não pagar, tal cláusula não ofende os bons costumes, não traduz abuso de direito e não ofende o sentimento jurídico geral.

IV - Se o Banco efetuar o pagamento, em cumprimento de tal cláusula, terá direito de regresso».

[48] Acórdão do STJ de 7/11/1990, Proc. nº 077497, (Relator, Figueiredo Sousa), www.dgsi.pt/jstj.

[49] Acórdão da RL de 11 de Dezembro de 1990, (Relator, Santos Monteiro), Colectânea de Jurisprudência, Ano XV, 1990, Tomo V, p. 135 e seguintes e sumário também em www.dgsi.pt/jtrl.

Neste aresto afirma-se que o «contrato de garantia bancária (...), contrato inominado, fruto da autonomia privada que preside à formação dos contratos (art. 405.° do CC) e que entre nós ainda não teve consagração legislativa (...), é um negócio jurídico causal em certo sentido, por ter o escopo da garantia do contrato principal. Porém, ao contrário da fiança, não tem natureza acessória em relação ao contrato principal, mantendo antes, uma certa autonomia»[50].

Este acórdão acolhe a posição da doutrina portuguesa maioritária que considera o contrato autónomo de garantia é simultaneamente autónomo e causal, concluindo que as cláusulas de pagamento à primeira interpelação ou "on first demand" não ofendem os bons costumes, nem traduzem abuso do direito, porque até são usuais no comércio jurídico e em alguns casos de garantia de empreitadas de vulto. Tais cláusulas «também não ofendem o sentimento jurídico geral, porque, em última análise, as partes do contrato principal poderão sempre discutir em sede própria as causas e os efeitos do incumprimento contratual por parte do empreiteiro, se o houver, decorrendo daí o ressarcimento de qualquer prejuízo resultante da natureza autónoma da garantia bancária.

O Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 27 de Maio de 2010[51], aceitando a existência desta figura jurídica, refere que, «a função da garantia autónoma não é a de assegurar o cumprimento de um determinado contrato, visando antes assegurar que o beneficiário receberá, nas condições previstas no texto da garantia, uma determinada quantia em dinheiro. Assumindo o garante uma obrigação própria, desligada do contrato base sendo tal obrigação, nessa medida autónoma, independente, não acessória da obrigação do devedor principal».

5. Das regras de uniformização sobre garantias bancárias

A utilização e aceitação generalizada de garantias nos contratos internacionais fez sentir a necessidade da criação de regras uniformes sobre

[50] Ac. RL de 11 de Dezembro de 1990, (Relator, Santos Monteiro), Colectânea de Jurisprudência, Ano XV, 1990, Tomo V, p. 135 e seguintes.

[51] Acórdão do STJ de 27/5/2010 (Relator, Serra Baptista), www.dgsi.pt/jstj.

esta matéria, atenuando as disparidades legislativas e diferente reconhecimento internacional das garantias[52].

Aliás, a garantia bancária autónoma conquistou definitiva aceitação por parte da comunidade juscientífica internacional após o Colóquio de Tours de Junho de 1980[53].

Assistiu-se, então, a um esforço de uniformização das cláusulas, ainda que com pouco sucesso, protagonizado pela Câmara de Comércio Internacional (CCI), em colaboração com a Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (CNUDCI), que, em 1978, aprovou as "Regras Uniformes sobre garantias contratuais" (brochura n.° 325) e, em 1982, as "Fórmulas normalizadas para a emissão de garantias contratuais" (Brochura n.° 406).

Reconhecendo esta insuficiência, a Câmara de Comércio Internacional promoveu a realização de estudos e discussões que culminaram na adoção, em 1991, das Regras Uniformes sobre garantia a primeira solicitação (Publicação nº 458), em que a autonomia e independência que tipificam este instituto foram adequadamente reconhecidas e reguladas, e que antecederam a Convenção sobre as Garantias Independentes e as Letras de Crédito Stand by" que foi aprovada pela Resolução nº 50/48, das Nações Unidas, de 11 de Dezembro de 19855, não tendo ainda sido assinada por Portugal, apesar do parecer favorável emitido pelo Conselho Consultivo da Procuradoria Geral da República[54]. Mais tarde, a Convenção da ONU de 11 de Dezembro de 1995 e que entrou em vigor em 1 de Janeiro de 2000[111]., veio estabeler regras sobre garantias independentes *e stand-by letters of credit (United Nations on Independent Guarantees and Stand-By Lctters of Credit).*

Mas, como salienta Luís Menezes Leitão, tais instrumentos «não devem obliterar as grandes dificuldades que existem na uniformização do regime das garantias, as quais levaram mesmo a UNCITRAL a abandonar em 1980 um

[52] LEITÃO, Luís Menezes, op. cit. p. 43-46.

[53] *Les garanties bancaires dans les contrats internationaux* - Colloque de Tours des 19 et 20 Juin 1980", Paris, ed. FEDUCI, 1981.

[54] LEITÃO, Luís Menezes Leitão, op. cit. p. 43; Parecer da PGR de 07-11-1997, Proc. nº 00000945, (Relator, Luís da Silveira), www.dgsi.pt/pgr

projecto de tinha de desenvolvimento de umas *Modern Uniform rufes for secured financing* por o ter considerado inviável»[55].

No âmbito da União Europeia, embora a regulação comunitária esteja cada vez mais presente nas diversas matérias jurisprivatísticas, encontra-se no que tange ao direito das garantias, designadamente quanto à garantia bancária autónoma, completamente ausente, o que, como salienta Luíz Menezes Leitão «não deixa de ser estranho, quando se pensa na importância do reconhecimento das garantias para o funcionamento da União Económica e Monetária».

Ainda assim, a internacionalização da economia tornou premente a necessidade de instituição de garantias com eficácia transnacional, pelo que o fracasso da intervenção da Comunidade Europeia não tem impedido o surgimento de diversas tentativas de harmonização dos diversos ordenamentos, quer através de esforços isolados dos Estados, quer através do trabalho de organizações internacionais, ou da doutrina nos vários países[56].

6. Da garantia bancária autónoma: figuras afins

A garantia bancária autónoma não se confunde com a fiança, o aval, o crédito documentário ou o depósito, embora se possa dizer que se trata de figuras jurídicas que lhe estão próximas.

6.1. A fiança

Tal como a garantia autónoma, a fiança visa reforçar a garantia geral das obrigações, sendo que ambas são garantias pessoais, pois ambas se traduzem em direitos de crédito ao serviço de outros direitos de crédito.

Nos termos do artigo 627.°, n.° 1 do Código Civil, o «fiador garante a satisfação do direito de crédito, ficando pessoalmente obrigado perante o credor».

[55] LEITÃO, Luís Menezes Leitão, op. cit. p. 43.

[56] LEITÃO, Luís Menezes Leitão, op. cit. p. 47-49.

A fiança é, assim, a garantia pessoal tipo pela qual um terceiro - o fiador - assegura com o seu património o cumprimento da obrigação do devedor, ficando, nos termos do citado preceito legal, pessoalmente obrigado perante o respetivo credor. A obrigação do fiador é distinta da obrigação do devedor principal. A obrigação deste é a de realizar uma certa prestação. A obrigação do fiador é a obrigação de cumprir a obrigação do afiançado no caso de este não a cumprir.

Segundo Vaz Serra, «o fiador promete ao credor o resultado de que será cumprida a obrigação principal; ele, ao efectuar a prestação, não cumpre somente a obrigação principal, cumprindo, ao mesmo tempo, a obrigação pessoal sua (esta tem por objectivo dar lugar o resultado de ser cumprida aquela outra obrigação)»[57].

Adianta o n.° 2 do artigo 627º do Código Civil que a «obrigação do fiador é acessória da que recai sobre o principal devedor».

Esta acessoriedade característica da fiança, que decorre de diversos normativos do Código Civil, significa que a fiança deve seguir a forma exigida para a obrigação principal (artigo 628.°, n.° 1), que não pode exceder a dívida principal nem ser contraída em condições mais onerosas (artigo 631.°, n.° 1), não é válida se o não for a obrigação principal (artigo 632.°, n.° 1), permitindo ao fiador, por regra, opor ao credor os meios de defesa que competem ao devedor (artigo 637.°, n.° 1) e extingue-se com a extinção da obrigação principal (artigo 651.º).

Outra característica da fiança, embora não essencial - ao invés do que sucede com a acessoriedade que faz parte da natureza da fiança - é a chamada subsidiariedade.

A subsidiariedade traduz-se no benefício da excursão prévia previsto no n.° 1 do artigo 638.° do Código Civil e regulado no artigo 828.° do Código de Processo Civil. Só pode ser exigido o cumprimento da obrigação do fiador quando o devedor principal não cumpra nem possa cumprir a obrigação principal. O fiador pode recusar o cumprimento da sua obrigação enquanto o credor não tiver excutido todos os bens do devedor principal para satisfazer o seu crédito. E pode até o fiador exigir a prévia excussão dos bens sobre que

[57] SERRA, Vaz, op. cit., p. 20.

recaia uma eventual garantia real constituída por terceiro, desde que seja anterior ou contemporânea da fiança (639.°, n.° 1 do Código Civil).

Contudo, esta subsidariedade pode ser afastada. É o que ocorre quando o fiador tiver renunciado previamente ao beneficio da excussão, o que acontece desde logo, se assumiu a obrigação de principal pagador (640.°, n.° 1 do Código Civil); quando por facto posterior à constituição da fiança, o devedor não possa ser executado ou demandado no continente ou nas regiões autónomas da Madeira e dos Açores (640.°, n.° 2 do CC); ou quando a obrigação principal tiver natureza comercial, o que se compreende tendo em conta as características da actividade económica em causa, já que o art. 101.° do Código Comercial afasta, nestes casos, o benefício da excussão prévia.

O que caracteriza a garantia bancária autónoma é, exatamente, a sua autonomia, por oposição à acessoriedade, característica da fiança.

Apesar de já não se discutir que a distinção entre fiança bancária e garantia bancária existe, nem sempre é fácil, na prática, estabelecer a fronteira entre as duas duas figuras.

De todo o modo, pode dizer-se que a garantia bancária não é acessória mas autónoma. Assim, a invalidade da obrigação garantida não determina a da garantia; o garante não pode invocar os meios de defesa que assistam ao devedor principal na relação com o credor principal; as condições são mais onerosas para o garante que para o devedor principal.

O garante autónomo, ao contrário do fiador, não é admitido a opor ao beneficiário as exceções de que se pode prevalecer o garantido. E se é certo que a fiança como a garantia bancária têm uma função de garantia, assegurando tanto o fiador como o garante a produção de um resultado a verdade é que a responsabilidade assumida pelo garante é necessariamente diferente da assumida pelo fiador, isto porque a autonomia tem que ter consequências também a este nível[58].

Procurando estabelecer a distinção entre as duas figuras jurídicas, escreve Francisco Cortez:

[58] CORTEZ, Francisco, op. cit., 556-557

«Na fiança, o cumprimento da obrigação do devedor é garantido através da vinculação do fiador a uma obrigação de indemnização que, por força da acessoriedade, é igual, é uma cópia, da obrigação de indemnização do devedor em que se transforma, sem alteração do objeto, a primitiva obrigação de prestar a que ele se encontrava vinculado e que foi garantida pela fiança. (O devedor tinha que pagar um preço de 30, não cumprindo tinha que indemnizar em 30, o fiador tem que entregar ao credor 30).

No contrato autónomo de garantia, pelo contrário, a obrigação a que se vincula o garante, que pode ser classificada de garantia pela causa (função de garantia), e de indemnização pelo fim (destina-se a reparar os danos do credor), é uma verdadeira obrigação independente porque assumida em nome próprio (ainda que por conta do devedor) pelo garante. Sendo própria e distinta, esta obrigação não se molda sobre qualquer obrigação do devedor (de prestar ou de indemnizar), quer quanto ao objecto - que na obrigação de garantia é sempre a entrega de uma quantia pecuniária, enquanto a obrigação do devedor pode ser, v. g., uma obrigação de prestação de facto -, quer quanto aos pressupostos da sua exigibilidade - o que permite o desvio convencional às regras da responsabilidade civil, tanto quanto à culpa do devedor, como quanto à prova do dano.

É esta a diferença de fundo entre a fiança e o contrato autónomo de garantia: uma responsabilidade acessória em tudo igual à do devedor, na fiança, e uma responsabilidade própria e autónoma, em tudo distinta da do devedor, no contrato autónomo de garantia»[59].

Em última análise, a distinção entre a fiança e a garantia bancária autónoma, dependerá de uma interpretação, segundo as regras dos artigos 236º e seguintes do Código Civil, dos termos do contrato celebrado entre o credor e o garante, ou fiador, não sendo dispicienda para este efeito, ainda que não decisiva, a inclusão, ou não, no contrato de cláusula "*on first demand*", *"à primeira solicitação"*, *isto é*, *cláusula* de não invocabilidade das excepções relativas a relação jurídica de base.

[59] CORTEZ, Francisco, op. cit., 556-557

6.2. O aval

O aval consiste numa declaração escrita em determinados títulos de crédito, letras, livranças ou mesmo em cheques e extractos de facturas, em que uma pessoa, o avalista, garante, por um dos subscriptores que expressa ou tacitamente se indica - o avalizado - o pagamento total ou parcial da obrigação pecuniária naquele incorporada[60].

O aval é também uma garantia especial pessoal.

O seu regime encontra-se delineado nos artigos 30.° a 32.° da Lei uniforme relativa às letras e livranças (LULL) e nos artigos 25.° , 26.° e 27.° da Lei uniforme relativa ao cheque (LUCH).

O aval garante o pagamento de uma letra (artigo 30.° da LULL), de uma livrança (artigo 30.° da LULL, aplicável por força do artigo 77.° da LULL) ou de um cheque (artigo 25.° LUCH), ficando o avalista responsável da mesma maneira que a pessoa por ele afiançada e está obrigado ainda que a obrigação garantida seja nula "por qualquer razão que não seja um vício de forma" (artigo 32.° da LULL e art. 27.° da LUCH).

Por outro lado, o avalista pode socorrer-se de todos os meios de defesa que cabem ao "afiançado", com excepção dos decorrentes da invalidade substancial da relação subjacente. Ou seja, a obrigação do avalista é materialmente autónoma já que se mantém mesmo no caso de a obrigação que ele garantiu ser nula, mas formalmente dependente da obrigação avalizada.

Será, assim, característica essencial do aval uma «acessoriedade imperfeita ou uma autonomia limitada[61].

A obrigação do avalista é distinta da obrigação a que se vincula o garante na garantia bancária autónoma. São duas as diferenças fundamentais.

- a autonomia do aval é mais limitada do que a da garantia bancária autónoma, que não sendo absoluta, é uma autonomia "pura", só limitada ao nível superior dos princípios fundamentais e imperativos

[60] Sobre o aval vide LEITÃO, Luís Menezes – op. cit., 115-120.

[61] CORTEZ, Francisco, op. cit., 558-560

- a autonomia do aval e imperfeita, já que limitada desde logo pela própria natureza da obrigação garantida que, incorporada num título de crédito, impõe a transmissibilidade da sua invalidade formal à obrigação do avalista.

E se a este nível o aval, apesar de tudo, se encontra mais próximo da garantia bancária autónoma do que da fiança, não restam dúvidas, como enfatiza Francisco Cortez, que as posições se invertem no que respeita à estrutura dos institutos, o que na prática os torna inconfundíveis. De facto, o aval consiste numa declaração escrita num titulo de crédito, em que o avalista, garante por um dos subscritores o pagamento de obrigação naquele incorporada, enquanto a garantia bancária autónoma resulta de um verdadeiro contrato celebrado entre o garante, normalmente um banco, e um beneficiário[62].

6.3. O crédito documentário

Pode definir-se crédito documentário como a operação pela qual um banco, por conta de um cliente-importador, abre um crédito a favor de um vendedor-exportador, assumindo o compromisso de pagar ao vendedor-exportador o valor das suas mercadorias contra a entrega dos documentos estipulados pelo crédito[63].

Trata-se de uma figura que tem como finalidade especifica a realização do pagamento de um preço através de um estabelecimento bancário, apesar de indirectamente representar uma garantia para o vendedor a quem é assegurado que receberá pontualmente o preço, no que se aproxima de algumas modalidades de garantia autónoma, nomeadamente a chamada garantia de pagamento.

Apesar de se notarem semelhanças entre a garantia bancária autónoma e o crédito documentário, este último tem um âmbito mais restrito que a garantia bancária autónoma, já que só funciona como garantia de um contrato de compra e venda, ao invés do que ocorre com a garantia autónoma, que pode

[62] CORTEZ, Francisco, op. cit., 563.

[63] PINHEIRO, Jorge Duarte, op. cit., p. 424-426.

respeitar a um contrato de outra natureza ou até a uma obrigação não contratual.[64]

Por outro lado, a garantia bancária autónoma pode não depender da receção pelo banco garante de qualquer documento, ao contrário do que acontece na abertura de crédito documentário, mas simplesmente da interpelação do beneficiário - se for automática - ou da prova por este do incumprimento da obrigação do devedor.

Se na garantia bancária autónoma o beneficiário reclama o pagamento, alegando o não cumprimento da obrigação principal, no crédito documentário quem reclama o pagamento entrega documentos que sugerem o cumprimento da obrigação pelo reclamante[65].

6.4. O depósito

Com interesse para a noção de garantia autónoma, importa a figura do depósito de dinheiro, títulos de crédito, pedras ou metais preciosos.

No âmbito das garantias especiais, em que há um reforço qualitativo da garantia na medida em que conferem ao credor uma posição de vantagem relativamente a certos e determinados bens do devedor ou de terceiro, a lei admite vários tipos de garantias reais: a consignação de rendimentos, o penhor, a hipoteca, os previlégios creditórios, o direito de retenção, a penhora e o arresto.

De acordo com o n.° 2 do art. 666.° do Código Civil «é havido como penhor o depósito a que se refere o n°. 1 do artigo 623.°", ou seja, o "depósito de dinheiro, títulos de crédito, pedras ou metais preciosos».

Na verdade, este depósito de dinheiro ou outros valores pelo devedor nas mãos do credor é uma modalidade de garantia especial das obrigações que, apesar de garantia real, se aproxima da garantia bancária autónoma. Nesta, sobretudo se for "garantia à primeira solicitação", tudo se passa, do ponto de

[64] TELLES, Inocência Galvão, op. cit, p. 284.

[65] PINHEIRO, Jorge Duarte, op. cit., p 425.

vista do credor-beneficiário, como se tivesse, sem ter realmente, dinheiro depositado à sua ordem.[66]

São assinaláveis, do ponto de vista do credor, as vantagens do depósito de dinheiro ou valores, pela segurança que oferece. Contudo, são inúmeras, também, as desvantagens, quer para o devedor quer para o credor, por implicar um congelamento dos valores depositados. Nesta medida o devedor que deposita os valores deixa de os poder rentabilizar e, por seu lado, o credor só lhes tem verdadeiramente acesso se e quando o devedor não cumprir a sua obrigação.

Afigura-se relativamente fácil a distinção entre a garantia bancária autónoma e o depósito. Na primeira o devedor não entrega à guarda do garante qualquer valor patrimonial para assegurar o direito do credor, limitando-se a celebrar com o garante um contrato, pelo qual este se obriga a celebrar com o credor um contrato autónomo de garantia. Claro que o devedor terá também que entregar ao garante determinada quantia, correspondente ao pagamento dos serviços prestados pelo garante e o eventual exercício do direito de regresso pelo garante contra o dador da ordem, o que é distinto do que se passa no depósito, em que o depositário se limita a guardar os valores depositados para garantir o cumprimento da obrigação, devolvendo-os ao devedor em caso de cumprimento ou entregando-os ao credor no caso contrário[67].

7. Características da garantia bancária

7.1. A autonomia

A característica essencial do contrato autónomo de garantia, que o individualizou em relação à fiança, é, como se disse, a sua autonomia. Com efeito, ao contrário da obrigação de fiança, a obrigação de garantia bancária autónoma não tem natureza acessória em relação d obrigação garantida, já que, o garante assume uma obrigação própria, independente do contrato base.

[66] CORTEZ, Francisco, op. cit., p. 564.

[67] [67] Idem, ibidem, p. 565-566.

Por autonomia tem-se entendido a inoponibilidade pelo garante ao beneficiário das excepções fundadas na relação principal, de que se pode prevalecer o garantido. A autonomia corresponde à impossibilidade de o garante usar os meios de defesa próprios do devedor garantido[68]

A esta noção de autonomia são por regra acrescentados dois complementos: o primeiro adiciona às excepções não invocáveis pelo garante, as excepções relativas ao contrato de mandato celebrado entre o garante e o devedor principal, já que só através da autonomia também entre estes dois contratos, a obrigação do garante é verdadeiramente própria e autónoma; o segundo complemento, consiste na proibição do devedor de impedir o garante de prestar a soma acordada[69].

O conceito de autonomia mostra-se deveras relevante. Não é por acaso que se nota por parte da doutrina portuguesa, em sintonia aliás com a estrangeira, uma preocupação em definir a autonomia por via da sua concretização prática: a inoponibilidade das excepções da relação garantida pelo garante ao beneficiário, abstendo-se de formularum conceito técnico-científico de autonomia, neste tipo de contrato.

Segundo Francisco Cortez mostra-se compreensível o referido cuidado, uma vez que é bastante duvidoso que a autonomia corresponda ao inverso conceitual, à face negativa, da acessoriedade, característica essencial da fiança. Na verdade, parece ser difícil defender, sobretudo em sistemas jurídicos diferentes do alemão, como o português, o francês e o italiano - onde é regra a inadmissibilidade da abstração - que a autonomia possa significar a existência e a validade da obrigação do garante não dependente da existência e da validade da obrigação principal.

De facto, como defende a doutrina portuguesa maioritária, a causa da obrigação do garante ou do contrato de que ela resulta, reside na sua função de garantir a relação jurídica principal. Esta exigência de causa introduz algumas dificuldades na importação do conceito germânico de autonomia-abstração que só poderão ser ultrapassadas se tivermos presentes, por um lado,

[68] CORTEZ, Francisco, op. cit. 532-534; COSTA, Almeida/ MONTEIRO, Pinto, op. cit., p. 20.

[69] CORTEZ, Francisco, op. cit. 532-534

a força criadora da autonomia privada e, por outro, a ratio do próprio contrato autónomo de garantia.

Em jeito de conclusão afirma Francisco Cortez:

«Em primeiro lugar, importa traçar uma fronteira fundamental no conceito de autonomia: a que separa a dúvida da certeza, aquilo que é alegado mas discutível daquilo que é certo e definitivamente assente. Se a inexistência ou a invalidade da obrigação garantida são um dado adquirido, indiscutível, a obrigação de garantia não se pode manter porque perde a sua própria causa, pelo que não pode o garante deixar de invocar as respectivas excepções. Se, pelo contrário, a inexistência ou invalidade não são certas, o garante também não as pode alegar para deixar de cumprir a sua obrigação.

Em segundo lugar, não se encontra na disponibilidade das partes a possibilidade de impedir o garante de invocar toda e qualquer excepção relativa a relação jurídica principal ou ao contrato de mandato celebrado entre o garante e o devedor. Não deverão ser assim admitidas cláusulas pelas quais, v. g., o garante se obrigue a realizar a sua prestação apesar da inexistência ou a invalidade da obrigação principal se encontrar declarada por sentença transitada em julgado.

Em suma, a autonomia do contrato autónomo de garantia é simplesmente instrumental, no sentido que está ao serviço da causa do próprio contrato, e não pode significar a inoponibilidade de todas as excepções exteriores ao contrato de garantia. Significa antes e apenas a não invocabilidade pelo garante de vicissitudes verdadeiramente controvertidas da relação jurídica garantida ou do contrato de mandato para recusar o cumprimento da sua obrigação»[70]

7.2. A automaticidade

Outra característica da garantia bancária é a sua automacidade. Contudo esta é uma característica não essencial.

Na verdade, se todas as "garantias bancárias autónomas" são *autónoma*s, nem todas são *automática*s. Apenas aquelas que incluem a cláusula "de pagamento à primeira solicitação" do beneficiário gozam desta última

[70] Idem, ibidem, p. 532-534.

característica. As que não incluem esta cláusula são garantias bancárias autónomas simples.

Fátima Gomes considera que «as garantias simples são todas aquelas em que o beneficiário ao recorrer à sua execução tem de justificar ou fundamentar a sua pretensão à luz dos pressupostos de funcionamento da garantia estabelecidos nos respetivos contratos, normalmente relacionados com o incumprimento ou cumprimento defeituoso de determinadas obrigações a que o devedor estava vinculado»[71].

Por seu lado, na garantia bancária à primeira solicitação (*garantievertrag, guarantee upon first demand, garantie à première demande)*, nos termos da qual o beneficiário está dispensado da prova do incumprimento contratual, basta comunicar a ocorrência do evento, para que o garante lhe pague.

A automaticidade é, pois, a característica da garantia bancária autónoma que lhe é atribuída pela inclusão no contrato de garantia da cláusula "à primeira solicitação" ("on first demand", "upon first demand", nauf erstes Anfordern"; à primière demande", "prima richiesta") pela qual o garante fica obrigado a entregar imediatamente a quantia pecuniária fixada ao primeiro pedido do beneficiário, dispensando-se este de provar, como tem que fazer se esta cláusula não constar do contrato, o incumprimento da obrigação do devedor ou qualquer outro evento que seja o pressuposto da constituição do seu crédito contra o banco[72]. A automaticidade apenas introduz alterações ao nível da exigibilidade do cumprimento da obrigação do garante de entregar a quantia pecuniária acordada ao beneficiário.

No contrato autónomo de garantia simples, o beneficiário só pode exigir o pagamento desde que *prove* o facto que é pressuposto da constituição dessa obrigação, isto é, o incumprimento do devedor.

Já no contrato de garantia "à primeira solicitação", a obrigação do garante em entregar a quantia acordada é imediatamente exigível com a simples interpelação pelo beneficiário nesse sentido, feita nos termos acordados e sem que banco possa pedir qualquer justificação ao beneficiário.

---

[71] GOMES, Fátima - *Garantia Bancária Autónoma à Primeira Solicitação* - Revista Direito e Justiça, vol. VIII, tomo 2, 1994, pág. 134.

[72] LEITÃO, Luís Menezes, op. cit. p. 126-127.

No fundo, a independência do contrato de garantia autónoma em relação ao contrato-base, um dos traços distintivos da garantia bancária e uma das características que lhe conferem autonomia, torna-se mais patente quando a garantia deva ser prestada à primeira solicitação.

A garantia bancária à primeira solicitação é, na formulação de Galvão Telles, «a garantia pela qual o banco que a presta se obriga a pagar ao beneficiário certa quantia em dinheiro, no caso de alegada inexecução ou má execução de determinado contrato (o contrato-base) sem poder invocar em seu beneficio quaisquer meios de defesa relacionados com o mesmo contrato."[73] Neste caso pode dizer-se "que as garantias autónomas à primeira solicitação obedecem ao seguinte lema: paga-se primeiro e discute-se depois[74]».

Com a introdução desta cláusula "à primeira solicitação" ultrapassou-se o último dos grandes problemas com que se debatia a prestação da garantia bancária autónoma: o risco da necessidade de prova da ocorrência dos pressupostos que condicionam o direito do beneficiário.

As vantagens da automaticidade, assim entendida, são manifestas porque transforma a garantia bancária autónoma numa garantia mais segura, expedita, eficaz para o beneficiário e bastante mais operacional para o próprio garante.

Em primeiro lugar, pode afirmar-se que é uma garantia tão segura para o beneficiário como o depósito de dinheiro ou valores, mas sem o inconveniente da imobilização da riqueza, o que é tanto mais significativo quanto estão envolvidas somas pecuniárias avultadas.

Afirmam Almeida Costa e Pinto Monteiro que «tudo se passa (...) como se o banco, no momento que se obrigou perante o beneficiário, tivesse depositado à ordem deste o montante estipulado na garantia»[75].

Em segundo lugar, trata-se de uma garantia mais expedita, no sentido em que é claramente mais célere a entrega da quantia acordada pelo garante. O

[73] TELLES, Inocência Galvão - *Garantia Bancária Autónoma, O Direito*, 120,1998, III-IV, pag. 283.

[74] COSTA, Almeida/ MONTEIRO, Pinto, op. cit., pag. 19.

[75] Idem, ibidem, p 19.

beneficiário exige o cumprimento da obrigação do garante sem ter o ónus de provar o fundamento da sua pretensão, nem de recorrer em caso de litígio com o garante a um processo judicial ou arbitral moroso, dispendioso e até incerto.

Por último, quanto às vantagens para o beneficiário, esta modalidade é mais eficaz porque eleva a autonomia ao seu limite máximo, pois que ao isentar-se o beneficiário da prova do pressuposto do seu direito (regra geral, o incumprimento da obrigação principal garantida), quebra-se o último elo cadeia que ainda prendia a sua garantia à litigância sobre a relação jurídica de base.

Ademais, a garantia automática é do maior interesse dos bancos não só porque normalmente recebem uma retribuição superior, mas sobretudo porque atingem uma posição de total neutralidade: retiram-se em absoluto dos litígios entre o credor-beneficiário e o devedor-garantido, pagando, como costuma dizer-se de "olhos fechados" ao primeiro, para depois serem reembolsados de "olhos fechados" pelo segundo[76].

Mas se esta modalidade de garantia bancária potencia as virtudes, também é inquestionável que aumenta exponencialmente os riscos práticos, porque tem tanto de mais segura para o beneficiário como de mais arriscada e cara para o devedor.

Vem, por isso, despertando sérias dúvidas perplexidades científicas, notando-se um movimento, no sentido de, em alguma medida, relativizar essa autonomia, como se verá mais adiante.

Uma coisa é certa, a autonomia não se confunde com a automaticidade. Como se referiu, autonomia e automaticidade são coisas distintas: a primeira, presente em toda a garantia bancária autónoma, impede o garante de invocar exceções relativas ao contrato-base, enquanto que a segunda, própria da modalidade automática, isenta o beneficiário de provar o pressuposto do seu direito contra o banco.

[76] CORTEZ, Francisco, op. cit. p 535-540.

8. Modalidades e funções

É usual a doutrina classificar as garantias bancárias autónomas quanto ao seu fim, quanto ao seu carácter directo ou indirecto e, finalmente, uma terceira classificação tem por critério a sua automaticidade[77].

8.1. Quanto ao fim

Assim, quanto ao fim é habitual distinguir três tipos de garantias:

A) - *Garantia de restituição ou reembolso dos pagamentos antecipado* (*repayment bonds*), que se destina a assegurar ao contraente que pagou, antecipadamente uma parte do preço do contrato - da empreitada, do fornecimento, da compra - que as quantias pagas em adiantado lhe serão devolvidas se a outra parte não cumprir o acordado deixando de realizar as suas prestações.

Regra geral, funciona como uma garantia dos eventuais direitos do comprador assegurando o reembolso de um pagamento feito antes da entrega da mercadoria pelo comprador ao vendedor, no caso de este não cumprir total ou parcialmente as suas obrigações. O campo mais frequente de aplicação deste tipo de garantias é o dos contratos promessas e dos contratos preliminares que envolvam o pagamento de quantias em momento prévio à celebração dos contratos prometidos ou definitivos.

B) - *Garantia de boa execução do contrato* (*perfomance bonds*) destinadas a garantir, perante o beneficiário, o correcto e pontual cumprimento das obrigações assumidas pelo outro contraente. Têm por objecto a indemnização do dano resultante para uma das partes do incumprimento pela outra parte da prestação característica do contrato".

[77] COSTA, Almeida/MONTEIRO, Pinto, op. cit p. 20 ; CORREIA, Ferrer, op. cit p. 10 e seguintes; PATRÍCIO, José Simões, op. cit. p. 680 e seguintes; CORTEZ, Francisco, op. cit. p. 542-543.

Este tipo de garantia bancária começou por ser utilizado em contratos de empreitada, mas há muito que viu o seu âmbito de aplicação alargado aos contratos de prestação de serviços, aos contratos de compra e venda e até aos contratos de arrendamento.

C) - *Garantia de pagamento, cujo objectivo é o de* assegurar à parte credora de uma prestação pecuniária (vendedor, fornecedor, empreiteiro) o pagamento da dívida, para o caso de o obrigado principal o não fazer ou o não fazer pontualmente. Regra geral, funciona como uma garantia dos direitos do vendedor para assegurar o pagamento pelo comprador do preço na data convencionada.

D) - *Garantia de oferta* ou *de honorabilidade da proposta*

Através das "bid bonds", o banco garante assegura o pagamento de uma indemnização ao beneficiário na circunstância de o mandante não vir a celebrar um contrato a que se obrigou.

Trata-se da garantia dada ao promitente, para o caso de a pessoa a quem for concedida a adjudicação não cumprir as obrigações decorrentes da sua proposta (v.g. não assinando ou não executando o contrato de fornecimento).

Corresponde normalmente a uma garantia do adjudicador contra o cessionário, em caso de retirada antecipada da proposta, da sua modificação, ou havendo adjudicação, no caso de cessionário se recusar a assinar o contrato ou a prestar as garantias exigidas.

8.2. Garantias directas e indirectas

Outro critério, distingue as garantias bancárias autónomas em directas e indirectas.

Nas primeiras, que obedecem a um figurino triangular, o devedor dá ordem ao banco garante para prestar a garantia directamente ao beneficiário, sem qualquer intermediário.

Nas indirectas, interpõe-se um segundo banco, com sede no país de beneficiário que actua como intermediário, recebendo a ordem de prestar a garantia de um outro banco-garante do país do devedor-dador da ordem, banco este que presta, por sua vez, uma contra-garantia a favor do banco garante (intermediário).

Estamos, aqui, não já perante uma estrutura triangular, mas antes face a uma modalidade de garantia bancária autónoma de estrutura quadrangular, isto é, sobre quatro ordens de relações:

- a primeira, a relação jurídica de base entre o credor e o devedor que se pretende garantir;

- a segunda, entre o devedor-mandante e o primeiro banco (designado por contragarante) que celebram um contrato de mandato;

- a terceira, entre o primeiro banco (contragarante) e o segundo banco (garante) que celebram entre si dois contratos, um de mandato (em que o contragarante é mandante e o garante mandatário) e um contrato de contragarantia (em que o primeiro banco é garante e o segundo beneficiário);

- uma quarta entre o segundo banco (como garante) e o credor (como beneficiário), que celebram um contrato de garantia dito de primeiro grau.

Regra geral, devedor e contragarante têm a mesma nacionalidade, diferente da nacionalidade comum dos garante e credor.

As garantias indirectas são sobretudo utilizadas no comércio internacional, em operações de exportação, quando o beneficiário da garantia é um organismo do Estado ou uma empresa pública, ou quando a legislação, como é frequente em países do Médio Oriente, não permite a um banco estrangeiro funcionar directa-mente como garante de um beneficiário nacional[78].

[78] CORTEZ, Francisco, op. cit. 544-545.

8.3. Garantias bancárias simples e garantias bancárias automáticas

Esta classificação, que distingue as garantias bancárias autónomas simples das automáticas, decorre das caracteríistivas supra referidas: - autonomia acrescida - ou não - de automaticidade.

Como se explicitou, enquanto que na garantia bancária autónoma simples o beneficiário, para exigir o cumprimento da obrigação do garante, tem que provar o facto constitutivo do seu direito, na garantia bancária autónoma automática, em que é incluída a cláusula de pagamento "à primeira solicitação", o beneficiário está isento de tal prova devendo o garante entregar-lhe imediatamente a quantia pecuniária fixada logo que o beneficiário o interpele para tal.

A respeito desta importante classificação, a dificuldade em distinguir, em concreto, as duas situações, depende, fundamentalmente, da interpretação do clausulado, como bastas vezes a jurisprudência vem reconhecendo.

8.3.1. Num primeiro esforço de distinção há que ter em conta a evolução das regras uniformes da CCI, as Uniform Rules for Contract Guarantees, que uniformizaram na prática internacional as designadas garantias autónomas simples e em que se exige ao beneficiário prova do incumprimento do contrato-base por parte do devedor. Posteriormente, em 1992, em resposta a problemas suscitados pela exigência de prova ao beneficiário das garantias autónomas simples, foram publicadas as Uniform Rules for Demand Guarantees, que se referem às garantias autónomas à solicitação.

Ambas as modalidades assentam na autonomia da obrigação do banco garante em relação ao contrato base, contudo, no caso das garantias bancárias «*à primeira solicitação*» o banco está obrigado a cumprir a sua obrigação perante o beneficiário imediatamente após ser interpelado para o efeito.

No âmbito desta segunda modalidade de garantias bancárias, pode ainda falar-se das garantias bancárias à primeira solicitação com ou sem justificação documental. Neste caso, perante uma garantia bancária à primeira solicitação com justificação documental, o beneficiário deverá prover o banco garante da documentação necessária para comprovar o evento que desencadeou a execução da garantia.

Pode perguntar-se, neste caso, se estas garantias bancárias à primeira solicitação com justificação documental não perderão a característica da automacidade.

Se a documentação exigida for uma mera declaração, um relatório, do beneficiário a comunicar ao banco porque razão considera estarem preenchidos os pressupostos da execução da garantia em causa, afigura-se que a garantia não perdeu a sua automaticidade. Mas se o documento exigido for, por exemplo, uma sentença judicial, já se terá que concluir que esta garantia perdeu a sua automaticidade (quiçá a sua autonomia), ainda que, no seu rosto figure a expressão "à primeira solicitação", ou "on first demand".

Menezes Cordeiro refere a este respeito que, pese embora na garantia autónoma "à primeira solicitação", o garante se obrigue a pagar ao beneficiário determinada importância, assim que este lha peça, normalmente, a garantia exige que o garante, antes de efetuar qualquer pagamento, proceda à breve análise de determinados documentos: faturas, ordens de fornecimento, boletins de transporte ou de embarque.

As novas normas uniformes da Câmara de Comércio Internacional determinam que o garante examine todos os documentos especificados no texto da garantia com um cuidado razoável Ainda assim, este exame, não se confunde com um juízo de cumprimento ou de incumprimento da relação principal[79].

8.3.2. A prática jurisprudencial portuguesa é a de interpretar, no caso concreto, nos termos das regras de interpretação constantes dos artigos 236.º, nº 1 e 238.º, nº 1, do Código Civil as cláusulas da *carta de garantia* de modo a determinar se se deve entender tal garantia autónoma por uma garantia autónoma simples ou por uma garantia autónoma à primeira solicitação ou *on first demand*.

[79] CORDEIRO, Menezes - *Manual de Direito Bancário*, Coimbra: Almedina, 4ª edição, 2010, p. 763-764

Em conformidade, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19 de Maio de 2010[80] considerou que «a utilização das expressões *garantia incondicional e irrevogável* e a *obrigação de pagar* ao beneficiário *por interpelação e imediatamente* não podem deixar de conferir a natureza de garantia autónoma, on first demand, ou seja, à primeira solicitação ou primeira interpelação».

No sentido da garantia bancária autónoma simples, o Acórdão da Relação de Lisboa, de 13 de Dezembro de 2007[81].

O autor, beneficiário da garantia bancária, pretendia que o banco-garante pagasse determinada quantia, por força da garantia bancária prestada. O banco defendeu-se alegando que a garantia em causa não constituía uma garantia à primeira solicitação e que o Autor se havia recusado a provar o incumprimento da ordenante da garantia.

A decisão, com recurso às regras da interpretação dos contratos (artigo 236º do Código Civil), analisando o texto da garantia bancária da qual constava a declaração de que o banco se constituía "*garante e principal pagador, com expressa renúncia ao benefício da excussão*", destinada a garantir a responsabilidade da sociedade aí identificada, e pelas obrigações assumidas no "Termo de Responsabilidade", concluiu que, para além de inexistir no texto da garantia, referência da qual se possa extrair que estamos no âmbito de garantia à promeira solicitação, também do "Termo de Responsabilidade", estabelecido entre o A. e a sociedade garantida, não consta qualquer elemento que permita a conclusão de que a A. exigiu à referida sociedade uma garantia à primeira solicitação. Do mesmo termo constava apenas a necessidade de apresentação de garantia bancária por um determinado valor, além de que, tendo presente o regime constante no DL 189/96 de 8/10, que regulava os incentivos concedidos aos promotores de iniciativas locais de emprego (ILE), nenhuma referência é feita à necessidade de garantia automática.

[80] Acórdão do STJ de 19/05/2010, Proc. nº 241/07.0TBMCD-A.S1, (Relator, Azevedo Ramos), in www.dgsi.pt/jstj.

[81] Acórdão da Relação de Lisboa de 13/12/2007, processo nº 7966/2007, (Relatora, Fátima Galante), relatora, in www.dgsi.pt/jtrl.

A decisão foi, assim, no sentido de qualificar a garantia em causa como garantia bancária autónoma, mas não automática, isto é, simples e não "on first demand".

9. Da recusa legítima de pagamento

Em termos gerais, a garantia *on first demand* ou à primeira solicitação é isso mesmo: "à primeira solicitação".

Sob pena de total inversão da configuração normal da garantia *on first demand*, com prejuízo para a utilidade que pode extrair-se da mesma, deve ser encarada, como literalmente o indica a respetiva designação, como instrumento que, uma vez acionado pelo credor, permite obter do garante uma resposta imediata, que não poderá ser paralisada por alegações mais ou menos fundadas respeitantes ao contrato subjacente ou ao relacionamento entre o beneficiário e o dador ou entre o beneficiário e a entidade que assumiu o compromisso traduzido na garantia autónoma.

Mas será esta autonomia absoluta?

A resposta não pode deixar de ser negativa, o que significa que nem sempre o banco está obrigado a realizar a prestação a que se vinculou.

Controverso é, no entanto, fixar os limites dessa autonomia ou, dito de outro modo, em que casos é de considerar legítima a recusa do pagamento. Esta questão mostra-se ainda mais difícil de resolver se pensarmos na modalidade automática desta garantia, por elevar a autonomia a um estado de pureza máxima.

Tem sido notória a preocupação, quer da jurisprudência quer da doutrina, no sentido de, de algum modo, estabelecer balizas contra o rigor da garantia bancária autónoma *on first demand* que coloca, sobretudo o devedor principal, mais que o garante, numa situação extremamente gravosa e indefeso perante o eventual abuso do beneficiário[82].

A fórmula de "pagar primeiro e reclamar depois", abre as portas a exigências injustificadas de pagamento da garantia, feitas pelo beneficiário de má fé ao banco emitente da garantia. São estes abusos e fraudes cometidos

[82] CORREIA, Ferrer, op. cit., p. 23

pelo beneficiário, sob a capa da automaticidade, que constituem nos nossos dias o atentado mais sério contra a operacionalidade e a credibilidade desta garantia.

O desafio, diz Francisco Cortez, «reside, no fundo, em limitar a autonomia, para atenuar os seus perigos, mas sem a reduzir a uma espécie de "*acessorietá mascherata*", na expressão de Ressigno e Portale, que eliminaria as reconhecidas vantagens desta garantia»[83].

A jurisprudência e a doutrina têm procurado isolar algumas das exceções que ficam situadas, em regra, numa estreita faixa integrada pelas regras da boa-fé ou do abuso de direito ou pela necessidade de evitar benefícios decorrentes de factos ilícitos, envolvendo fraudes ou falsificação de documentos.

Que limites, pois, deverão ser admitidos à autonomia como forma de atenuar os riscos de abuso do beneficiário e defender o devedor-dador da ordem contra os perigos da automaticidade?

Que excepções poderá o garante opor ao beneficiário para se recusar a cumprir a sua obrigação sem que corra o risco de perder a chave-mestra da garantia bancária - a inoponibilidade das excepções?

Em linhas gerais, as excepções ditas oponíveis, para além, obviamente das inerentes ao próprio contrato autónomo de garantia (caducidade, resolução), são de dois tipos: a) a excepção de fraude manifesta ou abuso evidente; b) a excepção de ilicitude da causa do contrato base.

9.1. Da fraude manifesta ou abuso evidente

Cabe ao garante, sob pena de perder o direito de regresso sobre o mandante, recusar o pagamento em caso de "fraude manifesta ou de abuso evidente" por parte do beneficiário. A razão para tal recusa é clara, já que «há princípios cogentes de todo e qualquer ordenamento jurídico, que devem ser respeitados, não podendo as garantias automáticas viola-rem grosseiramente os referidos princípios". Princípios gerais que não podem deixar de ser os "da boa fé e do abuso de direito»[84].

[83] CORTEZ, Francisco, op. cit. p. 595-597

[84] Idem, ibidem, p. 597-598

No direito comparado o fundamento positivo desta excepção do garante resulta «já da boa fé, já dos usos honestos do comércio, já do abuso de direito, a «exceptio doli» ou a regra «fraus omnia corrumpit», já da teoria dos deveres de protecção a favor de terceiros»[85].

No direito interno esse fundamento decorre directamente do princípio da boa fé no cumprimento das obrigações e no exercício dos direitos (artigo 762.° do Código Civil) e da proibição do abuso do direito (artigo 334.° do Código Civil), que visa obtemperar a situações em que a invocação ou exercício de um direito que, na normalidade das situações seria justo, se revela iníquo e fere o sentido de justiça dominante, na situação concreta.

O beneficiário, que parte do contrato autónomo de garantia, está vinculado a um verdadeiro dever de boa fé no cumprimento desse contrato, de comportamento leal e correcto, que o impede de reclamar abusivamente a garantia, pelo que o garante tem o direito de, neste caso, recusar tal pretensão.

O contrato obriga não só ao que nele se determina mas ainda às consequências que decorram da lei e da boa fé. Este «ditame da boa fé impera no cumprimento de todas e quaisquer obrigações, tanto contratuais, como derivadas de outras fontes»[86].

Segundo Galvão Telles, o banco pode recusar o pagamento no caso do beneficiário, ao reclamar o pagamento, agir em desconformidade com os termos do título de garantia ou proceder com manifesta má-fé, isto é, a má-fé patente, aquela que não oferece «a menor dúvida, por decorrer com absoluta segurança de prova documental em poder do banco. Por exemplo, trata-se de uma garantia de entrega de mercadoria, o importador reclama a efectivação da garantia alegando não ter recebido a mercadoria, mas o banqueiro tem diante de si o respectivo certificado de desalfandegamento no país de destino»[87].

Mas importa ter sempre presente que, a obrigação de garantia bancária autónoma que é também uma obrigação com carácter indemnizatório a que se vincula o garante, em seu nome mas por conta do mandante, comporta os desvios introduzidos pela autonomia dessa obrigação, aos pressupostos da

[85] Idem, ibidem, p. 597-598.

[86] COSTA, Almeida - *Direito das Obrigações*, 6ª ed., p. 871.

[87] TELLES, Inocêncio Galvão, Garantia bancária autónoma, cit. p. 289-290.

responsabilidade civil. Dispensa-se, por isso o requisito da culpa do devedor, pelo que a obrigação de indemnização se mantém mesmo que o incumprimento da obrigação de partes não lhe seja imputável por resultar de um *caso fortuito ou de força maior*[88].

No fundo, para que se possa considerar abusivo o exercício do direito importa demonstrar factos, através dos quais se possa considerar que, ao exercê-lo, se excede, manifestamente, clamorosamente, o seu fim social ou económico, ou que com a sua pretensão viola sérias expectativas incutidas na parte, assim traindo o investimento na confiança, o que exprime violação da regra da boa-fé [89].

Suscitam-se alguns problemas sobre o conceito de fraude manifesta, abuso evidente ou má fé patente.

Existirá fraude, abuso ou má fé do beneficiário sempre que a sua interpelação for contrária ao equilíbrio da relação jurídica principal que a obrigação do garante visa garantir. Ainda assim trata-se de uma noção vaga sendo visível na jurisprudência, europeia, incluindo a nacional, a preocupação em encontrar uma tipologia de circunstancias que indiciem a existência de abuso evidente ou fraude manifesta.

Por outro lado, a jurisprudência europeia vem também defendendo uma equiparação da fraude ao abuso, com o claro fim de fazer de excluir a subordinação da oponibilidade da excepção à existência de intenção do beneficiário de provocar um dano ao mandante[90].

Sob pena de se frustrar o escopo das garantias à primeira solicitação, que só viriam a ser pagos após longas e demoradas controvérsias, quando existem precisamente para evitar esse tipo de situações, deve ser muito restritiva a

[88] BRANCO, Manuel Castelo - *A garantia bancária autónoma no âmbito das garantias especiais das obrigações*, www.estig.ipbeja.pt, admite que, em determinadas circunstâncias, a ocorrência de eventos bélicos poderá justificar a recusa do pagamento por parte do garante, por facto não imputável ao devedor.

[89] CORDEIRO, Menezes – *Da boa fé no Direito Civil*, Coimbra, Almedina, 5.ª Reimpressão, 2013; MACHADO, Baptista - *A cláusula do razoável*, Revista de Legislação e Jurisprudência, 199, 65 seguintes.

[90] CORTEZ, Francisco, op. cit. p. 598-600.

admissão de excepções a apor pelo garante ao beneficiário. Aquele só pode recusar o pagamento, se este estiver inequívoca e claramente de má fé.

Ferrer Correia afirma que esta exigência de prova líquida e inequívoca em poder do garante deverá ser dispensada quando a fraude manifesta ou o abuso evidente for um facto público e notório. Neste caso, o garante é desde logo, mesmo sem ter em seu poder prova líquida e inequívoca, obrigado a recusar o pagamento da garantia[91].

Sobre esta concreta questão pronunciou-se o Acórdão de 11 de Dezembro de 1990, do Tribunal da Relação de Lisboa que, na esteira de Ferrer Correia, defende que «o Banco pode recusar o pagamento "on first demand ", quando está em condições de prever cabalmente que o beneficiário sabe que a contraparte não deixou de cumprir, enquanto isto é um facto notório»[92].

Segundo Ferrer Correia, valerão sempre ao garante os princípios gerais da boa fé e do abuso do direito".

Contudo, o apelo ao segundo daqueles princípios só permitirá ao banco recusar o pagamento "on first demand" nos dois casos seguintes:

- o banco está em condições de provar cabalmente que o beneficiário exige o pagamento apesar de saber, positivamente, que o facto em questão (o incumprimento contratual) se não verificou (a hipótese mais frisante é a do beneficiário ter sido já satisfeito pelo principal obrigado, ainda que através de uma dação em cumprimento;

- o banco tem dificuldade em provar de modo cabal o conhecimento de que o pagamento não é devido por parte do beneficiário, mas a não verificação do evento é um facto evidente por si, ou notório[93].

Entendimento restritivo de legítima recusa de cumprimento da garantia encontra acolhimento da jurisprudência, como é patente, nomeadamente nos

[91] CORTEZ, Francisco, op. cit., p. 600.

[92] Ac. RL de 11 de Dezembro de 1990, (Relator, Santos Monteiro), Colectânea de Jurisprudência, Ano XV, 1990, Tomo V, p. 135 e seguintes.

[93] PINHEIRO, Jorge Duarte, op. cit., p. 447-448

acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, de 27 de Maio de 2010, de 13 de Abril de 2011 e de 20 de Março de 2012[94].

Neste sentido, o acórdão do Supremo de 12 de Setembro de 2006, refere que «a automaticidade da garantia só cede se o beneficiário estiver inequívoca e claramente de má fé em qualquer das modalidades deste conceito normativo. Sob pena de se frustrar o escopo das garantias à primeira solicitação que só viriam a ser pagas após longa controvérsia, quando existem precisamente para evitar dilações, deve ser-se muito restritivo e exigente na demonstração da quebra pelo beneficiário dos deveres acessórios de conduta, como a boa fé»[95].

Deste modo, vem a jurisprudência afirmando que, perante uma convenção tão clara e tão firme como a que traduz uma garantia bancária on first demand ou à primeira solicitação, livremente acordada entre as partes, não serão meras razões de conveniência ligadas à pendência de um processo judicial em que se discutam direitos e obrigações que poderão justificar o esvaziamento do seu conteúdo funcional, remetendo para ocasião incerta a satisfação de um direito de crédito que, em termos formais e literais, não suscita qualquer espécie de dúvida.

Cada vez mais procura formular-se uma "tipização" destas excepções, fazendo os tribunais depender a legitimidade da recusa do garante do facto de este ter em seu poder prova líquida e inequívoca da fraude manifesta, do abuso evidente, da má fé patente do beneficiário.

9.2. Da ilicitude do contrato-base por violação da ordem pública

José Simões Patrício[96] considera fundamentos de recusa, para além da nulidade da garantia por inexistir uma relação subjacente e do recurso abusivo ou de má-fé, à garantia por parte do beneficiário, a ilicitude do negócio base, por violação de ordem pública interna e internacional.

---

[94] Acórdãos do STJ de 27 de Maio de 2010, (Relator, Serra Batista); de 13 de Abril de 201, (Relator, Moreira Camilo), e de 20 de Março de 2012, (Relator, Fonseca Ramos), todos in www.dgsi.pt/jstj

[95] Ac. STJ de 12.09.2006, (Relator, Sebastião Póvoas), in www.dgsi.pt/jstj.

[96] PATRÍCIO, José Simões - Preliminares sobre a garantia on first demand, cit. p. 715-716.

Para aqueles que defendem que a causa do contrato de garantia é o contrato base, ou a função de o garantir, se o contrato-base for ilícito por ofender a ordem pública ou os bons costumes, a ilicitude da causa do contrato-base transmite-se ao contrato de garantia, que tem, por sua vez, por causa garantir esse primeiro contrato, pelo que a sua própria causa é também ilícita. São casos-limite que obrigam o garante a recusar o pagamento ao beneficiário nas situações em que o garante tem prova líquida e inequívoca da manifesta fraude ou abuso evidente do beneficiário, como ainda em caso de invalidade do negócio causal por ofensa dos bons costumes ou de lei imperativa[97].

De facto, sendo ilícito o objecto da garantia - um contrato de tráfico de droga ou de armas – não pode deixar de ser ilícito o contrato autónomo de garantia.

Há, todavia, quem defenda que esta excepção da ilicitude da causa por violação da ordem pública só é invocável em caso de violação da ordem pública internacional e já não quando essa violação respeite à ordem pública interna do Estado do (banco) garante, isto porque, a admitir tal excepção, estar-se-ia a frustrar a vontade das partes ao celebrar a garantia, assegurando o crédito contra os riscos de certas medidas, próprias de convulsões políticas.

Simões Patrício recusa esta distinção sobretudo por força da ideia de que as normas imperativas não podem ser afastadas, pela vontade das partes, o que faz todo o sentido.

Na verdade, se o contrato-base ofender a ordem pública ou os bons costumes, a ilicitude da causa acarreta a nulidade da garantia.

Ainda assim, a nulidade do contrato-base, por violação de lei «económica» do país do devedor, mesmo que declarada por sentença transitada em julgado, não pode paralisar a pretensão do beneficiário, sujeita a outro regime normativo, na medida em que o contrato de garantia serve para defender o beneficiário-credor contra todos os riscos de inexecução do contrato-base, nomeadamente contra a legislação do país do devedor, que aquele, por regra, não é obrigado a conhecer.

Também segundo Luís Menezes Leitão o pagamento de uma garantia bancária autónoma, à primeira solicitação, pode ser recusado em determinadas

[97] CORREIA, Ferrer, op. cit., p. 30.

hipóteses típicas, como sejam a extinção da garantia por cumprimento, resolução ou caducidade, para além das referidas situações de manifesta fraude ou abuso de direito por parte do credor[98].

10. Dos direitos do garante após pagamento da garantia

Para a hipótese de o banco pagar, após a execução da garantia, fica naturalmente o garante sub-rogado nos direitos que o beneficiário tinha contra o garantido, nos termos do artigo 592º Código Civil. Caso a garantia seja à primeira solicitação, um dos termos do negócio é que o reembolso do garante seja também efectuado à primeira solicitação, o que exclui que o devedor possa opor ao garante as excepções relativas ao crédito que sobre ele tinha o beneficiário, devendo efectuar também automaticamente o pagamento e reclamar posteriormente do beneficiário o que ele obteve do garante, caso tenha accionado indevidamente a garantia[99].

O banco, que cumpre a obrigação de garantia, tem o direito a obter, do dador da ordem, o reembolso da quantia paga. E o dador deverá reembolsar o garante, sem poder invocar meios de defesa respeitantes às relações dador-beneficiário. Mesmo que, na verdade, a solicitação do beneficiário não encontre apoio no contrato-base, é sobre o dador da ordem, e não sobre o beneficiário, que recai o encargo de restituir a soma liquidada pelo banco.

Esta obrigação de reembolso decorre do artigo 1182.° do Código Civil, nos termos do qual o mandante deve reembolsar o mandatário do que este houver despendido no cumprimento das obrigações contraí-das em execução do mandato .

Seja como for, o texto dos contratos celebrados entre o garantido e o banco inclui, por regra, cláusula que acautela o "direito de regresso" deste contra àquele, obrigando o devedor, por seu lado, a prestar determinadas garantias, como a hipoteca.

[98] LEITÃO, Luís Menezes, garantias das Obrigações, cit.. p. 130-131.

[99] LEITÃO, Luís Menezes, op. cit. p 130

Mesmo quando o contrato de mandato é inválido, o garante poderá exigir ao ordenante o reembolso, eventualmente com base no instituto da gestão de negócios ou do enriquecimento sem causa[100].

10.1. Pagamento, sendo a recusa ilegítima

Suponhamos que o banco pagou, não existindo causa justificativa para uma recusa legítima do pagamento ao garante. Contudo, vem a constatar-se que houve uma solicitação irregular por banda do benificiário, nomeadamente porque o valor dos danos sofridos por este, com o incumprimento do contrato-base, se revelaram inferiores ao valor da garantia. Neste caso, o dador da ordem pode reaver a parte da quantia liquidada, em cumprimento da obrigação de reembolso, intentanto contra o beneficiário, por exemplo, uma acção de enriquecimento sem causa.

Ao invés, sendo superiores os danos produzidos pela inexecução contratual do devedor, ao valor da garantia, não se vê qualquer obstáculo a que o beneficiário possa exigir, em acção de incumprimento, indemnização correspondente à parte dos danos não coberta pelo pagamento da garantia.

10.2. Pagamento sendo a recusa legítima

Mas se o banco pagou quando era lícita a recusa, o dador da ordem não terá, por regra, que reembolsar o banco.

Com efeito, o artigo 1182.° do Código Civil impõe ao mandante o dever de reembolsar o mandatário apenas do que este houver despendido no cumprimento das obrigações contraídas em execução do mandato.

O banco não está adstrito à realização da prestação, prevista no contrato de garantia, caso haja fundamento para recusa legítima de pagamento.

Como refere Jorge Duarte Pinheiro[101], ao banco resta reagir contra o beneficiário, com fundamento, nomeadamente, no artigo 289.° do Código Civil, sendo o contrato de garantia inválido, ou na repetição do indevido

[100] PINHEIRO, Jorge Duarte, op. cit. p. 453-454

[101] PINHEIRO, Jorge Duarte, op. cit., p. 455

(artigo 476.° do CC), sendo manifesta a falta de direito do beneficiário, à luz do contrato-base.

Nem o facto do banco pagar para defender a sua reputação altera as soluções apontadas.

Havendo motivo legítimo para a recusa do pagamento, não se suscitam quaisquer dúvidas, mas se a recusa for ilícita, o banco incorre em responsabilidade civil contratual perante o beneficiário.

11. A garantia bancária e a cessão de créditos

A doutrina alemã dominante entende o crédito do beneficiário passível de cessão.

No direito português, a cessão de créditos vem regulada no artigo 577.° e seguintes do Código Civil. De acordo com o nº 1 do citado artigo 577º, a cessão é admissível contando «não seja interdita por determinação da lei ou convenção das partes e o crédito não esteja, pela própria natureza da prestação, ligado à pessoa do credor».

Decorre do disposto no artigo 582.°, nº 1 do do Código Civil que «Na falta de convenção em contrário, a cessão do crédito importa a transmissão, para o cessionário, das garantias e outros acessórios do direito transmitido, que não sejam inseparáveis da pessoa do cedente».

Esta questão tem suscitado alguma controvérsia na doutrina, a respeito da transmissão automática da garantia bancária em conjunto com o direito de crédito e que se centra na aplicabilidade, ou não, do princípio consagrado no referido artigo 582.º, n.º 1, do Código Civil e que visa garantir que o crédito se transmita nas exatas circunstâncias em que se encontrava à data da cessão.

Como explica Menezes Leitão, «esta solução é uma consequência da admissibilidade da circulação dos créditos, da qual resulta que a cessão não pode provocar qualquer enfraquecimento do direito cedido, o que inevitavelmente ocorreria se as garantias e outros acessórios se perdessem, em caso de ocorrer a sua alienação»[102].

[102] LEITÃO, Luís Menezes, *Cessão de Créditos*, Coimbra: Almedina, 2005, p. 324 e seguintes.

Manuel Januário da Costa Gomes e Mónica Jardim pronunciam-se pela impossibilidade de cessão automática da garantia bancária com o crédito garantido, ou seja pela inaplicabilidade do artigo 582.º, n.º 1, do Código Civil, atenta a diferença ou a especificidade dessas garantias, que assenta no pilar da autonomia relativamente à relação subjacente.

Admitindo que existem «alguns problemas a colocar em relação a algumas garantias», entre as quais se encontram as garantias bancárias, Menezes Leitão considera que, em caso de cessão do crédito garantido, apesar de a garantia autónoma não ser acessória, deve considerar-se que a mesma se transmite com esse crédito, por força do citado artigo 582º do Código Civil.

A garantia autónoma é garantia como outra qualquer, pelo que constituiria um formalismo exigir um segundo ato para se obter a sua transmissão. Já a transmissão da faculdade de exigência automática, dado o seu cariz intuitu personae não deve ocorrer sem o consentimento do garante[103].

Jorge Duarte Pinheiro defende a coincidência no mesmo sujeito da posição de beneficiário e de credor principal.

A garantia autónoma automática destina-se a assegurar o cumprimento de uma obrigação. O garante cumpre a sua obrigação de garantia quando o beneficiário solicita o pagamento, afirmando o não cumprimento do contrato-base. O automatismo da garantia assenta na presunção de que o beneficiário, ao solicitar o pagamento, fala verdade, fala do que sabe[104].

Para esta doutrina, verifica-se subjacentemente à concessão de uma faculdade desta natureza uma relação de confiança que obsta a que essa faculdade seja separada do beneficiário sem o consentimento do banco garante. A mera palavra do beneficiário da garantia autónoma faz accionar o pagamento, pelo que a pessoa do beneficiário, em concreto, está longe de ser indiferente.

A cessão do crédito principal e a cessão, ou a modificação substancial, do contrato-base, libertam o banco do cumprimento da obrigação de garantia.

[103] Idem, ibidem, p. 324 e seguintes.

[104] PINHEIRO, Jorge Duarte, op. cit. p. 452.

12. Do termo da garantia

Se na carta de garantia tiver sido aposto um termo final certo, a verificação do termo desobriga o banco. Nesta situação, ao beneficiário não cabe um poder de prorrogação unilateral da duração da garantia e é indiferente haver ou não restituição do documento de garantia. De facto é, em princípio, inatendível a solicitação manifestamente formulada apenas para conseguir a prorrogação do prazo da garantia. Não é essa a função da solicitação.

A modificação substancial do contrato-base extingue a garantia, emitida que foi para uma determinada regulamentação contratual e não para uma qualquer regulamentação nascida a propósito de certo contrato.

Porém, como refere Luís Menezes Leitão, em alternativa à realização do cumprimento, o credor pode contentar-se com uma prorrogação do prazo de vigência inicial da garantia. Trata-se, neste caso, da denominada interpelação *extend orpay*, que normalmente se destina a evitar a caducidade da garantia pelo decurso do prazo inicial de vigência, sem que o interesse do credor se encontre satisfeito.

Aqui, o pagamento à primeira solicitação, deixa na prática de o ser.

No entanto, o pedido de prorrogação da garantia, se não vier a ser concedido pelo garante, é qualificado como exigência de pagamento[105].

Para o caso de nada se convencionar sobre a duração da garantia, parece ser de conferir ao beneficário o direito de exigir o cumprimento da garantia a todo o tempo, ao abrigo do disposto no artigo 777.º, n.º 1, do Código Civil, até ao momento em que o banco venha exercer o direito de denúncia, implícito na generalidade dos contratos de duração indeterminada.

13. Do procedimento e das medidas cautelares

13.1. Regras gerais: processamento

De acordo com o artigo 362º, n.º 1, do Novo Código de Processo Civil, «sempre que alguém mostrar fundado receio de que outrem cause lesão grave e dificilmente reparável ao seu direito, pode requerer a providência

[105] LEITÃO, Luís Menezes, op. cit. p. 130-131.

conservatória ou antecipatória concretamente adequada a assegurar a efetividade do direito ameaçado».

Para que uma providência cautelar não especificada possa ser decretada, para além do preenchimento da condição relativa à subsidiariedade (dado que só pode ser utilizada se ao caso não competir uma providência nominada), são necessários determinados pressupostos, quais sejam:

- o fundado receio de que outrem, antes de a ação ser proposta ou na pendência dela, cause lesão grave e dificilmente reparável ao direito da requerente;

- a adequação da providência concretamente requerida à efetividade do direito ameaçado;

- o excesso considerável do dano que se pretende evitar com a providência sobre o prejuízo resultante do seu decretamento (artigos 362º e 368º do Novo Código de Processo Civil).

Como na generalidade sucede com qualquer outra providência cautelar, a providência cautelar não especificada está sujeita, além do interesse processual, a dois pressupostos específicos, através dos quais se objetivam os fundamentos da necessidade da composição provisória que o seu decretamento disponibiliza: o *fumus bonus iuris* e o *periculum in mora*.

Quanto ao primeiro, basta a aparência da existência do direito, requerendo-se apenas prova sumária. A prossecução da finalidade específica da providência cautelar exige que a composição provisória que disponibiliza seja concedida com celeridade. A providência cautelar não exige uma prova *stricto sensu*, apenas uma prova sumária do direito ameaçado, ou seja, a probabilidade séria da existência do direito alegado (artigos 365º nº 3 e 368º nº 1, do Novo Código de Processo Civil.

O procedimento cautelar requer apenas, quando ao grau de prova, uma mera justificação, a simples demonstração de que a existência do direito invocado é provável ou verosímil, sendo, por isso, suficiente, a aparência desse direito. Numa palavra: basta um *fumus boni iuris*.

O segundo requisito tem, pelo contrário, de ser objeto de prova que leve à formação de um juízo de certeza sobre a natureza excessiva do *periculum in mora*.

A finalidade específica da providência é evitar o dano proveniente da demora da tutela da situação jurídica, obviando ao denominado *periculum in mora*. Se este faltar, isto é, se o requerente da providência não se encontrar na eminência de sofrer uma lesão grave e dificilmente reparável, a providência não pode ser decretada.

A gravidade da previsível lesão deve aferir-se à luz da sua repercussão na esfera jurídica do requerente, tendo em conta que, no concernente aos prejuízos materiais, eles são, em regra, passíveis de ressarcimento através de restituição natural ou de indemnização substitutiva.

A exigência de que o receio de lesão grave e dificilmente reparável do direito seja fundado não é incompatível, quanto ao grau de prova, com a suficiência de mera justificação, dado que o requisito tem por finalidade salientar a exigência de que o *periculum in mora* deve decorrer de factos e circunstâncias objetivas e não de temores puramente subjetivos ou de simples conjeturas do credor, sem qualquer correspondência ou tradução na realidade[106].

13.2. O procedimento cautelar comum e as garantias bancárias autónomas

Como chama a atenção Francisco Cortez, a prática demonstra que os bancos, para defesa da sua própria reputação internacional, muitas vezes preferem pagar logo que interpelados pelo beneficiário, não se preocupando em procurar prova de eventuais fraudes ou abusos do beneficiário.

Do ponto de vista do banco-garante é em alguns casos preferível pagar a garantia abusivamente exigida porque são menores os prejuízos da perda do direito de regresso - o seu único risco é a insolvência posterior do credor-beneficiário face a uma posterior acção para fazer valer o seu direito de repetição do indevido - do que os que resultam da recusa de pagamento para a sua reputação internacional[107].

[106]SOUSA, Miguel Teixeira de - *Estudos sobre o Novo Processo Civil*, Lisboa, Lex, 1997, pág. 233.

[107] CORTEZ, Francisco, op. cit. p. 602.

Tendo em atenção esta realidade, e ainda que não seja de todo pacífica, a doutrina e a jurisprudência europeias, vão no sentido de permitir ao dador da ordem o recurso a medidas cautelares tendentes a bloquear o pagamento da garantia.

Assim, sucederá na hipótese de solicitação manifestamente abusiva da garantia, em que o beneficiário não é, em rigor, titular de qualquer direito sobre o garante, através de medidas inibitórias de natureza cautelar destinadas a impedir o garante de pagar, obrigando-o a opor a respetiva exceção, ou o beneficiário de executar, ou de receber, a garantia.

Trata-se, como é sabido de medidas urgentes e provisórias com que o mandante procura defender a sua posição contra o abuso do beneficiário e a inércia do garante e que por isso surgem dirigidas, cumulativa ou alternativamente[108], contra o beneficiário e contra o garante.

Não se ignora a posição que nega a licitude de uma "*tutela cautelare d'urgenza*" para inibir o banco de pagar a garantia, argumentando que o dador da ordem não seria titular de um direito sobre o banco, além de que sempre faltaria o pressuposto perigo de dano grave e irreparável para a esfera jurídica do dador da ordem. O pagamento da garantia, de per si, não prejudicaria o dador.

O dano adviria em momento subsequente, ao pretender o banco, que possuía "prova líquida" do carácter fraudulento da solicitação, fazer valer o seu alegado direito de reembolso. Somente se revelaria, então, adequada uma medida cautelar que proibisse ao banco a prática de actos destinados a tornar efectivo o reembolso[109].

Contudo, o princípio da boa fé impõe à banca, também, um dever de protecção da esfera jurídica do dador da ordem, que é violado se o garante paga a solicitação abusiva.

Com a consciência de que, em regra, os efeitos da garantia bancária autónoma não podem ser perturbados pela intervenção de medidas cautelares que se traduzam na inibição do garante de entregar a quantia cujo pagamento

[108] No ponto 13.3. será abordada a questão da legitimidade processual passiva.

[109] Neste sentido vide, entre outros, VASCONCELOS, Pedro Pais de - *Direito Comercial, Parte Geral – Contratos mercantis – Títulos de Crédito*, Vol. I, Coimbra, Almedina, 2011, p. 226-227

garantiu, ou na inibição do beneficiário de executar a garantia, se e enquanto não houver uma decisão definitiva[110], a verdade é que não pode deixar de, em certas circunstâncias, admitir-se a concessão de medidas cautelares.

A segurança do comércio jurídico e a necessidade de compatibilizar os diversos valores obrigam a que, num juízo de proporcionalidade e de razoabilidade, as exceções devam ser reduzidas ao mínimo. Daí que se entenda que tais limitações, também a nível dos procedimentos cautelares e respetivas medidas, devem situar-se numa estreita faixa delimitada pelas regras da boa fé ou do abuso de direito ou pela necessidade de evitar benefícios decorrentes de factos ilícitos, designadamente envolvendo fraudes ou falsificação de documentos.

Por outro, também aqui importa a verificação de factos pertinentes devem resultar de uma prova sólida e irrefutável, não bastando a formulação de meros juízos de verosimilhança sobre a ocorrência dos respetivos requisitos substanciais.[111]

Entre nós, o entendimento fortemente restritivo acerca da delimitação dos casos de legítima recusa de cumprimento da garantia reflete-se, como é bom de ver, no plano da concessão pelos tribunais de medidas cautelares.

É esta a doutrina que se afere através da leitura, nomeadamente, dos Acórdãos da Relação de Lisboa, de 7 de Maio de 2009, de 16 de Abril de 2009, de 15 de Abril de 2010 e de 15 de Junho de 2010 e dos Acórdãos da Relação do Porto, de 2 de Outubro de 2008 e de 19 de Dezembro de 2007[112].

Neste sentido, consta do sumário do referido Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 19 de Dezembro de 2007, que "na garantia bancária à primeira solicitação, o beneficiário está dispensado da prova do

[110] Não esquecer que nos termos do artigo 369.º do Novo Código de Processo Civil, sob a epígrafe "Inversão do contencioso", o juiz, na decisão que decrete a providência, pode dispensar o requerente do ónus de propositura da ação principal, em determinadas circunstâncias

[111] PINHEIRO, Duarte - Garantia bancária autónoma, cit., p. 456 a 462; JARDIM, Mónica - Garantia Autónoma, cit., p. 327 e seguintes.

[112] Acórdãos da Relação de Lisboa, de 7/05/009, Proc. nº 1688/08.0TVLSB-A.L1, (Relatora, Márcia Portela); de 16/04/2009, Proc. nº 2722/08.9TVLSB-8, (Relator, Rui da Ponte Gomes); de 15/04/ 2010, Processo nº 14881/09.9T2SNT-A.L1-6, (Relatora, Fátima Galante); de 15/06/2010, Proc. nº 989/10.1TVLSB-A.L1-7, (Relator, Luís Espírito Santo), todos in wwwdgsi.pt/jtrl. Acórdãos da Relação do Porto de 2/10/2008, Proc. nº 0835046, (Relatora, Deolinda Varão); de 19/12/2007, Proc. nº 0722393, (Relator, Henrique Araújo), in wwwdgsi.pt/jtrp.

incumprimento contratual, bastando, para que o garante lhe pague, comunicar a ocorrência do respetivo evento, sem que este possa discutir os fundamentos e pressupostos que legitimam o pedido de pagamento, designadamente o incumprimento do devedor. Reconhece-se, porém, ao dados da ordem (devedor) a possibilidade de lançar mão de um procedimento cautelar que evite o pagamento da garantia pelo garante, independentemente de este também poder opor ao beneficiário a exceptio doli, quando disponha de prova líquida do abuso ou fraude de excussão por parte do mesmo"».

Também na mesma linha de orientação, o acórdão da Relação de Lisboa de 15 de Abril de 2010, proferido no âmbito de procedimento cautelar não especificado pelo dador da ordem (devedor), contra o beneficiário (credor) e contra o banco-garante, pedindo que fosse ordenado que estes se abstivessem de executar a garantia bancária aí identificada, de ceder sua posição no contrato-promessa destes autos a uma terceira entidade e, ainda, que o banco não efectuasse o pagamento dessa garantia bancária e que atrás referida.

As providências requeridas não foram deferidas tendo o tribunal da Relação confirmado a sentença e concluído o seguinte:

«1. Para que seja decretada providência cautelar não especificada impõe-se a verificação da existência, muito provável, de um direito que se tem por ameaçado, bem como o fundado receio que alguém cause lesão grave e dificilmente reparável a tal direito, antes que seja proferida decisão de mérito em acção proposta ou a propor.

2. A natureza autónoma da garantia on first demand, inculca a sua actuação ou execução automática, mas essa automaticidade, não é absoluta, admitindo-se a instauração de providências urgentes e provisórias, destinadas a impedir o garante de entregar a quantia ao beneficiário, ou este de a receber, desde que seja apresentada prova líquida e inequívoca de fraude manifesta ou do abuso evidente do beneficiário»[113].

Com o mesmo entendimento, o acórdão da Relação de Lisboa de 15 de Junho de 2010:

[113] Acórdão da Relação de Lisboa de 15.04.2010, Processo nº 14881/09.9T2SNT-A.L1-6, (Relatora, Fátima Galante), in www.dgsi.pt/jtrl

«I - A procedência do procedimento cautelar destinado a evitar o cumprimento duma garantia bancária autónoma por parte do garante, com a entrega do montante coberta ao beneficiário, pressupõe uma situação excepcional de actuação deste contra os mais elementares ditames da boa fé ou que configure a prática de acto ilícito, justificando-se então o direito do dador da garantia a paralisar a automaticidade do respectivo funcionamento.

II – Não se justifica o deferimento da providência quando não é inequívoca e absolutamente segura, através de prova pronta e irrefutável, a ausência de fundamento legal do crédito garantido.

III - Tal sucede, designadamente, quando o apuramento do acerto final de contas entre dono da obra e empreiteira se encontra relegado para a futura decisão dum tribunal arbitral, desconhecendo-se o desfecho desse processo e, particularmente, se será ou não reconhecido o crédito - que aí se discute - com base no qual o beneficiário decidiu accionar a garantia bancária autónoma»[114].

Mónica Jardim, após análise da doutrina e da jurisprudência nacional e internacional sobre a matéria, conclui que «no âmbito da garantia autónoma, sempre que a providência cautelar seja requerida como forma de obstar a um aproveitamento abusivo da posição do beneficiário, deve ser exigida prova pronta e líquida. Pois, defender o contrário, seria negar a especificidade que a prática, a doutrina e a jurisprudência têm tentado identificar na garantia autónoma. Consideramos que a prova pronta e líquida da fraude ou abuso evidente do beneficiário deve ser tida como indispensável, uma vez que está em causa o cumprimento de um contrato de garantia cuja característica dominante é a autonomia»[115].

Em resumo, os efeitos da garantia bancária autónoma não poderão ser perturbados pela intervenção de medidas cautelares que se traduzam na inibição do garante de entregar a quantia cujo pagamento garantiu, ou na inibição do beneficiário de executar a garantia, se e enquanto não houver uma

[114] Acórdão da Relação de Lisboa de 15/06/2010, Proc. nº 989/10.1TVLSB-A.L1-7, (Relator, Luís Espírito Santo), in wwwdgsi.pt/jtrl

[115] JARDIM, Mónica - *A Garantia Bancária*, cit., p. 336 e 337.

decisão definitiva num processo contencioso pendente entre o beneficiário e o dador da garantia.

Contudo, algumas exceções deverão poder ser colocadas, desde que esteja em causa a violação de regras da boa-fé ou do abuso de direito ou ainda necessidade de evitar benefícios decorrentes de factos ilícitos, designadamente envolvendo fraudes ou falsificação de documentos.

Também no âmbito destes procedimentos cautelares, os factos pertinentes devem resultar de uma prova sólida e irrefutável, não bastando a formulação de meros juízos de verosimilhança sobre a ocorrência dos respetivos requisitos substanciais.

Basicamente, as situações que permitem a legitimidade da recusa de cumprimento da garantia, por banda do garante ou a exigência feita pelo dador da ordem ao garante para que recuse o cumprimento deve ser o mesmo que deve presidir a situações em que aquele solicita a intervenção do tribunal pedindo que provisoriamente se assuma a ilegitimidade da atuação do beneficiário no que concerne à execução da garantia.

Como afirma Duarte Pinheiro «o princípio da autonomia da garantia não se coaduna com o deferimento de providências senão em situações excecionais, decalcadas dos casos de recusa legítima de pagamento" de tal modo que "o depoimento do dador e a prova testemunhal são insuficientes. A chamada "prova líquida" é indispensável»[116].

Ao dador da ordem interessa fundamentalmente defender o seu património das prováveis atitudes de um banco que pagou a garantia sem a tal estar obrigado. Isto é, o cerne da tutela cautelar do dador situa-se no plano do reembolso.

Nesta ordem de preocupações, a solicitação descabida (ou a sua iminência) justifica a concessão de uma providência cautelar, na medida em que, mesmo assim, é natural que o banco pague, para preservar a sua reputação e procure, em seguida, obter integral compensação à custa do dador.

Também Luíz Menezes Leitão, reconhece a faculdade de o ordenante instaurar acção ou, mesmo, providência cautelar em ordem a evitar que a garantia seja exigida nessa situação. A providência cautelar só poderá, porém,

[116] PINHEIRO, Jorge Duarte, op. cit., pág. 460.

ser decretada se existir uma prova clara e indubitável da existência da fraude ou for evidente o abuso manifesto. não bastando um mero juízo de probabilidade resultante de uma prova sumária[117].

No âmbito de procedimentos cautelares intentados pelo devedor (dador da ordem), contra o beneficiário e contra a entidade que prestou a garantia, para obstar à sua execução e aos efeitos prático-jurídicos que desta emergem, o tribunal não pode deixar de se orientar pelo referido critério restritivo, que por respeito à natureza autónoma da garantia e ao seu carácter "on first demand", de modo que, como se disse, o decretamento de qualquer providência inibitória deve ser reservado para a alegação e prova de circunstâncias que traduzam os conceitos acima referidos em termos genéricos.

14. Da legitimidade processual passiva

Dando como assente que, nas circunstâncias apontadas, a doutrina e jurisprudência vão no sentido de permitir ao dador da ordem, o recurso a medidas tendentes a bloquear o pagamento da garantia, interessa considerar contra quem devem ser dirigidas essas medidas inibitórias, com que o mandante procura defender a sua posição: cumulativamente contra o beneficiário e contra o garante, ou alternativamente?

De acordo com o artigo 30º, no Novo Código de Processo Civil, o réu é parte legítima, quando tem interesse direto em contradizer, exprimindo-se este pela utilidade derivada da procedência da acção, sendo que, na falta de indicação da lei em contrário, são considerados titulares de interesse relevante para o efeito da legitimidade os sujeitos da relação controvertida, tal como é configurada pelo autor.

Ou seja, em termos de critério normal, no concerne à legitimidade singular e direta, sabendo-se que a legitimidade constitui um mero pressuposto processual necessário para que o juiz se possa pronunciar sobre o mérito da causa, distinguindo-se dos requisitos que respeitam à procedência do pedido, a solução encontrada assenta na titularidade da relação material controvertida, conforme surge delineada pelo autor.

[117] LEITÃO, Luís Menezes, Garantia das Obrigações, cit. p. 130-131.

Já no que respeita à legimitação extraordinária, quer como legitimidade plural, com a exigência de uma situação de litisconsórcio, quer como legitimidade indireta, as respetivas atribuições, anteriores e destacadas do conhecimento do mérito, não dependem, tão só, da afirmação efetuada pelo autor na petição inicial, mas sim de se verificar que, no caso em análise, existem na realidade outros interessados que possam ser tidos como litisconsortes, ou de se mostrar efetivamente demonstrada a existência de interesses, que permitem a atribuição da ilegitimidade indireta.

Exprimindo a legitimidade, como pressuposto processual, a posição pessoal do sujeito, relativamente ao objeto do processo, em termos da relação material controvertida, traduzida na possibilidade de dispor da mesma, pretende-se que a causa seja julgada na consideração dos verdadeiros, e assim, principais interessados na resolução da questão a conhecer, pelo que a sua verificação, prende-se, sobretudo, com o interesse na boa administração da justiça, no sentido de garantir que é satisfeito o interesse das partes na obtenção da tutela adequada dos seus direitos.

Em sede da legitimidade plural, configurando-se uma situação de litisconsórcio necessário, nos termos do artigo 33º do novo Código de Processo Civil, para além da exigência legal do n.º1, releva ainda a impossibilidade de no atendimento do pedido formulado, o litígio se mostrar definitivamente composto, declarando o direito ou realizando-o, na medida em que o interesse em causa não os comporta em termos parcelares[118].

A questão tem particular acuidade no âmbito dos procedimentos cautelares.

Tendo em conta tais considerandos, não pode também olvidar-se que, no âmbito de procedimento cautelar não especificado, se está, em princípio perante uma composição provisória do litígio, indiciada como necessária para assegurar a utilidade da decisão, a fim de se obter a efetiva tutela jurisdicional, garantindo o efeito útil da ação, não se visando, em princípio, resolver as

[118] FREITAS, José Lebre de - *Código Processo Civil Anotado*, vol, 1.º, Coimbra Editora, 2008, p. 58.

questões de fundo, mas antes acautelar os efeitos práticos da ação proposta ou a propor[119].

Por regra, as providências cautelares são requeridas contra o banco garante e contra o beneficiário, com quem o devedor e ordenante celebrou o contrato base, e portanto em situação de litisconsórcio.

Contudo, casos há em que o banco-garante ou o beneficiário são demandados singularmente.

Neste contexto, são mais raras as medidas pedidas apenas contra o beneficiário, sobretudo se tivermos em conta que, as mais das vezes se trata de beneficiário não residente, sendo escassas as convenções internacionais que asseguram o reconhecimento e execução de providências cautelares, além de que a providência movida apenas contra o beneficiário não vincula o garante e o beneficiário não residente sabe que, por regra, a sanção pelo não acatamento da decisão judicial, se mostra ineficaz.

Mais frequentes, se mostram as medidas cautelares intentadas contra o banco e normalmente têm por conteúdo a inibição de pagamento.

14.1. Quanto à primeira das situações descritas, quando o ordenante intenta o procedimento cautelar apenas contra o beneficiário, vejamos o seguinte caso concreto:

De acordo com o relato no Acórdão de do Tribunal da Relação de Lisboa, de 26 de Jjunho de 2012, [120], a empresa A, veio intentar o presente procedimento cautelar comum contra a empresa B, com quem celebrou determinado contrato base, pedindo: a) que seja ordenada à Requerida que se abstenha de proceder à execução da garantia bancária identificada; b) que seja notifica a sociedade Banco, para não proceder ao pagamento da aludida garantia bancária. Realizada a audiência final, foi proferida decisão que julgou o procedente o procedimento cautelar, determinando-se que a Requerida se

[119] Como já se referiu, o atual artigo 369.º do Novo Código de Processo Civil, sob a epígrafe "Inversão do contencioso", veio permitir que, em determinadas circunstâncias, o juiz, na decisão que decrete a providência, possa dispensar o requerente do ónus de propositura da ação principal.

[120] Acórdão RL de 26 de Junho de 2012, Proc. nº 9664/11.9TBOER-A.L1, (Relatora, Ana Resende), in www.dgsi.pt/jtrl.

abstenha de executar a garantia bancária identificada, declarando-a inibida de cobrar junto de Banco o montante de 52.000,00€ pela qual se mostra prestada.

A Requerida interpôs recurso, concluindo, além do mais, que o «Tribunal a quo violou o artigo 26.º e o n.º 2 do art. 28.º do CPC ao considerar que a Recorrente é parte legítima para estar por si só em juízo sem a necessidade da intervenção do Banco na qualidade de correquerido. O Tribunal a quo violou o n.º 1 do artigo 381.º do CPC ao considerar que é desnecessária a intervenção do Banco em juízo para assegurar a efectividade do direito ameaçado e o efeito útil normal da providência requerida pela Recorrida».

O Tribunal da Relação veio, no entanto, a confirmar a decisão recorrida, tendo em atenção, como aí se refere:

As «características de instrumentalidade e dependência do procedimento cautelar em relação à causa principal, verifica-se que a pretensão solicitada não tem a virtualidade de resolver definitivamente a situação das partes relativamente à pretensão formulada, mas apenas de forma provisória e cautelar.

Ou seja, o que se pretende é apenas que o tribunal decrete, com caráter provisório, a inibição da requerida de comunicar à instituição bancária acima mencionada que pretende obter da mesma o montante pecuniário cujo pagamento aquela garante, por corresponder a um crédito da requerida sobre a requerente. Assim, não se verifica que seja necessária a intervenção como parte da Banco no presente procedimento cautelar, já que o que está em causa é, desde logo, a existência de uma obrigação pecuniária da requerente para com a requerida, o seu incumprimento e consequente acionamento da garantia respetiva. Ou seja, tudo se passa no âmbito da relação contratual mantida entre requerente e requerida e não no âmbito da relação contratual com ela conexa mas distinta mantida entre a requerente e o Banco.

Não se verificando uma situação de litisconsórcio necessário passivo, a falta do Banco como requerida nos presentes autos não gera a ilegitimidade processual da requerida por preterição de litisconsórcio necessário»[121].

[121] Acórdão RL de 26 de Junho de 2012, citado.

Mais adianta o referido aresto não ser de desprezar «a forma como surge configurada a pretensão em juízo, na qual preponderando a discussão do envolvimento contratual entre Requerente e Requerida, nas suas vicissitudes, se visa obstar que esta última atue de forma a obter a satisfação do montante decorrente de uma garantia prestada, que atendendo ao tipo em referência, se reveste de uma natureza que lhe atribui independência relativamente a qualquer relação causal, isto é, a autonomia, que não será afetada pelo que possa ocorrer com a obrigação principal, embora a possibilidade da sua exigência pelo beneficiário não deva, contudo, ter-se por ilimitada».

E conclui: «Desta forma, e reportando-nos aos autos, na concordância com o decidido, face à pretensão deduzida, não se impõe a intervenção nos mesmos da entidade bancária, nem resulta que o não chamamento desta ao processo inviabilize o efeito prático pretendido, pois conforme o alegado, e que não foi contrariado posteriormente, não se mostra satisfeito o pagamento pretendido pela Recorrente, sendo sempre eficaz uma determinação que a impeça, de em conformidade, exigir o cumprimento junto do Banco»[122].

Ainda que com algumas dúvidas, tendemos a concordar com a argumentação e a solução expendidas.

Com efeito, neste caso particular, a providência foi requerida, ainda antes de a beneficiária requerer o pagamento junto do garante, pelo que se entende que seja suficiente a sua demanda, sendo certo que intervêm no processo requerente e requerida entre quem se estabeleceu a relação contratual que serviu de fundamento à emissão da referida garantia bancária.

Contudo, caso a interpelação ao banco já tivesse sido efectuada, entende-se que seria necessário, para assegurar o efeito útil normal da decisão, demandar também o banco-garante, por forma a assegurar que o pagamento não fosse efetuado, atendendo a que este, em casos de garantias bancárias à primeira solicitação, não pode recusar o pagamento, sendo alheio às vicissitudes ocorridas no desenvolvimento do contrato-base, celebrado entre o devedor-ordenante e o credor-beneficiário.

[122] Acórdão RL de 26 de Junho de 2012, citado.

14.2. Quanto à segunda hipótese referida, isto é quando o ordenante intenta o procedimento cautelar apenas contra o banco ordenante, analisemos o seguinte caso:

O Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 12/11/1998 [123]reporta-se à situação em que duas sociedades instauraram procedimento cautelar comum contra o Banco, alegando que constituíram garantia bancária à primeira solicitação a favor de determinada beneficiária, referente a um contrato de empreitada celebrado entre as requerentes e esta empresa, tendo sido emitida pelo Banco garantia bancária autónoma. Havendo litígio entre as requerentes e a dita beneficiária, receiam as requerentes que esta, incumprindo um acordo a que as partes entretanto se obrigaram, venha a acionar a garantia bancária, o que agravaria os prejuízos já suportados pelas requerentes face ao incumprimento do acordado, sendo o acionamento da garantia manifestamente abusivo. Pedem por isso que o Banco requerido seja intimado a não pagar qualquer quantia à beneficiária, ao abrigo da garantia bancária referida.

O requerido apresentou articulado no qual refere que foi recusado o pagamento da garantia prestada, perante a solicitação da beneficiária, aguardando a decisão sobre o pedido aqui formulado para servir de suporte quanto ao pagamento ou sua recusa, da garantia prestada.

Foi proferida decisão que julgou parte ilegítima o requerido e absolvido, por isso, da instância.

As requerentes recorreram, mas o Tribunal da Relação, pese embora com um voto discordante, julgou o recurso improcedente.

Refere o dito acórdão que atendendo à «causa de pedir invocada pelas agravantes traduz-se, fundamentalmente, na outorga de um contrato de garantia com o requerido-agravado, autónoma "à primeira solicitação", o incumprimento da respetiva beneficiária do acordado sobre a restituição do título que a documenta e a decorrente possibilidade de a beneficiária da garantia exigir do garante-agravado-requerido o respetivo pagamento, o que traduzirá uma conduta abusiva (…). Este comportamento (possível) da

[123] Acórdão da Relação de Lisboa de 12/11/1998, Proc. nº 0048756, (Relator, Evangelista Araújo, com voto de vencido de Salvador da Costa), in www.dgsi.pt/jtrl..

beneficiária constitui o ato jurídico de que deriva a necessidade da pretensão formulada.

Contudo, admite o citado acórdão que:

«Sob o ponto de vista do incumprimento do contrato que prevê a restituição do título, o agravado não é sujeito da "relação material controvertida " tal como a apresentam as demandantes, já que a obrigação de restituição do título incumbe à beneficiária, aqui não demandada. O garante-agravado não tem interesse em contradizer, tanto mais que o conteúdo da obrigação prevista no contrato de 13/3/97 (restituição do título), não lhe diz respeito: o garante é terceiro em relação a este acordo, cujo cumprimento só aos outorgantes obriga, face ao princípio consagrado no artº 406º do Cód. Civil».

Adianta porém que, quanto à eventual conduta da beneficiária, traduzida na exigência ao garante-agravado do pagamento, «o garante-agravado-requerido já não é terceiro, isto é, não lhe é indiferente que haja accionamento abusivo da garantia bancária. (…) Daqui resulta que, em relação ao "accionamento da garantia em questão " como acto manifestamente abusivo da beneficiária, tanto mais que o agravado já informou que o pagamento da garantia foi solicitado pela "credora", o garante-agravado-requerido é também titular da relação material controvertida, tal como a configuram as requerentes: o garante-requerido-agravado tem interesse que seja verificada a existência ou não de um fundamento para poder, com segurança, recusar o pagamento. Ademais, o pedido aqui formulado só respeita ao garante: apenas em relação ao agravado pode ser ordenado que não proceda ao pagamento da garantia resultante da outorga do respectivo contrato entre as requerentes da providência e o requerido (estamos no âmbito da relação interna a que acima se fez referência)»[124].

Discordando deste entendimento, Salvador da Costa votou vencido, nos termos da declaração de voto que a seguir se reproduz:

«Está em causa, por um lado, um contrato de empreitada (…), e, por outro, um contrato de garantia bancária autónoma, isto é, à primeira solicitação, celebrado entre aquelas primeiras sociedades e o Banco (…). As sociedades empreiteiras instauraram procedimento cautelar comum, com vista

[124] Acórdão da Relação de Lisboa de 12/11/1998, citado.

a que o Banco recuse a execução da referida garantia a favor da sociedade dona da obra, sob a invocação de um litígio entre elas e esta última e de um acordo' de indemnização a cargo da sociedade dona da obra e de não execução da garantia. Limitaram-se, porém, a accionar o Banco. A doutrina tem esquematizado a situação envolvida pela garantia bancária autónoma , isto é, à primeira solicitação a partir do contrato base, do contrato de mandato entre um dos sujeitos daquele e uma instituição bancária, e do contrato de garantia entre esta e o outro sujeito do contrato principal»[125].

Acrescenta, a referida declaração de voto, que:

«no caso vertente, considerando os termos do litígio, uma situação de triângulo contratual desenvolvido através do contrato de empreitada (…), do contrato de mandato celebrado (…) e do contrato de garantia bancária autónoma ou à primeira solicitação. A conexão entre o contrato de garantia bancária e o contrato de empreitada é evidente, certo que a execução daquele depende necessariamente do incumprimento deste. (…) Os titulares do interesse relevante para efeito de legitimidade *ad causam* são, em regra, os sujeitos da relação jurídica material controvertida, tal como foi configurada pelo autor ou pelo requerente (artigo 26°, n° 3, do Código de Processo Civil). Nesta providência cautelar, sem particularidades em relação ao regime geral da legitimidade *ad causam*, as sociedades requerentes enunciam uma relação litigiosa entre elas a sociedade B… Lda, no âmbito do referido contrato de empreitada, envolvendo uma situação de incumprimento dele por parte de B… Lda e um acordo indemnizatório e de não formulação do pedido de execução da garantia que fora convencionada a favor dela. Em consequência, a conclusão não pode deixar de ser no sentido de que quem tem o interesse essencial em contradizer no quadro da providência em causa é B… Lda e não o Banco de Espana SA. Nesta óptica, a solução não podia deixar de ser, tal como foi entendido pelo tribunal recorrido, no sentido da ilegitimidade *ad causam* do Banco de e, consequentemente, da sua absolvição da instância»[126].

[125] Voto de vencido de Salvador da Costa, proferido no referido acórdão de 12/11/1998.

[126] *Idem, ibidem*.

Afigura-se mais razoável este ponto de vista, pelo que se subscreve a argumentação do sentido desta declaração de voto, à qual se adere.

Com efeito, ainda que perante um procedimento cautelar, de natureza instrumental e provisória, não pode deixar de considerar-se que as sociedades requerentes enunciam uma relação litigiosa entre elas uma outra sociedade no âmbito de um contrato de empreitada (contrato-base), envolvendo, alegadamente, uma situação de incumprimento desta última e um acordo indemnizatório e de não formulação do pedido de execução da garantia que fora convencionada a seu favor.

Perante a relação triangular que se desenvolve, através do contrato-base, celebrado entre o devedor e o credor, do contrato de mandato celebrado entre o devedor e ordenante e o banco, e do contrato de garantia bancária autónoma, existe uma conexão entre o contrato de garantia bancária e o contrato-base, seja ele qual for, sendo certo que a execução daquele depende necessariamente do incumprimento deste.

Mas para se averiguar se existe incumprimento e fundamento para decretar a providência requerida, mostra-se necessário que figurem no processo os intervenientes do contrato-base, os verdadeiros titulares do interesse relevante e daí a necessidade da intervenção em juízo da beneficiária da garantia, para que da decisão se possa retirar o seu efeito útil normal.

Nesta perspetiva, afigura-se que a solução passa por concluir que a providência cautelar só poderia obter o seu efeito útil normal se tiver como requeridos para além do banco garante, o beneficiário da garantia, em situação de litisconsórcio necessário passivo[127].

O banco-garante terá que ser considerado parte ilegítima, por preterição de litisconsórcio necessário (natural) passivo se desacompanhado do beneficiário da garantia.

[127] Neste sentido, Luís Menezes Leitão defende uma situação de litisconsórcio necessário.

CONCLUSÕES

1 - A garantia autónoma desenvolve-se numa relação triangular: a) o contrato-base (de compra e venda, de empreitada), celebrado entre duas partes que constitui a relação jurídica principal ou subjacente que se pretende garantir; b)o contrato, de mandato sem representação, celebrado entre o devedor da relação principal e um garante, normalmente um banco, pelo qual este se obriga a prestar uma garantia ao credor – beneficiário; c) o contrato autónomo de garantia, propriamente dito, celebrado entre o garante e o credor - beneficiário, pelo qual o primeiro se obriga, a entregar uma soma pecuniária determinada, ao segundo, logo que este prove o incumprimento da relação jurídica subjacente (contrato autónomo de garantia simples) ou de imediato, quando este simplesmente o interpele a realizar essa prestação (contrato autónomo de garantia automática ou "à primeira solicitação").

2 - Para além das garantias directas, que obedecem ao referido figurino triangular, nas garantias indirectas, ditas de estrutura quadragular, utilizadas no comércio internacional, interpõe-se um segundo banco, com sede no país de beneficiário que actua como intermediário, recebendo a ordem de prestar a garantia de um outro banco-garante do país do devedor-ordenante, banco este que presta, por sua vez, uma contra-garantia a favor do banco garante (intermediário).

3 - As razões que fundamentam o seu surgimento e que explicam a sua rápida difusão e aceitação, resultam quer de factores externos, como o desenvolvimento do comércio internacional e as desvantagens do procedimento judiciário internacional; quer de factores internos que se prendem com as qualidades intrínsecas da garantia bancária autónoma, em especial a automática: a sua sólida segurança, eficácia e celeridade.

4 - O contrato autónomo de garantia é um contrato inominado, cuja validade, na ordem jurídica portuguesa assenta fundamentalmente no princípio da liberdade contratual (artigo 405º do Código Civil) e na inaplicabilidade da proibição dos negócios jurídicos abstratos fora dos casos previstos na lei (artigo 458º do Código Civil), já que se trata de um verdadeiro negócio jurídico causal, sendo a sua causa objectivada no mesmo contrato, uma função de garantia de um interesse legítimo do beneficiário de satisfação, regra geral, de um direito de crédito.

5 - A mera aplicação da regra da liberdade de forma, em relação a um contrato com o risco que envolve a garantia autónoma, justifica a elaboração de um documento escrito para assegurar a ponderação da decisão do garante. Já a declaração de aceitação por parte do beneficiário não carece do mesmo grau de exigência, podendo ser meramente tácita.

6 - A característica essencial deste contrato autónomo de garantia é a autonomia que, em termos substanciais, significa que o garante se vincula a uma obrigação de garantia própria e independente de qualquer outra obrigação, mesmo a garantida, e que na prática se concretiza na inoponibilidade pelo garante ao beneficiário das excepções sobre vicissitudes controvertidas, quer da relação jurídica de base existente entre devedor-mandante e o credor-beneficiário, quer do contrato de mandato celebrado entre ele garante-mandatário e o devedor-mandante.

7 - Através da autonomia, separa-se a obrigação de prestar da obrigação de indemnizar, que nasce como independente e própria na esfera jurídica do garante, e não, como nova ou como simples transformação da obrigação originária de prestar, na esfera jurídica do devedor-mandante.

8 – A automaticidade, característica não essencial da garantia, atribuída pela inclusão no contrato autónomo de garantia, por regra, da cláusula "*à primeira interpelação*", "*on first demand*", não se confunde com a autonomia, apesar de a reforçar, e que se traduz na dispensa da prova pelo beneficiário do pressuposto da constituição do seu direito de crédito contra o garante.

9 - A obrigação de garantia bancária autónoma a que se vincula o garante é uma verdadeira *obrigação de garantia*, pelo qual este assegura ao beneficiário um certo resultado, responsabilizando-se pelo risco da não produção desse resultado através da promessa de entrega de uma quantia pecuniária determinada, nos termos e condições acordadas, ao beneficiário.

10 - Quanto ao fim é habitual distinguir três tipos de garantias: a) *Garantia de restituição ou reembolso dos pagamentos antecipado* (*repayment bonds*), que se destina a assegurar ao contraente que pagou, antecipadamente uma parte do preço do contrato, que as quantias pagas em adiantado lhe serão devolvidas se a outra parte não cumprir o acordado deixando de realizar as suas prestações; b) *Garantia de boa execução do contrato* (*perfomance bonds*) destinadas a garantir, perante o beneficiário, o correcto e pontual

cumprimento das obrigações assumidas pelo outro contraente. c) *Garantia de pagamento, cujo objectivo é o de* assegurar à parte credora de uma prestação pecuniária o pagamento da dívida, para o caso de o obrigado principal o não fazer ou o não fazer pontualmente; d) *Garantia de oferta* ou *de honorabilidade da proposta* (*bid bonds)*, pelas quais o banco-garante assegura o pagamento de uma indemnização ao beneficiário na circunstância de o mandante não vir a celebrar um contrato a que se obrigou.

11 - A autonomia, mesmo que reforçada pela automaticidade, do contrato autónomo de garantia, não é absoluta. Em linhas gerais, as excepções ditas oponíveis, para além, das inerentes ao próprio contrato autónomo de garantia (caducidade, resolução), são de dois tipos: a) a excepção de fraude manifesta ou abuso evidente; b) a excepção de ilicitude da causa do contrato base.

12 - A obrigação de garantia bancária autónoma, sendo uma obrigação com carácter indemnizatório, a que se vincula o garante, em seu nome mas por conta do mandante, com desvios introduzidos pela autonomia dessa obrigação, aos pressupostos da responsabilidade civil, dispensando-se o requisito da culpa do devedor, pelo que a obrigação de indemnização se mantém mesmo que o incumprimento da obrigação de partes não lhe seja imputável por resultar de um *caso fortuito ou de força maior.*

13 - O mandante, dador da ordem, pode recorrer a medidas cautelares tendentes a bloquear o pagamento da garantia. Assim, sucederá na hipótese de solicitação manifestamente abusiva da garantia, em que o beneficiário não é, em rigor, titular de qualquer direito sobre o garante, através de medidas inibitórias de natureza cautelar destinadas a impedir o garante de pagar, ou o beneficiário de executar, ou de receber, a garantia.

14 - Se o ordenante intenta procedimento cautelar apenas contra o Banco, pedindo que o Banco requerido seja intimado a não pagar qualquer quantia à beneficiária, ao abrigo da garantia bancária referida, ocorre uma situação de ilegitimidade passiva por preterição do litisconsórcio necessário.

15 - Perante a relação triangular que se desenvolve, através do contrato-base, celebrado entre o devedor e o credor, do contrato de mandato celebrado entre o devedor e ordenante e o banco, e do contrato de garantia bancária autónoma, existe uma conexão entre o contrato de garantia bancária e o

contrato-base, pelo que a execução daquele depende necessariamente do incumprimento deste.

16 - Para se averiguar se existe incumprimento e fundamento para decretar a providência requerida, mostra-se necessário que figurem no processo os intervenientes do contrato-base, isto é, os verdadeiros titulares do interesse relevante e daí a necessidade da intervenção em juízo da beneficiária da garantia, para que da decisão se possa retirar o seu efeito útil normal.

17 - Com vista à procedência de tais medidas cautelares o mandante está obrigado a apresentar *prova líquida e inequívoca* de fraude manifesta ou do abuso evidente do beneficiário, bem como da *excepção da ilicitude da causa* por violação da ordem pública: sendo ilícito o objecto da garantia (v.g. um contrato de tráfico de droga) é ilícita a causa caução de garantia - do contrato autónomo de garantia.

18 - Após o pagamento pelo garante, este fica sub-rogado nos direitos que o beneficiário tinha contra o garantido, nos termos do artigo 592º Código Civil. Caso a garantia seja à primeira solicitação, um dos termos do negócio é que o reembolso do garante seja também efectuado à primeira solicitação, o que exclui que o devedor possa opor ao garante as excepções relativas ao crédito que sobre ele tinha o beneficiário, devendo efectuar também automaticamente o pagamento e reclamar posteriormente do beneficiário o que ele obteve do garante, caso tenha accionado indevidamente a garantia.

19 - Em caso de cessão do crédito garantido, apesar de a garantia autónoma não ser acessória, por regra, a mesma pode ser transmitida com esse crédito, por força do citado artigo 582º do Código Civil, mas a transmissão da faculdade de exigência automática, dado o seu cariz intuitu personae, não deve ocorrer sem o consentimento do garante.

20 - Se na carta de garantia tiver sido aposto um termo final certo, a verificação do termo desobriga o banco. Nesta situação, ao beneficiário não cabe um poder de prorrogação unilateral da duração da garantia e é indiferente haver ou não restituição do documento de garantia.

21 - A modificação substancial do contrato-base extingue a garantia, emitida que foi para uma determinada regulamentação contratual e não para uma qualquer regulamentação nascida a propósito de certo contrato.

22 - Porém, como refere Luís Menezes Leitão, em alternativa à realização do cumprimento, o credor pode contentar-se com uma prorrogação do prazo de vigência inicial da garantia. (interpelação *extend orpay*), *mas* o pedido de prorrogação da garantia, se não vier a ser concedido pelo garante, é qualificado como exigência de pagamento.

23 - Se nada se convencionar sobre a duração da garantia, o beneficário o direito de exigir o cumprimento da garantia a todo o tempo, ao abrigo do disposto no artigo 777.º, n.° 1, do Código Civil, até ao momento em que o banco venha exercer o direito de denúncia.

BIBLIOGRAFIA

- ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Contratos II, Conteúdo. Contratos de Troca*, Coimbra, Almedina, 2007.

- ALMEIDA, Moitinho, *O contrato de seguro no direito português e comparado*, Lisboa, 1971.

- ARAÚJO, Juliana Cristina Elias – *As Garantias Bancárias Autónomas no Direito Internacional*, Dissertação de Mestrado, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2008, www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp064309.pdf .

- BENATTI, Francesco – *Garanzia (Contrato autonomo di), in Novissimo Digesto Italiano*, Appendice, Vol. III, 1982.

- BRANCO, Manuel Castelo - *A garantia bancária autónoma no âmbito das garantias especiais das obrigações*, www.estig.ipbeja.pt

- CORDEIRO, António Menezes - *Manual de Direito Bancário*, Coimbra: Almedina, 4ª edição, 2010.

- *Da Boa Fé no Direito Civil, Coimbra, Almedina,* 5.ª Reimpressão, 2013.

- CORREIA, António Arruda Ferrer - *Temas de direito comercial e direito internacional privado,* Coimbra, Almedina, 1989.

- *Notas para o estudo do contrato de garantia bancária, Revista de Direito e Economia*, ano VIII, nº 2, 1982.

- CORTEZ, Francisco – *A Garantia Bancária Autónoma – Alguns Problemas*, in Revista da ordem dos Advogados, ano 52, vol. II, Julho de 1992.

- COSTA, Almeida/MONTEIRO/Pinto, *Garantias bancárias. O contrato de garantia à primeira solicitação*, in Colectânea de Jurisprudência", Ano XI, 1986, TomoV.

- COSTA, Mário Júlio de Almeida – *Direito das Obrigações,* 10.ª edição, Coimbra, Almedina, 2006.

- FREITAS, José Lebre de - *Código Processo Civil Anotado*, vol, 1.º, Coimbra Editora, 2008.

- GOMES, Fátima - "Garantia Bancária Autónoma à Primeira Solicitação"- "Revista Direito e Justiça, vol. VIII, tomo 2, 1994

- JARDIM, Mónica - *A garantia autónoma, Almedina*, Coimbra, 2002,

- JORGE, Pessoa - *O mandato Sem Representação*, Edições Áctica, Lisboa, 1961.

- LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes - *As Garantias das Obrigações*, Coimbra: Almedina, 4ª edição, 2012.

- LEITÃO, Luís Menezes, *Cessão de Créditos*, Coimbra, Almedina, 2005.

- MACHADO, Baptista - *A cláusula do razoável*, Revista de Legislação e Jurisprudência RLJ 199.

- MARTINEZ, Pedro Romano / PONTE, Pedro Fuzeta da – *Garantias de cumprimento*, Almedina, Coimbra, 5ª ed., 2006.

- PATRÍCIO, José Simões – *Preliminares sobre a Garantia "on first demand"*, in Revista da Ordem dos Advogados, Ano 13, Vol. VIII, Dezembro, 1983,

- POULLET, Yves - *La Garantie à première demande: un acte unilatéral?*, in "Mélanges Jean Pardon, 1996

SOUSA, Miguel Teixeira de - *Estudos sobre o Novo Processo Civil*, Lisboa, Lex, 1997.

- TELLES, Inocêncio Galvão - *Garantia bancária autónoma*, in *O Direito,* ano 120º, III-IV, 1988 (Jul.-Dez.)

- VARELA, Antunes - *Direito das Obrigações em Geral*, Volume II, 7.ª Edição, Coimbra, Almedina, 1997.

- VASCONCELOS, Pedro Pais de, - *Direito Comercial*, *Parte Geral – Contratos mercantis – Títulos de Crédito*, Vol. I, Coimbra, Almedina, 2011.

- VEIGA, Soares da - *Direito Bancário*, Coimbra, 1994.

Jurisprudência

Acórdãos do STJ

- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 7 de Novembro de 1990, Proc. nº 077497, (Relator, Figueiredo Sousa), www.dgsi.pt/jstj.

- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 12 de Setembro de 2006, (Relator, Sebastião Povoas), in www.dgsi.pt/jstj.

- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 13 de Abril de 2010, (Relator, Moreira Camilo), in www.dgsi.pt/jstj.

- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 19 de Maio de 2010, Proc. nº 241/07.0TBMCD-A.S1, Azevedo Ramos, Relator, in www.dgsi.pt/jstj.

- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 27 de Maio de 2010, (Relator, Serra Baptista), in www.dgsi.pt/jstj.

- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 20 de Março de 2012, (Relator, Fonseca Ramos), in www.dgsi.pt/jstj

Acórdãos do TRL

- Acórdão do Tribunal da Relação, de Lisboa de 11 de Dezembro de 1990, (Relator, Santos Monteiro), Colectânea de Jurisprudência, Ano XV, 1990, Tomo V.

- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 12 de Novembro de 1998, Proc. nº 0048756, Relator, Evangelista Araújo, com voto de vencido de Salvador da Costa), in www.dgsi.pt/jtrl.

- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 13 de Dezembro de 2007, processo nº 7966/2007, 6ª Secção, (Relatora, Fátima Galante), in www.dgsi.pt/jtrl.

- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 16 de Abril de 2009, Proc. nº 2722/08.9TVLSB-8, (Relator, Rui da Ponte Gomes), in wwwdgsi.pt/jtrl.

- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 7 de Maio de 2009, Proc. nº 1688/08.0TVLSB-A.L1, (Relatora, Márcia Portela), in wwwdgsi.pt/jtrl.

- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 15 de Abril de 2010, Processo nº 14881/09.9T2SNT-A.L1-6, (Relatora, Fátima Galante), in wwwdgsi.pt/jtrl.

- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 15 de Junho de 2010, Proc. nº 989/10.1TVLSB-A.L1-7, (Relator, Luís Espírito Santo), in wwwdgsi.pt/jtrl.

- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 26 de Junho de 2012, Proc. nº 9664/11.9TBOER-A.L1, (Relatora, Ana Resende), in www.dgsi.pt/jtrl.

Acórdãos do TRP

- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 19 de Dezembro de 2007, Proc. nº 0722393, (Relator, Henrique Araújo), in wwwdgsi.pt/jtrp.

- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 2 de Outubro de 2008, Proc. nº 0835046, (Relatora, Deolinda Varão), in wwwdgsi.pt/jtrp.

Pareceres da PGR

- Parecer da PGR de 07-11-1997, Proc. nº 00000945, (Relator, Luís da Silveira), www.dgsi.pt/pgr

Fátima Galante
Juíza Desembargadora
Doutoranda em Direito

Data Venia
Revista Jurídica Digital
ISSN 2182-6242
Ano 4 ● N.º **06** ● Novembro 2016