

# REVISTA

## da Ordem dos Advogados

---

### Editorial

### Actualidade

Os 40 anos da Adesão de Portugal à  
Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH)

### Intervenções na Conferência

MARCELO REBELO DE SOUSA  
*Presidente da República*

EDUARDO FERRO RODRIGUES  
*Presidente da Assembleia da República*

FRANCISCA VAN DUNEM  
*Ministra da Justiça*

LINOS-ALEXANDRE SICILIANOS  
*Presidente do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos*

GUILHERME FIGUEIREDO  
*Bastonário da Ordem dos Advogados*

PAULO SARAGOÇA DA MATTIA  
*Presidente da Comissão dos Direitos Humanos Questões Sociais e do Ambiente da Ordem dos Advogados*

PAULA VEIGA  
*Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*

PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE  
*Juiz Português do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos*

### Doutrina

A. LAMAS LEITE  
*Em direcção a uma «teoria geral das penas de substituição»?*

DANIELA CARDOSO  
*O papel da Autoridade da Concorrência no Private Enforcement: uma reflexão em torno da figura do amicus curiae*

DULCE LOPES

*Contornos do Turismo Residencial em Portugal*

EVARISTO MENDES

*O fim da arbitragem necessária em matéria de patentes farmacêuticas. Velhos e novos problemas*

EVA DIAS COSTA e DIOGO LEITE DE CAMPOS

*O direito à vida implica o direito a morrer? Pessoa e eutanásia (Livro em homenagem ao Prof. Doutor Germano Marques da Silva)*

JORGE ARTUR COSTA

*Capacidade para depor como testemunha: as alterações ao art. 495.º, n.º 1, do Código Processo Civil pela lei n.º 49/2018, de 14 de agosto (regime jurídico do maior acompanhado)*

LEBRE DE FREITAS

*Da falta da causa de pedir no momento da sentença final de embargos à execução titulada por documento de reconhecimento de dívida*

LURDES VARGAS

*Marqueting Oportunista (ambush marketing) e Contrato de Patrocínio Desportivo*

MICAELA MONTEIRO LOPES

*Breve análise ao procedimento de decisão europeia de arresto de contas bancárias*

MIGUEL PRATA ROQUE

*Misericórdias e conflito de jurisdições: a impugnação de deliberações das associações de religiosos*

VÍTOR PALMELA FIDALGO

*Inteligência Artificial e Direitos de Imagem*

### **Jurisprudência dos Conselhos**

- Parecer do Conselho Superior — Processo n.º 4/2018-CS/R — Recurso de aplicação de pena disciplinar de Multa e de Censura
- Parecer do Conselho Geral — Processo n.º 15/PP/2018-G — Averiguação de Incompatibilidade entre a profissão de Advogado e o exercício de actividade de Mediador de Conflitos

### **Pareceres sobre as Iniciativas Legislativas**

- Parecer da Ordem dos Advogados — Projecto de Lei n.º 773/XIII/3.ª(BE) — Autoriza a morte medicamente assistida, tornando não puníveis os crimes de homicídio a pedido da vítima e de incitamento ou ajuda ao suicídio, desde que cumpridos os requisitos constantes do presente projecto de Lei.
- Convenção Europeia Relativa à Profissão de Advogado — Contributo da Ordem dos Advogados no âmbito da Recomendação da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa.
- Parecer da Ordem dos Advogados sobre o projeto de decreto-lei de alteração do Regulamento da CPAS que prevê a alteração do indexante das contribuições.

### **Vida Interna**

- Regulamento das Quotas das Sociedades de Advogados — Aprovado na Assembleia Geral da Ordem dos Advogados de 25 de julho de 2018.
- Alteração e republicação da Tabela de Emolumentos e Preços da Ordem dos Advogados — Deliberação n.º 1142/2018, publicada no Diário da República, II Série, n.º 199, de 16 de Outubro de 2018.
- Regulamento das Quotas dos Advogados — aprovado em Assembleia Geral da Ordem dos Advogados de 15 de Outubro de 2018. Regulamento n.º 791/2018, de 26 de Novembro de 2018. Declaração de Retificação n.º 906-A/2018, de 07 de Dezembro de 2018.

# REVISTA

da Ordem dos Advogados

ANO 78  
2 0 1 8



---

L I S B O A

# REVISTA

## da Ordem dos Advogados

*Bastonário da Ordem dos Advogados*  
Guilherme Figueiredo

*Director*  
Rui Pinto Duarte

*Sub-Director*  
Rui Patrício

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

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

*Coordenação e Revisão*  
Departamento Editorial e Comunicação da Ordem dos Advogados

*Secretariado*  
Elsa Mariano

Propriedade da Ordem dos Advogados

*Redacção e Administração*  
Largo de S. Domingos, 14-1.º — 1169-06 Lisboa — Portugal  
E: [dept.editorial@cg.oa.pt](mailto:dept.editorial@cg.oa.pt)

Composição  
*AGuerra* — Viseu

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

Depósito Legal: 124011/98  
ISSN 0870-8118

Tiragem: 750 exemplares  
Assinatura da ROA disponível em  
<[www.oa.pt](http://www.oa.pt)>

RUI PINTO DUARTE  
Editorial p. 527

## ACTUALIDADE

Os 40 anos da Adesão de Portugal à  
Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH)

### Intervenções na Conferência(\*)

MARCELO REBELO DE SOUSA  
*Presidente da República* p. 529

EDUARDO FERRO RODRIGUES  
*Presidente da Assembleia da República* p. 533

FRANCISCA VAN DUNEM  
*Ministra da Justiça* p. 535

LINOS-ALEXANDRE SICILIANOS  
*Presidente do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos* p. 539

GUILHERME FIGUEIREDO  
*Bastonário da Ordem dos Advogados* p. 543

PAULO SARAGOÇA DA MATTA  
*Presidente da Comissão dos Direitos Humanos Questões Sociais e do  
Ambiente da Ordem dos Advogados* p. 551

---

(\*) Organização conjunta do Ministério da Justiça e da Ordem dos Advogados, teve lugar na Sala do Senado da Assembleia da República, a 9 de novembro de 2018.

PAULA VEIGA

*Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*  
p. 555

PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE

*Juiz Português do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos* p. 569

### Doutrina

A LAMAS LEITE

*Em direcção a uma «teoria geral das penas de substituição»?* p. 581  
Partindo da impossibilidade de construir uma verdadeira teoria geral para as penas substitutivas, o autor analisa alguns dos seus pontos comuns e que permitem uma abordagem ao juízo de prognose favorável em que as mesmas se baseiam, adiantando, *de lege ferenda*, propostas legislativas no sentido de reforçar esses mesmos traços comuns, a favor de uma aplicação mais uniforme das sanções em estudo.

DANIELA CARDOSO

*O papel da Autoridade da Concorrência no Private Enforcement: uma reflexão em torno da figura do amicus curiae* p. 599

DULCE LOPES

*Contornos do Turismo Residencial em Portugal* p. 609

O turismo residencial — que genericamente designa a possibilidade de os proprietários de um edifício ou fração destinada a finalidades turísticas os poderem utilizar para sua habitação própria — não é uma realidade nova em Portugal. Mas com o Regime Jurídico dos Empreendimentos Turísticos, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 39/2008, esta realidade, que era já um relevante produto turístico, ganhou foro jurídico. É agora o legislador que expressamente estabelece que as unidades de alojamento devem estar permanentemente em regime de exploração turística, ainda que ocupadas pelos respetivos proprietários (artigo 45.º, n.º 1). O que significa que a ocupação turística das unidades de alojamento pode ser meramente potencial, não tendo os seus proprietários de necessariamente afetar períodos temporais mínimos a usos turísticos, podendo, portanto, residir ininterruptamente no seu alojamento. O que não podem é inviabilizar essa potencial afetação turística, nem prejudicar as condições de sustentabilidade, qualidade e funcionamento do empreendimento turístico como um todo. É sobre estas virtualidades e limitações ao turismo residencial que nos debruçamos no presente artigo.

EVARISTO MENDES

*O fim da arbitragem necessária em matéria de patentes farmacêuticas. Velhos e novos problemas* p. 627

O presente artigo ocupa-se, no essencial, da ação especial criada pela Lei n.º 62/2011, no domínio das patentes farmacêuticas; originariamente uma ação arbitral necessária e, após o DL n.º 110/2018, uma ação judicial, a propor no TPI ou, havendo acordo dos interessados, uma ação arbitral. São abordadas diversas questões, quer suscitadas pela versão inicial da Lei, quer decorrentes da alteração sofrida, observando que a manutenção de tal ação e o seu novo enquadramento normativo se mostram problemáticos, em si mesmos e em virtude do possível impacto no funcionamento do TPI.

EVA DIAS COSTA e DIOGO LEITE DE CAMPOS

*O direito à vida implica o direito a morrer? Pessoa e eutanásia*  
p. 683

Cada pessoa, ao saber-se digna, reconhece em todas as outras a mesma dignidade. Nesta ontologia de dignidade e pluralidade integra-se a rejeição da eutanásia.

JORGE ARTUR COSTA

*Capacidade para depor como testemunha: as alterações ao artigo 495.º, n.º 1, do código processo civil pela lei n.º 49/2018, de 14 de agosto (Regime Jurídico do Maior Acompanhado)* p. 707

Análise específica do artigo 495.º/1 do Código de Processo Civil, conjugada com uma análise global do novo regime jurídico do maior acompanhado.

LEBRE DE FREITAS

*Da falta da causa de pedir no momento da sentença final de embargos à execução titulada por documento de reconhecimento de dívida* p. 745

LURDES VARGAS

*Marketing Oportunista e Contrato de Patrocínio Desportivo* p. 755

MICAELA MONTEIRO LOPES

*Breve análise ao procedimento de decisão europeia de arresto de contas bancárias* p. 791

A salvaguarda da segurança jurídica e o imprescindível equilíbrio entre o direito de ação e o princípio do contraditório na decisão europeia de arresto de contas bancárias.

MIGUEL PRATA ROQUE

*Misericórdias e conflito de jurisdições: a impugnação de deliberações das associações de religiosos* p. 835

O presente estudo analisa uma das principais formas de assistência social: a assistência religiosa, através das misericórdias. Conforme demonstra a jurisprudência consolidada, vigora um modelo de controlo jurisdicional paralelo: um de tipo estadual, que apenas conhece dos reflexos externos das atuações das misericórdias; outro de tipo canónico, que afere da validade intrínseca das respetivas deliberações e eleições.

VÍTOR PALMELA FIDALGO

*Inteligência Artificial e Direitos de Imagem* p. 879

O real impacto da inteligência artificial nos diversos ramos do direito ainda é, em grande parte, desconhecido. As dificuldades derivam de diversos fatores. Desde logo, do jargão técnico utilizado, estranho à linguagem jurídica e à grande maioria dos juristas. Depois, dos novos e complexos desafios que coloca, nomeadamente a institutos civis que, pelo seu percurso dogmático e histórico, atingiram uma maturidade que agora é colocada em causa pela 4.ª Revolução Industrial. Partindo das normas que regem os direitos de personalidade, mais concretamente da proteção civil auferida pelo direito à imagem, o presente artigo tem como objetivo indagar sobre os desafios que se colocarão a este direito com o advento da inteligência artificial.

### **Jurisprudência dos Conselhos**

- Parecer do Conselho Superior — Processo n.º 4/2018-CS/R Recurso de aplicação de pena disciplinar de Multa e de Censura p. 905
- Parecer do Conselho Geral — Processo n.º 15/PP/2018-G, Averiguação de Incompatibilidade entre a profissão de Advogado e o exercício de actividade de Mediador de Conflitos p. 911

### **Pareceres sobre as Iniciativas Legislativas**

- Parecer da Ordem dos Advogados sobre o Projecto de Lei n.º 773/XIII/3.ª (BE), autoriza a morte medicamente assistida, tornando não puníveis os crimes de homicídio a pedido da vítima e de incitamento ou ajuda ao suicídio. Aprovado a 3 de abril de 2018 p. 921
- Convenção Europeia Relativa à Profissão de Advogado — Contributo da Ordem dos Advogados no âmbito da Recomendação da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa — 12 de junho de 2018 p. 935
- Parecer da Ordem dos Advogados sobre o Projeto de Decreto-Lei de alteração do Regulamento da CPAS — aprovado em 20 de setembro de 2018 p. 939

### **Vida Interna**

- Regulamento das Quotas das Sociedades de Advogados — Aprovado na Assembleia Geral da Ordem dos Advogados de 25 de julho de 2018 p. 951
- Alteração e republicação da Tabela de Emolumentos e Preços da Ordem dos Advogados - Deliberação n.º 1142/2018, publicada no Diário da República, 2.ª série, n.º 199, de 16 de Outubro de 2018 p. 955
- Regulamento das Quotas dos Advogados — aprovado na Assembleia Geral da Ordem dos Advogados de 15 de Outubro de 2018. Regulamento n.º 791/2018, de 26 de Novembro de 2018. Declaração de Retificação n.º 906-A/2018, de 07 de Dezembro de 2018 p. 961



## EDITORIAL

*Por Rui Pinto Duarte*

Este número da ROA é fortemente marcado pela publicação dos textos das intervenções na conferência comemorativa dos 40 anos da adesão de Portugal à Convenção Europeia dos Direitos Humanos, que teve lugar em novembro de 2018, organizada pelo Ministério da Justiça e pela Ordem. Tudo o que neste editorial se escrevesse acerca da relevância da Convenção e do significado que teve (e tem) a adesão de Portugal à mesma seria supérfluo.

Tais textos, contudo, estão longe de esgotar o interesse do presente número, que dá a conhecer um conjunto de artigos doutrinários sobre temas muito variados mas com um denominador largamente comum: a sua atualidade. Em áreas tão diversas quanto o direito penal, o direito privado, o direito processual civil, o direito da propriedade industrial e o direito da concorrência, os Autores que nos oferecem colaboração tratam problemas jurídicos novos, as mais das vezes motivados por realidades sociais recentes.

Seguindo a tradição, a Revista deixa ainda memória de pareceres da Ordem sobre iniciativas legislativas, decisões dos seus órgãos com interesse geral e regulamentos sobre o exercício da nossa profissão.



CONFERÊNCIA — 40 anos da  
Adesão de Portugal à Convenção  
Europeia dos Direitos Humanos  
(CEDH)

INTERVENÇÃO  
DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA,  
MARCELO REBELO DE SOUSA

Ano este de evocações essenciais para o valor supremo em democracia: os direitos fundamentais. Evocação dos 70 anos da Declaração universal dos Dir. Humanos, Evocação dos 40 anos da Adesão de Portugal à Convenção Europeia dos Direitos Humanos. Na vida de cada pessoa, como na vida das comunidades que elas integram, é usual só se apreciar devidamente o que se perde ou o que se luta por alcançar. O adquirido merece sempre menos apreço e a memória, ademais nestes tempos de vertiginosa mudança, distrai-se e omite passos decisivos dados para se chegar onde se chegou. Assim foi, assim tem sido vezes demais com as duas evocações deste final de 2018. Bem hajam pois todos os que têm cumprido a missão nacional de lembrar o que tem de ser lembrado, no caso vertente a Assembleia da República, o Ministério da Justiça, a Ordem dos Advogados, aqui nesta casa, por natureza, da Democracia Portuguesa. Ao longo deste ano, um pouco por toda a sociedade portuguesa, o comissariado sabiamente liderado pelo Sr. Professor Doutor Vital Moreira. Tomemos em especial a evocação de hoje e recordemos, os mais velhos de entre nós, e contemos aos muitos mais novos, como foi lento e difícil o caminho percorrido até à adesão de 1978. Primeiro até 1974, ao 25 de Abril, depois durante a Revolução, em que tive a honra de integrar a primeira Delegação Portuguesa da então Assembleia Constituinte à Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa no final de 1975. E ainda mais uns poucos anos, correspondendo primeiro à adesão de Portugal ao Conselho da Europa mais tarde a adesão de Portugal às Comunidades Europeias. Em democracia o percurso foi rápido e simples e cabalmente concluído com a superação das reservas iniciais, após Revisão Constitucional. Lento e difícil foi

chegar à democracia para se poder garantir o respeito de direitos hoje inscritos na Constituição da República Portuguesa. Tantos dos meus alunos dos últimos mais de 30 anos, nascidos e formados em Democracia, mal entendem a rotura que ela consigo trouxe à vida nacional. E o mesmo se diga dos leigos, que com frequência citam a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, sem apreenderem cabalmente o significado primeiro do seu papel e antes disso do quadro normativo e de normatividade particularmente intensa na ordem interna, que o funda e cuja vivificação lhe está cometida. E no entanto, como tem sido relevante também para nós esse papel jurisdicional e pedagógico. Assim a nossa Justiça e a nossa Administração Pública, para não dizer os nossos Legisladores, prestem atenção aos sinais transmitidos, nomeadamente em matéria de Liberdade, de Liberdade de Expressão, de processo equitativo, de processo devido em tempo, devido em tramitação, devido em tutela efetiva dos direitos dos Cidadãos, designadamente no domínio das garantias em matéria criminal. Por outras palavras, neste sublinhado de quatro décadas de compromisso acrescido com os direitos fundamentais, o que mais importa não é tanto celebrar um passado quanto dar-lhe sentido todos os dias, iluminando o presente e construindo o futuro. Este é de resto um dos desafios mais prementes e por vezes mais preocupantes da Europa hoje, da Europa da União como da Europa que está para além dela, essa Europa toda a que se aplica a Convenção. Viver os Direitos Fundamentais, viver os Direitos Humanos como cultura cívica, antes de os viver como casos do foro jurisdicional. Vivê-los quanto aos Direitos Pessoais tal como quanto aos Direitos de Participação Política especialmente acolhidos na Convenção, assim como aos Direitos Económicos, Sociais e Culturais que condicionam o seu exercício. E sobretudo vivê-los como princípio retor de existência individual e coletiva, não deixando alastrar como manchas de óleo, as intolerâncias, os maniqueísmos, as exclusões, as xenofobias, os chauvinismos, os racismos, as discriminações injustas. E para tanto prevenindo, evitando, enfrentando as causas da fragilização dos destinatários de tais mensagens. E opondo-lhes, pela positiva, uma vivência e um discurso de liberdade, de democracia, de pluralismo, de diferença. Mas não um discurso sem vivência, antes esta permanentemente acompanhando aquele. Repito o que tenho afirmado noutros ensejos designadamente a 25 de Abril na Assembleia da República: as batalhas de ideias ganham-se ou perdem-se batalhando e não com decisões ou subtilezas de Secretaria ou Injunções de barreiras. É mais penoso batalhar do que tentar poupar o combate? É mais custoso debater a substância do que utilizar a forma? É mais cansativo fazer pedagogia quanto ao tido por adquirido, do que invocá-lo mecanica-

mente? É, sem dúvida, mas é por aí que devemos ir. Todos nós cidadãos que não esquecemos o sucedido há quase um século. Todos nós que, nomeadamente recordamos aquele nove e dez de Novembro de 1938, há precisamente 80 anos, em que 7.500 lojas judaicas viram os seus vidros partidos, 267 sinagogas foram destruídas, 1919 incendiadas, numa ‘noite de cristal’, assim a chamaram os seus autores, prenúncio de outras longuíssimas e terríveis noites que haveriam de dilacerar a Europa. Todos nós que sabemos como foi complexo viver esse período, e depois da Segunda Guerra refazer ordenamentos constitucionais europeus e ordenamentos internacionais para abraçarem o império da Justiça, dos Diretos inalienáveis da Liberdade, da democracia condições essenciais para a segurança e para a paz entre pessoas e comunidades. Todos nós que aprendemos que garantir direitos supõe crescimento, emprego, justiça social, capacidade dos sistemas políticos, credibilidade das instituições, cultura cívica democrática, quarenta anos volvidos saudamos a entrada de Portugal no universo dos que aspiravam ao Estado de Direito Democrático. Mas tomemos sobretudo nas nossas mãos a tarefa ingente de dar à convenção a que aderimos e aos ideais que abraçámos, um sentido renovado e renovador de futuro. A pensar nos portugueses que o mesmo é dizer a pensar em Portugal, a pensar nos Europeus e no dever estrito da Europa continuar a ser, e a querer sê-lo, um exemplo de afirmação de democracia e paz, a pensar sobretudo no valor essencial da dignidade da pessoa humana.



## INTERVENÇÃO DO PRESIDENTE DA ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA, EDUARDO FERRO RODRIGUES

Sejam bem-vindos à Assembleia da República, casa de Democracia e Direitos Humanos.

No próximo dia 10 de dezembro comemoram-se os 70 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos, através da qual a comunidade internacional se comprometeu com a promoção do multilateralismo, da cooperação, da paz e da democracia.

Hoje reunimo-nos na Assembleia da República para celebrar os 40 anos da Adesão de Portugal à Convenção Europeia dos Direitos Humanos. Uma Convenção que tem como referência a Declaração Universal e que tem como garante da sua execução o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos.

Assim sabem os cidadãos dos Estados signatários que têm os seus direitos individuais protegidos.

Ao aderir à Convenção, há quarenta anos Portugal virava formalmente a página do isolamento internacional, assumindo-se como uma democracia europeia, solidária e aberta ao mundo.

E quero aqui recordar neste dia o papel desempenhado pelo Ministro dos Negócios Estrangeiros José Medeiros Ferreira, uma personalidade ímpar da nossa história contemporânea.

Em 1978, o tempo de má memória do orgulhosamente sós ficava assim definitivamente para trás.

Hoje sabemos que é através da partilha de soberania na União Europeia, através da cooperação internacional no quadro multilateral das Nações Unidas que promovemos a segurança e o desenvolvimento do nosso país, e que contribuímos para a paz e a democracia no mundo.

Quero aqui saudar a Ordem dos Advogados e o Ministério da Justiça por se terem lembrado desta iniciativa que hoje nos junta; e quero saudar

muito em particular, na pessoa do Professor Vital Moreira, as Comemorações dos 70 anos da Declaração Universal e dos 40 anos da adesão à Convenção Europeia.

Nem todos os países estão a assinalar devidamente estes 70 anos da declaração Universal. Será porventura um sinal dos tempos...

É bom que através de uma Resolução do Conselho de Ministros o Governo português tenha tornado possíveis estas comemorações. Em particular neste tempo em que vivemos. Tempos manifestamente mais sombrios para a causa da democracia e dos direitos humanos.

Se na sequência da queda do muro de Berlim, a universalização da democracia e dos direitos humanos parecia o destino incontornável da humanidade, não há dúvida que desde o início do século XXI temos assistido a um refluxo na qualidade das democracias e na proteção dos direitos humanos, por vezes onde menos se esperava.

É mais uma demonstração da necessidade de nunca considerarmos a democracia e os direitos humanos como dados adquiridos. Não são a regra na história da humanidade e para que não se tornem um curto intervalo histórico têm de ser promovidos e alimentados diariamente.

Daí a importância destas comemorações, às quais a Assembleia da República se associou desde o primeiro momento.

Teremos aqui no dia 10 de dezembro um dia dos direitos humanos que será este ano um dia especial por se tratar do dia em que a Declaração faz precisamente 70 anos.

Estas comemorações presididas pelo Professor Vital Moreira, além das conferências e das publicações, são marcadas por uma atenção especial à formação de professores e à divulgação dos direitos humanos junto dos mais jovens, com recurso a novas tecnologias, plataformas multimédia e a atividades lúdicas.

Julgo que isto é da maior importância, pois é assim que vamos passando mais facilmente o testemunho dos Direitos Humanos entre diferentes gerações.



## INTERVENÇÃO DA MINISTRA DA JUSTIÇA, FRANCISCA VAN DUNEM

Como vem sendo amplamente recordado desde o início destas comemorações, Portugal tornou-se membro do Conselho da Europa em 1976, sendo Primeiro-ministro Mário Soares e Ministro dos Negócios Estrangeiros José Medeiros Ferreira e ratificou a Convenção Europeia dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais através de um ato legislativo que entrou em vigor no dia 9 de Novembro de 1978, há precisamente quarenta anos.

O Estado português reconhecia também, nessa altura o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos.

Ao aderir ao Conselho da Europa e ratificar a Convenção Portugal quis garantir o não retorno a um passado de tirania e de desprezo pelos direitos e de asfixia das liberdades fundamentais.

Associar-me à sessão solene que assinala essa efeméride constitui um enorme privilégio e é simultaneamente um dever que exerço enquanto responsável pela área da Justiça de um Governo democrático que reconhece os direitos humanos como princípio fundador da existência e da convivência cidadãos e como instrumento de limitação jurídica do poder do Estado.

Os direitos humanos e as liberdades fundamentais são *conditio* essencial ao advir de toda a humanidade; eles esteiam a dignidade da pessoa humana, e como tais são insuscetíveis de reservas.

Vivemos, de novo, na Europa, tempos e angústias que pareciam ultrapassadas depois do auge do horror humano que foi a 2.<sup>a</sup> Guerra Mundial — de que nos deixaram testemunho eloquente tantos líderes políticos e intelectuais ocidentais, que haviam vivido o impensável e superado o que lhes tinha parecido intransponível.

Estamos a afastar-nos do *consensus omnium gentium* que se foi formando lenta e paulatinamente no post-guerra.

De um património mundial consensualizado, que emergiu gradualmente das lutas que mulheres e homens travaram pela sua própria emancipação — e das transformações das condições de vida que essas lutas produziram — e que foi sendo consubstanciado em sucessivas declarações históricas que não têm um valor meramente simbólico.

Refiro-me à Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), a Convenção Europeia dos direitos do homem e das liberdades fundamentais (1950), a Convenção sobre os Direitos Políticos da Mulher (1952), a Declaração dos Direitos da Criança (1959), a Declaração dos Direitos do Deficiente Mental (1971), a Declaração dos Direitos dos Deficientes Físicos (1975), a Declaração sobre os direitos dos anciãos (1982), a Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural (2001), a Declaração de Nova Deli sobre o Diálogo entre Civilizações (2003) e a Convenção sobre a Proteção e a Promoção da Diversidade das Expressões Culturais (2005).

A verdade é que este poderoso aquis civilizacional se vê hoje posto em perigo por visões que aceitam restrições intoleráveis dos direitos humanos, com o objetivo imediato de minimizar sentimentos de insegurança, de atenuar incertezas face ao mercado do emprego, ou receios de mudanças culturais.

Estas visões acarretam sempre uma contrapartida inaceitável, porque se admitirmos os argumentos com que nos querem iluminar sobre os direitos que devem ou não ceder à fúria das multidões, nenhum direito acabará incólume à erosão discursiva dos que falam em nome do medo.

Os Estados-Membros do Conselho da Europa, os seus cidadãos e os seus líderes não podem perder a perspetiva do incomensurável progresso civilizacional alcançado, nem permitir-se descuidar uma vigilância atenta a eventuais desvios ao caminho percorrido desde o pós-guerra, que não se pode ter por esgotado na mera consagração textual e declaratória dos direitos humanos.

Como recordou o historiador inglês Ian Kershaw “o caminho para o Holocausto foi construído pelo ódio mas pavimentado pela indiferença”.

A base dos valores do Conselho da Europa é liberal: dignidade humana, liberdade, democracia, igualdade, Estado de direito e direitos humanos. Abrir mão desses princípios como forma de atender ao descontentamento público e de resolver problemas domésticos, ainda que graves é, seguramente, uma não opção.

\*\*\*

Não é possível evocar a relevância internacional e nacional da Convenção Europeia dos Direitos Humanos — que institui o primeiro sistema internacional de proteção dos direitos humanos, sem nos referirmos ao papel incontornável do seu mais impressionante instrumento de concretização: o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, aqui representado pelo seu vice-presidente Linus Sicilianus, cuja presença agradeço muito reconhecidamente.

O Tribunal tem produzido um intenso trabalho de densificação dos conteúdos dos direitos consagrados na Convenção e, no que se refere a Portugal, ele tem sido chamado a apreciar uma paleta de matérias variadas, como direito à realização de justiça equitativa e em prazo razoável, a defesa do direito à propriedade, o direito à liberdade, o respeito pela vida privada e familiar ou a liberdade de expressão dos jornalistas.

A doutrina do Tribunal do TEDH tem tido grande influência no rumo da jurisprudência nacional e desencadeado respostas legislativas e de organização tendentes a reduzir os constrangimentos internos apontados nos seus arestos.

Portugal colocou sempre ao serviço do Tribunal os seus melhores: como juízes, mas também como agentes do Governo. Recordo que por lá passaram nomes como Lopes Rocha, Cunha Rodrigues, Cabral Barreto, Henriques Gaspar, uma plêiade de juristas da mais alta craveira no plano nacional; e que continua a ter em funções no tribunal dois distintíssimos cultores do Direito: Paulo Albuquerque e Maria de Fátima Carvalho.

Alguns deles estão hoje presentes nesta sala. Quero cumprimentá-los e reconhecer publicamente, o contributo decisivo que deram para a construção da melhor jurisprudência do Tribunal.

\*\*\*

Volvidos 40 anos sobre a ratificação da CEDH, evoco uma expressão atribuída a Gabriel Garcia Marques “O mais importante que aprendi a fazer depois dos quarenta anos foi dizer não quando é não”.

E faço-o hoje e aqui para enfatizar a exigência de recusa radical da relativização da defesa dos direitos humanos, sob pena de o passado voltar a bater-nos a porta, não sob a forma de um terrível pesadelo, mas na expressão de novas tiranias.



# INTERVENÇÃO DO PRESIDENTE DO TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS HUMANOS, LINOS-ALEXANDRE SICILIANOS

Monsieur le Président de la République,  
Monsieur le Président du Parlement,  
Excellences,  
Mesdames, Messieurs,

Au nom de la Cour européenne des droits de l'homme et de son Président, Monsieur Guido Raimondi, permettez-moi de vous remercier vivement de votre aimable invitation à participer à la commémoration du 70<sup>ème</sup> anniversaire de la Déclaration universelle des Droits de l'Homme et du 40<sup>ème</sup> anniversaire depuis la ratification de la Convention européenne des droits de l'homme par le Portugal.

Ce double anniversaire appelle à souligner la relation étroite entre ces deux textes. On sait, en effet, que le préambule à la Convention se réfère à trois reprises à la Déclaration universelle, tout en énonçant que le but de la Convention est d'assurer la garantie collective de certains des droits reconnus par la Déclaration.

On sait également que lors des travaux préparatoires de la Convention il a été initialement envisagé de fournir simplement une liste de droits protégés et se remettre au texte de la Déclaration universelle pour ce qui est de leur contenu. Tel n'a pas été le cas finalement, mais cette idée initiale démontre à quel point la Déclaration universelle a été le point d'ancrage de la Convention.

Il est aujourd'hui incontestable et incontesté que la Convention et la Déclaration reflètent des valeurs communes qui gravitent autour de la dignité humaine, de la démocratie pluraliste et de l'État de droit. Il s'agit-

-là du socle sur lequel repose tout l'édifice de la protection internationale et européenne des droits de l'homme. Réaffirmer ces valeurs à l'occasion de la présente commémoration constitue un signal politique et symbolique fort auquel la Cour attache une grande importance.

Le jour même de l'adoption de la Déclaration universelle, l'Assemblée générale des Nations Unies a adopté également une autre résolution, aujourd'hui quelque peu oubliée, qui invitait les États à mettre en place un système de recours individuel sur le plan international. La Convention européenne des droits de l'homme a été le premier instrument contraignant qui a effectivement instauré un tel mécanisme.

Jusqu'en 1998 le recours individuel était soumis à la condition de son acceptation par les États. Cette condition existe toujours au sein du système universel et du système interaméricain de protection des droits de l'homme en constituant une limite importante au recours individuel. Depuis 20 ans le système européen des droits de l'homme a évolué pour s'affranchir de cette condition. L'adoption du 11<sup>ème</sup> Protocole à la Convention a transformé le recours individuel en un droit procédural au sens propre du terme, tout en érigeant l'individu en véritable sujet de l'ordre juridique européen. La création d'une Cour permanente, qui fêtera bientôt son 20<sup>ème</sup> anniversaire, a marqué un tournant dans l'évolution du système européen.

Il s'agit-là d'un système unique au monde en même temps qu'une réalisation majeure de la civilisation européenne. L'exercice du droit de recours individuel devant la Cour européenne permet à celle-ci de contrôler un grand éventail d'activités étatiques dont certaines relèvent du noyau dur de la souveraineté de l'État. En témoignent plusieurs affaires concernant le Portugal qui seront évoquées par mon collègue et ami, le Juge Paulo-Pinto de Albuquerque.

Le mécanisme de surveillance de l'exécution des arrêts de la Cour est tout aussi unique sur le plan international. En dehors du système européen, les autres organes internationaux de protection des droits de l'homme sont amenés à exercer eux-mêmes un certain contrôle sur la mise en œuvre de leurs recommandations ou de leurs arrêts. La Cour européenne bénéficie, en revanche, de l'appui du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe et du Service d'exécution des arrêts de la Cour. Cet appui politique et institutionnel constitue le garant de l'efficacité et de la crédibilité du système européen de protection des droits de l'homme.

Les parlements nationaux peuvent jouer et jouent effectivement un rôle important à cet égard dans la mesure où ils sont chargés d'adopter les mesures législatives qui pourraient être nécessaires à l'exécution pleine et effective des arrêts de la Cour.

L'adoption et la mise en œuvre de telles mesures à caractère général aboutissent à l'approfondissement du système de protection de la Convention puisqu'elles dépassent le cas concret envisagé dans l'arrêt de la Cour en offrant une protection généralisée à tous les cas similaires, ainsi qu'une garantie de non répétition de la violation constatée par la Cour.

Il semble, en effet, important de souligner les synergies multiples entre la Cour et les autorités nationales, qu'elles relèvent du pouvoir législatif, du pouvoir exécutif ou du pouvoir judiciaire. Ces synergies s'articulent autour du principe de subsidiarité auquel elles confèrent toute sa signification et sa valeur. La Cour attache une importance particulière au dialogue avec les autorités nationales compétentes en matière de protection des droits de l'homme.

Dans cet ordre d'idées s'inscrit l'adoption du Protocole n° 16 à la Convention européenne des droits de l'homme, qui permet aux plus hautes juridictions nationales de demander des avis consultatifs à la Cour. Ce Protocole est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> août 2018 et la première demande d'avis vient d'être soumise à la Cour par la Cour de cassation française. L'application du Protocole n° 16 constitue une nouvelle étape importante à l'évolution du système européen de protection des droits de l'homme. Elle contribuera à la densité et la qualité du dialogue entre la Cour de Strasbourg et les plus hautes juridictions nationales.

Permettez-moi de conclure, Monsieur le Président, en formulant le souhait que le Portugal saisisse cette occasion pour engager une réflexion en vue de la ratification du Protocole n° 16.

Je vous remercie beaucoup.

*Novembre 2018*





## INTERVENÇÃO DO BASTONÁRIO DA ORDEM DOS ADVOGADOS, GUILHERME FIGUEIREDO

Excelências,

O tempo desbota as comemorações celebratórias. Que se lhe oponha a resistência desafiante dos rituais, sabemos-la duelo de Jacob, empatado e sem o caso, conjura trágica do desespero, com que Sísifo encara cada nova subida, na esperança inconsciente de um advento. Menos tarde do que cedo, embota os ânimos, desvanece as memórias, arrefece os entusiasmos idos da história. E todavia, nos períodos que correm *hegelianamente* felizes para o esquecimento, desova as sementes de violência, que a sonolência entediada fecunda. Dir-se-ia buscar entretém humano para o seu próprio vazio.

Assim também, a agrestia dos ventos que nos agitam, parece antecipar eras interessantes, acordando os ecos de uma muito célebre maldição chinesa. Acende nos solos cinéreos a lembrança do fogo, retine nos sinos um chamamento subitamente familiar.

Decerto que o discurso rasteiro, grassante sob a nossa desatenção, ironiza da grandiloquência e que o ruído de fundo, rapidamente agigantado dispensa o tom altissonante. No entanto, o momento só pode ser de reinvestimento convicto no sentido de encontros como o nosso, reaprendendo o significado profundo das palavras e dos gestos, com que assinalamos a gesta do homem e cuidamos de reviver em conjunto os seus caminhos, apagados pelo desnorte presente, capacitando-nos a trilhar um percurso comum no futuro.

Em concreto, o efeito combinado das duas datas que aqui nos congregam concita-nos a pensar o lugar de Portugal na Europa e desta no mundo, delineado contra um comum horizonte humanista, pela mediação da constitucionalidade inter e trans-nacional de direitos humanos.

Melhor: pressupondo o processo de aprendizagem constitucional dialógica, que a Convenção implica — a fazer fê a doutrina mais autorizada — o aniversário da nossa adesão, sobre os 70 anos da DUDH, convida a reflectir criticamente sobre o contributo português para o enriquecimento da comunidade de direitos europeia e a projecção da Europa num mundo fundado no respeito pela dignidade humana e suas declinações individuais e colectivas. Nessa medida, interroga também os advogados, enquanto agentes forenses e defensores do estado de direito e dos direitos fundamentais, exortando-os, sem arrogância, a pensar reconstrutivamente a sua multifacetada acção social, em geral e, mais especificamente, a relação eu mantêm com os Tribunais, Comitês e Conselhos internacionais regionais e globais, gerais e sectoriais, cometidos à protecção, promoção e realização dos direitos humanos.

Se a *pacificação difícil* do país no seguimento da crise, testemunha pela possibilidade de soluções de justiça social preventivas de derivas autoritárias, assentando, *inter alia*, no salutar convívio entre os poderes — de um Presidente republicano (que o Doutor VITAL MOREIRA e o Doutor CANOTILHO celebrenamente caracterizaram e a Doutora PAULA VEIGA tão bem estudou há pouco tempo) a um Parlamento empenhado na realização da constituição e a tribunais garantes do Estado de direito, sempre importaria trazer à liça:

- O lugar crítico da imprensa — *guarda da democracia*, segundo a jurisprudência do Tribunal europeu — que importa não morda o próprio dono, sobretudo quando raivosa;
- O papel essencial da universidade, e o trabalho de sapa que institutos como o *Ius gentium* do Professor Vital Moreira há décadas vêm fazendo, fiando as teias de relações transnacionais indispensáveis para a contenção dos impulsos de violência entre gerações mais novas e a salvação do pecúlio de humanidade longamente reunido;
- As tarefas da advocacia, da ordem dos advogados e do seu bastonário, a que se fará menção mais detida.

Em todo o caso, o presente Colóquio dá já um passo inequívoco no bom sentido, como o promete o seu programa, chamando, em especial, os representantes institucionais que compõem esta mesa a uma responsabilidade acrescida.

Com efeito, nele se explora o *processo justo* e a *atenção e cuidado pelos vulneráveis*, duas preocupações especialmente tributárias da jurispru-

dência do TEDH, que nem por isso devem furtar-se a um constante escrutínio, se quisermos evitar dogmatismos deontológicos ou consequencialismos arbitrários; ao mesmo tempo, tanto se abre aos novos temas da Biomedicina, como repisa a defesa mais clássica da liberdade, face ao *ius puniendi* estadual. Frisando o caso português, naqueles primeiros casos, alinhando a nossa reflexão com pretensões de universalidade nestes segundos.

Por outro lado, quanto ao segundo vector indicado, poucos regatearão a agudeza com que a crise das instituições liberal-democráticas atinge as organizações sociais de representação, enquanto epítomes, por excelência, de uma certa ideia de mediação cultural, decisiva para a boa convivência em sociedade. Na verdade, a erosão que vêm sofrendo não pode também deixar de lhes ser imputada, ao expor-lhes a vulnerabilidade aos enquistamentos corporativistas e à instrumentalização demagógica, que as degrada em plataformas de conquista de espaço mediático para o grupo ou um dos seus membros.

Da arrogante displicência com que se esqueceu económica e politicamente a *banalidade do bem* (TONY JUDT) e, portanto, as raízes inter e transsubjectivas da legitimidade do modelo europeu, dando-o por adquirido e suspirando por alegadas alternativas orientais ou norte-americanas, sobrou apenas, por vezes, uma certa impaciência para a democracia e as suas práticas de auscultação, debate, mobilização, activismo e participação, enfim, mal compensadas por actos de paternalismo condescendente, posto que bem-intencionados. Ora, no grito das populações, confundem-se os puros receios de desgradação estatutária das classes médias instaladas face aos segmentos populacionais em patamares económico-sociais inferiores, mas também a legítima preocupação com a qualidade de vida e as iguais possibilidades de florescimento de todos e cada um. Do mesmo passo, na censura às elites e aos estratos mais marginalizados — rapidamente deslizando para a caricatura e a generalização, e destas para a demonização do outro — revela-se afinal o esbatimento dos ligames de coesão e integração sociais consequente à degradação dos espaços públicos e à desvalorização das instituições partilhadas de socialização cidadã, desde as escolas aos hospitais e à própria cidade, sem as quais os destinos dos cidadãos não se cruzam e a ignorância e incompreensão recíproca acabam por gerar o medo, a falta de confiança e até da mais básica empatia e compaixão (como alguma doutrina constitucional social emergente vem procurando sublinhar).

Neste quadro, exige-se — atrevo-me a alvitrar — um verdadeiro trabalho de paciência. De tecer novamente os laços esgarçados por uma pós-moderna publicização do privado, que em nome da fundamental luta contra micro-poderes, formas de dominação, violências normalizadas e institucionalização de desigualdades de cariz situacional, se arrisca a subverter núcleos

importantes dos direitos liberais, destruindo as esferas de intimidade, privacidade e resguardo, sem falar no segredo, ao mesmo tempo que privatiza questões fundamentais da vida comunitária em condições de igualdade.

Um debate que se faz também a propósito dos **direitos**. Da sua relação com os deveres, dos seus fundamentos e modos de realização, das suas modalidades estruturais, complexos conteúdos normativos e onto-axiológicos e diferenciadas funções. Um debate que respeita à praxis e, sem ignorar a complexidade societal e as respostas sistemáticas que sempre implicará, requer a redescoberta do mundo-da-vida e vê no direito um projecto para a sua garantia e na política o princípio da respectiva possibilitação e promoção, que não apenas, num caso e noutro, e apesar da dogmaticidade inerente a toda a cultura e seus pressupostos, da mera protecção do *status quo* ou das situações hegemónicas.

Ocorre, pois, a importância do advogado, da profissão advocatória, da prática da advocacia e da sua institucionalização (reconhecimento, legitimação, estruturação, auto-organização, regulação, funcionamento e controlo): na defesa contra o próprio poder judicial, qual última cidadela de protecção do indivíduo. Mas também de prevenção — nas áreas da *compliance*, do estímulo a práticas não corruptivas — o que implica também uma auto-pedagogia profissional, sem cair em facilitismos. Como comunidade interpretativa muito específica e bem-sucedida, no interior de um subsistema fortemente auto-subsistente, cabe-lhe externalizar o melhor possível o sentido da sua actividade e internalizar as críticas de parceiros e cidadãos em geral. O advogado oferece e constitui um momento de diferenciação, de re-flexão, de diálogo, que cria um tempo e um espaço intermédios, intervalares: para o pensamento e a crítica, i.e., a racionalização dos impulsos e das vontades. Que tem componentes estratégicas ou tácticas, certamente, atentos os interesses em causa, mas visa a adequação a um sistema normativo, louvando-se em valores fundos, como o da própria autonomia individual e da defesa dos mais vulneráveis. Constitui, pois, uma verdadeira qualificação, em várias acepções do termo: da vontade do próprio, considerados os seus interesses e valores, e da racionalidade que resulta destes, atenta a racionalidade do próprio sistema. Por isso representa, constitutivamente, o seu representado constituente, patrocinando-o.

Sobre esta base, uma Ordem de Advogados, com a configuração portuguesa, há-de recordar aos membros as responsabilidades que lhes competem, interpretando curialmente o interesse público na sua determinação, exigência e controlo, mas também exprimir para a sociedade e junto de outras instâncias, a perspectiva própria dos advogados, terminações sensí-

veis dos atropelos sociais, e vanguardas da negociação entre valores, poderes e interesses que o direito sintetiza e sublima permanentemente.

Não se trata de um puro apelo moral, ou de uma exigência ética. Os direitos humanos devem ser entendidos como uma nova normatividade, integrante de uma publicidade ou constitucionalidade republicana, de que igualmente fazem parte dimensões prático-institucionais estruturais e funcionais (LUÍS MENESES DO VALE).

Permitam-me, pois, o compromisso público de assumir com o máximo de seriedade a tarefa junto dos colegas. Muito mais através das ações de proximidade, em que nos temos desmultiplicado, as transformações de fundo, o investimento numa reconfiguração das relações internas, com promoção da igualdade de género e o apoio aos mais velhos e os mais jovens (favorecendo a liberdade profissional sem descurar a segurança) do que em qualquer afoiteza ou pressuroso afã de pontificar socialmente, face aos colegas de outras profissões forenses. O que requer lutas difíceis, num tempo de incompreensões, áspero para a virtude da prudência, intolerante com a complexidade, pouco atreito, senão mesmo de todo desafeito, à difícil arte dos equilíbrios, das composições, da consensualização, como da auto-crítica.

Aliás, que os advogados estão na linha da frente do combate pela liberdade, mas também entre as primeiras baixas causadas pelos ataques que a visam, provam-no inúmeros relatórios internacionais, culminantes na recomendação emitida pela Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa, em Janeiro deste ano, no sentido da elaboração de uma convenção europeia dos advogados, e da instituição de um dia do advogado em risco ou em perigo, a fim de alertar para as ameaças, intimidações e assédio de que estes vêm sendo crescentemente alvo.

De resto, também o TEDH vem reconhecendo esta axialidade do advogado na tutela dos direitos<sup>(1)</sup>.

*O advogado é o primeiro defensor da Convenção, assim como O tribunal é a sua garantia última (FRÉDÉRIC KRENC)<sup>(2)</sup>. Ele constitui um verdadeiro contra-poder ao serviço das liberdades individuais<sup>(3)</sup>.*

---

(1) DEAN SPIELMANN/CLOÉ HENRY, “*Les avocats et la convention europeenne des droits de l’homme*”, Texte d’un discours donné en date du 19 octobre 2016 à Paris pour le Conseil des Barreaux européens (CCBE).

(2) ME FRÉDÉRIC KRENC, «L’avocat est le premier défenseur de la Convention, tandis que la Cour en est l’ultime gardienne»; Frédéric Krenc, “Les fils du dialogue entre l’avocat et la Cour européenne des droits de l’homme”, in *L’observateur de Bruxelles*, n.º 105, Juin 2016, pp. 26-32, p. 26.

(3) «(...) véritable contre-pouvoir au service des libertés individuelles» — DEAN SPIELMANN, “Intervention à l’Inauguration de la Maison du Barreau de Strasbourg”, 17 septembre 2015.

O advogado é considerado não apenas indispensável à representação dos requerentes como à boa administração da justiça. Cabe-lhe um papel central para a manutenção da *rule of law*. Por isso, a liberdade dos advogados desempenharem as suas funções sem constrangimentos indevidos constitui uma componente essencial da sociedade democrática, e um pré-requisito para o sancionamento efectivo das provisões convencionais, em particular as garantias de um processo justo e o direito à segurança pessoal.

Se os tribunais da UE se apoiaram, quiçá excessivamente, sobre as liberdades de circulação, tipicamente económicas (comprar e vender, além fronteiras, mercadorias, serviços e capitais) o TEDH funda-se na liberdade de expressão.

Com base nesta, porém, desenvolve uma interessante jurisprudência que, sem desqualificar o cidadão *qua tale*, sublinha a necessidade e vantagem do advogado, ao salientar a especificidade que a liberdade de expressão assume para este, enquanto defensor, por um lado, que nela tem a sua grande arma, e face ao procurador, sobretudo dada a diferença que se estabelece entre este e o juiz<sup>(4)</sup>.

O tribunal refere-se aos advogados como *auxiliares* e até como *agentes ou actores da justiça*<sup>(5)</sup>, *obrigados, a observar limites e restrições no que toca ao comportamento, mas também beneficiários de direito e deveres exclusivos, designadamente quando em causa esteja a alegação diante dos tribunais, em defesa dos seus constituintes* (Acórdão Steur de 28.10. 2003).

Nesta qualidade e levando a sério a sua função de *pro-motor*, de *provocador* — chamado para junto de, pro-vocado, convocado e como tal, cultivado na escuta e na expressão e feito verdadeiro tradutor — aproximame do fim, ousando algumas observações sobre o tribunal e a convenção, em linha com os considerandos que se arriscaram.

São conhecidas as críticas dirigidas à convenção e ao tribunal.

Elas têm que ver — como há não muito tempo as recenseou o Doutor P. PINTO ALBUQUERQUE — essencialmente com os padrões normativos invocados, o estatuto e a actividade do tribunal e dos seus membros.

Parte delas insurge-se contra a indeterminação estrutural dos princípios invocados e a interpretação evolutiva que proporciona, reclamando

---

<sup>(4)</sup> *Há que ter em conta a natureza específica da profissão que exerce um advogado; na sua qualidade de auxiliar da justiça beneficia do monopólio e da imunidade associadas ao pleito. Claro que esta conhece limites, porquanto o advogado deve dar testemunho de discrição, honestidade e dignidade na sua conduta* — CEDH, Arrêt Casado Coca c Espagne, Requête n.º 15450/89, 24 février 1994, § 46.

<sup>(5)</sup> *«acteur de la justice, directement impliqué dans le fonctionnement de celle-ci et dans la défense d'une partie»*. CEDH, Arrêt Morice c France, Requête n.º 29369/10, 23 avril 2015.

igualmente da pretensa universalidade ou supra-nacionalidade dos direitos, com os costumados argumentos de relativismo cultural, agravados pela matriz alegadamente eurocêntrica dos catálogos, pelo elitismo da jurisprudência jusfundamental internacional (centrada em grupos populacionais por oposição ao contencioso interessante ao homem comum), e pela enorme ambivalência quanto ao reconhecimento de obrigações positivas — ainda muito insuficiente, no entender de uns, excessiva, segundo outros.

Ora, o método activista, evolutivo de criação de novos direitos, ameaçaria a democracia e a soberania estadual, sobremodo afectada pela falta de legitimidade democrática dos juízes para semelhante função constitutiva.

A solução deverá passar pela atenção aos *direitos antes, na e para além da convenção*. Com efeito, o direito a ter direitos, os direitos em falta na convenção, o direito para além dos direitos e as exigências de normatividade político-constitucional, sancionáveis por vias não judiciais, aconselham à atitude dupla de contextualização e densificação de uma carta ainda eminentemente individualista liberal (segundo uma lógica de mínimo denominador comum que cede o terreno das causas sociais à manipulação demagógica), mas também de aprofundamento das outras possibilidades e consequentes responsabilidades de realização da justiça, nas práticas e instituições sociais em que nos envolvemos.

No tribunal, na arena do foro, o terceiro imparcial — representando a consciência colectiva — e as partes e seus representantes — que a desafiam, alargam, provocam, enriquecem, na defesa de interesses, de mundividências disputantes, etc. — conseguem forjar uma racionalidade comunitária essencial. Todavia, a integração jurídica, como se viu na Europa, não basta. A constitucionalização ou integração humanizadora pretendida pelos espaços de direitos humanos não pode ficar-se por aqui.

*Há que agir e pensar aquém, dentro e para além dos direitos*, portanto.

Tomá-los, não como um mantra desresponsabilizador, o artifício retórico banalizado, mas como linguagem, humanamente centrada, da discussão sobre os valores, ou, o que é o mesmo, como o modo fundamental da axiológica contemporânea, centrada na pessoa enquanto ser de relação, que existe em situação, e, portanto, livre mas integrado.

Julgo humildemente falar aqui pelos cidadãos, tanto quanto pelos colegas, por uma instituição centenária de representação de uma profissão milenar, que animou revoluções e defendeu dos tribunais revolucionários as suas vítimas, que fez as vezes de sociedades civis anémicas e atrofiadas e não soube proteger-se de conúbios perigosos, tantas vezes.

*Humana, demasiado humana*, a advocacia tem na Carta uma das suas moradas. E, por nós, um lugar para a melhor habitação humana.

PIERO CALAMANDREI: «*L'avvocato deve essere uno che sappia comprendere gli altri uomini, assumere su di sé i loro dolori e sentire come sue le loro ambascie*».

O advogado deve ser alguém capaz de compreender os outros homens, assumir-lhes as dores e sentir como suas as angústias deles.



# INTERVENÇÃO DO PRESIDENTE DA COMISSÃO DOS DIREITOS HUMANOS, QUESTÕES SOCIAIS E DO AMBIENTE DA ORDEM DOS ADVOGADOS, PAULO SARAGOÇA DA MATTA

*A Convenção para a proteção dos Direitos do Homem e das liberdades fundamentais*, vulgo Convenção Europeia dos Direitos Humanos, adoptada pelo Conselho da Europa em 4 de novembro de 1950, entrou em vigor em 1953.

Tendo por objetivo proteger os direitos humanos e as liberdades fundamentais na Europa, instituiu o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, destinado a proteger directamente os cidadãos contra violações dos seus direitos humanos.

Qualquer pessoa cujos direitos tenham sido violados por um Estado parte nos termos da Convenção pode levar o caso ao Tribunal. Esta foi uma característica inovadora, na medida em que conferiu aos cidadãos direitos no plano internacional. Os acórdãos que determinem que houve violação dos direitos humanos são vinculativos para os países em causa. O Comité dos Ministros do Conselho da Europa acompanha a execução dos acórdãos.

Portugal assinou a Convenção a 22-09-1976, e o instrumento de ratificação respectivo foi depositado a 09-11-1978.

Foi um momento único este, de adesão de Portugal a um instrumento internacional de valor fundamental para a defesa dos direitos humanos: não só na perspectiva da sua proclamação, mas, principalmente, na perspectiva da sua concreta tutela e defesa.

Tal fundamentalidade deste momento não poderia ser esquecido pela Ordem dos Advogados Portugueses, e assim também, por maioria de

razão, pela *Comissão dos Direitos Humanos, Questões Sociais e da Natureza da Ordem dos Advogados*.

Com efeito, 40 anos volvidos sobre 1978 (e 44 anos passados sobre 1974) caiu já no *esquecimento colectivo* o papel da Ordem dos Advogados, e de muitos e muitos Advogados, na luta pelos Direitos Humanos em todo o período da sua existência.

Com efeito, sendo a Ordem dos Advogados uma associação pública independente dos órgãos do Estado... sendo livre e autónoma nas suas regras, convém perceber porquê o é... e porque o tem de ser!

Apesar de ter sido constituída com a forma que hoje tem (de Ordem) apenas em 12 de Junho de 1926, foi então a herdeira da Associação dos Advogados de Lisboa, instituição que remonta a 1838, e cuja importância na luta por valores fundamentais como a liberdade e a igualdade fica bem demonstrada por ter garantido, logo em 1918, o livre acesso das mulheres ao exercício da advocacia. Mas não só.

Durante os momentos mais complexos para aquilo que hoje crismamos de *direitos, liberdades e garantias*, os Advogados portugueses foram um marco sempre presente na defesa dos direitos fundamentais, o que fizeram muitos deles com risco para as suas próprias vidas, liberdade, património e profissão.

Foram muitos os Advogados que ao longo desta história de 180 anos se bateram contra as prisões arbitrárias, contra a utilização do processo penal como instrumento político, contra os processos administrativos semissecréticos como procedimentos para ilicitamente furtar as instituições ao cumprimento do proclamado pelas Constituições e pelas Leis, contra os tratamentos cruéis e desumanos por vezes empregues pela autoridade pública, contra muitos outros desmandos das autoridades, mas também contra legislação iníqua, contra a obtenção de confissões por tortura, contra tantos outros atentados aos direitos humanos: desde a defesa da vida, da liberdade e da segurança, à defesa da liberdade de pensamento e de expressão, à defesa dos direitos dos arguidos e das vítimas em processo penal, e ainda à defesa dos direitos dos cidadãos em geral, em todo o tipo de processos.

Como digo muitas vezes, *todo o poder tem a tendência para o absolutismo*. E não basta uma boa arquitectura jurídica para garantir que tal tendência seja afastada. É necessário que existam Homens de Leis honrados e probos que diariamente se batam para que o Estado de Direito Democrático se mantenha intocado.

Como as construções na areia são efémeras, perante os permanentes arremedos do vento e do mar, assim também o Estado de Direito é uma construção em permanente perigo. E é-o por todos os lados: por ataques

legislativos, por ataques administrativos, por ataques até judiciários, e tantas vezes por ataques cometidos também por Advogados. Assim que tenha dito *homens de leis honrados e probos*, pois Homens de Leis são todos, homens e mulheres, a quem compete no dia-a-dia administrar a Justiça, e também participar e colaborar nessa mesma administração da Justiça.

Estas lutas não são algo do passado: estão em cima da mesa, em questões diárias, sempre que se discutem, por exemplo, certos meios insuportáveis de obtenção de prova em processo penal, quando se propõem importações acrílicas de institutos processuais como a *delação premiada*, quando se restringem as vias de recurso com falsos argumentos de celeridade processual, quando se afirma que em processos contraordenacionais e tributários se podem utilizar mecanismos processuais proibidos noutros processos, mas depois se admite a exportação dos resultados probatórios daqueles processos para os processos penais.

E poderíamos aqui ficar umas dezenas de páginas a enunciar todos os momentos de fricção que hoje vivemos no que respeita à tutela dos direitos fundamentais.

Não é, pois, por acaso que a primeira alínea do art. 3.º do Estatuto da Ordem dos Advogados em vigor determine peremptoriamente ser a 1.ª atribuição da Ordem dos Advogados “*Defender o Estado de Direito e os direitos, liberdades e garantias dos cidadãos e colaborar na administração da justiça*”.

Com esta matriz genética, com esta obrigação estatutária e de consciência de defender o Estado de Direito e os Direitos Fundamentais, a Ordem dos Advogados, a Comissão de Direitos Humanos e os Advogados Portugueses, não poderiam nunca esquecer esta data e a obrigatoriedade de a mesma ser comemorada.

Comemorar uma efeméride não é só recordar uma data: é afirmar reiteradamente os valores que os factos ocorridos nessa data transportam.

No caso vertente, estas comemorações não servem para tecer laudas estáticas e ocas à importância da adesão de Portugal à CEDH. Servem para recordar que os Direitos Humanos existem. São fundamentais na estrutura do nosso Estado. São cardeais na vida da nossa Democracia e no exercício das nossas actividades.

Mas mais: servem para nos lembrar que além de um texto longínquo no tempo e de um Tribunal distante no espaço, a CEDH e o TEDH são instrumentos de defesa dos direitos de todos e cada um dos Portugueses, se em algum momento acharem que a sua própria Pátria, através do Estado administração ou do Estado poder judicial, não lhes faz o jus que lhes é devido.

E nessa demanda, cabe um papel fundamental à Advocacia portuguesa: na divulgação e esclarecimento destes mecanismos perante a população em geral; na assunção de patrocínios desta natureza a favor de todos quantos dele necessitem; na participação no desenvolvimento do labor dessa jurisdição, e, assim, na evolução da própria hermenêutica jurisdicional sobre tal texto histórico.

A CEDH e o TEDH não são a panaceia para todos os nossos problemas no que respeita a violações aos direitos humanos. Mas são seguramente um instrumento a mais para lutar contra tais violações. De entre os mecanismos de roldanas e contrapesos de que toda a democracia necessita, são seguramente mecanismos fundamentais. É para nos recordar disto mesmo que esta comemoração é fundamental.

Por isso foi um privilégio poder ter participado neste ano de 2018 na organização de eventos conjuntamente desenvolvidos pelo Ministério da Justiça e pela CDHQSN da Ordem dos Advogados, e também pela CDHQSN com o *Ius Gentium Conimbrigae* e as Faculdades de Direito da Universidade de Lisboa, da Universidade de Coimbra e da Universidade Lusíada-Porto.

Para a história fica, também hoje, o papel da Ordem dos Advogados Portugueses na reiterada afirmação do seu propósito matricial de *defender o Estado de Direito e os direitos, liberdades e garantias dos cidadãos*. Esta a melhor mensagem a transmitir a todos quantos no futuro vierem a suceder-nos no transporte deste estandarte.

*Lisboa, Assembleia da República, 9 de Novembro de 2018.*

# INTERVENÇÃO DA PROFESSORA DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA(\*), PAULA VEIGA

O tema da minha fala é o do *lugar da Convenção Europeia de Direitos Humanos no ordenamento jurídico português de direitos humanos*. Comece-se pelo princípio. E, neste caso, o princípio reside, justamente, no tema. Há algumas décadas este título seria provocatório. Existe entre nós um ordenamento jurídico de direitos humanos, composto não somente pelos direitos fundamentais enunciados pela Constituição da República Portuguesa (os «constitutional rights») (CRP), mas também pelos direitos estabelecidos pelas convenções internacionais de direitos humanos? Crê-se que sim. Veja-se porquê.

No pensamento jurídico, não constitui novidade a ideia de que, na esteira de Hans Kelsen, a ordem jurídica é de estrutura piramidal, encimada por uma Constituição. Sucede que hoje, mais de uma década depois do início do século XXI, tal já não é assim.

Pertence ao conhecido jurista alemão Peter Häberle a ideia de que o Direito Constitucional e o Direito Internacional se transformam em conjunto. Por outras palavras: o Direito Constitucional não cessa onde começa o Direito Internacional e o Direito Internacional não termina onde se enceta o Direito Constitucional. Adoptando, e adaptando, uma linguagem

---

(\*) O presente Artigo reproduz, com as necessárias adaptações para a forma escrita, a intervenção proferida pela autora na Assembleia da República, no dia 9 de Novembro de 2018, por ocasião da Conferência Comemorativa dos 40 Anos da Adesão de Portugal à Convenção Europeia dos Direitos Humanos, organizada conjuntamente pelo Ministério da Justiça e pela Ordem dos Advogados, tendo o Professor Doutor Vital Moreira como Comissário Nacional dessas Comemorações, bem como das dos 70 Anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

típica de Rudolf Smend, dir-se-ia que se opera um mútuo fenómeno de *integração*: *integração* constitucional e *integração* internacional.

Esta catadupa de interdependências emergiu antes dos meados do século XX, quando se criaram as Nações Unidas. Foi nesse momento que ficou clara a influência do paradigma constitucional no campo do direito internacional, nomeadamente através da importação de um modelo de protecção de direitos, mediante a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), modelo que, como se sabe, nasceu no direito constitucional na época das revoluções liberais<sup>(1)</sup>.

O movimento inverso também se verificou — ou seja, a influência do modelo internacional no modelo constitucional —, e intensificou-se, sobretudo, após a passagem para o Século XXI. Essa influência manifesta-se com cada vez um maior número de Constituições a referenciar, nos seus textos, convenções e organizações internacionais. O caso típico é o do Tribunal Penal Internacional (TPI), que, por contender com algumas disposições constitucionais, é expressamente referido na nossa Constituição (no art. 7.º, n.º 7), mas, também, nas Constituições francesa e alemã. Mas o TPI não é caso único. A Constituição argelina, por exemplo, faz referência à ONU<sup>(2)</sup>. Estados há, também, que referem, nas suas Constituições, supervisão internacional porque estão em situações de transição. É o caso da Constituição do Camboja (1993), da África do Sul (1996), de Timor Leste (2002), do Afeganistão (2004) ou do Kosovo (2008), entre outras. E já nem se está a pensar no facto de, entre os Estados membros da União Europeia, muitas das respectivas Constituições fazerem menção expressa a tratados constitutivos da União Europeia, além de terem, muitos deles, procedido a revisões constitucionais aquando do Tratado de Maastricht.

Estas mútuas influências implicam uma alteração na estrutura do constitucionalismo, porque há a superação da visão ortodoxa do Direito Constitucional, que era o do «constitucionalismo vestefaliano», ou seja, um modelo baseado no *State approach*. Com efeito, algumas notas características do constitucionalismo clássico estão a desaparecer, nomeadamente a da distinção entre o público e o privado, a da separação entre o Estado e a sociedade, e a distinção entre a política e a economia, o que gera, por um lado, uma fragmentação da soberania, e, por outro, uma proliferação do discurso constitucional. Assim, pode afirmar-se que: (1) falta, hoje, um centro jurídico-político de decisão; (2) por isso, os impulsos nor-

---

(1) Nomeadamente com a Declaração Francesa de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

(2) No art. 28.º.

mativos não são mais unicamente de ordem estadual; (3) o que leva a desenharmos a ordem normativa a partir de uma multiplicidade de fontes jurídicas.

A alteração desse paradigma constitucional gera mudanças a vários níveis, nomeadamente: (1) no quadro das instituições de Governo; (2) no âmbito das instituições de garantia; (3) na configuração do sistema de fontes.

Comece-se pelas instituições de Governo. A mudança implica a necessidade de reestruturar o poder no quadro dos Estados, através de uma *outra* aproximação institucional, que contemple a existência de instituições pluralistas, muitas vezes por força da incapacidade das instituições estaduais para resolverem alguns problemas (pense-se nos casos do crime transnacional ou da actualíssima questão da vaga de migrantes). Como nos esclarece Alec Sweet Stone, as instituições de Governo têm hoje uma «soberania descentralizada» para responderem a uma ordem jurídica cosmopolita de inspiração kantiana<sup>(3)</sup>. Se se preferir pode dizer-se que estamos perante uma *soberania interdependente*, já que ninguém discute que, gradualmente, os Estados têm vindo a reconhecer que parcelas da sua soberania são exercidas noutros fóruns. Paradigmático é, desde logo, o reconhecimento de poderes a determinadas organizações internacionais para o exercício de competências soberanas — a ONU e, na Europa, obviamente, a UE.

No que respeita às instituições de garantia, quer por meio do direito internacional (adesão a tratados internacionais), quer por via do direito interno (abertura manifestada por normas constitucionais) opera-se uma incorporação de normas internacionais, *maxime* de direitos humanos, nos ordenamentos internos, que, assim, passam a constituir parte do direito dos Estados. Tal sucede porque:

- 1) se abandonaram os fundamentos de um *velho* modelo hobbesiano do Estado, em que a legitimação do poder se estabelecia na trilogia *Direito — Poder — Direitos*, isto é, havia um pacto constitutivo entre os cidadãos, que se sujeitavam ao poder soberano, porque era ele que reconhecia as suas posições subjectivas;
- 2) se adoptou o que se apelidaria de *um argumento kantiano adaptado*, ou seja, uma *federação de Estados autónomos*, que partilham certos valores, mantendo, no entanto, o princípio da diversidade nacional. No horizonte axiológico desses valores cosmopolitas,

---

(3) ALEC SWEET STONE, «A Cosmopolitan Legal Order: Constitutional pluralism and rights adjudication in Europe», in *Global Constitutionalism*, Cambridge University Press, 2012, p. 62.

porque assentes na mesma concepção de justiça, estão a proibição da guerra e a protecção dos direitos humanos e dos povos. Como é fácil de verificar este horizonte transcende as fronteiras estaduais. Por isso, se afirma que esses valores são cosmopolitas;

- 3) há uma coerência entre os vários sistemas de tutela de direitos, traduzindo um *outro* esquema hierárquico-normativo de garantia, que radica, não numa concorrência, mas numa cooperação e complementaridade, porque, nesta matéria dos direitos, existe um sistema multipolar de *governance*;
- 4) há uma mutação na forma de entender os nossos direitos subjectivos: de produtos do confronto político positivado em regras jurídicas, tal como o eram no modelo do constitucionalismo clássico, passam, cada vez mais, a ser entendidos como resultado da actividade jurisdicional, positivamente interpretada na sua configuração plural;
- 5) muitos dos tratados de direitos humanos, como é o caso da Convenção Europeia dos Direitos Humanos após o Protocolo n.º 11, beneficiam directamente os indivíduos porque cobrem relações (do indivíduo frente ao poder público) cuja regulação era outrora apanágio do Direito Constitucional. Tal vale por afirmar a aplicabilidade directa de normas protectoras de direitos humanos, restando uma competência nacional exclusiva nesta matéria. Com efeito, a Convenção Europeia, como uma convenção de direitos humanos, confere directamente direitos aos cidadãos (e aos residentes) contra o seu Estado, acrescentando que, no caso desta Convenção, há um tribunal internacional que pune as violações, quer por iniciativa de outro Estado-parte, quer por iniciativa dos lesados.

Tendo-se já aludido a alteração do paradigma constitucional no quadro das instituições de Governo e no âmbito das instituições de garantia, importa verificar a mudança desse modelo no que respeita à configuração do sistema de fontes. Ultrapassada que está a visão kelsiana de um sistema hierárquico, endógeno e autorreferencial, não há como negar uma mudança na estrutura dos sistemas jurídicos, assente num princípio de unidade e informado pelos valores axiológicos a que atrás se fez referência. Trata-se, no fundo, de fazer relevar as fontes normativas em sentido material e não em sentido formal. Como afirmou o Presidente do Tribunal Constitucional Alemão, Andreas Voßkuhle, a internacionalização e a europeização deram ao direito constitucional uma «nova dimensão quanti-



tativa e qualitativa»<sup>(4)</sup>, ou, como disse o ex-Secretário geral das Nações Unidas, Boutros Ghali, «os direitos humanos abolem a distinção tradicional entre ordem interna e ordem internacional e criam uma nova permeabilidade jurídica»<sup>(5)</sup>.

No essencial, verifica-se que as relações jus-fundamentais, que eram classicamente tuteladas pelo Direito Constitucional, merecem hoje protecção, também, do Direito Internacional. Tal significa que a responsabilidade pela protecção dos direitos não está mais na exclusiva jurisdição dos tribunais nacionais, gerando: (1) um modelo de reenvios entre vários sistemas jurídicos; e (2) um diálogo entre fontes normativas (conjugação e complementaridade entre as ordens constitucional e internacional), já apelada por «global community of courts»<sup>(6)</sup>. Tal é assim, por maioria de razão, no caso da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos.

A Convenção é um instrumento normativo *sui generis*. Formalmente, trata-se de um tratado internacional. Mas tem sido abundantemente usada por órgãos judiciais internos, aí incluídos os Tribunais Constitucionais, o que lhe confere o estatuto de uma *Carta de Direitos*. Em linguagem jus-internacionalista, trata-se de um verdadeiro tratado normativo. Foi já há dez anos que o trabalho de Helen Keller e de Alec Sweet Stone (ed.), *A Europe of Rights: The Impact of the ECHR on National Legal Systems* (Oxford University Press, 2008), analisou a relação entre 18 Estados-parte na Convenção e a sua ordem jurídica interna<sup>(7)</sup>. Neste estudo mostra-se que, em resultado da recepção da Convenção, os Estados operaram mudanças estruturais no seu sistema jurídico. Globalmente, pode afirmar-se que as alterações foram formais, isto é, operaram revogação e/ou aditamento de normas jurídicas, mas, também, institucionais, na medida em que a adesão à Convenção requereu algumas alterações na actuação dos poderes legislativo, executivo e judicial. De entre as instituições nacionais aplicadoras da Convenção, os autores realçam o importante papel dos res-

---

(4) ANDREAS VOBHUKHLE, «Multilevel Cooperation of the European Constitutional Courts — Der Europäische Verfassungsgerichtsverbund», in *European Constitutional Law Review*, Vol. 6, 2010.

(5) «[p]ar leur nature, les droits de l'homme abolissent la distinction traditionnelle entre l'ordre interne et l'ordre international. Ils sont créateurs d'une perméabilité juridique nouvelle», no original. Alocução de BOUTROS GHALI na II Conferência Mundial de Direitos Humanos, Viena, Junho de 1993.

(6) Título do artigo de ANNE-MARIE SLAUGHTER publicado no *Harvard International Law Journal*, 2003, Vol. 44, pp. 191-219.

(7) Nesta obra são analisados os casos da Irlanda, do Reino Unido, da França, da Alemanha, da Itália, da Espanha, da Bélgica, da Holanda, da Noruega, da Suécia, da Grécia, da Turquia, da Rússia, da Ucrânia, da Polónia, da Eslováquia, da Áustria e da Suíça.

pectivos tribunais constitucionais, porque, embora não o afirmem expressamente, se trata de uma instância não só defensora da Constituição, mas, também, defensora dos direitos dos cidadãos.

O sistema da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, materialmente fundado, em grande parte, na Declaração Universal dos Direitos Humanos, tal como é expressamente afirmado no respectivo *Preâmbulo* (não se pode olvidar, neste contexto, que as negociações para a criação do Conselho da Europa se iniciaram no mesmo ano em que se proclamou a DUDH), e no art. 3.º do Estatuto do Conselho da Europa começou por ser um sistema excludente. Com efeito, nos seus primórdios, só integravam o Conselho da Europa os Estados que respeitassem os princípios enunciados no art. 3.º desse Estatuto<sup>(8)</sup>, o que, à época da assinatura da Convenção, levou a excluir todos os Estados da Europa de Leste<sup>(9)</sup>. De resto, mesmo Portugal, ao tempo com uma Constituição de pendor socializante, quando aderiu à Convenção, formulou oito reservas<sup>(10)</sup>, que foram sendo retiradas (a maior parte até 1987) à medida a que se foi procedendo às revisões constitucionais<sup>(11)</sup>.

Mas a história da Europa viria a mudar esse sistema excludente. Com a queda do muro de Berlim verificou-se um grande e considerável alargamento, pois os Estados recém-formados depressa aderiram à Convenção, assumindo-se esta como um instrumento essencial para a ligação, ou para

---

<sup>(8)</sup> Tais princípios apontam para duas ideias-chave: (i) o princípio da preeminência do Direito e (ii) o princípio em virtude do qual toda a pessoa sob sua jurisdição deve gozar dos direitos do Homem e das liberdades fundamentais.

<sup>(9)</sup> Segundo PETER LEUPRECHT, então Director dos Direitos do Homem do Conselho da Europa, a adesão à trilogia *Direitos Humanos/Democracia/Preeminência do Direito* nesse art. 3.º do Estatuto explicar-se-ia, maioritariamente, pelas circunstâncias históricas da criação desta Organização de alcance eminentemente político, fundada quatro anos após o final da II Grande Guerra, que inundou a Europa de regimes totalitários e autoritários (in Mesa Redonda do Colóquio sobre Direitos Fundamentais e Convenção Europeia dos Direitos do Homem, Palácio da Bolsa, Porto, 1980, cujas intervenções foram publicadas no *Boletim do Ministério da Justiça*, Documentação e Direito Comparado, n.º 5, 1981, p. 63).

<sup>(10)</sup> As reservas apostas pelo Estado português foram, nomeadamente, em matéria de possibilidade de aplicação de uma lei sobre prisão disciplinar retroactiva imposta a militares no caso de julgamento dos responsáveis da PIDE/DGS; proibição de privatização do serviço público de televisão; proibição do *lock-out*; serviço cívico obrigatório; proibição de organizações que perfilhem a ideologia fascista; possibilidade de certas expropriações sem indemnização; princípios básicos em matéria de ensino. Sobre cada uma das oito reservas formuladas por Portugal vide RUI MOURA RAMOS, «A Convenção Europeia dos Direitos do Homem: sua posição face ao ordenamento jurídico português», in *Documentação e Direito Comparado*, n.º 5, 1981, pp. 185, ss.

<sup>(11)</sup> Neste sentido, RUI MOURA RAMOS, «L'adhésion de la Communauté à la Convention Européenne des Droits de l'Homme. Rapport National — Portugal», in *Revista de Direito e Economia*, Anos XVI a XIX, 1990-1993, p. 756.

uma identidade, entre o Ocidente e o Oriente europeus — a conhecida tradição europeia partilhada, também designada por standards mínimos comuns.

Além de haver sido desenhado como um sistema excludente, foi inicialmente também um sistema tímido, porque não assentava num direito de queixa individual.

Não obstante estas deficiências era claro o intuito da sua fundação. Num momento em que a Europa estava em ruínas, o que, em 1950, se pretendia, mais do que consagrar novos direitos (até porque, inspirando-se na DUDH, a Convenção acaba por consagrar convencionalmente direitos que integram Direito Internacional consuetudinariamente aceites), era que os cidadãos pudessem interpor acções contra o seu próprio Estado (além, naturalmente, do acordo manifestado entre os Estados-parte do Conselho da Europa de se comprometerem a respeitar os direitos humanos neste quadrante geográfico).

Considerando esse objectivo, os vectores de maior alcance prático da CEDH foram a aceitação, pelos Estados-parte, do direito de petição individual e da jurisdição obrigatória do TEDH, o que se operou através do Protocolo 11. Este foi o verdadeiro mobilizador da maturidade do modelo, com Stone a afirmar que a aprovação deste Protocolo criou um sistema pluralista e multinível de protecção de direitos na Europa, na medida em que nos sistemas judiciais em que não existe acesso directo dos cidadãos ao Tribunal Constitucional se gera, além de um *pluralismo de fontes*, um *pluralismo jurisdicional* (ou seja, um diálogo inter-judicial), no qual pelo menos dois altos tribunais reivindicam autoridade para interpretar e proteger os direitos dos cidadãos, sem que nenhum desses tribunais possa, consistentemente, impor a sua interpretação sobre o outro<sup>(12)</sup>.

Estamos, de facto, no momento da maturidade da CEDH na Europa, Convenção que já tem mais de seis décadas de vida (foi celebrada em 1950, tendo entrado em vigor em 1953), maturidade que também se verifica em Portugal, uma vez que celebramos o 40.º Aniversário da sua ratificação<sup>(13/14)</sup>.

---

(12) ALEC SWEET STONE, «Implementation of the judgements of the European Court of Human Rights: a shared judicial responsibility?», *Dialogue between judges*, European Court of Human Rights, Council of Europe, 2014, p. 24.

(13) Realce-se, no entanto, que a CEDH foi assinada por Portugal no mesmo dia em que o Estado aderiu ao Conselho da Europa, isto é, a 22 de Novembro de 1976, como recorda RUI MOURA RAMOS em «A Convenção Europeia dos Direitos do Homem: sua posição face ao ordenamento jurídico português», in *Documentação e Direito Comparado*, n.º 5, 1981, p. 98.

(14) O debate sobre a adesão à CEDH pode ver-se no *DAR* n.º 89, de 16 de Junho de 1978, pp. 3302-3326, em que os então deputados Sérvulo Correia e Vital Moreira protagonizam boa parte da discussão.

Neste marco do tempo, realce-se que o final do Século XX ficou marcado pela incorporação da Convenção no direito interno das Constituições entretanto proclamadas, o que, naturalmente, teve refracções na sua aplicação pelos respectivos tribunais. No entanto, não deve esquecer-se que, de início, não foi um processo fácil, sobretudo se se tiver em mente que, na Europa, o sistema predominante não confere à jurisprudência um papel relevante de entre as fontes de direito. Mas o diálogo inter-judicial (considerado por Jean De Munck como um dos elementos da «constitucionalização de regimes transnacionais», ou seja, algo que contribui para uma nova forma de «constitucionalização»)(<sup>15</sup>) que se tem vindo a verificar tem propiciado uma tendencial homogeneização dos discursos constitucionais nacionais, o que se revela muito profícuo para o nascimento de standards comuns.

A bem da verdade científica, não se deve escamotear o fenómeno em sentido inverso — isto é, os direitos nacionais a influenciarem o direito europeu de protecção de direitos humanos — que também se tem verificado, com a Convenção a proclamar o princípio da subsidiariedade e o tribunal a assumir uma jurisprudência cautelosa e sofisticada, embora considerando sempre as diversas acepções semânticas dos direitos consagrados na Convenção (tendo em conta os vários idiomas falados na Europa) e a ideia de uma *living convention*(<sup>16</sup>), muito assente num padrão europeu comum para os direitos. Essa jurisprudência cautelosa, com respeito pelo *princípio da diversidade nacional*, manifesta-se, além da observância do já referido *princípio da subsidiariedade*, na afirmação da *teoria da margem de apreciação*, que prova a atenção do TEDH para não exceder os limites da sua jurisdição. Com efeito, o tribunal de Estrasburgo tem recomendado a adopção de medidas aos Estados-parte, não lhes dando instruções, tendo já Portugal, em Janeiro de 2017, depositado o instrumento de ratificação do Protocolo 15 à Convenção, que, entre outras alterações, vem, justamente, reafirmar (no *Preâmbulo*) que incumbe, em primeiro lugar, aos Estados-parte assegurar os direitos previstos na Convenção, embora sob a «supervisão» do Tribunal.

O estatuto *sui generis* da Convenção, que, segundo alguns, chega mesmo a ser uma «constituição sombra»(<sup>17</sup>), que se projecta num «tribunal

---

(<sup>15</sup>) Do autor, «From orthodox to societal constitutionalism», in Jean-Philippe Robé, Antoine Lyon-Caen e Stéphane Vernac (eds.), *Multinationals and the Constitutionalization of the World Power System*, Routledge, 2016, pp. 135-136.

(<sup>16</sup>) Neste sentido, veja-se George Letsas, «The ECHR as a Living Instrument: Its Meaning and its Legitimacy», 2012, disponível em <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2021836](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2021836)>, acedido a 13/11/2018.

(<sup>17</sup>) HELEN KELLER e ALEC SWEET STONE, «Assessing the Impact of the ECHR on National Legal Systems», in *Faculty Scholarship Series*, 88, 2008, p. 694.

constitucional transnacional», ganha maior força quando se pensa na sua relação com a ordem jurídica portuguesa. Efectivamente, mesmo em termos puramente jurídico-formais, cujo paradigma se julga ultrapassado, é indubitável que a Constituição portuguesa confere um estatuto especial ao ordenamento jurídico de direitos humanos. Por dois argumentos, a saber:

— **1.º argumento:** na clássica querela da incorporação do direito internacional no direito interno (teses monistas *versus* dualistas), o art. 8.º da nossa Constituição (à semelhança de muitos outros textos constitucionais, como o art. 25.º da Constituição alemã<sup>(18)</sup> ou o art. 55.º da Constituição francesa<sup>(19)</sup>) opta pelo monismo e, conseqüentemente, por um primado *do* e uma abertura *ao* direito internacional — o que se designa por cláusula geral de recepção plena do direito internacional. De resto, a única Constituição dos Estados integrantes do Conselho da Europa que *formalmente* reconhece a supremacia do direito internacional sobre todo o direito interno é a Constituição holandesa (no art. 92.º)<sup>(20)</sup>.

Assim, entre nós, como resulta do art. 8.º, as convenções internacionais vigoram diretamente na ordem interna, sem necessidade de conversão ou transposição legislativa (sendo aprovadas por resolução parlamentar), pelo que são fontes autónomas de direito. E, no âmbito dos direitos fundamentais, o art. 16.º, n.º 1 da Constituição refere, explicitamente, os direitos reconhecidos em convenção internacional, sendo que a CEDH, apesar de ter um âmbito muito mais estreito do que o catálogo de direitos fundamentais da CRP, contém várias garantias não reconhecidas na CRP (por exemplo, a garantia de a pessoa detida ser informada em língua que entenda, ...) pelo que a CEDH vai *praeter constitutionem*;

— **2.º argumento:** na temática de direitos humanos, a nossa Constituição tem uma norma (também no art. 16.º, mas agora no n.º 2), que encontra paralelo no n.º 2 do art. 10.º da Constituição espanhola de 1978<sup>(21)</sup>, que

---

(18) «Die allgemeinen Regeln des Völkerrechtes sind Bestandteil des Bundesrechtes. Sie gehen den Gesetzen vor und erzeugen Rechte und Pflichten unmittelbar für die Bewohner des Bundesgebietes».

(19) «Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie».

(20) Por via jurisprudencial são conhecidos os casos do reconhecimento do valor supra-constitucional do direito internacional na Bélgica e na Suíça.

(21) São várias as constituições que hoje contêm alguma disposição específica sobre direito internacional de direitos humanos. Além dos casos clássicos, porque dos anos 70 do Século XX, das Constituições espanhola e portuguesa, vejam-se os art. 20.º da Constituição romena, art. 15.º da Constituição eslovena e art. 46.º da Constituição russa.

manda interpretar e integrar os preceitos constitucionais e legais de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, instrumento no qual, como se disse atrás, a Convenção se funda materialmente. Adaptando a expressão de Stone, estamos perante um *verdadeiro* processo de «domesticação»<sup>(22)</sup>, ou de recepção interna, da DUDH e da CEDH. A título de curiosidade, refira-se que a Constituição albanesa de 1998 (no art. 17.º, n.º 2) constitucionalizou, *formalmente*, a Convenção.

Em virtude destes dois argumentos, as normas da CEDH: 1) impõem-se no exercício de todo o poder público, *maxime* nos tribunais; 2) as suas normas possuem valor hermenêutico, como tem sido prática do Tribunal Constitucional português que, desde há vários anos, a ela tem recorrido; 3) as normas da Convenção podem ser invocadas em juízo pelos cidadãos, para a protecção da sua esfera jurídica. De resto, sendo, pelo referido art. 8.º da Constituição, as normas da Convenção direito interno, os tribunais nacionais são os primeiros garantes do seu cumprimento.

São variadíssimos e numerosos os estudos sobre a protecção nacional conferida aos direitos plasmados na CEDH. A nível global, pode afirmar-se que os tribunais nacionais superiores têm vindo a manifestar um interesse acrescido em monitorizar a actividade do TEDH, o que se pode fazer por duas vias: (i) aplicação directa das normas da Convenção pelos tribunais, da mesma forma que o são os direitos previstos na ordem interna; ou (ii) através da jurisprudência do TEDH, fornecendo a mesma interpretação ao conteúdo dos direitos proclamados na Convenção e interpretados pelo Tribunal.

O *case law* do TEDH tem-no afirmado como a verdadeira instância europeia transnacional de garantia de direitos. E não é só no âmbito europeu que se revela a influência do *case law* deste Tribunal, se se recordar que o Conselho de Direitos Humanos da ONU, uma instância de âmbito mundial, também o cita amiúde.

Acrescentar-se-ia que, no caso português, esse diálogo inter-judicial pode ainda revelar-se mais proveitoso, na medida em que, enquanto guardião dos direitos dos cidadãos, o Tribunal Constitucional não é competente em processos de *queixa constitucional* ou de *recurso de amparo*, porque o mecanismo não existe à luz da nossa Constituição. Ora, essa «lacuna» pode, na lógica de uma cooperação judicial, ser suprida pelo TEDH. Nesses termos, o tribunal de Estrasburgo poderá abrir essa via processual não

---

<sup>(22)</sup> Do autor, «The Structure of constitutional pluralism: Review of Nico Krisch, Beyond Constitutionalism: The Pluralist Structure of Post-National Law», in *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 11, n.º 2, 2013.

assegurada internamente, naturalmente que a par das suas conhecidas funções de: (i) guardião internacional de direitos humanos em caso de grave violação e de atentado à *rule of law*; (ii) intérprete dos direitos previstos na Convenção, numa perspectiva de reparação de injustiças individuais; e de (iii) protecção objectiva (ou seja, mais ao estilo constitucional) desses direitos na ordem jurídica europeia (o chamado *papel normativo* do TEDH).

Mas o que acontece se, em Portugal, uma lei for contrária à CEDH? Segundo a doutrina quase unânime entre nós, as convenções internacionais prevalecem sobre o direito ordinário interno, ou seja, se houver desconformidade, serão desaplicadas as normas de direito interno, o que significa que cabe, novamente, às instâncias jurisdicionais nacionais averiguar dessa eventual desconformidade, porque, como já se afirmou, elas são as guardiãs internas da primazia normativa da Convenção.

Neste contexto, deve lembrar-se que nos anos 80 (entre 82 e 89, período que coincide com a criação do Tribunal Constitucional e com a data da 2.<sup>a</sup> revisão da Constituição), gerou-se uma controvérsia, entre as 1.<sup>a</sup> e 2.<sup>a</sup> secções do Tribunal Constitucional, sobre a qualificação da desconformidade de uma norma interna com uma convenção internacional, no sentido de se saber se se trataria de uma ilegalidade (*lato sensu*) ou de uma «inconstitucionalidade indireta». Acabou por vingar a primeira tese. Daí que se tenha introduzido uma alteração à Lei Orgânica do Tribunal Constitucional, solução que hoje se encontra plasmada no art. 70.<sup>o</sup>, n.<sup>o</sup> 1, alínea i)<sup>(23)</sup>. Claro que, enquanto garantes da primazia da CEDH, o controlo da «convencionalidade» cabe aos tribunais em geral (mediante a fiscalização difusa incidental), havendo a possibilidade de recurso para o TC, mas apenas quando haja desaplicação de uma norma legislativa. Também não existe, para estes casos, controlo concentrado abstrato.

Formalmente, as convenções internacionais devem respeitar a CRP, sob pena de inconstitucionalidade, não havendo excepção para as convenções de direitos humanos. Foi nesse pressuposto que inicialmente Portugal apresentou, como já se referiu, uma série de reservas à CEDH, ou seja, existiam pontos que poderiam brigar com a Constituição. Todavia, uma eventual inconstitucionalidade de uma norma convencional não exonera o País do cumprimento da convenção internacional, já que, no plano do

---

(23) «1 — Cabe recurso para o Tribunal Constitucional, em secção, das decisões dos tribunais: i) Que recusem a aplicação de norma constante de ato legislativo com fundamento na sua contrariedade com uma convenção internacional, ou a apliquem em desconformidade com o anteriormente decidido sobre a questão pelo Tribunal Constitucional».

direito internacional, se gera responsabilidade internacional do Estado português<sup>(24)</sup>. Daí que a saída mais apropriada e pragmática para eventuais situações desta natureza seja a revisão constitucional, como, aliás, se verificou em Portugal, levando ao levantamento das reservas iniciais.

Como devem ser *interpretadas* as convenções internacionais na sua aplicação interna? Devem sê-lo de acordo com os princípios do direito internacional ou em conformidade com a Constituição? O recente Protocolo adicional à CEDH (o Protocolo 16, de 2013) dá resposta a esta questão<sup>(25)</sup>. Esse Protocolo estabelece um mecanismo de reenvio prejudicial para o TEDH, o que aponta claramente para que a interpretação seja feita de acordo com a jurisprudência deste.

O que acontece quando Portugal é condenado no TEDH por violação da CEDH, como tem sucedido várias vezes? Segundo os princípios de direito internacional, a condenação do TEDH não implica, automaticamente, a anulação de actos administrativos, nem a revogação de sentenças em que se tenha consubstanciado a lesão da Convenção. Por outras palavras, perante o TEDH, não se verifica um recurso em sentido próprio. Ainda assim, em princípio, os Estados-parte condenados têm a obrigação de dar execução em espécie à decisão do Tribunal, devendo prever um mecanismo interno que permita a revisão das decisões em que se tenha verificado a violação da CEDH: foi o que se fez em Portugal, com a previsão de um recurso especial de revista, quer no Código de Processo Penal, quer no Código de Processo Civil. Já quando a violação tenha por base uma norma legislativa ou regulamentar, o Estado condenado tem a obrigação de a revogar ou modificar.

Aproximando-se o final deste escrito, enfatizar-se-ia, ainda, a grande importância actual da Convenção Europeia dos Direitos Humanos mais no plano de diálogo inter-judicial do que no puro plano formal, porque essa visão é mais adequada às tendências do novo paradigma constitucional. Este novo paradigma emerge, como já se foi referindo, marcado, entre outras, pelas seguintes notas:

---

<sup>(24)</sup> Sobre a responsabilidade internacional dos Estados por incumprimento de obrigações convencionais veja-se, simultaneamente, o art. 27.º da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969 e o Projecto de Artigos sobre Responsabilidade, aprovado pela Comissão de Direito Internacional em 2001, submetido à Assembleia Geral da ONU, vulgarmente designado «Draft Articles Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts 2001».

<sup>(25)</sup> Este Protocolo ainda não foi ratificado pelo Estado português. Dispõe assim o n.º 1 do art. 1.º: «Highest courts and tribunals of a High Contracting Party, as specified in accordance with Article 10, may request the Court to give advisory opinions on questions of principle relating to the interpretation or application of the rights and freedoms defined in the Convention or the protocols thereto».



- 1) uma multiplicação dos centros de decisão, por efeito da alteração no poder regulatório *no e do* Estado, que é hoje diferente do do constitucionalismo clássico, o que gera uma transformação do modo de produção jurídica estadual;
- 2) novas instituições de garantia, que não criam uma jurisdição paralela à jurisdição nacional, mas sim uma jurisdição complementar. Ou seja, abandona-se o discurso dicotómico da compatibilidade *versus* incompatibilidade entre as normas, próprio dos esquemas hierárquico-formais, e gera-se uma lógica de complementaridade (protecção multinível de direitos), tentando almejar o que o Presidente do Tribunal Constitucional Alemão designou por *Europäischer Verfassungsgerichtsverbund* (algo traduzível como uma confederação europeia de tribunais constitucionais)<sup>(26)</sup>;
- 3) princípio da abertura aos direitos humanos, pautado por uma hermenêutica de aplicação preferencial do preceito que seja mais favorecedor do direito para o seu destinatário (ou seja, um *human rights approach* em detrimento do clássico *State approach*);
- 4) sistema de protecção multinível, orientado pelo princípio da subsidiariedade, o que, no limite, significa que a responsabilidade residual de protecção dos direitos se encontra na esfera internacional.

---

(26) «Multilevel Cooperation of the European Constitutional Courts-Der Europäische Verfassungsgerichtsverbund», in *European Constitutional Law Review*, 6, 2010, pp. 175-198.



# INTERVENÇÃO DO JUIZ PORTUGUÊS DO TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS HUMANOS, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE

Agradeço ao Ministério da Justiça na pessoa do Senhor Professor Doutor Vital Moreira, alto-comissário destas comemorações, e à Ordem dos Advogados, na pessoa do Dr. Saragoça da Matta, o convite que me foi feito para participar nestas comemorações.

Estas comemorações constituem uma oportunidade para fazer o balanço do contencioso português no Tribunal Europeu dos Direitos Humanos e avaliar o impacto dos acórdãos deste tribunal no ordenamento jurídico nacional. A este propósito, afirmo, sem qualquer hesitação, que o Tribunal de Estrasburgo contribuiu decisivamente nos últimos anos para o desenvolvimento e a atualização da ordem jurídica portuguesa e, de uma maneira geral, a melhoria acentuada da situação dos direitos humanos em Portugal. Os principais contributos podem ser sintetizados do seguinte modo.

**1. Reforço da autoridade do Tribunal Constitucional**, na sua função de controlo das violações dos direitos fundamentais, designadamente no âmbito das garantias processuais do contencioso constitucional (*Gramaxo Rozeira c. Portugal*, de 21 de Janeiro de 2014; *Liga Portuguesa de Futebol Profissional c. Portugal*, de 17 de Maio de 2016; e *Traina c. Portugal*, de 21 Março de 2017), e do controlo da discricionariedade do legislador na fixação das medidas de austeridade (*Da Conceição Mateus e Santos Januário c. Portugal*, de 8 de Outubro de 2013, e *Da Silva Carvalho Rico c. Portugal*, de 1 de Setembro de 2015) e de prazos no direito da família (*Silva e Mondim Correia v. Portugal*, de 3 de Outubro de 2017). É de sublinhar que foi num caso português, *Da Silva Carvalho Rico*, que o Tribunal Europeu introduziu pela primeira vez na sua história o conceito de direito

constitucional da “reserva do possível” (*Vorbehalt des Möglichen, proviso of the possible*), um conceito tratado na escola do constitucionalismo alemão e português e adoptado pelo Tribunal Constitucional português.

**2. Garantia da segurança jurídica nos tribunais** e, sobretudo, da função do Supremo Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Administrativo de uniformização das respectivas jurisprudências, nos casos *Ferreira Pardal c. Portugal*, de 30 de Julho de 2015, e *Conceição c. Portugal*, de 29 de Maio de 2012, sobre as alterações injustificadas de jurisprudência e as possibilidades de recurso extraordinário de uniformização da jurisprudência, respectivamente no STJ e no STA. Se a juris-dictio é importante, a determinação rigorosa da matéria de facto não o é menos e o Tribunal Europeu tem sublinhado isto mesmo de modo enfático nos casos portugueses. Esta é uma preocupação central do Tribunal Europeu, particularmente no âmbito do direito sancionatório público. Exemplos desta preocupação podem ser apontados, quer no processo penal, quer no processo disciplinar. É sabido e consabido que o recurso em matéria de facto em processo penal se queda muitas vezes, demasiadas vezes, por ser uma aparência de justiça. O Tribunal Europeu já censurou, sem tergiversar, esta justiça penal virtual. Sobre a necessidade de reforçar os poderes de sindicância da matéria de facto pelos tribunais de segunda instância no processo penal vejam-se os acórdãos *Moreira Ferreira c. Portugal*, de 5 de Julho 2011, e *Pereira Cruz e outros v. Portugal*, de 26 de Junho de 2018. Sobre a necessidade de reforçar os poderes de sindicância da matéria de facto pelo Supremo Tribunal de Justiça no processo disciplinar contra juizes vejam-se os casos *Tato Marinho dos Santos Costa Alves dos Santos e Figueiredo*, acórdão de 21 de Junho de 2016, e *Ramos Nunes de Carvalho e Sá*, da Grande Câmara, de 5 de Novembro de 2018. É também muito importante para o Tribunal Europeu que o processo de desjudicialização do processo executivo não ponha em causa os direitos do executado, por um lado, mas por outro, também não prejudique os direitos do exequente à obtenção da quantia executada em tempo útil, sendo por isso indispensável um acréscimo de poderes de controlo dos tribunais no processo executivo (*Terebus c. Portugal*, de 10 de abril de 2014). No tocante ainda à segurança jurídica, o Tribunal Europeu salientou também a necessidade de evitar a contradição de posições do Ministério Público, enquanto magistratura hierarquizada, não podendo ser toleradas posições contraditórias desta magistratura em ações sobre questões idênticas ou interligadas (*Ferreira Basto v. Portugal*, de 19 de Maio de 2015).

**3. Defesa da liberdade dos cidadãos e combate ao excesso da prisão preventiva** (*Martins O’Neil Pedrosa c. Portugal*, de 14 de Feve-

reio de 2017, sobre o prazo excessivo para o Tribunal da Relação decidir o recurso do requerente relativamente à ilegalidade da sua prisão preventiva; *Qing v. Portugal* e *Gaspar v. Portugal* (acórdãos de 8 de Dezembro de 2016 e 28 de Novembro de 2017), ambos relativos à suficiência dos motivos indicados nos despachos do juiz de instrução criminal sobre a prisão preventiva, bem como no segundo caso à apresentação do detido ao juiz; e *Paulo Pedroso c. Portugal*, de 12 de Junho de 2018, relativo à falta dos pressupostos para a aplicação da prisão preventiva e à falta de indemnização por detenção ilegal.

**4. Reforço das garantias dos cidadãos e das empresas em situações de arbítrio da Administração Pública, nomeadamente da Administração Tributária** (*Beires Corte-Real c. Portugal*, de 11 de Outubro de 2011, sobre o não reembolso atempado de um crédito fiscal judicialmente reconhecido, e *Melo Tadeu c. Portugal*, de 23 de Outubro de 2014, sobre a execução fiscal por factos de que o executado tinha sido absolvido em processo penal) ou de arbítrio de outras entidades públicas (*Rolim Comercial SA c. Portugal*, de 16 de abril de 2013, sobre o não pagamento de indemnização por expropriação de facto por utilidade pública, apesar do reconhecimento judicial do direito à mesma).

**5. Combate à corrupção e más práticas na administração pública**, de que são exemplo os acórdãos *Soares c. Portugal*, de 21 de Junho de 2016; *Bargão e Domingos Correia c. Portugal*, de 15 de Novembro de 2012; *Welsh e Silva Cunha c. Portugal*, de 17 de Setembro de 2013, *Amorim Giestas e Jesus Costa Bordalo c. Portugal*, de 3 de Abril de 2014.

**6. Protecção da família, sobretudo das famílias mais pobres e desfavorecidas**, como nos casos *Pontes c. Portugal*, de 10 de Abril de 2012, *Santos Nunes c. Portugal*, de 22 de maio de 2012, o famoso caso *Esmeralda*, de inexecução da decisão judicial de entrega da menor ao pai biológico, e *Silva e Mondim c. Portugal*, sobre os prazos estabelecidos nos artigos 1873.º e 1817.º, n.º 1 do Código Civil para introduzir uma ação de investigação de paternidade, cuja não inconstitucionalidade tinha sido declarada pelo Tribunal Constitucional, tendo o Tribunal Europeu confirmado esta valoração positiva do quadro legal português e decidido que ele não punha em causa o direito dos requerentes ao respeito da vida familiar. Sobre o delicadíssimo assunto do rapto internacional de crianças pronunciou-se o Tribunal Europeu, nomeadamente, no caso *Karoussiotis*, com acórdão de 1 fevereiro 2011, e no caso *Phostira Eftymiou e Ribeiro Fernandes*, com acórdão de 5 fevereiro 2015. No pri-

meiro, o Tribunal concluiu pela violação do Artigo 8.º da Convenção pelo facto das autoridades portuguesas não terem diligenciado de forma rápida no âmbito de um pedido fundado na Convenção de Haia. No segundo, o Tribunal considerou que os tribunais portugueses não deveriam ter ordenado o regresso de uma criança fundado na Convenção de Haia sem terem examinado o risco alegado pela mãe, concluindo então que haveria violação do Artigo 8.º da Convenção se o regresso viesse a ser executado.

**7. Promoção da condição feminina e combate à discriminação das mulheres e das minorias étnicas e religiosas**, no acórdão Carvalho Pinto Morais *c.* Portugal, de 25 de Julho de 2017, num caso de atribuição de compensação por erro médico causador de disfunção sexual, e no acórdão Soares de Melo *c.* Portugal, de 16 de Fevereiro de 2016, num caso de imposição da laqueação das trompas à requerente pelos serviços de assistência social como condição para prestar apoio à família em causa. Na cerimónia de apresentação do programa destas comemorações que decorreu no Palácio das Necessidades, a Excelentíssima Ministra da Justiça, a Senhora Conselheira Francisca Van Dunem mostrou-se preocupada com as discriminações que «acontecem todos os dias» em função da raça, do género, da orientação sexual ou da religião e da deficiência e ainda disse existir «um conjunto de fatores e estereótipos sociais que permanecem arraigados nas nossas sociedades e que permitem que os cidadãos sejam objetivamente discriminados ou maltratados». O Tribunal Europeu partilha inteiramente estas preocupações e procura actuar em prol da resolução destes problemas da sociedade portuguesa, em cooperação com as autoridades judiciais portuguesas. O segundo caso referido foi, aliás, um exemplo notável do diálogo frutuoso entre o Tribunal Europeu e o Tribunal Constitucional, que convergiram na resolução do drama desta família da melhor maneira.

**8. Justo equilíbrio entre a liberdade de expressão e o direito à honra**, com uma ponderação privilegiada do direito à honra em certos casos, como por exemplo nos acórdãos Soares *c.* Portugal, no caso de proteção da honra profissional de uma autoridade militar; e Leitão Bento Fernandes *c.* Portugal, de 12 de Março de 2015, no caso de proteção da honra de uma família visada por uma obra literária.

**9. Promoção do acesso dos cidadãos à justiça, ao apoio judiciário e à informação jurídica** (Assunção Chaves *c.* Portugal, de 31 de Janeiro 2012, sobre a falta de informação sobre as formas e prazo de interposição de recurso de decisão judicial).

Em síntese, **os problemas sociais e jurídicos mais graves do país** passaram pelo Tribunal Europeu nestes últimos oito anos. E, posso acrescentar, todos tiveram uma resposta do Tribunal à altura da gravidade do problema. Com prudência, mas com firmeza, o Tribunal Europeu foi mesmo ao ponto, em casos particularmente necessitados disso, de dar indicações claras ao legislador no sentido de rever o direito positivo, nas seguintes áreas:

**Reforma do direito penal:** reconfiguração do regime do segredo de justiça e revisão das incriminações de conteúdo absoluto e automático de perigo presumido (Pinto Coelho *c.* Portugal, de 28 de Junho 2011); incriminação de juízos de valor difamatórios de pessoas colectivas (Pinto Pinheiro Marques *c.* Portugal, de 22 de Janeiro de 2015); não criminalização da difusão do registo da audiência pública em processo penal (Pinto Coelho *c.* Portugal (N.º 2), de 22 de Março de 2016);

**Reforma do processo penal:** falta de regulação dos efeitos do caso julgado penal no processo penal e fora dele (Melo Tadeu *c.* Portugal, citado acima); insuficiência do controlo da matéria de facto pelo tribunal de segunda instância no processo penal (Pereira Cruz e outros *v.* Portugal, citado acima); insuficiência dos pressupostos de indemnização por prisão preventiva indevida (Paulo Pedroso *c.* Portugal, citado acima); limitação temporal do período da suspensão do processo penal durante a pendência do processo fiscal (Sociedade de Construções Martins & Vieira *c.* Portugal, 30 de Outubro de 2014); regulação da quebra do sigilo profissional do advogado arguido em processo penal (Brito Ferrinho *c.* Portugal, de 1 de Dezembro de 2015); notificação de acórdão do tribunal da relação ao arguido em processo penal (Meggi Cala *c.* Portugal, de 2 de Fevereiro de 2016); admissão da defesa não técnica do arguido em processo penal (Falcão dos Santos *c.* Portugal, de 3 de Julho de 2012);

**Reforma do direito da família:** nomeação oficiosa de advogados aos pais, em processo de colocação de menor para adopção (Assunção Chaves *c.* Portugal, de 31 de Janeiro de 2012); e

**Reforma do direito administrativo:** composição da assembleia plenária do STA (Pereira da Silva *c.* Portugal, de 22 de Março de 2016).

É certo que Portugal tem feito um esforço para executar estas indicações e esse esforço tem sido reconhecido pelo Conselho da Europa. O Comité de Ministros, que é o órgão responsável pelo seguimento da execução dos acórdãos do Tribunal Europeu, considerou como positivo o facto da condenação por violação do segredo de justiça prevista no Artigo 347.º

do Código Penal já não ser feita de forma automática pelos tribunais, tal como o era nos casos em que o Estado português foi condenado por violação da liberdade de expressão (ver, por exemplo, os acórdãos Campos Dâmaso, de 24 de Abril de 2008, Laranjeira Marques da Silva, de 19 de Janeiro de 2010, e Pinto Coelho, de 28 de Junho de 2011). O Comité de Ministros também reconheceu como positiva a obrigação estabelecida na Lei n.º 141/2015 de 8 de Setembro de constituição de advogado nos processos de promoção e proteção de menores em risco, pois a não obrigação de constituição de advogado neste tipo de processos tinha sido censurada à luz do Artigo 8.º da Convenção nos acórdãos Assunção Chaves de 31 de Janeiro de 2012 e Soares de Melo de 16 de Fevereiro de 2016.

Como a precedente exposição mostra à evidência, o contencioso português em Estrasburgo evoluiu significativamente. Este contencioso foi muitos anos caracterizado pelos casos de atraso da justiça, relativos à reforma agrária e expropriações e nacionalizações do período revolucionário e sobre liberdade da imprensa. Ora, há que reconhecê-lo sem reboço, a jurisprudência do Tribunal Europeu é muito mais rica do que este contencioso deixava transparecer. Por outras palavras, os Portugueses tiravam um proveito muito limitado do sistema da proteção europeu dos direitos humanos. Hoje já não é assim.

Tenho constatado **a atenção crescente que os Magistrados, os Advogados e os Universitários portugueses dão à Convenção e ao Tribunal Europeu**. Sempre estive disponível para ouvir e falar a todos. Tenho colaborado, vezes sem conta, com o Centro de Estudos Judiciários, a Ordem dos Advogados e as Universidades portuguesas. Em parceria com o CEJ, criei uma Newsletter digital sobre os casos mais importantes do tribunal em língua portuguesa, com periodicidade mensal. Esta Newsletter é agora divulgada pelo CEJ, pelo CSM, pela PGR, pela OA e junto do corpo docente das maiores faculdades de direito públicas portuguesas, circulando também no Brasil, em Angola e Moçambique. Publiquei no site HUDOC do Tribunal as traduções para a nossa língua dos acórdãos mais importantes proferidos em relação a Portugal, para que possam estar disponíveis para toda a comunidade jurídica lusófona. Este esforço, que não é só meu, mas de toda a divisão portuguesa do Tribunal, produziu frutos.

Quer nos contactos que mantenho nas minhas deslocações a Portugal, quer quando recebo no Tribunal delegações vindas de Portugal, verifico o



crescente interesse pelo sistema europeu de proteção dos direitos humanos e a vontade de conhecer o seu modo de funcionamento. Foi precisamente em virtude desta maior consciência da riqueza da jurisprudência europeia que o contencioso português se tornou mais eclético e, sobretudo, mais complexo. Nestes últimos anos, o Tribunal Europeu recebeu queixas contra Portugal em matérias novas, como por exemplo, por violação do direito à vida nos hospitais públicos, por tratamento desumano e degradante nas prisões, por prisão preventiva excessiva, por incumprimento das obrigações internacionais em situações de rapto internacional de crianças, por falta de equidade de processos disciplinares movidos contra juizes, por discriminação fundada no género e na orientação sexual, entre outras. Estas matérias não são apenas do interesse dos Portugueses, elas são do interesse de todos os Europeus. Portugal contribui assim para **o progresso da jurisprudência europeia em áreas sensíveis e relativamente a matérias novas**, sendo sinal evidente disto o número de casos portugueses que mereceram nestes últimos anos ser levados à mais alta instância judicial europeia, a Grande Câmara.

Não posso deixar de louvar aqui os Advogados portugueses pela escolha cuidada das causas que têm defendido em Estrasburgo. A este propósito, o contributo português para a jurisprudência europeia é notável, sendo de realçar o acórdão Moreira Ferreira n.º 2, de 11 de Julho de 2017, que considerou que o Tribunal Europeu tinha competência para examinar um recurso de revisão introduzido na sequência de um acórdão do Tribunal Europeu condenatório relativamente a um determinado processo. No acórdão Lopes de Sousa Fernandes, de 19 de Dezembro de 2017, a Grande Câmara sintetizou as obrigações positivas substantivas e processuais do Estado relativamente ao direito à vida garantido pelo Artigo 2.º da Convenção na área da saúde pública. No tocante às obrigações substantivas, o Tribunal afirmou que o Estado tem obrigações de natureza positiva na área da saúde, sendo essencialmente de cariz regulamentar e organizativo dos serviços públicos, mas não descartou que em casos excepcionais de negligência médica o Estado possa ser responsabilizado em Estrasburgo. Relativamente ao direito a um processo equitativo garantido pelo Artigo 6.º da Convenção, há também a destacar dois acórdãos fundamentais da Grande Câmara proferidos em casos contra Portugal. No acórdão Correia de Matos, de 4 de Abril de 2018, a Grande Câmara considerou que a obrigação de constituir advogado para um arguido, ainda que este seja advogado, prevista no Artigo 64.º do Código de Processo Penal, não punha em causa

a equidade do processo. No acórdão Ramos Nunes de Carvalho e Sá, do passado dia 5, a Grande Câmara considerou que a limitação dos poderes de cognição da secção do contencioso do Supremo Tribunal de Justiça relativamente a decisões disciplinares pronunciadas pelo Conselho Superior da Magistratura, combinada com a falta de audiência pública do juiz arguido, suscitava um problema de falta de equidade processual. É importante notar que a censura do Tribunal Europeu se dirige ao quadro legal vigente e à prática jurisprudencial, mas não aborda o quadro constitucional de organização do Conselho Superior da Magistratura. Esta questão ficou em aberto, como várias outras, que tinham sido suscitadas na pendência do processo na Câmara e na discussão diante da Grande Câmara. Cabe agora a esta Assembleia responder a este acórdão, o que estou certo o fará cabalmente, tendo em conta os compromissos internacionais assumidos pelo Estado português, designadamente aquando da votação no Comité de Ministros do Conselho da Europa da Recomendação de 2010 sobre o poder judicial e nos relatórios do GRECO de 2015 e no seu *follow-up* de 2017.

Excelências.

A minha intervenção ficaria incompleta sem um brevíssimo conspecto estatístico do trabalho da divisão portuguesa no Tribunal Europeu. É importante lembrar que, num staff de cerca de 250 juristas do Tribunal Europeu e com restrições orçamentais desde que cheguei a Estrasburgo, eu não pude contar senão com uma pequena divisão de apenas dois juristas, um sénior e um júnior, e ajudas temporárias de outros juristas nacionais, tendo mesmo trabalhado durante algum tempo com apenas um jurista.

Desde a minha tomada de posse, foram introduzidas 1 555 queixas contra Portugal. 1 500 foram declaradas inadmissíveis, cerca de 1 300 por um juiz singular e as 200 restantes por um comité ou uma Câmara. Em relação a 176 queixas, o Tribunal Europeu proferiu um acórdão. Em relação aos casos portugueses atribuídos a uma Câmara, o Tribunal Europeu proferiu 88 acórdãos (dos quais 61 acórdãos de violação e 13 acórdãos de não violação) e 23 decisões de inadmissibilidade ou de extinção da instância. Relativamente ao tipo de casos que a Câmara examinou desde a minha tomada de posse, 27 diziam respeito ao processo equitativo (Artigo 6.º da Convenção), 16 à liberdade de expressão (Artigo 10.º da Convenção), 15 ao direito de propriedade (Artigo 1.º do Protocolo n.º 1 à Convenção), 10 ao direito à vida privada ou familiar (Artigo 8.º da Convenção) e 4 ao direito à liberdade (Artigo 5.º da Convenção).

Observou-se estes últimos anos um decréscimo do número de queixas contra Portugal. Passámos de 267 novas queixas em 2013 para 233 em 2015 e 155 em 2016. Podemos explicar esta tendência com duas razões: a primeira, de ordem mais geral, tem a ver com a entrada em vigor, no dia 1 de Janeiro de 2014, das alterações ao Artigo 47.º do Regulamento do Tribunal que tornou os critérios para a apresentação de uma queixa mais exigentes. A baixa do número de queixas devida à entrada em vigor do novo Artigo 47.º do Regulamento não é uma particularidade portuguesa. Ela refletiu-se de uma maneira geral em todo o contencioso do Tribunal Europeu. Em 2014, o Tribunal recebeu 52.758 formulários de queixa, mas 12.191 destes (ou seja 23%) não cumpriam os critérios formais expostos no Artigo 47.º. Por conseguinte, estas queixas não foram registadas, ou seja, não foram atribuídas a qualquer formação judiciária. Resumindo, desde a entrada em vigor do novo Artigo 47.º do Regulamento, uma queixa apenas é atribuída a uma formação judiciária, se estiver completa. Isso não quer dizer que a rejeição liminar de uma queixa seja definitiva, pois o requerente não fica impedido de introduzir uma nova queixa.

A baixa do número de queixas contra Portugal resultou também da adoção do acórdão Valada Matos das Neves (de 29 de Outubro de 2015) que, revendo o acórdão Martins Castro e Alves Correia de Castro (de 10 de Junho de 2008), veio reconhecer uma evolução da prática dos tribunais administrativos portugueses relativamente ao tratamento das ações de responsabilidade civil extracontratual por atraso da justiça e, sobretudo, do montante das indemnizações atribuídas, em virtude do Artigo 12.º da Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro. No acórdão Valada Matos das Neves, o tribunal concluiu que esta ação constituía um recurso nacional a ser esgotado, pondo assim fim a uma anomalia processual que consumia muito do tempo e do esforço da divisão portuguesa. Este acórdão representou, pois, um voto de confiança nas jurisdições nacionais, mas mais do que isso, permitiu libertar a divisão portuguesa para tratar de outras questões substantivas e processuais mais importantes, em obediência estrita à política de prioridades do Tribunal.

A propósito do **princípio da subsidiariedade** e da confiança na justiça portuguesa, é meu dever mencionar outros dois acórdãos paradigmáticos em que o Tribunal Europeu confirmou que os tribunais portugueses são merecedores do crédito internacional. Nos casos de proteção de menores em risco, o Tribunal Europeu considerou que os requerentes devem esgotar o recurso de revista perante o Supremo Tribunal de Justiça (acórdãos Brás de Matos e da Costa Torrezão, de 12 de Novembro de 2013). Noutro exemplo, o Tribunal Europeu sustentou que na ação administrativa

ordinária os requerentes devem esgotar todos os recursos, incluindo o recurso do artigo 150.º do CPTA perante o Supremo Tribunal Administrativo (acórdão Conceição, de 29 de Maio de 2012) tendo em conta a sua natureza eficaz à luz do Artigo 13.º da Convenção.

A baixa do número de queixas tem-se também reflectido ao nível das **indemnizações** atribuídas pelo Tribunal Europeu para reparar os danos causados às vítimas. O montante total que o Estado português foi condenado a pagar tem decrescido por força da conclusão dos casos de reforma agrária e nacionalização ou expropriação posteriores ao 25 de abril. Este contencioso está finalmente concluído. Em 2011, o montante das indemnizações foi de 3 618 619 Euros (90 % deste valor foi atribuído no âmbito de queixas relacionadas com a reforma agrária em Portugal), em 2013, foi de 2 586 068 Euros (1 500 000 Euros foram atribuídos em três casos de reforma agrária, e 1 100 000 Euros num caso de atraso da justiça que dizia respeito a 218 requerentes), em 2016 foi de 2 400 619 EUR (2 000 000 Euros num único caso de reforma agrária) e em 2017, 157 635 EUR (entre os quais 25 000 EUR no caso Fernandes de Oliveira e 23 000 EUR no caso Lopes Sousa Fernandes — ambos casos relativo ao direito à vida garantido pelo Artigo 2.º da Convenção).

Voltando ao princípio, permitam-me reiterar que a sobrevivência do sistema europeu de proteção de direitos humanos depende do grau de comprometimento das autoridades nacionais com a Convenção Europeia. As autoridades portuguesas devem velar para que os direitos consagrados na Convenção Europeia sejam efectivamente garantidos. Os Magistrados portugueses estão numa posição privilegiada para garanti-los. Digo isso porque, na minha qualidade de focal point para as relações internacionais do Tribunal Europeu com os tribunais supremos e constitucionais de fora da Europa, incluindo a África do Sul, Angola, o Brasil, a Índia, o Japão, a Jordânia, Moçambique, nomeado para esse efeito pelo Presidente do Tribunal Europeu, sempre constatei nos contactos que tive por esse mundo fora o alto prestígio que as magistraturas judicial e do Ministério Público portuguesas gozam, dado o seu reconhecido apego aos valores democráticos e à causa dos direitos humanos.

O papel dos tribunais na aplicação da Convenção é hoje reforçado com a entrada do Protocolo n.º 16 que dá a possibilidade aos Estados de instaurar junto do Tribunal Europeu um processo com vista a obter um parecer consultivo por parte da Grande Câmara relativamente à interpretação e aplicação dos direitos e liberdades consagrados pela Convenção. A este respeito, não posso deixar de referir que o Tribunal Europeu recebeu no mês passado o seu primeiro pedido de parecer proveniente da Cour de

Cassation francesa relativamente à questão do registo civil de crianças nascidas no âmbito de uma gestação para outrem, caso sobre o qual o Tribunal Europeu proferiu um acórdão a 21 julho 2016 (Mennesson *c.* França).

Excelências.

Queria concluir esta minha intervenção com uma nota de satisfação pelo percurso que Portugal fez nestes últimos anos em matéria de direitos humanos. O percurso foi longo e o esforço feito pelas autoridades nacionais foi proveitoso. Mas há ainda caminho por percorrer, por exemplo na reforma dos códigos penal e processual penal, na organização judiciária e do Ministério Público e nos estatutos profissionais dos magistrados.

Tendo em conta as iniciativas desenvolvidas estes últimos anos no âmbito do processo de Interlaken, com vista nomeadamente a reforçar a aplicação da Convenção a nível dos Estados Membros, aproveito esta ocasião solene para incentivar as autoridades políticas e judiciárias portuguesas, aqui tão distintamente representadas, a promover a defesa da Convenção nestes tempos conturbados que a Europa vive e a garantia dos direitos humanos que ela consagra. Portugal ainda não assinou o Protocolo n.º 16. Reitero, pois, **o apelo do Presidente do Tribunal Europeu Guido Raimondi** aquando da sua visita em Dezembro de 2016 para que o façam o mais depressa possível. Este é um passo importante para a consolidação do diálogo entre o Tribunal Europeu e os tribunais nacionais que urge dar. Devemos isso não só às mulheres e aos homens de hoje vítimas de injustiça, mas também às gerações passadas que criaram e desenvolveram o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, cujo legado é único na história da Humanidade.

*Obrigado pela vossa atenção.*



## EM DIRECÇÃO A UMA «TEORIA GERAL DAS PENAS DE SUBSTITUIÇÃO»? (\*)

Por André Lamas Leite (\*\*)

*SUMÁRIO:*

**I.** Introdução. **II.** Traços comuns a todas as penas substitutivas. **III.** Discussão de propostas de uniformização de regime. **IV.** Brevíssima referência ao problema do concurso de crimes.

**Resumo:**

Partindo da impossibilidade de construir uma verdadeira teoria geral para as penas substitutivas, o autor analisa alguns dos seus pontos comuns e que permitem uma abordagem ao juízo de prognose favorável em que as mesmas se baseiam, adiantando, *de lege ferenda*, propostas legislativas no sentido de reforçar esses mesmos traços comuns, a favor de uma aplicação mais uniforme das sanções em estudo.

---

(\*) Corresponde a um pequeno capítulo da dissertação de doutoramento em Ciências Jurídico-Criminais (inédita) intitulada “As penas de substituição em perspectiva político-criminal e dogmática. Contributo para uma análise sistemática”, defendida em provas públicas, na FDUP, a 7/3/2016. O autor opta por não seguir o Acordo Ortográfico de 1991.

(\*\*) Professor da Faculdade de Direito da Universidade do Porto e da Universidade Europeia (Lisboa). Investigador do CIJE/FDUP. Advogado.

## I. Introdução

Sabemos que a doutrina italiana — fundamentalmente esta — dedicou boa parte do seu estudo no domínio das penas de substituição à busca de eixos-rectores comuns às singulares medidas previstas na lei. Também se não ignora que, mau grado todos esses esforços, os resultados claudicaram ante a diversidade de regimes de Direito positivo de cada uma delas.

A pergunta que encima este trabalho não é, pois, a de saber se é ou não possível, nos dias de hoje, e ao menos em face da legislação pátria, divisar essas constâncias a erigir em «teoria geral». Dito de outro modo, estamos interessados não apenas em descobrir os específicos pontos de regulamentação que quedam iguais nas várias sanções substitutivas, mas também em identificar quais os «traços genéticos» deste instituto de Direito Penal substantivo.

Ilustremos o que vimos de dizer por meio de um exemplo. A leitura do art. 59.º, n.º 6 do Código Penal<sup>(1)</sup> parece depor no sentido de uma certa «fungibilidade» entre várias medidas substitutivas. É certo que, no caso *sub judice*, esta modificação surge no quadro de um verdadeiro incidente da pena de prestação de trabalho a favor da comunidade (PTFC) e não em um momento inicial em que o juiz, determinada que foi uma medida concreta, tem ao seu dispor, num único artigo, várias penas de substituição. Todavia, este último momento acaba por ser um argumento virtual, porquanto não é necessário que um inciso desse tipo exista para que o julgador, em face de um dado crime e de uma dada moldura penal, tenha o *poder-dever* de ponderar entre várias penas de substituição. Assim, o critério distintivo da diferença de momento em que a questão se levanta não é, como se vê, decisivo<sup>(2)</sup>. Ora, cremos divisar na norma em análise (que já não no art. 55.º, dado que aí se tratam também de medidas a adoptar em hipóteses de inadimplemento das penas substitutivas indicadas, mas em que não se sai, no art. 55.º, do domínio da mesma sanção, ao invés do comando a propósito da pena de

---

(1) Doravante, qualquer referência a um inciso legal sem indicação expressa em contrário, deve ter-se por feita para o Código Penal.

(2) Tanto assim não é que a al. a), do n.º 6, do art. 59.º permite que o juiz, em hipótese de incumprimento da pena de PTFC, a *substitua* por uma pena principal, algo de inicialmente impensável em uma estrutura de pensamento rígida entre estas duas categorias dogmáticas. Dizemos *substituição* por pena principal na medida em que existe, como se não ignora, uma tendencial correspondência, na economia da PE do CP, entre um ano de prisão e 120 dias de multa, exactamente aquela que é utilizada no artigo (recorde-se que a pena de PTFC só é aplicável a penas no máximo até dois anos de privação de liberdade).



PTFC) uma referência de Direito positivo a essa empresa de divisar os traços comuns das várias penas de substituição.

A emergência deste estudo justifica-se tanto mais quanto, nos nossos dias, se vai assistindo a uma defesa de cumulação de algumas penas de substituição, num aparente esforço de as tornar mais acomodadas às exigências gerais e especiais-preventivas (*maxime* estas últimas). Ora, a posição que assumimos de cautela em tal cumulação, exactamente na medida em que cada uma dessas penas é dotada de uma autonomia que a caracteriza, parece que representa uma admissão, da nossa parte, de que a tarefa a que aqui nos propomos é irrealizável. Assim não é, porém.

Na verdade, verificar a autonomia de sentido de cada uma das penas de substituição nada mais é que um elogio a um sistema jurídico-penal que, em face de uma sanção principal, quando entende que as finalidades punitivas se almejam de um modo proporcionalmente mais compatível, reage com um arsenal que se não queda por uma ou duas formas de reacção substitutiva, mas apresenta uma variedade mais ou menos elevada. Ora, isto em si é uma *vantagem*. Vantagem que, como em tantas outras opções político-criminais, representa acrescidas dificuldades hermenêuticas e aplicativas.

## II. Traços comuns a todas as penas substitutivas

Importa, pois, por um lado, sublinhar que todas as penas substitutivas partilham alguns traços distintivos comuns e, por outro, indicar aqueles que, não logrando uma expressa consagração legal, o deveriam, em nosso entender.

Comecemos, então, por apontar os traços comuns:

**A.** Comprometimento com os fins do movimento de *luta contra as penas curtas de prisão*, conhecidos que são os seus efeitos desvantajosos para o condenado e, por reflexo, para a comunidade. Onde, concepção segundo a qual a prisão por curtos períodos comporta mais efeitos deletérios que positivos, i. é, partilha de uma mundividência no que respeita à prisão em tais circunstâncias.

**B.** *Atenuação da imagem global do facto* e que autoriza a colocação da possibilidade, pelo juiz, de substituir a reacção criminal por outra que se aplique em vez dela.

C. Elaboração de um *juízo prognóstico favorável* que, no essencial, leva em conta elementos comuns (gravidade do crime, características pessoais do agente <sup>(3)</sup>, consequências do evento), e que contende com uma gravidade do facto compatível com um cumprimento da sanção fora do meio prisional ou, na hipótese das sanções de substituição detentivas (hoje, apenas, a do art. 43.º), fora de um regime contínuo de cumprimento da pena privativa de liberdade (era o caso da prisão por dias livres e do regime de semidetenção, dos então arts. 45.º e 46.º, antes da sua eliminação, por via da Lei n.º 94/2017, de 23 de Agosto), assim como com as características do agente, manifestadas em factos concretos, que permitem concluir que a pena substitutiva será suficiente para realizar as finalidades punitivas, incluindo a prevenção da reincidência.

D. Valorização de uma *intencionalidade mais prospectiva que retrospectiva*. Sabe-se que, partindo da prevenção geral positiva, como fazemos, toda a sanção tem uma finalidade prospectiva. Não o negamos. Todavia, também não seria cientificamente honesto deixar de coonestar que o cumprimento *per se* considerado da pena principal, pela sua natureza, se esgota na privação de liberdade do agente ou de parte do seu património, inexistindo, assim, uma consequência mais directa e externalizada para a comunidade. Ora, em algumas penas de substituição, essa *externalização* é uma realidade, como sucede sobretudo com a pena de PTFC e com certas modalidades de pena suspensa, desde logo com os deveres de indemnização ao ofendido ou a pessoas colectivas que tenham por escopo a protecção de direitos do tipo dos afectados pelo crime, bem como a prestação de satisfação moral adequada (todas as alíneas do n.º 1, do art. 51.º), a frequência de certos programas ou actividades [art. 52.º, n.º 1, al. b)] e, de jeito muito claro, com o regime de prova fundado num plano de reinserção social (arts. 53.º e 54.º). De alguma forma — embora em medida inferior —, a pena de proibição do exercício de profissão, função ou actividade (art. 46.º) também se assume como prospectiva, na medida em que orientada para evitar que o agente volte a cometer crimes conexos com aquilo que agora se proíbe. É certo que tal se consegue por via de «inocuidação», por se retirar ao agente a possibilidade fáctica de reincidir, mas mantém-se uma orientação prospectiva. A multa de substituição do art. 45.º, n.º 1, embora de jeito ainda menos claro, acaba por participar da

---

<sup>(3)</sup> Sublinha-o MAURACH, REINHART/GÖSSEL, KARL HEINZ/ZIPF, HEINZ, *et al.*, *Strafrecht. AT*, Teilband 2, 8. Auflage, Heidelberg: C.F. Müller, 2014, § 64, Rn 25, p. 849, referindo-se, a título exemplificativo, à energia criminal do agente e ao maior ou menor grau de violação dos deveres que sobre si impendiam [«(hohe kriminelle Energie), dem Maß der Pflichtwidrigkeit»].

mesma ideia, na medida em que o quantitativo entregue ao Estado poderá, ao menos em tese, ser canalizado para as funções estatais de que beneficiam não apenas o próprio condenado, mas a sociedade em geral. Existe, pois, uma externalização que se não queda pela mera privação de uma parte do património do condenado.

O mesmo se não observa já na pena do art. 43.º, n.º 1, bem como nas prevenidas nos anteriores arts. 45.º e 46.º Aqui, continuamos com uma privação de liberdade que, no primeiro caso, ao invés das outras duas penas, é cumprida na residência do condenado ou em outro local apropriado. E essa substituição fica por aí, sem consequências directas para terceiros que delas derive. Aliás, não terá sido por acaso que em todas elas, menos na antiga prisão por dias livres, o legislador tenha exigido o consentimento do condenado para a respectiva aplicação. Tirando a pena de PTFC, este é um traço característico dos incidentes de execução da pena (pense-se na liberdade condicional). Compreende-se que na prestação de trabalho comunitário, mesmo sendo ela uma verdadeira pena de substituição à qual é comum essa externalização directa de que falamos, se exija o consentimento do condenado, por via de prescrições constitucionais e de Direito Internacional Público.

Assim, em nosso juízo, mesmo a pena então prevista no art. 45.º também deveria exigir, *de lege ferenda*, esse mesmo consentimento, porquanto estávamos em face de uma forma alternativa de cumprir a pena de prisão e não nos convencia o argumento que tradicionalmente se vinha invocando de que na prisão por dias livres, ao invés do regime de semidetenção, inexistia um *quantum* de onerosidade que impusesse esse consentimento. Era exacto que a semidetenção importava que o condenado recolhesse ao estabelecimento prisional sempre, excepto para o estrito cumprimento das suas obrigações profissionais, educativas ou de formação, ao contrário do regime do ex-art. 45.º Todavia, neste último, o condenado permanecia durante cada período sempre em meio prisional, o que também, vistas as coisas agora desta perspectiva, não seria menos oneroso. De igual modo, o argumento segundo o qual a inexistência de uma distribuição geográfica dos estabelecimentos prisionais por todo o país importaria uma maior limitação de direitos na semidetenção que na prisão por dias livres não convencia. Em qualquer uma das hipóteses, o condenado tinha de se deslocar à prisão, seja todos os dias, seja somente aos fins-de-semana. Ainda assim, e concedendo existirem diferenças entre os dois regimes, não se pode deixar de sublinhar que a semidetenção era, por via da lei, de aplicação subsidiária em relação ao mecanismo do art. 45.º Destarte, a obrigação legal do art. 46.º, n.º 1 impunha uma análise judicativa

apta a salvaguardar os casos em que a onerosidade pudesse apresentar-se desproporcionada.

Isto dito, poder-se-ia contra-argumentar no sentido de que também a prisão, ao menos em teoria, está desenhada para conseguir a ressocialização do condenado e, por via disso, também ela se externaliza, para usar a expressão que vimos utilizando. Se isto assim é — ou deveria ser — à luz da Constituição, do CP ou do Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade, basta atentar na realidade para verificar o quão longe nos encontramos desse ideal. Aliás, já em outro local fizemos referência circunstanciada à dita «crise da ressocialização»<sup>(4)</sup>. Mas não é somente uma argumentação baseada numa frequente incapacidade para cumprir a *law in the books* que aqui pretendemos desenvolver. A pena de prisão, ainda que se consiga um efeito ressocializador, queda-se — e não é pouco — pelo evitamento da reincidência<sup>(5)</sup>. Mas dela não deriva, de jeito directo, qualquer vantagem para o ofendido ou para a comunidade em geral que não seja ter mais um elemento que interiorizou os valores do Direito ou que, ao menos, ainda que os não tenha interiorizado, se afaste da prática criminosa por outras razões, ainda que seja o medo de regressar ao estabelecimento prisional. Ora, nas penas de substituição acima identificadas, esse resultado existe, ao menos por regra.

Donde, em nossa opinião, *verdadeiras penas de substituição* são somente aquelas que compreendem esse *efeito prospectivo* e de directa consequência para terceiros implicados na prática delituosa.

### III. Discussão de propostas de uniformização de regime

Passemos, agora, a indicar aqueles aspectos de regime que, em nossa opinião, deveriam merecer um tratamento uniformizado:

**A.** É altamente discutida em vários ordenamentos jurídicos a questão de saber até que ponto a existência de uma ou mais anteriores condena-

---

(4) Veja-se o nosso “Ressocializar, hoje? Entre o «mito» e a realidade”, in *Revista do Ministério Público*, 156, 2018, pp. 9-56.

(5) Entre várias decisões, admitindo, pois, as consequências negativas das penas curtas de prisão, vide o ac. do TRL de 5/2/2003, Proc. n.º 0085633, CLEMENTE LIMA: «efeitos perversos das penas detentivas de curta duração.»; ac. do TRP de 2/2/1994, Proc. n.º 9321302, EMÍDIO TEIXEIRA: «[t]endo em conta os malefícios das penas curtas de prisão é de privilegiar a pena de multa como reacção contra a pequena delinquência.» (itálicos nossos).

ções transitadas em julgado e inscritas no registo criminal devem ou não ser obstáculo à aplicação de uma sanção de substituição <sup>(6)</sup>. Entende-se, a favor desta tese, que o desrespeito à norma já manifestado pelo autor

---

<sup>(6)</sup> Em Itália, *v. g.*, o instituto correspondente à nossa pena suspensa exige que o condenado não tenha inscrição no registo por pena detentiva por «delito» e esta pena de substituição não pode ser aplicada mais de uma vez na vida do agente, excepto se a nova, juntamente com a anterior, não ultrapasse os limites gerais do instituto a que alude o art. 163.º — cf. art. 164.º, ambos do CP daquele Estado. Algo de similar acontece em Espanha, onde o art. 80.º, 2, 1.ª estabelece a inexistência de condenações anteriores para o agente beneficiar da pena suspensa, embora não se computem como tais as derivadas de crime negligente ou por «delitos leves». Uma questão conexas com a apresentada em texto e que já foi tratada na nossa jurisprudência, trazendo-a dividida, diz respeito à hermenêutica do art. 17.º, n.º 1, da Lei n.º 57/98, de 18 de Agosto, relativa aos princípios pelos quais se rege o registo criminal e, mais concretamente, quanto a saber se se entende por «pena não privativa de liberdade» a sanção substitutiva em sentido próprio. No sentido afirmativo, cf., entre outros, o ac. do TRP de 12/11/2014, Proc. n.º 431/10.8GAPRD-AW.P1 (AIRISA CALDINHO), e, do mesmo Tribunal, o aresto de 21/1/2015 (AUGUSTO LOURENÇO), proferido no Proc. n.º 129/02.0TAMBR-C.P1, bem como o de 6/5/2015, Proc. n.º 43/12.1GCOVR-A.P1, LÍGIA FIGUEIREDO, do TRL, o ac. de 11/6/2015, Proc. n.º 126/11.5PDCSC. L1-9, CARLOS BENIDO, da mesma Relação, o ac. de 16/6/2015, Proc. n.º 208/08.OPFAMD.L1-5, JOÃO CARROLA; no que nos pareceu em direcção oposta, o ac. do TRL de 22/10/2014, Proc. n.º 70/98.0TBPRD-A.P1, NETO DE MOURA, onde se recolhem ainda indicações relevantes de outros arestos patrocinando ambas as orientações. A Lei n.º 37/2015, de 5 de Maio, veio revogar a anterior, com entrada em vigor a 10/5/2015, sem prejuízo da regulamentação a que alude o art. 45.º da citada Lei, tratando agora a matéria no art. 13.º, n.º 1 que, no que tange ao segmento normativo aqui analisado, se mantém sem alteração. Muda, isso sim, o critério a ter em conta para a decisão da não transcrição, o qual deixa de ser apenas o de «sempre que das circunstâncias que acompanharam o crime não se puder induzir perigo de prática de novos crimes», para se acrescentar a este «se o arguido não tiver sofrido condenação anterior por crime da mesma natureza». Nos termos do art. 13.º, n.º 1, da Lei n.º 37/2015, pode o tribunal determinar a não transcrição das penas de prisão aplicadas em medida não superior a um ano ou em *sanções não privativas de liberdade*. Este último segmento só pode referir-se, em nossa opinião, à pena de multa principal e não a qualquer pena de substituição. De facto, a circunstância de o legislador já ter ponderado que mesmo uma pena limitadora da liberdade, se até determinado *quantum*, poder não dar lugar à inscrição, reflecte a percepção de que a perigosidade ou as necessidades preventivas-gerais (consoante a concepção que se tenha do instituto do registo criminal — sobre toda esta matéria, cf. A. M. DE ALMEIDA COSTA, *O registo criminal. História. Direito Comparado. Análise político-criminal do instituto*, Coimbra: Universidade de Coimbra, 1985, pp. 246-252) podem não justificar esse facto jurídico, pelo que, *a fortiori*, concluímos pela interpretação do segmento em causa como excluindo as penas em estudo. Aliás, em termos do elemento histórico da hermenêutica jurídica, era essa a anterior solução a que pacificamente se chegava, antes da vigência da Lei de 1998, como informa *ult. loc. cit.*, pp. 301-304, apontando para uma contradição entre o juízo prognóstico favorável a que o juiz chegara e a inscrição no registo. Acresce que tal se sustenta ainda na autonomia que vimos afirmando destas reacções criminais por relação às principais, nem se podendo dizer que o juízo de prognose favorável que sempre enforma as penas substitutivas contribuiria para um diverso entendimento. Esta hermenêutica é, assim, aquela que melhor se coaduna à autonomia das penas substitutivas, ao diverso juízo que as acompanha quando comparado com aquele que, em uma primeira fase, leva a que o magistrado judicial escolha entre prisão e multa como sanções principais e, por fim, o que mais encontra cabimento em qualquer que seja a finalidade adscrita ao instituto do registo criminal, *par conséquence* impondo-se como a interpretação teleologicamente mais bem fundada. Finalmente, o acordo uniformizador de jurisprudência n.º 13/2016, de 7 de Julho, decidiu no sentido de que aquele segmento normativo contende com as penas de substituição, ou seja, que a pena suspensa integra o conceito de “sanção não privativa da liberdade”.

impede qualquer juízo de prognose favorável e, por isso, ao criminoso não pode ser aplicada esta pena. As exigências preventivas-gerais, sobretudo, mas também de algum modo as especiais, a isso obstarão. Não é esta, todavia, a nossa concepção. Manifestamo-nos abertamente no sentido de que a existência de antecedentes criminais não deve determinar, por si só, uma impossibilidade legal de aplicação de uma das penas em estudo. Na verdade, sendo exacto que, via de regra, tal circunstância depõe desfavoravelmente quanto à existência de um juízo prognóstico favorável, o mesmo não o impede *de todo em todo*, desde logo na medida em que se terá de averiguar que tipo de crime ou crimes foram esses que se encontram no passado delitual do agente. Podem os mesmos assumir uma gravidade muito pouco considerável e que, por isso, não sejam aptos, *de per se*, note-se, a afastar a pena de substituição. Aquilo para que propendemos é para uma concessão ao juiz — aquele que se encontra em melhores condições — de, *in concreto*, decidir em qualquer dos sentidos admissíveis. É evidente que uma situação de reincidência ou de pluri-reincidência é indiciadora de uma personalidade manifestada em actos desconforme ou indiferente às prescrições deste ramo de Direito. Mas apenas isso: *indiciadora*. Na concreta facticidade pode bem suceder que o tipo e a gravidade dos delitos anteriores e as circunstâncias em que aquele que agora está a ser julgado e em relação ao qual se levanta a possibilidade de aplicar uma pena substitutiva sejam de molde a que esta possa e deva aplicar-se. Só assim se leva a sério a prescrição político-criminal da prisão como *ultima ratio* e se é congruente com um programa ressocializador imposto pela Constituição e pela lei ordinária. Por outro lado, julgamos que esta é a posição mais consentânea com um entendimento das penas em estudo como respostas «normais» do sistema criminal e não como qualquer benefício concedido ao condenado, ou mesmo como uma espécie de sanções «de segunda categoria», «clandestinas», que se aplicam sem que convenha fazer grande publicidade das mesmas, porventura ainda um resquício histórico de uma mentalidade de justiça de classes em que existiam verdadeiros privilegiados e em que o princípio da igualdade era tão-só uma miragem. Assim se reforça, ainda, a *autonomia* das penas de substituição. Refira-se, por fim, que instrumentos de *soft law* apontam nesta mesma direcção<sup>(7)</sup>.

---

(7) Cf. a Rec (2000) 22, do Comité de Ministros do Conselho da Europa, adoptada em 29/11/2000, apêndice 2, art. 3.º Assim como a jurisprudência quase unânime do STJ — cf. MOURA, JOSÉ SOUTO DE, “A jurisprudência do STJ sobre fundamentação e critérios da escolha e medida da pena”, 2010, acessível em <[http://www.stj.pt/ficheiros/estudos/soutomoura\\_escolhamedidapena.pdf](http://www.stj.pt/ficheiros/estudos/soutomoura_escolhamedidapena.pdf)>, consulta em 6/3/2019, p. 3.

Finalmente, e não sem importância, o nosso Direito positivo aponta no mesmo sentido, porquanto, ao contrário de outros, p. ex., o espanhol, na pena suspensa, não prescreve em nenhuma das concretas penas substitutivas uma proibição da sua aplicação existindo reincidência.

Apesar do que vem dito, existe uma situação em que a lei, *expressis verbis*, veda a determinação da pena de substituição em tais hipóteses, o que sucede com o art. 197.º, n.º 3 do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos (CDADC), o qual é aplicável a todas as disposições penais desse diploma.

Confessamos alguma dificuldade no entendimento desta opção legislativa, desde logo na medida em que, embora se tratando de crimes, não estamos, por certo, em face daqueles que comportam um maior potencial de ofensividade justificativo de que expressamente se vede a aplicação da pena substitutiva. Também não se poderá argumentar com a data de publicação desse Código (14/3/1985), a qual é posterior à do actual CP na sua versão originária e este último não contém norma paralela. Aliás, a redacção ora em vigor do art. 197.º, n.º 3, do CDADC foi dada pela Lei n.º 114/91, de 3 de Setembro.

**B.** Alguns autores<sup>(8)</sup> vêm advogando a necessidade da existência de uma norma jurídica expressa no sentido da preferência legislativa pelas penas de substituição em detrimento das penas principais, desde que as primeiras sejam aptas, de igual modo, a satisfazer as necessidades sancionatórias. Assim se assinalaria, sem margem para dúvidas, aquilo que é um *acquis* político-criminal.

A primeira questão a colocar, no âmbito do Direito positivo português, é a de saber até que ponto o art. 70.º já não desempenha essa função<sup>(9)</sup>. A uma primeira leitura, o inciso em questão parece somente referir-se às penas principais, ou seja, existe um mandamento do legislador no sentido de que o julgador, prevendo o tipo legal uma pena de prisão ou de multa (sistema de multa alternativa), se decida pela última, por ser a que não importa uma privação de liberdade. O vocábulo «aplicáveis», referindo-se à moldura penal abstracta, deporia em tal sentido. Todavia, julga-

---

(8) De entre eles, CID MOLINÉ, JOSÉ, “La política criminal europea en materia de sanciones alternativas a la prisión y la realidad española: una brecha que debe superarse”, in *Estudios Penales y Criminológicos*, 30, 2010, pp. 68-70.

(9) Dizendo-o com RODRIGUES, ANABELA MIRANDA, «Critério de escolha das penas de substituição no Código Penal português», in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, 1984, Coimbra: Universidade de Coimbra, 1988, p. 6, ele «encerra (...), antes de mais, um inequívoco conteúdo programático, reflexo de uma orientação político-criminal bem definida».

mos que esta é uma interpretação que não capta todo o sentido da norma. Antes de mais, o elemento sistemático aponta para uma concepção mais ampla: o capítulo em que se insere diz respeito à «escolha e medida da pena». Ora, por «escolha da pena» não se entendem somente as hipóteses de multa alternativa, mas também os casos em que, após a determinação de uma medida concreta da pena, o juiz se decide por uma pena substitutiva, pelo que a matéria de que tratamos também se acha contida no escopo do art. 70.º Por outro lado, em uma hermenêutica teleologicamente orientada, e sendo consensual que o nosso CP reconhece o efeito criminógeno da prisão e que prefere, em igualdade de circunstâncias, as medidas não detentivas às detentivas, apenas esta interpretação respeita aquele desiderato.

Donde, sendo certo que a existência de uma norma como a sugerida comporta assinaláveis vantagens, o ordenamento jurídico pátrio já isso mesmo considerou e previu. Com a consequência daqui derivada que é o próprio CP que impõe a existência de penas de substituição, na medida em que o seu art. 70.º corporiza um mandamento político-criminal com assento constitucional. Assim, não será errado dizer-se existir uma injunção dirigida ao legislador, não apenas de prever sanções substitutivas, mas também de o respectivo regime ser favorável à ressocialização do condenado e de o seu leque ser suficientemente rico e elástico para que o adimplemento opere de modo efectivo. E isto pela simples e límpida razão de que as penas em estudo são uma manifestação, um cumprimento, desse mesmo art. 70.º, podendo mesmo aí encontrar-se um dos seus fundamentos legais.

C. Existe uma discrepância assinalável no regime nacional da matéria em estudo no que diz respeito à possibilidade de, por um evento superveniente, se modificar ou não a própria pena substitutiva ou, pelo menos, algum ou alguns dos seus conteúdos.

No caso da pena de PTFC, o art. 59.º, n.º 1 determina que, existindo um acontecimento posterior à decisão judicial que impeça o cumprimento do trabalho, o magistrado lance mão de um de dois expedientes, consoante as situações. Em se tratando de uma impossibilidade meramente *temporária*, admite-se a suspensão da prestação de trabalho por um máximo de trinta meses, o que torna a sanção mais flexível e humanizada, no sentido de que compreende que uma impossibilidade deste tipo não é suficiente para colocar em questão os desideratos da pena substitutiva *de per se*. Se, ao invés, a impossibilidade é *permanente* (p. ex., o condenado, por doença ou acidente, perde um membro que dificulta ou torna de todo impossível a prestação laboral), então o juiz pode aplicar ao condenado distintas penas



de substituição (art. 59.º, n.º 6): a multa até 240 dias<sup>(10)</sup> ou a suspensão da execução da pena principal por um período entre um e três anos, com deveres ou regras de conduta adequadas, ou seja, aquelas que possam ser efectivamente cumpridas pelo condenado sem que a impossibilidade permanente que sobreveio impeça o adimplemento desta substituição da substituição<sup>(11)</sup>.

Do mesmo modo, também na pena suspensa com imposição de deveres (art. 51.º, n.º 3) se admite a modificabilidade destes últimos em função de circunstâncias supervenientes, o que também se aplica à suspensão com regras de conduta [*ex vi* da remissão do art. 52.º, n.º 4 para o art. 51.º, n.º 3<sup>(12)</sup>], mas, estranhamente, já não no regime de prova onde, devido à maior flexibilidade que o mesmo deveria revestir, *a fortiori*, tal se devia prever. Entendemos, *de iure condendo*, que tal deveria suceder.

**D.** Também nos casos de inadimplemento das penas substitutivas se assiste a um regime desigual.

Assim, no caso da suspensão de execução da pena privativa de liberdade, o art. 55.º determina que, em hipótese de incumprimento que seja considerada pelo juiz como não pondo em causa a manutenção da sanção, pode ser aplicada ao condenado uma série de mecanismos que, não importando a sua revogação, visa reforçar as garantias de um adimplemento pontual<sup>(13)</sup>.

---

<sup>(10)</sup> Inexistem dúvidas de que estamos perante a multa de substituição, não apenas pela circunstância de se tratar de uma substituição superveniente de uma pena também ela substitutiva, mas também pela expressa remissão do art. 59.º, n.º 6, al. a) para o art. 45.º, *in casu*, o seu n.º 2.

<sup>(11)</sup> Com algumas similitudes, veja-se o nosso “Algumas considerações em torno do art. 49.º, n.º 3, do CP: anotação ao acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 7/1/2015, Proc. n.º 55/13.8PDPRT-B.P1”, *in Revista do Ministério Público*, 142, 2015, pp. 171-191.

<sup>(12)</sup> Assim, correctamente, o ac. do TRL de 26/10/2010, Proc. n.º 25/93.0TBSNT-A.L1-5, JORGE GONÇALVES, aludindo de modo expresso ao cariz *rebus sic stantibus* de tal condenação.

<sup>(13)</sup> A norma tem origem no art. 65.º do ProjPG, onde se advertia que estes acrescentos admonitórios se aplicariam nas hipóteses em que o agente tivesse actuado «por rebeldia ou manifesta negligência». Foi desde logo assumido, tal como hoje ainda se defende, que o artigo em causa visa reforçar a aplicação da pena principal como *ultima ratio* (*Actas das sessões da Comissão Revisora do Código Penal. PG, Vols. I e II*, Lisboa: AAFDL, s/d., Vol. II, pp. 68-69). Em sentido próximo, veja-se o art. 55.º do CP cabo-verdiano, embora com diferenças: a) basta um incumprimento culposo dos deveres impostos ao agente para a revogação da pena suspensa, embora no art. 56.º, n.º 1, só se determine a revogação se o incumprimento for grosseiro ou repetido, o que introduz problemas de compatibilização entre as duas normas; b) refere-se expressamente que o delito cometido durante o período de suspensão pode ser doloso ou negligente, desde que lhe não caiba, em concreto, pena detentiva, sendo necessário que o tribunal analise as «circunstâncias» para se decidir pela imposição acrescida de outras obrigações ou pela revogação, a qual só ocorre perante crimes dolosos — art. 56.º, n.º 1; c) admite-se um instrumento *aparentemente* desconhecido do Direito português: «decidir que não se conte como prazo de cumprimento todo ou parte do tempo transcorrido até ao momento.». Trata-se de uma solução perigosa, dado que, em verdade, conduz a um alargamento do período de suspensão que, assim,

Como já referimos em outro lugar<sup>(14)</sup>, mas aqui importa reforçar, o tribunal não tem necessariamente de passar pela aplicação de alguma das medidas previstas no art. 55.º para depois estar em condições legais de lançar mão da revogação da suspensão<sup>(15)</sup>. Se o incumprimento em causa for de tal modo grave que esteja patente que as finalidades suspensivas não foram *in casu* conseguidas, pode desde logo revogar a pena substitutiva. Será, pois, a gravidade do inadimplemento que determinará se o juiz só recorre ao art. 55.º ou só ao art. 56.º, ou aos dois, começando pelo primeiro e terminando no último.

Tal não sucede em qualquer outra das demais penas. Assim, na multa de substituição, o seu não pagamento determina o cumprimento da pena de prisão fixada na decisão judicial (art. 45.º, n.º 2), mas aí ainda com uma possibilidade de se suspender a prisão subsidiária, desde que se prove que o não pagamento não é imputável ao condenado (art. 49.º, n.º 3), sujeita a deveres ou regras de conduta dos arts. 51.º e 52.º de cariz não económico ou financeiro. Existe, então, nesta sanção substitutiva, embora em menor medida quando comparada com a pena suspensa, alguma margem de flexibilidade.

Por fim, na pena de PTFC, o art. 59.º, n.º 5 determina que, mesmo em hipóteses de incumprimento, se a prestação «for considerada satisfatória, pode o tribunal declarar extinta a pena não inferior a setenta e duas horas, uma vez cumpridos dois terços da pena». Ora, em primeiro lugar, registe-se

---

naquele Estado, pode ir para além dos cinco anos, sem um limite expresso e que, no limite, pode aproximar-se dos *dez anos* sempre que o inadimplemento ocorra próximo do final do período suspensivo e a suspensão tenha sido determinada pelo prazo máximo (art. 53.º, n.º 4). Pode ser desproporcionada a medida, para além de o legislador ter dotado o aplicador de critérios fluidos para a sua determinação. Do mesmo modo que temos por inconstitucional, pois deixaria o condenado, em abstracto, sem limitação ao dispor do *ius puniendi* estatal, a proposta de autores como MULAS, NIEVES SANZ, “Penas alternativas a la prisión”, in *Revista de Ciencias Penales de Costa Rica*, 15, 21, 2003, p. 31, os quais defendem a *inexistência de qualquer limite ao período de suspensão*, por o associarem ao critério de *perigosidade*.

<sup>(14)</sup> “A suspensão da execução da pena privativa da liberdade sob pretexto da revisão de 2007 do Código Penal”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, t. II, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, pp. 608-610.

<sup>(15)</sup> Julgamos poder interpretar de modo próximo o art. 86.º, 2 do CP espanhol, que apenas reserva medidas anteriores à revogação para as hipóteses em que o incumprimento não tenha tido «carácter grave ou reiterado», podendo passar pela imposição de «novas proibições, deveres ou condições, bem como modificar as já impostas», assim como «prorrogar o prazo de suspensão, desde que em caso algum tal possa exceder metade da duração do prazo inicialmente fixado». Tal como deriva do nosso art. 56.º, n.º 1, al. b), o CP do Estado vizinho também não determina uma revogação automática da pena suspensa pela comissão de um crime durante o período suspensivo, mas somente se o delito «colocar em evidência que a expectativa em que se fundara a decisão de suspensão adoptada não pode mais ser mantida».

o amplo campo de discricionariedade do juiz, ainda que vinculada, pois tem de preencher o conceito de «prestação satisfatória». Tudo leva a crer que tal contenda com aspectos relativos à qualidade do trabalho prestado e às condições desse cumprimento, ou seja, se o condenado, durante esse período, cumpriu os horários de modo relativamente escrupuloso, se o trabalho distribuído foi, na generalidade dos casos, levado a cabo e com uma qualidade média. Só assim julgamos poder interpretar-se, na medida em que os aspectos quantitativos já se acham inscritos no resto do artigo.

Este tratamento privilegiado da pena suspensa e da pena de PTFC podem indiciar uma certa preferência legal (que negamos) por estas duas sanções substitutivas, mas a pergunta que agora se impõe é a de saber se o regime do art. 55.º, por ser o mais completo, não deveria lograr aplicação em todas as penas de substituição.

Se estas são vistas como preferíveis pelo legislador, que erige a prisão como *ultima ratio*, então, desde logo por uma questão de congruência, entendemos que, no plano do Direito a constituir, se deveria prever a aplicação do regime desse artigo à totalidade das sanções em estudo<sup>(16)</sup>. Relacionado com o que vem de dizer-se, do prisma político-criminal, a luta contra os efeitos criminógenos do meio prisional, em especial nas sanções de curta duração, vão também neste mesmo sentido. A única sanção que, pela sua própria natureza, não admitiria este regime, é a admoestação.

E. Na sequência de alguns instrumentos de *soft law*<sup>(17)</sup>, por obediência ao princípio da mínima intervenção possível, prescreve-se que deveria existir um normativo que permitisse modificar e mesmo dar por findo o cumprimento da pena de substituição quando as respectivas finalidades estivessem adimplidas, ainda que antes do período judicialmente fixado. Tal poderia ser especialmente importante nas hipóteses em que um condenado cumpre um plano de desintoxicação por um período e as suas finalidades se alcançam em momento anterior<sup>(18)</sup>.

---

(16) Também CID MOLINÉ, JOSÉ, «La política criminal europea...», pp. 73-74, se pronuncia pela vantagem político-criminal em prever outras respostas ao incumprimento que não importem, *de plano*, a revogação da pena de substituição. Aponta ainda as Rec (70) 1, art. 6.ºc e (92) 17, de 19/10/1992, do Comité de Ministros do Conselho da Europa, relativas à coerência na prolação das penas. Depois de enunciar a obrigatoriedade de uma cuidada fundamentação na determinação das sanções (ponto A.1. e toda a parte E da última Rec citada), realça a necessidade de essa política punitiva e de prática judiciária erigir a prisão como último recurso e de incrementar o uso de penas substitutivas (pontos A.6., B.5.), dando-se alguns exemplos, com particular destaque para a multa e pena suspensa (B.6. a B.8.).

(17) P. ex., a Rec (92) 16, do Comité de Ministros do Conselho da Europa, adoptada em 19/10/1992 (arts. 87.º e 88.º).

(18) Como defende CID MOLINÉ, JOSÉ, «La política criminal europea...», p. 72.

Se bem vemos as coisas, aquilo que se acaba por propor é algo de similar à liberdade condicional enquanto incidente de execução da pena privativa de liberdade. Similar, sublinhamos, porquanto a primeira importa sempre injunções, regras de conduta e/ou regime de prova e, nesta hipótese, propende-se para uma cessação da aplicação da pena substitutiva sem mais. Na liberdade condicional, mesmo que, em casos muito raros, as exigências preventivas-gerais e especiais estivessem reunidas antes da metade da pena, nenhum instrumento existe que permita libertar o condenado, ainda que condicionalmente. Dir-se-á que mesmo que as finalidades do art. 40.º se reúnam antes desse momento, o legislador terá entendido que estaremos em face de casos refractários, em número não estatisticamente representativo, desde logo do prisma da prevenção geral. Ora, o que se propõe é contendente com a matéria ainda da modificabilidade da decisão judicial que aplicou uma sanção de substituição. Não se ignora que existe uma certa aproximação entre esta e o pensamento ínsito à jurisdição voluntária, o que deporia em sentido favorável à admissão de uma norma como a proposta.

As razões que se antevêm em sentido oposto são, em primeiro lugar, de um certo tratamento desigual quanto às penas principais, por não admitirem um mecanismo como o proposto. Por outro lado, não será fácil, na prática, em muitas das obrigações ou injunções aplicadas ao condenado, saber a partir de que momento se operaram já ou não as finalidades punitivas. Assim, p. ex., se o agente tem de pagar, como dever no âmbito de uma suspensão executiva da pena de prisão, um quantitativo ao ofendido ou a favor de um terceiro, não se pode afirmar que um mero pagamento parcial já tenha cumprido esses desideratos. Donde, desde logo, ainda que a admitir uma norma nesse sentido, parece seguro que todas aquelas que assumam uma natureza pecuniária não admitem um cumprimento «antecipado», aqui traduzível no pagamento de uma quantia inferior à fixada na decisão. Mas, p. ex., se o condenado fica obrigado, também no domínio de uma pena suspensa, a comparecer perante um órgão de polícia criminal uma vez por semana durante seis meses, muito dificilmente se conseguirá saber se ao fim do terceiro ou quarto mês as finalidades do art. 40.º se acham preenchidas. Quando muito poder-se-á dizer que os técnicos de reinserção social terão uma ideia mais aproximada do facto, porém, mesmo estes, principalmente no que contende com as exigências gerais-preventivas, não disporão de muitos instrumentos para a avaliar. O que significa, também, que um juízo deste tipo, independentemente da entidade que a ele proceda, é sempre hipotético, prognóstico e que, por isso mesmo, por admitir uma margem de erro que a comunidade assume em nome da ressocialização, só deve ser elaborado por um juiz. Quanto a este

ponto estaremos todos de acordo, pois apenas aquele magistrado está dotado de legitimidade democrática (indirecta) para o efeito. O que não significa — muito longe disso — que não deva suportar a sua decisão nos pareceres que pede aos serviços de reinserção social e que têm um elevado peso na convicção judicativa final.

#### IV. Brevíssima referência ao problema do concurso de crimes

Um problema que se pode equacionar neste conjunto de princípios gerais das sanções substitutivas consiste na sua ligação com o concurso de crimes<sup>(19)</sup>. *Quid inde* se estamos perante algumas sanções em relação às quais se admite a aplicação, *in abstracto*, de alguma pena de substituição e não quanto a outras? O nosso legislador tomou posição definida quanto ao assunto: procede-se ao cúmulo jurídico quanto a todas as penas e somente no final, em face da pena conjunta, se decidirá sobre a verificação dos requisitos formais e materiais da medida substitutiva<sup>(20)</sup>.

---

(19) No que tange à punição de uma realidade próxima — e em relação à qual nos juntamos ao coro de críticos que vêm clamando por um *requiem* pelo crime continuado —, temos muitas dúvidas quanto à escolha legislativa de punir as hipóteses do art. 30.º, n.º 2 por via do *princípio da exasperação*, na medida em que, em várias das concretas factuais, parece-nos claro que o «ponto mínimo de defesa do ordenamento jurídico» não será acautelado. Em especial nas hipóteses em que a mesmidade do tipo legal de crime violado pelos delitos que integram a continuação faz com que as molduras penais abstractas sejam as mesmas e que os concretos crimes apenas funcionem como factores de agravção. Cremos bem que, porventura, o recurso a um princípio de absorção agravada, sem prejuízo de se considerar cada uma das medidas das penas como factores de agravção, melhor serviria os desideratos punitivos.

(20) E, do mesmo modo, para efectuar o cúmulo, tem-se em conta a pena principal ainda não extinta. Se, p. ex., por via do conhecimento superveniente do concurso, estivermos a operar com sanções transitadas em julgado (art. 78.º, n.º 2), havendo extinção pelo cumprimento (da pena de substituição ou da principal), obviamente que essa sanção parcelar não será tida em consideração para efeitos do modo de determinação especial da pena concreta aqui em questão. Entre muitos, na jurisprudência, cf. os acórdãos do TRP de 22/2/2012, Proc. n.º 1351/09.4PBMTS.P1 (MARIA DOLORES SILVA E SOUSA), de 8/6/2011, Proc. n.º 237/07.1TAVRL.P1 (LUÍS TEIXEIRA), de 25/3/2009, Proc. n.º 0818079 (JOAQUIM GOMES), e de 28/5/2008, Proc. n.º 0842597 (ARTUR OLIVEIRA). Do TRL, *vide* o ac. de 22/9/2011, Proc. n.º 33/07.6PDFUN-A.L1-9, CID GERALDO. Outra questão sobre a qual o TC já várias vezes foi chamado a pronunciar-se contende com saber se é conforme com a CRP que, nas hipóteses a que alude o art. 78.º, se proceda à acumulação de penas de prisão efectivas com penas de prisão suspensas na sua execução, ainda que essa suspensão se não mostrasse revogada, concludo-se, a final, por uma sanção efectiva. Já se pretendeu que uma tal hermenêutica colidiria com a *intangibilidade do caso julgado*, tutelada nos arts. 29.º, n.º 4, e 282.º, n.º 3, ambos da CRP, bem como com os princípios da necessidade

Se assim não fosse, teríamos penas dificilmente passíveis de cumprimento na prática. P. ex., uma pena suspensa (que até poderia resultar de um cúmulo entre duas que fossem até cinco anos de prisão) e uma pena privativa de liberdade efectiva de seis anos. Como se procederia em termos de execução? O agente não poderia aguardar o decurso do tempo de suspensão e depois recolher ao estabelecimento prisional para cumprir a pena efectiva. Ou o inverso: cumprir primeiro esta última e depois a pena suspensa. Como se verificaria do adimplemento das considerações que basearam a pena de substituição nesta última hipótese, já dilatada no tempo quanto ao momento em que a sanção havia sido determinada (para além de eventuais recursos, de permeio teria havido o cumprimento da sanção restritiva de liberdade)?

---

e proporcionalidade das penas (acórdãos n.ºs 61/2003 e 572/2003, sobre a protecção jusconstitucional do efeito de caso julgado, emanação dos princípios da certeza e segurança do Direito, com guarida no princípio do Estado de Direito — cf. arts. 1.º e 2.º da CRP). Argumenta-se, com o que concordamos, que não se vislumbra como pode haver violação de tais princípios constitucionais se e na medida em que pode suceder que na nova medida da pena de concurso aquelas penas parcelares não sejam suspensas, ou que, ao invés, tal suceda quando inicialmente se não tinha aplicado qualquer reacção substitutiva, isto porque, acrescentamos agora nós, o art. 77.º aponta para um autónomo sentido de ilicitude. Mais ainda, qualquer pena de substituição, como houve ocasião de demonstrar em texto, fica sempre sujeita a condição suspensiva do respectivo cumprimento, existindo, assim, uma cláusula *rebus sic stantibus* que, por esta via, faz com que tal hermenêutica em nada vulnere o caso julgado. Nem tão-pouco quaisquer expectativas dignas de protecção legal do condenado, pois este sabe — ou deve saber — que qualquer destas sanções pode sempre ser revogada com o seu incumprimento. Por outras palavras, a condição faz parte da própria pena que se aplica em vez da principal. Sobre a matéria, de entre vários, cf. o ac. do TC n.º 341/2013, de 17/6/2013, Proc. n.º 15/13, JOÃO CURA MARIANO, bem como o ac. do mesmo Tribunal n.º 112/2011, Proc. n.º 286/2010, de 2/3/2011, MARIA LÚCIA AMARAL e, antes dele, o ac. n.º 167/2007, de 3/1/2006, Proc. n.º 895/2006, MARIA DOS PRAZERES PIZARRO BELEZA. De sublinhar, por fim, que o efeito de caso julgado encontra guarida constitucional por via dos valores da segurança e certeza ínsitos nos arts. 1.º e 2.º da CRP, mas estes valores só têm sentido «desde que integrad[o]s, vinculad[o]s e subordinad[o]s à realização da axiologia material implicada na dignidade da pessoa humana» (NOVAIS, JORGE REIS, *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 39). Sabe-se, todavia, que a jurisprudência do STJ se encontra dividida nesta matéria, ou seja, havendo conhecimento superveniente do concurso, uma corrente maioritária defende que se devem ter em conta não somente as penas de prisão efectiva, mas também aquelas que tenham sido objecto de substituição, desde logo na medida em que em todas elas existe uma determinação de privação de liberdade fixada na decisão judicial. Simplesmente se irão desconsiderar, no cúmulo a elaborar, as sanções substitutivas cumpridas *in totum*, bem como aquelas em relação às quais o período de adimplemento se acha, ainda, em curso. Nem de outro modo poderia ser, neste último ponto, em função da alteração de 2007 do CP no concernente ao art. 78.º, n.º 2, na medida em que o trânsito em julgado dessas penas, decorrendo embora após 30 dias da notificação da decisão final (art. 411.º, n.º 1 do CPP), permanece, como visto, sujeito à regra *rebus sic stantibus*. Quanto às demais, não há razões para que tal não suceda, o que é também mais conforme à natureza de verdadeiras e autónomas penas do instituto em estudo. Ao invés, p. ex., o ac. do TRG de 22/6/2015, Proc. n.º 662/10, ANA TEIXEIRA.

A questão que se pode levantar, todavia, consiste em saber se este não se traduzirá num tratamento desfavorável do condenado. Imagine-se que, em sede de pluralidade de infracções, o crime *A* era punido com dois anos de prisão, o crime *B* com um ano e o crime *C* com sete anos de privação de liberdade. Se efectuássemos um cúmulo parcial entre as penas dos crimes *A* e *B*, a moldura do concurso oscilaria entre dois e três anos, o que admitiria, ao menos do prisma formal, a sua substituição por sanção não detentiva. A ela se acresceria a pena parcelar de sete anos. Ora, imaginando que pelo cúmulo parcial dos crimes *A* e *B* se aplicaríamos dois anos e seis meses de prisão, suspensa na sua execução, pode ser preferível para o condenado cumprir esta medida substitutiva e a prisão efectiva. Em termos práticos, o agente recolheria à prisão para cumprir a pena efectiva e depois, saindo em liberdade (mesmo que condicional), aí iniciar-se-ia o cômputo do período de suspensão.

Assim, ainda no nosso exemplo, se se fizer o cúmulo global, como impõe a nossa lei, no art. 77.º, e pela própria natureza da pena de concurso efectivo, a moldura do concurso oscila entre sete e dez anos de prisão. Ora, mesmo que a pena concreta fosse fixada no mínimo legal, o tempo prático de cumprimento de pena intramuros é o mesmo que na outra hipótese. É certo que a ele ainda se imporá, nesta última hipótese, o decurso do período de suspensão. Todavia, esse é já um tempo de cumprimento não detentivo e que, por isso, não se pode escamotear, comporta um potencial de sofrimento para o condenado em nada comparável com a sanção privativa de liberdade.

Ou seja, por outras palavras, a ideia difundida de que a pena de concurso é sempre mais favorável ao condenado não corresponde necessariamente à verdade. Assim como também merece ser relativizado o facto de a fórmula constante do art. 77.º não importar qualquer diminuição dos instrumentos penais ao dispor do condenado. Na verdade, o sistema de pena conjunta, na modalidade de cúmulo jurídico, importa, de modo objectivo, que alguma ou algumas das medidas concretas parcelares não admitam, na prática (*i. e.*, na diluição da pena única de concurso), uma sua substituição por outra medida. Todavia, tal em nada obsta a uma defesa cabal dos interesses do arguido e, muito menos, a uma hipotética violação do art. 32.º, n.º 1 da Constituição. É a própria natureza deste modo especial de determinação da medida concreta da pena que não nos permite olvidar que estamos em face de factuais crimiológicas cometidas — todas elas — antes do trânsito em julgado de qualquer uma, o que importa a sua consideração *uno acto* e não de jeito parcelar. Analisar a pluralidade criminosa de uma forma sincopada impediria que o juiz tomasse consciência da verdadeira

factualidade perpetrada pelo agente durante um lapso de tempo que, para efeitos processuais penais, é marcado pela ausência de um qualquer pronunciamento judicial, tanto mais que, amiúde, existem ligações espaço-temporais entre os delitos singulares que interessa apreender em conjunto. Em outras palavras, *é o próprio condenado que estabelece uma ligação entre os vários crimes* a serem julgados em conjunto, de tal modo que o juízo prognóstico favorável fundamentador de qualquer pena substitutiva apenas se justifica se e na medida em que o julgador tem uma visão holística de toda a factualidade. Esquecê-lo seria, porventura, determinar uma medida substitutiva que, depois, em face dos demais crimes parcelares, pudesse ver esse juízo fundador totalmente posto em crise. Dir-se-á, numa palavra, que a consideração isolada dos delitos poderia contrariar o pressuposto material de qualquer medida de substituição, ao tratar, por tranches, realidades unificadas pela ausência de caso julgado sobre qualquer um dos delitos que, entre si, poderiam depor em sentido uns favorável e outros desfavorável à dita substituição.



# O PAPEL DA AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA NO *PRIVATE* *ENFORCEMENT*: UMA REFLEXÃO EM TORNO DA FIGURA DO *AMICUS CURIAE*

Por Daniela Cardoso

## SUMÁRIO:

**Introdução.** A figura do *Amicus Curiae*: uma leitura possível no Direito da Concorrência? *i.* Da caracterização da figura de *Amicus Curiae*.  
*ii.* Das ações de indemnização por violação das regras da concorrência.

## Introdução

Durante anos, a aplicação prática do Direito da Concorrência reconduziu-se ao *public enforcement*. Neste sentido, o respeito e o cumprimento das regras da concorrência era (e é) assegurado por entidades públicas — mais concretamente, no quadro jurídico português, pela Autoridade da Concorrência (“AdC”), na qualidade de pessoa coletiva de direito público, com natureza de entidade administrativa independente<sup>(1)</sup>.

A desarticulação deste regime com a monitorização e aplicação privada do Direito da Concorrência teve, ao longo do tempo, como consequência, a ausência de consagração de um sistema jurídico próprio, com uma roupagem jurídica também ela própria e adaptada, que assegurasse, de forma útil e efetiva, que os lesados pela violação das regras da concorrência pudessem ver os seus danos integralmente reparados.

---

(1) art. 1.º, n.º 1 do Decreto-lei n.º 125/2014, de 18 de agosto.

Volvidas largas e duradouras discussões sobre a necessidade de estabelecer um equilíbrio garantístico entre o *public* e o *private enforcement*, a publicação da Diretiva 2014/104/UE, de 26 de novembro — *The EU Damages Directive* — procurou atender a essas preocupações e estabelecer um regime que regulasse as ações de indemnização no âmbito do direito nacional e europeu, por infrações às disposições do Direito da Concorrência.

A transposição desta Diretiva para o ordenamento jurídico português dá-se por via da Lei n.º 23/2018, de 5 de junho.

Esta Lei acolhe os Considerandos que estão na base do texto da Diretiva, esteia-se no direito a uma proteção judicial efetiva — tal como plasmado no n.º 1 do art. 19.º do Tratado da União Europeia e no art. 47.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia — e concretiza, em última instância, o princípio da autonomia processual dos Estados-Membros, o princípio da equivalência e o princípio da efetividade, todos estes princípios norteadores da comunhão entre o Direito da União Europeia e o Direito nacional<sup>(2)</sup>.

Em termos de integração do corpo da Diretiva no Direito nacional, vem a Lei que a transpõe proceder, por um lado, à primeira alteração da Lei da Concorrência (“LdC”) — Lei n.º 19/2012, de 8 de maio — e, por outro, alterar, também, a Lei de Organização do Sistema Judiciário, a Lei n.º 62/2013, de 26 de agosto (“LOSJ”).

Relativamente à primeira alteração, salienta-se, desde logo e entre outras, o aditamento do art. 94.º-A.

Traços gerais, reza este artigo, nos seus n.ºs 1 e 2, que o tribunal que julgue uma ação na qual seja invocada uma infração aos arts. 9.º, 11.º e 12.º da LdC e/ou aos arts. 101.º e 102.º do Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia (“TFUE”), deverá notificar a AdC desse facto, remetendo-lhe cópia da petição inicial, contestação ou pedido reconvenicional. Por sua vez, dita o n.º 2 que o tribunal competente que profira uma sentença, acórdão ou decisão no âmbito de um processo judicial no qual seja invocada uma infração nos termos dos artigos mencionados notifica, igualmente, a AdC desses factos, remetendo-lhe cópia da sentença, acórdão ou decisão.

Do desenho legal parecer retirar-se, como adiante se procura explicar, uma abertura significativa do espaço reservado à AdC na tramitação

---

(2) Considerandos 4, 8, 9, 11, 46 e art. 4.º da Diretiva 2014/104/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de novembro de 2014 relativa a certas regras que regem as ações de indemnização no âmbito do direito nacional por infração às disposições do direito da concorrência dos Estados-Membros e da União Europeia.

dos processos judiciais que caíam na alçada do *private enforcement*. E esta abertura não pode ser isenta de considerações, nomeadamente, quanto aos seus contornos, visto emergir de uma tentativa clara de pôr a Autoridade, ativa e recorrentemente, a par dos factos.

Deve, no entanto, a análise deste novo artigo ser conjugada com as alterações introduzidas na LOSJ.

Neste contexto, veja-se o art. 112.º da LOSJ sobre a competência do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (“TCRS”).

Ora, no âmbito do art. 112.º da LOSJ, parece lógico afirmar que o legislador gizou a lei no sentido de dotar o TCRS de uma maior especificidade, especialidade e exclusividade, ao incumbi-lo de julgar “*ações de indemnização cuja causa de pedir se fundamente exclusivamente em infrações ao direito da concorrência ...nos termos da Lei n.º 23/2018*”, bem como “*todas as demais ações civis cuja causa de pedir se fundamente exclusivamente em infrações ao direito da concorrência previstas nos arts. 9.º, 10.º e 11.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio (...)*” e/ou nos arts. 101.º e 102.º do TFUE.

Coisa distinta das ações de indemnização cuja causa de pedir se funde, com exclusividade, em infrações ao direito da concorrência, são as ações civis, propostas nos tribunais comuns, cuja causa de pedir se fundamente, cumulativa, alternativa ou subsidiariamente, numa infração às regras da concorrência — tal como tipificadas na LdC ou no TFUE — e numa outra infração que, malgrado pôr em causa um princípio de livre concorrência, não é uma infração à concorrência *per se* ou com gravidade tal para se encontrar prevista na LdC.

É o caso, a título de exemplo, da concorrência desleal, prevista no art. 311.º do Código da Propriedade Industrial, ou mesmo das práticas individuais restritivas do comércio, plasmadas no Decreto-lei n.º 166/2013, de 27 de dezembro, que atribui competência à Autoridade de Segurança Alimentar e Económica (ASAE) para tramitar essas mesmas ações.

É neste quadro que importará descortinar qual o papel — se é que existe — reservado à AdC em face da tramitação de ações civis que não têm como fundamento exclusivo a violação das regras da concorrência. Ou, noutro sentido, como se poderá definir o seu papel nos termos do novo art. 94.º-A da LdC e, ainda, se há razões para repensar, ainda que numa ótica de princípios, a monitorização da aplicação privada do Direito da Concorrência, habilitando a Autoridade a intervir, nas ações civis, no papel de *Amicus Curiae*.

## A figura do *Amicus Curiae*: uma leitura possível no Direito da Concorrência?

### i. Da caracterização da figura de *Amicus Curiae*

A origem do *Amicus Curiae* remonta à *common law*. Inspirou-se numa ideia de permitir que terceiros participassem em processos publicamente relevantes, expondo os seus pareceres e opiniões sem, contudo, procurar, com eles, influenciar a decisão que pusesse termo ao litígio, como se tivessem algum interesse pessoal, próprio e direto em que o Tribunal dirimisse o litígio a favor de certa parte ou velando por dada solução.

No plano jurídico português, esta figura é, hoje, indissociável do papel desempenhado pelo Ministério Público no âmbito do contencioso administrativo.

Em rigor, as funções que lhe são cometidas oscilam entre a função jurisdicional e a função administrativa. Nas palavras de Sérvulo Correia “*não julgando nem pleiteando de acordo com uma pretensão a uma certa decisão de mérito (...) age tão imparcialmente quanto o juiz, zelando pela correção no desenvolvimento do processo e contribuindo consultivamente para a qualidade da decisão*”<sup>(3)</sup>.

É possível afirmar que o zelo pela promoção de uma decisão de mérito adequada, ajustada às circunstâncias do caso, e meritória quanto à sua qualidade são motivos de ordem prática subjacentes à razão de ser desta figura.

Também a jurisprudência portuguesa, nesta matéria, reconduz a qualidade de *Amicus Curiae* ao papel de coadjuvador na função jurisdicional, caracterizando-o pela sua “*neutralidade*”<sup>(4)</sup>, pelo facto de ser lido como uma “*promoção inócua*”<sup>(5)</sup> e “*imparcial, zelando pelas melhores feitura da justiça na aplicação do Direito*”<sup>(6)</sup>, suscetível de integrar a emissão de uma “*opinião sobre a solução do litígio que parece mais adequada*”, sem introduzir na discussão “*elementos/argumentos que justifique uma nova oportunidade de contradizer*”<sup>(7)</sup>.

---

(3) SÉRVULO CORREIA, J.M., “A reforma do contencioso administrativo e as funções do Ministério Público”, p. 309, em *Estudos em Homenagem A Cunha Rodrigues*, Coimbra Editora 2001.

(4) Acórdão proferido pelo Supremo Tribunal de Justiça, no âmbito do processo 1388/05.2TAVRL P1-AS1, de 20.02.2013.

(5) Acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Administrativo, no âmbito do processo 0511/06, de 14.12.2011.

(6) Acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Administrativo, no âmbito do processo 00710/05, de 16.02.2006.

(7) Acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Administrativo, no âmbito do processo 044196, de 23.10.2002.

É certo que a intervenção do Ministério Público como *Amicus Curiae* já viu o seu escopo variar significativamente. A sua anterior amplitude foi, significativamente, restringida como decorrência da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (“TEDH”) — mais precisamente no Caso Lobo Machado<sup>(8)</sup>, que considerou que a presença de um Procurador, tendo em vista ser ouvido e intervir na discussão, nas sessões de julgamento do Supremo Tribunal Administrativo e no Tribunal Central Administrativo, violava, em última instância, o direito a um processo justo e equitativo, tal como plasmado no art. 6.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos — o que resultou, a montante, na eliminação da possibilidade de o Ministério Público intervir na audiência de julgamento.

Porém, a verdade é que a intervenção do Ministério Público enquanto auxiliar do Tribunal persiste, sendo-lhe reconhecida relevância procedimental e processual para garantir a legalidade, tendo especial consagração no art. 85.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos<sup>(9)</sup> (“CPTA”).

Ao abrigo deste normativo, pode o Ministério Público pronunciar-se sobre o mérito da causa, estando em crise a defesa dos direitos fundamentais dos cidadãos, de interesses públicos especialmente relevantes ou de alguns valores ou bens referidos no n.º 2 do art. 9.º do mesmo diploma (nomeadamente saúde pública, ambiente, urbanismo, património cultural e bens do Estado, entre outros), bem como promover a execução das correspondentes decisões jurisdicionais.

Pode, igualmente, nos processos impugnatórios, invocar causas de invalidade diversas das arguidas anteriormente, e solicitar a realização de diligências instrutórias para a respetiva prova<sup>(10)</sup>. Em sede recursiva, cabe ao Ministério Público interpor recursos jurisdicionais ou pronunciar-se, mesmo quando não tenha sido parte na ação<sup>(11)</sup>.

Segundo Alexandra Leitão, o Ministério Público desempenha, na prática, funções de índole estritamente objetivistas, que se inscrevem na proteção de fins e interesses contemplados no art. 9.º do CPTA e, concomitantemente, funções de índole subjetivista, quando está em causa a defesa de uma parte — comumente reconduzível ao Estado<sup>(12)</sup>.

---

(8) Lobo Machado c. Portugal, processo 15764/89, de 20 de fevereiro de 1996.

(9) Lei n.º 15/2002, de 22 de fevereiro, com a redação que lhe foi dada pelo Decreto-lei n.º 214-G/2015, de 2 de outubro.

(10) N.ºs 2 a 4.º do art. 85.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos.

(11) Arts. 136.º, 141.º, 146.º, 152.º e 155.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos.

(12) LEITÃO, ALEXANDRA, *A Representação do Estado pelo Ministério Público nos Tribunais Administrativos*, Julgar n.º 20, Coimbra Editora, 2013.

Aliás, perscrutando a Lei da Concorrência, também podemos ser levados a crer que até no processo contra-ordenacional da concorrência, o Ministério Público parece desempenhar funções de *Amicus Curiae*...

...senão veja-se o seguinte: quer no âmbito de um recurso de uma decisão interlocutória da AdC, quer no âmbito do recurso da decisão final desta mesma Autoridade, os autos são remetidos pela última ao Ministério Público<sup>(13)</sup>, tendo em vista “*dar-lhe a conhecer o processo, no qual vai ter, na fase judicial, um papel activo, permitindo, designadamente, indicar novos meios de prova que considere pertinentes*”<sup>(14)</sup>.

Tendo presente esta ótica, vale a pena indagar se, no quadro das ações de indemnização por violação das regras da concorrência, considerando o seu escopo e razão de ser, bem como a natureza da AdC, poderá, também esta, conhecer e/ou tentar uma intervenção a título de *Amicus Curiae*, através do art. 94.º-A da LdC.

**ii.** Das ações de indemnização por violação das regras da concorrência

Parece, desde logo, assente que a concorrência — ou, melhor dito, a promoção e defesa da concorrência — constitui um interesse público amparado no respeito pelo “*princípio da economia de mercado e de livre concorrência*”<sup>(15)</sup> com reduto constitucional, atente o reconhecimento do direito de iniciativa económica privada latente no art. 61.º da Constituição da República Portuguesa (“CRP”), bem como a incumbência do Estado de assegurar o funcionamento eficiente dos mercados de modo a “*garantir a equilibrada concorrência entre empresas*” [alínea f) do art. 81.º da Constituição da República Portuguesa].

E, para o que aqui importa ficar definido, a missão de velar pela protecção deste interesse — concomitantemente à missão de assegurar a aplicação das regras de promoção e defesa da concorrência — cabe à própria Autoridade da Concorrência, conforme estipulado no n.º 3 do art. 1.º dos Estatutos desta Autoridade, conjugado com o art. 5.º da LdC.

---

<sup>(13)</sup> Art. 85, n.º 1 e art. 87.º, n.º 2 da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, articulado com o art. 62.º do Regime Geral das Contra-Ordenações, Decreto-lei n.º 433/82, de 27 de outubro, com a redação que lhe foi dada pela Lei n.º 109/2001, de 24 de dezembro.

<sup>(14)</sup> GORJÃO-HENRIQUES, MIGUEL, *Lei da Concorrência Comentário Conimbricense*, 2.ª ed., Almedina, 2017, p. 976.

<sup>(15)</sup> Art. 1.º, n.º 3 do Decreto-lei 125/2014, de 18 de agosto.

Ora, parece ser, de facto, nesta configuração que a Lei n.º 23/2018 prevê a institucionalização de um sistema de informação que passa a habilitar a intervenção da Autoridade nos processos de indemnização por violação às regras da concorrência.

E esta habilitação é feita mediante uma obrigação que passa a impender sobre os tribunais: a de notificarem a AdC sempre que tenham em mãos uma ação na qual seja invocada uma infração às regras da concorrência prevista nos arts. 9.º, 10.º e 11.º da LdC e/ou nos arts. 101.º e 102.º do TFUE.

Subjacente à possibilidade de instituir e tornar operante esta monitorização privada por parte da Autoridade está a necessidade de assegurar uma certa “*consistency between public and private enforcement*”<sup>(16)</sup>.

E, acompanhando Maria João Melícias também neste ponto, é possível que a abertura do sistema não só se ancore na necessidade de assegurar o cumprimento do disposto no n.º 2 do art. 15.º do Regulamento 1/2003, como, inclusive, vise conferir efetividade e utilidade a este normativo.

Assim é, visto o n.º 2 do art. 15.º do Regulamento estipular a obrigação de os Estados-Membros transmitirem à Comissão Europeia cópia de todas as sentenças escritas pronunciadas por tribunais nacionais em matéria de aplicação dos arts. 81.º ou 82.º do TFUE<sup>(17)</sup>. Aliás, imporá sublinhar que não só a Proposta de Anteprojeto de Transposição da Diretiva do *Private Enforcement* da AdC, datada de 20 de abril de 2016 também já cuidava deste assunto, como também esta obrigação já surge estritamente contemplada no texto da LdC, conforme o disposto no n.º 3 do novíssimo art. 94.º-A.

Numa interpretação estritamente literal em ambas as disposições normativas — quer no novo art. 94.º-A da LdC, quer no n.º 2 do art. 15.º do Regulamento 1/2003 — é verosímil afirmar que ambas aludem à necessidade de manter quer a Autoridade, quer a Comissão Europeia, informadas sobre a tramitação das ações judiciais nas quais sejam invocadas violações às regras da concorrência.

Ora, lendo isto à letra, uma coisa será a obrigação de mera notificação. Coisa diferente será, através dessa notificação, suscitar uma intervenção por parte da Autoridade, isto é, uma atuação própria, ativa e legitimada na

---

(16) Cf. MELÍCIAS, MARIA JOÃO, “The art of consistency between public and private antitrust enforcement: practical challenges in implementing the Damages Directive in Portugal”, Autoridade da Concorrência, Lisboa, Julho de 2016.

(17) Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho de 16 de dezembro de 2002 relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos arts. 81.º e 82.º do Tratado.

defesa do interesse público centrado na promoção do equilíbrio concorrencial e na manutenção de condições saudáveis de concorrência no mercado.

Já fazendo uma interpretação teleológica, é provável que a paisagem seja outra.

É que o Direito da Concorrência parece trilhar um caminho cada vez mais voltado para a especialização. Sinal dos tempos é a inovação ínsita na LOSJ, mais precisamente inscrita no art. 67.º que prescreve, *a contrario*, que no momento em que for instalada a secção de concorrência, regulação e supervisão, as causas previstas no art. 112.º do mencionado diploma deixarão de ser cometidas à secção criminal para passarem a ser cometidas à secção de concorrência, regulação e supervisão.

E, tomando a parte pelo todo, o desenho de uma intervenção *Amicus Curiae* da parte da AdC só poderá, de facto, figurar no âmbito de uma interpretação teleológica e contextual, não só da Lei da Concorrência, como também dos Considerandos da *EU Damages Directive*, como também, da própria Lei que a transpõe.

Em rigor, não deixa de ser possível vislumbrar algumas semelhanças entre a qualidade de *Amicus Curiae* de que goza o Ministério Público no âmbito do contencioso administrativo, e aquela que poderá vir a gozar a AdC nas ações de *private enforcement*, embora com as necessárias adaptações. Ambos se pautariam pela defesa neutra, imparcial e objetiva de interesses públicos, monitorizando e zelando pela aplicação correta da lei e, podendo, emitindo opiniões tendentes a encontrar a justa solução para a composição do litígio.

É certo que o que se encontra espelhado na Lei n.º 23/2018 é uma obrigação de notificação da Autoridade, ensaiando-se, aqui, a tentativa de dar espaço de intervenção à Autoridade. Isto é: tendo sido intentada uma ação de indemnização por violação das regras da concorrência fundada numa relação de causalidade entre o dano arguido e a violação das regras da concorrência, deverá ser a AdC notificada.

Já não contempla a Lei, literalmente, qualquer hipótese residual ou oportunidade de intervenção da Autoridade numa outra qualidade que não a de destinatária da informação.

A questão eminente é, pois, se esta obrigação se esgota no mero dever de informar, e se esse dever de informar, uma vez cumprido, não acarreta, residualmente, uma chamada da Autoridade ao processo.

Por outro lado, veja-se que caso não se lime a atuação da AdC quase que como em substituição do papel usualmente desempenhado pelo Ministério Público como *Amicus Curiae*, facilmente se corre o risco de se cair num vazio que poderá gerar efeitos práticos sérios.



Apontam-se alguns: a fragilidade das decisões judiciais por falta de conhecimento, acuidade e tecnicidade em matérias jusconcorrenciais; o desajuste na avaliação das questões em crise por falta de esclarecimento de uma entidade especializada e preparada para o efeito; a desarticulação e falta de coesão entre o sistema de *public e private enforcement* e a falta de monitorização e controlo da atuação judicial e das decisões respeitantes à aplicação privada do Direito da Concorrência.

Em todo o caso, parece-nos que esse juízo poderá, igualmente, cair no âmbito da oportunidade e discricionariedade administrativa da AdC, até porque é um juízo que só a mesma terá amplitude para o fazer: se a recepção da informação em causa — dos factos que informam a ação de indemnização ou da sentença, acórdão ou decisão da mesma — é suficiente para velar pela boa aplicação privada do Direito da Concorrência, ou se a mesma ou o próprio Tribunal suscita a sua intervenção para esclarecimentos ou emissão de opiniões tendo em vista a boa resolução do litígio. E, neste sentido, será sempre um juízo que, partindo do Tribunal ou da Autoridade, terá um pendor casuístico.

Certo é que a reforma legislativa motivada pela transposição da *EU Damages Directive* abre portas ao alargamento dos poderes (*ad hoc*) da AdC, sugerindo a sua habilitação para intervir como *Amicus Curiae*.

De outro lado, não se deixe de referir que esta intervenção despoletará maior apreensão nas causas intentadas nos tribunais comuns cuja ação não se funde, exclusivamente, na violação das regras da concorrência previstas na LdC ou no TFUE.

De qualquer forma, e para evitar divergências em torno da aplicação prática do art. 94.º-A da LdC, somos levados a crer que, perante uma ação em que seja suscitada a violação das regras da concorrência previstas na LdC ou no TFUE, alternativa, cumulativa ou subsidiariamente, poderá o Tribunal ser tentado a despoletar, também, a intervenção da AdC como *Amicus Curiae*, assegurando, em último grau, um entendimento coeso e uma aplicação prática uniforme do Direito da Concorrência.

*15 de novembro de 2018.*



# CONTORNOS DO TURISMO RESIDENCIAL EM PORTUGAL

*Por Dulce Lopes(\*)*

## *SUMÁRIO:*

**I.** Introdução. **II.** Autorização de utilização para fins turísticos. **III.** Modelos ou Paradigmas de Empreendimentos Turísticos. **IV.** Sujeição permanente ao regime de exploração turística. **V.** Obrigações associadas à potencial utilização turística. **VI.** Notas conclusivas.

## **I. Introdução**

A presente reflexão tem como objetivo caracterizar a figura do *turismo residencial* em Portugal no âmbito dos empreendimentos turísticos, apreciando em que medida o proprietário de um edifício ou fração com uso e destinação turística pode usá-la para habitação própria permanente ou estável, à luz do atual Regime Jurídico dos Empreendimentos Turísticos (Decreto-Lei n.º 39/2008, de 7 de março, alterado, por último pelo Decreto-Lei 80/2017, de 30 de junho, doravante RJET).

Em especial analisaremos se os proprietários (sejam cidadãos nacionais, sejam cidadãos estrangeiros) podem residir a todo o tempo nas suas unidades de alojamento e dispor delas a seu gosto e quais são, afinal, as limitações à exploração da sua propriedade, bem como da eventual venda desta a terceiros. Debruçar-nos-emos igualmente sobre as questões controversas de saber como pode assegurar-se negocialmente aos potenciais

---

(\*) Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, <dulcel@fd.uc.pt>.

compradores a possibilidade de estes usarem as unidades de alojamento com finalidades turísticas para uso pessoal, bem como que tipo de serviços tem a entidade exploradora de prestar e se pode aplicar tarifas diferenciadas a residentes que assegurem a manutenção da sua própria unidade de alojamento.

Relativamente a processos pendentes, que se encontrem ainda no âmbito de aplicação do n.º 2 do art. 76.º do RJET (o que, dada a morosidade destes processos, não é incomum de se verificar na prática) aferiremos ainda o sentido da previsão de apenas 50% das unidades de alojamento terem de se encontrar em exploração turística, e quais as vantagens e desvantagens desta possibilidade face à solução legislativa atual. Em termos práticos, avaliaremos como funcionam os dois regimes e quais as limitações, obrigações, riscos e direitos dos proprietários de unidades de alojamento e proprietários turísticos nos dois cenários.

## II. Autorização de utilização para fins turísticos

Sendo a utilização dos *edifícios* (ou das *frações autónomas de edifícios* ou de *unidades suscetíveis de utilização independente*), assumida pelo Regime Jurídico da Urbanização e Edificação, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 555/99, de 16 de dezembro, alterado por último pelo Decreto-Lei n.º 66/2019, de 21 de maio (RJUE) como uma operação urbanística [cf. alínea j) do art. 2.º], a mesma está sujeita a um prévio controlo municipal, concretamente, a uma autorização (a autorização de utilização).

A função da autorização de utilização é a de atestar que o edifício ou a fração autónoma estão vocacionados para os usos que se lhes pretende dar por cumprirem as normas aplicáveis (incluindo as de planeamento). Esta função vale para a *primeira utilização do edifício* (isto é, para as situações de um edifício novo — acabado de construir — que ainda não dispõe dela), mas também para as situações em que o edifício tem autorização para uma determinada utilização, mas se pretende destiná-lo para um fim diferente.

Refira-se que embora o procedimento de autorização de utilização possa estar relacionado com o da realização das obras apresentando-se, a mais das vezes, como um procedimento subsequente a um procedimento relativo a obras de edificação (seja de licenciamento seja de comunicação prévia), o mesmo se assume como um procedimento autónomo em relação a eles, facto que é atestado por duas ordens de razões.

Primeiro, porque pode haver lugar à emissão de autorização não precedida de obras ou antecedida de obras não sujeitas a licenciamento ou comunicação prévia: o caso de uma alteração de uso sem necessidade de realizar obras ou com obras no interior sem repercussão externa e que não toquem na estabilidade do edifício [art. 6.º, n.º 1, alínea *b*), do RJUE].

Segundo porque pode haver obras sujeitas a licença ou comunicação prévia que não desembocam num procedimento de autorização de utilização, bastando para tal que se trate de obras relativas a um edifício existente que já dispõe de autorização de utilização e em relação ao qual se pretenda manter o respetivo uso. Nesta situação, caso se toque nas prescrições da autorização de utilização já existente, deverá ser emitido um aditamento ao respetivo alvará, que, contudo, não se configura como uma alteração da autorização de utilização.

Do ponto de vista estritamente urbanístico, as autorizações de utilização devem ser emitidas para *usos genéricos* (usos urbanísticos), que devem ser aferidos pelos usos constantes dos planos e demais regulamentos urbanísticos em vigor (em regra, habitação, comércio, serviços, indústria, etc.).

No âmbito turístico, a autorização de utilização é emitida especificamente para este fim (ainda que incluído numa noção mais ampla de serviços de alojamento turístico), uma vez que em causa está um procedimento tipicamente complexo ou especial no qual participam — ainda que em momento e em velocidades distintas — duas entidades competentes para a decisão sobre a instalação e funcionamento de empreendimentos turísticos: o Turismo de Portugal I.P. e os municípios competentes<sup>(1)</sup>.

Note-se que neste domínio se tem verificado, ao longo dos anos, uma evolução na admissibilidade de usos nos edifícios, evolução que mais não é do que o reflexo de que o direito vai sempre procurando soluções para novos e cada vez mais complexos problemas que a vida em sociedade vai colocando.

Assim, se inicialmente havia uma coincidência entre *um edifício e um uso* (portanto, uma autorização de utilização com identificação de um único uso urbanístico por cada edifício), admite-se hoje, expressamente, por um lado, que *um só edifício possa ter várias autorizações de utilização* — é o que se passa quando o edifício está constituído em propriedade horizontal bem como quando ele seja constituído por partes suscetíveis de uti-

---

(1) Cf. FERNANDA PAULA OLIVEIRA e DULCE LOPES, “Empreendimentos turísticos, planeamento e registo predial: A Concretização de um Desígnio Nacional”, nos *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Henrique Mesquita*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, pp. 367-369.

lização independente —(2), como se admite que *um só uso possa ser instalado em vários edifícios* nada obrigando, do ponto de vista jurídico, que exista uma *unidade física* para que possa existir uma *unidade funcional* a ponto de exigir emparcelamento entre prédios para neles instalar um único uso (v.g. um hotel)(3).

Acrescenta-se a estas situações a previsão, que consta atualmente de forma expressa do RJUE, de que um edifício ou fração pode admitir *utilizações mistas* (cf. n.ºs 1 e 2 do art. 62.º do RJUE, *in fine*). Situações que o legislador tem vindo a potenciar nos últimos tempos, principalmente quando se trata da instalação e o exercício de atividades económicas que, em nome do princípio da liberdade de iniciativa económica e com vista à captação de investimento e dinamização da economia, se tem pretendido impulsionar, facilitando a respetiva instalação.

De facto, o legislador tem permitido, cada vez mais frequentemente, uma maior *mistura de usos nos edifícios* a que corresponde, na verdade, a uma *mistura de atividades económicas*.

Assim, e desde logo, com o intuito de facilitar a instalação de certas atividades económicas ou de permitir uma flexibilidade de usos, a lei tem permitido que estas se alberguem em edifícios ou frações que à partida não a admitiriam.

É o caso, a título de exemplo, das *unidades privadas de saúde*: embora esta atividade seja qualificada pelo Decreto-Lei respetivo como *prestação de serviços*, a alínea *d*) do art. 11.º da Portaria n.º 615/2010, de 3 de agosto determina expressamente que o pedido para a sua instalação deve ser instruído com “*autorização de utilização para comércio ou serviços ou indústria ou outra finalidade mais específica emitida pela câmara municipal competente*”.

---

(2) Em qualquer destas situações tanto pode ser emitida uma única autorização de utilização para o edifício na sua totalidade, especificando-se nesta o uso de casa fração ou parte suscetível de utilização independente, como uma autorização de utilização para cada uma delas. Neste sentido, DULCE LOPES, “A Comunicação Prévvia e os Novos Paradigmas de Controlo da Administração Privada” na revista *Direito Regional e Local*, n.º 14, 2011, pp. 26-38.

(3) Não deve, de facto, confundir-se *unificação funcional de edifícios* (no caso, para o exercício de uma atividade económica) com a sua *unificação urbanística*, quer em *termos físicos* (emparcelamento) quer em *termos de autorização de utilização* (do mesmo modo que não se pode confundir o *estabelecimento* — comercial ou destinado à prestação de serviços, por exemplo — com os *edifícios* ou *frações* onde o mesmo se vai instalar). Ou seja, incidindo a atividade sobre dois edifícios, cada um pode manter a sua autonomia do ponto de vista urbanístico, incluindo do ponto de vista das autorizações de utilização. Sobre a possibilidade, em geral, de ser dado um uso comum a vários edifícios ou frações, cf. FERNANDA PAULA OLIVEIRA e SANDRA PASSINHAS, “Junção de Frações ou Emparcelamento. Algumas Questões Jurídicas”, *O Municipal*, n.º 287, 2004, pp. 9-11.

É o caso, também, dos estabelecimentos industriais a que se refere a parte 2-B do anexo I ao Sistema de Indústria Responsável (SIR): ainda que esteja em causa uma atividade industrial, admite-se que a mesma possa instalar-se em edifício ou fração cujo alvará de utilização admita comércio, serviços ou armazenagem; e o caso dos estabelecimentos industriais a que se refere a parte 2-A do anexo I do SIR, cuja instalação pode ocorrer edifício ou fração autónoma com autorização de utilização para habitação.

Um outro exemplo é o do alojamento local: com vista a facilitar a sua instalação o legislador apenas exige que esta atividade, expressamente designada de serviços, se instale em edifício ou fração com *autorização de utilização ou título de utilização válido do imóvel*, sem que se faça qualquer particular exigência quanto a esta, o que significa, na nossa ótica, que tanto pode ser o uso habitacional, como de comércio, de serviços, etc.<sup>(4)</sup>. Fundamental é que o estabelecimento cumpra os requisitos exigidos para esta específica atividade de alojamento local (Decreto-Lei n.º 128/2014, alterado por último pela Lei n.º 71/2018, de 31 de dezembro).

Também na senda da promoção da compatibilidade legal de usos surge a possibilidade de em edifícios, frações ou unidades suscetíveis de utilização independente com utilização turística se ter passado a permitir o uso residencial permanente, usualmente enquadrado no típico uso habitacional, como analisaremos *infra*.

Assim, sem necessidade de alteração da autorização de utilização de turismo para habitação ou sem recurso ao mecanismo da desafetação, é possível usar legitimamente uma unidade de alojamento turística para enquadrar usos tipicamente residenciais, nos quais, mais do que uma ocupação temporária de um espaço neutro, típica da utilização turística, se pretende uma ocupação estável ou permanente de um espaço íntimo, que se assemelha a uma “casa”<sup>(5)</sup> ou, numa abordagem mais técnico-jurídica, a um domicílio.

Assim parece resultar inclusive do Decreto-Lei que estabelece as bases das políticas públicas de turismo, que, a par do turista (“a pessoa que passa pelo menos uma noite num local que não seja o da residência habitual e a sua deslocação não tenha como motivação o exercício de atividade profissional remunerada no local visitado”) individualiza, com similar

---

<sup>(4)</sup> Cf. FERNANDA PAULA OLIVEIRA e DULCE LOPES, *Alojamento Local — Regime Jurídico Comentado e Guião Prático*, Coimbra, Almedina, 2019.

<sup>(5)</sup> Sobre as exigências aliadas ao conceito de “casa” (*home*) por oposição ao de alojamento (“*housing*”), cf. D. BENJAMIN BARROS, “Home as a legal concept”, *Santa Clara Law Review*, Vol. 46, n.º 2, 2006; e Fox O’Mahony, “The Meaning of Home: From Theory to Practice”, *International Journal of the Built Environment*, Vol. 5, n.º 2, 2013.

estatuto de direitos e deveres, o utilizador de produtos e serviços turísticos (“a pessoa que, não reunindo a qualidade de turista, utiliza serviços e facilidades turísticas”) — cf. alínea *c*) e *d*) do art. 2.º do Decreto-Lei n.º 191/2009, de 17 de Agosto”.

### III. Modelos ou Paradigmas<sup>(6)</sup> de Empreendimentos Turísticos

De acordo com o disposto no anterior Regime Jurídico dos Empreendimentos Turísticos, aprovado pelo Decreto-Lei 167/97, de 4 de julho (alterado, por último, pelo Decreto-Lei 54/2002, de 11 de março), distinguia-se entre o regime das unidades de alojamento afetadas à exploração turística (que o proprietário poderia ocupar por um período máximo de noventa dias anuais), e o regime das unidades de alojamento desafetadas dessa mesma exploração que poderiam ser ocupadas de forma permanente.

Quanto a estas unidades passíveis de desafecção devia-se respeito ao limite máximo fixado legislativamente (sob pena de caducidade da autorização turística do empreendimento), continuando as mesmas sujeitas à disciplina jurídica do empreendimento, designadamente na obrigação de contribuir para as despesas comuns, mas já não em suportar despesas relativas a instalações, equipamentos e serviços específicos da exploração turística em si, constantes do respectivo título<sup>(7)</sup>.

Porém, apesar de poder parecer atrativo, à primeira vista, cumular dois tipos de *produtos comerciais* num mesmo empreendimento (os turísticos e os mais estreitamente imobiliários) a prática veio demonstrar que nem sempre a fragmentação daí resultante trouxe os melhores resultados. Não só a legislação deixava dúvidas interpretativas relevantes sobre a relação entre os proprietários e os exploradores turísticos (trazendo consigo problemas relativamente à comparticipação nas despesas, à manutenção e conservação dos edifícios, etc.), como as consequências do não cumprimento das regras de desafecção (a caducidade global da autorização turísticas) se revelaram muito gravosas.

---

(6) Falando de um novo paradigma da “exploração turística” por oposição ao da “afecção à exploração turística” cf. CRISTINA SIZA VIEIRA, “Propriedade Plural e Gestão de Empreendimentos Turísticos”, *Empreendimentos Turísticos — Temas CEDOUA*, Coimbra, Almedina, 2010, pp. 180-185.

(7) Cf., designadamente, o Ac. do Tribunal de Relação de Évora, de 26 de março de 2009, proferido no proc. 2911/08-2.



E se é certo que as entidades exploradoras dos empreendimentos turísticos em propriedade plural cujos processos de loteamento, pedidos de informação prévia, de licenciamento de operações urbanísticas ou de classificação definitiva que tenham por objecto a instalação de empreendimentos turísticos e se encontrassem pendentes na data da entrada em vigor do RJET, poderiam optar pela aplicação do regime de exploração em vigor na data do início do procedimento ou pela aplicação do RJET (art. 76.º deste diploma), julgamos que a solução hoje vigente é mais flexível e mais clara.

De facto, de acordo com o disposto no atual Regime Jurídico dos Empreendimentos Turísticos, não há qualquer limitação para a utilização de unidades de alojamento para habitação própria permanente ou estável, sendo essa a posição assumida pelo Turismo de Portugal e amplamente divulgada por este Instituto, por corresponder a uma linha estratégica de desenvolvimento desta atividade no nosso país<sup>(8)</sup>, na medida em que proporciona estadias mais prolongadas e independentes dos ciclos turísticos habituais, cria uma procura constante de produtos e serviços durante todo o ano e contribui para atenuar a sazonalidade dos destinos e melhorar a sua qualidade.

O RJET intencionalmente integrou o conceito de “turismo residencial”<sup>(9)</sup>, sem se preocupar com uma sua definição<sup>(10)</sup>, permitindo a utilização das unidades de alojamento pelo seu proprietário sem peias de maior que não sejam as que resultam da garantia da compatibilidade ainda que potencial com a finalidade constante da autorização de utilização: a turística.

E é o próprio art. 48.º, n.º 3, alínea *a*) do RJET que aponta, inclusive, para “a possibilidade de afetação total ou parcial dos empreendimentos turísticos à utilização exclusiva por associados ou beneficiários das entidades proprietárias ou da entidade exploradora”. Esclarecendo o artigo 45.º, n.º 1, que “(...) as unidades de alojamento estão permanentemente em

---

(8) Cf. o Plano Estratégico Nacional de Turismo e o documento oficial *Turismo Residencial* na Estratégia de Turismo para Portugal, disponível em <<http://www.turismodeportugal.pt/Portugues/AreasAtividade/desenvolvimentoeinovacao1/Documents/PPT-TR%20na%20estrategia%20do%20TP.pdf>>.

(9) Analisando a contradição nos termos que parece resultar da noção de “turismo residencial”, dada a noção estabilizada de turismo dada pelo Decreto-Lei n.º 191/2009, de 17 de agosto (Bases das Políticas Públicas de Turismo) e a sua clara consagração no RJET, cf. FERNANDA PAULA OLIVEIRA e ABÍLIO VASSALO ABREU, *Instalação de Empreendimentos Turísticos em Propriedade Plural: “Quid Est?”*, Coimbra, Almedina, 2014, pp. 78-84.

(10) Compreende-se que não se defina exaustivamente turismo residencial, uma vez que a sua caracterização é inerentemente controversa e objeto de múltiplas propostas (cf., por todos, CLÁUDIA ALMEIDA RIBEIRO, ANA MARIA FERREIRA e MAFALDA PATULEIA, “O Turismo Residencial — Contributos Conceptuais para a sua Análise”, *International Business And Economics Review*, 14, pp. 152-163, disponível em <<http://recil.grupolusofona.pt/bitstream/handle/10437/5343/14.pdf?sequence=1>>.

regime de exploração turística, devendo a entidade exploradora assumir a exploração continuada da totalidade das mesmas, ainda que ocupadas pelos respetivos proprietários” (sublinhado nosso).

Assim, é possível que o proprietário utilize para fins residenciais a unidade de alojamento durante todo o ano não sendo necessário que venha a afetar qualquer período *concreto* a usos turísticos (não se justificando, portanto, que nos contratos de exploração turística se venha a prever um qualquer período mínimo — determinado ou a determinar — de utilização turística).

O que significa, enfim, que o RJET, cumpridos determinados requisitos, torna compatível o uso habitacional com o uso turístico no âmbito de empreendimentos em propriedade plural, posto que este último possa sempre a vir a ter lugar, ainda que de forma puramente *potencial*.

Deste modo, os proprietários (seja cidadãos nacionais, seja estrangeiros) podem residir a todo o tempo nas suas unidades de alojamento e dispor delas a seu gosto, sem que esta fruição possa ser colocada em causa por terceiros.

Assim também, o estrangeiro titular de uma unidade de alojamento que nela resida deve ser equiparado a um residente para todos os efeitos legais, naturalmente dependendo o enquadramento que lhe seja dado do título de residência de que dispõe e que difere, essencialmente, da proveniência do adquirente (se se trata de um nacional de um dos países que integram o Espaço Económico Europeu ou de um país terceiro) ou da sua capacidade de investimento, sobretudo imobiliário, em Portugal (através, por exemplo, dos designados *golden visas*).

Em qualquer caso, porém, a aquisição de imóveis e o estatuto real dos mesmos encontram-se indissociavelmente ligados aos fins turísticos fixados na autorização de utilização respetiva (por muito que a intenção imediata seja a residencial), o que implicará, muito provavelmente, uma oneração fiscal acrescida desde logo em sede de imposto municipal sobre imóveis e a impossibilidade de aceder a benefícios fiscais, desde logo por não estar formalmente em causa a aquisição de habitação própria e permanente. Neste âmbito, existe já um Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, proferido no processo n.º 0961/13, de 12 de março de 2014, de acordo com o qual a aquisição de unidades de alojamento num empreendimento turístico, ainda que afetadas à exploração turística, não beneficia de quaisquer benefícios fiscais (uma vez que estes benefícios já tinham aproveitado ao proprietário/promotor do empreendimento)<sup>(11)</sup>.

---

<sup>(11)</sup> Cf., ainda, o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo n.º 3/2013, de 23 de janeiro de 2013, com anotação de FERNANDA PAULA OLIVEIRA e ABÍLIO VASSALO ABREU, *Instalação de Empreendimentos Turísticos em Propriedade Plural: “Quid Est?”*, Coimbra, Almedina, 2014.

Reportando-nos aos dois modelos ou paradigmas de empreendimentos turísticos, é inegável que o legislador estabeleceu, portanto, para processos pendentes à sua entrada em vigor, a possibilidade de opção entre o RJET atual e o regime anteriormente aprovado pelo Decreto-Lei n.º 167/97, de 4 de julho, que estabelecia a possibilidade de certas unidades de alojamento serem retiradas da exploração dos empreendimentos turísticos.

Ora, de acordo com este regime e nos termos do Decreto Regulamentar n.º 34/97 (art. 27.º), nos aldeamentos turísticos, pelo menos 50 % das unidades de alojamento deviam ser afetas à exploração turística do empreendimento. A venda, o arrendamento, constituição de direito de uso e habitação ou qualquer outra forma de transmissão da propriedade de uma fração autónoma afeta à exploração turística estavam sujeitas a autorização da Direção-Geral do Turismo, sob pena de nulidade do respetivo negócio jurídico, apenas não podendo ser emitida a autorização quando a mesma colocasse em causa aquela percentagem.

Aqui encontrava-se um critério temporal, de acordo com o qual as unidades de alojamento não se consideravam retiradas da exploração turística pelo facto de ter sido reservado aos respectivos proprietários o direito de as utilizarem em proveito próprio por um período não superior a 90 dias em cada ano, nos termos estabelecidos em contrato celebrado entre estes e a entidade exploradora do aldeamento turístico.

As unidades de alojamento que fossem retiradas da exploração de um empreendimento turístico não podiam ser objecto de outra exploração comercial, turística ou não, ficando os proprietários a ser responsáveis pelas despesas relativas às duas frações. Nestes casos, o proprietário da unidade de alojamento não teria direito à utilização das instalações e dos equipamentos comuns e dos serviços de utilização turística de uso comum.

Dada a dificuldade de conjugação entre as unidades de alojamento sujeitas a exploração turística e aquelas que dela foram retiradas (designadamente as dificuldades e conflitos decorrentes de existirem várias entidades responsáveis por questões tão essenciais como a manutenção dos espaços), o RJET deixou de prever a possibilidade de retirada de unidades de alojamento da exploração turística do empreendimento, consignando expressamente o *princípio da exploração permanente das unidades de alojamento* de todos os empreendimentos turísticos.

Uma solução como a hoje prevista gera alguma flexibilidade na ocupação das unidades de alojamento dos empreendimentos turísticos, promovendo uma sua maior sustentabilidade (ao aumentar a sua taxa de ocupação e diminuir a sazonalidade) e comportando benefícios urbanísticos, ambientais e sociais para a área envolvente. Caberá, porém, à entidade

gestora controlar se a utilização do empreendimento continua a ser preordenada para a sua utilização turística, não desvirtuando esse fim.

Por outro lado, o reforço de deveres da entidade exploradora, sobretudo do ponto de vista de manutenção em bom estado de funcionamento de todas as instalações, equipamentos e serviços do empreendimento, incluindo unidades de alojamento, executando aquela as obras de conservação/manutenção necessárias para conservar a classificação respectiva, tem como principal fito a proteção do investidor, de modo a garantir as boas condições de instalação e funcionamento, a longo prazo, do empreendimento turístico<sup>(12)</sup>.

Note-se que o papel inicial do promotor será “substituído” pelo da entidade exploradora designada (pelo promotor) no título constitutivo [art. 55.º, n.º 1, alínea *a*)]<sup>(13)</sup>, sendo esta a administradora do empreendimento turístico (art. 58.º) ainda que possa ser destituída em assembleia de proprietários, o que evidencia a possibilidade de controlo da atividade daquela entidade.

Também a prestação periódica devida à entidade administradora do empreendimento, ao dever cobrir *sempre* as (*a*) despesas de manutenção e funcionamento do empreendimento (incluindo unidades de alojamento, instalações e equipamentos comuns e serviços de utilização comuns); a (*b*) remuneração devida pelos serviços de recepção permanente, de segurança e de limpeza das unidades de alojamento e partes comuns, bem como a; (*c*) remuneração dos serviços do revisor oficial de contas e da entidade administradora do empreendimento<sup>(14)</sup>, corresponde a um fator essencial da gestão coerente e sustentada de todo o empreendimento, assegurando os proprietários de que o investimento feito tem garantias de continuidade e qualidade.

Somos, assim, de opinião que o atual RJET adota uma posição menos formalista e, por isso, mais maleável, que pode ser favorável ao promotor e aos proprietários, tanto no caso de exploração do empreendimento (uma vez que reduz a possibilidade de conflito na gestão dos espaços, permi-

---

<sup>(12)</sup> Refira-se, ainda, que nos termos do RJET promotor (ou a entidade administradora do empreendimento turístico se for diferente), previamente à celebração de qualquer contrato promessa de compra e venda de unidades de alojamento, deverá, sob pena de nulidade, prestar uma caução de boa administração e conservação a favor dos proprietários das unidades de alojamento correspondente ao valor anual do conjunto das prestações periódicas devidas pelos proprietários (art. 59.º).

<sup>(13)</sup> Note-se que o essencial para que exista propriedade plural — e a designação de uma entidade exploradora — não é que todas as unidades de alojamento tenham sido alienadas, mas sim que o possam vir a ser (ou então que possam ser objeto de outros negócios jurídicos, como os de locação turística).

<sup>(14)</sup> Chegando estes créditos relativos a prestações periódicas a gozar de um privilégio creditório imobiliário (art. 56.º, n.º 8 do RJET).

tindo a sua “refuncionalização” quando tal se venha a revelar necessário: de fins residenciais para fins turísticos, nos casos em que o proprietário deixe de residir no local) como no caso, desejavelmente improvável, da caducidade da classificação como empreendimento turístico (caso em que a anterior exploração única e submissão a uma única propriedade plural pode ser determinante para uma posterior gestão condominial do empreendimento, que será muito provavelmente reafetado a fins habitacionais, se tal for permitido pelos instrumentos de ordenamento e de planeamento aplicáveis).

De modo a acompanhar esta tendência legislativa, na circunstância de se pretender ver aplicado o RJET ao empreendimento turístico, nos casos em que o mesmo possa ainda ser submetido à regulamentação anterior, um dos aspetos críticos a considerar prende-se com a elaboração do título constitutivo pelo promotor (art. 54.º, n.º 4 do RJET)<sup>(15)</sup> e do regulamento respetivo que deve ser suficientemente flexível, de modo a enquadrar as situações de residência permanente, em especial no que se refere às seguintes menções (art. 55.º): “*i*) O critério de fixação e atualização da prestação periódica devida pelos proprietários e a percentagem desta que se destina a remunerar a entidade responsável pela administração do empreendimento, bem como a renumeração dos encargos cobertos por tal prestação periódica; *j*) Os deveres dos proprietários, designadamente os relacionados com o tempo, o lugar e a forma de pagamento da prestação periódica; e *l*) Os deveres da entidade responsável pela administração do empreendimento, nomeadamente em matéria de conservação do empreendimento”.

Ainda assim, se o promotor pretender optar pelo regime de exploração aplicável à data do início do procedimento, nos termos do art. 76.º, n.º 2 do RJET, tal opção pode ocorrer mesmo que todo o processo urbanístico se refira apenas a finalidades puramente turísticas (até porque no âmbito do regime anterior, a exclusão da exploração turística poderia ocorrer posteriormente à exploração do empreendimento e não apenas no momento da sua aprovação). O que significa que terá aquela entidade de expressa e inequivocamente manifestar esta sua vontade até ao final do procedimento de classificação definitiva (n.º 3 do art. 76.º), sob pena de aplicação das disposições constantes no atual RJET aos processos penden-

---

<sup>(15)</sup> Que acaba por se identificar com aquele(s) que sobre as coisas beneficie(m) da presunção de titularidade que o registo predial confere (cf. MADALENA TEIXEIRA, “Empreendimentos Turísticos — Implicações Registais”, *Empreendimentos Turísticos — Temas CEDOUA*, Coimbra, Almedina, 2010, p. 236).

tes (n.º 1 do art. 76.º). Portanto, terá o promotor de formalizar a sua opção por um dos regimes indicados, sendo que se não o fizer se aplica o modelo de empreendimento turístico hoje constante do RJET.

#### IV. Sujeição permanente ao regime de exploração turística

Aplicando-se o atual regime jurídico, a aceitação legislativa e a promoção no mercado do fenómeno do “turismo residencial” tem de ser devidamente coadunada com a imposição prevista no art. 45.º do RJET, de acordo com a qual todas as unidades de alojamento têm de estar permanentemente em regime de exploração turística, devendo a entidade exploradora assumir a exploração continuada da totalidade das mesmas, ainda que estas se encontrem ocupadas pelos respetivos proprietários.

Para ultrapassar esta aparente tensão entre uso residencial e afetação permanente à exploração turística, o legislador fornece critérios que preencham este “novo” conceito legal de exploração turística: por um lado, as unidades de alojamento permanecem a todo o tempo mobiladas e equipadas, em plenas condições de poderem ser locadas para alojamento a turistas; por outro lado, nelas são prestados os serviços obrigatórios da categoria do empreendimento turístico em apreço.

Há, porém, algumas limitações àquele uso, uma vez que estando as unidades de alojamento permanentemente em regime de exploração turística, ainda que ocupadas pelos respetivos proprietários (art. 45.º, n.º 1), *não é possível que:*

- i) sejam objeto de contratos que comprometam o uso turístico das mesmas, designadamente, contratos de arrendamento ou constituição de direitos de uso e habitação (art. 45.º, n.º 6, *in fine*). A legislação apenas menciona estes tipos contratuais, eventualmente por outras modalidades negociais, como o comodato ou, mesmo o usufruto, poderem vir a ser admitidas, ao não implicarem, no primeiro caso, uma exploração onerosa do imóvel que, por isso, não traz réditos ao seu proprietário, e, no segundo, por a posição do proprietário — e portanto também as limitações que sobre ele impendem — passar a ser assumida predominantemente pelo usufrutuário;
- ii) sejam exploradas diretamente pelo proprietário (art. 45.º, n.º 6), o que significa que não pode este afetar a sua unidade de aloja-

mento para fins turísticos ou para fins como os de alojamento local<sup>(16)</sup>, desde logo através de plataformas digitais (na verdade, este alojamento nunca poderia ter lugar em unidades de alojamento turístico, uma vez que são regimes que se excluem mutuamente). Assim, ou o proprietário usa a unidade adquirida para fins habitacionais na totalidade ou em parte do ano ou, *tertium non datur*, a coloca à disposição da entidade exploradora (única) para o afetar a utilização turística.

- iii) sejam destinadas a *qualquer outra finalidade* que não a prevista no título constitutivo, ou seja, nas unidades de alojamento não podem estabelecer outras atividades comerciais ou de serviços que não se enquadrem nos usos tipicamente residenciais.

## V. Obrigações associadas à potencial utilização turística

Aliadas à noção de exploração turística, a que os proprietários, ainda que residentes de forma permanente ou estável, se encontram vinculados, encontram-se as seguintes *obrigações legais*:

- i) o proprietário deve celebrar com a entidade exploradora um *título jurídico* que a habilite à exploração da totalidade das unidades de alojamento, exploração essa que, todavia, pode ser apenas potencial, não obrigando à indicação de quaisquer períodos temporais de sujeição a efetiva exploração turística. De facto, os n.ºs 3 e 4 do art. 45.º não impõem qualquer indicação desta natureza, apenas e genericamente que se faça referência aos termos da exploração turística das unidades de alojamento, da participação dos proprietários nos resultados da exploração da unidade de

---

<sup>(16)</sup> Como resulta de forma clara do preâmbulo do Decreto-Lei n.º 128/2014, de 29 de agosto, o legislador veio reconhecer a existência do alojamento local como uma categoria autónoma (e não apenas residual) dos empreendimentos turísticos com vista a “*permitir a prestação de serviços de alojamento temporário em estabelecimentos que não reunissem os requisitos legalmente exigidos para os empreendimentos turísticos*”. Note-se, porém, que está vedado a via do alojamento local quando se verifiquem os requisitos para a existência de empreendimentos turísticos. Aliás, o legislador preocupou-se essencialmente com a manutenção e integridade do uso turístico perante as investidas do “alojamento local”. Por esse motivo, a legislação prevê que o Turismo de Portugal possa a qualquer momento controlar o *desvio* de uso, impondo a utilização turística sempre que o estabelecimento preencha os requisitos para o efeito.

alojamento, bem como as condições da utilização desta pelo respectivo proprietário.

É certo que, dada a complementaridade legal do uso turístico com o uso residencial, podem as unidades de alojamento ser afetadas à habitação do proprietário e sua família ao longo do ano, sem qualquer limite temporal. Não é necessário, por isso, ficcionar um “arrendamento consigo próprio”, nem disponibilizar a unidade para arrendamento por um determinado período (ainda que curto e eventual). O que é imprescindível é que seja celebrado um contrato com o promotor ou a entidade exploradora no qual sejam definidos os “termos da exploração turística das unidades de alojamento, a participação dos proprietários nos resultados da exploração da unidade de alojamento, bem como as condições da utilização desta pelo respectivo proprietário”.

O modelo contratual que normalmente se estabelece entre a entidade exploradora e o proprietário corresponde a uma cedência de exploração da unidade de alojamento, mediante o qual o proprietário cede a unidade de alojamento mobilada, acertando-se uma contrapartida que será calculada em função da ocupação da unidade de alojamento ou da disponibilidade desta. Este contrato pode cifrar-se, do ponto de vista operacional, pela reserva para o mesmo e sua família da utilização da unidade de alojamento, obrigando-se o proprietário a comunicar com um certo número de dias de antecedência os períodos para os quais deseja que a sua unidade seja explorada turisticamente (o que pode, como já aludimos, nunca vir efetivamente a ocorrer), estabelecendo-se desde logo os termos de remuneração dessa disponibilização da unidade para exploração turística.

Também não está impedido que o proprietário aliene a sua unidade de alojamento a terceiros. Na eventualidade dessa venda e supondo a constância do atual enquadramento jurídico, as restrições serão similares às que impendem sobre o proprietário inicial (designadamente as obrigações legais de não dar de arrendamento as unidades de alojamento ou de constituir um direito de uso e habitação mantêm-se). Aliás, o art. 54.º, n.º 8 do RJET estipula que o adquirente do direito sobre lote ou de fração autónoma em empreendimento turístico com base no qual tenha sido conferido à entidade exploradora do empreendimento o título referido no n.º 3 do art. 45.º sucede nos direitos e obrigações do transmitente daquele direito perante a entidade exploradora<sup>(17)</sup>.

---

(17) Naturalmente que o adquirente poderá celebrar com a entidade exploradora um novo título jurídico que habilite esta à autorização turística do espaço, sendo desejável, de modo a tornar



- ii) o proprietário deve pagar a *prestação periódica* prevista no art. 56.º e usufruir dos serviços obrigatórios da categoria do empreendimento. Os serviços mínimos a prestar dependem da categoria do empreendimento nos termos do previsto no art. 35.º do RJET e na Portaria 327/2008, incluindo em geral serviços de receção e portaria; de limpeza e lavandaria; de alimentação e bebidas; e serviços complementares<sup>(18)</sup>. A este propósito, há que ter em especial consideração a questão dos serviços de limpeza e arrumação das unidades de alojamento, que estão incluídas (a títulos diferenciados) nos serviços obrigatórios dos empreendimentos turísticos e que integram o montante da prestação periódica. Não obstante, julgamos possível, desde que devidamente regulamentado, que o valor desta prestação oscile de acordo com a modalidade (e intensidade ou frequência) de acesso aos serviços de limpeza e arrumação por que o proprietário opte<sup>(19)</sup>.
- iii) o proprietário deve cumprir a qualquer momento, na sua unidade de alojamento, os *requisitos (pelo menos os obrigatórios)* previstos na Portaria n.º 327/2008, de 28 de abril, alterada pela Portaria n.º 309/2015, de 25 de setembro, de modo a manter aquela unidade em condições de, em qualquer momento, poder ser explorada. Tal não significa, porém, que o proprietário não possa decorar e organizar a seu gosto a unidade de alojamento, apenas que há comodidades que devem sempre existir no edifício ou fração.

O legislador, em particular a Portaria que aprova o aprovou o sistema de classificação de estabelecimentos hoteleiros, de aldeamentos turísticos

---

mais transparente e estável a colocação no mercado das unidades de alojamento, que aquele título siga um modelo base previamente estabelecido.

<sup>(18)</sup> Há a possibilidade de serem dispensados alguns requisitos (art. 39.º do RJET). No entanto, os motivos justificativos desta dispensa prendem-se essencialmente com razões arquitetónicas que não se vê como possam justificar a dispensa de serviços considerados obrigatórios pela legislação e que, sobretudo no caso de empreendimentos turísticos construídos de raiz, não têm um impacto excessivo sobre a área de construção autorizada.

<sup>(19)</sup> No entanto, há que ter em atenção que a prestação periódica a prestar pelos proprietários deve assegurar a compensação pelos serviços prestados (ou potencialmente prestados) pela entidade exploradora, designadamente os de limpeza das unidades de alojamento. Por isso, mesmo que seja o proprietário a custear os seus próprios serviços não poderá ser eximido totalmente daquela prestação, ainda que o seu montante possa ser escalonado ou possa ser convencionado um montante além da prestação periódica mínima, nos casos em que haja efetiva utilização dos serviços do empreendimento ou durante o tempo em que essa utilização ocorra.

e de apartamentos turísticos não estabelece qualquer requisito em conformidade com a decoração e mobília das unidades de alojamento seja idêntica ou siga o mesmo *lay out* ou modelo. O que tem de se salvaguardar é a existência do equipamento obrigatório previsto naquela Portaria (e o equipamento opcional ou outro similar que justificou a atribuição de categoria ao empreendimento), deixando-se, porém, ao proprietário ou à entidade exploradora (consoante o por eles concertado) a decoração dos espaços.

De anotar que nada impede que o promotor aplique um desconto na venda da unidade de alojamento caso o adquirente mobile a sua própria unidade, pois tanto entra no âmbito da autonomia das partes. No entanto, na medida em que, aquando da auditoria de classificação, se demanda que os equipamentos mínimos já estejam colocados na unidade de alojamento, de modo a assegurar a sua possível afetação a exploração turística, é muito provável que aquela unidade já tenha de estar minimamente mobilada antes da sua alienação, se esta ocorrer em data posterior àquela auditoria.

- iv) o proprietário deve solicitar a *autorização prévia* da entidade administradora do empreendimento para a realização de quaisquer obras, mesmo no interior das unidades de alojamento e ainda que não se trate de alterações estruturais do imóvel (devendo ainda, nas situações previstas no art. 29.º, comunicá-las ao Turismo de Portugal), nos termos do art. 57.º, n.º 2 do RJET. Esta intervenção da entidade administradora do empreendimento vai para além das típicas possibilidades de intervenção do condomínio em sede de propriedade horizontal e das exigências de controlo municipal em sede do RJUE, justificando-se pela necessidade de manter externa e internamente o empreendimento em propriedade plural permanentemente “pronto” e “apto” para a exploração turística<sup>(20)</sup>.

Ao que acresce que o proprietário deve, mesmo que resida na unidade de alojamento, *suportar* alguma intervenção da entidade exploradora ou de terceiros, desde logo para a realização de auditorias de classificação, que ocorrerão oficiosamente de cinco em cinco anos, de acordo com o

---

<sup>(20)</sup> De acordo com o art. 57.º, n.º 1, os proprietários de lotes ou frações autónomas em empreendimentos turísticos em propriedade plural não poderão alterar a sua volumetria ou a configuração arquitetónica exterior; praticar quaisquer atos ou realizar obras, incluindo pinturas, que afetem a continuidade ou unidade urbanística, ou paisagística, do empreendimento, ou que prejudiquem o funcionamento ou utilização de instalações e equipamentos de utilização comum; ou praticar quaisquer atos ou realizar obras que afetem a tipologia ou categoria do empreendimento.

art. 38.º, n.º 1 do RJET, ou para a realização de obras de manutenção ou conservação da respetiva unidade de alojamento, por parte da entidade exploradora [art. 57.º, n.º 1, alínea e)].

## VI. Notas conclusivas

Tendo dado conta do modo de funcionamento do presente regime de exploração turística, estabelecido pelo RJET, com a indicação das principais limitações, obrigações, riscos e direitos dos proprietários de unidades de alojamento, estamos em crer que é a amplitude e flexibilidade do modelo legal, bem como as possibilidades de funcionamento complementar de mecanismos negociais, que o tornam no paradigma de empreendimentos turísticos mais ajustado à consideração de realidades como a do “turismo residencial”.

Um turismo que, afinal, serve de segunda ou mesmo de primeira habitação permanente ou estável a quem pretenda ou tenha, por motivos vários, de abraçar um estilo de vida diferente do habitual, e que encontrou em Portugal um local privilegiado para o seu desenvolvimento<sup>(21)</sup>.

---

(21) De acordo com o noticiado em 6 de junho de 2018, um estudo independente, comissionado pela Associação Portuguesa de Resorts (APR) e cofinanciado pelo COMPETE 2020, atribui a Portugal e aos resorts portugueses o primeiro lugar numa avaliação de 26 empreendimentos de turismo residencial em 9 países, segundo 54 critérios em 10 categorias (cf. <<http://www.construir.pt/2018/06/06/portugal-lidera-turismo-residencial-europeu-2/>>).



# O FIM DA ARBITRAGEM NECESSÁRIA EM MATÉRIA DE PATENTES FARMACÊUTICAS. VELHOS E NOVOS PROBLEMAS<sup>(1)</sup>

Por Evaristo Mendes<sup>(2)</sup>

## SUMÁRIO:

**Introdução. I. Dados legais. 1.** CPI e nova redação da Lei 62/2011. *1.1.* Novo CPI — Patentes, invalidade e meios de tutela. *1.2.* Lei n.º 62/2011 — Nova redação. **II. A Lei 62/2011 na sua versão original. Revisão da mesma. 2.** Noções fundamentais e contexto da Lei. *2.1.* Autorizações sanitárias e risco de contrafação. *2.2.* O controvertido âmbito do exclusivo e situação contenciosa antes da Lei. Obstáculos à entrada dos medicamentos genéricos no mercado. *2.3.* Relatório da Comissão Europeia sobre o setor farmacêutico de 2009. **3.** Objetivos da Lei e modo de efetivação. **4.** Vicissitudes na aplicação da Lei 62/2011. Algumas questões controvertidas. *4.1.* Âmbito da arbitragem necessária (art. 2.º) e tutela jurisdicional efetiva. *4.2.* Criação de uma ação arbitral especial (art. 3.º) distinta das ações de infração e respetivos procedimentos cautelares. Interesse em agir. Pedido e beneficiário de AIM. *4.3.* Prazo para propor a ação. *4.4.* Instâncias de recurso. *4.5.* Sanção pecuniária compulsória. *4.6.* Alienação da AIM. *4.7.* Repartição dos encargos da arbitragem. *4.8.* Patentes de segundo uso médico. *4.9.* Invalidade da patente ou CCP. **III. A Lei 62/2011 na sua nova redação. Alguns aspetos. 5.** Alteração da Lei. **6.** Fim da arbitragem necessária. **7.** Manutenção da ação arbitral especial do artigo 3.º *7.1.* Arbitragem voluntária como alternativa ao TPI. *7.2.* Prazo para propor a ação. Problemas interpretativos. *7.3.* Exceção de invalidade nos processos arbitrais. *7.4.* Outras especificidades da ação especial. *7.5.* O problema do caso julgado. **8.** Manutenção da ação especial como ação judicial. *8.1.* Prazo

---

(1) Versão desenvolvida de texto homónimo publicado na Revista de Direito Comercial, janeiro de 2019, pp. 75-120, destinada aos Estudos dedicados ao Prof. Doutor Germano MARQUES da Silva.

(2) Professor Convidado da Escola de Lisboa da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa.

para propor a ação. Beneficiário distinto do requerente da AIM. 8.2. Invocação da invalidade — reconvenção. 9. Justifica-se manter a ação especial? 9.1. Caráter *sui generis* da ação. 9.2. O problema da comparticipação. Ação adequada para o fim visado? 9.3. Justifica-se passar o contencioso para o TPI? 9.4. SPC, repartição das custas e invocação da invalidade. 9.5. Ação especial, ADPIC/TRIPS e TUP. 10. A Lei como sinal dos tempos.

## Introdução

No uso da autorização legislativa concedida pela Lei n.º 65/2018, de 30 de novembro, o DL n.º 110/2018, de 10 de dezembro, aprovou um novo Código da Propriedade Industrial (art. 2.º), adiante designado NCPI, constante do respetivo anexo, procedeu à alteração do art. 111.º da LOSJ (Lei n.º 62/2013), respeitante à competência do TPI (art. 3.º), e da Lei n.º 62/2011, de 12 de dezembro, que instituíra um sistema de arbitragem necessária em matéria de patentes farmacêuticas e respetivos CCP, pondo termo a tal sistema (art. 4.º), e determinou a entrada em vigor da generalidade do CPI e da alteração da LOSJ no dia 1.07.2019 e da Lei n.º 62/2011 30 dias após a sua publicação (ou seja, 9.01.2019). Contém, ainda, disposições transitórias, uma das quais relacionada com a cessação da arbitragem necessária (art. 5.º).

Em breves palavras, a Lei n.º 62/2011 instituiu um sistema de resolução de litígios que envolvem direitos industriais relativos a medicamentos — em especial, patentes e CCP — consistente (i) numa *arbitragem necessária* e (ii) numa *ação especial simplificada de accertamento* (preventivo) dos direitos, a propor nos tribunais arbitrais, com o objetivo primordial de desembaraçar os medicamentos genéricos de obstáculos processuais à sua entrada tempestiva no mercado, retirando também dos tribunais administrativos o contencioso maciço neles então existente.

O legislador aboliu agora, sete anos volvidos, o regime da arbitragem necessária. Mas mantém a ação especial — a intentar no TPI ou, havendo acordo dos interessados, num tribunal arbitral —, que acresce, assim, aos meios gerais de tutela das patentes e CCP, de que se pode lançar mão neste tribunal.

Tecem-se adiante algumas considerações sobre o fim da arbitragem necessária e os termos em que este ocorreu (III). Antes disso, indicam-se as mais importantes disposições legais (I) e recorda-se a Lei 62/2011, na sua versão original (II), com diversas questões de aplicação que, em parte, subsistirão com a nova redação.

## I. Dados legais

### 1. CPI e nova redação da Lei 62/2011

**1.1.** O NCPI — que, na parte a seguir indicada, tem disposições semelhantes às correspondentes do CPI de 2003 — determina no art. 4.º, n.º 2, que «a concessão de direitos de propriedade industrial implica mera presunção jurídica dos requisitos da sua concessão». Faltando estes, os atos de concessão são nulos, sendo a nulidade invocável a todo o tempo por qualquer interessado [cf. o art. 32.º, n.º 1, al. *a*), e n.º 2].

O art. 34.º (semelhante ao art. 35.º do CPI de 2003), por sua vez, sob a epígrafe «Processos de declaração de nulidade e de anulação», reza, designadamente, assim: «A declaração de nulidade ou a anulação de patentes, de certificados complementares de proteção, de modelos de utilidade e de topografias de produtos semicondutores só podem resultar de decisão judicial» (n.º 1); «Têm legitimidade para intentar as ações judiciais (...) o Ministério Público ou qualquer interessado, devendo ser citados, para além do titular do direito registado, todos os que, à data da publicação do averbamento previsto na alínea *d*) do n.º 1 do art. 29.º, tenham requerido o averbamento de direitos derivados no INPI, I. P., e, ainda, o Ministério Público sempre que este atue em representação do Estado ou de ausentes» (n.º 3); «Nos casos previstos no n.º 1, quando a decisão definitiva transitar em julgado, a secretaria do tribunal remete a mesma ao INPI, I. P., sempre que possível por transmissão eletrónica de dados ou em suporte considerado adequado, para efeito de publicação do respetivo texto e correspondente aviso no Boletim da Propriedade Industrial, bem como do respetivo averbamento» (n.º 5). Atualmente, o tribunal competente é o TPI [n.º 1, al. *c*), do art. 111.º da LOSJ].

Estas disposições legais são especialmente relevantes, porque, como se verá, uma das mais importantes e controvertidas questões existentes respeita à possibilidade ou não de um demandado em ação relativa a direitos de patente se defender por via de exceção. Por isso, se colocaram à cabeça. Para a análise subsequente, importa, no entanto, ter presente um quadro mais vasto de normas, que se apresenta a seguir.

*a)* A matéria das patentes de invenção encontra-se regulada nos arts. 50.º e seguintes, sendo as mesmas concedidas pelo INPI e, na maior parte dos casos, pelo IEP (cf. os arts. 61.º, ss., 77.º, ss.). O âmbito da proteção conferida pela patente determina-se pelo conteúdo das reivindicações, servindo a descrição e os desenhos para as interpretar (art. 98.º,

n.º 1). Tratando-se de uma patente de processo, os direitos conferidos pela mesma abrangem os produtos obtidos diretamente pelo processo patenteado (art. 98.º, n.º 2) e, se o objeto patenteado for um processo de fabrico de um produto novo, o titular beneficia de uma inversão do ónus da prova — «o mesmo produto fabricado por terceiro será, salvo prova em contrário, considerado pelo processo patenteado (art. 99.º) — assegurando-se deste modo a eficácia prática do exclusivo.

O art. 102.º contém uma delimitação positiva e negativa (*jus prohibendi*) do direito privativo. Dispõe-se nele, designadamente, que a patente confere ao titular «o direito exclusivo de explorar a invenção em qualquer parte do território português» (n.º 1) e, ainda, «o direito de impedir a terceiros, sem o seu consentimento:

- a) O fabrico, a oferta, a armazenagem, a colocação no mercado ou a utilização de um produto objeto de patente, ou a importação ou posse do mesmo, para algum dos fins mencionados;
- b) A utilização do processo objeto da patente ou, se o terceiro tem ou devia ter conhecimento de que a utilização do processo é proibida sem o consentimento do titular da patente, a oferta da sua utilização;
- c) A oferta, a armazenagem, a colocação no mercado e a utilização, ou a importação ou posse para esses fins, de produtos obtidos diretamente pelo processo objeto da patente» (n.º 2); notando-se aqui uma mais completa e cuidada especificação deste *jus prohibendi*, em especial no que se refere às patentes de processo, relativamente ao que constava do art. 101.º do CPI de 2003. Realça-se, ainda, a extensão da proibição a atos de violação indireta do exclusivo (n.ºs 3 a 6), não contemplada o CPI de 2003, pelo menos de forma expressa<sup>(3)</sup>.

Com especial interesse para as patentes farmacêuticas, estabelece-se, por um lado, na al. a) do n.º 1 do art. 103.º, que a preparação de medicamentos «feita no momento e para casos individuais, mediante receita médica, nos laboratórios de farmácia», se encontra fora do exclusivo, o mesmo sucedendo com os atos relativos aos medicamentos assim preparados; por outro lado, que outro tanto sucede com os «atos realizados exclusivamente para fins de ensaio ou experimentais, relacionados com o objeto da invenção patenteada,

---

(3) Cf., por ex., MARQUES, 2018a, p. 22.



incluindo experiências para preparação dos processos administrativos necessários à aprovação de produtos pelos organismos oficiais competentes, não podendo, contudo, iniciar-se a exploração industrial ou comercial desses produtos antes de se verificar a caducidade da patente que os protege».

A Lei n.º 62/2011 veio esclarecer — ou, noutro ponto de vista, determinar — que se encontram nesta situação os processos tendentes à obtenção de AIM para medicamentos, à autorização do PVP e à aprovação de comparticipação financeira neste preço, bem como estudos e ensaios pertinentes (arts. 4.º a 6.º e 8.º), dando nova redação ao Estatuto do Medicamento, aprovado pelo DL n.º 176/2006 (cf. os arts. 19.º, n.º 8, 23.º-A, 25.º, n.º 2), e ao regime das comparticipações do Estado, anexo ao DL n.º 48-A/2010 (novo art. 2.º-A). Operou, assim, uma separação das águas: os procedimentos sanitários passaram a correr sem interferência dos direitos industriais que se encontrem em vigor e, paralelamente, poderia correr uma ação arbitral tendente a apurar a existência e os limites de tais direitos (e a fazê-los valer). O que, no campo das patentes, pode ser visto como uma manifestação ou um aprofundamento da chamada exceção Bolar, presente naquele preceito do CPI<sup>(4)</sup>.

A matéria dos CCP encontra-se regulada no RegCE n.º 469/2009 e nos arts. 116.º a 118.º do NCPI. A entidade competente para a sua concessão é o INPI (art. 116.º, n.º 1).

b) Nos termos do art. 310.º, «a propriedade industrial tem as garantias estabelecidas por lei para a propriedade em geral e é especialmente protegida, nos termos do presente Código e demais legislação e convenções em vigor». As patentes são, designadamente, objeto de específica tutela criminal (arts. 318.º, 321.º, 328.º, ss.) e civil (arts. 337.º, ss.), cujos termos são, em larga medida, o resultado da transposição da Diretiva 2004/48/CE (dita Diretiva do *enforcement*) e, mais remota e limitadamente, constituem uma imposição do ADPIC/TRIPS.

Realça-se o que se segue. Quando haja *violação* ou *fundado receio* de violação causadora de lesão grave ou dificilmente reparável do direito, o interessado pode pedir ao tribunal que decrete as providências adequadas a proibir a continuação da violação ou a inibir o potencial infrator de qualquer violação iminente (art. 345.º, n.º 1), podendo o tribunal, oficiosamente ou a pedido, decretar uma SPC tendente a assegurar a execução das providências decretadas (art. 345.º, n.º 4). A violação gera responsabilidade civil, nos termos do art. 347.º, podendo acrescer sanções acessórias,

---

(4) Cf., neste sentido, PEREIRA, 2016, pp. 828, ss., e 847.

medidas inibitórias e de publicidade (arts. 348.º a 350.º). Havendo um adicional ato de concorrência desleal, aplicam-se as disposições respetivas (cf. o art. 311.º). O CPC é subsidiariamente aplicável (art. 358.º).

c) Recorda-se que, segundo o n.º 2 do art. 2.º deste último Código, «[a] todo o direito, exceto quando a lei determine o contrário, corresponde a ação adequada a fazê-lo reconhecer em juízo, a *prevenir ou reparar a violação* dele e a realizá-lo coercivamente, bem como os procedimentos necessários para acautelar o efeito útil da ação». Interessa, ainda, o art. 20.º da CRP, que, depois de estabelecer no n.º 1 que «a todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos», prescreve no n.º 4: «Para defesa dos direitos, liberdades e garantias pessoais, a lei assegura aos cidadãos procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade, de modo a obter tutela efetiva e em tempo útil contra *ameaças* ou *violações* desses direitos».

**1.2.** No que respeita à Lei n.º 62/2011, que criou «um regime de composição dos litígios emergentes de direitos de propriedade industrial quando estejam em causa medicamentos de referência e medicamentos genéricos» (art. 1.º), lê-se no preâmbulo do DL n.º 110/2018: «Finalmente, reconhecendo que o circunstancialismo que levou à aprovação da Lei n.º 62/2011, de 12 de dezembro, que criou um regime de composição dos litígios emergentes dos direitos de propriedade industrial quando estavam em causa medicamentos de referência e medicamentos genéricos, foi ultrapassado e se mostram reunidas as condições para visitar esta matéria, opta-se por revogar o regime de arbitragem necessária então criado, deixando às partes a opção entre o recurso a arbitragem voluntária ou ao tribunal judicial competente.» No art. 5.º do mesmo diploma, sob a epígrafe «Análise estatística», estabelece-se o seguinte: «Após 1 ano da entrada em vigor prevista no n.º 1 do art. 6.º, a Direção-Geral da Política de Justiça apresenta um relatório ao membro do Governo responsável pela área da justiça com a análise de dados estatísticos relacionados com o funcionamento do tribunal da propriedade intelectual especificamente no âmbito dos litígios emergentes da invocação de direitos de propriedade industrial relacionados com medicamentos de referência».

O art. 2.º da Lei, anteriormente epigrafado «Arbitragem necessária» e instituindo um correspondente sistema, tem agora como epígrafe «Arbitragem voluntária» e passou a dispor:

«Os litígios emergentes da invocação de direitos de propriedade industrial, incluindo os procedimentos cautelares, relacionados com medi-

camentos de referência, designadamente os medicamentos que são autorizados com base em documentação completa, incluindo resultados de ensaios farmacêuticos, pré-clínicos e clínicos, e medicamentos genéricos, independentemente de estarem em causa patentes de processo, de produto ou de utilização, ou de certificados complementares de proteção, podem ser sujeitos a arbitragem voluntária, institucionalizada ou não institucionalizada».

Na sua nova redação, o art. 3.º, sob a epígrafe *Instauração do processo*, dispõe, designadamente, o seguinte:

«1 — No prazo de 30 dias a contar da publicitação na página eletrónica do INFARMED — Autoridade Nacional do Medicamento e Produtos de Saúde, I. P. (INFARMED, I. P.), de todos os pedidos de autorização, ou registo, de introdução no mercado de medicamentos genéricos, o interessado que pretenda invocar o seu direito de propriedade industrial nos termos do artigo anterior deve fazê-lo junto do Tribunal da Propriedade Intelectual ou, em caso de acordo entre as partes[,] junto do tribunal arbitral institucionalizado ou efetuar pedido de submissão do litígio a arbitragem não institucionalizada.

2 — A não dedução de contestação, no prazo de 30 dias após citação na ação intentada no Tribunal da Propriedade Intelectual ou da notificação para o efeito pelo tribunal arbitral, implica que o requerente de autorização, ou registo, de introdução no mercado do medicamento genérico não pode iniciar a sua exploração industrial ou comercial na vigência dos direitos de propriedade industrial invocados nos termos do número anterior.

3 — No processo arbitral pode ser invocada e reconhecida a invalidade da patente com meros efeitos *inter partes*.

4 — No processo arbitral: *a)* As provas devem ser oferecidas pelas partes com os respetivos articulados; *b)* Apresentada a contestação, é designada data e hora para a audiência de produção da prova que haja de ser produzida oralmente; *c)* A audiência a que se refere a alínea anterior tem lugar no prazo máximo de 60 dias posteriores à apresentação da oposição.

5 — [não modificado] Sem prejuízo do disposto no regime geral da arbitragem voluntária no que respeita ao depósito da decisão arbitral, a falta de dedução de contestação ou a decisão arbitral, conforme o caso, é notificada, por meios eletrónicos, às partes, ao INFARMED, I. P., e ao Instituto Nacional da Propriedade Industrial, I. P., o qual procede à sua publicitação no Boletim da Propriedade Industrial.

6 — (...)

7 — [não modificado] Da decisão arbitral cabe recurso para o Tribunal da Relação competente, com efeito meramente devolutivo.

8 — (...)

## II. A Lei 62/2011 na sua versão original. Revisão da mesma

### 2. Noções fundamentais e contexto da Lei

**2.1.** Para comercializar ou lançar no mercado um medicamento, é necessária uma autorização sanitária — a AIM —, em regra concedida em Portugal pelo Infarmed. Existem, ainda, atos administrativos complementares: de aprovação do PVP e de participação financeira no preço. No caso do lançamento no mercado de medicamentos novos ou para novos usos médicos, há a necessidade de uma AIM obtida após um processo completo, longo e dispendioso, destinado sobretudo a comprovar que o medicamento é eficaz para os fins visados e sanitariamente seguro. Subsequentemente, quando da introdução no mercado de medicamentos *genéricos* [medicamentos com a mesma composição qualitativa e quantitativa em substâncias ativas, a mesma forma farmacêutica e cuja bioequivalência com o medicamento de referência haja sido demonstrada por estudos de biodisponibilidade apropriados — art. 3.º, n.º 1, al. *ss*), do Estatuto do Medicamento (DL 176/2006); cf., por ex., Freitas, 2015, p. 107, *ss.*], podem obter-se AIMS mediante procedimento simplificado, aproveitando a informação que já existe acerca do medicamento inovador ou original, entretanto tornada acessível, comumente dito medicamento *de referência* [medicamento que foi autorizado com base em documentação completa, incluindo resultados de ensaios farmacêuticos, pré-clínicos e clínicos — art. 3.º, n.º 1, al. *mm*), do EM (cf. os arts. 14.º, *ss.*, do EM e nova redação do art. 2.º da Lei n.º 62/2011].

Quando é requerida (e obtida) uma AIM para um medicamento genérico, numa primeira fase — a do aparecimento dos primeiros medicamentos genéricos contendo certa substância ativa -, existem tipicamente uma ou mais patentes ou CCPs em vigor. Sendo este o caso, a produção, a armazenagem, a comercialização, etc., do medicamento genérico só são lícitas com o consentimento do titular do exclusivo (cfr. o art. 102.º do NCPI). Quer dizer, um mercado livre e concorrencial do medicamento de referência e dos medicamentos genéricos apenas existirá após terminar o exclusivo.

Todavia, estudos económicos revelam que os agentes económicos adquirem significativas vantagens competitivas no mercado, designadamente, por duas vias: (i) através de patentes (sobretudo no setor farmacêutico) e (ii) através do pioneirismo, isto é, do lançamento de novos «produtos» no mercado ou da chegada ao mercado do bem em causa em primeiro lugar. No caso dos medicamentos, chegar primeiro ao mercado livre, de

medicamentos genéricos, pode também conferir uma vantagem concorrencial, em face de outros fornecedores de medicamentos genéricos.

Daqui decorre, em relação a medicamentos comercialmente valiosos, uma especial tentação de colocação no mercado de um medicamento genérico ainda antes de a patente ou o CCP terminarem, mesmo se tal constitui um ilícito civil e penal (cf. *supra*, 1.1.). O risco de tal acontecer é especialmente elevado quando já há uma AIM, um PVP aprovado e a aprovação da comparticipação. De tal modo, que chegou a ser discutido no senado francês um projeto de lei no sentido de estabelecer uma espécie de presunção de ameaça iminente de infração quando se requer a aprovação do PVP<sup>(5)</sup>.

Verifica-se, ainda, um grave risco adicional: o de haver uma comparticipação financeira pública em medicamentos contrafeitos e um correspondente estímulo da infração por parte do Estado<sup>(6)</sup>. O que — independentemente da questão de saber se este e/ou quem determina e leva a cabo a sua ação tem comparticipação no ilícito e incorre na correspondente responsabilidade — se mostra incompatível, *inter alia*, com o princípio do Estado de Direito (art. 2.º da CRP). Note-se, aliás, que, além de estar genericamente obrigado a respeitar os direitos fundamentais (art. 18.º da CRP), o Estado é quem concede os direitos de patente e relativos aos CCP (ou autoriza a sua concessão) e proporciona-lhes uma adequada publicidade legal; pelo que é possível afirmar um especial dever de respeito e de defesa dos mesmos.

A este propósito, cabe também sublinhar que o Tribunal Constitucional, no Acórdão n.º 216/2015, embora tenha reconhecido a constitucionalidade da aludida separação das águas entre os atos e procedimentos sanitários e os direitos industriais — a qual, a entender-se como compressora destes direitos (arts. 42.º e 62.º da CRP), opera uma compressão justificada pela contraposta liberdade de iniciativa privada das empresas de medicamentos genéricos (art. 61.º) e o direito à saúde (art. 64.º) —, fê-lo com uma reserva: a AIM é concedida sob uma *condicio iuris*, não conferindo qualquer direito de comercialização imediata no caso de haver tais direitos em vigor. Na verdade, como os seus beneficiários só podem fazer uso dela após a caducidade dos direitos, ela mostra-se um «ato administrativo sob condição suspensiva (de fonte legal)»<sup>(7)</sup>.

---

(5) Cf. E. MENDES, 2015b, p. 29, nota 64.

(6) Cf. E. MENDES, 2015a, p. 30.

(7) Cf. E. MENDES, 2015a, pp. 28, ss., com adicionais observações acerca do assunto.

**2.2.** Como se observou (*supra*, 1.1.), o exclusivo conferido por uma patente ou CCP é muito amplo. No caso das patentes de produto, compreende o fabrico, a oferta, a armazenagem, a importação, a comercialização, a utilização, etc., do produto patenteado (art. 102.º do NCPI). Ainda assim, não compreende, designadamente, os *atos realizados exclusivamente para fins de ensaio ou experimentais*.

Hoje, está assente que esta exceção se estende aos processos de obtenção de AIM (*supra*, 1.1.). Antes da Lei n.º 62/2011, o alcance da exceção era, no entanto, *controvertido*, dando origem a um vasto contencioso relacionado com as AIM e a aprovação do PVP e da comparticipação pública. Concretamente, havia um vasto contencioso administrativo, sobretudo cautelar, de suspensão de AIMs concedidas, bem como de atos de aprovação do PVP e da comparticipação financeira pública. A situação era muito incerta, prevalecendo na primeira instância a tese de que tais atos administrativos (e os respetivos procedimentos) não ofendiam as patentes e CCP em vigor; e prevalecendo na segunda instância (TCAS) a tese oposta. Ambas as teses eram apoiadas por eminentes autores.

Para além dos inconvenientes da incerteza jurídica e do assoberbamento dos tribunais administrativos com tal contencioso, havia uma convicção bastante difundida de que daqui resultavam sérios obstáculos processuais à entrada dos medicamentos genéricos no mercado logo que terminasse o exclusivo. Ou seja, haveria um prolongamento artificial e indevido dos exclusivos proporcionados pelas patentes e CCPs.

**2.3.** Este problema não era, de resto, exclusivamente nacional. Com efeito, em julho de 2009, a Comissão Europeia aprovou e fez publicar o Relatório Final sobre um Inquérito ao Setor Farmacêutico, no qual se concluía, *inter alia*, que as empresas farmacêuticas titulares de patentes e CCP tendiam muitas vezes a prolongar artificialmente os respetivos exclusivos, criando obstáculos à entrada dos medicamentos genéricos logo que terminado o direito privativo. Com duas consequências negativas: a restrição artificial e ilegítima à concorrência; e a oneração dos orçamentos dos Estados Membros. Recomendava-se a estes a tomada de medidas capazes de eliminar tais obstáculos. No chamado Memorando da *Troika*, assinado em 2011, reafirmavam-se estas recomendações<sup>(8)</sup>.

---

<sup>(8)</sup> Acerca do assunto, referindo a situação anterior à Lei n.º 62/2011, que em grande medida determinou o seu aparecimento, além da Exposição de motivos que acompanhou a respetiva proposta (Proposta de Lei n.º 13/XII, de 1.09.2011), podem ver-se, por ex., MARQUES, 2008, p. 11, ss., 2008a,

### 3. Objetivos da Lei e modo de efetivação

A Lei n.º 62/2011 surgiu neste contexto, tendo como objetivos principais: *a)* pôr termo ao enorme contencioso existente nos tribunais administrativos; *b)* pôr termo à inerente insegurança jurídica; *c)* criar condições para que os medicamentos genéricos pudessem entrar no mercado no dia seguinte ao da cessação das patentes e CCP, permitindo deste modo ao Estado poupar na comparticipação dos medicamentos; e, mais latamente, *d)* afastar o problema dos tribunais do Estado.

Para atingir tais objetivos, a Lei, designadamente:

- a)* Operou uma *separação das águas*: declarou coisas distintas os processos e atos administrativo-sanitários, por um lado, e os exclusivos da PI, por outro lado, considerando os primeiros fora do exclusivo conferido por patente e CCP (cf. *supra*, 1.1.);
- b)* Instituiu um sistema de *arbitragem necessária* para apreciar os litígios de direito industrial em que estivessem em confronto medicamentos de referência e medicamentos genéricos;
- c)* Criou uma *ação especial* simplificada, tendente, no essencial, a *acertar* os DPI existentes, precisando os seus limites, e, sendo o caso, a condenar na sua observância o demandado, baseada na simples publicitação de um pedido de AIM para medicamento genérico, ou seja, diferentemente do que em geral acontece, sem ter como pressupostos necessários a existência de infração ou uma ameaça iminente de infração.

Idealmente, esta ação correria nos tribunais arbitrais, em paralelo com o processo administrativo relativo à AIM, e terminaria antes dele ou, *grosso modo*, na mesma altura<sup>(9)</sup>.

---

p. 399, ss., 2014, p. 34, ss., ANDRADE, 2009, p. 70, ss., 87, ss., E. MENDES, 2014, p. 49, VICENTE, 2012/2018, p. 337, S. MENDES, 2013, p. 1012, ss., ANTUNES, 2014, COSTEIRA & FREITAS, 2009, p. 129, ss.

<sup>(9)</sup> Sobre o assunto, podem ver-se, com mais indicações, designadamente, a Sentença arbitral de 11.02.2014, p. 37, ss., 40, ss., E. MENDES, 2015a, p. 30, ss., 36, ss., e 2017c, VICENTE, 2012/2018, p. 335, ss., e o Ac. TC n.º 187/2018, n.º 8. Acerca da Lei em geral, vejam-se, ainda: MARQUES, 2013, MARTINS, 2015, p. 418, ss., 422, ss., S. MENDES, 2013, p. 1017, ss., SAMEIRO, 2015, P. FREITAS, 2015, ANTUNES, 2014 e 2016. Sobre o problema da arbitragem necessária, cf. MEDEIROS, 2014, LANCEIRO, 2018, p. 47, ss., 56, ss., 67, ss., e, mais latamente, CARDOSO & NAZARÉ, 2015, p. 37, ss.

#### 4. Vicissitudes na aplicação da Lei 62/2011. Algumas questões controvertidas

A arbitragem necessária, apesar de motivada por um interesse de ordem pública no desembaraçamento dos medicamentos genéricos de entraves artificiais à sua entrada no mercado, teve sempre a oposição de uma parte das empresas de medicamentos genéricos — sobretudo multinacionais ou suas subsidiárias, hostis à ideia de serem condenadas preventivamente na observância dos DPI em vigor, sobretudo com adicionais sanções pecuniárias compulsórias destinadas a conferir eficácia prática à condenação — e a indiferença de outra. Parte da estratégia defensiva adotada consistiu na invocação de diversas exceções, entre as quais sobressaiu, numa fase mais recente, a controvertida *exceção de invalidade* da patente ou CCP.

Contudo, diversas outras *questões* permaneceram *controvertidas* ou mal esclarecidas. Salientam-se as que se seguem.

**4.1.** A primeira dessas questões tem a ver com o âmbito da arbitragem necessária instituída pela Lei, ou seja, com a correspondente interpretação do art. 2.º Especificamente, consiste em saber se nele ficavam abrangidas todas as ações relativas a direitos de patente e CCP envolvendo medicamentos de referência e medicamentos genéricos, com exceção das ações de invalidade, mormente as *ações de infração* e os competentes procedimentos cautelares, ou se a arbitragem necessária se circunscrevia às ações especialmente reguladas no art. 3.º A orientação prevalecente era no primeiro sentido, em sintonia com os termos latos do texto legal e com a alusão neste aos procedimentos cautelares<sup>(10)</sup>.

Dada a ausência de um tribunal pronto a funcionar a que os titulares dos direitos pudessem recorrer logo que ocorresse uma infração ou uma situação de violação iminente, esta interpretação — quando feita em termos rígidos — suscitava reservas, quer em face da CRP, quer do ADPIC/TRIPS e da Diretiva do *enforcement*<sup>(11)</sup>. O Tribunal Constitucional, no Acórdão n.º 123/2015, desvalorizou o problema, considerando conforme à Constituição a extensão da arbitragem necessária aos procedimentos cautelares mesmo não havendo tribunal arbitral constituído, e tal jurisprudência viria a ser reafirmada nos Acórdãos n.ºs 108/2016 e 435/2016. As circunstân-

---

<sup>(10)</sup> Cf., por ex., E. MENDES, 2015a, p. 32, ss. e nota 37, 2017a, p. 40, ss., MARQUES, 2014a, p. 40, ss., em especial, 42, ss., MARTINS, 2015, p. 421, ss.; com interpretação diferente, cf., designadamente, VICENTE, 2012/2018, pp. 339, 341.

<sup>(11)</sup> Cf., por ex., E. MENDES, 2015a, p. 32, 2017a, p. 40.



cias particulares do caso não permitem, no entanto, extrair uma conclusão clara e geral acerca do assunto<sup>(12)</sup>. Para o cabal esclarecimento do problema, importaria, ainda, levar em conta que a violação dos direitos em apreço constitui crime (art. 321.º do CPI de 2003), como observou o Tribunal Constitucional no Acórdão n.º 216/2015<sup>(13)</sup> e que, portanto, existirão também meios de prevenção e reação penal. Como, porém, o problema desaparece com a alteração da Lei (cf. adiante, III), não se justifica desenvolver o tema<sup>(14)</sup>.

**4.2.** A segunda questão suscitada pela Lei é, como a anterior, ainda de ordem geral. Consiste em saber se no respetivo art. 3.º se contempla uma *ação especial*, que acresce às ações comuns, máxime de infração, e respetivos procedimentos cautelares. Nalguns arestos do TRL, como no Acórdão de 30.09.2014, afirma-se que não<sup>(15)</sup>, e tal dado legal também não aparece de forma clara nos arestos do Tribunal Constitucional, mas afigura-se dificilmente contestável em face do regime dos pressupostos da ação (art. 3.º, n.º 1), das consequências da não contestação (art. 3.º, n.º 2), da limitação dos articulados e demais tramitação do processo (art. 3.º, n.os 3 a 5), da limitação das instâncias de recurso (art. 3.º, n.º 7), etc.<sup>(16)</sup>.

a) Uma especificidade de tal ação — talvez a mais significativa — reside na circunstância de a mesma poder ser proposta em face da simples publicitação de um pedido de AIM para medicamento genérico na página eletrónica do Infarmed (art. 3.º, n.º 1), prescindindo-se, assim, da existência de violação ou ameaça iminente de violação dos direitos industriais porventura existentes — pressuposto das ações de infração e dos correspondentes procedimentos cautelares — e, mais genericamente, da demonstração de um mais concreto e substancial *interesse em agir*, como, depois de intensa discussão acerca do assunto nos primeiros tempos de vigência da Lei, acabou por se concluir<sup>(17)</sup>.

<sup>(12)</sup> Cf. E. MENDES, 2015, p. 106, ss., 2015a, pp. 29 e 2017a, p. 40.

<sup>(13)</sup> Cf. E. MENDES, 2015a, p. 29.

<sup>(14)</sup> Mais amplamente acerca da tutela cautelar veja-se, ainda, MARQUES, 2014, p. 66, ss. e, antes da Lei em apreço, COSTEIRA & FREITAS, 2009, p. 119, ss.

<sup>(15)</sup> Cf. E. MENDES, 2014a, p. 63.

<sup>(16)</sup> Cf., designadamente, a Sentença arbitral de 11.02.2014, p. 41, ss., E. MENDES, 2014, pp. 49, 2014a, p. 63, 2015a, pp. 31, 35, ss., e E. MENDES, 2017a, p. 37, ss., MARQUES, 2014, p. 55, SAMEIRO, 2015, p. 317, ss.

<sup>(17)</sup> Cf., por ex., a Sentença arbitral de 11.02.2014, p. 68, ss., O. MENDES, 2017, p. 20, E. MENDES, 2015a, p. 38, e 2017c, e SAMEIRO, 2015, p. 318, ss. Com posição restritiva, cf. VICENTE, 2012/2018, p. 342.

A ação em apreço — necessariamente arbitral, na versão originária da Lei — deve, portanto, distinguir-se com toda a clareza das comuns ações de infração e, embora apresente um fundamental caráter preventivo sob a ótica da tutela dos direitos, também dos procedimentos cautelares destinados a prevenir uma violação iminente destes, objeto de regulação substancial no CPI. Isso é patentemente assim quando se entenda que a Lei n.º 62/2011 deixou de fora da arbitragem necessária tais ações e procedimentos (ficando as mesmas sujeitas ao CPI e, subsidiariamente, ao CPC), mas a conclusão não pode ser outra quando se interprete latamente o art. 2.º de modo a incluí-las no instituído sistema de arbitragem necessária, como se expôs acima (*supra*, 4.1)<sup>(18)</sup>.

b) Ainda quanto àquele pressuposto básico da ação especial regulada no art. 3.º da Lei, observa-se que o n.º 1 deste preceito liga o direito de ação a certo *pedido* de AIM. Colocou-se, porém, a questão de saber se seria possível solicitar ao tribunal arbitral uma condenação inibitória do demandado mais abrangente, válida não apenas para a AIM que serve de base à ação, mas também para quaisquer outros pedidos de AIM análogos. Vejamos, a título de exemplo, por um lado, a Sentença arbitral de 11.02.2014, p. 92, ss., e, por outro lado, o Acórdão do TRL de 6.02.2014, em cujo sumário se lê: «Embora a arbitragem necessária prevista nos arts. 2.º e 3.º da Lei n.º 62/2011, de 12.12 (que cria um regime de composição dos litígios emergentes de direitos de propriedade industrial quando estejam em causa medicamentos de referência e medicamentos genéricos) seja desencadeada pela publicitação de um concreto pedido de autorização de introdução de um medicamento genérico no mercado, a defesa dos direitos de propriedade industrial pode ser alargada, pelo respetivo titular, a todos os atos que razoavelmente possam ser configurados (na ação) como podendo vir a ocorrer e que ponham em perigo os referidos direitos, nomeadamente o fabrico, a importação, a oferta, a armazenagem, a introdução no comércio ou a utilização de qualquer medicamento genérico objeto da ou das patentes invocadas ou do respetivo certificado complementar de proteção»<sup>(19)</sup>. Dado que a Lei foi, neste aspeto, alterada, voltar-se-á ao assunto quando da análise da nova redação (*infra*, 7.2.).

c) Na prática, verifica-se também que nem sempre o requerente da AIM é o seu *beneficiário*. O que coloca adicionais problemas: o de saber se, nestes casos, a lei terá de ser interpretada no sentido de que o Infarmed deve

---

(18) Sobre o tema, veja-se, por ex., E. MENDES, 2015a, p. 31, ss., e E. MENDES, 2017a, p. 39, ss.

(19) Para mais indicações, cf. E. MENDES, 2015a, p. 37 e nota 56, e SAMEIRO, 2015, p. 328, ss.

acrescentar essa informação aos dados publicitados, quando dela tenha conhecimento; o de saber se a ação especial em causa pode ser proposta contra o beneficiário; e, na falta daquela publicidade do facto, o de saber a partir de que momento se conta o prazo para a sua proposição contra este.

As duas primeiras questões merecem resposta positiva, uma vez que a AIM interessa a quem a vai usar, não necessariamente a quem a requer, e o dado verdadeiramente relevante para a tutela dos direitos é a qualidade de beneficiário da mesma. Quanto à terceira, remete-se a sua análise para o tema do prazo para propor a ação, a seguir considerado.

**4.3.** Na redação original do n.º 1 do art. 3.º, a ação devia ser proposta no *prazo* de um mês, a contar «da publicitação a que se refere o artigo 15.º-A do Decreto-Lei n.º 176/2006». Dispõe este preceito, no n.º 1: «O INFARMED, I. P., publicita, na sua página eletrónica, todos os pedidos de autorização, ou registo, de introdução no mercado de medicamentos genéricos, independentemente do procedimento a que os mesmos obedecem». E no n.º 2 acrescenta-se que a publicitação compreende:

- a) o nome do requerente da autorização de introdução no mercado;
- b) a data do pedido;
- c) a substância, dosagem e forma farmacêutica do medicamento; e
- d) o medicamento de referência.

a) Nestas menções, alude-se apenas ao requerente da AIM. Isso é assim, no entanto, porque o legislador terá partido de uma comum reunião na mesma entidade da qualidade de requerente e de beneficiário da AIM. Não sendo esse o caso — e atendendo a que, para os titulares de direitos industriais, verdadeiramente relevante é quem será o titular da AIM requerida, sendo em face dele que os direitos devem ser acertados e acautelados — coloca-se a questão de saber a partir de que momento se conta o prazo em apreço. E a resposta afigura-se dever ser esta: a partir do momento em que o titular dos direitos possua um conhecimento «oficial» do beneficiário, se não através da referida publicitação na página do Infarmed, através de um outro ato informativo deste<sup>(20)</sup>.

O assunto foi discutido, designadamente, no processo sobre que incidiu a Decisão Sumária n.º 284/2018 e o Acórdão n.º 496 do Tribunal Cons-

---

(20) Cf. E. MENDES, 2015a, pp. 37.

titucional. Este Tribunal entendeu, porém, que só lhe competia apreciar a constitucionalidade das normas (ou interpretações de normas), não circunstâncias factuais específicas, e, reafirmando o entendimento perfilhado no Acórdão n.º 187/2018, argumentou que, conservando o titular dos direitos os respetivos meios de defesa comuns — apesar de perder o direito de ação nos termos do art. 3.º da Lei 62/2011, por decurso do prazo — e havendo que conciliar a tutela jurisdicional efetiva de tais direitos (art. 20.º da CRP) com o direito à proteção da saúde (art. 64.º), que esteve na base da Lei, o estabelecimento de um tal prazo de caducidade não é inconstitucional. Aliás, no caso, o problema até nem seria o da suficiência do prazo, mas o da reduzida informação proporcionada pelo art. 15.º-A do EM.

Justificam-se duas breves observações.

*Primeira.* No caso decidido no Acórdão n.º 187/2018, o problema subjacente era distinto do que agora se aprecia. Aí, foram invocadas especiais dificuldades para, em face dos dados conhecidos acerca do medicamento genérico para que fora requerida AIM, determinar se a comercialização do mesmo cairia no âmbito das reivindicações da patente, carecendo a titular dos direitos de adicionais informações, a obter do Infarmed. Havendo a ação sido proposta após obtidas essas informações, mas depois de decorrido o prazo literalmente previsto no n.º 1 do art. 3.º em análise. Aqui, segundo se depreende do Aresto, a ação terá sido proposta, igualmente, fora daquele prazo, mas dentro do prazo de um mês após o conhecimento do beneficiário da AIM, que era distinto do respetivo requerente. Ora, ainda que se possa discutir se é razoável ou não interpretar a lei no sentido de que o prazo, no primeiro caso, deve contar-se a partir da data em que as informações adicionais foram prestadas, neste segundo caso não parece haver dúvidas de que uma ação só pode ser proposta contra alguém se esse alguém for conhecido.

*Segunda.* Embora os arestos em apreço, mormente o Acórdão n.º 187/2018, suscitem dúvidas de interpretação, atendendo a algumas expressões utilizadas — como aquela em que se alude à possibilidade de defesa dos direitos industriais pelos meios comuns «caso [a sua] infração venha a ocorrer» (n.º 15.5), parecendo deixar de fora a tutela cautelar — e também ao diálogo que se estabelece com o Acórdão recorrido do STJ, de 7.12.2016, igualmente gerador de dúvidas<sup>(21)</sup>, uma leitura atenta dos mesmos revela que o transcurso do prazo em apreço apenas faz perder o

---

(21) Cf. E. MENDES, 2017a, pp. 30, ss., 34, ss.

específico direito de ação previsto no art. 3.º da Lei n. 62/2011, deixando subsistir os meios gerais de tutela, reativa e cautelar (importando apenas observar que o tribunal competente poderá ser um tribunal arbitral, cf. *supra*, 4.1).

Com efeito, decidiu-se no primeiro aresto: «Não julgar inconstitucional a interpretação normativa dos arts. 2.º e 3.º, n.º 1, da Lei n.º 62/2011, de 12 de dezembro, segundo a qual o titular do direito de propriedade industrial não pode demandar o titular de Autorização de Introdução no Mercado ou o requerente de pedido de AIM, *nos termos e para os efeitos previstos na mesma Lei*, para além do prazo de trinta dias, a contar da publicação, através da página eletrónica do Infarmed, a que se refere o art. 15.º-A do Decreto-Lei n.º 176/2006, de 30 de agosto, na redação conferida pela Lei n.º 62/2011». Ora, da fundamentação do mesmo decorre que esses termos e efeitos são apenas os do art. 3.º; ou seja, como temos salientado, referem-se apenas à ação especial (arbitral) neste regulada, ação esta que acresce aos meios gerais de tutela dos direitos, acionáveis em caso de infração ou ameaça iminente de infração, como também se salienta na declaração de voto anexa ao aresto do STJ. Vejam-se, designadamente: *i*) no mesmo acórdão do Tribunal Constitucional, o que se escreve no n.º 13.2, com citação, a final, daquela declaração de voto, que contém uma referência expressa à «reação contra uma infração ou *ameaça* de infração», e no n.º 13.3, com indicação de vários autores, no mesmo sentido<sup>(22)</sup>, embora suscite dúvidas o que o Tribunal refere a respeito da situação anterior à concessão da AIM e importe ressaltar que, em face da Lei em apreço, a reação pode estar sujeita à regra da arbitragem necessária; *ii*) no Acórdão n.º 496/2018, os n.ºs 13, 14 e 16.1, onde se ressalva a subsistência do «direito geral de ação (incluindo a dedução de providências cautelares)» e se observa que a alegada “denegação da tutela preventiva” não está em causa, «devido à possibilidade de recurso aos meios judiciais comuns» (sendo apenas de observar que este recurso pode ser arbitral).

Sendo assim, no nosso ponto de vista, nem era necessário proceder à tarefa complementar, a que o Tribunal constitucional procedeu, de verificar se, nestas condições, havia uma restrição ou compressão desproporcio-

---

(22) VICENTE, 2012, p. 979, MARTINS, 2015, p. 420, nota 14, MARQUES, 2011, p. 182, e SAMEIRO, 2015, p. 319. Vejam-se também MARQUES, 2014, p. 42, SAMEIRO, 2015, p. 326, VICENTE, 2012/2018, pp. 339, 341, aludindo expressamente à violação e à ameaça iminente de infração, cuja apreciação, no seu entender, se manteria nos tribunais judiciais.

nada do direito de tutela efetiva dos direitos industriais, ele próprio um direito fundamental (art. 20.º da CRP, mormente n.ºs 1 e 5), para o conciliar com o direito à saúde (art. 64.º). Com efeito, é suposto os meios de tutela ou reação geral contra a infração e a ameaça iminente de infração, que de resto se encontram em sintonia com o ADPIC/TRIPS e a Diretiva do *enforcement*, assegurarem uma tutela efetiva das patentes, farmacêuticas ou não<sup>(23)</sup>. De facto, o problema até poderia discutir-se, em geral, mas não é causado pelo art. 3.º, n.º 1, da Lei n.º 62/11.

b) O caso anterior revela, ainda, uma outra possível dificuldade de aplicação do n.º 1 do art. 3.º em análise: a da eventual inexistência de um direito já atribuído quando haja um simples pedido nesse sentido. *Prima facie*, afigura-se razoável admitir o recurso à ação, atendendo à tutela provisória de que goza o pedido (art. 5.º do CPI, que se mantém no NCPI), embora com suspensão da instância uma vez finda a fase dos articulados (n.º 3). O assunto requer, contudo, maior reflexão. Admitindo a ação em apreço, mas defendendo uma interpretação adaptada da contagem do prazo, lê-se no sumário do Acórdão do TRL de 9.07.2015:

«1. Tendo a Lei n.º 62/2011, de 12 de Dezembro, instituído um regime de arbitragem necessária, institucionalizada ou não institucionalizada, para a composição de litígios emergentes da invocação de direitos de propriedade industrial, ainda que a patente apenas seja concedida após a publicação na página eletrónica do INFARMED, I.P dos pedidos de autorização, ou registo, de introdução no mercado de medicamentos genéricos, os litígios emergentes da invocação de direitos de propriedade industrial têm de ser instaurados perante o tribunal arbitral.

2. Numa interpretação conforme a Constituição (vide ainda o art. 18.º, n.º 2), haverá que interpretar restritivamente o art. 3.º, n.º 1, da Lei n.º 62/2011, de modo a que o começo do prazo nele previsto apenas se comece a contar a partir da publicitação a que se refere o art. 15.º-A do Decreto-Lei n.º 176/2006, de 30 de Agosto, caso nessa data já tenha sido concedida a patente, contando-se nos casos em que tal não ocorra a partir da data da sua concessão/publicação, momento a partir do qual o direito pode ser exercido (art. 329.º, do C. Civil)».

c) A questão particularmente importante e controvertida relativa ao prazo do art. 3.º, n.º 1, da Lei n.º 62/2011 consiste em saber se o mesmo é um *prazo* de caducidade ou não; e sendo-o, se a norma, com esse sentido, é conforme à Constituição. Como temos defendido, no artigo em análise encontra-se consagrada uma ação (arbitral) especial, que acresce aos meios gerais de tutela — reativa e preventiva — dos direitos de patente

---

(23) Cf. E. MENDES, 2015a, pp. 31 e 36, e 2017a, p. 34, ss., 37, ss.

farmacêutica e CCP. Por isso, o prazo é de caducidade, mas respeita apenas a essa ação. Daqui decorre, por um lado, que o decurso do prazo não impede o funcionamento dos meios gerais de tutela, principais e cautelares, máxime em caso de infração ou ameaça iminente de infração; por outro lado, que, nesta leitura da lei, não há nenhum problema de inconstitucionalidade<sup>(24)</sup>.

O preceito foi, no entanto, objeto de leituras diversas, no quadro da Lei em que se integra, mormente em conjugação com o art. 2.º. Identificam-se algumas.

*Primeira:* o prazo é meramente ordenador, pelo que a sua inobservância não faz perder o direito de ação. Trata-se de uma interpretação, *inter alia*, claramente contrária à intenção da Lei, de promover uma rápida decisão acerca dos direitos, em processo arbitral paralelo ao procedimento administrativo relativo à AIM cujo pedido lhe serve de base.

*Segunda:* o prazo é de caducidade e a ação em apreço é a única via legalmente concedida para a defesa dos direitos; não sendo proposta a ação arbitral dentro do mesmo, o titular fica, portanto, sem a possibilidade de defender tais direitos (efeito preclusivo). Sobre uma interpretação deste género, incidiu o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 123/2015<sup>(25)</sup>, considerando tal hipótese interpretativa contrária à Constituição<sup>(26)</sup>. Uma variante desta interpretação, merecedora do mesmo juízo de inconstitucionalidade, era a de que a ação em apreço não é a única via de tutela dos direitos, mas a falta de proposição atempada da mesma teria consequência idêntica, ou seja, a preclusão do direito de defesa da patente ou CCP.

*Terceira:* o prazo é de caducidade, mas circunscreve-se à ação arbitral do art. 3.º; ocorrendo uma infração ou ameaça séria e iminente de infração do direito de patente ou relativo a CCP, quer tenha sido proposta, em tempo, tal ação arbitral quer não tenha, o titular do direito pode lançar mão de uma ação geral de infração e de um correspondente procedimento cautelar, para defesa do mesmo. Sobre esta hipótese interpretativa, parecendo pressupor sem discutir o assunto que esta defesa ocorreria nos tribunais do Estado, incidiram os mencionados acórdãos do Tribunal Constitucional n.º 187/2018 e 496/2018, considerando-a conforme à Constituição.

---

<sup>(24)</sup> Sobre o assunto, podem ver-se, designadamente, E. MENDES, 2015a, pp. 31 e 36, e 2017a, pp. 34, ss., 37, ss., e PEREIRA, 2016, p. 843, ss. Com outra leitura, cf., designadamente, ANTUNES, 2015a, pp. 454, 459, ss.

<sup>(25)</sup> Cf. também o Ac. n.º 200/2016.

<sup>(26)</sup> Cf., a respeito do assunto, E. MENDES, 2015, p. 106, ss., 108, ss., 2015a, e, mais latamente, 2017a, p. 34, ss.

*Quarta:* o prazo é de caducidade, mas circunscreve-se à ação arbitral do art. 3.º, pelo que, ocorrendo uma infração ou ameaça séria e iminente de infração do direito de patente ou relativo a CCP — quer tenha sido proposta, em tempo, tal ação arbitral quer não tenha —, o titular do direito pode lançar mão de uma ação geral de infração e de um correspondente procedimento cautelar, para defesa do mesmo, mas, por força do art. 2.º da Lei em análise, a ação terá que ser proposta e o requerimento cautelar terá que ser apresentado num tribunal arbitral. Esta interpretação — na realidade a interpretação dominante da Lei — envolve o aludido problema da efetiva tutela cautelar dos direitos, dada a ausência de tribunal arbitral constituído ao qual recorrer, prontamente, em caso de necessidade, mas que o Tribunal Constitucional, no Acórdão n.º 123/2015, não considerou como capaz de justificar um juízo de inconstitucionalidade (*supra*, 4.1).

Para minorar o problema, não apenas em face da CRP mas também do ADPIC/TRIPS e da Diretiva do *enforcement*, propuseram-se sobretudo duas coisas: um reforço da típica condenação arbitral inibitória com uma SPC; e uma excecional competência cautelar provisória do TPI<sup>(27)</sup>.

d) Relacionados com este problema do prazo — especificamente, com a sua suficiência ou não para a tomada de uma decisão esclarecida acerca da proposição ou não da ação regulada no art. 3.º da Lei n.º 62/2011 —, importa referir, ainda: o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 2/2013, que declarou inconstitucional a nova redação dada ao art. 188.º, n.º 5, do EM por esta Lei, em virtude de ela limitar excessivamente o direito de acesso a informação relevante para a decisão de propor ou não a ação arbitral regulada no art. 3.º desta Lei<sup>(28)</sup>; o Acórdão do mesmo Tribunal n.º 123/2015, que, em matérias de elevada complexidade técnica e científica como pode ser o caso das presentes, achou plausível uma insuficiência do prazo de 30 dias (n.º 14.2.2.); e o citado Acórdão n.º 187/2018, em que, fundado na ideia de que, para cumprimento do prazo, basta o envio de uma carta-convite para a arbitragem, se considerou que o prazo de ponderação e preparação da ação por parte dos titulares dos direitos industriais é, na realidade, substancialmente maior, havendo ainda a possibilidade de, em face de novos dados, modificar a petição inicial (n.º 15).

---

(27) Cf. E. MENDES, 2015a, p. 37 e notas 53 a 55, e 2015, p. 109 e nota 20.

(28) Cf., por ex., VICENTE, 2012/2018, p. 349, e E. MENDES, 2015, p. 109.



**4.4.** Existem, ainda, questões adicionais, mais específicas. Uma delas tem a ver com as instâncias de *recurso*. Na verdade, o art. 3.º, n.º 7, apenas prevê um recurso da decisão arbitral para o TRL; o que coloca o problema de saber se nele se contém realmente uma limitação das instâncias. Sendo a resposta em princípio afirmativa, suscita-se a ulterior questão de saber se o mesmo se verifica nas ações comuns, mormente nas ações de infração, e nos correspondentes procedimentos cautelares. Quanto a esta, entendemos que a resposta só pode ser negativa: aquela limitação é uma especificidade da ação especial do artigo em análise<sup>(29)</sup>.

**4.5.** Uma outra questão específica, mas com grande alcance prático, consiste em saber se, no âmbito das ações especiais do art. 3.º, a típica condenação inibitória proferida pelo tribunal arbitral pode ou, quando requerida, deve ser acompanhada de uma *sanção pecuniária compulsória*, destinada a assegurar-lhe efetividade prática. No contexto em apreço, mormente entendendo que a arbitragem necessária não se circunscreve a tais ações especiais, mas se estende também, designadamente, às ações de infração (cf. *supra*, 4.1), com o inerente problema da tutela cautelar e atempada dos direitos causado pela inexistência de um tribunal arbitral a que se possa recorrer de imediato, pensamos que a resposta deve ser afirmativa; não sendo a questão suscetível de ser resolvida invocando simplesmente a norma geral do art. 829.º-A do CC<sup>(30)</sup>.

Na jurisdição arbitral, observa-se, no entanto, uma acentuada divisão de opiniões; e, ao nível do TRL e do STJ, prevalece a opinião contrária<sup>(31)</sup>. Cabe, em todo o caso, notar que tanto o quadro argumentativo como o enquadramento legal do problema é mais amplo e complexo do que aquele que, porventura pela maneira como foram colocados os recursos, transparece dos arestos dos tribunais estaduais. De facto, ele não se resolve afirmando, simplesmente, uma «contextual» interpretação restritiva do art. 829.º-A do CC, porque, por um lado, no CPI, além do n.º 4 do art. 338-N (art. 349.º-4 do NCPI), existe o n.º 4 do art. 338-I (art. 345.º-4 do NCPI), que permite ao tribunal, a requerimento ou *oficiosamente*, associar

---

(29) Acerca do tema, com mais desenvolvimento e informação, veja-se E. MENDES, 2015, p. 110, 2015a, p. 38, e 2017b, p. 1, ss., 16, ss., com transcrição dos Acórdãos do STJ de 23.06.2016 e 2.02.2017 (este, com um voto de vencido) e breve comentário aos mesmos, bem como os Acórdãos do STJ de 25.05.2017 e de 17.05.2018.

(30) Cf. a Sentença arbitral de 11.02.2014, p. 49, ss., 54, ss., em especial, 70, ss., e E. MENDES, 2015a, p. 37 e notas 53 e 54, e 2017a, nota 12, p. 38.

(31) Cf., por ex., o Ac. STJ de 20.05.2015 e os acórdãos do TRL aí citados, as indicações fornecidas por E. MENDES, *ult. loc. cit.*, e os Acs. TRL de 21.12.2016, 19.09.2017 e 24.04.2018.

a uma condenação inibitória uma SPC, mesmo na ausência de uma situação de violação efetiva do direito invocado (a condenação pode destinar-se a preveni-la), por outro lado, o problema carece de ser analisado no contexto específico da Lei n.º 62/2011, tendo em conta os fins prosseguidos e as necessidades de tutela preventiva dos direitos de patente e relativos aos CCP no quadro de uma arbitragem necessária de âmbito alargado.

**4.6.** Apresenta, ainda, um considerável interesse prático (e não só) a questão de saber como se garante a efetividade prática de uma sentença arbitral sendo a AIM que serve de base à respetiva ação *alienada* (incluindo a uma entidade do mesmo grupo). Trata-se de uma questão largamente controvertida nos tribunais arbitrais e também não uniformemente resolvida pelo TRL, embora decidida negativamente pelo STJ, no citado Acórdão de 20.05.2015 e no Acórdão de 17.05.2018 (ambos com mais referências)<sup>(32)</sup>.

Note-se, no entanto, que, à semelhança do que acontece com o tema da SPC, também aqui os termos do problema são mais vastos e complexos do que aqueles que se colhem nos arestos dos tribunais estaduais. Veja-se, p. ex., a citada Sentença arbitral de 11.02.2014, p. 79, ss., e E. Mendes, 2016, p. 56, ss., com mais indicações. Assinala-se, em especial: *i*) que a AIM é uma autorização habilitante, tendo diretamente a ver com a liberdade de empresa (com a autonomia privada e a propriedade nela implicadas), no caso a liberdade de empresa das entidades que comercializam medicamentos genéricos; *ii*) que, embora se admita um tráfico autónomo de AIMS, desligado da empresa, não se vislumbra nenhum interesse relevante na promoção desse tráfico; e *iii*) que, no caso, o problema consistia, via de regra, em saber se era necessária ou não alguma providência restritiva destinada a assegurar a eficácia prática da condenação arbitral inibitória, por esta ser facilmente defraudável mediante a transmissão da AIM, inclusive entre empresas de um mesmo grupo.

O assunto encontra-se amplamente tratado, focando sobretudo este último aspeto e concluindo pela desnecessidade da medida, em face das normas processuais aplicáveis, naquela sentença arbitral de 11.02.2014, p. 79, ss., para qual se remete.

**4.7.** O problema da *repartição dos encargos* da arbitragem relativos à ação arbitral especial em apreço merece, igualmente, referência. Com

---

(32) Cf. também, por ex., PEREIRA, 2016, p. 834.

efeito, havendo direitos em vigor, o natural é que esta ação termine com uma condenação da entidade demandada, no todo ou em parte. Aplicando as regras gerais da repartição das custas, isso significa fazer recair as mesmas sobre esta, ao menos em parte substancial; justificando-se por vezes a solução com o argumento de que, ao requerer a AIM, a demandada dá causa à ação. A solução mostra-se, no entanto, desadequada, porque a Lei foi concebida primariamente para favorecer o comércio de medicamentos genéricos, porque se a AIM for requerida dentro de um prazo razoável antes de terminar o exclusivo não se pode verdadeiramente dizer que o requerente dá causa à ação e porque, em última análise, os grandes beneficiados com o sistema foram os titulares de patentes e CCP, na medida em que a tutela geral dos seus direitos, se pode considerar-se de algum modo afetada com a extensão da arbitragem necessária a todos os litígios envolvendo medicamentos de referência e medicamentos genéricos (*supra*, 4.1), foi, em contrapartida, claramente reforçada com a ação em apreço<sup>(33)</sup>.

**4.8.** Num plano mais geral, colocou-se, ainda, a questão de saber como se assegura a efetividade prática das patentes de 2.º *uso médico*, dada a existência, no mercado, de medicamentos genéricos que, destinando-se legitimamente a satisfazer as necessidades dos doentes e do mercado livre, podem também, de facto, ser usados para as indicações terapêuticas cobertas pelo direito de exclusivo, circunstância esta que, ainda, se mostra substancialmente agravada pelo atual sistema de prescrição eletrónica de medicamentos por substância ativa e de comercialização dos mesmos com obrigatória informação do cliente acerca da eventual existência de medicamentos genéricos, tipicamente mais baratos do que o medicamento de referência que haja sido solicitado. O problema é adicionalmente agravado pela circunstância de o próprio tipo de patentes em causa ser controvertido, havendo uma conceção relativamente espalhada de que elas são um expediente para prolongar exclusivos já terminados; o que motiva uma atitude restritiva acerca das mesmas, seja ao nível da interpretação da lei, seja ao nível da interpretação da própria patente, e pelo menos pouca vontade de criar condições para que o exclusivo seja efetivo.

Em Portugal, dois casos ilustram o problema: o do ácido zoledrónico e o da pregabalina. Este último foi minorado por via administrativa, mediante uma circular conjunta do Infarmed e da SPMS, informando que,

---

<sup>(33)</sup> Sobre o tema, vejam-se, por ex., os acórdãos do TRL de 3.10.2013, 13.02.2014 e de 19.09.2017 e E. MENDES, 2015, pp. 103, 108 e 110, 2015a, pp. 33 e 36, e 2016, p. 54 e nota 18, SAMEIRO, 2015, p. 325, com mais indicações.

para a indicação terapêutica coberta pela patente, apenas estava autorizada a comercialização de certo produto de marca, devendo aplicar-se analogicamente o disposto no art. 120.º, n.º 3, al. c), do EM. O primeiro teve soluções desencontradas, que oscilaram entre a absolvição da empresa demandada e a condenação no não lançamento no mercado de quantidades de medicamentos genéricos claramente superiores às necessidades do respetivo mercado livre.

Num dos casos em que a sentença arbitral terminou com a absolvição da demandada e a mesma foi confirmada pelo Acórdão do TRL de 3.03.2015 (com um voto de vencido), terá havido a efetiva utilização do medicamento genérico para o uso coberto pela patente, o que motivou a instauração de um procedimento cautelar junto do TPI. Este considerou-se incompetente e a decisão foi confirmada pelo Acórdão do TRL de 5.05.2016<sup>(34)</sup>. Encontramos aqui, portanto, o problema da tutela cautelar efetiva dos direitos contra a sua violação e a ameaça iminente de violação, num sistema de arbitragem necessária alargado, acima referido (*supra*, 4.1. e 4.3.)<sup>(35)</sup>.

**4.9.** Como se assinalou a questão da possibilidade de invocar na ação arbitral, como exceção (com efeitos *inter partes*), a *invalidade* da patente ou CCP foi das questões mais debatidas, se não a mais debatida, sobretudo nos últimos anos de aplicação da Lei<sup>(36)</sup>.

Na jurisprudência, salientam-se, por um lado, o Acórdão do STJ de 14.12.2016, negando a defesa por exceção<sup>(37)</sup>, por outro lado, o Acórdão n.º 251/2017 do Tribunal Constitucional<sup>(38)</sup>, afirmando a possibilidade de tal defesa como uma exigência constitucional (art. 20.º da CRP). Após a publicação deste último aresto, foram proferidos os Acórdãos do STJ de 22.03.2018 e 12.02.2019, na linha do anterior acórdão do mesmo tribu-

---

<sup>(34)</sup> Cf. E. MENDES, 2017a, p. 35.

<sup>(35)</sup> Para um tratamento mais geral, vejam-se, designadamente, SILVA & MENDES, 2015, MARQUES, 2014b e 2015, com mais indicações.

<sup>(36)</sup> Na doutrina, vejam-se, designadamente, em sentido negativo, E. MENDES, 2015, p. 105, 2015a, p. 34, 2016a, 2017 e 2018, p. 8, ss., O. MENDES, 2015 e 2015a, E. MENDES & O. MENDES, 2017, Gonçalves, 2017 e 2019, p. 130, ss. e nota 295, criticando em especial o Ac. TC n.º 251/2017, PEREIRA, 2016, p. 835, ss., 2017 e 2018, p. 203, ss., e, em sentido afirmativo, MARQUES, 2011, 2014, 2014a e 2017, VICENTE, 2012/2018, p. 343, ss., VIEIRA, 2015 e 2018, ANTUNES, 2015a, pp. 454, 478, ss., e MARTINS, 2015, p. 427, ss. (cf., ainda, os textos gerais sobre a Lei n.º 62/2011, em especial, SAMEIRO, 2015, p. 329, ss., traçando um quadro da situação, e as indicações fornecidas por Pereira, 2018, p. 199, notas 4 e 5).

<sup>(37)</sup> Mais recuadamente, cfr., entre outros, os Acs. TRL de 13.02.2014, de 4.02.2016 e de 16.11.2016.

<sup>(38)</sup> Antes dele, cf., por ex., o Ac. TRL de 9.07.2015.

nal, e, no sentido do decidido pelo TC, os acórdãos do TRL de 19.09.2017, 21.06.2018 e 5.07.2018. Ainda no TC, em 6.03.2018, foi proferida uma Decisão Sumária no mesmo sentido daquele aresto, a n.º 160/2018, mas da mesma houve reclamação para a conferência, que foi deferida, em 17 de outubro, pelo Acórdão n.º 539/2018, o qual mandou notificar as partes para apresentarem alegações; donde resulta que o tema não se encontra, ainda, encerrado.

A enunciação dos argumentos pelos quais entendemos que — embora haja poderosas razões a favor da tese contrária, mas não de índole constitucional — a melhor solução é a de só admitir a impugnação da validade das patentes por via de ação, como também se decidiu nos citados acórdãos do STJ, já foi apresentada noutros locais, em que também se expõe, dentro do atual quadro legal, o sistema que contempla uma adequada ponderação dos valores e interesses em jogo<sup>(39)</sup>. Para aí se remete<sup>(40)</sup>, podendo a análise ser completada com a leitura da jurisprudência<sup>(41)</sup> e dos demais autores referidos<sup>(42)</sup>. Aqui, cabe salientar apenas que o problema é, no essencial, de *ordenação económica*: para haver um sistema económico e um subsistema de patentes ordenados e eficientes, com a efetividade das patentes — enquanto direitos privativos ou de exclusivo — necessária para o sistema cumprir a função de promoção da inovação que primacialmente lhe cabe, com igualdade concorrencial dos não titulares de patentes e não favorecimento dos economicamente mais fortes, essa é a melhor interpretação da lei.

Noutros termos, visto ele como um mero problema de justiça inter-subjetiva entre certa demandante e certa demandada — ou seja, reduzido à questão de saber se a empresa demandada tem ou não tem direito a contestar a validade do título do direito que se faz valer contra si (ótica de análise civilista ou micro-jurídica) —, parece ter razão a demandada, mesmo estando em causa duas organizações empresariais. Encarado como um *problema mais vasto de ordenação económica*, envolvendo outros valores e outros interesses, que fazem das patentes e da respetiva validade matéria de interesse público económico, e atendendo a que já houve um rigoroso procedimento de concessão do direito, justificativo de uma presunção de

---

(39) Para um quadro sintético deste, cf., por ex., E. MENDES, 2018a, p. 96, ss.

(40) Cf., em especial, E. MENDES, 2015, p. 105, 2015a, 2017, 2018 e 2018a, pp. 95, ss., com mais indicações.

(41) Cf., designadamente, o Ac. STJ de 14.12.2016, n.ºs 5, ss., e os Acs. TRL de 4.02.2016 e 16.11.2016, este reproduzindo a argumentação constante do CPI anotado de CAMPINOS & GONÇALVES.

(42) Cf. O. MENDES, 2015 e 2015a, E. MENDES & O. MENDES, 2017, p. 34, ss., GONÇALVES, 2017, p. 373, ss., 2019, p. 130, ss., PEREIRA, 2016, p. 836, ss., 2017 e 2018, pp. 200, 206, ss.

validade do respetivo ato atributivo (no caso, reforçada, de facto, pela circunstância de se tratar tipicamente de patentes em fim de vida e escrutinadas a nível mundial) (ótica empresarial/comercial ou macro-jurídica), justifica-se a solução inversa: não porque o interesse concreto da demandante o reclame, mas por uma exigência sistémica mais ampla.

Em termos constitucionais, segundo o art. 61.º, n.º 1, da CRP, a iniciativa económica privada exerce-se livremente nos quadros definidos na Constituição e na lei — ou seja no quadro do sistema sócio-económico tal como definido pela Constituição e, no respeito por esta, pelo legislador ordinário<sup>(43)</sup> — e tendo em conta o interesse geral. A existência de patentes e o sistema de invalidades respetivas pertence a esse quadro, estando no âmbito da *autonomia conformadora* do legislador democrático; e o legislador tem, ainda, o poder de fazer prevalecer o interesse geral sobre interesses meramente particulares, prevalência que, aliás, sempre existirá, em maior ou menor medida, quando se quer um sistema sócio-económico adequadamente organizado e funcionante, promotor do progresso económico e social [cf., a este respeito, o art. 81.º, als. *a), f) e j)*, da CRP]. É, portanto, dentro destes parâmetros que as empresas de medicamentos genéricos podem desenvolver a sua atividade; são estas as regras do jogo aplicáveis. Nesta medida, salvo o devido respeito pelos juízes que subscreveram o mencionado acórdão do TC, não vemos aqui nenhum problema constitucional. E não o vemos, apesar de entendermos que a jurisprudência constitucional tem sido tradicionalmente muito complacente para com o legislador ordinário<sup>(44)</sup>.

Realça-se, em todo o caso, que, atendendo ao modo como colocamos o problema, se o litígio respeitar a um direito que já caducou, discutindo-se apenas a indemnização devida pela alegada infração ocorrida, a defesa por exceção já deve ser admitida. De facto, neste caso, não está a ser defendido o exclusivo e o inerente problema concorrencial deixou de existir<sup>(45)</sup>.

Questão diferente é a de saber se o atual quadro legal é satisfatório. Quanto a ela, não temos dúvidas de que a matéria merecia uma regulação mais cuidada, definindo de forma clara as regras do jogo e, porventura, criando não apenas condições para que as patentes nulas sejam destruídas, mas dando incentivos, incluindo de ordem comercial ou financeira, para que tal aconteça<sup>(46)</sup>, ainda que uma tal solução requeira também que se leve em conta a natural maior litigância que estes incentivos acarretarão.

---

(43) Cf. E. MENDES, 2010 e 2012.

(44) Cf. E. MENDES, 2010, p. 1197, ss.

(45) Cf. E. MENDES, 2015, p. 105, nota 9, 2015a, p. 35.

(46) Cf. E. MENDES, 2015a, p. 34, nota 46.

### III. A Lei n.º 62/2011 na sua nova redação. Alguns aspetos

#### 5. Alteração da Lei

Num primeiro Projeto de revisão da matéria (de 22.12.2017), o Governo propunha-se (i) *pôr termo à arbitragem necessária* e (ii) rever o art. 3.º da Lei n.º 62/2011, inserindo nele, designadamente, a *possibilidade de*, no processo arbitral, tendo ele lugar, «*ser invocada e conhecida a invalidade da patente com meros efeitos inter partes*». No mesmo projeto, o titular do DPI, nas ações do art. 3.º, aparentemente podia *optar*: por propor a ação no TPI ou desencadear um processo arbitral, conforme lhe conviesse mais. O que se afigurava problemático, dado que se privilegiava um dos contendores<sup>(47)</sup>.

Subsequentemente, no dia 26 de abril de 2018, o Governo aprovou uma proposta, que remeteu à Assembleia da República<sup>(48)</sup>. O recurso à via arbitral passou a depender do acordo de ambas as partes, solução que viria a ser acolhida na versão final do art. 3.º, n.º 1. Desapareceu a referência à exceção de invalidade, mas ela reaparece no novo n.º 3 do art. 3.º da Lei.

Olhando, mais em geral, para a nova redação da Lei (*supra*, 1.2), observa-se o que se segue. No art. 2.º, substituiu-se a referência à arbitragem necessária pela referência à arbitragem *voluntária*; o que se compreende, dado que houve a intenção de pôr termo àquela, sem afastar esta. Importa, em todo o caso, notar que, nesta nova versão, o preceito se afigura redundante, uma vez que a opção pela arbitragem voluntária já resultava da LAV (Lei n.º 63/2011; cf. o respetivo art. 1.º). Além disso, intercalou-se, a seguir a “medicamentos de referência”, a explicitação de que estes são “*designadamente* os medicamentos que são autorizados com base em documentação completa, incluindo resultados de ensaios farmacêuticos, pré-clínicos e clínicos”. Todavia, isto não está em perfeita sintonia com o EM, que, no art. 3.º, n.º 1, al. *mm*), define o medicamento de referência como o “medicamento que foi autorizado com base em documentação completa, incluindo resultados de ensaios farmacêuticos, pré-clínicos e clínicos”.

Apesar de pôr termo à arbitragem necessária, a Lei mantém a *ação especial* do art. 3.º, explicitamente concebida para desembaraçar os medicamentos genéricos dos obstáculos processuais que antes da Lei existiam, mas com o efeito prático de reforço da tutela dos direitos privativos em apreço, especialmente ameaçados sobretudo quando já há a aprovação da participação

(47) Cf. MARQUES, 2018, p. 216, em nota.

(48) Sobre ela, cf., ainda, MARQUES, 2018.

pública no PVP. Tal ação acresce às ações gerais, designadamente às ações de infração, o que constitui uma especificidade do direito português e, agora, uma especificidade com aparente caráter definitivo — porventura justificável, apesar do disposto no art. 27.º, n.º 1, do ADPIC/TRIPS, considerando, além do referido objetivo declarado do legislador de desembaraçar a comercialização de medicamentos genéricos, a especial importância das patentes farmacêuticas e os valores e interesses em jogo, incluindo os associados à comparticipação pública no preço dos medicamentos, mas o assunto presta-se a discussão (cf. *infra*, 9.5).

No n.º 1 deste art. 3.º, observam-se as diferenças que se seguem. A redação inicial era esta: “No prazo de 30 dias a contar da publicitação *a que se refere o artigo 15.º-A do Decreto-Lei n.º 176/2006, de 30 de Agosto, na redação conferida pela presente lei*, o interessado que pretenda invocar o seu direito de propriedade industrial nos termos do artigo anterior deve fazê-lo junto do tribunal arbitral institucionalizado ou efetuar pedido de submissão do litígio a arbitragem não institucionalizada”.

A nova redação passou a ser: “No prazo de 30 dias a contar da publicitação na página eletrónica do INFARMED (...), *de todos os pedidos de autorização, ou registo, de introdução no mercado de medicamentos genéricos*, o interessado que pretenda invocar o seu direito de propriedade industrial nos termos do artigo anterior deve fazê-lo *junto do Tribunal da Propriedade Intelectual ou, em caso de acordo entre as partes[,]* junto do tribunal arbitral institucionalizado ou efetuar pedido de submissão do litígio a arbitragem não institucionalizada”.

Por conseguinte, a grande alteração consistiu em pôr termo à inicial ação arbitral necessária, declarando competente para a ação o TPI. Apenas havendo acordo das partes — acrescenta-se (em sintonia com o disposto no art. 2.º e com o art. 1.º da LAV) — a ação poderá correr nos tribunais arbitrais. Note-se, no entanto, que, ao intercalar no texto primitivo o que vai em itálico, o texto ficou gramaticalmente defeituoso: o acordo também é necessário para ter lugar a arbitragem não institucionalizada — cremos ser esse o sentido da lei —, mas o que agora vem de trás não se conjuga bem com a parte final do preceito. Percebe-se a ideia: o interessado poderá “efetuar pedido de submissão do litígio a arbitragem não institucionalizada“, mas este só surtirá efeito se a outra parte concordar, como aliás, sendo a arbitragem agora voluntária, já resultava dos princípios gerais. Mas não deixa de merecer reparo este menor rigor legislativo, que, de resto, poderá facilmente ser aproveitado para criar um problema interpretativo, a par de outros, mais reais e substanciais, analisados adiante (*infra*, 7).

Verifica-se, ainda, uma alteração técnica: para tornar o preceito suficiente, sem ter de se conjugar com o art. 15.º-A do EM, eliminou-se a



remissão para este e acrescentou-se o primeiro itálico. Adiante se verá melhor este aspeto (*infra*, 7.2).

Quanto ao mais, não houve alterações substanciais. O que significa que, apesar de desaparecerem algumas das questões acima indicadas, relacionadas com a arbitragem necessária, outras subsistem, agora concentradas sobretudo no TPI. A elas acrescem questões novas. Procedeu-se em seguida a uma análise mais de perto da Lei, focando algumas dessas questões.

## 6. Fim da arbitragem necessária

Como resulta da nova redação dada ao art. 2.º da Lei, os litígios emergentes da invocação de DPI relacionados com medicamentos de referência e medicamentos genéricos podem ser sujeitos a arbitragem voluntária, institucionalizada e não institucionalizada. Implícito está que a arbitragem em apreço é um meio de resolução de litígios alternativo ao judicial — da competência do TPI, nos termos do art. 111.º da LOSJ —, como também resulta do art. 3.º, n.º 1. Quer dizer, o que nele se colhe é que tais litígios podem ser submetidos ao TPI (art. 111.º da LOSJ) ou, em alternativa, havendo acordo das partes litigantes nesse sentido, à arbitragem (cf. os arts. 1.º, ss. da LAV).

O art. 2.º encontra-se redigido de forma ampla, compreendendo todo o tipo de ações (cíveis), salvo as ações de declaração de nulidade e de anulação, que são da competência exclusiva do TPI [art. 111.º, n.º 1, al. c), da LOSJ]. Em causa estão, designadamente, ações de infração e, ocorrendo uma ameaça iminente de infração, os respetivos procedimentos cautelares (cfr. os arts. 345.º e ss. do NCPI), bem como as ações fundadas na simples publicitação de um pedido de AIM (ou registo) para medicamento genérico, reguladas no art. 3.º. Encontram-se englobadas quer patentes quer CCP e, no primeiro caso, quaisquer patentes: de produto, de processo e de utilização (primeiro, segundo ou ulterior uso médicos).

## 7. Manutenção da ação arbitral especial do art. 3.º

Como se observou (*supra*, 3 e 4), em adição às ações gerais (cf. os arts. 337.º, ss. do NCPI, o art. 2.º, n.º 2, do CPC e, ainda, o art. 20.º da CRP), a Lei n.º 62/2011 consagrou uma *ação arbitral especial* no art. 3.º

— embora sem a individualizar claramente como tal -, com pressupostos e tramitação simplificados, concebida para correr em paralelo com o procedimento administrativo tendente à concessão de AIM e para declarar os exatos termos do direito invocado, mormente a data da sua caducidade, de modo a permitir ao requerente (ou beneficiário) da AIM o lançamento do seu medicamento no mercado logo que terminado o exclusivo, eliminando-se desse modo preexistentes incertezas e entraves processuais que prolongavam artificialmente os exclusivos; logo, uma ação essencialmente de *acertamento de direitos*, embora suscetível de terminar com uma condenação inibitória — eventualmente completada com uma SPC destinada a reforçar a sua eficácia prática — e, portanto, acabando por conferir aos titulares dos direitos uma importante tutela *preventiva*, reforçando os meios gerais de tutela dos direitos industriais em apreço. Esta ação mantém-se.

**7.1.** O recurso a tal ação arbitral deixa, no entanto, por um lado, de poder ser imposto pelos titulares de DPI aos requerentes de AIM para medicamentos genéricos. Por outro lado, deixa de ser para esses titulares a única via: a arbitragem é apenas um meio alternativo à proposição da ação no TPI.

Quanto ao primeiro aspeto, é isto que decorre da parte final do art. 3.º, n.º 1, ao aludir ao «acordo entre as partes». Como se assinalou (*supra*, 5), apesar de a respetiva redação ser defeituosa, parece clara a intenção de exigir tal acordo quer para a arbitragem institucionalizada quer para a não institucionalizada e não faria sentido ser de outro modo. Ainda assim, o assunto merece uma análise mais cuidada, pelo que se voltará a ele a seguir (*infra*, 7.2).

Como já antes sucedia (cf. *supra*, 3 e 4), em derrogação das regras gerais, os titulares dos direitos não precisam de justificar o recurso à ação com base numa infração destes, atual ou iminente, ou de demonstrar um interesse em agir. Basta para o efeito a publicitação, na página eletrónica do Infarmed, de um pedido de AIM (ou registo) para medicamento genérico. Para o legislador, este é um dado suficiente, porque o objetivo é, havendo direitos industriais em vigor, clarificar os exatos termos do exclusivo, de modo a que, uma vez findo este, o medicamento para que é requerida a AIM possa, sem delongas, ser lançado no mercado. Está em causa, não um mero interesse particular dos titulares de patentes ou CCP, mas um interesse de índole geral.

**7.2.** Na atual redação da Lei, a ação deve ser proposta no *prazo* de 30 dias a contar da publicitação de «todos os pedidos de autorização, ou

registro, de introdução no mercado de medicamentos genéricos». Que quer isto dizer?

Assinalou-se anteriormente (*supra*, 4.2 e 4.3) que, na vigência da redação anterior da Lei se suscitaram, designadamente, as seguintes questões: *i*) Em face da publicitação de um pedido de AIM, pode o titular de DPI pedir ao tribunal uma condenação inibitória relativa não apenas a essa AIM, mas a qualquer medicamento genérico do demandado suscetível de cair no âmbito do exclusivo invocado, incluindo portanto medicamentos genéricos para os quais sejam pedidas futuras AIMs? *ii*) Não sendo o requerente da AIM e o respetivo beneficiário a mesma entidade, pode a ação ser proposta contra este? Neste caso, a partir de quando se conta o prazo? Com a nova redação da Lei, pretendeu-se dar-lhes resposta?

Além disso, na atual redação, o interessado na ação — via de regra, o titular de patente ou de direito relativo a CCP — pode invocá-lo junto do TPI ou, havendo acordo, junto de tribunal arbitral institucionalizado. No mesmo prazo, pode «efetuar pedido de submissão do litígio a arbitragem não institucionalizada». Que significa isto? Como se realiza essa invocação? Na falta de acordo das partes para a submissão do caso a um tribunal arbitral institucionalizado, basta um pedido — dirigido à requerente (ou beneficiária) da AIM — para a constituição de um TA? E se esta recusar? No termo do prazo, não havendo a invocação do direito no TPI, o direito de ação caduca?

*a)* Antes de analisar tais questões, importa ter presente que a ação em apreço se distingue claramente das ações gerais tendentes a tutelar os direitos em apreço, mormente das ações de infração, e dos respetivos procedimentos cautelares, acrescendo às mesmas. Por conseguinte, a circunstância de o titular dos direitos não fazer uso deste direito de ação especial, dentro do prazo em apreço, não o impede de os defender em juízo. Apenas fica sujeito às competentes regras gerais, mormente aos pressupostos gerais do interesse em agir e da existência de infração ou ameaça iminente de infração.

Quer dizer, o natural é que, terminado o prazo sem o direito de ação em apreço ter sido exercido, ele *caduque*. Mas isso não tem nada a ver com o direito de ação que é concedido a todo o titular do direito para o fazer valer, mormente em caso de lesão ou ameaça séria de lesão (cf. o art. 2.º, n.º 2, do CPC). Tal caducidade não afeta este direito geral (cf. *supra*, 4.3).

*b)* Esclarecido este ponto, voltemos aos problemas suscitados pela nova redação da Lei. Que significa a alusão na Lei a «todos os pedidos» de AIM? A ação pode ser proposta, no prazo de 30 dias, a contar da publicita-

ção de cada pedido? Sendo pedidas, em simultâneo, mais que uma AIM pela mesma entidade (porventura com beneficiários distintos), haverá lugar a uma única ação para todos os pedidos? E se os pedidos forem sucessivos, mas dentro do prazo de 30 dias? Se os pedidos forem apresentados por requerentes distintos, pode ter lugar uma única ação, com coligação passiva de demandados? E deve ser assim?

Na redação original do n.º 1 do art. 3.º, a ação devia ser proposta no prazo de um mês, a contar «da publicitação a que se refere o art. 15.º-A do Decreto-Lei n.º 176/2006». Dispõe este preceito, no n.º 1: «O INFARMED, I. P., publicita, na sua página eletrónica, todos os pedidos de autorização, ou registo, de introdução no mercado de medicamentos genéricos, independentemente do procedimento a que os mesmos obedecem». E no n.º 2 acrescenta-se que a publicitação compreende:

- a) o nome do requerente da autorização de introdução no mercado;
- b) a data do pedido;
- c) a substância, dosagem e forma farmacêutica do medicamento; e
- d) o medicamento de referência.

Por conseguinte, o Infarmed devia — deve —, nos termos deste art. 15.º-A, dar publicidade a todos os pedidos de AIM que lhe sejam apresentados, identificando cada um deles pelo nome do requerente, a data, etc.; ou seja, tem o dever de dar publicidade a todos e cada um desses pedidos. Donde decorria, nos termos do art. 3.º, n.º 1, da Lei, contar-se o prazo, relativamente a *cada pedido*, a partir da data da sua publicitação, como sempre se entendeu (admitindo-se em geral a coligação passiva, embora o assunto não fosse pacífico)<sup>(49)</sup>. Pretendeu o legislador, com a nova redação, dizer coisa diferente?

Não há elementos para responder afirmativamente. Aparentemente, o legislador, tal como no art. 2.º resolveu esclarecer o que são medicamentos de referência, também aqui quis poupar ao intérprete a tarefa de consultar o EM. Só não reparou que a referência a «todos os pedidos de autorização», no art. 15.º-A deste Estatuto respeita a um dever do Infarmed: este deve dar publicidade a todos os pedidos que lhe sejam apresentados. Mas fá-lo identificando cada um; sendo este o dado relevante para a definição dos termos e pressupostos da ação, mormente o prazo. Logo, a expressão correta, no art. 3.º, n.º 1, seria «de cada pedido de autorização».

---

(49) Cf., por ex., VICENTE, 2012/2018, p. 348, SAMEIRO, 2015, p. 314, nota 15.

Significa isto que não há aqui qualquer novidade substancial (embora se tenha criado uma escusada dificuldade interpretativa). E, portanto, os problemas acima detetados — de um possível âmbito alargado da condenação inibitória e da dissociação entre o requerente e o beneficiário do pedido de AIM — ficaram por resolver. É pena, porque teria sido fácil — e se afigura justificado — alterar, pelo menos, o art. 15.º-A do EM, de modo a incluir nos elementos publicitados o nome do beneficiário, quando distinto do requerente.

c) Vejamos o segundo grupo de problemas, considerando, antes tudo, a seguinte questão: Que *invocação* do direito terá que ser feita perante o TPI ou TA institucionalizado — havendo acordo prévio no sentido de considerar este competente — dentro do prazo de 30 dias? Tem o interessado que apresentar petição inicial ou requerimento equivalente, no caso da arbitragem se isso resultar genericamente do regulamento do centro de arbitragem escolhido? Sendo a resposta afirmativa, o prazo é suficiente, designadamente em face do direito constitucional a uma tutela jurisdiccional efetiva dos direitos fundamentais (em que se incluem patentes e CCP), tal como entendida nos acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 123/2015 (n.º 14.2.2.) e 187/2018 (n.ºs 15 e 16) (cf. *supra*, 4.3)? Resultando essa suficiência da circunstância de a petição ou requerimento iniciais poderem ser eventualmente alterados, em face de novos dados (cf. o Ac. TC n.º 187/2018, n.º 15.5, *in fine*)?

Na vigência do sistema de arbitragem necessária, entendia-se, por um lado, que, optando o titular dos direitos por uma arbitragem *ad hoc*, o prazo se achava cumprido com o simples envio à requerente da AIM de uma carta contendo um pedido de submissão do «litígio» à arbitragem, ou uma declaração nesse sentido e um convite para a designação de árbitro<sup>(50)</sup>; e, por outro lado, que, na falta, em regra, de acordo prévio quanto à escolha de um centro institucionalizado, a situação seria semelhante, dada a necessidade de uma acordo das partes quanto à escolha deste e uma ampla possibilidade de definir as regras processuais aplicáveis<sup>(51)</sup>. Daí que, tendo ainda em conta aquela possibilidade de alteração da petição inicial, na opinião do Tribunal Constitucional expressa naquele Acórdão n.º 187/2018, o prazo fosse suficiente (n.ºs 15 e 16)<sup>(52)</sup>.

---

<sup>(50)</sup> Cf., ainda, o Ac. TC n.º 187/2018, n.º 15.3, citando o Ac. TRL de 30.09.2014, S. MENDES, 2013, p. 1023 (veja-se também p. 1032), MARTINS, 2015, p. 426, CARDOSO & NAZARÉ, 2015, p. 53.

<sup>(51)</sup> Cf. o Ac. TC citado na nota anterior, *ibidem*, citando MARTINS, p. 425, e S. MENDES, p. 1006.

<sup>(52)</sup> Cf. também S. MENDES, 2013, p. 1033, ss.

Ficou por esclarecer se a posição seria a mesma no caso — mais raro — de haver um prévio acordo quanto à escolha de um tribunal arbitral institucionalizado que não contemplasse o problema em apreço. A adicional invocação da possibilidade de alterar a petição inicial não parece suficiente para o efeito.

Em qualquer caso, como se observou mais acima (*supra*, 4.3. e 5), estando em causa uma ação especial que acresce às ações gerais de tutela dos direitos, na nossa opinião, o problema não tinha verdadeira dimensão constitucional. E, portanto, também a não tem em face da nova redação do preceito. Com efeito, é suposto que a ordem jurídica tenha meios gerais de defesa dos direitos de patente, no setor farmacêutico ou noutra qualquer, adequados, que satisfazem as exigências constitucionais de tutela da propriedade privada, incluindo a intelectual (art. 62.º da CPP; cf. o art. 42.º); e efetivamente assim acontece [cf. os arts. 310.º, ss., 318.º, 337.º, ss. do NCPI, em grande medida transpondo a Diretiva 2004/48/CE (dita Diretiva do *enforcement*) e acrescentando aos meios de tutela cível uma tutela penal e contraordenacional]. A ação em apreço *acresce* a esses meios; ou seja, poderia nem existir, sem que desse modo a proteção fosse constitucionalmente insuficiente.

Quer dizer, trata-se de um simples problema de interpretação da lei ordinária — sem ter que fazer intervir sequer o princípio da sua interpretação conforme à Constituição, ponderando os valores e interesses em jogo, mormente a necessidade de assegurar uma proteção efetiva dos direitos industriais, visto que é suposto estes já se encontrarem protegidos através dos meios gerais de tutela. Ainda assim, estamos perante um problema muito importante e carecido de solução adequada.

Consideremos, para já, a situação menos frequente de haver um prévio acordo das partes quanto à submissão do caso a um tribunal institucionalizado cujo regulamento mande apresentar a petição inicial com o requerimento de arbitragem. A especificidade da mesma reside na circunstância de o titular do direito invocado não ter alternativa: se quiser optar pela proposição da ação, terá que o fazer, nestes termos, no centro de arbitragem escolhido. O que, verdadeiramente, desloca o problema para a redação daquele acordo. Caso ele seja omissivo, parece de aplicar, com as devidas adaptações, o que se expõe a seguir.

Faltando tal acordo prévio, torna-se necessário, ainda assim, um acordo das partes, em que o assunto será naturalmente contemplado. Mas pergunta-se: não havendo acordo, no prazo de 30 dias, que sucede? Entramos então na hipótese mais comum, de o titular do direito, no prazo de 30 dias, ter de optar pela proposição ou não da ação e, querendo propô-

-la, de (i) ter que o fazer no TPI ou (ii) num tribunal arbitral *ad doc* — a constituir —, necessitando neste segundo caso de um acordo nesse sentido do requerente/beneficiário da AIM, ou, ainda, num tribunal institucionalizado, carecendo igualmente de um acordo nesse sentido. Para simplificar o discurso, vamos considerar apenas a opção pelo TPI ou por um tribunal arbitral *ad hoc*.

Uma interpretação possível da Lei, de algum modo sugerida pelo respetivo texto, é a seguinte: no que respeita à eventual proposição da ação no TPI, o interessado terá que — no prazo de 30 dias, em face do pedido de AIM e das investigações que consiga fazer — decidir se se justifica ou não propor tal ação e, entendendo que sim, terá o ónus de preparar e apresentar a competente petição inicial. Dentro do mesmo prazo, poderá, em alternativa, contactar o requerente e/ou beneficiário do pedido de AIM, endereçando-lhe um «pedido de submissão do litígio a arbitragem não institucionalizada». Todavia, corre o risco de, não obtendo o acordo desejado, esta via se gorar e deixar passar o prazo para propor a ação no TPI. Nesse caso, o seu direito de ação terá caducado.

Esta interpretação da Lei é, como pode ver-se, bastante anómala, porque o titular do direito tem um prazo curto para apurar se se justifica ou não a proposição de uma ação, para verificar se a arbitragem é viável ou não e para preparar a petição inicial. E tem como resultado provável a prática exclusão da via arbitral, concentrando o contencioso no TPI; o que nem se afigura razoável e desejável, nem pretendido pelo legislador. Além disso, uma tal solução pode tornar especialmente problemática a formação de caso julgado contra o titular dos direitos invocados (cf. *infra*, 7.5).

Vejamos, pois, se a Lei comporta uma interpretação mais razoável (cf. o art. 9.º, n.ºs 1 e 3, do CC). O ponto de partida será este: o texto legal é obscuro e isso resulta de o mesmo ter sido concebido para a arbitragem necessária — em que o prazo respeitava à efetuação de um «pedido de submissão do litígio a arbitragem», como ainda resulta da parte final do art. 3.º, n.º 1 — e de nele ter sido enxertada, sem mais, a opção pelo TPI. Tendo isto presente, uma possível interpretação será a seguinte: o titular do direito dispõe do prazo de um mês para decidir se propõe a ação ou não e para ou propor a ação no TPI ou efetuar aquele pedido de submissão à arbitragem. Se, dentro deste prazo, realizar tal pedido, mas a via arbitral vier a gorar-se, deverá ter, ainda, um prazo de 30 dias (ou um prazo razoável nesta ordem) para apresentar a petição inicial no TPI, a contar da data da rejeição da arbitragem pela outra parte, como o poderia fazer na ação arbitral após a constituição do TA e a notificação para o efeito (cf. o art. 33.º da LAV).

Além de razoável, esta interpretação, por um lado, favorece o recurso à arbitragem — ou dá uma real oportunidade para que esta via seja escolhida — e, por outro lado, é também a que melhor se enquadra no espírito da revisão da Lei, que, para além da cessação da arbitragem necessária (arts. 2.º e 3.º, n.º 1) e da tomada de posição sobre a questão da exceção de invalidade (art. 3.º, n.º 3, cfr. a seguir), não parece ter querido alterar substancialmente os termos da ação em causa.

**7.3.** Uma das especificidades da ação em apreço reside na cominação estabelecida para a falta de contestação: o requerente (ou beneficiário) da AIM não pode iniciar a exploração do seu medicamento antes do termo do direito invocado (art. 3.º, n.º 2), o que tem sido interpretado no sentido de o tribunal poder preferir sentença condenatória inibitória com esse conteúdo. Aqui não há novidade.

Novo é o n.º 3 do artigo em análise: «No processo arbitral pode ser invocada a *invalidade* da patente com meros efeitos *inter partes*». O preceito tem como pano de fundo o artigo 34.º do NCPI (antigo art. 35.º) e o art. 111.º, n.º 1, al. c), da LOSJ, segundo os quais, o TPI possui competência exclusiva para as ações de declaração de nulidade e de anulação de DPI como as patentes e CCP (cf. *supra*, 1.1), bem como a controvérsia doutrinária e jurisprudencial que se gerou em torno da admissibilidade ou não desta defesa por exceção nas ações arbitrais instauradas ao abrigo da Lei n.º 62/2011 (cf. *supra*, 4.9): o legislador optou por consagrar a tese afirmativa. Cabe, em todo o caso, realçar que, estando em causa uma arbitragem voluntária, tudo depende da convenção de arbitragem: esta tanto pode admitir essa possibilidade de defesa (as partes podem querer, por ex., na arbitragem, regular de modo definitivo todas as divergências entre elas existentes, incluindo a relativa à validade) como excluí-la. Não parece que a norma em apreço seja imperativa, impedindo a exclusão.

Fora este aspeto, o preceito apresenta um duplo alcance: por um lado, admite, na arbitragem, este meio de defesa, apesar dos conhecidos inconvenientes do mesmo, acolhendo a tese perfilhada no Acórdão do TC n.º 251/2017; por outro lado, sendo a convenção de arbitragem omissa, haverá lugar à sua aplicação. Como se indicou anteriormente, o problema não é, em rigor, um problema constitucional, mas estava, naturalmente, na liberdade conformadora do legislador optar por uma das soluções em confronto.

Mais: o alcance da solução adotada pode ser muito maior do que parece. Em primeiro lugar, o meio de defesa em apreço não tem de se circunscrever às ações especiais do art. 3.º: apesar da sua inserção sistemática, mostra-se defensável a sua aplicação também no quadro das ações de



infração (não, porventura, no âmbito dos procedimentos cautelares, dados os pressupostos e função destes e a presunção de existência do direito registado). Em segundo lugar, a valoração da situação subjacente é porventura extensível às patentes noutros domínios tecnológicos. Trata-se, no entanto, de assunto carecido de melhor reflexão, em conexão com o disposto no indicado art. 34.º do NCPI.

Note-se também que o regime instituído vale para a «nova» arbitragem voluntária. Relativamente às ações arbitrais necessárias em curso, incluindo recursos, a situação não se alterou.

Com efeito, a solução legal do novo n.º 3 do art. 3.º só será aplicável se ambas as partes acordarem na possibilidade de invocação da invalidade com efeitos *inter partes*, inserindo-a na convenção de arbitragem (o que pode fazer sentido, designadamente, quando esteja em causa uma regulação mais abrangente de situação litigiosa existente), ou se concluírem tal convenção sem regular o assunto, deixando aplicar a regra legal. Donde resulta que a nenhuma das partes pode ser imposta a nova solução legal: qualquer delas tem a faculdade de se opor a que isso aconteça, não assinando uma convenção de arbitragem que não preveja o afastamento da regra legal. A situação mostra-se, portanto, substancialmente diferente da que ocorria na arbitragem necessária (cf., no entanto, o Ac. STJ de 14.03.2019).

**7.4.** Nas restantes especificidades da ação arbitral em análise, salientam-se a limitação dos articulados e a tramitação célere constante do n.º 4, mas, sobretudo, a limitação das instâncias de recurso (n.º 7). Também aqui não há novidades substanciais.

Note-se apenas, por um lado, que, como já se assinalou (*supra*, 4.4), as regras em apreço, mormente esta última, não devem considerar-se aplicáveis às ações de infração. Na verdade, nada justificaria tutelar as patentes farmacêuticas de forma menos intensa que as demais patentes, relativas a outros domínios tecnológicos (cf., aliás, o art. 27.º, n.º 1, do ADPIC/TRIPS), e que os direitos e interesses protegidos em geral. No mínimo, tratar-se-ia de uma discriminação negativa contrária ao princípio da igualdade (art. 13.º da CRP). Por outro lado, tratando-se agora de arbitragem voluntária, não parece de excluir a possibilidade de as partes regularem a matéria do recurso e de aprovar regras processuais, ajustando o processo aos seus interesses.

**7.5.** A ação especial em apreço tem de ser proposta num prazo curto, de 30 dias após a publicitação do pedido de AIM que lhe subjaz, possui tramitação simplificada e tem limitada a possibilidade de recurso. Daí a seguinte questão: uma decisão nela proferida faz caso julgado, rele-

vante numa eventual ação de infração subsequente? Em todos os casos? Este afigura-se mais um ponto a merecer ulterior reflexão.

## 8. Manutenção da ação especial como ação judicial

Particulares dificuldades e dúvidas suscita o enxerto — num originário sistema de arbitragem necessária — da possibilidade de intentar a ação em apreço no TPI (para além das já assinaladas no n.º 7.2.). Na verdade, do n.º 1 do art. 3.º resulta, sem margem para dúvidas, que esta possibilidade de propor a ação no TPI existe; e o n.º 2 estabelece a mesma consequência para a falta de contestação (cfr. *supra*, 7.3), quer se trate de TA quer do TPI. Há, no entanto, aspetos que importa esclarecer.

**8.1.** Em primeiro lugar, recorda-se o problema do *prazo* de 30 dias indicado no art. 3.º, n.º 1: que diligência deve cumprir o titular do direito dentro deste prazo? Tem de apresentar a petição inicial (ou equivalente)? Acerca dele, remete-se para o que já se disse a esse respeito (*supra*, 7.2.).

Importa, todavia, atentar num ponto: que sucede se o titular do direito não estiver interessado na arbitragem e, portanto, não efetuar nenhuma diligência nesse sentido junto do requerente/beneficiário da AIM? E que acontece se fizer tal diligência, por exemplo, já próximo do fim do prazo, sabendo antecipadamente que o visado não vai aceitar a via arbitral? Deve entender-se que, ainda assim, dispõe de um adicional prazo de um mês para apresentar a petição inicial, servindo o primeiro apenas para decidir se propõe ou não a ação? Deve, em vez disso, interpretar-se a Lei no sentido de que só dispõe do prazo de um mês, mas, havendo motivo para isso, pode pedir, em tempo, ao TPI que lhe conceda um prazo adicional para apresentar a petição (em princípio, até um mês)? Esta última solução é viável? O TPI dará resposta atempada? O simples requerimento de prazo adicional, no prazo de 30 dias, se vier a considerar-se justificado, impede a caducidade do direito de ação, desde que esta seja proposta em devidos termos no prazo solicitado?

Qualquer que seja a resposta, ela presta-se, naturalmente, a discussão. Em todo o caso, a ideia de base parece dever ser esta: se o titular do direito apenas está interessado na ação no TPI, não se afigura irrazoável que apenas disponha do prazo de um mês contemplado no texto da Lei. Uma interpretação mais flexível apenas se mostra justificada em ordem a promover o recurso à via arbitral (valorizando a alusão à arbitragem voluntária no

art. 2.º, apesar de a admissibilidade de a ela recorrer já resultar da LAV). Poder-se-iam considerar, ainda, outros fatores — por ex., se a AIM é requerida com bastante antecedência em relação ao termo do direito que se invoca, sendo por isso expectável que venha a ser concedida, ela e as demais aprovações sanitárias, antes do termo do mesmo, a proposição da ação não será «urgente» —, mas a Lei não dá margem para enveredar por aí.

Realça-se, em todo o caso, que, não coincidindo a qualidade de requerente e a qualidade de beneficiário da AIM, deve admitir-se a proposição de uma ação contra este. E o prazo será ainda de um mês, mas a contar do conhecimento desse beneficiário, através de ato do Infarmed (cf. *supra*, 4.2. e 4.3.).

Em segundo lugar, cabe observar que, se a circunscrição da aplicação do n.º 3 aos processos arbitrais se compreende (cf. *infra*, 8.2), já não se percebe bem igual circunscrição, em especial, quanto ao n.º 4 (redução dos articulados e aceleração processual) e ao n.º 7 (limitação das instâncias de recurso). Na verdade, cumprindo a ação a mesma função, tendo idênticos pressupostos e finalidade, e sendo também a mesma a consequência da falta de contestação, que poderá justificar estas diferenças?

Note-se que estamos a falar apenas da ação regulada no art. 3.º, baseada na simples publicitação de um pedido de AIM para medicamento genérico, destinada a correr em paralelo com o procedimento administrativo relativo à concessão da AIM e, tendencialmente, a ser concluída num prazo curto; não de ações gerais, máxime de infração. E, quanto a ela, com ressalva do que se dirá a seguir acerca da questão da invalidade, o regime constante deste artigo mostra-se perfeitamente ajustado, seja o tribunal arbitral ou estadual. Quer dizer, com a ressalva feita a seguir, não se afigura haver razão para a ação no TPI ter um regime diferente.

**8.2.** Em terceiro lugar, temos o tema da *invalidade* da patente (ou CCP). Como se assinalou (*supra*, 7.3.), o art. 3.º, n.º 3, afirma agora expressamente que, na ação arbitral, o demandado pode invocar a invalidade como exceção, tendo a decisão arbitral a proferir sobre a matéria ef cácia *inter partes*. E pode, inclusive, defender-se a aplicação de norma idêntica nas ações de infração. Que sucede, porém, se a ação especial do art. 3.º (ou uma ação geral de infração) for proposta no TPI?

a) Atendendo ao texto da disposição, que só se refere à ação arbitral, dir-se-ia que tal possibilidade está excluída nas ações intentadas no TPI. O argumento é, no entanto, de pouco peso. De facto, o mesmo sucede nos n.ºs 4 a 7 e, no entanto, como se viu (*supra*, 8.1), parece justificar-se

uma interpretação da Lei no sentido de, via de regra, os aplicar também nas ações estaduais.

Existe, contudo, um possível argumento substancial contrário à aplicação do preceito às ações intentadas no TPI. É o seguinte: por um lado, a defesa por exceção em apreço tem inconvenientes de monta, mormente pelo entorse que introduz no conceito de direito de exclusivo e pela desigualdade concorrencial em que coloca as empresas de medicamentos genéricos entre si (favorecendo, de resto, sobretudo as grandes multinacionais); por outro lado, sendo o TPI competente para as ações de declaração de nulidade e de anulação [arts. 34.º do NCPI e 111.º, n.º 1, al. c), da LOSJ], tal defesa torna-se desnecessária, porque o demandado pode sempre defender-se por reconvenção, evitando-se, do mesmo passo, aqueles inconvenientes. Isto é válido tanto para as ações especiais do art. 3.º, como para as ações de infração<sup>(53)</sup>. É certo que, na falta de regulação expressa do assunto, a solução se presta a discussão<sup>(54)</sup>, mas, no nosso ponto de vista, é a mais ajustada tendo em conta uma ponderada composição dos interesses em jogo.

Deduzindo o demandado reconvenção, o processo deve ter uma tramitação normal e deve haver, sobre a matéria, as normais instâncias de recurso. Quer isto dizer que esta interpretação do n.º 3 permite compreender também a omissão da referência às ações no TPI nos n.ºs 4 e seguintes. De facto, em geral, estes serão de aplicar também a tais ações, mas não assim se for suscitada a questão da invalidade.

b) Se não se interpretar a lei no sentido de afastar a mera defesa por exceção em apreço, exigindo uma defesa por reconvenção, os interesses em jogo (não meramente particulares, mas de índole geral, de desembaraçamento do sistema económico de patentes ou CCP nulos, de igualdade concorrencial e, inclusive, de proteção e credibilidade do sistema de patentes) reclamam, pelo menos, um poder-dever de o Ministério Público propor a competente ação de declaração de nulidade (não uma simples legitimidade para o fazer, cf. o art. 34.º, n.º 3, do NCPI) o mais tardar logo que o TPI profira decisão acolhendo tal exceção. E reclamam também a imediata publicitação da decisão, como se prevê para a ação arbitral no art. 3.º, n.º 5, de modo a que qualquer interessado possa fazê-lo (cf. o art. 34.º, n.º 3, do NCPI).

Note-se, em todo o caso, que a omissão na Lei destas cautelas — que são uma exigência de um sistema sócio-económico bem ordenado, *rec-*

---

<sup>(53)</sup> Cf. também E. MENDES, 2015a, nota 45.

<sup>(54)</sup> Cf. MARQUES, 2017, p. 351, ss., 355, ss., considerando que uma tal limitação dos meios de defesa terá de resultar de norma legal expressa. Para o sistema do futuro TUP (na linha do exposto no texto), cf., por ex., O. MENDES, 2016, p. 133, ss.

*tius*, decorrem de um imperativo de boa ordenação deste sistema, que se colhe na CRP<sup>(55)</sup> — favorece a interpretação da mesma no sentido de só se admitir a reconvenção. O que acaba de expor-se vale também, *mutatis mutandis*, para os (expectavelmente mais raros) casos em que haja uma ação arbitral.

## 9. Justifica-se manter a ação especial?

Termina-se com algumas considerações de ordem geral e com uma breve alusão a certos aspetos em particular. Em última análise, importa sobretudo atentar na seguinte questão de fundo: justifica-se manter a ação especial do art. 3.º? Como se vai ver, a resposta não é inequivocamente afirmativa. Adicionalmente, pode questionar-se: foi oportuna a alteração da Lei neste momento, tendo em conta a prevista entrada em vigor do TUP?

**9.1.** Antes de tudo, cumpre realçar que a ação em apreço é uma ação *sui generis*, tanto quanto sabemos sem paralelo conhecido no direito comparado; o que indicia não ser a mesma necessária para tutela efetiva dos direitos industriais em apreço. É certo que, após a obtenção das formalidades administrativas necessárias para a comercialização dos medicamentos genéricos, o risco de infração, no caso dos medicamentos comercialmente atrativos, aumenta enormemente, como o revela o assinalado projeto de lei submetido a discussão no senado francês (cf. *supra*, 2.1), mas daí não decorre a necessidade de uma tal ação para uma tutela efetiva dos direitos, após a cessação da arbitragem necessária. Em França, a solução proposta consistia simplesmente em aligeirar os pressupostos da ação inibitória geral e das providências cautelares e nem assim se converteu em lei.

**9.2.** Vejamos o problema de outro ângulo. Havendo a comercialização de medicamentos genéricos antes de terminar um direito de exclusivo, sendo os medicamentos *comparticipados*, o Estado estará a apoiar a venda de produtos contrafeitos, fomentando a infração, o que é contrário à própria ideia fundamental do Estado de Direito. Será a ação um mecanismo, se não necessário, pelo menos eficaz na prevenção de tal ocorrência?

---

(55) Cf. E. MENDES, 2012.

Mais em geral, a ação foi concebida pelo legislador como uma ação simplificada, destinada a correr em paralelo com o procedimento tendente a obter a AIM que lhe subjaz, de tal modo que, uma vez cumpridas as formalidades administrativas, o titular da AIM saberia se existe ou não algum direito privativo em vigor, conheceria o seu exato âmbito e duração e, portanto, poderia, sem risco nem entraves artificiais, lançar o seu medicamento no mercado uma vez terminado esse exclusivo, logo nesse momento. Este foi o primeiro objetivo explícito da Lei n.º 62/2011, na linha das conclusões do Inquérito da UE ao setor farmacêutico, de 2009 (cf. *supra*, 2.3 e 3). Mas é de perguntar: será que a ação foi e continua a ser um meio adequado para atingir tal objetivo?

Não há uma resposta cabalmente positiva para estas questões. Basta pensar que a proposição da ação é facultativa e que — embora tenha reforçado a tutela (preventiva) dos direitos — a prática revela que a mesma não é atrativa ao ponto de levar todas as farmacêuticas titulares de patentes e CCP a fazerem uso dela. No mínimo, o assunto merecia maior reflexão.

**9.3.** Um segundo objetivo explícito da Lei foi pôr termo ao contencioso administrativo maciço existente em 2011. Com efeito, dada a necessidade de atos administrativos para os medicamentos poderem ser comercializados, interpretando de forma lata o âmbito do exclusivo conferido por patente e CCP, as entidades farmacêuticas titulares de tais direitos haviam «descoberto» a via contenciosa administrativa, ultrapassando a situação de bloqueio a que se chegara no tribunal de comércio.

Para o efeito, em rigor, bastava separar normativamente as águas, ou seja, declarar que tais atos administrativos e a iniciativa dos correspondentes processos se encontram fora do exclusivo da propriedade industrial; como, de resto, a Lei n.º 62/2011 fez (mesmo que uma interpretação conforme à CRP requiera, porventura, a concessão da AIM e das aprovações sob condição, como foi afirmado no Acórdão do TC n.º 216/2015, cf. *supra*, 2.1). Porém, o legislador foi mais longe: tendo por base a referida ideia de desembaraçar os medicamentos genéricos de obstáculos artificiais, ofereceu às empresas farmacêuticas titulares de DPI um substituto das ações administrativas — as ações arbitrais especiais em apreço. Ou seja, retirou-lhes a via contenciosa administrativa, mas deu-lhes «em troca» a via arbitral especial do art. 3.º da Lei.

Note-se que esta via especial era importante para a efetividade dos direitos numa — dominante — interpretação da Lei no sentido de que a arbitragem necessária também compreendia as ações de infração e os correspondentes procedimentos cautelares. Na verdade, não existindo um tribunal

arbitral pronto a que se pudesse recorrer em caso de infração ou ameaça iminente de infração e não sendo a falha colmatada com uma possível tutela cautelar provisória do TPI (de cuja aceitação prática não temos notícia), tal ação apresentava um vincado interesse preventivo, mormente quando a competente condenação inibitória era acompanhada por uma SPC<sup>(56)</sup>.

Porém, terminada a arbitragem necessária e, portanto, tendo os titulares de direitos aberta a via contenciosa geral junto do TPI, em caso de infração ou ameaça iminente de infração, é boa medida passar para ele esse adicional contencioso *sui generis*, de índole essencialmente preventiva? Vistas bem as coisas, com a ação especial em análise, a Lei n.º 62/2011 acabou por desempenhar um papel de reforçada proteção dos direitos de exclusivo em apreço. Justifica-se a manutenção da situação, agora tendo como órgão tutelar o TPI?

Noutra ordem de ideias: sendo as empresas de medicamentos genéricos em geral hostis à arbitragem, o contencioso vai expectavelmente deslocar-se, se não totalmente, pelo menos em grande medida, para o TPI, como, de resto, de algum modo contrariando o que se afirma no preâmbulo do diploma, o art. 5.º do DL n.º 110/2018 indicia (cf. *supra*, 1.2). Ora, por um lado, levando a sério a ideia de uma «desejável» ação de acertamento dos direitos com vista a desembaraçar os medicamentos genéricos de artificiais obstáculos processuais (cf. *supra*, 9.2.), por outro lado, atento o interesse que a mesma apresenta para os titulares dos direitos, será expectável a manutenção do existente contencioso de massa (que sucedeu ao administrativo), agora concentrado sobretudo no TPI. Acresce a subsistência de muitas questões ainda não resolvidas ou mal resolvidas (cf. *supra*, 4) e a nova redação da Lei suscita novos problemas (*supra*, 7 e 8). Está este tribunal apetrechado para receber tal contencioso de massa e cheio de questões controvertidas?

A menos que a capacidade de resposta do tribunal seja grandemente aumentada, tal significa um provável regresso à situação anterior à Lei n.º 62/2011, ainda que a dimensão do problema possa ser menor. Outras vozes, de resto, se pronunciaram, por razões análogas, no sentido de ser preferível manter a ação especial como ação arbitral<sup>(57)</sup>.

**9.4.** Subsistindo a ação especial em apreço, importa fazer uma breve alusão a certos aspetos em particular. O primeiro tem a ver com a SPC; o segundo, com os encargos do processo; o terceiro, ainda, com a invalidade.

---

(56) Cf. a Sentença arbitral de 11.02.2014, p. 49, ss., 70, ss., e *supra*, n.os 3 e 4.1 e 4.3.

(57) Cf. MARQUES, 2018, p. 218, e 2018a, p. 23.

a) Num sistema de arbitragem necessária quase pleno, compreendendo as ações de infração, a ação especial do art. 3.º, com a assinalada função de prevenção da violação dos direitos industriais, desempenhava um importante papel na tutela efetiva destes direitos, porventura essencial para a própria constitucionalidade desse sistema. Sucede que uma condenação inibitória como aquela que tipicamente se obtinha nessa ação especial era em grande medida um tigre de papel sem uma associada *sanção pecuniária compulsória*. Daí o particular interesse e justificação da mesma<sup>(58)</sup>. Com a deslocação do contencioso para o TPI, mantendo a ação em apreço, a SPC continua a fazer sentido e a ter grande utilidade, mas desaparece este importante fundamento.

b) Tendo a ação caráter *sui generis*, acrescentando às ações gerais de accertamento de direitos e de infração, apresentando uma subjacente justificação de interesse geral, revelando-se, em última análise, um instrumento fundamental de reforço da tutela dos direitos de patente e CCP, e, havendo direitos em vigor, terminando naturalmente, pelo menos, com uma condenação inibitória, não faz sentido aplicar as regras gerais de imputação e repartição das *custas* do processo, fazendo as demandadas suportar sempre uma parte das mesmas. Via de regra, se a AIM que está na base da ação for requerida com uma antecedência razoável e se a ação não for contestada ou a demandada não tiver uma intervenção significativa no processo, resultando em maior complexidade para este, não se justifica fazê-la suportar custas ou uma parte substancial das mesmas<sup>(59)</sup>.

c) Numa ação justificada com a necessidade de desembaraçar os medicamentos genéricos, mediante accertamento dos direitos porventura existentes e suscetíveis de impedir a imediata comercialização dos medicamentos logo que obtidas as autorizações sanitárias, por um lado, discutir a questão da validade dos respetivos títulos parece fazer todo o sentido. Por outro lado, contudo, a ideia de um processo simplificado, destinado a ser concluído rapidamente, fica comprometida. O legislador terá partido da situação típica de patentes de produto ou processo em fim de vida, obtidas (quase todas) após um procedimento rigoroso no IEP e, apesar do princípio da territorialidade, substancialmente escrutinadas a nível mundial, não envolvendo, por isso, problemas de validade. O problema ficou, portanto, ausente quer da Lei quer dos trabalhos preparatórios e da discussão havida acerca destes.

---

(58) Cf. a Sentença arbitral de 11.02.2014, p. 49, ss., 70, ss., e *supra*, 4.5.

(59) Cf. a Sentença arbitral de 11.02.2014, p. 56, ss., 59, 98, ss., e *supra*, 4.7.



Em face do importante contencioso que se gerou sobre o assunto, sobretudo numa fase mais adiantada de aplicação da Lei n.º 62/2011, o legislador viu-se forçado a intervir, através da nova redação do art. 3.º, n.º 3. Todavia, como se observou, este preceito não terá provavelmente aplicação na maior parte dos casos. O grosso das ações será expectavelmente deslocado para o TPI e, aí, o meio de reação adequado será a reconvenção (*supra*, 8.2). Caberá, portanto, a este tribunal fazer a triagem daquilo que são contestações de validade sérias, designadamente apoiadas em processos paralelos ocorridos noutros países, e sobretudo respeitantes a patentes de uso ou de nova geração, e daquilo que são meros expedientes dilatórios ou obstrutivos.

A tarefa poderá não ser fácil e será seguramente consumidora de esforço e recursos. O que também depõe no sentido de o sistema ser globalmente repensado.

**9.5.** Sobra a adicional questão de fundo: tendo em conta a previsível entrada em funcionamento do TUP<sup>(60)</sup>, pode também questionar-se a oportunidade da revisão da Lei, neste momento e no sentido apontado. Mais ainda, seria importante, tendo isso em perspetiva, voltar a um problema de fundo a que já aludimos em textos anteriores<sup>(61)</sup>: o regime da Lei n.º 62/2011 é compatível com o princípio da não discriminação em função do domínio tecnológico constante do art. 27.º, n.º 1, do ADPIC/TRIPS e com o princípio da igualdade do art. 13.º da Constituição? E será conciliável com o futuro sistema do TUP?

Dado que aquele princípio de direito internacional compreende discriminações negativas mas também positivas e tem um alcance substancial e processual<sup>(62)</sup>, numa leitura rigorosa do mesmo, a Lei n.º 62/2011, ao instituir a arbitragem necessária, discriminou negativamente os titulares de patentes farmacêuticas — e ainda se verifica uma segunda dimensão da discriminação, na medida em que só se compreendiam os litígios envolvendo medicamentos de referência e medicamentos genéricos — e discriminou-os positivamente, porque, através da ação especial do art. 3.º, reforçou a sua tutela preventiva. O primeiro aspeto encontra-se ultrapassado,

---

<sup>(60)</sup> Sobre este e o respetivo enquadramento normativo, cf. E. MENDES, 2015a, pp. 36, nota 51, 39, ss., com referências na nota 63, e, designadamente, O. MENDES, 2016, p. 119, ss., Silva, 2014, p. 273, ss., ANTUNES, 2015, p. 695, ss., aludindo ao seu relacionamento com a Lei n.º 62/2011 e ao seu impacto negativo no que respeita ao acesso a medicamentos a custos comportáveis, VICENTE, 2015, p. 733, ss., MARQUES, 2018c, p. 44, ss., e GARCIA VIDAL, 2014.

<sup>(61)</sup> Cf. E. MENDES, 2015a, p. 33, ss., 36 e 39, ss.

<sup>(62)</sup> Cf., por ex., NEEF, 2013, p. 513, ss., n.º 55.

mas subsiste o segundo: esta ação especial não é um privilégio dos titulares de patentes farmacêuticas, incompatível com tal princípio?

Mais: fazendo a UE parte do Acordo, o mesmo integra o direito da União, vinculando Portugal também nesta qualidade, e está sujeito à interpretação do TJUE<sup>(63)</sup>. Isso tem uma consequência importante: ainda que se considere respeitado o art. 13.º da CRP — quando visto exclusivamente numa ótica nacional, atendendo à especificidade das patentes farmacêuticas e à necessidade de conciliação das mesmas com o direito à saúde —, por força do art. 8.º, n.º 4, da Lei Fundamental, o sentido relevante da não discriminação parece ser, no caso, o do Acordo, tal como declarado pelo TJUE (ainda que com possível consideração, designadamente, do art. 35.º da Carta dos DFUE e do art. 168.º do TFUE)<sup>(64)</sup>. Nesta medida, justificava-se, pelo menos, ponderar a supressão da ação especial em apreço.

No que respeita ao TUP, apesar de a ação em apreço ser um mais que acresce aos meios gerais de tutela, mostra-se pelo menos discutível que esta seja compatível com o regime do mesmo<sup>(65)</sup>; donde resulta que, após a sua entrada em vigor, a manter-se, ela poderá ficar circunscrita às patentes nacionais. E, se for o caso, poderemos ter uma nova forma de discriminação dificilmente compatível com o ADPIC/TRIPS e, por via dele, com o DUE. O assunto merecia, portanto, ter sido ponderado.

É verdade que o futuro do Tribunal ainda é incerto. Com efeito, como se sabe, encontra-se pendente um recurso no Tribunal Constitucional Federal alemão acerca do mesmo<sup>(66)</sup>, e mostra-se igualmente relevante a discussão existente em Portugal<sup>(67)</sup>. Todavia, sendo isto mais um fator a levar em conta, não justifica a simples ignorância do tema.

---

<sup>(63)</sup> Cf. os arts. 207.º, n.º 1, e 3.º, n.º 1, al. e), do TFUE e o Ac.TJUE de 18.07.2013 (proc. C-414/11), em que o TJUE se considerou competente para interpretar o art. 27.º do ADPIC/TRIPS.

<sup>(64)</sup> Cf. a nota anterior.

<sup>(65)</sup> Cf. E. MENDES, 2015*a*, p. 39, ss.

<sup>(66)</sup> Cf., por ex., MARQUES, 2018*a*, p. 22, nota 1.

<sup>(67)</sup> Cf., designadamente, MEDEIROS & SIMÕES, 2018, p. 502, ss., realçando sobretudo, além da ausência de um controlo de constitucionalidade das decisões, no que respeita às garantias de acesso aos tribunais, a maior dificuldade de acesso causada pela localização geográfica do TUP, a maior complexidade da litigância que deriva de ela ter que ser feita em língua estrangeira e os previsíveis maiores custos que a mesma implicará.

## 10. A Lei como sinal dos tempos

Conclui-se com uma observação de caráter geral. A presente revisão da Lei n.º 62/2011 e do regime de arbitragem nela instituído, ao desconsiderar as numerosas questões que a sua redação original suscitou e ao contribuir, ainda, com novos problemas interpretativos, ao não ter em conta um horizonte com o previsto TUP (e o ADPIC/TRIPS), ao não repensar o problema de fundo da justificação ou não da ação especial por ela criada e ao fazer cessar a arbitragem necessária, esperando para ver o que vai acontecer no TPI, revela défice de rigor e ponderação e pouca sensibilidade ao imperativo constitucional da clareza jurídica<sup>(68)</sup>. Além disso, à semelhança de outros textos legais das últimas décadas, nela a função legislativa, fundamentalmente imbuída da ideia de Estado de Direito, e a função política — determinada em grande medida por um princípio democrático que, na prática, dá expressão privilegiada a opções conjunturais e contingentes, a que não raro o sistema jurídico, enquanto sistema autopoietico<sup>(69)</sup>, se mostra resistente — aparecem porventura demasiado confundidas. No domínio económico, o resultado desta confusão e daquela falta de ponderação e clareza jurídicas, completada com a existência de leis experimentais, resultado esse em grande medida potenciado pelo princípio da concorrência, evidencia-se na existência de leis dotadas de pouca efetividade prática, quando não mesmo largamente desrespeitadas, e a incapacidade dos tribunais para, a partir de determinado grau de incumprimento e de dúvidas interpretativas, darem resposta aos inúmeros processos existentes (fora aqueles que ficam por intentar, porque, dada a situação, não compensa fazê-lo), a que se soma um problema de efetividade das sentenças e de autoridade do Estado, «física» e moral, bem como uma grande instabilidade da leis, não raro feitas à medida das necessidades administrativas que vão surgindo.

Tudo isto coloca um problema sério de desigualdade de tratamento e de desconforto social e mina os próprios fundamentos do Estado de Direito<sup>(70)</sup>. O cânone interpretativo da lei segundo o qual o intérprete presumirá que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados (art. 9.º, n.º 3, do CC) dificilmente se aplica. E a própria norma segundo a qual a «ignorância ou má interpretação da lei não justifica a falta do seu cumprimento nem isenta as pessoas das sanções nela estabelecidas» (art. 6.º do CC) entra em crise.

---

<sup>(68)</sup> Sobre este, cf., por ex., CANOTILHO, 2003, p. 258.

<sup>(69)</sup> Cf., designadamente, TEUBNER, 1989.

<sup>(70)</sup> Cf. E. MENDES, 2005, n.º 7, p. 19.

O problema não é novo — podendo até considerar-se um *signal dos tempos* — e atinge mesmo diplomas fundamentais como o CSC (tenham-se presentes, por ex., o regime do registo das quotas e das aquisições potestativas de quotas e ações após a revisão de 2006 e o regime da redução do capital após a alteração de 2007) ou o CPI [veja-se, por ex., o art. 238.º, n.º 1, al. c), do NCPI]. Em tempos mais recentes, assinala-se, por exemplo: a Lei n.º 15/2017, que extinguiu os valores mobiliários ao portador, revogando preceitos legais do CVM que deveriam manter-se em vigor durante um período transitório e que, por isso, viriam a ser ripristinados pelo DL n.º 123/2017, que regulamentou o processo de conversão de tais valores em valores mobiliários nominativos; o art. 111.º da LOSJ, relativo à competência do TPI, cujo n.º 1, al. j), após a alteração assinalada em itálico, introduzida pelo DL n.º 110/2018, passou a inclui nessa competência «Ações em que a causa de pedir verse sobre a prática de atos de concorrência desleal *ou de infrações de segredos comerciais* em matéria de propriedade industrial», sem que se perceba bem o que são segredos comerciais (regulados nos arts. 313.º a 315.º do NCPI) “em matéria de propriedade industrial”. Quis circunscrever-se a competência aos segredos conexos com direitos privativos?

Afigura-se, por isso, crucial investir na qualidade e estabilidade das leis, mormente aquelas que têm um impacto económico significativo, e ter presente a ideia de sistema com o qual elas interagem. Os custos que tal possa implicar serão sempre muito inferiores aos custos sociais, económicos (mormente de ineficiência económica e de inexistência de níveis adequados de investimento produtivo), jurídicos e organizatórios, de afirmação do Direito e de administração da justiça, que a situação presente acarreta. Retomando um texto já com alguns anos, relativo à liberdade de empresa, não é bom modelo um legislador que «de forma continuada e maciça, polui e desestabiliza o sistema, ora com *leis de papel*, que este é incapaz de incorporar, ora com *leis contingentes e experimentais*, em lugar de leis devidamente pensadas e redigidas, ora, ainda, com *leis-regulamentos*, que, em grande medida, funcionam como simples fatores de asfixia regulatória das iniciativas e promotoras de ineficiência, devido aos custos de transação associados»<sup>(71)</sup>.

---

(71) Cf. E. MENDES, 2010, p. 195, ss.

## Bibliografia

- ANDRADE, 2009. J. C. VIEIRA DE ANDRADE, “A protecção do direito fundado em patente no âmbito do procedimento de autorização de comercialização de medicamentos”, *RLJ*, 138 (2008/09), n.º 3953, pp. 70-96.
- ANTUNES, 2014. AQUILINO ANTUNES, “Medicamentos e direitos de propriedade industrial: Análise da génese e aplicação da Lei n.º 62/2011”, *Revista do Instituto de Direito Brasileiro*, 3 (2014/3), 01615-01694.
- \_\_\_\_\_, 2015. AQUILINO ANTUNES, “O tribunal unificado de patentes: Alguns problemas do acesso a medicamentos em Portugal”, in *Estudos de Direito Intelectual*, coord. de Dário Moura Vicente e outros, Coimbra: Almedina, 2015, pp. 695-714.
- \_\_\_\_\_, 2015a. AQUILINO ANTUNES, “Arbitragem necessária sobre medicamentos e propriedade industrial: duas questões em aberto”, in *Arbitragem e Direito Público*, coord. de Carla Amado Gomes/Domingos Farinho/Ricardo Pedro, Lisboa: AAFDL, 2015, pp. 453-484.
- \_\_\_\_\_, 2016. AQUILINO ANTUNES, “Alguns Aspectos Sobre Propriedade Intelectual e Medicamentos», *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, 2 (2016/6), pp. 193-222.
- CAMPINOS & GONÇALVES, 2015. António Campinos & Luís Couto Gonçalves (coords.), *Código da Propriedade Industrial Anotado*, Coimbra: Almedina.
- CANOTILHO, 2003. JOAQUIM GOMES, *Direito Constitucional*, 7.ª ed., Coimbra: Almedina.
- CARDOSO & NAZARÉ, 2015. A. MAGALHÃES CARDOSO & SARA NAZARÉ, “A arbitragem necessária — natureza e regime: breves contributos para o desbravar de uma (também ela) necessária discussão”, AAVV, *Estudos de Direito da Arbitragem — Homenagem a Mário Raposo*, Lisboa: UCE, pp. 33-55.
- COMISSÃO EUROPEIA, *Pharmaceutical Sector Inquiry. Final Report (Relatório Final sobre um Inquérito ao Setor Farmacêutico)*, de 8.07.2009.
- COSTEIRA & FREITAS, 2009. MARIA JOSÉ COSTEIRA & MARIA TERESA FREITAS, “A tutela cautelar das patentes de medicamentos — aspectos práticos”, *Julgar*, n.º 8 (2009), pp. 119-138.
- FREITAS — v. COSTEIRA.
- P. FREITAS, 2015. PEDRO CARIDADE DE FREITAS, “Medicamentos genéricos e tutela dos direitos de propriedade industrial”, in *Estudos de Direito Intelectual*, coord. de Dário Moura Vicente e outros, Coimbra: Almedina, pp. 1015-1032.
- GARCIA VIDAL, 2014. ANGEL GARCIA VIDAL, *El sistema de la patente europea con efecto unitario*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.
- GONÇALVES, 2016. LUÍS COUTO GONÇALVES, “A questão da competência do tribunal arbitral necessário para apreciar a invalidade da patente com eficácia *inter partes*: acórdão do Supremo Tribunal de Justiça”, *CDP*, 56 (2016), pp. 43-49, e *RDI* 1/2017, pp. 363-380.

- \_\_\_\_\_, 2019. LUÍS COUTO GONÇALVES, *Manual de Direito Industrial*, Coimbra: Almedina.
- LANCEIRO, 2018. RUI TAVARES LANCEIRO, “Necessidade da arbitragem e arbitragem necessária — uma análise à luz da jurisprudência constitucional”, in *A Arbitragem Administrativa em Debate: Problemas Gerais e Arbitragem no Âmbito do Código dos Contratos Públicos*, coord. de Carla Amado Gomes/Ricardo Pedro, Lisboa: AAFDL, pp. 45-81
- MARQUES, 2008. J. P. REMÉDIO MARQUES, “Os procedimentos de AIM e de fixação do preço dos medicamentos genéricos durante a vigência dos direitos de propriedade industrial dos medicamentos de referência”, in *Medicamentos versus Patentes — Estudos de Propriedade Industrial*, Coimbra: Coimbra Editora: 2008, pp. 11-258.
- \_\_\_\_\_, 2008a. J. P. REMÉDIO MARQUES, “O direito de patentes, o sistema regulatório de aprovação e o acesso aos medicamentos genéricos”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, tomo XXIX (2008), pp. 456-496, = *Estudios em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, Coimbra: Almedina, 2010, pp. 299-388 (que se cita).
- \_\_\_\_\_, 2011. J. P. REMÉDIO MARQUES, “A apreciação da validade de patentes (ou CCP) por tribunal necessário — exceção *versus* reconvenção na Lei n.º 62/2011”, *BFDUC*, vol. 87 (2011), pp. 179-212.
- \_\_\_\_\_, 2013. J. P. REMÉDIO MARQUES, “Arbitragem necessária e patentes farmacêuticas em Portugal: questões não resolvidas na Lei n.º 62/2011”, in Ana M.ª Tobío Rivas *et alii* (eds.), *Estudios de Derecho Mercantil, Libro homenaje ao Prof. Dr. h.c. José Antonio Gomez Segade*, Madrid/...: Marcial Pons, pp. 831-848.
- \_\_\_\_\_, 2014. J. P. REMÉDIO MARQUES, “A arbitrabilidade dos litígios e a dedução de providências cautelares por empresas de medicamentos de referência, na sequência da aprovação de medicamentos genéricos”, *RDI*, n.º 1/2014, pp. 33-99.
- \_\_\_\_\_, 2014a. J. P. REMÉDIO MARQUES, “Arbitrabilidade da exceção de invalidade de patente no quadro da Lei n.º 62/2011 — Anotação ao acórdão do TRL, de 13 de fevereiro de 2014...”, *RDI*, n.º 2/2014, pp. 211-257.
- \_\_\_\_\_, 2014b. J. P. REMÉDIO MARQUES, “O âmbito de proteção das patentes de uso terapêutico de substâncias químicas compreendidas no estado da técnica e a concessão a terceiros de AIM de medicamentos genéricos contendo o mesmo ingrediente ativo para diferente utilização terapêutica”, *Revista de Propriedade Intelectual — Direito Contemporâneo e Constituição, PIDCC*, Ano III, n.º 5/2014, pp. 323-370.
- \_\_\_\_\_, 2015. J. P. REMÉDIO MARQUES, “Patentes de segundo e ulterior uso terapêutico de substâncias químicas conhecidas *versus* patentes de produtos reivindicados por meio do processo por que são obtidos (product-by-process claims)”, in *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, vol. 35 (2014-2015)

- \_\_\_\_\_, 2017. J. P. REMÉDIO MARQUES, “*Bis in idem*: em torno da competência dos tribunais arbitrais necessários para apreciar a questão da invalidade da patente com efeitos *inter partes* — Anotação ao do Supremo Tribunal de Justiça, de 14 de dezembro de 2016”, *RDI*, n.º 1/2017, pp. 305-361.
- \_\_\_\_\_, 2018. J. P. REMÉDIO MARQUES, “Algumas notas sobre a revisão do CPI”, *RDI*, n.º 1/2018, pp. 195-226.
- \_\_\_\_\_, 2018a. J. P. REMÉDIO MARQUES, “O Projeto do novo CPI — algumas notas em matéria de patentes, marcas e proteção dos segredos de negócios”, *Vida Judiciária*, nov./dez. 2018, pp. 21-26.
- \_\_\_\_\_, 2018b. J. P. REMÉDIO MARQUES, “A patente europeia de efeito unitário e as consequências da saída do Reino Unido da União Europeia”, *RDI*, n.º 1/2018, pp. 43-76.
- MARTINS, 2015. A. SOVERAL MARTINS, “Arbitragem e propriedade industrial — Medicamentos de referência e medicamentos genéricos”, *RLJ*, 144 (2015), n.º 3993, pp. 418-433.
- MEDEIROS, 2014. RUI MEDEIROS, “A Arbitragem necessária e Constituição”, in AAVV, *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Artur Maurício*, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 1301-1330.
- MEDEIROS & SIMÕES, 2016. RUI MEDEIROS & MARIA MANUEL SIMÕES, “Tribunal Unificado de Patentes e Constituição”, AAVV, *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Rui Moura Ramos*, Vol. II, Coimbra: Almedina, pp. 487-515.
- E. MENDES, 2005. EVARISTO MENDES, “Direito da concorrência desleal. Considerações gerais”, *evaristomendes.eu*, II.3.
- \_\_\_\_\_, 2010. EVARISTO MENDES, *Comentário ao art. 61.º da CRP*, in Jorge Miranda & Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora.
- \_\_\_\_\_, 2012. EVARISTO MENDES, “Constituição e Direito Comercial”, AAVV, *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, edição da FDL, Vol. I, Coimbra Editora 2012, pp. 635-671.
- \_\_\_\_\_, 2014. EVARISTO MENDES, “Ação especial. Lei 62/2011 — Sentença de 11 de fevereiro de 2014” (Nota), *Propriedades Intelectuais*, n.º 1 (2014), pp. 49, ss.
- \_\_\_\_\_, 2014a. EVARISTO MENDES, “Patentes de medicamentos. Arbitragem necessária. Notícia breve sobre o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 30 de setembro de 2014”, *Propriedades Intelectuais*, n.º 2 (2014), pp. 63, ss.
- \_\_\_\_\_, 2015. EVARISTO MENDES, “Arbitragem necessária. Invalidade de patente, direito a uma tutela jurisdicional efetiva e questões conexas. Nota de jurisprudência”, *Propriedades Intelectuais*, n.º 3 (2015), pp. 103-110.
- \_\_\_\_\_, 2015a. EVARISTO MENDES, “Patentes de medicamentos. Arbitragem necessária. Comentário de jurisprudência. Súmula da Lei n.º 62/2011”, *Propriedades Intelectuais*, n.º 4 (2015), pp. 26-40, e *evaristomendes.eu*, II.6 (*cit. E. MENDES*, 2015b).

- \_\_\_\_, 2016. EVARISTO MENDES, “Patentes de medicamentos. Arbitragem necessária. Anotação ao Acórdão do TRL de 4.02.2016”, *Propriedades Intelectuais*, n.º 5 (2016), pp. 40-58.
- \_\_\_\_, 2016a. EVARISTO MENDES, “Ainda o tema da competência para apreciar a invalidade das patentes. Nota ao Acórdão do STJ de 14.12.2016”, *Propriedades Intelectuais*, n.º 6 (2016), p. 39.
- \_\_\_\_, 2017. EVARISTO MENDES, “Incompetência dos tribunais arbitrais necessários para apreciar a invalidade das patentes: Breve comentário ao AcTC n.º 251/2017”, *Propriedades Intelectuais*, n.º 7 (2017), pp. 21, 39-43.
- \_\_\_\_, 2017a. EVARISTO MENDES, “Prazo para propor ação arbitral relativa a patentes de medicamentos: Acórdão do STJ de 7.12.2016”, *CDP*, 58 (2017), pp. 30-41.
- \_\_\_\_, 2017b. EVARISTO MENDES, “Recurso para o Supremo de decisões arbitrais proferidas ao abrigo da Lei 62/2011: Acórdãos do STJ de 23.06.2016 e de 2.02.2017” (Anotação), *evaristomendes.eu*, II.8.
- \_\_\_\_, 2017c. EVARISTO MENDES, “Patentes de medicamentos. Arbitragem necessária e interesse em agir. Acórdão do TRL de 27.04.2017” (Anotação), *evaristomendes.eu*, II.11.
- \_\_\_\_, 2018. EVARISTO MENDES, “A revisão do CPI (2018). O «novo» modelo de arbitragem e medicamentos genéricos”, texto que serviu de base à conferência proferida sobre a projetada reforma da Lei 62/2011, na Escola do Porto da Faculdade de Direito da UCP, em 14.09.2018, disponível em *evaristomendes.eu*, II.13.
- \_\_\_\_, 2018a. EVARISTO MENDES, “O fim da arbitragem necessária em matéria de patentes farmacêuticas. Velhos e novos problemas”, *Revista de Direito Comercial*, 2019-01-10, pp. 75-120, disponível em <[www.revistadedireitocomercial.com](http://www.revistadedireitocomercial.com)>.

E. MENDES — v. Silva.

- E. MENDES & O. MENDES, 2017. EVARISTO MENDES & M. OEHEN MENDES, “Incompetência dos tribunais arbitrais necessários para apreciar a invalidade das patentes: Acórdãos do STJ de 14.12.2016 e do TRL de 16.11.2016”, *Propriedades Intelectuais*, n.º 7 (2017), pp. 21-39.
- O. MENDES, 2015. M. OEHEN MENDES, “Breves considerações sobre a incompetência dos tribunais arbitrais portugueses para apreciarem a questão da invalidade das patentes...”, in *Estudos de Direito Intelectual*, coord. de Dário Moura Vicente e outros, Coimbra: Almedina, pp. 927-947.
- \_\_\_\_, 2015a. M. OEHEN MENDES, “Da incompetência dos tribunais arbitrais portugueses para apreciarem a questão da invalidade das patentes...”, *Propriedades Intelectuais*, n.º 4 (2015), pp. 5-14.
- \_\_\_\_, 2016. M. OEHEN MENDES, “O Tribunal Unificado de Patentes”, *RDI* n.º 1/2016, pp. 119-142.
- \_\_\_\_, 2017. M. OEHEN MENDES, “Patentes de Medicamentos — Arbitragem necessária e interesse em agir. Acórdão do TRL de 27.04.2017”, *Propriedades Intelectuais*, n.º 7 (2017), pp. 18-21.



- R. MENDES, 2013. SOFIA RIBEIRO MENDES, “O novo regime de arbitragem necessária de litígios relativos a medicamentos de referência e genéricos (alguns problemas)”, in AAVV, *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*, Coimbra: Coimbra Editora 2013, Vol. II, pp. 1005-1037.
- NAZARÉ — V. CARDOSO.
- NEEF, 2013. ANDREAS NEEF, anotação ao artigo 27.º, in Busche, Stoll & Wiebe, *TRIPs Kommentar*, 2.ª ed., Colónia: Carl Heymanns Verlag.
- PEREIRA, 2016. ALEXANDRE L. DIAS PEREIRA, “Da arbitragem necessária de litígios entre patentes e medicamentos genéricos no Direito português”, *BFDUC* 92/2 (2016), pp. 827-848.
- \_\_\_\_\_, 2017. ALEXANDRE L. DIAS PEREIRA, “No Revocation of Patents in Mandatory Arbitration Concerning Generic Medicines”, *Medicine and Law*, 36/3 (2017), pp. 69-76.
- \_\_\_\_\_, 2018. ALEXANDRE L. DIAS PEREIRA, “T.C. — Acórdão n.º 251/2017, de 14 de maio. Da invalidade da patente na arbitragem necessária relativa a medicamentos genéricos — Anotação ao acórdão do Tribunal Constitucional n.º 251/2017, de 24 de maio de 2017”, *RLJ*, 147 (2018), n.º 4008, pp. 198-210.
- SAMEIRO, 2015. MARGARIDA SAMEIRO, “Lei 62/2011 — Algumas questões controversas na perspetiva do titular do direito”, *RDI*, n.º 1/2015, pp. 309-342.
- SILVA & MENDES, 2015. PAULA COSTA E SILVA & EVARISTO MENDES, “Liberdade de empresa e patente de uso”, in *Estudos de Direito Intelectual*, coord. de Dário Moura Vicente e outros, Coimbra: Almedina, pp. 997-1013.
- SILVA, 2014. PEDRO SOUSA E SILVA, “O Tribunal Unificado de Patentes”, *RDI*, n.º 1/2014, pp. 273-321.
- SIMÕES — V. MEDEIROS.
- TEUBNER, 1989. GUNTHER, *O Direito como Sistema Autopoiético*, tradução e prefácio de Engrácia Antunes, Lisboa: F. C. Gulbenkian.
- VICENTE, 2012. DÁRIO MOURA VICENTE, “O Regime Especial de Resolução de Conflitos em Matéria de Patentes (Lei nº 62/2011)”, *ROA*, 72 (2012), pp. 971-990 = *Propriedade Intelectual — Estudos Vários*, pp. 335-350 (*cit.* nesta versão como Vicente 2012/2018).
- \_\_\_\_\_, 2015. DÁRIO MOURA VICENTE, “Patente unitária, regime linguístico e jurisdição competente”, in *Estudos de Direito Intelectual*, coord. de Dário Moura Vicente e outros, Coimbra: Almedina, pp. 733-760 = *Propriedade Intelectual — Estudos Vários*, pp. 221-250.
- \_\_\_\_\_, 2018. DÁRIO MOURA VICENTE, *Propriedade Intelectual — Estudos Vários*, Lisboa: AAFDL.
- VIEIRA, 2015. JOSÉ ALBERTO VIEIRA, “A competência do Tribunal Arbitral Necessário para apreciar a Excepção de Invalidade da Patente Registada. Anotação ao Acórdão do TRL de 13 de Janeiro de 2015”, *RDI*, n.º 2/2015, pp. 195-208.

\_\_\_\_, 2018. JOSÉ ALBERTO VIEIRA, “Comentário Breve ao Acórdão n.º 251/2017 do Tribunal Constitucional”, *RDI*, n.º 1/2018, pp. 257-266.

## Jurisprudência

### Acórdãos do Tribunal de Justiça da União Europeia

AcTJUE de 13.07.2006 — C-4/03 (GAT).

Ac.TJUE de 18.07.2013 — C-414/11 (Daiichi).

### Acórdãos do Tribunal Constitucional, <www.tribunalconstitucional.pt>.

AcTC. n.º 2/2013, de 9.01.2013, proc. 478/12 (M.<sup>a</sup> José Rangel Mesquita).

AcTC. n.º 123/2015, de 12.02.2015, proc. 763/13 (M.<sup>a</sup> José Rangel Mesquita).

AcTC. n.º 216/2015, de 8.04.2015, proc. 207/2013 (Ana Guerra Martins).

AcTC. n.º 108/2016, de 24.02.2016, proc. 1004/13 (Catarina Sarmento e Castro).

AcTC. n.º 200/2016, de 13.04.2016, proc. 1031/15 (Catarina Sarmento e Castro).

AcTC. n.º 435/2016, de 13.07.2016, proc. 744/15 (M.<sup>a</sup> José Rangel Mesquita).

AcTC. n.º 251/2017, de 24.05.2017, proc. 297/16 (Fátima Mata Mouros).

AcTC. 187/2018, de 10.04.2018, proc. 41/2017 (Fernando Ventura).

AcTC. 496/2018, de 10.10.2018, proc. 291/18 (Pedro Machete).

AcTC. n.º 539/2018, 17.10.2018, proc. 1284/17 (Catarina Sarmento e Castro).

**Decisão Sumária** n.º 284/2018, de 18.05.2018, proc. 291/18 (Pedro Machete).

### Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, <www.dgsi.pt>.

AcSTJ de 20.05.2015, proc. 747/13.1YRLSB.S1 (Orlando Afonso).

AcSTJ de 23.06.2016, proc. 1248/14.6YRLSB.S1 (Lopes do Rego), *evaristomendes.eu*, II.8.

AcSTJ de 7.12.2016, proc. n.º 554/15.7YRLSB.L1.S1 (Olindo Geraldes), *CDP* 58 (2017), pp. 30-41.

AcSTJ de 2.02.2017, proc. 393/15.5YRLSB.S1 (Olindo Geraldes), *evaristomendes.eu*, II.8.

AcSTJ de 25.05.2017, proc. 17/15.0YRLSB.S1 (António Piçarra).

AcSTJ de 17.05.2018, proc. n.º 889/17.4YRLSB.S (Távora Vítor).

AcSTJ de 23.03.2018, proc. 1053/16.5YRLSB.S1.S1 (Fernanda Isabel Pereira).

AcSTJ de 12.02.2019, proc. 861/16.1YRLSB.L1 (Henrique Araújo).

AcSTJ de 14.03.2019, proc. 582/18.OYRCSB.S1 (Nuno Pinto de Oliveira)

**Acórdãos do TRL**, <www.dgsi.pt>.

AcTRL de 3.10.2013, proc. 747/13.1YRLSB.L1-8 (Teresa Prazeres Pais).

AcTRL de 13.02.2014, proc. 1053/13.7YRLSB-2 (Jorge Leal).

AcTRL de 14.05.2015, proc. 1109-14.9YRLSB-8 (Luís Mendonça).

AcTRL de 21.05.2015, proc. 1465/14.9YRLSB-6 (Tomé Ramião).

AcTRL de 9.07.2015, proc. 336/15.6YRLSB.L1.-1 (Manuel Marques).

AcTRL de 22.10.2015, proc. 923-15.2YRLSB-8 (Sacarrão Martins).

AcTRL de 4.02.2016, proc. 138-15.0YRLSB.L1-8 (Sacarrão Martins), *Pi* 5 (2016), pp. 40, ss.

AcTRL de 5.05.2016, proc. 460/15.5YHLSB.L1-8 (Sacarrão Martins).

AcTRL de 16.11.2016, proc. 1053-16.5YRLSB.L1-2, (M<sup>a</sup> José Mouro), *Pi* n.º 7 (2017), pp. 33, ss.

Ac.TRL de 21.12.2016, proc. 1060-16.8YRLSB-6 (M.<sup>a</sup> Teresa Pardal).

AcTRL de 27.04.2017, proc. n.º 1757-16.2YRLSB-6 (Carlos Marinho), *evaristomendes.eu*, II.11.

Ac.TRL de 19.09.2017, proc. 409/17.0YRLSB.L1-7 (Luís Espírito Santo).

Ac.TRL de 24.04.2018, proc. 1334/17.2YRLSB-1 (Manuel Marques).

AcTRL de 21.06.2018, proc. 227/18.9YRLSB.L1-2 (Jorge Leal).

AcTRL de 5.07.2018, proc. n.º 582/18.0YRLSB-6 (M<sup>a</sup> de Deus Correia).

**Sentença arbitral** de 11.02.2014, *BPI* 2014/05/07, com breve nota de E. Mendes em *Propriedades Intelectuais* n.º 1 (2014), pp. 49, ss.

## Siglas

<b>ADPIC/TRPS</b>	Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados com o Comércio (1994) (= anexo I C ao Acordo que instituiu a Organização Mundial do Comércio)
<b>AIM</b>	Autorização de Introdução no Mercado
<b>Carta dos DFUE</b>	Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia
<b>CCP</b>	Certificado Complementar de Proteção
<b>CPI</b>	Código da Propriedade Industrial
<b>DPI</b>	Direitos da propriedade industrial
<b>EM</b>	Estatuto do Medicamento (DL n.º 176/2006)
<b>IEP</b>	Instituto Europeu de Patentes
<b>Infarmed</b>	Autoridade Nacional do Medicamento e Produtos de Saúde, I.P.
<b>INPI</b>	Instituto Nacional da Propriedade Industrial
<b>LOSJ</b>	Lei de Organização do Sistema Judiciário
<b>PI</b>	Propriedade Industrial
<b>Pi</b>	Propriedades Intelectuais (revista)
<b>PVP</b>	Preço de Venda ao Público
<b>RDI</b>	Revista de Direito Intelectual
<b>SPC</b>	Sanção Pecuniária Compulsória
<b>SPMS</b>	Serviços Partilhados do Ministério da Saúde, EPE
<b>TCAS</b>	Tribunal Central Administrativo Sul
<b>TFUE</b>	Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia
<b>TPI</b>	Tribunal da Propriedade Intelectual
<b>TUP</b>	Tribunal Unificado de Patentes

# O DIREITO À VIDA IMPLICA O DIREITO A MORRER? *PESSOA E EUTANÁSIA*

*Por* Eva Dias Costa(\*)  
*e* Diogo Leite de Campos(\*\*)

## *SUMÁRIO:*

1. Precisar conceitos. 2. Autonomia da vontade. 3. Sobre a eutanásia.  
4. A vida. 5. A utilidade como paradigma. 6. Algumas práticas. 7. Morte  
assistida. 8. Afastar o individualismo egocêntrico e ver a comunidade  
(Nós). 9. A pessoa. **Referências.**

## 1. Precisar conceitos

Fala-se em suicídio assistido quando alguém, idealmente um médico, conscientemente fornece os meios para cometer suicídio a um paciente competente que voluntariamente lho pede, para que o dito paciente os possa usar de forma independente para terminar a vida<sup>(1)</sup>.

Já eutanásia, do grego *euthanatos*, *ευθανασία*, *boa morte* ou *morte que beneficia a pessoa que morre*, significa a morte facilitada de uma pessoa para quem a morte se julga melhor alternativa à vida e a intervenção

---

(\*) Professora da Universidade Portucalense Infante D. Henrique.

(\*\*) Professor Jubilado da Faculdade de Direito de Coimbra. Professor da Universidade Autónoma de Lisboa.

(1) (FINS e BACCHETTA, 1995), (PATERSON, 2003).

consciente e voluntária de outra pessoa nessa facilitação por ação ou por omissão<sup>(2)</sup>.

A eutanásia voluntária ativa ocorre quando um médico intencionalmente administra os meios para causar a morte a um doente que voluntariamente lhe pede que o faça. Para que se possa falar de voluntariedade quando se fala de eutanásia é preciso que o doente seja — e esteja — capaz de formar e expressar a sua vontade e que esta não esteja viciada por erro ou coação.

A eutanásia não voluntária é particularmente problemática pela ausência do elemento autonomia (ao menos, atual), já que envolve doentes que não são ou não estão capazes de formar e/ou de manifestar a sua vontade, sendo a decisão tomada por terceiros, normalmente seus representantes legais<sup>(3)</sup>.

Por *ortotanásia*, também por vezes designada eutanásia passiva ou por omissão<sup>(4)</sup>, entende-se a prática pela qual a equipa médica não prolonga ou deixa de prolongar através de meios artificiais e desproporcionados a vida de um doente incurável ou em sofrimento intolerável. Também esta pode ser voluntária ou não voluntária.

Diferentes destas são ainda as situações em que o médico prescreve uma medicação com o fim de atenuar situações de sofrimento profundo, bem sabendo que isso pode implicar que a morte sobrevenha mais rapidamente. Estas atuações são defendidas por alguns<sup>(5)</sup> por aplicação da *doutrina do duplo efeito*, que define os pressupostos para que seja moralmente permissível adotar uma atitude que tenha simultaneamente consequência positivas e negativas: a ação deve ser boa ou moralmente neutra; o efeito positivo deve resultar do ato e não do efeito negativo; o efeito negativo não deve ter sido diretamente desejado, mas deve ter sido previsto e tolerado; o efeito positivo deve ser mais forte que o negativo, ou ainda, ambos devem ser iguais. Muitas vezes, porém, discordam e entendem que não há distinção moralmente relevante entre estes casos e os de eutanásia ativa<sup>(6)</sup>, ainda que, do ponto de vista da intenção do agente, aqueles estejam mais próximos do dolo eventual.

O debate recente centrou-se naquilo que se chamou a *despenalização da morte assistida*. Usou-se neste contexto a expressão morte assistida

---

(2) (MATERSTVEDT, *et al.*, 2003), (WILKINSON, 1990), (PATERSON, 2003).

(3) (PATERSON, 2003).

(4) Autores discordantes dizem que a eutanásia é, por definição, ativa (MATERSTVEDT, *et al.*, 2003), (WILKINSON, 1990).

(5) (MIRANDA M., 2012), (PRICE, 1997).

(6) (SHAW, 2002), (KLEIN, 2005).

para designar conjuntamente a eutanásia ativa voluntária e o suicídio assistido. Não se tratava, porém, em nenhuma das propostas discutidas e votadas, apenas de despenalização. Tratava-se da *regulamentação* da morte a pedido. A distinção não é despicienda: a inserção de cláusulas de exclusão da culpa/ilicitude tem ao menos a vantagem de manter o ónus da invocação e prova no agente, o que será um fator desencorajante. A opção regulatória, que se concentra no *modus operandi*, tem, pelo contrário, um efeito de banalização da conduta<sup>(7)</sup>: com a regulamentação da eutanásia, esta passa de uma prática discreta e de *ultima ratio* a política pública.

## 2. Autonomia da vontade

No recente debate acerca da *despenalização* — mais propriamente, da *regulamentação* - da eutanásia e do suicídio assistido, um dos argumentos esgrimidos com maior vigor é o da autonomia da vontade.

Esta questão, tantas vezes repetida, levanta desde logo dúvidas: autonomia sobre o quê? A vontade de um indivíduo, mesmo em grande sofrimento e sem que (aparentemente) o seu exercício afete ninguém a não ser ele próprio, é um argumento ético de valor máximo?

De um ponto de vista jurídico, é inevitável perguntar que *vontade*? Como foi formada, como foi expressa, que mecanismos de proteção da pureza na formação da vontade e da coerência com a declaração podem existir? Um paciente terminal, com dores e compreensível sofrimento psicológico, muitas vezes internado, fora da sua casa, dependente de médicos, enfermeiros e outros cuidadores de saúde, medicado, tem por natureza a vontade viciada, quando não está acidentalmente incapaz.

Outro argumento frequentemente esgrimido contra os que ousam manifestar preocupação com a permissão da *morte a pedido* é o que de quem nunca passou por isso, porque não é doente ou porque nunca viveu uma situação do género com pessoas próximas, não tem autoridade moral para discutir o problema.

Acontece que a saúde — a nossa e a dos que amamos — é *um estado temporário que não augura nada de bom*, diz o povo; *um indivíduo saudável é um doente mal estudado*, dizem os médicos. Se não passámos ainda por uma situação em que a eutanásia, o suicídio assistido, a *boa morte* seja

---

(7) (LAVI, 2003).

ponderável, há sérias hipóteses de irmos a passar; e ainda que a sorte venha a ditar que fiquemos do lado favorável da estatística, não teremos todos o direito de participar num debate acerca de um ponto tão importante da nossa vida em sociedade?

Reclamamos, pois, o direito de participar desse debate: haverá circunstâncias em que, porque a vida *não merece ser vivida*, deve ser permitido *matar*? Deve a lei consagrá-las aprioristicamente? Mais, é legítimo ao Serviço Nacional de Saúde, *i.e.*, ao Estado, matar ou patrocinar, com pessoal, medicamentos e outros meios, a morte?

### 3. Posições sobre a eutanásia

Há três tipos de posições acerca da eutanásia: a de que esta é sempre moralmente errada; a de que há situações em que ela se justifica, mas que os riscos para os indivíduos e a sociedade são demasiado grandes para que possa existir uma política pública de despenalização, regulamentação ou até de mera tolerância; e a de que a eutanásia constitui um benefício para um indivíduo e para sociedade, é eticamente correta e deve ser legalmente permitida<sup>(8)</sup>.

As posições são simples, mas os argumentos são muitos e densos. Fizemos uma revisão da literatura com vista a identificar os principais, não esquecendo que muitas vezes os argumentos têm raízes ou posições filosóficas subjacentes, sobretudo correntes deontológicas, correntes utilitaristas e abordagens decorrentes das virtudes aristotélicas<sup>(9)</sup>.

Os argumentos a favor da eutanásia e do suicídio assistido têm sempre por base a ideia de que há circunstâncias em que a vida não merece ser vivida, não tem valor ou *dignitas*.

São fundamentalmente cinco: a compaixão, a necessidade de priorização dos cuidados de saúde, o respeito pela autonomia individual, a ausência de evidências para a tese de que a permissibilidade da morte assistida levará inexoravelmente à eutanásia não voluntária e daí, à eugenia, conhecida como a tese da ladeira escorregadia ou *slippery slope*<sup>(10/11)</sup>

---

<sup>(8)</sup> (FINS e BACCHETTA, 1995).

<sup>(9)</sup> (VAN ZYL, 2002).

<sup>(10)</sup> A ideia, trazida da física, que em inclinação a gravidade e a massa conduzem a um resultado inevitável e mensurável, é, na lógica, muitas vezes associada a uma falácia, conhecida como de extrapolação excessiva ou efeito dominó (WALTON, 1992).

<sup>(11)</sup> (HARRISS, 2005).



e, finalmente, o facto de não haver uma diferença ética substancial entre a recusa de tratamento e a ortotanásia — toleradas na maioria dos países e, em muitos, regulada — e a morte assistida<sup>(12)</sup>.

É verdade que, por vezes, nem os melhores cuidados paliativos são suficientes e os pacientes pedem para que a morte seja antecipada porque a dor continua a ser difícil de suportar, por sofrimento moral, falta de sentido, perda de independência ou a ideia de perda de dignidade<sup>(13)</sup>. Nesses casos, a abordagem virtuosa é levada a favorecer a permissão de morte a pedido, guiada pelas virtudes da compaixão e do respeito de quem facilita a morte, da coragem e dignidade do moribundo<sup>(14)</sup>, a que acrescem considerações de justiça<sup>(15)</sup> (distributiva) numa sociedade com recursos limitados.

Muitos defendem que não há distinção moral relevante entre a recusa voluntária de alimentação e hidratação, de medidas terapêuticas ou de suporte à vida — a ortotanásia — e o suicídio assistido e a eutanásia, pelo que sendo aquelas práticas defendidas pela classe médica, toleradas e até reguladas, também estas o devem ser<sup>(16)</sup>.

Os argumentos mais fortes a favor da permissão da eutanásia e do suicídio assistido têm subjacente uma lógica utilitarista de que o indivíduo é o melhor juiz e guardião dos seus próprios interesses e da busca pelo maior bem, ou bom, para o maior número<sup>(17)</sup> ou, no caso das decisões de fim de vida, daquela que assegure mais elementos positivos contra elementos negativos.

O respeito pela autonomia é, como já dissemos, o argumento mais esgrimido a favor da eutanásia<sup>(18)</sup>: saber que morrer pode não ser muito diferente de estar morto, que se pode decidir o momento e as condições em que se vai morrer, é um conforto para muitos<sup>(19)</sup>. É uma manifestação do desejo de domar a morte<sup>(20)</sup>, mas também um reflexo de alguma megalomania médica: quando já nada se pode oferecer ao doente, *oferece-se* a morte<sup>(21)</sup>.

Outro argumento a favor da permissão da eutanásia e do suicídio assistido é o da neutralidade do Estado. O argumento está diretamente

---

<sup>(12)</sup> (THOMAS, 2015).

<sup>(13)</sup> (QUILL, LO e BROCK, 2004), (THOMAS, 2015).

<sup>(14)</sup> (VAN ZYL, 2002).

<sup>(15)</sup> (ARISTÓTELES).

<sup>(16)</sup> (QUILL, LO e BROCK, 2004), (BERNAT, 1993).

<sup>(17)</sup> (SINGER, 2003).

<sup>(18)</sup> (TENO e LYNN, 1991) (THOMAS, 2015).

<sup>(19)</sup> (HURST e MAURON, 2006).

<sup>(20)</sup> (ARIÉS, 2014).

<sup>(21)</sup> (LAVI, 2003).

ligado à autonomia, mas vai para além dela: o Estado não pode favorecer ou penalizar determinados princípios morais, antes deve deixar o indivíduo decidir por si próprio. O direito natural seria, nesta conceção, antidemocrático<sup>(22)</sup>.

É um argumento baseado na Teoria da Justiça de RAWLS, segundo a qual o Estado só pode adotar políticas e normas que respeitem todas as conceções de *bem e justo*<sup>(23)</sup> possíveis numa sociedade. Também ARISTÓTELES defendia que o Estado não pode impor uma única conceção de εὐδαιμονία ou *eudaimonia*, de *desenvolvimento* ou *florescimento* humano, antes deve criar condições para que cada indivíduo possa prosseguir o seu desenvolvimento de acordo com a sua própria noção<sup>(24)</sup>. É esta possivelmente a origem da noção de *pursuit of Happiness* como direito inalienável constante da Declaração de Independência dos EUA<sup>(25)</sup>.

#### 4. A vida

Na base do debate sobre a *boa* morte está o debate sobre a vida. A vida é *santa*, intocável, algo que está acima ou além do nosso juízo moral?

Limitemos aqui o debate à vida *humana*: *toda* a vida é *santa*, a dos embriões, dos fetos, dos deficientes profundos, dos doentes terminais ou, pelo contrário, existe um critério moral, o da *qualidade* da vida, que se pode sobrepor ao valor da vida?

Esta é a primeira questão à qual é preciso responder. Ainda assim, aceitar que a vida é santa não é necessariamente negar a morte assistida. Os defensores da santidade da vida, com bases religiosas, como S. TOMÁS DE AQUINO<sup>(26)</sup> ou clássicas, como ARISTÓTELES<sup>(27)</sup>, serão, é verdade, sempre contra a permissão e regulamentação de atos que envolvam tirar uma vida, sejam quais forem as motivações subjacentes. Ainda assim, não excluem a legítima defesa ou o estado de necessidade desculpante em certas circunstâncias e esta última é defesa que os ordenamentos que de alguma forma *legalizaram* a eutanásia usam com maior frequência.

---

<sup>(22)</sup> (HARRISS, 2005).

<sup>(23)</sup> (RAWLS, 1971).

<sup>(24)</sup> (VAN ZYL, 2002).

<sup>(25)</sup> Que também é atribuída alternativa ou cumulativamente a uma lógica epicuriana ou à influência de LOCKE (CONKLIN, 2015).

<sup>(26)</sup> (AQUINO, 2010).

<sup>(27)</sup> (ARISTÓTELES, 2009).

Os defensores da morte a pedido afirmam, pelo contrário, que a questão da *qualidade* da vida e, conseqüentemente, a decisão de lhe pôr termo não decorre de qualquer desrespeito pela vida, antes de um profundo respeito por ela<sup>(28)</sup>. Tratar-se-ia, nestes casos, de evitar sofrimento e de assegurar uma vida *digna*, com *qualidade*.

Se é verdade que é objetivo de todos evitar o sofrimento, também é certo que a vida envolve sofrimento. Todos sofremos dores, físicas e emocionais, desapontamentos, obstáculos, medos e angústias: é a *condição* humana. Quem é o árbitro da *dignidade* ou da *qualidade* de uma vida? Há quem, saudável e rico, não consiga lidar com a existência e há quem, doente e pobre, seja feliz em estar vivo.

Esta questão não se limita, é claro, à morte assistida ou a pedido e também se coloca no debate sobre o aborto. A diferença fundamental entre o embrião ou o feto e o doente terminal é que o árbitro é, neste caso (ainda que nem sempre, nos casos de eutanásia não voluntária) o próprio e é por isso que o debate sobre a boa morte não é exatamente igual ao debate sobre o aborto: o argumento da liberdade individual, da autonomia da vontade, é inaplicável ao nascituro. Há, ainda assim, óbvios pontos de contacto e mesmo o ponto de separação fundamental — a vontade — tem muito que se lhe diga.

Desde logo, porque a vontade pode não ser atual: pode ter sido declarada numa altura em que o indivíduo ainda estava capaz de escolher e se, quando chega a altura de a executar, a pessoa não está em condições de a confirmar, apenas se pode presumir que ela se mantém ou que são essas exatamente as circunstâncias para as quais foi declarada.

Por outro lado, uma manifestação de vontade formada e declarada num momento em que alguém apenas prevê, imagina, o que quererá em determinadas circunstâncias — de sofrimento extremo, de dependência de suporte artificial à vida, de incapacidade de comunicar ou até de reconhecer os seus familiares — não pode ter a mesma valoração que tem uma vontade formada e declarada no momento em que se está realmente nessa situação.

Finalmente, ainda que a pessoa esteja em condições de expressar a sua vontade no momento em que decide que a existência é insuportável, uma vontade formada num tal estado, de profundo sofrimento, em que a vida parece não ter mais nada para oferecer, muitas vezes hospitalizado, longe de casa e da família, sentindo que pesa emocional e financeiramente nos familiares, é a definição jurídica de vontade viciada.

---

(28) (LITTLE, 1999).

Os negócios celebrados com base em vontade viciada são a maior parte das vezes anuláveis, às vezes, nulos, em regra com efeitos *ex tunc*, importando a reconstituição do *status quo ante*, a devolução do que foi prestado. No caso da morte a pedido, isso é impossível.

Há uma outra questão a considerar: ainda que nenhum problema houvesse com a vontade, ainda que nenhum profissional de saúde tivesse objeções morais a *matar*, a admissibilidade de tais práticas no Serviço Nacional de Saúde é particularmente duvidosa. Se por um lado fica assegurado o acesso a uma *boa morte* a todos, independentemente dos recursos que tenham — e isso é um argumento de peso quando se pondera a alternativa, a eutanásia *privatizada* — por outro há uma contradição insanável entre estas práticas e os direitos fundamentais, tanto os ditos de primeira geração (os direitos do indivíduo contra o Estado, com o direito à vida à cabeça), como os chamados de terceira geração (os direitos do indivíduo a prestações sociais do Estado, com o direito à saúde na linha da frente).

O Estado que tem o dever de prestar cuidados de saúde mesmo quando são apenas paliativos, o Estado que passa o tempo a proteger-nos de nós mesmos e das nossas insensatezes, é o mesmo que decide valorar a nossa decisão de, diante de uma circunstância que nos parece insuportável, morrer. O mesmo Estado que falha nos seus deveres quando lhe faltam dezenas de milhar de camas para cuidados paliativos é o que decide, aproveitando o desespero do doente, libertar uma antes do tempo.

Como tal, pesem embora as tentativas de reduzir o problema à liberdade individual, ele é, na verdade, muito mais complexo. O momento que atravessamos obriga-nos a pensar nele — por desconfortável que seja — e a dedicar-lhe algumas páginas.

## 5. A utilidade como paradigma

As causas do renascimento do debate sobre a eutanásia entre nós são ideológicas, é certo, mas ele ressurgue neste preciso momento também porque os recursos escasseiam e o financiamento do Serviço Nacional de Saúde está em risco. A evolução da tecnologia médica aumenta a sobrevivência, mas a grande custo, emocional e económico<sup>(29)</sup>. A medicina atingiu o ponto em que um ser humano pode ser mantido vivo mesmo que irre-

---

(29) (TENO e LYNN, 1991).

versivelmente inconsciente, sem qualquer possibilidade de interação com o meio e muito para além do que, aos olhos de muitos, é uma vida que *valha a pena*. Mas os recursos não acompanham a medicina: pelo contrário, têm uma tendência inversamente proporcional e já de há muito se fazem ouvir vozes utilitaristas que defendem que, face à escassez, alguns cidadãos com menor utilidade para a sociedade podem legitimamente ver recusados cuidados de saúde<sup>(30)</sup>.

O debate tem, pois, um contexto: um contexto económico — a inversão da pirâmide demográfica, as externalidades negativas da evolução da ciência e da técnica médicas, o aumento de tempo de vida, o preço dos cuidados paliativos, sobretudo quando avaliado em *quality adjusted life years* —, mas tem também um contexto social mais amplo: a morte não é, na modernidade, um fenómeno natural: é vergonhosa e objeto de interdição.

A morte do outro não pode ser sentida e *ainda que nos falte apenas um ser e todo o Mundo fique despovoado* não podemos dizê-lo em voz alta: o luto é algo para ser experienciado em privado e, em público, é de bom tom que esteja escondido<sup>(31)</sup>.

O moribundo, esse é privado da própria morte: primeiro, deve esconder-se dele que está a morrer, esse é o primeiro dever da família e do médico e, depois, quando a verdade escapa, deve morrer tranquilo, sem sofrimento, assético, sem traumatizar a família nem gastar dinheiro ao Estado. Se quiser partir mais cedo — com menos custo ao erário público — isso deve ser-lhe *permitido*, o que só por si é uma forma de encorajamento.

A autonomia da vontade do doente que vai morrer — que é privado dos seus direitos, é infantilizado ou imbecilizado pelos médicos e pela família — releva apenas quando seja para o alívio dos que vão viver. O moribundo já não tem *status* porque não tem mais préstimo social e, conseqüentemente, não tem dignidade. O poder sobre a própria morte só lhe é devolvido para que ele deixe de perturbar os vivos<sup>(32)</sup>: aí, recupera-se como por milagre o respeito pela *vontade* do paciente e fala-se em morte *digna*, que, neste contexto, significa *rápida e barata*.

O esquema é perfeito: a poupança é conseguida sem, aparentemente, sacrificar princípios morais, porque a morte é justificada pela vontade do paciente e pelo respeito pelo direito à autodeterminação<sup>(33)</sup>. Compreende-se a atração do legislador.

---

<sup>(30)</sup> (HÄYRY e HÄYRY, 1990).

<sup>(31)</sup> (ARIÉS, 2014).

<sup>(32)</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>(33)</sup> (HÄYRY e HÄYRY, 1990), (DÖNHOFF, *et al.*, 1995).

## 6. Algumas práticas

Nos Estados Unidos da América o direito do indivíduo à autodeterminação tem sido utilizado como argumento a favor de uma suposta *inconstitucionalidade* da proibição da eutanásia e do suicídio assistido.

Além da autonomia, invoca-se o direito à igualdade e à não discriminação, no sentido de que se o Estado reconhece o direito ao suicídio, tem de assegurar o exercício desse direito àqueles que são ou estão incapazes de o exercer sozinhos. Contra isso, poder-se-á argumentar que a lei não consagra qualquer direito ao suicídio, simplesmente não o penaliza, sobretudo porque penalizá-lo, como já aconteceu ao longo da história, é castigar as vítimas, o suicida (quer sobreviva ou mesmo morto, pela profanação do cadáver) e a sua família<sup>(34)</sup>.

Depois de o estado do Oregon ter legalizado a eutanásia e o suicídio assistido<sup>(35)</sup> em resultado de um referendo realizado em 1994, de vários outros estados federados o terem tentado sem sucesso<sup>(36)</sup> e de o Congresso ter procurado invalidar o referendo do Oregon, vários indivíduos e associações de defesa das chamadas *civil liberties* levaram a questão do direito ao suicídio assistido e da eutanásia aos Tribunais federais, defendendo a inconstitucionalidade da proibição, com diferentes resultados.

Em Washington, um Tribunal considerou que a decisão de um doente terminal de pôr fim à sua vida é uma decisão íntima e pessoal, central à autonomia e à dignidade da pessoa humana. A decisão foi revertida em recurso: um dos argumentos invocados foi o de que o direito reclamado não é o direito a terminar a própria vida, é um direito a que um terceiro colabore para terminar ou termine a nossa vida a pedido.

Em Nova Iorque, o processo foi invertido: na primeira instância o Tribunal pronunciou-se pela inexistência de um direito constitucional ao suicídio assistido (um dos argumentos foi que isso rapidamente levaria à legalização da eutanásia, por ausência de relevante distinção moral entre uma e outra) e a segunda instância reverteu a decisão com o argumento contrário, o de que não existe distinção moral ou legal relevante entre recusar tratamento, que é permitido, e o suicídio assistido<sup>(37)</sup>.

As decisões em sentido diferente acabaram por levar o debate ao Supremo Tribunal, que, no final do século XX, decidiu pela constituçiona-

---

<sup>(34)</sup> (GORSUCH, 2000).

<sup>(35)</sup> (ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA).

<sup>(36)</sup> Sendo que, hoje em dia já outros seis Estados permitem o suicídio assistido em determinadas condições (PROCON.ORG, 2018), (ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA).

<sup>(37)</sup> (GORSUCH, 2000).

lidade das leis que em Nova Iorque e Washington proíbem o suicídio assistido. O Supremo entendeu, entre outros argumentos, que a diferença entre a recusa de tratamento, por um lado, e o suicídio assistido e a eutanásia, pelo outro, não está na causalidade (uns e outros são causa concorrente da morte, para além, obviamente, da doença) nem no facto de a primeira causar a morte por omissão e os segundos, por ação, diferença que pode ter relevância legal no tipo legal de crime, mas que não descriminaliza a conduta. Está em que, naquele, ao contrário do que acontece neste, o médico não tem intenção de matar e não faz nenhum juízo de valor sobre a vida do paciente e a *mens rea* sempre foi um fator fundamental na apreciação dos processos criminais<sup>(38)</sup>.

Entre nós, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos já foi chamado a pronunciar-se sobre o tema uma mão cheia de vezes<sup>(39)</sup>.

No seio do Conselho da Europa, só três Estados permitem a eutanásia e o suicídio assistido, a Holanda, a Bélgica e o Luxemburgo. A Suíça<sup>(40)</sup> permite uma forma mitigada de suicídio assistido. A maioria dos Estados-Membros do Conselho da Europa permite a recusa de tratamento e alguns, como Portugal, têm legislação relativa às chamadas diretivas antecipadas de vontade<sup>(41)</sup>.

As questões levadas ao TEDH têm-se prendido com suicídio assistido e eutanásia involuntária, no contexto da dialética entre o art. 2.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, que protege o direito à vida (e que impõe aos Estados-Membros obrigações não só de respeito como de assegurar medidas efetivas de proteção, de criminalizar a sua violação<sup>(42)</sup> e, em alguns casos, de proteger a pessoa dela própria)<sup>(43)</sup>, e o art. 8.º, que protege a vida privada (conceito que o Tribunal já declarou ser amplo e insuscetível de delimitação exaustiva)<sup>(44)</sup>. Só são permitidas aos Estados ingerências neste direito que não sejam arbitrárias, que prossigam fins legítimos e sejam indispensáveis numa sociedade democrática<sup>(45)</sup>.

No confronto entre estes dois direitos, o TEDH decidiu, no caso que opôs a Sra. Pretty ao Reino Unido<sup>(46)</sup>, que o direito à vida consagrado no art. 2.º da

---

<sup>(38)</sup> (GORSUCH, 2000), (WILKINSON, 1990).

<sup>(39)</sup> (PUPPINCK e DE LA HOUGUE, 2014).

<sup>(40)</sup> (ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA).

<sup>(41)</sup> Entre nós, a Lei n.º 25/2012, de 16 de julho.

<sup>(42)</sup> (CONSELHO DA EUROPA, 2018a).

<sup>(43)</sup> (SARTORI, 2018).

<sup>(44)</sup> (CONSELHO DA EUROPA, 2018b), (SARTORI, 2018).

<sup>(45)</sup> (SARTORI, 2018).

<sup>(46)</sup> (TEDH, 2002).

CEDH não compreende o direito a morrer às mãos de outra pessoa<sup>(47)</sup> e que a proibição legal de suicídio assistido no Reino Unido não constitui ingerência injustificada no direito ao respeito pela vida privada consagrado no art. 8.º.

O TEDH, que se vem revelando permissivo com situações de ortotanásia<sup>(48)</sup>, foi chamado a julgar outros dois casos relacionados com suicídio assistido, ambos contra a Suíça, em 2007 e 2013<sup>(49/50)</sup>.

A lei Suíça permite o suicídio assistido, desde que o auxílio ao suicídio não seja prestado por razões egoístas, e a prática é comum e tolerada. Os médicos não são obrigados a aceder ao pedido do paciente, mas, se o fizerem, estão obrigados a assegurar que as condições médicas, relacionadas com a gravidade da doença, estão preenchidas, que o paciente é capaz e que a sua vontade foi formada de forma livre e esclarecida.

No primeiro desses dois casos, o Sr. Haas era um doente bipolar severo que não se sentia capaz de continuar a suportar o sofrimento e a quem foi negado um pedido de assistência ao suicídio por causa da sua condição psiquiátrica. Invocou o art. 8.º da CEDH interpretado no sentido de que o direito lá consagrado compreende o de escolher a forma e momento de morrer. Argumentação com a qual o TEDH concordou, muito embora tenha entendido que a Suíça, ao exigir parecer e prescrição médica para a prática de suicídio assistido, está a cumprir com as obrigações de proteção do individuo contra ele próprio que lhe impõe o art. 2.º e que agiu bem no confronto entre os vários interesses e direitos do Sr. Haas, bem como no equilíbrio entre os interesses individuais e os da comunidade<sup>(51)</sup>.

No segundo daqueles casos, a Sra. Gross, idosa, queria terminar a sua vida a fim de evitar o sofrimento e a degradação relacionados com a perda progressiva das suas capacidades físicas e mentais. Os médicos negaram-lho, por não sofrer de doença incurável. Também ela invocou o art. 8.º da CEDH no sentido de que a proteção da vida privada consagra um direito a escolher o momento e a forma da morte e também aqui o TEDH concordou. Julgou, por uma maioria de quatro para três, que o estado Suíço violou o art. 8.º por ausência de regulamentação específica para pessoas na condição da Sra. Gross. A Sra. Gross acabou por falecer e a decisão foi revogada pelo facto de o Tribunal não ter sido informado<sup>(52)</sup>.

---

<sup>(47)</sup> (KOFFEMAN, 2010).

<sup>(48)</sup> (GONÇALVES, 2018), (TEDH, 2006), (TEDH, 2004).

<sup>(49)</sup> (TEDH, 2011).

<sup>(50)</sup> (TEDH, 2014).

<sup>(51)</sup> (SARTORI, 2018).

<sup>(52)</sup> (GARDNER, 2015).



Vale a pena, porém, notar, que, em ambas as decisões, o TEDH aceitou que o art. 8.º da CEDH suporta o direito a morrer no tempo e pela forma desejada.

Em 2015 o TEDH foi chamado a pronunciar-se num caso de eutanásia passiva, ou ortotanásia, não voluntária: o Sr. Lambert, cidadão francês, tinha sofrido um acidente que o colocara em estado vegetativo, tetraplégico, totalmente dependente de terceiros, de alimentação e hidratação artificiais. Uma equipa do Centro Hospitalar Universitário de Liège considerou que o seu estado de consciência era mínimo e que não havia forma de comunicar com o paciente. Um colégio de médicos decidiu, ao abrigo do Código de Saúde Pública francês, interromper a alimentação e hidratação artificiais por considerar que estes consubstanciavam obstinação terapêutica não razoável, porquanto não tinham outro efeito que não o da manutenção artificial da vida, e que o paciente putativamente não os desejaria.

Os Pais de Lambert e dois irmãos recorreram aos tribunais franceses e acabariam por levar o caso ao TEDH, alegando que as disposições do Código de Saúde Pública são incompatíveis com o art. 2.º da Convenção.

O Tribunal concluiu que, em matéria de interrupção de tratamentos, importará o cumprimento de três requisitos: a previsão de um direito e procedimento legal interno conforme ao art. 2.º; a tomada em consideração da vontade previamente expressa pelo requerente bem como a auscultação dos seus próximos e dos membros do corpo clínico; a consagração legal de um direito de recurso jurisdicional para aqueles casos onde a melhor decisão a adotar no interesse do paciente se assume como duvidosa<sup>(53)</sup>.

Neste caso, o TEDH acabou por decidir pela permissibilidade da eutanásia passiva involuntária em direta violação, pensamos, do espírito da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e das conclusões saídas dos julgamentos de Nuremberga, preocupação corajosamente manifestada pelos cinco juizes que votaram contra<sup>(54)</sup>.

Os casos relativos à ajuda à morte vão continuar a crescer<sup>(55)</sup> e cedo ou tarde o TEDH será chamado a pronunciar-se sobre questões de eutanásia ativa voluntária — e até não voluntária.

A posição do TEDH é delicada no contexto multicultural e de relativismo moral em que opera e as decisões compreendem-se melhor quando analisadas a esta luz, mas são, ainda assim, tremendamente preocupantes.

---

<sup>(53)</sup> (TEDH, 2015), (GONÇALVES, 2018).

<sup>(54)</sup> (TEDH, 2015).

<sup>(55)</sup> (GONÇALVES, 2018).

As éticas religiosas e a crença na sacralidade da vida têm oferecido uma barreira importantíssima nas decisões radicais de fim de vida, que o crescente multiculturalismo e relativismo ético vêm destruindo paulatinamente.

Aceitando-se que a perspectiva religiosa não pode ser a única numa sociedade plural, também é verdade que a visão secular é pobre no que respeita à avaliação da importância do sofrimento humano e do processo de morte como parte da existência terrena<sup>(56)</sup>. A ética e o direito não sobrevivem num vácuo moral.

## 7. Morte assistida

A questão da *morte assistida* é, do ponto de vista ético, a linha do Rubicão que não deve ser atravessada<sup>(57)</sup>.

Desde logo, a lógica utilitarista não resiste ao argumento do impacto da decisão no próximo e dos riscos que a permissão de que um adulto livre e consciente exerça esta liberdade terá noutros, menos livres e mais vulneráveis (idosos, minorias, pessoas economicamente desfavorecidas para quem a continuação do tratamento representa um encargo insuportável e põe em risco a sobrevivência ou o futuro da sua família).

O argumento da ladeira escorregadia derrota, portanto, a defesa utilitarista com base na sua própria lógica<sup>(58)</sup>. A despenalização e, particularmente, a *regulamentação* e *processualização* comportam o sério risco de uma política pública de abuso e discriminação contra os membros mais frágeis da nossa sociedade (idosos, pessoas com deficiência, doentes crónicos)<sup>(59)</sup>, pelo que não é, afinal, a linha de atuação que representa o maior bem para o maior número.

Da mesma forma, há o risco de resvalar para situações em que o consentimento não é explícito, é presumido, é dado por terceiros ou não existe de todo<sup>(60)</sup> — evidência deste risco é o chamado *Protocolo de Groningen* desenhado na Holanda para permitir aos médicos a eutanásia de recém nascidos com graves problemas de saúde ou deficiências profundas — que

---

<sup>(56)</sup> (CAMPBELL, 1992).

<sup>(57)</sup> (McEVoy, 2015).

<sup>(58)</sup> (SINGER, 2003), (GORSUCH, 2000).

<sup>(59)</sup> (COMMITTEE, 1991).

<sup>(60)</sup> (QUILL, LO and BROCK, 2004).

não são, porém, doentes terminais — sem receio de consequências criminais, num contexto legal em que a eutanásia começou por ser tolerada e é hoje permitida a pedido de adultos e de crianças com pelo menos doze anos de idade<sup>(61)</sup>.

A classe médica é maioritariamente contra a eutanásia (e contra o suicídio assistido) por considerar que viola abertamente o comando fundamental da bioética *primum non nocere* e o juramento de Hipócrates<sup>(62)</sup> e alerta para os importantes riscos de quebra de confiança na relação terapêutica<sup>(63)</sup> e da sociedade nos médicos e no papel da medicina<sup>(64)</sup>.

A Associação Médica Internacional entende que, ainda que com o fim último de aliviar o sofrimento, a eutanásia viola abertamente a proibição ética médica de causar a morte intencionalmente e exorta os médicos a não praticarem eutanásia mesmo que os ordenamentos jurídicos onde praticam medicina a permitam ou despenalizem em certos casos<sup>(65)</sup>. O mesmo quanto ao suicídio assistido: quando um médico age intencional e deliberadamente por forma a permitir que o paciente termine a sua vida, a sua conduta é eticamente reprovável<sup>(66)</sup>.

Sustenta também que exista uma diferença ética fundamental entre a retirada de tratamento e a eutanásia, pelo que as objeções a esta não se aplicam àquela, quando a pedido do paciente, ainda quando exista a consciência de que isso causará a morte<sup>(67)</sup>.

Mais: os pedidos de morte assistida têm frequentemente na base uma ausência ou deficiência de cuidados paliativos — físicos e psicológicos —

<sup>(61)</sup> (VERHAGEN AND SAUER, 2005), (GESUNDHEIT, *et al.*, 2009).

<sup>(62)</sup> No original, διατιήμασί τε χρήσομαι ἐπ' ὠφελείῃ καμνόντων κατὰ δύναμιν καὶ κρίσιν ἐμὴν, ἐπι δηλήσει δὲ καὶ ἀδικίῃ εἴρξειν; οὐ δώσω δὲ οὐδὲ φάρμακον οὐδενὶ αἰτηθεὶς θανάσιμον, οὐδὲ ὑψηγήσομαι συμβουλιῶν τοιούδε, na tradução em inglês, *I will prescribe regimens for the good of my patients according to my ability and my judgment and never do harm to anyone. Neither will I administer a poison to anybody when asked to do so, nor will I suggest such a course*, em português, *a vida que professar será para benefício dos doentes e para o meu próprio bem, nunca para prejuízo deles ou com malévolos propósitos. Mesmo instado, não darei droga mortífera nem a aconselharei* (Ordem dos Médicos). Trata-se da versão original do Juramento, adotada em Lausanne em 1871, que, note-se, inclui a promessa ὁμοίως δὲ οὐδὲ γυναικὶ πεσσοῦν φθόριον δώσω, normalmente traduzido para inglês como *similarly I will not give to a woman a pessary to cause abortion* e para português, como *também não darei pessário abortivo às mulheres*. Atualmente, a maior parte dos países adota a versão ratificada em 1948 pela Declaração de Genebra (posteriormente atualizada em 1968, 1983, e 2017), da qual já não constam expressamente estas proibições (Parsa-Parsi, 2017).

<sup>(63)</sup> (COMMITTEE, 1991).

<sup>(64)</sup> (TENO e LYNN, 1991).

<sup>(65)</sup> (QUILL, LO e BROCK, 2004).

<sup>(66)</sup> (WORLD MEDICAL ASSOCIATION, 1992).

<sup>(67)</sup> (WORLD MEDICAL ASSOCIATION, 2002).

adequado. Muitas vezes quando o paciente expressa aquilo que aparenta ser um pedido de morte assistida, *eu quero é que isto acabe, estaria melhor morto*, trata-se na verdade de um desabafo relativo à sua dor, sofrimento e isolamento e expressões do receio de que os cuidados que lhe são prestados lhe estejam a prolongar a vida e, conseqüentemente, a dor e o sofrimento<sup>(68)</sup>.

A larga maioria dos doentes em sofrimento terminal pode ficar confortável com cuidados paliativos<sup>(69)</sup>. A Associação Europeia de Cuidados Paliativos criou uma *Ethics Task Force* cujas conclusões chamam a atenção para o facto de as circunstâncias que presidem aos pedidos de eutanásia e/ou suicídio assistido por parte dos pacientes serem múltiplas e complexas e de estes pedidos serem frequentemente revertidos quando são prestados cuidados paliativos adequados que atenuam o sofrimento físico e moral<sup>(70)</sup>.

Mesmo uma decisão de recusar tratamento pode não ter — e muitas vezes não tem — subjacente um desejo de morrer, ainda que a morte seja percebida como uma inevitabilidade. Subjacente está a maior parte das vezes o desejo de não se sujeitar a tratamento percebidos como intrusivos, pouco dignos e sem nenhuma possibilidade curativa, o desejo de vir a falecer em casa, com respeito pela privacidade e num ambiente menos hostil<sup>(71)</sup>.

Permitir a eutanásia poderia ainda ter o efeito de diminuir o empenho social na prestação de cuidados aos enfermos e idosos<sup>(72)</sup>. Como vimos dizendo, numa era em que os recursos para a saúde escasseiam, a sociedade não devia estar a fazer ajustes a normas morais que podem acabar por transformar a eutanásia numa forma de reduzir custos<sup>(73)</sup>.

Abordemos ainda o argumento da autonomia: a autonomia individual tem limites, que se prendem com o custo para o próximo e para a sociedade em geral<sup>(74)</sup>. O suicídio e a eutanásia não são escolhas puramente pessoais e têm reflexos quer para aqueles que ficam, quer para os que colaboram, quer ainda para os que se seguirão<sup>(75)</sup>.

Por outro lado, o respeito pela autonomia tem uma dupla face: a autonomia daqueles que querem a morte contra a de seres humanos vulnerá-

---

(68) (TENO AND LYNN, 1991), (COMMITTEE, 1991).

(69) (TENO e LYNN, 1991).

(70) (MATERSTVEDT, *et al.*, 2003).

(71) (GORSUCH, 2000), (FINS e BACCHETTA, 1995).

(72) (COMMITTEE, 1991).

(73) (COMMITTEE, 1991), (TENO e LYNN, 1991).

(74) (TENO e LYNN, 1991).

(75) (GORSUCH, 2000).

veis que podem querer viver, mas cuja morte é decidida por eles, ainda que com fins caridosos e na base daqueles que seriam os seus melhores interesses nos olhos dos outros<sup>(76)</sup>. Mais uma vez, a tolerância holandesa da prática de eutanásia em neonatos que não estão em estado terminal, mas que são portadores de uma deficiência ou condição tal que outros podem licitamente determinar que a vida deles não vale a pena ser vivida, é a prova desse perigo<sup>(77)</sup>.

A verdadeira autonomia tem pressupostos: primeiro, o indivíduo tem de estar totalmente capaz de entender o conteúdo e as consequências da sua escolha; depois, só há verdadeira escolha quando há um número suficiente de opções com resultados diferentes e, finalmente, a decisão tem de ser totalmente livre de qualquer coação ou manipulação<sup>(78)</sup>. Como dissemos acima, nas decisões radicais de fim de vida alguns destes elementos não estão presentes, quando não está até nenhum deles.

Finalmente, no que respeita à questão da neutralidade do Estado, ARISTÓTELES, ao mesmo tempo que pugnava pela possibilidade da coexistência de várias concepções de *eudaemonia*, sabia que o indivíduo nem sempre é bom juiz das funções da vida humana e, como tal, alertava que não se podia cair no relativismo moral nem permitir que as decisões fossem baseadas unicamente nos desejos e preferências dos cidadãos<sup>(79)</sup>. Até RAWLS concedeu desvios ao seu princípio da neutralidade e acabou por aceitar que a sua teoria pressupõe uma sociedade (necessariamente imaginária) composta de indivíduos igualmente capazes e com iguais meios<sup>(80)</sup>.

## 8. Afastar o individualismo egocêntrico e ver a comunidade (Nós)

Uma pessoa não é uma ilha. Não somos só *eu*, somos *nós*<sup>(81)</sup>.

Uma morte adiada pode de facto ser cruel, mas a ética não pode estar baseada apenas na compaixão<sup>(82)</sup> e o Direito não pode legislar em função de casos individuais esquecendo as consequências para a comunidade:

---

<sup>(76)</sup> (GORSUCH, 2000).

<sup>(77)</sup> (CATLIN e NOVAKOVICH, 2008), (PEREIRA, 2011), (EDUARD VERHAGEN, 2013).

<sup>(78)</sup> (GORSUCH, 2000).

<sup>(79)</sup> (ARISTÓTELES, 2016), (VAN ZYL, 2002).

<sup>(80)</sup> (GORSUCH, 2000), (RAWLS, 1971).

<sup>(81)</sup> (LEITE DE CAMPOS, 2004).

<sup>(82)</sup> (DÖNHOFF, *et al.*, 1995).

uma *má* morte é um preço que tem de ser pago em face dos riscos sistêmicos que comporta a permissão da morte a pedido.

A linha entre não penalizar o suicídio, permitir a recusa de tratamento e descriminalizar a eutanásia e o suicídio assistido é ténue, mas tem de ser traçada<sup>(83)</sup>: quando uma sociedade decide que se pode, intencionalmente, matar, resta decidir quem pode matar e quem pode ser morto e estas balizas são demasiado móveis. Hoje são os doentes terminais capazes de expressar esse desejo, amanhã são os que não o podem expressar, mas cujo melhor interesse se julga ser a morte: deficientes, doentes em coma profundo, os velhos, seres humanos cuja vida, aos olhos dos outros, não tem *qualidade*, *dignidade* e que estarão melhor mortos. O caminho para o inferno é pavimentado por boas intenções e oleado pela *banalização do mal*<sup>(84)</sup>.

A vida humana nunca precisa de provar o seu valor e não é uma injeção letal que confere *significado* à morte<sup>(85)</sup>.

## 9. A pessoa

Todo o ser humano é pessoa, este um nome de dignidade (“*nomen dignitatis*”).

Pessoa não designa uma classe, mas o elemento dessa classe, não na medida em que é elemento dessa, mas na medida em que é um “indivíduo”<sup>(86)</sup>. Cada indivíduo representa, é, toda a classe. “Vale” toda a classe. Devendo ser reconhecido como tal. Encontra-se na pessoa, em igualdade e cuidado, a dignidade/ universalidade da pessoa.

Reconhecer o outro é apreender a verdade, é a resposta apropriada à realidade, ato necessário.

Dignidade não é um atributo da pessoa, ou uma qualidade ou um direito desta.

Acrescente-se, com referência aos cristãos, que desde os primeiros autores cristãos, como S. Gregório de Nisa, comentando o Génesis, os cristãos têm entendido que a dignidade da pessoa está na sua natureza de criatura de Deus, criada à Sua Imagem e Semelhança: amor, liberdade, igualdade das almas, racionalidade, movimento, etc.

---

<sup>(83)</sup> (LEGET, 2006).

<sup>(84)</sup> (ARENDE, 2006).

<sup>(85)</sup> (WEBER, 1973).

<sup>(86)</sup> (SPAEMANN, 2009).

A pessoa, colocada acima da natureza, está cerca de Deus.

A pessoa “é” digna. Pessoa é nome de dignidade, repetimos. É desta pessoa digna que nascem os direitos da pessoa, pois cada uma, ao saber-se pessoa digna, se reconhece e reconhece em todas as outras a mesma dignidade.

Direitos da pessoa que não são sobre o próprio, como seria um direito patrimonial. Nem sobre os outros, iguais e livres.

Aqui se integra o respeito que se deve ao outro e a si-mesmo: o si-mesmo como o outro<sup>(87)</sup>.

Eu sou eu-mesmo. E o eu-mesmo impõe-se aos outros que lhe devem reconhecimento. E a mim, “eu”, nome próprio que me faz assumir toda a espécie em mim-mesmo.

Nesta ontologia de respeito, de dignidade e de pluralidade, se integra a rejeição da eutanásia — sem afastar a possibilidade da sua tolerância em casos muito isolados e não definíveis “a priori”.

---

(87) Na mensagem de PAUL RICOEUR de “soi-même comme l’autre”... mas também do outro como si-mesmo (RICOEUR, 2015).

## Referências

- AQUINO, T. DE (2010), *Summa Theologica II*. Católica B.A.C.
- ARENDET, H. (2006), *Eichmann in Jerusalem: A Report on the Banality of Evil*. Penguin Classics.
- ARIÈS, P. (2014), *Essais Sur L'histoire De La Mort En Occident*. Points.
- ARISTÓTELES (2016), *Política*. Nova Vega.
- \_\_\_\_\_, (2009), *Ética a Nicômano*. Quetzal Editores.
- ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA, DIREÇÃO DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA PARLAMENTAR. *Eutanásia e Suicídio Assistido: Legislação Comparada*. Coleção Temas.
- WORLD MEDICAL ASSOCIATION (1992), *World Medical Association Report on Physician-Assisted Suicide (Adopted by the 44th World Medical Assembly, Marbella, Spain, September 1992 and editorially revised by the 170th WMA Council Session, Divonne-les-Bains, France, May 2005 and reaffirmed by the*. Disponível em: <<https://www.wma.net/policies-post/wma-statement-on-physician-assisted-suicide/>>.
- \_\_\_\_\_, (2002), *World Medical Association Declaration of Euthanasia (Adopted by the 53.<sup>rd</sup> WMA General Assembly, Washington, DC, USA, October 2002 and reaffirmed with minor revision by the 194.<sup>th</sup> WMA Council Session, Bali, Indonesia, April 2013)*. Disponível em: <<https://www.wma.net/policies-post/wma-resolution-on-euthanasia/>>.
- BERNAT, J. L. (1993), 'Patient Refusal of Hydration and Nutrition', *Archives of Internal Medicine*, 153(24), p. 2723. doi: 10.1001/archinte.1993.00410240021003.
- CAMPBELL, C. S. (1992), 'Religious Ethics and Active Euthanasia in a Pluralistic Society', *Kennedy Institute of Ethics Journal*, 2(3), pp. 253–277. doi: 10.1353/ken.0.0163.
- CATLIN, A. and NOVAKOVICH, R. (2008), 'The Groningen Protocol: what is it, how do the Dutch use it, and do we use it here?', *Pediatric nursing*, 34(3), pp. 247-251.
- AGS PUBLIC POLICY (1991), 'Voluntary Active Euthanasia', *Journal of the American Geriatrics Society*, 39(8), pp. 826–826. doi: 10.1111/j.1532-5415.1991.tb02706.x.
- CONKLIN, C. N. (2015), 'The Origins of The Pursuit of Happiness', *Washington University Jurisprudence Review*, 7(2), pp. 195–262. Disponível em: <[https://openscholars.hip.wustl.edu/law\\_jurisprudence/vol7/iss2/6](https://openscholars.hip.wustl.edu/law_jurisprudence/vol7/iss2/6)>.
- DÖNHOF, M., *et al.* (1995), 'Not Compassion Alone: On Euthanasia and Ethics', *The Hastings Center Report*, 25(7), p. 44. doi: 10.2307/3528008.
- EDUARD VERHAGEN, A. A. A. (2013), 'The Groningen Protocol for newborn euthanasia; which way did the slippery slope tilt?', *Journal of Medical Ethics*, 39(5), pp. 293–295. doi: 10.1136/medethics-2013-101402.
- CONSELHO DA EUROPA (2018a), *Guide on Article 2 of the European Convention on Human Rights, Right to Life*. Disponível em: <[https://www.echr.coe.int/Documents/Guide\\_Art\\_2\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_2_ENG.pdf)>.
- CONSELHO DA EUROPA (2018b), *Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights Right to respect for private and family life, home and correspondence*. Disponível em: <[https://www.echr.coe.int/Documents/Guide\\_Art\\_8\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_8_ENG.pdf)>.
- FINS, J. J. and BACCHETTA, M. D. (1995), 'Framing the Physician-Assisted Suicide and Voluntary Active Euthanasia Debate: The Role of Deontology, Consequentialism,



- and Clinical Pragmatism', *Journal of the American Geriatrics Society*, 43(5), pp. 563-568. doi: 10.1111/j.1532-5415.1995.tb06107.x.
- GARDNER, C. (2015), 'Gross v Switzerland: Application no 67810/10: European Court of Human Rights (Grand Chamber): Casadevall, Villiger, Gyulumyan, Bianku, Popovi, Power-Forde, De Gaetano, Jaderblom, Silvis JJ; Spielmann (President), Ziemele, Berro-Lefevre, Zupan i , Hajiyev', *Oxford Journal of Law and Religion*, 4(1), pp. 152-153. doi: 10.1093/ojlr/rwu051.
- GESUNDHEIT, B., *et al.* (2009), 'The Groningen protocol — The Jewish perspective', *Neonatology*, 96(1), pp. 6-10. doi: 10.1159/000196882.
- GONÇALVES, R. P. (2018), 'A Ajuda à Morte e o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem', *Julgare On Line*, Nov., pp. 1-80.
- GORSUCH, N. M. (2000), 'The right to assisted suicide and euthanasia.', *Harvard journal of law & public policy*, 23(2), pp. 599-710. Disponível em: <<http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/12524693>>.
- HARRISS, I. (2005), 'Australian Association for Professional and Applied Ethics 12th Annual Conference', in *Ethics and euthanasia: natural law philosophy and latent utilitarianism*. Adelaide, p. 8. Disponível em: <<https://www.unisa.edu.au/siteassets/episerver-6-files/documents/eass/hri/gig/harriss.pdf>>.
- HÄYRY, H. AND HÄYRY, M. (1990), 'Euthanasia, Ethics and Economics', *Bioethics*, 4(2), pp. 154-161. doi: 10.1111/j.1467-8519.1990.tb00076.x.
- HURST, S. A. AND MAURON, A. (2006), 'The ethics of palliative care and euthanasia: exploring common values', *Palliative Medicine*, 20(2), pp. 107-112. doi: 10.1191/0269216306pm1109oa.
- KLEIN, M. (2005), 'Euthanasia and the doctrine of double effect', *Wurzbürger medizinhistorische Mitteilungen*, 24, pp. 51-62. Disponível em: <<http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/17153292>>.
- KOFFEMAN, N. R. (2010), *The right to personal autonomy in the case law of the European Court of Human Rights*. LeidenLeiden University. Disponível em: <<https://openaccess.leidenuniv.nl/handle/1887/15890>>.
- LAVI, S. (2003), 'Euthanasia and the Changing Ethics of the Deathbed', *Theoretical Inquiries in Law*, 4(2). doi: 10.2202/1565-3404.1080.
- LEGET, C. (2006), 'Boundaries, borders, and limits. A phenomenological reflection on ethics and euthanasia', *Journal of Medical Ethics*, 32(5), pp. 256-259. doi: 10.1136/jme.2005.013110.
- LEITE DE CAMPOS, D. (2004), *Nós. Estudos sobre o Direito das Pessoas*. Almedina.
- LITTLE, M. O. (1999), 'Abortion, intimacy, and the duty to gestate.', *Ethical theory and moral practice: an international forum*, 2, pp. 295-312. Disponível em: <<http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/16718957>>.
- MATERSTVEDT, L. J., *et al.* (2003), 'Euthanasia and physician-assisted suicide: a view from an EAPC Ethics Task Force', *Palliative Medicine*, 17(2), pp. 97-101. doi: 10.1191/0269216303pm673oa.
- McEVOY, P. (2015), 'Euthanasia, ethics, and the Gordian Knot: is the Hippocratic Code obsolete?', *British Journal of General Practice*, 65(641), pp. 624-625. doi: 10.3399/bjgp15X687721.

ORDEM DOS MÉDICOS, *Juramento de Hipócrates*.

MIRANDA M, A. (2012), 'Eutanasia, suicidio asistido y principio del doble efecto: Réplica al profesor Rodolfo Figueroa', *Revista médica de Chile*, 140(2), pp. 261-265. doi: 10.4067/S0034-98872012000200017.

PARSA-PARSI, R. W. (2017), 'The Revised Declaration of Geneva', *JAMA*, 318(20), p. 1971. doi: 10.1001/jama.2017.16230.

PATERSON, C. (2003), 'On Clarifying Terms in Applied Ethics Discourse', *International Philosophical Quarterly*, 43(3), pp. 351-358. doi: 10.5840/ipq200343321.

PEREIRA, J. (2011), 'Legalizing euthanasia or assisted suicide: The illusion of safeguards and controls', *Current Oncology*. doi: 10.3747/co.v18i2.883.

PRICE, D. (1997), 'Euthanasia, pain relief and double effect', *Legal Studies*, 17(02), pp. 323-342. doi: 10.1111/j.1748-121X.1997.tb00410.x.

PROCON.ORG (2018), *States with Legal Physician-Assisted Suicide*. Disponível em: <[https://euthanasia.procon.org/view.resource.php?resourceID=000132#legal\\_states](https://euthanasia.procon.org/view.resource.php?resourceID=000132#legal_states)> (accessed: 30 January 2019).

PUPPINCK, G. AND DE LA HOUGUE, C. (2014), 'The right to assisted suicide in the case law of the European Court of Human Rights', *The International Journal of Human Rights*, 18(7-8), pp. 735-755. doi: 10.1080/13642987.2014.926891.

QUILL, T. E., LO, B. AND BROCK, D. W. (2004), 'Palliative Options of Last Resort', in *Terminal Sedation: Euthanasia in Disguise?* Dordrecht: Springer Netherlands, pp. 1-14. doi: 10.1007/978-1-4020-2124-4\_1.

RAWLS, J. (1971), *A Theory of Justice*. Revised Ed. Harvard University Press.

RICOUER, P. (2015), *Soi-même comme un autre*. Points.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS HUMANOS (2002), *Pretty v. The United Kingdom*. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60448>>.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS HUMANOS (2004), *Glass v. The United Kingdom*. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-61663>>.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS HUMANOS (2006), *Burke v. The United Kingdom*. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-76785>>.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS HUMANOS (2011), *Haas v. Switzerland*. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-102939>>.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS HUMANOS (2014), *Gross v. Switzerland*. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-146780>>.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS HUMANOS (2015), *Lambert and Others v. France*. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-155352>>.

SARTORI, D. (2018), 'End-of-life issues and the European Court of Human Rights. The value of personal autonomy within a "proceduralized" review', *Questions of International Law*, (52), pp. 23-43. Disponível em: <<http://www.qil-qdi.org/category/zoom-in/dignity-end-life-issues-open-questions-light-european-court-human-rights-recent-case-law/>>.

SHAW, A. B. (2002), 'Two challenges to the double effect doctrine: euthanasia and abortion', *Journal of Medical Ethics*, 28(2), pp. 102-104. doi: 10.1136/jme.28.2.102.

- SINGER, P. (2003), 'Voluntary euthanasia: a utilitarian perspective', *Bioethics*, 17(5-6), pp. 526-41. Disponível em: <<http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/14959723>>.
- SPAEMANN, R. (2009), *Les personnes : Essai sur la différence entre 'quelque chose' et 'quelqu'un'*. Éditions du Cerf, coll. Humanités.
- TENO, J. AND LYNN, J. (1991), 'Voluntary Active Euthanasia: The Individual Case and Public Policy', *Journal of the American Geriatrics Society*, 39(8), pp. 827-830. doi: 10.1111/j.1532-5415.1991.tb02707.x.
- THOMAS, Z. (2015), 'Euthanasia — a Study Of Law, Policy and Ethics', *Journal of Evidence Based Medicine and Healthcare*, 2(31), pp. 4630-4644. doi: 10.18410/jebmh/2015/651.
- VERHAGEN, E. AND SAUER, P. J. J. P. J. J. (2005), 'The Groningen Protocol — Euthanasia in Severely Ill Newborns', *New England Journal of Medicine*, 352(10), pp. 959-962. doi: 10.1056/NEJMp058026.
- WALTON, D. (1992), *Slipery Slope Arguments*. Oxford: Clarendon Press.
- WEBER, L. J. (1973), 'Ethics and Euthanasia: Another View', *The American Journal of Nursing*, 73(7), p. 1228. doi: 10.2307/3422790.
- WILKINSON, J. (1990) 'The ethics of euthanasia', *Palliative Medicine*, 4(2), pp. 81-86. doi: 10.1177/026921639000400204.
- VAN ZYL, L. (2002), 'Euthanasia, virtue ethics and the law.', *New Zealand bioethics journal*, 3(1), pp. 18-27. Disponível em: <<http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/15587484>>.



**CAPACIDADE PARA DEPOR COMO  
TESTEMUNHA: AS ALTERAÇÕES AO  
ART. 495.º, N.º 1, DO CÓDIGO DE PROCESSO  
CIVIL PELA LEI N.º 49/2018,  
DE 14 DE AGOSTO  
(Regime Jurídico do Maior Acompanhado)(\*)**

*Por Jorge Artur Costa(\*\*)*

*SUMÁRIO:*

1. Introdução.
2. Razões Processuais.
3. Razões Constitucionais.
4. Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.
5. Alterações decorrentes da Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto.
- 5.1. Considerações gerais: breve análise do (novo) regime jurídico do maior acompanhado.
- 5.2. Capacidade para Depor como Testemunha.
6. Conclusão.

**Resumo:**

O presente estudo tem como objeto a análise crítica do art. 495.º/1 do Código de Processo Civil. Tanto na versão anterior às alterações decorrentes da Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto, no sentido da inconstitucionalidade daquele preceito numa interpretação que determine a incapacidade para prestar depoimento de pessoa interdita por anomalia psíquica; como na redação atualmente vigente: deixa de existir, em relação a terceiros, qualquer causa de incapacidade testemunhal, passando a respetiva idoneidade para depor a ser julgada casuisticamente, atentas a natureza e o grau de capacidade mental, bem como a natureza e pertinência do respetivo depoimento.

---

(\*) Devo um especial agradecimento a ABÍLIO COSTA, JOSÉ MIGUEL PINTO, MAFALDA MEIRELES e CARLOS COSTA pelas sugestões e comentários. Os erros, omissões e imprecisões são imputáveis, em exclusivo, ao autor.

(\*\*) Advogado. Mestre em Direito. Pós-Graduado em Direito do Trabalho e Segurança Social. Pós-Graduado em Direito à Proteção de Dados Pessoais.

## 1. Introdução

O presente estudo visa uma análise crítica do art. 495.º/1 do Código de Processo Civil (CPC). O seu desenvolvimento deveu-se, fundamentalmente, a uma situação com que nos deparamos na vida profissional. De forma muito sucinta podemos resumir os factos da seguinte forma: em causa estava uma ação de impugnação judicial da regularidade e licitude do despedimento de um trabalhador; a entidade empregadora, uma Instituição Particular de Solidariedade Social, tem como finalidade primordial dar apoio a pessoas com deficiência intelectual, prestando serviços nesse sentido; o trabalhador, despedido, desempenhou funções de rececionista numa das instalações da entidade empregadora; o objeto da ação versava, sobretudo, a questão de saber se o trabalhador despedido teria praticado atos de cariz sexual com uma das utentes da instituição, interdita por anomalia psíquica, no local de trabalho e durante o horário laboral.

Acontece que, durante o julgamento, o tribunal determina, suportando-se numa interpretação literal do art. 495.º/1 CPC — na versão anterior às alterações decorrentes da Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto<sup>(1)</sup>, pois o julgamento em 1.ª Instância realizou-se antes da entrada em vigor desta medida legislativa —, a incapacidade de depor como testemunha da utente da instituição, alvo dos atos de natureza sexual do trabalhador despedido, por a mesma se encontrar interdita por anomalia psíquica, decretada judicialmente. O depoimento desta testemunha, naturalmente, revelava-se fundamental para a descoberta da verdade material. Tanto mais que o julgamento, até aquele momento, pelo menos do que resultou de grande parte da inquirição testemunhal e depoimento de parte, se focou na averiguação da personalidade daquela utente e, em especial, da sua credibilidade<sup>(2)</sup>.

Não concordamos, todavia, com a decisão do tribunal. Não só por razões de ordem processual, mas, essencialmente, por razões de ordem constitucional. Contudo, sublinhe-se, os argumentos e críticas apresenta-

---

(1) Art. 495.º, CPC (versão anterior às alterações decorrentes da Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto): 1 — Têm capacidade para depor como testemunhas todos aqueles que, *não estando interditos por anomalia psíquica*, tiverem aptidão física e mental para depor sobre os factos que constituam objeto da prova. 2 — Incumbe ao juiz verificar a capacidade natural das pessoas arroladas como testemunhas, com vista a avaliar a admissibilidade e a credibilidade do respetivo depoimento.

(2) Sublinhe-se que, à data da audiência de julgamento em 1.ª Instância, corria ainda o inquérito relativo à eventual prática de um crime. Relativamente à possibilidade de suspensão da instância nas ações de impugnação do despedimento, *vide* PEDRO FURTADO MARTINS, “As limitações aos modos de exercício dos poderes de fiscalização e controle do empregador decorrentes das regras que tutelam a privacidade dos trabalhadores e a articulação da responsabilidade disciplinar com a responsabilidade criminal”, in *Revista de Direito e Estudos Sociais*, Ano LVII, N.º 1-4, jan.-dez. 2016, p. 83, ss.

das referem-se à redação do art. 495.º/1 CPC na versão anterior à alteração decorrente da Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto. Deixamos os comentários às alterações decorrentes desta última medida legislativa para final.

## 2. Razões Processuais

O Direito Processual, enquanto Direito instrumental, destina-se à realização do Direito substantivo e, portanto, à efetivação dos nossos direitos subjetivos e interesses legalmente protegidos sempre que, em regra, se encontrem envolvidos numa situação litigiosa. Contudo, o processo não tem de ser, ou não deve ser, um campo conflituoso<sup>(3)</sup>. Pelo contrário, o processo moderno deve orientar-se pela descoberta da verdade, sob pena de constituir, com frequência, fonte de decisões injustas<sup>(4)</sup>: *“a reconstituição dos factos com a maior exatidão possível não pode jamais passar ao lado do tribunal. E outra coisa que nos afigura insofismável: julgar o mérito das causas, descer ao «coração» do processo, é sempre bem melhor do que, com base em questões puramente processuais, enterrar à força, com vida, o litígio debaixo do estrado do tribunal, pois é alta a probabilidade de o conflito emergir ainda com mais intensidade e com prejuízos para todos”*<sup>(5)</sup>.

A Reforma de 2013 visou exatamente alcançar um processo menos formalista e mais orientado para a justa composição dos litígios. Este é, sem dúvida, o único caminho que o Processo Civil moderno deverá trilhar: na medida do possível, o antiformalismo deve prevalecer<sup>(6)</sup>.

---

<sup>(3)</sup> O processo é um campo conflitual, pois na sua origem encontra-se, na esmagadora maioria das situações um litígio. O exercício do direito de ação pressupõe, em regra, a existência de um litígio. Sem litígio, falta o denominado interesse em agir e o tribunal não julga o processo (MIGUEL MESQUITA, “O princípio da Gestão Processual: o «Santo Graal» do Novo Processo Civil?”, *in Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 145, n.º 3995, novembro/dezembro 2015, p. 78, n. 2).

<sup>(4)</sup> MIGUEL MESQUITA, “O princípio da Gestão Processual...”, *cit.*, p. 78.

<sup>(5)</sup> MIGUEL MESQUITA, “O princípio da Gestão Processual...”, *cit.*, p. 78.

<sup>(6)</sup> MIGUEL MESQUITA, “A «morte» do princípio do dispositivo?”, *in Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 147.º, n.º 4007, novembro/dezembro 2017, p. 91. RITA LOBO XAVIER, INÊS FOLHADELA, GONÇALO ANDRADE E CASTRO, *Elementos de Direito Processual Civil: Teoria Geral, Princípios e Pressupostos*, 2.ª ed., Universidade Católica Editora, Porto, 2018, p. 143, “o nosso sistema processual é hoje o resultado da combinação de uma conceção publicista do processo, que se manifesta sobretudo na relevância que o princípio do inquisitório (em sentido amplo) assume no atual CPC, com uma conceção privatística do processo — patente na consagração dos ónus do impulso processual e da alegação das partes (princípio dispositivo em sentido amplo e princípio da autorresponsabilidade das partes)”.

Parece-nos, assim, que nada impedia o tribunal de ouvir a pessoa interdita por anomalia psíquica, atentos os princípios do inquisitório, do direito à prova e da livre apreciação da prova.

De acordo com o princípio do inquisitório (411.º CPC), o juiz tem o dever de realizar ou ordenar oficiosamente as diligências necessárias ao apuramento da verdade, à justa composição do litígio, quanto aos factos de que lhe é lícito conhecer. Este princípio aponta para uma conceção do processo em que a investigação da verdade material é também da responsabilidade do juiz, constituindo, dessa forma, uma compressão do princípio do dispositivo. A lei processual atribui ao juiz poderes em matéria de iniciativa da prova quanto aos factos que lhe é lícito conhecer<sup>(7)</sup>. Ou seja, este princípio fundamental do Processo Civil atribui ao tribunal o poder de “*ouvir as pessoas que entenda*”<sup>(8)</sup>, com o objetivo da descoberta da verdade material e da boa decisão da causa.

Quanto aos meios de prova a admitir vigora, tendencialmente, o princípio da prova livre, segundo o qual podem ser usados todos os meios legais adequados à demonstração da realidade dos factos. Ademais, a lei admite a prova atípica, pois não exclui a admissibilidade de outros meios de prova, além daqueles que expressamente prevê<sup>(9)</sup>. A verdade processual deve coincidir, tanto quanto possível, com a verdade material, isto é, uma decisão substancialmente adequada à realidade<sup>(10)</sup>.

Ora, mesmo que se entenda que a interdita carece de capacidade para depor como testemunha, a valoração das suas declarações tem especial relevância, devendo as mesmas ser apreciadas segundo o princípio da livre apreciação da prova (607.º/5 CPC), sem embargo do tribunal dever ter em conta a limitação de que sofre a mesma.

---

(7) Princípio do inquisitório em sentido estrito. Vide RITA LOBO XAVIER, INÊS FOLHADELA, GONÇALO ANDRADE E CASTRO, *ob. cit.*, p. 151: “*sublinhe-se no entanto que os poderes de iniciativa do juiz restringem-se “aos factos que lhe é lícito conhecer” (art. 411.º do CPC), e que, nos termos do art. 5.º, delimitam o âmbito dos poderes de cognição do tribunal*”.

(8) JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *Introdução ao Processo Civil*, 3.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2013, p. 176.

(9) Neste sentido, J. P. REMÉDIO MARQUES, *Ação Declarativa à Luz do Código Revisto*, 3.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2011, p. 583: “*Essa possibilidade é, em geral, admitida no art. 345º/2 do Código Civil, ao prever que as partes podem admitir um meio de prova diverso dos legais, sempre que o objecto do processo não for um direito indisponível*” e, também, JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *A Ação Declarativa Comum à luz Código de Processo Civil de 2013*, 3.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2013, p. 225. ANTUNES VARELA, J. MIGUEL BEZERRA, SAMPAIO E NORA, *Manual de Processo Civil*, 2.ª ed., reimpressão, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, p. 467, ss, também aludiam à regra da livre admissibilidade dos meios de prova.

(10) MIGUEL MESQUITA, “O princípio da Gestão Processual...”, *cit.*, p. 106, “*uma sentença que não assenta nessa «realidade da vida» passa ao lado da Justiça*”.



Assim, parece-nos que o tribunal podia, apesar de verificada a respetiva interdição, ouvir as declarações da interdita, não com base no art. 495.º/1 CPC<sup>(11)</sup>, isto é, como prova (típica) testemunhal, mas como meio de prova atípica, dada a sua essencialidade para a busca da verdade material.

### 3. Razões Constitucionais

Indo mais além, uma interpretação do art. 495.º/1 CPC — sublinhamos na versão anterior às alterações decorrentes da Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto —, no sentido de determinar a incapacidade para prestar declarações em audiência de julgamento de pessoa que estava interdita por anomalia psíquica era, no nosso entendimento, inconstitucional, nos termos dos arts. 13.º/1, 18.º/2 e 20.º/4, todos da Constituição da República Portuguesa (CRP).

Seguimos aqui de perto uma vasta corrente jurisprudencial<sup>(12)</sup> que, apesar de se pronunciar no âmbito processual penal, os argumentos de direito invocados têm pleno cabimento no âmbito processual civil e, conseqüentemente, no âmbito processual laboral (1.º/2, Código de Processo do Trabalho)<sup>(13)</sup>. Estamos perante princípios constitucionais, que constituem direitos fundamentais do cidadão e que são comuns a todos os ramos do Direito Processual<sup>(14)</sup>.

---

(11) Sublinhamos, na versão anterior às alterações decorrentes da Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto.

(12) Acórdãos do Tribunal Constitucional: n.º 359/2011, Proc. n.º 58/11; n.º 396/2017, Proc. n.º 124/2017, e n.º 486/2018, Proc. n.º 589/2017. Acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa de 22/5/2007, Proc. n.º 85/07-5, e de 23/11/2010, Proc. n.º 5221/06.0TACSC.L1.5; Tribunal da Relação de Coimbra de 20/12/2011, Proc. n.º 771/08.6PCCBR.C1, e de 9/3/2016, Proc. n.º 337/12.6GAM GL.C1; Tribunal da Relação do Porto de 24/5/2017, Proc. n.º 2320/14.8JAPRT-A.P1, todos disponíveis em <dgsi.pt>.

(13) RITA LOBO XAVIER, INÉS FOLHADELA, GONÇALO ANDRADE E CASTRO, *ob. cit.*, p. 116. ALCIDES MARTINS, *Direito do Processo Laboral*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2017, p. 36: “Atualmente, face à evolução do processo civil para a celeridade, adequação das formas processuais e luta pela verdade material, em detrimento da segurança, pouco ou nada haverá de indole incompatível, o que equivale dizer que o direito processual do trabalho continua a ter um corpo diferente, mas passou a ter, praticamente, a mesma alma, os mesmos princípios do direito do processo civil”. Contudo, abordando as diferenças específicas entre os dois ramos de Direito Processual, o mesmo autor não deixa de salientar que o Direito Processual Laboral “se caracteriza pela prevalência do princípio da verdade material sobre o princípio do dispositivo” (p. 57 e 61).

(14) RITA LOBO XAVIER, INÉS FOLHADELA, GONÇALO ANDRADE E CASTRO, *ob. cit.*, p. 126. Logo, a fundamentação — tal como foi apresentada pelo próprio tribunal, no caso exposto de início — de que os princípios do Direito do Processo Penal são diferentes dos princípios do Direito do Processo Civil, não

A proibição absoluta das pessoas interditas, por padecerem de anomalia psíquica, de deporem como testemunhas foi introduzida no Código de Processo Penal (CPP) de 1929. Solução transposta para o CPC de 1939<sup>(15)</sup>. Tal proibição assentou na justificação de que o depoimento dos interditos por anomalia psíquica poderia perturbar, mais do que auxiliar, a administração da justiça<sup>(16)</sup>. Receios que se poderiam justificar em 1939, mas não se compreendem em pleno século XXI<sup>(17)</sup>.

Em primeiro lugar, não permitir que uma testemunha, por interdita, pudesse prestar depoimento era uma clara violação princípio da igualdade, na vertente da proibição de discriminação (13.º/1 CRP).

Seguindo de perto os ensinamentos de GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA<sup>(18)</sup>, o princípio da igualdade é um dos princípios estruturantes do sistema constitucional global, conjugando dialeticamente as dimensões liberais, democráticas e sociais inerentes ao conceito de Estado de direito democrático e social (2.º CRP). O seu conteúdo jurídico-constitucional

---

colhe: “a Constituição da República Portuguesa de 1976 consagra o direito à jurisdição como direito fundamental, e os princípios constitucionais que dela emanam vinculam o exercício concreto de toda a atividade de heterocomposição de conflitos” (p. 118). Com efeito, numa perspetiva de que o direito à jurisdição pode ser encarado como um princípio constitucional que desempenha uma função “normogénica” em relação ao sistema de administração da Justiça: “se é certo que a tutela do direito à jurisdição tem de se manifestar igualmente no plano da conformação das normas jurídicas processuais, vinculando o legislador ordinário, também não pode deixar de se afirmar como princípio que enforma toda a atividade concreta dos órgãos que realizam a composição de conflitos, podendo até levar à rejeição de soluções consagradas na lei ordinária que lesem aquele direito” (p. 128).

<sup>(15)</sup> Como muito bem explana o Ac. do Tribunal Constitucional n.º 359/2011, Proc. n.º 58/11: “Tal opção foi, no seu início, objecto de críticas, apontando-se o facto da interdição ser um instituto que se destinava a proteger os dementes, enquanto a proibição do seu depoimento em processo judicial visava proteger as partes e a administração da justiça, e ainda a circunstância do tipo ou do nível de demência dos interditos poder não os tornar inaptos para depor”. Acrescentado, “contudo, a solução adoptada, que se revela desacompanhada no direito comparado, foi-se mantendo no nosso regime processual, constando hoje dos arts. 131.º, n.º 1, do CPP, e 616.º, do CPC (atual 495.º)”. Já ANTUNES VARELA, J. MIGUEL BEZERRA, SAMPAIO E NORA, *ob. cit.*, p. 611, n. 1, referiam que “o direito alemão não conhece, em relação a terceiros, nenhuma causa de incapacidade testemunhal, confiando inteiramente ao juiz o poder de graduar a força do depoimento, de acordo com as circunstâncias”.

<sup>(16)</sup> ANTUNES VARELA, J. MIGUEL BEZERRA, SAMPAIO E NORA, *ob. cit.*, p. 611. Versando sobre o art. 131.º CPP, veja-se o Ac. do Tribunal Constitucional n.º 396/2017, Proc. n.º 124/2017: “destina-se essencialmente a prevenir o erro judicial na apreciação, quer da idoneidade para testemunhar das pessoas que padecem de anomalia psíquica, quer da credibilidade dos depoimentos dessas pessoas, no caso de lhes ser permitido que prestem testemunho”.

<sup>(17)</sup> MIGUEL MESQUITA, “A «morte» do princípio do dispositivo...”, *cit.*, p. 119, “até porque novos princípios, que apontam para um processo mais flexível e moldável, sempre com o máximo respeito pelo contraditório, foram introduzidos no Código de Processo Civil”.

<sup>(18)</sup> *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 336, ss.

tem vindo progressivamente a alargar-se, abrangendo no seu âmbito de proteção as seguintes dimensões:

- a) proibição do arbítrio;
- b) proibição de discriminação;
- c) obrigação de diferenciação.

A proibição de discriminação não significa uma exigência de igualdade absoluta em todas as situações, nem proíbe diferenciações de tratamento. Porém, quando houver um tratamento desigual impõe-se uma justificação material da desigualdade. Quer o fim, quer os critérios do tratamento desigual têm de estar em conformidade com a Constituição. Para além disso, o tratamento desigual deve pautar-se por critérios de justiça exigindo-se, desta forma, uma correspondência entre a solução desigualitária e o parâmetro de justiça que lhe empresta fundamento material<sup>(19)</sup>.

O art. 71.º CRP consagra o reconhecimento e proteção do direito dos cidadãos portadores de deficiência a gozarem os mesmos direitos dos restantes cidadãos e a estarem sujeitos aos mesmos deveres<sup>(20)</sup>. Novamente seguindo de perto os ensinamentos de GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA<sup>(21)</sup>, este direito comporta duas dimensões essenciais: por um lado, uma vertente negativa, que consiste no direito dos cidadãos portadores de deficiência a não serem privados de direitos ou isentos de deveres, e que se analisa, portanto, num específico direito de igualdade, em declinação do art. 13.º, quanto aos direitos estabelecidos na Constituição (mas o mesmo deve valer para os direitos estabelecidos em convenção internacional ou na lei, nos termos do art. 16.º)<sup>(22)</sup>; por outro lado, uma vertente positiva, que con-

---

<sup>(19)</sup> GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *ob. cit.*, p. 340-1. JORGE PEREIRA DA SILVA, *Direitos Fundamentais, Teoria Geral*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2018, p. 97, “a parte final do n.º 1 do art. 26.º, ao consignar simultaneamente um direito fundamental geral a um tratamento não discriminatório no plano jurídico e uma específica obrigação do Estado-legislador de atuação antidiscriminatória, consagra um dever estadual de proteção do bem jusfundamental igualdade, assim como um verdadeiro direito a exigir judicialmente essa proteção mesmo em caso de omissão legislativa”. Fazendo mesmo referência a um dever de reposição da igualdade violada: “um dever de correção de todas as disposições legais vigentes que, materialmente, estabeleçam diferenças baseadas em critérios arbitrários ou que, de algum modo, favoreçam ou propiciem a ocorrência de condutas discriminatórias” (p. 95).

<sup>(20)</sup> MENEZES CORDEIRO, *Direito do Trabalho, I, Direito Europeu, Dogmática Geral e Direito Coletivo*, Almedina, Coimbra, 2018, p. 530, “também os “direitos” específicos de certas categorias, como os (...) dos deficientes (...), não sendo verdadeiros direitos subjetivos, têm um papel na concretização dos verdadeiros direitos (fundamentais) da personalidade”.

<sup>(21)</sup> *Ob. cit.*, p. 879, ss.

<sup>(22)</sup> Como será a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência analisa *infra*. FILIPE VENADE DE SOUSA, “A interação entre a convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência e

siste no direito a exigir primariamente do Estado a realização das condições de facto que permitam tanto o tratamento da deficiência como o efetivo exercício dos direitos e cumprimento dos deveres dos cidadãos em geral — só esta dimensão positiva é que integra um direito social propriamente dito<sup>(23)</sup>.

Bem anda a recente jurisprudência do Tribunal Constitucional ao assinalar que o princípio da igualdade obriga a que se trate por igual o que for necessariamente igual e como diferente o que for essencialmente diferente, não impedindo a diferenciação de tratamento, mas apenas as discriminações arbitrárias, irrazoáveis, ou seja, as distinções que não tenham justificação e fundamento material bastante<sup>(24)</sup>.

Seguindo esta corrente e versando sobre o tema da discriminação dos interditos por anomalia psíquica, embora no âmbito processual penal, o acórdão do Tribunal Constitucional n.º 359/2011, Proc. 58/11<sup>(25)</sup>: “*cria-se, assim, um estereótipo associado ao interdito por anomalia psíquica, fazendo decorrer da sua situação uma espécie de presunção inilidível de incapacidade para relatar os factos de que tenha sido vítima. Esta proibição traduz-se num tratamento desigual, não só relativamente aos cidadãos que não sofrem de qualquer anomalia psíquica, mas também, em comparação com aqueles que, sofrendo dessa deficiência, não se encontram interditos, por sentença judicial, os quais (...) têm direito a relatar a*

---

a Constituição da República Portuguesa sob enfoque do Princípio *Pro Homine*”, MARGARIDA PAZ (org.), *Direito das Pessoas com Deficiência 2017* [em linha], Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2017, (consultado a 29 de dezembro de 2018), disponível em <URL: [http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/eb\\_DireitoPessoasD2017.pdf](http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/eb_DireitoPessoasD2017.pdf)>, pp. 29-30, focando-se no art. 4.º/4 da Convenção, no sentido de ser uma garantia da cláusula *pro homine* e de efetividade da proteção dos direitos humanos das pessoas com deficiência, realça: “*Como observa a norma do art. 16.º, n.º 1, da Constituição, os tribunais não podem deixar de ter em conta a Convenção. É obrigação dos tribunais ordinários absterem-se de qualquer ato incompatível com a própria Convenção, devendo agir em conformidade com a Convenção. Para acompanhar esta lógica, o art. 204.º da CRP impõe aos tribunais absterem-se de aplicar as normas que infringem o disposto na Constituição, isto é, remetendo para o alcance do art. 16.º, n.º 1, da CRP, não podendo infringir o bloco de constitucionalidade, tendo em consideração o tratamento jurídico dos direitos fundamentais das pessoas com deficiência*”.

(23) GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *ob. cit.*, p. 880.

(24) GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *ob. cit.*, p. 341.

(25) Cujos sumário é o seguinte: “*Julga inconstitucional a norma constante do art. 131.º, n.º 1, do Código de Processo Penal, aplicável por remissão do art. 145.º, n.º 3, do mesmo Código, quando interpretada no sentido de determinar a incapacidade para prestar declarações em audiência de julgamento da pessoa que, tendo no processo a condição de ofendido, constituído assistente, está interdita por anomalia psíquica*”. Realce-se que, à semelhança do art. 495.º/1 CPC, o art. 131.º/1 CPP, na versão anterior às alterações decorrentes da Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto, dispunha: qualquer pessoa que se não encontrar interdita por anomalia psíquica tem capacidade para ser testemunha e só pode recusar-se nos casos previstos na lei.

*sua versão dos factos em julgamento, sujeita à livre valoração do julgador*". Aliás, a proibição da discriminação aplica-se não só na relação deficiente/não deficiente, mas também na relação deficiente/deficiente, impondo que também não se registem diferenças de tratamento arbitrárias ou destituídas de fundamento racional entre os deficientes<sup>(26)</sup>.

O Código Civil (CC) não definia a interdição. Todavia, dos seus arts. 138.º e 139.º, na redação anterior às decorrentes da Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto, podia extrair-se a ideia de que os interditos por anomalia psíquica eram aqueles — e só aqueles — que, num processo judicial específico de interdição, se concluiu que sofriam de uma patologia psíquica, com carácter permanente, que os incapacitava de minimamente regerem a sua pessoa e os seus bens, equiparando-os, com as necessárias adaptações, ao menor<sup>(27)</sup>. Tinha, como objetivo primário, a proteção do interesse do próprio incapaz<sup>(28)</sup>, embora pensada também no interesse dos sucessores e da família<sup>(29)</sup>.

A lei também não definia anomalia psíquica<sup>(30)</sup>, conceito nuclear no regime em causa. Esta compreendia deficiências do intelecto, de entendimento ou discernimento, assim como deficiências da vontade e da própria afetividade ou sensibilidade. Não era suficiente que a pessoa possuísse uma anomalia psíquica, mas sim que esta fosse incapacitante em sentido estrito: devia ser de tal modo grave que tornava a pessoa inapta para se reger a si própria e aos seus bens<sup>(31)</sup>; devia ser atual e permanente (devia verificar-se na data em que se pretendia o decretamento da interdição, logo não podia ser acidental)<sup>(32)</sup>: assim como duradoura e habitual, não impedindo esta qualificação a circunstância de existirem intervalos lúcidos<sup>(33)</sup>.

---

<sup>(26)</sup> Ac. do Tribunal Constitucional n.º 359/2011, Proc. n.º 58/11; ANTÓNIO ARAÚJO, *Cidadãos portadores de deficiência — o seu lugar na Constituição da República*, Almedina, Coimbra, 2011, p. 111.

<sup>(27)</sup> MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português, I, Parte Geral*, Tomo III, *Pessoas*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2007, pp. 466-7. A lei referia, como deficiências conducentes à interdição, a anomalia psíquica, a surdez-mudez ou a cegueira. Para este último autor tratava-se de uma enumeração exemplificativa (p. 467). Em sentido contrário, JOSÉ P. RIBEIRO DE ALBUQUERQUE/MARGARIDA PAZ, *Adultos-Idosos Dependentes ou Especialmente Vulneráveis*, Tomo II, *Contributos para o enquadramento da proteção jurídica civil e processual civil e da proteção jurídica penal e processual penal*, Imprensa Nacional, Lisboa, 2018, p. 50.

<sup>(28)</sup> Quanto à evolução da experiência Portuguesa, MENEZES CORDEIRO, *Tratado I/III, cit.*, p. 462, ss.

<sup>(29)</sup> MENEZES CORDEIRO, *Tratado I/III, cit.*, p. 471.

<sup>(30)</sup> Ac. do Supremo Tribunal de Justiça de 19/11/2015, Proc. n.º 63/2000.C1.S1, disponível em <dgsi.pt>.

<sup>(31)</sup> Estamos a pensar, por exemplo, nos problemas colocados pela necessidade de consentir em intervenções médicas, na prestação de cuidados de saúde e para gerir bens ou o seu património.

<sup>(32)</sup> Isto não significava que tinha de ser definitiva ou irreversível (JORGE MORAIS DE CARVALHO, *Código Civil Anotado*, Vol. I, coord. ANA PRATA, Almedina, Coimbra, 2017, p. 162).

<sup>(33)</sup> Vide JOSÉ P. RIBEIRO DE ALBUQUERQUE/MARGARIDA PAZ, *ob. cit.*, p. 52, ss, com uma basta referência jurisprudencial.

Era, assim, decisivo verificar, para efeito de interdição, se a pessoa tinha alguma anomalia psíquica, a sua gravidade e as suas consequências funcionais. Este juízo não era médico, mas sim jurídico<sup>(34)</sup>, reportando-se este juízo sobretudo a uma incapacidade daquele atuar com autonomia no mundo dos negócios jurídicos<sup>(35)</sup>. Se estivesse apenas em causa a incapacidade de reger convenientemente o património, a pessoa não podia ser sujeita a interdição, podendo eventualmente ser inabilitada<sup>(36)</sup>.

A interdição instituía um regime de incapacidade análogo ao da menoridade<sup>(37)</sup>: uma incapacidade geral de exercício de direitos e dependência em relação ao seu tutor. Com efeito, a presunção de que cada indivíduo possui capacidade jurídica<sup>(38)</sup> era já a regra geral, sendo excecional a existência desta incapacidade<sup>(39/40)</sup>.

Dito isto, torna-se claro que a capacidade para depor em audiência de julgamento diz respeito a um domínio das capacidades humanas que não

<sup>(34)</sup> Ac. do Tribunal Constitucional n.º 359/2011, Proc. n.º 58/11; Ac. do Tribunal da Relação do Porto de 24/5/2017, Proc. n.º 2320/14.8JAPRT-A.P1: “*sendo exclusivamente competente o tribunal, porquanto se trata de uma decisão de carácter jurisdicional que só a este incumbe, desde logo por força do disposto no art. 202.º, n. 1 e 2. CRP*”.

<sup>(35)</sup> O Ac. do Tribunal Constitucional n.º 359/2011, Proc. n.º 58/11, já realçava a acusação de o tratamento civilístico do incapaz no CC ser excessivamente negocialista.

<sup>(36)</sup> A interdição visava suprimir a capacidade de exercício de uma pessoa maior, enquanto a inabilitação tinha como objetivo reduzir a capacidade de exercício. Esta última era, assim, vista como uma solução mais ténue, contudo, na prática, ela poderia conduzir a resultados semelhantes aos da interdição. MAFALDA MIRANDA BARBOSA, “Maiores Acompanhados: da Incapacidade à Capacidade?”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 78, jan./jun. 2018, Lisboa, p. 234, questiona se, na prática, o atual regime de acompanhamento de maiores, analisado *infra*, não poderá conduzir ao mesmo resultado (n. 5).

<sup>(37)</sup> PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 6.ª ed., Almedina, Coimbra, 2010, p. 120.

<sup>(38)</sup> Capacidade jurídica e capacidade mental são conceitos distintos: a primeiro refere-se à suscetibilidade de a pessoa ser titular de direitos e deveres (capacidade de gozo) e de os poder exercer (capacidade de exercício); a segundo abrange competências individuais para a tomada de decisão, que varia de pessoa para pessoa e depende de inúmeros fatores ambientais e sociais, e para o qual o indivíduo pode necessitar de apoio específico. Segundo o art. 12.º da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, o facto de a pessoa com deficiência ter um *deficit cognitivo*, não pode justificar uma limitação ou negação da capacidade jurídica. *Vide* MARGARIDA PAZ, “A capacidade jurídica na convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência”, MARGARIDA PAZ (org.), *Direito das Pessoas com Deficiência 2017* [em linha], Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2017, (consultado a 29 de dezembro de 2018), disponível em <URL: [http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/eb\\_Direito\\_PessoasD2017.pdf](http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/eb_Direito_PessoasD2017.pdf)>, pp. 39-40; JOSÉ P. RIBEIRO DE ALBUQUERQUE/MARGARIDA PAZ, *ob. cit.*, pp. 109-110.

<sup>(39)</sup> JOSÉ P. RIBEIRO DE ALBUQUERQUE/MARGARIDA PAZ, *ob. cit.*, p. 49.

<sup>(40)</sup> Na determinação da situação de incapacidade de uma pessoa para se autodeterminar e reger os seus bens, não deixará de pesar o posicionamento sobre a hierarquização dos valores proteção e liberdade, sendo inevitável a tensão entre aqueles mesmos valores (v. Ac. do Tribunal Constitucional n.º 359/2011, Proc. n.º 58/11).

assumia qualquer relevância nos pressupostos da declaração de interdição, pelo que esta pouco ou nada revelava sobre a capacidade do interdito depor em tribunal.

Como muito bem explana o acórdão do Tribunal Constitucional n.º 359/2011 *supra* citado, “*a (in)capacidade para relatar determinada realidade com a qual se contactou, não só é frequentemente casuística, dependendo de múltiplos factores como a sua complexidade, o tipo e as circunstâncias do contacto ou o tempo entretanto decorrido, sendo, no mínimo, problemática a emissão de um juízo genérico de incapacidade para testemunhar, como, sobretudo, o juízo que presidiu à prolação de uma sentença de interdição é inaproveitável para se determinar a aptidão do interdito para prestar um depoimento credível*”. Acrescentado, “*as razões para as discriminações admissíveis neste domínio devem residir numa incapacidade efectiva para o exercício concreto dos direitos em causa, e não numa incapacidade ficcionada a partir de um julgamento que apura da capacidade geral da pessoa para reger a sua pessoa e os seus bens, com a finalidade de facilitar uma definição de quem tem capacidade para depor*”.

Do art. 71.º CRP, ao consagrar um direito especial de igualdade<sup>(41)</sup>, enquanto direito negativo, resulta que os cidadãos portadores de deficiência física ou mental não podem ser privados da titularidade e do exercício dos direitos e do cumprimento de todos os deveres atribuídos à generalidade dos cidadãos, salvo aqueles para os quais a sua deficiência os incapacite. Estão em causa restrições decorrentes da própria deficiência, tornando esta última numa cláusula de justificação constitucional da restrição de direitos fundamentais de portadores de deficiência, desde que verificados os requisitos previstos no art. 18.º CRP, estando por isso sob o controle do princípio da proporcionalidade.

Estas restrições dependem naturalmente da natureza e grau da deficiência, sendo tanto mais intensas e amplas quanto maior for a deficiência. No limite podem atingir uma parte significativa dos direitos fundamentais (v.g. internamento compulsivo em estabelecimento terapêutico), ou a perda da capacidade de exercício de direitos civis (como era o caso da interdição ou inabilitação)<sup>(42)</sup>. Na verdade, só se pode falar em restrições do exercício de um direito depois de juridicamente garantido estar delimitado o seu âmbito, ou seja, depois de definido o seu conteúdo<sup>(43)</sup>.

---

(41) GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *ob. cit.*, p. 880. *Vide* JORGE PEREIRA DA SILVA, *ob. cit.*, p. 92.

(42) GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *ob. cit.*, p. 881.

(43) GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *ob. cit.*, p. 388.

O art. 18.º CRP<sup>(44)</sup> procura, no fundo, prevenir que, através de leis ordinárias, o Estado acabe por frustrar a mensagem normativa ínsita nos direitos fundamentais: um objetivo com consequências no plano da interpretação. Na base deste preceito, os tribunais têm feito aplicações importantes no campo do processo e no domínio dos direitos substantivos<sup>(45)</sup>. O art. 18.º/2 CRP diz respeito, não à ponderação de bens em sentido estrito, isto é, a questão de saber se um determinado bem prevalece sobre o outro, mas ao controlo da proporcionalidade entre o fim valioso prosseguido pela medida legislativa e o meio sacrificial por ela imposto<sup>(46)</sup>.

O princípio da proporcionalidade (ou princípio da proibição do excesso) desdobra-se em três subprincípios<sup>(47)</sup>: o subprincípio da adequação (ou idoneidade) determina que o meio restritivo escolhido pelo legislador não pode ser inadequado ou inepto para a prossecução dos fins visados pela lei (eficácia)<sup>(48)</sup> — caso contrário admitir-se-ia um sacrifício frívolo de valor constitucional; o subprincípio da exigibilidade (ou necessidade ou indispensabilidade) determina que o meio escolhido pelo legislador não pode ser mais restritivo do que o indispensável para atingir a finalidade a que se destina — caso contrário admitir-se-ia um sacrifício desnecessário de valor constitucional; o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito determina que os fins alcançados pela medida devem, tudo visto e ponderado, justificar o emprego do meio restritivo — caso contrário seria de admitir soluções legislativas que importem um sacrifício líquido de valor constitucional<sup>(49/50)</sup>.

(44) Ac. do Tribunal Constitucional n.º 359/2011, Proc. n.º 58/11; GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *ob. cit.*, p. 381, “as normas contidas neste artigo condensam princípios fundamentais de uma doutrina ou teoria geral de direitos liberdades e garantias constitucionalmente adequadas. No n.º 1 especifica-se a força normativa de todos os preceitos constitucionais referentes a direitos, liberdades e garantias; nos n.ºs 2 e 3 estabelece-se o estatuto global das leis restritivas, individualizando-se os princípios constitucionais heteronomamente vinculativos das intervenções do legislador na esfera de direitos liberdades e garantias”.

(45) MENEZES CORDEIRO, *Direito do Trabalho I, cit.*, pp. 531-2.

(46) Ac. do Tribunal Constitucional n.º 396/2017, Proc. n.º 124/2017.

(47) *Vide* Ac. do Tribunal Constitucional n.º 396/2017, Proc. n.º 124/2017. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *ob. cit.*, pp. 392-3, “em qualquer caso, há um limite absoluto para a restrição de «direitos, liberdades e garantias», que consiste no respeito do «conteúdo essencial» dos respetivos preceitos”. JORGE PEREIRA DA SILVA, *ob. cit.*, p. 249, ss e 304, ss.

(48) Em caso algum se exige a eficácia máxima, antes bastando a existência de uma relação de causalidade positiva entre o meio e o fim, isto é, o reconhecimento de um grau sensível de capacidade do meio para transformar a realidade jurídica e material no sentido de alcançar o fim proposto (JORGE PEREIRA DA SILVA, *ob. cit.*, p. 250).

(49) A proporcionalidade em sentido estrito implica o recurso a uma metodologia de ponderação de bens: de um lado, o bem jusfundamental que é objeto de restrição legal; do outro, o bem constitucional que dir-se-ia justificar essa mesma intervenção legislativa restritiva (JORGE PEREIRA DA SILVA, *ob. cit.*, pp. 253-4).

(50) Salientando que, atualmente, tem-se vindo a defender a superação da trilogia clássica



Estes subprincípios são cumulativamente exigíveis, no duplo sentido em que se exige que uma medida legislativa não reprove em nenhum deles e em que, por necessidade lógica, todas as medidas que reprovam num teste precedente reprovam nos testes subsequentes. Ora, na situação em apreço verifica-se a ineptidão ou inidoneidade da medida, sendo, desde logo, suficiente para que a mesma seja excessiva e, conseqüentemente, inconstitucional. Uma medida inepta é, por implicação, desnecessária e desproporcional.

O acórdão do Tribunal Constitucional n.º 396/2017, Proc. n.º 124/2017, é muito claro neste sentido: *“A aptidão da medida parece assegurada pela aparente convergência entre o pressuposto da interdição - a anomalia psíquica — e a inidoneidade para testemunhar (...) Sucede que essa convergência não é real, porque o juízo em que se baseia a decisão de declarar a interdição tem fundamentos — a incapacidade do visado de reger a sua pessoa e bens —, e finalidades — a tutela dos interesses do próprio visado —, muito diversos das que presidem ao juízo relativo à idoneidade para testemunhar”*. Acrescentando, *“o que daqui se retira é que a incapacidade absoluta dos interditos por anomalia psíquica de testemunharem em juízo não é um meio apto a eliminar a valoração de depoimentos sem valor probatório; não o é, porque não está assegurada a coincidência substancial entre os dois universos, o dos sujeitos abrangidos pela incapacidade e a daqueles que através dela se pretende atingir. Está claro que a divergência entre estes universos não é integral, e que, em virtude desse facto, não se pode afirmar que a medida é absolutamente inepta. Porém, basta que não seja essencialmente apta a atingir a finalidade a que se destina, para que seja considerada excessiva. Nenhuma lesão de um bem digno de tutela se pode justificar por um fim que, através dela, apenas acidentalmente se materializa”*.

Em todo o caso, a solução legal sob escrutínio não passaria, em caso algum, os testes da exigibilidade e da proporcionalidade em sentido estrito<sup>(51)</sup>.

Por um lado, a presunção do legislador de que apreciar a idoneidade para testemunhar de pessoas que padecem de anomalia psíquica ou a cre-

---

alemã em que, tradicionalmente, é decomposto o princípio da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido restrito) devido às exigências acrescidas de controlo das leis de intervenções restritivas de direitos fundamentais, na sociedade atual e às dificuldades de aplicação do «teste» da necessidade, veja-se GUILHERME DA FONSECA TEIXEIRA, “Identidade e autodeterminação informacional no novo Regulamento Geral de Proteção de Dados: a inevitável privatização dos deveres estaduais de proteção”, in *Católica Law Review*, Vol. 2, N.º 1, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2018, p. 24, n. 28, e JORGE PEREIRA DA SILVA, *ob. cit.*, p. 288, ss.

<sup>(51)</sup> Assim, o Ac. do Tribunal Constitucional n.º 396/2017, Proc. n.º 124/2017, explanando muito bem esta posição, com a qual não poderíamos deixar de concordar.

dibilidade dos depoimentos dessas pessoas, excede as capacidades normais do poder judicial, tendo em conta aquilo que se exige do juiz num regime, como aquele que a própria lei consagra, de livre apreciação da prova. Ora, não se aceitando tal presunção, é claro que o fim visado pela medida — a exclusão de depoimentos com valor probatório negativo — pode ser adequadamente assegurado através de um regime de incapacidade relativa, nos termos do qual a idoneidade para depor de testemunha que padece de anomalia psíquica é julgada casuisticamente, atentas a natureza e o grau da anomalia psíquica, bem como a natureza e pertinência do respetivo depoimento<sup>(52)</sup>. Aliás, é precisamente esse o regime consagrado, por exemplo, para os menores<sup>(53)</sup>, como era para as pessoas que padeciam de anomalia psíquica sem que tenham sido declaradas interditas, quer ainda para os interditos por outra razão que não a anomalia psíquica.

Por outro lado, a parca eficácia da medida na exclusão de depoimentos com valor probatório negativo não podia justificar o sacrifício de depoimentos com valor probatório positivo de interditos por anomalia psíquica<sup>(54)</sup>.

Em suma, havia uma clara violação do princípio da proibição do excesso, consagrado no art. 18.º/2 CRP<sup>(55)</sup>.

Ademais, a incapacidade absoluta dos interditos por anomalia psíquica testemunharem constituía, ela própria, uma compressão injustificada do direito à prova, refratário do direito a um processo equitativo, consagrado no art. 20.º/4 CRP<sup>(56)</sup>. Isto é, o direito a um processo orientado para

---

(52) No teste da necessidade, o princípio da proporcionalidade assume-se como um princípio comparativo, obrigando à realização de um confronto entre diferentes meios: entre o meio efetivamente utilizado e outros meios hipoteticamente disponíveis para alcançar o fim almejado pelo legislador (e constitucionalmente legitimado), JORGE PEREIRA DA SILVA, *ob. cit.*, p. 251.

(53) *V.g.*, o filho menor de 11 anos do casal desavindo, que poderá depor como testemunha na ação de divórcio que um dos progenitores mova contra o outro, embora o art. 497.º/1/a) CPC permita a recusa deste depoimento, pois que se trata de uma causa onde litigam os ascendentes (*vide* J. P. REMÉDIO MARQUES, *ob. cit.*, p. 567, n. 1). Veja-se, ainda, os arts. 4.º/1/c), 5.º e 35.º/3 da Lei n.º 141/2015, de 8 de setembro (Regime Geral do Processo Tutelar Cível).

(54) Ac. do Tribunal Constitucional n.º 396/2017, Proc. n.º 124/2017. JORGE PEREIRA DA SILVA, *ob. cit.*, p. 255, “*a ideia de proporcionalidade em sentido estrito vela pela necessidade de evitar soluções legais demasiado desequilibradas, em que a justa cedência de um direito em face de outro se transforme, por falta de contenção de legislador, numa verdadeira capitulação*”.

(55) Ac. do Tribunal Constitucional n.º 359/2011, Proc. n.º 58/11: “*o simples benefício da maior certeza sobre qual o universo de pessoas consideradas incapazes de prestarem declarações em processo penal, devido a sofrerem de anomalia psíquica, que pode ser invocado em favor desta solução, revela-se manifestamente desproporcionado como justificação para a adoção pelo legislador ordinário de um critério que discrimina os deficientes, por anomalia psíquica, interditos, dos demais cidadãos, incluindo as pessoas que sofrendo também de anomalia psíquica não se encontrem interditos*”. Veja-se, também, o Ac. do Tribunal Constitucional n.º 486/2018, Proc. n.º 589/2017.

(56) A doutrina e a jurisprudência têm procurado densificar o princípio do processo equitativo

a justiça material e não meramente formal, na medida em que excluía a possibilidade de produção de prova testemunhal que poderia vir, não só a revelar-se útil, mas até, consoante o caso concreto, decisiva na descoberta da verdade material<sup>(57)</sup>. Aliás, na prática, a prova testemunhal, consoante o circunstancialismo, poderá assumir uma importância particularmente significativa, por ser a única a que pode recorrer-se na demonstração da realidade de muitos factos<sup>(58)</sup>.

Em causa está uma medida de promoção de um bem, através de um meio lesivo desse mesmo bem — a integridade probatória do processo, refratária do direito ao processo equitativo (20.º/4 CRP) e do próprio princípio do Estado de Direito (2.º CRP). Tem-se entendido que a observância destes princípios não implica necessariamente a admissibilidade de todos os meios de prova, não se excluindo a possibilidade do legislador consagrar limitações e proibições neste domínio, desde que não sejam arbitrárias ou desproporcionadas.

Com efeito, para prevenir a valoração de depoimentos com um valor probatório negativo — uma possibilidade inerente a um regime de livre apreciação da prova —, a lei excluía liminarmente todo um universo de depoimentos, o dos interditos por anomalia psíquica, que abrangia um subconjunto mais ou menos alargado de casos de valor probatório positivo — uma implicação necessária de um regime de incapacidade absoluta. Os benefícios e os sacrifícios da medida incidem, pois, sobre o mesmo bem, o da integridade probatória do processo<sup>(59)</sup>.

---

através de outros princípios: direito à igualdade de armas; direito do contraditório; direito a prazos razoáveis de ação ou de recurso, direito à fundamentação das decisões; direito à decisão em tempo razoável; direito ao conhecimento dos dados processuais; direito à prova (isto é, à apresentação de provas destinadas a demonstrar e provar os factos alegados em juízo); direito a um processo orientado para a justiça material sem demasiadas formalidades (GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *ob. cit.*, pp. 414-6).

<sup>(57)</sup> Neste sentido, Ac. do Tribunal Constitucional n.º 396/2017, Proc. n.º 124/2017.

<sup>(58)</sup> Como realçado por ANTUNES VARELA, J. MIGUEL BEZERRA, SAMPAIO E NORA, *ob. cit.*, p. 614, “*se a vida moderna, por uma questão de segurança, tende a documentar um número cada vez maior de actos jurídicos, continua a ser enorme o contingente de factos imprevistos e dos próprios factos previsíveis, com relevância para o julgamento dos litígios, em que o único meio de prova utilizável é o recurso ao depoimento das pessoas (terceiros) que tiveram acidentalmente percepção desses factos ou de ocorrências a eles ligados por qualquer nexo de instrumentalidade*”. Todavia, não se pode olvidar do perigo relacionado com a fiabilidade e falibilidade que a prova testemunhal comporta, não constituindo, pois, um meio de prova tão fidedigno como, por exemplo, o documento (FERNANDO PEREIRA RODRIGUES, *A Prova em Direito Civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, pp. 150-4). *Vide* LUÍS FILIPE PIRES DE SOUSA, *Prova Testemunhal*, Almedina, Coimbra, 2013.

<sup>(59)</sup> O interesse lesado pela norma é de natureza objetiva. Logo, é indiferente, como foi largamente discutido no âmbito processual penal, a posição do sujeito processual em causa: “*É por essa razão — a natureza essencialmente objetiva dos valores constitucionais relevantes —, que a questão que aqui se coloca não diz apenas respeito ao depoimento das vítimas, mas ao de qualquer pessoa declarada*

Ora, a proibição do interdito por anomalia psíquica de prestar declarações em audiência sobre a factualidade em julgamento, livremente valoráveis pelo tribunal, não encontrava justificação bastante nas vantagens da adoção de um método objetivo de determinação das pessoas que, sofrendo de anomalia psíquica, podiam prestar depoimentos credíveis em audiência, uma vez que, o critério adotado revelava-se inadequado para se obter uma escolha com o mínimo de rigor. Seria até acentuar a desproteção do próprio interdito, que já se encontrava numa situação de especial vulnerabilidade pela sua deficiência, paradoxalmente justificada por esta ter sido colocada, por decisão judicial, sob um determinado regime destinado a assegurar a sua proteção<sup>(60)</sup>.

Voltando ao caso apresentado inicialmente, mesmo numa perspectiva de defesa dos direitos do trabalhador despedido, impedir-se uma testemunha, por interdita, de depor podia, nas circunstâncias descritas, redundar num prejuízo para o mesmo, por impedir um confronto de ambas as versões e restringir as possibilidades de ampla avaliação do tribunal (ressalvados os cuidados devidos e analisadas as especificidades do caso)<sup>(61)</sup>.

Assim, a limitação probatória resultante da norma sindicada revelava-se desproporcionada, sacrificando injustificadamente o direito à prova e o direito a um processo orientado para a justiça material.

Em suma, não permitir uma testemunha, por interdita, de prestar depoimento era uma clara violação do princípio da igualdade, na vertente da proibição de discriminação (13.º/1 CRP) — revelava-se discriminatória relativamente a uma categoria de pessoas: os interditos por anomalia psíquica<sup>(62)</sup> —, do princípio da proporcionalidade, em todos os seus subprincípios

---

*interdita em razão de anomalia psíquica*” (Ac. do Tribunal Constitucional n.º 396/2017, Proc. n.º 124/2017). Vide Ac. do Tribunal da Relação de Coimbra de 20/12/2011, Proc. n.º 771/08. 6PC CBR.C1: “*tal leitura de inconstitucionalidade poderá ser feita para além das situações de ofendidos, nomeadamente, perante testemunhas oculares ou físicas de uma determinada ocorrência criminal*”.

<sup>(60)</sup> Ac. do Tribunal Constitucional n.º 359/2011, Proc. n.º 58/11.

<sup>(61)</sup> Num sentido análogo, Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa de 22/05/2007, Proc. n.º 85/075.

<sup>(62)</sup> A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia estabelece no seu art. 21.º a proibição de discriminação em razão, designadamente, da deficiência, e, no seu art. 26.º, reconhece e respeita o direito das pessoas com deficiência a beneficiarem de medidas destinadas a assegurar a sua autonomia, a sua integração social e profissional e a sua participação na vida da comunidade. Ora, o princípio da interpretação conforme impõe ao intérprete interno privilegiar, entre os vários sentidos hermenêuticos possíveis da norma, optar pelo que garanta conformidade ao Direito Europeu (e jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia). O limite deste princípio encontra-se na interpretação *contra legem*. (MILENA ROUXINOL, “Comentário breve ao Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 5 de março de 2018: o problema da contagem dos dias de férias e a interpretação do n.º 3 do art. 238.º do CT”, in *Prontuário do Direito do Trabalho*, I, Almedina, 2018, p. 341; MENEZES CORDEIRO, *Direito do Trabalho I*, cit., p. 537).

prios (18.º/2 CRP) e do direito a um processo equitativo (20.º/4 CRP), violando não só os direitos fundamentais das pessoas em causa, mas também o dever que incumbe aos tribunais de realização da justiça material.

É nossa convicção que a lei já se preocupava em assegurar o exercício dos direitos do interdito, não fazendo sentido que fosse ignorado em termos de prova quanto às suas declarações, que deviam ser interpretadas e valoradas atendendo às limitações que apresentavam. Sendo, assim, absolutamente indiferente o grau de doença mental para se concluir que tal possa implicar uma incapacidade de depor em julgamento e prestar declarações<sup>(63)</sup>. Em muitas situações, o quadro de saúde mental do sujeito, e o respetivo grau de afetação da cognição ou da volição, tidos em atenção na avaliação dos pressupostos da interdição judicial, não se projetavam relevantemente sobre a capacidade do interdito por anomalia psíquica para apreender e responder com verdade às questões que lhe podiam ser colocadas, com vista à obtenção de relato fidedigno de factos por si observados ou experienciados<sup>(64)</sup>.

De um modo geral, não podem ser testemunhas as pessoas que não possuam capacidade física ou mental para se poderem exprimir e mostrar conhecimentos dos factos, como as portadoras de graves deficiências físicas e psíquicas que não lhes permita qualquer perceção dos factos ou como os que estejam debaixo de um estado de enfermidade de tal modo profundo que os incapacite de qualquer expressão com significado<sup>(65)</sup>.

Diferentemente, será o caso de depoimentos prestados por pessoas que, não estando — ou melhor, não estavam — interditas por anomalia psíquica, apresentam-se, no entanto, como notoriamente dementes, fracos de espírito, toxicodependentes ou alcoólicos, entre outros, ou seja, indivíduos que mostrem possuir um estado de anormalidade que dificilmente se possa admitir que sejam capazes de produzir um depoimento merecedor de grande confiança. O depoimento de pessoas com estas particularidades não pode ser negligenciado, ainda que deva ser usado com a máxima cautela e sentido crítico. Como defende FERNANDO PEREIRA RODRIGUES, suportando-se na doutrina de ALBERTO DOS REIS<sup>(66)</sup>, “*até a pessoa notoriamente*

---

(63) Ac. do Tribunal da Relação de Coimbra de 9/3/2016, Proc. n.º 337/12.6GAMGL.C1, “*aliás a própria ciência e sistema de ensino nos dia de hoje preocupam-se em entender e interpretar o portador de doença do foro psíquico e psiquiátrico, havendo hoje técnicos especializados para os interpretar e com eles dialogar, por forma a permitir a sua socialização dentro do possível*”.

(64) Ac. do Tribunal Constitucional n.º 486/2018, Proc. n.º 589/2017.

(65) FERNANDO PEREIRA RODRIGUES, *ob. cit.*, p. 155; JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *A Ação Declarativa...*, *cit.*, p. 279, n. 3; J. P. REMÉDIO MARQUES, *ob. cit.*, p. 566, n. 2.

(66) *Código do Processo Civil Anotado*, Vol. IV, reimpressão, Coimbra Editora, Coimbra, 1987, p. 345.

*demente pode, apesar de tudo, ter momentos de alguma lucidez para relatar ou confirmar, ainda que com alguma perturbação à mistura, um qualquer facto de grande simplicidade de percepção e que seja de capital importância para a prova de um evento, como por exemplo, em face de dois indivíduos dizer qual deles viu em determinado local quando lá também se encontrava”*<sup>(67)</sup>. Questionamos: será assim tão diferente relativamente ao interdito por anomalia psíquica que, lembre-se, apenas foi declarado judicialmente incapaz de reger a sua pessoa e os seus bens? Não conseguimos vislumbrar uma razão suficientemente forte que justifique tal diferença de tratamento.

Ademais, a medida também não se mostrava necessária para atingir a finalidade de assegurar uma representação genuína e fidedigna da realidade, em termos compatível com o princípio da descoberta da verdade material, pois, a par da atuação do princípio da livre apreciação da prova, *“incumbe ao juiz verificar a capacidade natural das pessoas arroladas como testemunhas, com vista a avaliar a admissibilidade e a credibilidade do respetivo depoimento”* (495º/2 CPC). Trata-se de apreciação de credibilidade à luz de critérios jurídicos gerais e relativamente abertos, estreitamente indexada às circunstâncias específicas de cada caso. Não deixa, porém, de materializar um juízo objetivo de ponderação dos vários interesses em presença<sup>(68)</sup>.

Voltando ao caso apresentado de início, o tribunal proferiu sentença<sup>(69)</sup> declarando lícito o despedimento do trabalhador com base, em suma, na violação do dever de respeito a que está vinculado, quer perante o empregador quer perante os utentes deste, bem como o dever de lealdade<sup>(70)</sup> (128.º/1, a) e f) Código do Trabalho). Curiosamente, de entre toda a prova produzida, revelou-se crucial o depoimento de uma testemunha, também utente da entidade empregadora, que presenciou diretamente os factos praticados pelo trabalhador, cujo depoimento já foi admitido por a mesma ser *“apenas”* declarada inabilitada judicialmente. Fundamentando o tribunal: *“a verdade é que do seu discurso se nota uma capacidade intelectual algo diminuída, o que, porém, não motivou qualquer incapacidade de facto na prestação do depoimento. Na verdade, este foi prestado de*

---

<sup>(67)</sup> FERNANDO PEREIRA RODRIGUES, *ob. cit.*, p. 156.

<sup>(68)</sup> Ac. do Tribunal Constitucional n.º 486/2018, Proc. n.º 589/2017.

<sup>(69)</sup> Em janeiro de 2019.

<sup>(70)</sup> Quanto ao dever de lealdade do trabalhador, veja-se o NOSSO, JORGE ARTUR COSTA, *“O dever de lealdade do trabalhador, em especial a obrigação de não concorrência. A pós-eficácia do dever de lealdade”*, in *Questões Laborais*, n.º 53, ano XXV, jul/dez 2018, Almedina, p. 91, ss.

*forma coerente e espontânea, demonstrando uma compreensão bastante das perguntas que lhe foram dirigidas, e que ao tribunal se revelou credível, sendo certo que nenhum facto ou circunstância permite afastar tal credibilidade*". Repetimos: será assim tão diferente relativamente ao interdito por anomalia psíquica — atentas, naturalmente, as circunstâncias do caso concreto, a natureza e grau da anomalia, bem como a natureza e pertinência do respetivo depoimento — que, lembre-se, apenas foi declarado judicialmente incapaz de reger a sua pessoa e os seus bens?

#### **4. Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiências**

Não podíamos deixar de referir a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD)<sup>(71)</sup>, que representa um importante instrumento legal no reconhecimento e promoção dos direitos humanos das pessoas com deficiência e na proibição da discriminação destas em todas as áreas da vida<sup>(72)</sup>.

A CDPD, constituindo um novo paradigma na abordagem jurídica e judiciária das pessoas com deficiência mental e intelectual<sup>(73)</sup>, tem como objetivo promover, proteger e garantir o pleno e igual gozo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente (1.º CDPD). Por conseguinte, todas as pessoas com deficiência são iguais perante e nos termos da lei e têm direito, sem qualquer discriminação, a igual proteção e benefício da lei (5.º CDPD)<sup>(74)</sup>.

---

(71) Adotada em Nova Iorque em 30 de março de 2007, aprovada, para ratificação, pela Resolução da Assembleia da República n.º 56/2009, de 7 de Maio, e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 71/2009, de 30 de julho de 2009, tendo entrado em vigor em Portugal a 23 de outubro de 2009. *Vide* MENEZES CORDEIRO, "Da situação jurídica do maior acompanhado. Estudo de política legislativa relativo a um novo regime das denominadas incapacidades dos maiores", in *Revista de Direito Civil*, Ano III, n.º 3, Almedina, 2018, p. 528, ss; JOSÉ P. RIBEIRO DE ALBUQUERQUE/MARGARIDA PAZ, *ob. cit.*, p. 104, ss.

(72) *Ver supra* nota 22.

(73) JOSÉ P. RIBEIRO DE ALBUQUERQUE/MARGARIDA PAZ, *ob. cit.*, p. 105.

(74) Para efeitos da referida CDPD é considerada «Discriminação com base na deficiência» qualquer distinção, exclusão ou restrição com base na deficiência que tenha como objetivo ou efeito impedir ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício, em condições de igualdade com os outros, de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais no campo político, económico, social, cultural, civil ou de qualquer outra natureza. Inclui todas as formas de discriminação, incluindo a negação de adaptações razoáveis (2.º).

A CDPD adota um conceito amplo de deficiência, incluindo aqueles que têm incapacidades duradouras físicas, mentais, intelectuais ou sensoriais, que em interação com várias barreiras podem impedir a sua plena e efetiva participação na sociedade em condições de igualdade com os outros (1.º CDPD). Abrangendo deficiência grave, moderada e mesmo ligeira.

O art. 12.º CDPD, com a epígrafe «reconhecimento igual perante a lei», refere-se à personalidade e capacidade jurídicas, do qual resulta que a limitação da capacidade mental não pode justificar a supressão da capacidade judiciária<sup>(75)</sup>. Os Estados-Partes fornecem garantias que as medidas relacionadas com o exercício da capacidade jurídica respeitam os desejos, vontade e preferências das pessoas com deficiências, estão isentas de conflitos de interesse e influências indevidas, são proporcionais e adaptadas às circunstâncias da pessoa, aplicam-se no período de tempo mais curto possível e estão sujeitas a um controlo periódico por uma autoridade ou órgão judicial competente, independente e imparcial.

Dispõe, ainda, o art. 13.º CDPD, sobre a epígrafe «acesso à justiça», que releva de sobremaneira ao tema abordado no presente texto, o seguinte: “1 — *Os Estados Partes asseguram o acesso efectivo à justiça para pessoas com deficiência, em condições de igualdade com as demais, incluindo através do fornecimento de adaptações processuais e adequadas à idade, de modo a facilitar o seu papel efectivo enquanto participantes directos e indirectos, incluindo na qualidade de testemunhas, em todos os processos judiciais, incluindo as fases de investigação e outras fases preliminares*” (sublinhado nosso).

Destas normas conclui-se que para decidir de uma medida tomada relativamente à pessoa e bens da pessoa deficiente, sobretudo quando ainda lhe resta margem de capacidade de decisão e de autonomia, é sempre necessário proceder à articulação entre o seu melhor interesse objetivo e o espaço de autonomia que ainda mantém, não sendo legítimas intervenções que envolvam o sacrifício completo de uma das dimensões ou interesses (interesse objetivo ou autonomia) à custa da esfera de interesses que lhe contrapõe<sup>(76/77)</sup>.

---

<sup>(75)</sup> Ver *supra* nota 38.

<sup>(76)</sup> Assim, PAULA RIBEIRO DE FARIA, *Os Crimes Praticados Contra Idosos*, 2.ª ed., Universidade Católica Editora, Porto, 2018, p. 40, já realçando que é à luz desta conclusão que devem ser analisadas as soluções consagradas pela nossa lei para a proteção da pessoa sem autonomia ou com menor autonomia decisória, devendo, para o efeito, distinguir-se entre medidas de proteção pontual e medidas de proteção permanente.

<sup>(77)</sup> Ao nível do direito nacional, também a Lei n.º 38/2004, de 18 de agosto, que define as bases gerais do regime jurídico da prevenção, habilitação, reabilitação e participação da pessoa com



A interdição, nos moldes em que se encontrava prevista pela nossa lei civil, dificilmente podia ser compatível com o princípio da igualdade e, sobretudo, da máxima preservação da capacidade a que se refere a CDPD, que estabelece que, salvo nos casos em que a restrição da capacidade se mostra necessária para a proteção da pessoa incapaz, “*a medida de proteção não deve envolver a perda completa da capacidade legal*”<sup>(78)</sup>.

A CDPD constitui uma verdadeira mudança de paradigma no que concerne à proteção das pessoas com deficiência: estas deixam de ser «objeto» de cuidado e proteção, para serem encaradas como verdadeiros sujeitos de direito, em igualdade com as restantes pessoas, nomeadamente com o direito à autonomia e autodeterminação<sup>(79)</sup>.

## 5. Alterações decorrentes da Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto

### 5.1. Considerações gerais: breve análise do (novo) regime jurídico do maior acompanhado

A Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto, cria o regime jurídico do maior acompanhado, eliminando os institutos da interdição e da inabilitação, previstos no CC<sup>(80)</sup>. Adaptando-se a ordem jurídica portuguesa às exigências

---

deficiência, consagra no seu art. 4.º a doutrina da alternativa menos restritiva, estabelecendo no seu art. 5.º que a pessoa com deficiência tem direito ao acesso a todos os bens e serviços da sociedade, bem como o direito e o dever de desempenhar um papel ativo no desenvolvimento da sociedade, sendo-lhe reconhecido o direito de decisão pessoal na definição e condução da sua vida (7.º).

<sup>(78)</sup> Como alerta PAULA RIBEIRO DE FARIA, *ob. cit.*, p. 41. Veja-se as Recomendações do Conselho da Europa a respeito: a proteção dos direitos humanos e da dignidade das pessoas com doença mental (2004); sobre a promoção dos direitos e da plena participação das pessoas deficientes na sociedade (2006); sobre o envelhecimento e da deficiência (2009). Atente-se também no sentido da decisão tomada pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, no caso *Herczegfalvy* contra Áustria, Processo n.º 10533/83, de 24 de setembro de 1992, relativamente à legitimidade da imposição de tratamentos psiquiátricos a doentes parcialmente incapazes, onde afirmou a necessidade de conciliar o respeito pelo consentimento e a autonomia do doente e as necessidades terapêuticas do caso concreto.

<sup>(79)</sup> JOSÉ P. RIBEIRO DE ALBUQUERQUE/MARGARIDA PAZ, *ob. cit.*, p. 110.

<sup>(80)</sup> A presente lei entrou em vigor em 10 de fevereiro de 2019. Quanto à aplicação da lei no tempo, o seu art. 26.º determina a aplicação imediata da nova lei aos processos de interdição e de inabilitação pendentes, determinando que o juiz recorra aos poderes de gestão processual (6.º/1 CPC) e adequação formal (547.º CPC) para proceder às adaptações necessárias — é de aplicação imediata, mas não automática. As interdições e inabilitações já decretadas passam a estar sujeitas a este novo regime, ou seja, converte as antigas interdições e inabilitações, respetivamente, em medida de acompanhamento com poderes gerais de representação do acompanhante e em medida de acompanhamento com poderes de autorização do acompanhante. Os tutores e curadores passam a ter o estatuto de acom-

provenientes de instrumentos internacionais a que Portugal se encontra adstrito, nomeadamente a CDPD, seguindo o exemplo das ordens jurídicas alemã, francesa e italiana<sup>(81)</sup>. Do mesmo modo, tratou-se de modernizar o instituto de apoio às pessoas com necessidades especiais à luz das atuais diretrizes científicas e face à realidade socioeconómica e demográfica do país. Diga-se, desde já, que o balanço da lei é francamente positivo.

A pessoa maior impossibilitada, seja por razões de saúde<sup>(82)</sup>, deficiência<sup>(83)</sup>, ou pelo seu comportamento<sup>(84)</sup> (requisito objetivo), de exercer os seus direitos ou cumprir os seus deveres, de forma plena, pessoal e consciente (requisito subjetivo)<sup>(85)</sup>, é beneficiária deste novo regime jurídico (138.º CC)<sup>(86)</sup>. A amplitude dos conceitos indeterminados utilizados permite uma grande abrangência de situações. Todavia, apesar do seu carácter aberto, carecem sempre de concretização casuística.

Os princípios da subsidiariedade e da necessidade representam as traças mestras sobre as quais assenta este novo regime monista.

Por um lado, este é edificado com base num princípio de subsidiariedade (140.º/ 2 CC), pois só é decretada quando as finalidades que com ela

panhantes. Prevê-se a possibilidade de revisão de todos os processos de interdição e inabilitação anteriores à entrada deste regime.

<sup>(81)</sup> Vide MENEZES CORDEIRO, “Da situação jurídica do maior acompanhado...”, *cit.*, p. 505, ss, e *Tratado I/ III, cit.*, p. 461; PAULA RIBEIRO DE FARIA, *ob. cit.*, p. 42.

<sup>(82)</sup> Deixamos de estar limitados pela noção de anomalia psíquica e pelas dificuldades de recondução de algumas doenças que, afetando sistemicamente o corpo humano, podem não contender diretamente com a mente (v.g. doenças do sistema nervoso periférico que, provocando uma atrofia muscular absolutamente incapacitante, não alteram o pensamento). Vide MAFALDA MIRANDA BARBOSA, “Maiores Acompanhados...”, *cit.*, p. 240.

<sup>(83)</sup> Fundamental é que a deficiência limite o desempenho do sujeito em termos volitivos e/ou cognitivos. Logo, serão residuais as situações de cegueira ou surdez-mudez que justificarão o regime de acompanhamento. Vide MAFALDA MIRANDA BARBOSA, “Maiores Acompanhados...”, *cit.*, p. 241, e “Fundamentos, conteúdo e consequências do acompanhamento de maiores”, *O novo Regime Jurídico do Maior Acompanhado* [em linha], Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2019, (consultado a 24 de abril 2019), disponível em <URL: [http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/eb\\_Regime\\_Maior\\_Acompanhado.pdf](http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/eb_Regime_Maior_Acompanhado.pdf)>, p. 65; JORGE MORAIS DE CARVALHO, *ob. cit.*, p. 162.

<sup>(84)</sup> V.g., prodigalidade, alcoolismo, toxicodependência, entre outros. Fundamental é que o comportamento seja causa, em concreto, pelo menos num específico domínio da vida, da falta de auto-determinação da pessoa.

<sup>(85)</sup> Devem estar em causa não só o exercício, mas também a própria aquisição de direitos, bem como não deverá estar em causa o cumprimento, mas a própria assunção de deveres (MAFALDA MIRANDA BARBOSA, “Maiores Acompanhados...”, *cit.*, p. 239).

<sup>(86)</sup> A lei permite que o acompanhamento seja decretado em relação a um especial domínio da vida do beneficiário e a situações transitórias (v.g., no internamento subsequente a um acidente, tratamento ou intervenção cirúrgica, que deixa a pessoa impossibilitada de exercer os seus direitos por um período de tempo relativamente curto). Vide MAFALDA MIRANDA BARBOSA, “Maiores Acompanhados...”, *cit.*, p. 241, e “Fundamentos, conteúdo...”, *cit.*, p. 65.

se prosseguem não sejam garantidas através dos deveres gerais de cooperação e assistência que no caso caibam (v.g. decorrentes de relações familiares). Por conseguinte, mesmo que se encontrem preenchidos os requisitos subjetivo e objetivo da medida de acompanhamento, pode não se justificar normativamente a aplicação de qualquer medida de acompanhamento<sup>(87)</sup>.

Por outro lado, concentrando-se na pessoa e não, especialmente, no património, este regime tem como objetivo garantir o bem-estar, a recuperação, o pleno exercício dos seus direitos, bem como a observância dos deveres do sujeito maior de idade (140.º/1 CC), limitando-se ao mínimo necessário (145.º/1 CC) para que a autodeterminação e capacidades do maior acompanhado possam, dentro dos circunstancialismos, ser asseguradas com a menor restrição: “*proteger sem incapacitar*”<sup>(88)</sup>. Ora, este era precisamente um dos maiores inconvenientes que apresentava o regime anterior.

Vigora, assim, o princípio da primazia da vontade do beneficiário, porém, não de forma absoluta e irrestrita. Desde logo, o acompanhamento tem de ser requerido pelo próprio maior carecido de proteção ou mediante autorização deste<sup>(89)</sup>, só podendo ser decretado independentemente dessa vontade quando seja requerido por iniciativa do Ministério Público e só podendo ser suprida aquela autorização quando o maior não possa livre e conscientemente prestá-la ou quando se considere existir um fundamento atendível (141.º CC)<sup>(90)</sup>. Acresce que o acompanhamento é decidido pelo tribunal<sup>(91)</sup>, após audição pessoal e direta do beneficiário (139.º/1 CC). A possibilidade de celebração de mandato com vista a acompanhamento<sup>(92)</sup>(156.º CC), prevenindo uma possível e futura necessidade, bem como a escolha do acompanhante (143.º/1 CC), revelam, ainda, a impor-

---

(87) MAFALDA MIRANDA BARBOSA, “Maiores Acompanhados...”, *cit.*, pp. 243-4.

(88) PINTO MONTEIRO, “Das incapacidades ao maior acompanhado — breve apresentação da lei n.º 49/2018”, *O novo Regime Jurídico do Maior Acompanhado* [em linha], Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2019, (consultado a 24 abril de 2019), disponível em <URL: [http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/eb\\_Regime\\_Maior\\_Acompanhado.pdf](http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/eb_Regime_Maior_Acompanhado.pdf)>, p. 31.

(89) O acompanhamento pode ser requerido e instaurado dentro do ano anterior à maioridade, para produzir efeitos a partir desta (142.º e 131.º CC). As responsabilidades parentais ou a tutela mantêm-se até ao trânsito em julgado da sentença que o decreta.

(90) A falta de manifestação de vontade por parte do acompanhado deve ser compensada por uma maior exigência na verificação dos requisitos do acompanhamento (MAFALDA MIRANDA BARBOSA, “Maiores Acompanhados...”, *cit.*, p. 244).

(91) Em qualquer altura do processo, podem ser determinadas as medidas de acompanhamento provisórias e urgentes, necessárias para providenciar quanto à pessoa e bens do requerido (139.º/2 CC).

(92) Esta é uma figura pensada principalmente para pessoas com doenças degenerativas. MENEZES CORDEIRO, “Da situação jurídica do maior acompanhado...”, *cit.*, p. 550, considerando a importância de o mandato passar sempre pelo crivo do tribunal.

tância atribuída pelo legislador à vontade e autonomia do maior. Fundamental é que tenha capacidade para entender a informação que lhe é dada, capacidade para a reter, para a articular como momento do processo e tomada de decisão, e para comunicar a sua decisão final<sup>(93)</sup>.

É criada a nova figura do acompanhante — que vem substituir o tutor e o curador — que será designado judicialmente de acordo com uma lista não taxativa “*cuja designação melhor salvaguarde o interesse imperioso do beneficiário*”, contemplando-se a possibilidade de especialização em função de determinadas atribuições (143.º CC). A preocupação pelo bem-estar e recuperação do acompanhado está presente nos deveres de cuidado e diligência que, na concreta situação, o acompanhante deve respeitar, devendo este visitar o acompanhado, pelo menos, com uma periodicidade mensal (146.º CC). O exercício das funções de acompanhante não é remunerado, sem prejuízo da alocação de despesas, consoante a condição do acompanhado e a do acompanhante (151.º CC). Note-se que podem ser designados vários acompanhantes, com diferentes funções, devendo as atribuições de cada um ser especificadas<sup>(94)</sup>.

Procede-se a uma graduação da medida de intervenção do acompanhante que, permitindo ter em conta o melhor interesse da pessoa do acompanhado, não lhe retira toda a autonomia, nem o coloca numa situação de absoluta dependência, como sucedia no caso da interdição<sup>(95)</sup>. Estabelecendo-se a possibilidade de adequação da medida de acompanhamento a cada caso concreto, isto é, impõe-se um tratamento da situação da

---

<sup>(93)</sup> No caso específico das intervenções médicas, o esclarecimento deve adequar-se ao perfil, educação e sensibilidade da pessoa à qual se dirige. PAULA RIBEIRO DE FÁRIA, *ob. cit.*, p. 38, sublinhando o princípio regra da capacidade decisória da pessoa de idade: “*não existindo uma razão concreta que leve a concluir em sentido inverso, a pessoa de idade deve ser considerada totalmente capaz de tomar as suas decisões*”. Contudo, pode não ter tal domínio da vontade porque ela está fragilizada ou porque não consegue torna-la atuante (v.g., situação de um tetraplégico que, não afetado intelectualmente, não consegue pôr em marcha a sua vontade, de modo que dele se poderá dizer que não tem o domínio da vontade que lhe permita determinar o seu comportamento de acordo com o seu entendimento). *Vide* MAFALDA MIRANDA BARBOSA, “Fundamentos, conteúdo...”, *cit.*, p. 65, n. 3.

<sup>(94)</sup> RUI CARDINAL CARVALHO, “Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto — Cria o regime jurídico do maior acompanhado e elimina os institutos da interdição e da inabilitação”, [em linha], (consultado a 29 de dezembro de 2018), disponível em <URL:<http://bdjur.almedina.net/fartigo.php?id=121>>: “*sendo designados vários acompanhantes, com diferentes atribuições, poderão as exigências de acompanhamento do beneficiário em matéria de visitas ser diferentes para cada um, podendo o tribunal, porque a lei não o impede, mas antes o parece impor, determinar qual a periodicidade mensal adequada a cada um dos acompanhantes designados, sendo certo que, na falta de determinação judicial, valerá periodicidade mensal mínima legalmente fixada, a qual (...) deverá ser observada por cada um dos acompanhantes, por se presumir necessária ao efetivo exercício das funções de cada um*”.

<sup>(95)</sup> Aproxima-se da solução que já sucedia na “Lei de Acompanhamento” alemã (*Betreuungsgesetz*). *Vide* PAULA RIBEIRO DE FÁRIA, *ob. cit.*, p. 42.

pessoa incapaz que seja proporcional e adequado às suas limitações (“*fato à medida*”)(<sup>96</sup>), sempre com respeito da dignidade da pessoa humana.

O que significa que poderá haver situações que devem qualificar-se dogmaticamente como casos de incapacidade de exercício de direitos, ainda que só excecionalmente e dependendo, em cada caso, da decisão do tribunal. O acompanhado pode sofrer uma restrição tão ampla da sua capacidade que, na prática, fica equiparado a um interdito. Pois, “*tão prejudicial seria eliminar por sistema a capacidade de tomar decisões de uma pessoa com deficiência como atribuir plena capacidade de exercício a quem de facto carece dela*”(97). Deve respeitar-se a autonomia da pessoa com deficiência no alcance de suas possibilidades, mas também se deve protegê-la na medida das suas vulnerabilidades. Aliás, é esse o sentido material do princípio da igualdade: tratamento igual das situações de facto iguais e um tratamento diverso das situações de facto diferentes. As incapacidades visam proteger o interesse do incapaz. Simplesmente, o que antes era a regra, hoje é a exceção.

Desta forma, o acompanhamento pode, em casos limite e excecionalmente, nomeadamente em situações de absoluta incapacidade, que pode chegar a ser genérica, (“*hard cases*”)(98), envolver uma representação legal, com medidas de substituição. Imagine-se situações em que falte, de todo, a vontade ou a capacidade para entender e querer, ou ela está profundamente afetada em termos tais que a deficiência que a pessoa sofre a impossibilita de governar a sua pessoa e bens. Como pode implicar o recurso à assistência, mediante a autorização do acompanhante para a prática de certos atos, ou consistir num mero apoio deste à atuação do acompanhado.

Por essa razão, em função do circunstancialismo casuístico e independentemente do pedido(99), o tribunal, orientado sempre por um padrão de necessidade, de modo a afinar e adaptar o acompanhamento ao beneficiário, pode cometer ao acompanhante os mais diversos poderes, lançando mão de algum ou de vários regimes, designadamente: *exercício das responsabilidades parentais ou de meios de as suprir; representação geral ou representação especial com indicação expressa das categorias*

---

(96) PINTO MONTEIRO, *ob. cit.*, p. 32.

(97) PINTO MONTEIRO, *ob. cit.*, p. 33.

(98) PINTO MONTEIRO, *ob. cit.*, p. 36.

(99) Já assim era quanto ao pedido interdição/inabilitação, em derrogação ao princípio do pedido (MARIA DOS PRAZERES BELEZA, “Das incapacidades ao maior acompanhado — breve apresentação da lei n.º 49/2018”, *O novo Regime Jurídico do Maior Acompanhado* [em linha], Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2019, (consultado a 24 abril 2019), disponível em <URL: [http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/eb\\_Regime\\_Maior\\_Acompanhado.pdf](http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/eb_Regime_Maior_Acompanhado.pdf)>, p. 19.

*de atos para que seja necessária; administração total ou parcial de bens; autorização prévia para a prática de determinados atos ou categorias de atos; intervenções de outro tipo, devidamente explicitadas (145.º/2 CC).*

De todo o modo, qualquer que seja o conteúdo da concreta medida decretada, os atos de disposição de imóveis carecerão de autorização judicial prévia e específica (145.º/3 CC)<sup>(100)</sup> — o novo regime acaba por estabelecer limites para a atuação do próprio acompanhante.

Se é, de certa forma, claro que não se tem de sujeitar ao crivo do tribunal os atos em que o acompanhado mantém a sua capacidade, menos claras são as situações em que o acompanhante se limita a dar a sua autorização para que o acompanhado atue (situações de assistência). Contudo, no que aos últimos diz respeito, parece-nos que não terão de se sujeitar a autorização judicial, pois, caso contrário, a situação do acompanhado ficaria mais limitada do que a do inabilitado, contrariamente aquela que era a intencionalidade normativa: o art. 145.º/3 CC visa impedir abusos por parte do acompanhante e não o suprimento de qualquer incapacidade pontual do acompanhado, determinada pelo juiz, uma vez que para tanto bastaria a atuação do próprio acompanhante. Ora, numa situação de assistência, não se verifica uma absoluta ausência de autodeterminação do acompanhado, pelo que a autorização do acompanhante serve, somente, para refrear a vontade daquele (apoio na tomada de decisão). Logo, o próprio acompanhado pode funcionar como controlo da atuação do acompanhante: dado que a iniciativa negocial (vontade) é sua, pode ver se há ou não preterição do seu interesse, abstando-se de agir em caso afirmativo. Seguindo MAFALDA MIRANDA BARBOSA<sup>(101)</sup>, “*Não se parece, por isso, justificar o controlo por parte do tribunal. Se assim fosse, estar-se-ia a equiparar, para estes efeitos, as situações de assistência às situações de representação, tendo em conta apenas o interesse. (...) Ademais, pergunta-se por que razão se instituiria essa cautela no caso dos bens imóveis e não no tocante a outros bens que podem assumir tanta ou maior importância, atento o fenómeno de desmaterialização da riqueza a que se assiste atualmente*”<sup>(102)</sup>.

---

<sup>(100)</sup> Sobre esta questão, em especial, MAFALDA MIRANDA BARBOSA, “Fundamentos, conteúdo...”, *cit.*, p. 67, ss, e “Maiores Acompanhados...”, *cit.*, p. 245.

<sup>(101)</sup> “Fundamentos, conteúdo...”, *cit.*, p. 69.

<sup>(102)</sup> No sentido de uma interpretação extensiva do art. 145.º/3 CC, abarcando outras formas de riqueza (v.g. valores mobiliários e outros instrumentos financeiros), TEIXEIRA DE SOUSA, “O regime do acompanhamento de maiores: alguns aspectos processuais”, *O novo Regime Jurídico do Maior Acompanhado* [em linha], Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2019, (consultado a 24 de abril 2019), dis-

Acresce que, com vista à orientação da conduta do acompanhante, impõe-se o dever de este se abster de agir em conflito de interesses com o acompanhado (150.º CC): o acompanhante deverá abster-se de praticar o ato em questão, ou, alternativamente, deverá requerer ao tribunal a autorização necessária para o fazer. A violação deste dever comporta a invalidade do ato, abrangendo qualquer forma de atuação que envolva um conflito de interesses, e não estando em causa, apenas, a específica celebração de negócios jurídicos<sup>(103)</sup> (126.º CC *ex vi* 150.º/2 CC).

Quanto ao internamento do maior acompanhado (seja num hospital ou clínica particular, seja num lar)<sup>(104)</sup> prevê a lei que o mesmo depende de autorização judicial, podendo, em caso de urgência, ser imediatamente solicitado pelo acompanhante, sujeitando-se, neste caso, à ratificação do juiz (148.º CC).

O regime pressupõe a manutenção da capacidade de exercício de direitos por parte da pessoa que a elas recorre. Trata-se de medidas de apoio assentes na autodeterminação: *modelo de acompanhamento ou de apoio na tomada de decisão*.

Por conseguinte, no que respeita aos atos do maior acompanhado, o decretamento da medida de acompanhamento será, à partida, irrelevante para efeitos de determinação da amplitude da capacidade para o exercício dos direitos pessoais do acompanhado, que se manterá inalterada, salvo disposição da lei ou decisão judicial em contrário (147.º/1 CC). Numa enumeração exemplificativa<sup>(105)</sup>, a lei esclarece que são pessoais os *direitos de casar*<sup>(106)</sup> *ou de constituir situações de união, de procriar*<sup>(107)</sup>, *de perfiar*<sup>(108)</sup> *ou de adotar, de cuidar e de educar os filhos ou os adotados*<sup>(109)</sup>, *de escolher profissão, de se deslocar no país ou no*

---

ponível em <URL: [http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/eb\\_Regime\\_Maior\\_Acompanhado.pdf](http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/eb_Regime_Maior_Acompanhado.pdf)>, p. 57.

<sup>(103)</sup> Neste sentido, MAFALDA MIRANDA BARBOSA, “Maiores Acompanhados...”, *cit.*, p. 246. Contudo, esta autora alerta que a mobilização do regime do art. 246.º CC requer algumas cautelas.

<sup>(104)</sup> PINTO MONTEIRO, *ob. cit.*, p. 36.

<sup>(105)</sup> “*Em rigor, todos os direitos de personalidade podem ser qualificados como direitos pessoais, o que significa que, por norma, a limitação voluntária destes direitos pode ser exercida livremente pelo acompanhado, exceto se a decisão judicial decretar o contrário ou a lei dispuser de outro modo*”, MAFALDA MIRANDA BARBOSA, “Fundamentos, conteúdo...”, *cit.*, p. 67, e “Maiores Acompanhados...”, *cit.*, p. 249.

<sup>(106)</sup> *V.g.* arts. 1601.º, b), 1694.º, d), 1621.º/1, 1633.º/1, b), 1639.º/2, 1643.º/1, a), 1650.º/2, 1708.º/3, 1785.º/2, todos do CC.

<sup>(107)</sup> É-lhe vedado o direito de recorrer a técnicas de procriação medicamente assistida (6.º Lei n.º 32/2006, de 26 de julho).

<sup>(108)</sup> *V.g.* arts. 1850.º, 1857.º/1, 1860.º/3 e 4, 1861.º, todos do CC.

<sup>(109)</sup> *V.g.* arts. 1913.º/1, b), 1914.º, 1933.º/1, b), todos do CC.

*estrangeiro, de fixar domicílio e residência, de estabelecer relações com quem entender e de testar*<sup>(110)</sup> (147.º/2 CC)<sup>(111)</sup>. Igualmente intocada pelo decretamento da medida de acompanhamento ficará — a não ser que seja limitada pela lei ou por decisão judicial — a capacidade de exercício do acompanhado para celebrar negócios da vida corrente: “*negócios que a generalidade das pessoas celebra ou para satisfação das necessidades do dia-a-dia ou para satisfação de necessidades que, ultrapassando o quotidiano, fazem ainda parte do ordinário da vida*”<sup>(112)</sup>. Conjuntamente, a presente reforma legislativa também alargou a própria capacidade de gozo dos sujeitos<sup>(113)</sup>.

Assim, e a título de mero exemplo, o maior acompanhado tem, à partida, capacidade para celebrar contratos de trabalho<sup>(114)</sup>. Apenas na hipótese de a sentença de acompanhamento o determinar, pode ser necessária a autorização prévia do acompanhamento, nos termos do art. 145.º/2, d) CC.

Os atos praticados pelo maior acompanhado que não estejam em consonância com as medidas de acompanhamento, isto é, sem o necessário acompanhamento, são anuláveis. No entanto, há que distinguir três situações: quando posteriores ao registo do acompanhamento; depois de anunciado o início do processo; e atos anteriores ao anúncio do início do processo.

Concretizando, tais atos são anuláveis, sem mais, quando posteriores ao registo do acompanhamento [154.º/1, a) CC]. Depois de anunciado o início do processo, tais atos são anuláveis desde que haja decisão final nesse sentido e os atos se mostrem prejudiciais ao acompanhado<sup>(115)</sup> [154.º/1, b) CC]. Quanto aos atos anteriores ao anúncio do início do processo, aplica-se

<sup>(110)</sup> Deve, no entanto, sublinhar-se que é nula a disposição testamentária feita por maior acompanhado a favor de acompanhante, ainda que estejam aprovadas as respetivas contas. Só assim não será se o acompanhante em questão for descendente, ascendente, colateral até ao terceiro grau, cônjuge do acompanhado ou pessoa com quem este viva em união de facto (2189.º, b) e 2192.º CC).

<sup>(111)</sup> Mediante requerimento, o juiz pode determinar a prática de atos pessoais, abrangidos pela incapacidade anteriormente decretada (26.º/5, Lei n.º 49/2018).

<sup>(112)</sup> MAFALDA MIRANDA BARBOSA, “Fundamentos, conteúdo...”, *cit.*, p. 67, e “Maiores Acompanhados...”, *cit.*, p. 248.

<sup>(113)</sup> MAFALDA MIRANDA BARBOSA, “Fundamentos, conteúdo...”, *cit.*, p. 67, e “Maiores Acompanhados...”, *cit.*, p. 250-1: “*É que, enquanto no anterior regime a previsão era, genericamente, a da incapacidade para testar dos interditos por anomalia psíquica, da incapacidade para perfilar dos interditos por anomalia psíquica, e a incapacidade para casar dos interditos e inabilitados por anomalia psíquica, agora a incapacidade fica dependente de ser decretada na sentença que estabelece o acompanhamento, isto é, fica dependente da concreta perturbação (e da específica valoração que o juiz dela faça) do acompanhado*”.

<sup>(114)</sup> MENEZES CORDEIRO, *Direito do Trabalho, II, Direito Individual*, Almedina, Coimbra, 2019, p. 236.

<sup>(115)</sup> No tocante aos negócios gratuitos, devem ser sempre considerados prejudiciais.



o regime da incapacidade acidental (257.º *ex vi* 154.º/3 CC)<sup>(116)</sup>, pelo que a anulabilidade é aferida casuisticamente dependendo de dois pressupostos: em primeiro lugar, a vontade do autor da declaração, no momento da prática do ato, não ter sido formada corretamente, seja porque se encontrava incapaz de entender o sentido da declaração emitida, seja porque o seu estado mental afetou o livre exercício da sua vontade; em segundo lugar, que esse estado de incapacidade fosse conhecido ou notório da contraparte.

A lei segue o caminho anterior — paralelo dos atos praticados pelo inabilitado e pelo interdito na pendência, respetivamente, do processo de inabilitação ou interdição — de distinção dos requisitos de invalidação em função do momento da sua prática (e não ao momento da decisão)<sup>(117)</sup>, por referência à publicidade da propositura da ação e da emissão da sentença, por razões evidentes de proteção de terceiros: necessidade de tutela da confiança dos terceiros que, apesar de cientes da existência de um processo de decretamento de acompanhamento relativamente ao maior, com este possam, ainda assim, ter interesse em contratar<sup>(118)</sup>.

Assim, e a título de mero exemplo, será anulável o contrato de compra e venda celebrado após trânsito em julgado da sentença que decretou a necessidade de autorização do acompanhante para a prática, pelo acompanhado, de quaisquer atos de alienação de bens do seu património, e através do qual o acompanhado alienou um dos seus automóveis sem autorização prévia do acompanhante<sup>(119)</sup>.

Contrariamente ao que sucederia no âmbito da nulidade — que opera *ipso iure*, invocável por qualquer interessado, de conhecimento oficioso e pode ser declarada a todo o tempo — uma vez que está em causa a anulabilidade não pode deixar de se enfrentar, quer a questão relativa a saber quem pode invocá-la, quer a questão de determinar dentro de que período o poderá fazer, tendo em conta o silêncio do legislador.

---

<sup>(116)</sup> A validade dos atos praticados pelos acompanhados afere-se pela lei em vigor à data da sua prática (26.º/3, Lei 49/2018).

<sup>(117)</sup> PINTO MONTEIRO, *ob. cit.*, p. 36-7. Não devem ser tidas em conta as valorizações ou as desvalorizações do bem ou direito posteriores à celebração do negócio (MAFALDA MIRANDA BARBOSA, “Fundamentos, conteúdo...”, *cit.*, p. 70, e “Maiores Acompanhados...”, *cit.*, p. 253).

<sup>(118)</sup> RUI CARDINAL CARVALHO, *ob. cit.*, p. 4. Importa ter em consideração, para este efeito, que as decisões judiciais de acompanhamento devem ser oficiosamente comunicadas à repartição do registo civil competente a fim de serem registadas (1920.º-B CC), *não podendo tais decisões ser invocadas contra terceiros de boa fé enquanto não estiverem registadas* (1920.º CC), por força da remissão operada pelo art. 153.º/2 CC, pese embora as cautelas com que o n.º 1 desta norma rodeia a publicidade a dar ao início, ao decurso e à decisão final do processo, limitando-as ao estritamente necessário para defender os interesse do beneficiário ou de terceiros (PINTO MONTEIRO, *ob. cit.*, p. 37).

<sup>(119)</sup> RUI CARDINAL CARVALHO, *ob. cit.*, p. 4.

Relativamente ao prazo dentro do qual a anulabilidade deve ser requerida, dispõe o art. 154.º/2 CC, que este só começa a contar-se a partir do registo da sentença, sem, no entanto, esclarecer qual o prazo que deverá ser contado a partir desse termo *a quo* que é fixado. Por outras palavras, põe-se o problema de saber se se aplica o regime geral (287.º CC)<sup>(120)</sup>, ou, ao contrário, o regime especial da menoridade (125.º CC)<sup>(121)</sup>, como sucedia com as interdições e as inabilitações, a que se aplicava, em certos casos, o regime especial da menoridade.

Ora, com a presente reforma legislativa, o acompanhado, ao contrário do regime anterior, deixa de ser equiparado a um menor, pois é, para todos os efeitos, tido como capaz, ainda que, em concreto, o acompanhamento possa conduzir à limitação da sua capacidade de exercício e, em última instância, à privação dessa capacidade. Assim, parece-nos que, considerando o silêncio do legislador — ou noutra perspetiva, desaparecendo intencionalmente a remissão para o regime da menoridade —, ter-se-á de aplicar o regime regra contido no art. 287.º CC, que terá de ser interpretado à luz do caso concreto<sup>(122)</sup>: o prazo é de um ano a contar da cessação do vício que lhe serve de fundamento; o vício cessa quando a situação de acompanhamento (e, necessariamente, os fundamentos dela) desaparece. O art. 125.º CC deixa, por isso, de se aplicar (pelo menos automaticamente)<sup>(123)</sup> a maiores e vê confinado o seu âmbito de relevância aos menores.

Do mesmo modo, deverá ter aplicação o regime geral da anulabilidade previsto no art. 287.º CC, de acordo com o qual só têm legitimidade para arguir a anulabilidade as pessoas em cujo interesse a lei a estabelece. Desde logo, e por princípio, tem legitimidade o acompanhado — a anulabilidade prevista no art. 154.º CC foi estabelecida no interesse deste. O mesmo se diga quantos aos herdeiros, uma vez que os sucessíveis ocupam a posição jurídica do *de cuius*. E o acompanhante que o deva substituir ou assistir na prática de atos do género daquele cuja anulabilidade se pretende.

---

<sup>(120)</sup> RUI CARDINAL CARVALHO, *ob. cit.*, p. 5.

<sup>(121)</sup> Neste sentido, com devidas adaptações, MARIA DOS PRAZERES BELEZA, *ob. cit.*, p. 19.

<sup>(122)</sup> Neste específico sentido, MAFALDA MIRANDA BARBOSA, “Fundamentos, conteúdo...”, *cit.*, p. 71, e “Maiores Acompanhados...”, *cit.*, p. 255.

<sup>(123)</sup> MAFALDA MIRANDA BARBOSA, “Fundamentos, conteúdo...”, *cit.*, p. 73, “*De facto, não podemos aplicar a solução do art. 125.º automaticamente, porque falta cumprir um dos dois momentos da analogia jurídica. Se a analogia problemática está presente, parece falhar a analogia judicativa. Enquanto no caso do menor o que está em causa é a salvaguarda do seu interesse, no caso do maior acompanhado, o interesse tem de surgir sempre balizado pela vontade (já que se parte sempre de uma ideia de salvaguarda da autonomia, que leva, inclusivamente, a que, em regra, o acompanhante seja escolhido pelo acompanhado)*”.

Em termos mais concretos<sup>(124)</sup>, havendo representação, o acompanhado tem um ano a contar do levantamento do acompanhamento para arguir a anulabilidade do negócio (por ser esse o momento em que cessa o vício, nos termos do art. 287.º CC). O acompanhante, depois do registo do acompanhamento, tem um ano a contar do momento em que pode agir em representação do maior, ou seja, um ano a contar do conhecimento. Se estiverem em causa atos praticados na pendência do processo, o acompanhante tem um ano a contar da data em que o acompanhamento é registado, mesmo que o conhecimento seja anterior.

No caso de assistência, o acompanhado terá um ano a contar do levantamento do acompanhamento. Já o acompanhante — porque o levantamento pode não ser expetável ou nem vir ocorrer, ou porque pode haver interesse em que a desvinculação tenha lugar num momento prévio (hipótese em que a demora na propositura da ação pode gerar prejuízos)<sup>(125)</sup> — pode, nos casos de atos sujeitos a autorização, arguir a anulabilidade do ato, tendo o acompanhado a seu lado, orientando-o, sendo o prazo de um ano a contar do conhecimento que o acompanhante haja tido do negócio.

Em qualquer dos casos — representação ou assistência — nunca depois do levantamento do acompanhamento, por nessa fase deixar de fazer sentido a intervenção do acompanhante. Por outro lado, nada impedirá o acompanhado de agir posteriormente, no prazo de um ano, em face da eventual inação do acompanhante, uma vez que esta não pode ser imputada ao acompanhado.

Quanto aos herdeiros do maior acompanhado, se o acompanhamento já tiver sido levantado no momento em que ocorre a morte o prazo há-de ser apenas o tempo que restaria ao *de cuius*<sup>(126)</sup>, se o acompanhamento

---

<sup>(124)</sup> Seguimos aqui de perto os ensinamentos de MAFALDA MIRANDA BARBOSA, “Fundamentos, conteúdo...”, *cit.*, p. 71, ss.

<sup>(125)</sup> Aliás, é essa consideração que justifica o alargamento da legitimidade ao acompanhado (em nome ou ao lado do acompanhado), que deve ser entendida como atuação do próprio sujeito beneficiário da medida de proteção, donde a legitimidade do acompanhado deve estender-se àquele. Assim, MAFALDA MIRANDA BARBOSA, “*a legitimidade do acompanhante é aqui, por interpretação corretiva do sistema, na conjugação entre a solução predisposta pelo art. 287.º e a intencionalidade do art. 125.º CC, a do próprio acompanhado, o que em termos processuais terá consequências (...) donde aquilo a que se assiste é a uma mera antecipação de uma legitimidade que apenas ocorrerá depois do levantamento do acompanhamento*” (“Fundamentos, conteúdo...”, *cit.*, p. 71, e “Majores Acompanhados...”, *cit.*, p. 255).

<sup>(126)</sup> MAFALDA MIRANDA BARBOSA, “Fundamentos, conteúdo...”, *cit.*, p. 73, e “Majores Acompanhados...”, *cit.*, p. 257, n. 43, “*caso o levantamento do acompanhamento já tivesse ocorrido, não tendo ainda o antigo acompanhado agido processualmente, ficamos privados de razões para autonomizar um novo prazo (há que atender mais à vontade daquele que agora não é já acompanhado do que ao seu interesse; o prazo há-de ser apenas aquele que ainda não tinha sido completado)*”.

ainda não tiver sido levantado quando o acompanhado morrer, conta-se o prazo de um ano a partir da morte<sup>(127)</sup>.

Finalmente, quanto aos atos praticados antes do anúncio do início do processo de acompanhamento: o sujeito que, no momento da celebração do negócio, estava incapacitado de entender e querer, tem um prazo de um ano a contar do momento em que as suas capacidades cognitivas e volitivas lhe permitem a correta percepção do alcance do ato que praticou e o perfeito domínio da sua vontade; já o acompanhante — que apenas terá legitimidade, desde que o ato em questão seja um daqueles em relação ao qual há necessidade de representação ou de assistência — tem um prazo de um ano a contar do conhecimento, não podendo começar a correr antes do registo do acompanhamento<sup>(128)</sup>.

Em qualquer caso, e independentemente da configuração originária da medida de acompanhamento, a mesma está sujeita a uma revisão periódica que deverá ocorrer, no mínimo, de cinco em cinco anos, desde que outra periodicidade não seja estabelecida na sentença que decreta o acompanhamento (155.º CC)<sup>(129)</sup>. Por outro lado, o acompanhamento cessa, ou é alterado, mediante decisão judicial que reconheça a cessação ou a alteração das causas que o fundamentaram, podendo os efeitos da decisão retroagir à data em que se verificou a cessação ou modificação em causa (149.º CC).

Pela sua relevância dogmática e prática, são, ainda, de salientar as modificações introduzidas ao CPC<sup>(130)</sup>, nomeadamente no que concerne ao (novo) processo especial tendente ao decretamento do acompanhamento, transformado em processo urgente e de jurisdição voluntária, bem como quanto à intervenção em juízo: adaptação das regras da capacidade judiciária (16.º, 19.º, 20.º e 27.º) do depoimento de parte (453.º/2) e da capacidade para depor como testemunha (495.º/1).

Dado o seu impacto transversal destacamos, também, as alterações ao Código Comercial (CCom) e ao Código das Sociedades Comerciais (CSC), cujas modificações são precisamente um reflexo do propósito da presente reforma.

---

(127) MAFALDA MIRANDA BARBOSA, “Fundamentos, conteúdo...”, *cit.*, p. 72, e “Maiores Acompanhados...”, *cit.*, p. 257.

(128) Por aplicação analógica do art. 154.º/2 CC. Assim, MAFALDA MIRANDA BARBOSA, “Fundamentos, conteúdo...”, *cit.*, p. 72, e “Maiores Acompanhados...”, *cit.*, p. 257.

(129) A conversão das antigas interdições e inabilitações em medidas de acompanhamento de maiores torna aplicável a estas o disposto no art. 155.º CC quanto à obrigatoriedade da sua revisão periódica. Contudo, seguindo TEIXEIRA DE SOUSA, *ob. cit.*, p. 59, o prazo nele estabelecido só se conta a partir da entrada em vigor do regime de acompanhamento de maiores.

(130) *Vide* TEIXEIRA DE SOUSA, *ob. cit.*, p. 41, ss.

A automaticidade a que eramos conduzidos no quadro do regime da interdição e da inabilitação percebia-se pelo facto destas soluções implicarem de forma generalizante a supressão ou a limitação da capacidade de exercício do sujeito. A regra, agora, é a da capacidade de exercício dos maiores, cabendo ao tribunal, em função das necessidades concretas do sujeito, a modelação da medida do conteúdo do acompanhamento, que deixa de estar definido *a priori* e não decorre automaticamente da lei. Procede-se a uma graduação da medida de acompanhamento, bem longe da situação de incapacidade geral em que ficavam os interditos. O que é sinónimo de um incremento do papel do juiz, sujeito a uma maior exigência de ponderação casuística, dos atos que o visado deve deixar de praticar por si ou só por si.

Reflexo disto mesmo é a alteração efetuada no art. 186.º CSC, no sentido de que a exclusão de sócio, em caso de acompanhamento de maior, apenas se verifica quando assim resulte da decisão judicial de acompanhamento<sup>(131)</sup>, como a alteração ao art. 414.º-A CSC, no sentido de que não podem ser eleitos ou designados membros do conselho fiscal, fiscal único ou revisor oficial de contas (apenas) os maiores acompanhados dependentes de representação ou de autorização prévia para a prática de atos patrimoniais<sup>(132)</sup>.

Igualmente a alteração ao art. 246.º CCom, ao estipular na sua alínea *b*) que goza de compensação por cessação *b*) do mandato comercial em caso deste terminar por instauração de acompanhamento que determine a atribuição de poderes de representação ao acompanhante ou a sujeição a autorização prévia relativamente aos atos abrangidos pelo mandato em benefício de um dos contraentes<sup>(133)</sup>, bem como a alteração efetuada no

---

<sup>(131)</sup> Decisão judicial no sentido de que a capacidade comercial (para intervir no governo da vida, dos negócios e da regência do património da sociedade) do acompanhado se encontra afetada. Saliente-se que, no plano societário o que avulta é a proteção da própria sociedade contra consequências nefastas da permanência no seu seio de alguém judicialmente reputado inepto para a gestão da sua própria esfera pessoal e patrimonial. Daí que, no plano societário, a concretização da exclusão fique na disponibilidade do órgão deliberativo-interno. Por outro lado, importa atender ao modo de participação na vida social que o acompanhamento determina: o acompanhante - cuja intervenção seja por substituição, seja pela necessária autorização prévia — é um sujeito estranho à sociedade e ao substrato pessoal em que assenta e cuja (de outro modo, forçosa) ingerência na vida societária possa determinar que dificilmente aquela tenha de arcar com continuidade do sócio acompanhado. *Vide* CAROLINA CUNHA, Anotação ao art. 186.º, Código das Sociedades Comerciais em Comentário, Vol. III, Coutinho de Abreu (Coord.), Almedina, Coimbra, 2011, p. 106.

<sup>(132)</sup> Os indivíduos sujeitos a medidas de acompanhamento com este conteúdo são considerados inaptos para o exercício de cargos de fiscalização em geral e não da sociedade em particular que esteja a ser considerada. *Vide* GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, Anotação ao art. 414.º-A, Código das Sociedades Comerciais em Comentário, Vol. VI, Coutinho de Abreu (coord.), Almedina, Coimbra, 2013, p. 562.

<sup>(133)</sup> Quanto à capacidade do mandatário, se o mandante for surpreendido, supervenientemente, com o acompanhamento do *mandatário* — sujeito a representação ou a autorização prévia —,

art. 349.º CCom, ao definir que o contrato de conta corrente termina com a instauração de acompanhamento sujeito a representação ou a reserva de autorização.

Em suma, a presente reforma visa reduzir consideravelmente a estigmatização, associada, na maior parte dos casos, a uma restrição inadmissível da autonomia e capacidade de decisão que o acompanhado poderá ter em certos domínios e em muitos momentos. O acompanhamento é o que melhor corresponde à profunda intenção normativa e cultural de tratar o visado como ser humano, com direito à solidariedade e ao apoio que se mostrem necessários<sup>(134)</sup>. Criando um regime jurídico monista, flexível — rejeita o tudo ou nada da interdição -, abrangente, reversível e, sobretudo, mais humanista na proteção de cidadãos com incapacidade mental e psíquica, mais próximo das obrigações internacionais assumidas nesta matéria. Erradicando, assim, o modelo de substituição, inadequado à evolução social entretanto verificada: sistema rígido e tendencialmente definitivo, não atendendo à vontade e às preferências da pessoa incapaz<sup>(135)</sup>.

Há, assim, uma mudança de paradigma, deixando a pessoa deficiente de ser vista como mero alvo de políticas assistencialistas e paternalistas, para se reforçar a sua qualidade de sujeito de direitos. Fica claro que a atual política legislativa vai no sentido da plena integração das pessoas com necessidades especiais: visa acolher e integrar e não identificar e isolar.

---

é lógico que o mandato caduque, pois retira-lhe a capacidade de exercício no tocante aos atos envolvidos no presente contrato (1174.º/a) CC). Mas, para MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil, XII, Contratos em Especial (2.ª parte)*, Almedina, Coimbra, 2018, p. 517, se, no momento da sua conclusão, o mandante já conhecia a limitação, há uma escolha deste, livre e esclarecida: o momento vale. Já a nova redação do art. 1175.º CC determina que o acompanhamento do *mandante* só provoca a caducidade do mandato quando isso se infira, direta ou indiretamente, da sentença, sendo a caducidade inevitável quando o acompanhamento seja colocado sob representação (MENEZES CORDEIRO, *Tratado, XII, cit.*, p. 689).

<sup>(134)</sup> MENEZES CORDEIRO, “Da situação jurídica do maior acompanhado...”, *cit.*, p. 548, relativamente ao termo «maior acompanhado»: “acompanhar uma pessoa é digno, prestigiante para todos, socialmente adequado e, neste sentido, juridicamente virgem”. Este autor já vinha admitindo que o acompanhamento poderia “constituir um modelo de resposta ao envelhecimento das populações, nas sociedades pós-industriais”, *Tratado I/III, cit.*, p. 462.

<sup>(135)</sup> RAÚL GUICHARD ALVES, “Alguns aspectos do instituto da interdição”, MARGARIDA PAZ (org.), *Interdição e Inabilitação*, [em linha], Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2015, (consultado a 29 de dezembro de 2018), disponível em <URL: [http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/Interdicao\\_inabilitacao.pdf?id=9&username=guest](http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/Interdicao_inabilitacao.pdf?id=9&username=guest)>, p. 42, ss; PAULA TÁVORA VITOR, *A Administração do Património das Pessoas com Capacidade Diminuída*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008.

## 5.2. Capacidade para depor como Testemunha

Especificamente quanto à capacidade para depor como testemunha, a Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto, altera simultaneamente os arts. 495.º/1 CPC e o 131.º/1 CPP para a seguinte redação:

**495.º/1 CPC:** Têm capacidade para depor como testemunhas todos aqueles que tiverem aptidão mental para depor sobre os factos que constituam objeto da prova.

**131.º/1 CPP:** Qualquer pessoa tem capacidade para ser testemunha desde que tenha aptidão mental para depor sobre os factos que constituam objeto da prova e só pode recusar-se nos casos previstos na lei.

Com esta nova redação a idoneidade para depor como testemunha é julgada casuisticamente, atentas a natureza e o grau de capacidade mental, bem como a natureza e pertinência do respetivo depoimento. Deixa de existir, em relação a terceiros, qualquer causa de incapacidade testemunhal, confiando inteiramente ao juiz o poder de graduar a força do depoimento (396.º CC), de acordo com as circunstâncias, ou seja, a valoração que o depoimento merece do tribunal deve ser apreciada segundo o princípio da livre apreciação da prova, sem embargo do tribunal dever ter em conta a limitação de que sofre a testemunha em causa<sup>(136)</sup>.

Na senda do que defendemos *supra*, caminho este trilhado pela jurisprudência, é agora claro que é absolutamente indiferente o grau de doença mental para se concluir que tal possa implicar uma incapacidade de depor em julgamento. Não se prevenindo uma incapacidade *ipso iure* para depor<sup>(137)</sup>, o depoimento deve ser interpretado e valorado atendendo às limitações que a testemunha apresenta, ponderando quer a sua idade, quer o seu estado de saúde ou as suas capacidades, quer também a matéria de

---

<sup>(136)</sup> JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *Código Civil Anotado*, Vol. I, Coord. ANA PRATA, Almedina, Coimbra, 2017, p. 481. “o depoimento testemunhal está sujeito à livre apreciação do julgador, que o valorará tendo em conta todos os factos que abonam ou, pelo contrário, abalam a credibilidade do depoimento, quer por afetarem a razão de ciência invocada pela testemunha, quer por diminuírem a fé que ela possa merecer (v. art. 521.º do CPC), e no confronto com todas as outras provas produzidas (art. 607.º, n.º 5, CPC, 1.ª parte; v., em especial, art. 523.º do CPC)”.

<sup>(137)</sup> A prova testemunhal é admitida em todos os casos em que não seja diretamente ou indiretamente afastada (392.º CC). Seguramente que o juiz não deve admitir a prestação de depoimentos sobre factos para os quais se exija prova documental insubstituível (364.º CC), sobre outros que não consentem tal tipo de prova (393.º a 395.º CC) ou relativamente a litígios relativamente aos quais se limita a intervenção de testemunhas, como ocorre com a simulação invocada pelos simuladores (394/2 CC). Isto sem embargo das exceções que a jurisprudências e a doutrina ressalvam para os casos em que existam documentos que constituam princípio de prova. Vide ABRANTES GERALDES, PAULO PIMENTA, PIRES DE SOUSA, *Código de Processo Civil Anotado*, Vol. I — Parte Geral e Ação Declarativa, Almedina, Coimbra, 2018, p. 552.

facto sobre que recai o respetivo depoimento. Mesmo que a pessoa revele uma fraca aptidão mental, que dificilmente se possa admitir que seja capaz de produzir um depoimento merecedor de grande confiança, este não deve ser negligenciado, mas sim usado com a máxima cautela e sentido crítico. Pois, apesar de tudo, a pessoa pode ter momentos de alguma lucidez para relatar ou confirmar, ainda que com alguma perturbação à mistura, um qualquer facto de grande simplicidade de perceção e que seja de capital importância para a prova de factos que constituam objeto da prova, como, e usando aqui o exemplo referido *supra*, em face de dois indivíduos dizer qual deles viu em determinado local.

Esta alteração mostra-se adequada, necessária e proporcional para atingir a finalidade de assegurar uma representação genuína e fidedigna da realidade, em termos compatíveis com o princípio da descoberta da verdade material, pois persiste, a par da atuação do princípio da livre apreciação da prova, o dever do juiz verificar a capacidade natural das pessoas arroladas como testemunhas com vista a avaliar da admissibilidade e da credibilidade do respetivo depoimento (495.º/2 CPC). Trata-se da apreciação da credibilidade à luz de critérios jurídicos gerais e relativamente abertos, estreitamente indexada às circunstâncias específicas de cada caso, bem como aos vários interesses em presença. O fundamental é que nunca sejam preteridas as garantias processuais das partes.

## 6. Conclusão

O instituto jurídico-civil da interdição, que se destinava a maiores de idade e que significava que a pessoa é colocada na posição jurídica do menor<sup>(138)</sup> (vale dizer, numa situação de incapacidade de exercício de direitos e de dependência em relação ao tutor), era um meio pouco flexível e estigmatizante<sup>(139)</sup>. Envolvia um processo longo e complicado, porquanto se tratava de privar uma pessoa, em regra capaz, dessa sua capacidade, e que dificilmente se poderia considerar compatível com a exigência da menor restrição possível dos seus direitos, uma vez que a sua autonomia decisória era completamente sacrificada.

---

(138) Como acertadamente já sublinha PAULA RIBEIRO DE FARIA, *ob. cit.*, p. 40, “*formulação que só por si nos dá a ideia da diminuição que atinge a pessoa de idade envolvida num processo desta natureza*”.

(139) JORGE MORAIS DE CARVALHO, *ob. cit.*, p. 162.



Parece-nos que se tratava de uma via pouco adequada a proteger a pessoa em causa, não só pelo preconceito generalizado contra a natureza do processo em si, e contra o papel que nele tinham que desempenhar os filhos, cônjuges ou parentes sucessíveis, passível de criar ruturas nas relações familiares, mas sobretudo porque não garantia devidamente a autonomia da pessoa em face de decisões concretas que ainda tinha capacidade para tomar, não se limitando a evitar decisões precipitadas e pouco consentâneas com os seus interesses em domínios específicos<sup>(140)</sup>.

Bem andou o legislador ao consagrar o caminho que já vinha sendo trilhado pela jurisprudência do Tribunal Constitucional, que, como tentamos demonstrar no presente texto, embora proferida no âmbito processual penal, os argumentos invocados, dada a sua constitucionalidade, têm pleno cabimento no âmbito processual civil, e, conseqüentemente, no âmbito processual laboral. Sem esquecer a importância da experiência do Direito Comparado, especialmente do Direito Europeu, e a suma relevância da CDPD. Esta alteração simultânea nos dois Direitos Processuais é um claro reflexo da pretensão do legislador quanto à unicidade do sistema<sup>(141)</sup>.

O art. 495.º/1 — na redação anterior às alterações decorrentes da Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto — tem, como vimos, raízes no CPC de 1939, um código tão criticado pelo legislador do século XXI. As disposições processuais têm de ser interpretadas à luz da Constituição, isto é, no sentido mais favorável ao princípio da tutela jurisdicional efetiva. Nem toda a irregularidade formal deve converter-se num obstáculo insanável para a prossecução dos direitos materiais. Aliás, importa ter sempre presente a função instrumental reconhecida ao Direito Processual Civil, pelo que a interpretação das suas normas deve realizar-se sempre no sentido de permitir a realização do direito material, ou seja, a tutela das situações jurídicas de acordo com direito material<sup>(142)</sup>.

A partir do momento em que o litígio é levado à esfera da justiça, passa a existir um interesse público na boa resolução da causa e, logo, no não afastamento entre a sentença e a verdade. A sentença não diz apenas respeito às partes, é, pelo contrário, de interesse público. Ora, este interesse não é compatível com um processo excessivamente rígido, forma-

---

<sup>(140)</sup> PAULA RIBEIRO DE FARIA, *ob. cit.*, p. 41.

<sup>(141)</sup> A unidade do Direito é uma característica fundamental da Ciência jurídica: garante estabilidade e previsibilidade, previne a ausência de contradições na ordem jurídica e representa, na sua pureza, a realização da tendência generalizadora da justiça, enquanto corolário do princípio da igualdade.

<sup>(142)</sup> RITA LOBO XAVIER, INÊS FOLHADELA, GONÇALO ANDRADE E CASTRO, *ob. cit.*, p. 119.

lista e preclusivo, “*eivado, enfim, de um espírito castigador e mesquinho*”(143). O fundamental é que o litígio, na sua real dimensão, seja resolvido sem ofensa das garantias processuais das partes e dos valores considerados relevantes pelo sistema(144).

*Póvoa de Varzim, 8 de maio de 2019.*

---

(143) MIGUEL MESQUITA, “A «morte» do princípio do dispositivo...”, *cit.*, p. 90.

(144) MIGUEL MESQUITA, “O princípio da Gestão Processual...”, *cit.*, p. 102.

# DA FALTA DA CAUSA DE PEDIR NO MOMENTO DA SENTENÇA FINAL DE EMBARGOS À EXECUÇÃO TITULADA POR DOCUMENTO DE RECONHECIMENTO DE DÍVIDA

Por José Lebre de Freitas

## SUMÁRIO:

1. A alegação, na ação executiva, da causa da obrigação reconhecida *ad nutum*. 2. Da ineptidão da petição executiva. 3. Preclusão ou permanência do efeito da nulidade? 4. Conclusões.

## 1. A alegação, na ação executiva, da causa da obrigação reconhecida *ad nutum*

1.1. O preceito do art. 458.º do Código Civil (CC), retirado do art. 1988.º do CC italiano<sup>(1)</sup>, dispensa o credor perante o qual o devedor prometa uma prestação ou reconheça uma dívida, sem indicação da respetiva causa, de *provar* a relação fundamental, cuja existência se presume até *prova* em contrário. Perante este normativo, formaram-se duas correntes interpretativas: para uns, a dispensa consagrada não se limita à prova, abrangendo também a alegação<sup>(2)</sup>; para outros, o preceito tem de ser lite-

---

(1) “A promessa de pagamento ou o reconhecimento de dívida dispensa a pessoa a favor de quem é feito do ónus de provar a relação fundamental; a existência desta presume-se até prova em contrário”.

(2) Entre nós: CASTRO MENDES, *Teoria geral do direito civil*, Lisboa, AAFDL, 1979, III, pp. 421-422; MENEZES CORDEIRO, *Direito das obrigações*, Lisboa, AAFDL, 1980, I, p. 565; PEDRO PAIS

ralmente interpretado, visto que o ónus da alegação e o ónus da prova podem não coincidir e, exigindo a lei processual a alegação da causa de pedir (art. 552.º-1-*d* CPC), a dispensa de alegar a causa da dívida reconhecida só seria defensável se se entendesse que o ato de reconhecimento constitui a própria causa da obrigação, isto é, se, como a subscrição da letra ou da livrança, fosse entendido como negócio abstrato, o que na lei portuguesa não é<sup>(3)</sup>.

Este ónus de alegar mantém-se na ação executiva, na qual a causa de pedir tem de ser invocada sempre que não conste do título executivo (art. 724.º-1-*e* CPC)<sup>(4)</sup>.

**1.2.** Embora não se possa dizer inteiramente pacífico<sup>(5)</sup>, o conceito de causa de pedir qualifica, *grosso modo*, os factos constitutivos da situação jurídica que o autor quer fazer valer ou negar em juízo, que como tal integram — ou que o autor pretende que integrem — previsões normativas. Tratando-se de factos *concretos*, a sua qualificação jurídica, indispensável à verificação judicial do efeito jurídico-prático pretendido, é-lhes exterior, tendo a ver, em operação análoga à da interpretação da norma jurídica, com a estatuição desta, que é o equivalente *abstrato* do pedido concreto deduzido em juízo<sup>(6)</sup>. Sendo assim, dizer, por exemplo, que determinada obrigação deriva de diversos negócios entre as partes não basta à individualização da causa de pedir, tal como não basta dizer que se pretende o pagamento coercivo do preço duma compra e venda, duma quantia mutuada ou do montante acordado duma indemnização por facto ilícito. Embora nestes últimos casos se aponte já para uma norma jurídica

---

(VASCONCELOS, *Teoria Geral do direito civil*, Coimbra, Almedina, 2012, p. 437; ac. do TRC de 1.2.11 (EMÍDIO FRANCISCO SANTOS), proc. 192/10, e voto de vencido de PIRES DA ROSA no ac. do STJ de 15.9.11 (*infra*, nota 3), que revogou aquele acórdão.

<sup>(3)</sup> LEBRE DE FREITAS, *A confissão no direito probatório*, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, n.º 19 (26); acs. do STJ de 7.7.10 (SERRA BATISTA), proc. 373/08, de 15.9.11 (GRANJA DA FONSECA), proc. 192/10, de 27.5.14 (PINTO DE ALMEIDA), proc. 268/12, de 26.3.15 (LOPES DO REGO), proc. 6500/07, e de 27.4.17 (ROQUE NOGUEIRA), proc. 108/13.

<sup>(4)</sup> LEBRE DE FREITAS, *A ação executiva*, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, n.º 11.1.1.

<sup>(5)</sup> Controverso é, sobretudo, o critério para a identificação da causa de pedir quando aos factos alegados como fundamento do pedido são concretamente aplicáveis várias normas do sistema jurídico, em cumulação real ou aparente. Limite-me a remeter para as considerações constantes da minha *Introdução ao processo civil*, Coimbra, Gestlegal, 2017, n.º 4.6.

<sup>(6)</sup> Diferentemente, MARIANA GOUVEIA, *A causa de pedir na ação declarativa*, Coimbra, Almedina, 2004, pp. 152-154 e 529, integra a qualificação jurídica no conceito de causa de pedir. Para a minha crítica a esta conceção, remeto para *A causa de pedir na ação declarativa*, estudo publicado na revista *Themis*, n.º 13 (2006), ps. 291-307, e nos meus *Estudos sobre direito civil e processo civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, II, pp. 613-633, em especial n.º 9.

(art. 879.º-c CC; art. 1142.º, CC; art. 483.º-1 CC), o que no 1.º caso não acontece, a total falta de *concretização* duma previsão legal leva a concluir que apenas a estatuição da norma, mas não a sua previsão, fica assim identificada(7).

**1.3.** Não identifica, pois, a causa de pedir a exequente que, invocando como título executivo o documento de reconhecimento de dívida, sem menção da causa da obrigação, não vai, no requerimento executivo além de afirmações tão vagas como as exemplificadas: o ato de reconhecimento não constitui um negócio *constitutivo* de obrigação, tendo como único efeito que o credor é *dispensado de provar* o facto constitutivo do seu direito. Este facto, que o credor não é dispensado de alegar, fica, quando é alegado, provado com a apresentação do documento, por ilação tirada da declaração de reconhecimento conjugada com a alegação do credor, salvo prova contrária que destrua esta presunção(8).

## 2. Da ineptidão da petição executiva

**2.1.** A *falta* da causa de pedir gera a ineptidão da petição inicial (art. 186.º-2-a CPC), não dando lugar a despacho de aperfeiçoamento, que pressupõe a *deficiência* da petição inicial (ou outro articulado) e, relativamente à causa de pedir, a *insuficiência* da alegação dos factos que a integram.

Os conceitos de deficiência e de insuficiência apontam para a *incompletude* de algo que só parcialmente é descrito. Sendo a causa de pedir normalmente complexa, constitui-a o acervo dos factos concretos que, reunidos, geram, ou são suscetíveis de gerar, o efeito pretendido (cf. art. 62.º-b CPC). Entre esses factos, todos eles *principais* porque indispensáveis para o êxito da ação, alguns (factos essenciais, no sentido restrito do termo) são também indispensáveis à própria *identificação* da causa de pedir, enquanto outros apenas *completam* a causa de pedir pelos primeiros identificada (cf. art. 5.º-2-b CPC). A todos chama hoje a lei

---

(7) O art. 590.º-4, CPC, refere-se à “concretização da matéria de facto alegada”, mas não à total falta dessa concretização, como mostram os termos “insuficiências” e “imprecisões”: as insuficiências ou imprecisões na concretização da matéria de facto *alegada* dão lugar ao despacho de aperfeiçoamento, mas não a sua total falta de alegação.

(8) LEBRE DE FREITAS, *A confissão no direito probatório*, cit., n.º 19.2.2.B.

processual factos *essenciais* (no sentido lato do termo, em que este equivale a factos principais: arts. 5.º-1 e 552.º-1-*d* do CPC; cf. também arts. 62.º-*b* e 572.º-*c* do CPC).

**2.2.** Desde que a causa de pedir esteja identificada, a petição inicial é, no que a ela respeita, *apta* para o desempenho da sua função, pelo que, prosseguindo o processo, se faltar a alegação de outros factos principais, o juiz deve convidar a parte a completar a petição (arts. 590.º-4 e 591.º-1-*c* do CPC), podendo ainda, mais tarde, quando da instrução do processo, ela vir a ser completada (art. 5.º-2-*b* CPC). Mas, se a causa de pedir não estiver identificada, *maxime* quando nenhum facto concreto, daqueles que a integram, haja sido alegado, a petição inicial é *inepta, por faltar o próprio objeto do processo* (o pedido, fundado numa causa de pedir) e este ser, consequentemente, *nulo* (art. 186.º CPC, n.ºs 1 e 2-*a*)<sup>(9)</sup>.

Não é, pois, duvidoso que o requerimento executivo que se limite a uma afirmação vaga do tipo das exemplificadas no n.º 1.2 é inepto<sup>(10)</sup>.

### 3. Preclusão ou permanência do efeito da nulidade?

**3.1.** A nulidade decorrente da ineptidão da petição inicial é de conhecimento officioso (art. 196.º CPC) e só pode ser arguida pelo réu até à contestação (art. 198.º-1 CPC), à qual equivale a petição inicial dos

---

<sup>(9)</sup> Remeto para a minha obra *A ação declarativa comum*, Coimbra, Gestlegal, 2017, n.ºs 5.2.1 e 9.3.1. A alegação dum facto principal não essencial não obsta à ineptidão, visto que permanece a falta de identificação da causa de pedir. Assim, por exemplo, se, em ação de despejo fundada na necessidade da casa para habitação do senhorio, este não tiver alegado esta necessidade, mas não deixar de alegar que há mais de um ano não tem casa própria ou arrendada no concelho (art. 1102.º-1-*b* CC), a ineptidão não deixa de se verificar.

<sup>(10)</sup> A nulidade do processo decorrente da ineptidão da petição inicial é *sanada* quando, contestando o réu e ainda que ele invoque a respetiva ineptidão, resulte da contestação que ele interpretou convenientemente a petição inicial, para a verificação do que o autor deve ser ouvido (art. 186.º-3 CPC). Este impedimento do efeito da ineptidão pode verificar-se sobretudo quando a causa de pedir é ininteligível, mas também, embora mais dificilmente, quando falte de todo a sua indicação (veja-se, admitindo a sanção da falta do pedido quando, com a concordância do autor, o réu interpreta a petição inicial como tendo sido nela deduzido certo pedido, o ac. do STJ de 1.10.03, VITOR MESQUITA, <www.dgsi.pt>, proc. 02S3742, embora, lendo o acórdão, se veja que a questão era antes a de admissibilidade do pedido implícito: o autor tinha, na narração da petição, alegado e quantificado os danos não patrimoniais que sofrera e afirmado que o réu era responsável pela sua reparação, embora tenha omitido a declaração desse pedido na conclusão do articulado). À contestação é equiparável, para este efeito, a petição inicial dos embargos de executado.

embargos de executado. Dela pode o tribunal conhecer só *até ao despacho saneador* (art. 200.º-2 CPC)<sup>(11)</sup>.

*Quid juris*, então, se o juiz deixar passar este momento sem conhecer da ineptidão?

**3.2.** A falta de causa de pedir, privando o objeto do processo de um dos seus elementos essenciais, constitui, como já dito, falta do próprio objeto do processo, sem o qual não é admissível a sentença de mérito. Nesta, o objeto do pedido e o objeto da decisão coincidem, como resulta da articulação dos arts. 552.º-1-e, 607.º-2, 609.º-1 e 615.º-1-e do CPC: o juiz aprecia o pedido, fundado numa causa de pedir, e só em função da pretensão deduzida pode condenar o réu ou absolvê-lo do pedido<sup>(12)</sup>. A formação do caso julgado material implica necessariamente esse limite objetivo (arts. 581.º-1 e 619.º-1 do CPC).

Não faz, pois, sentido proferir uma *decisão de mérito em processo sem objeto*. A nulidade de todo o processo (art. 278.º-1-b CPC), quando insanável, não pode dar lugar, pelo prosseguimento da instância, *nos mesmos termos*, a partir do despacho saneador (ou da decisão final, quando não haja despacho saneador), a uma decisão de absolvição do pedido. Este *absurdo* é mais evidente, porque é então um absurdo *lógico*, quando falte o próprio pedido, pois não é possível absolver o réu de algo que não existe. Mas é também evidente, agora por ser um absurdo *jurídico*, quando falte a causa de pedir e o sistema jurídico perfilhe, como o nosso, a *teoria da substanciação*<sup>(13)</sup>.

**3.3.** Como se explica então a *preclusão* decorrente do art. 202.º CPC?

Deixando, no despacho saneador, seguir o processo, ou, não havendo despacho saneador, proferindo sentença, não obstante a nulidade decorrente da ineptidão da petição inicial, o juiz perfilha o entendimento de que existe objeto do processo — nem de outro modo se podendo explicar que,

(11) O art. 200.º-2 CPC é muito claro quando só admite o conhecimento posterior ao despacho saneador quando este não tenha lugar.

(12) LEBRE DE FREITAS, *Introdução*, cit., n.º 1.4 (3).

(13) Para a *teoria da individualização*, basta ao autor indicar o pedido, com o que todas as possíveis causas de pedir podem ser apreciadas, de tal modo que, ao responder, afirmativa ou negativamente, ao pedido deduzido, a sentença decide *em absoluto* sobre a existência ou inexistência da situação jurídica invocada pelo autor, com a consequência de o caso julgado, positivo ou negativo, ser sempre invocável, independentemente do substrato fáctico dum novo pedido (LEBRE DE FREITAS, *Introdução*, cit., n.º 1.4.6).

no despacho saneador (art. 596.º-1 CPC) ou na sentença final (art. 607.º-2 CPC), *identifique o objeto do litígio*, admitindo, nomeadamente, que nele ocorre um pedido e uma causa de pedir, resultantes do decurso da instância quando não logo, como devia ter sido, da petição inicial:

“Bem se compreende (...) o estabelecimento de um tal *limite temporal* à suscitação do vício de ineptidão, já que a prolação de decisão sobre o litígio (...) implica necessariamente que, no desenrolar do processo, a eventual e originária insuficiência estrutural da petição inicial tenha sido *suprida* ou *ultrapassada*: não só a parte contrária terá contestado a versão do autor, compreendendo o sentido essencial da factualidade que ele alegou, como o próprio tribunal, ao apreciar o mérito da causa, terá logrado compreender os pontos fundamentais do litígio que opunha as partes, ultrapassando, através da interpretação que fez dos articulados, as originárias deficiências e insuficiências factuais destes”<sup>(14)</sup>.

Assim, por exemplo, se na contestação dos embargos o exequente alegar factos que integrem uma causa negocial da obrigação exequenda, esta alegação fáctica é, sem dúvida, *extemporânea*, pois esse articulado não exerce a função secundária que a réplica tinha no processo ordinário de declaração do CPC de 1961<sup>(15)</sup>. Mas, não julgando no despacho saneador o processo nulo por ineptidão da petição inicial e incluindo, ao invés, nos temas da prova a questão do negócio jurídico que teria estado subjacente à celebração da escritura, o juiz da causa necessariamente *ultrapassa* a questão da ineptidão, fazendo prosseguir o processo com o objeto que decorre da alegação feita pela autora na contestação dos embargos. Fica-lhe, conseqüentemente, *vedado* proferir, no final, uma decisão baseada na falta de *alegação* dos factos identificadores da causa de pedir, cabendo-lhe, sim, com aplicação das regras de distribuição do *onus da prova*, proferir uma decisão de mérito, admissível com base no pressuposto daquela alegação e usando, sendo caso disso, o seu poder de *adequação formal* do processo para garantir o exercício do *contraditório*.

O mesmo se diga se, noutro exemplo, os factos integradores da causa de pedir forem inseridos no processo em resultado dum ato de esclarecimento ou concretização das partes (art. 591.º-1-c CPC) ou até de produção de prova (art. 5.º-2-b CPC)<sup>(16)</sup>.

<sup>(14)</sup> Ac. do STJ de 26.3.15 (LOPES DO REGO), <www.dgsi.pt>, proc. 6500/07.

<sup>(15)</sup> O Assento 12/94, de 21 de julho, admitiu, como é sabido, a sanabilidade da ininteligibilidade da causa de pedir por ampliação fáctica em réplica, desde que o princípio do contraditório fosse respeitado.

<sup>(16)</sup> Também aqui temos o extravasar da função normal destes atos, que é de natureza *completadora* ou *concretizadora* da alegação feita, não servindo normalmente para suprir a falta *total* da alegação, identificando a causa de pedir.



**3.4.** A não ocorrer esta integração da causa de pedir em falta, o juiz da causa tem, na decisão final, de proferir a *absolvição da instância* que inicialmente omitiu, sem possibilidade de a converter em absolvição do pedido.

Factos identificadores da causa de pedir e factos que a complementam são, como já se frisou, indispensáveis à procedência do pedido; mas sem os primeiros não há objeto do processo, pelo que, a subsistir a falta desses factos no material do processo à data da sentença, a decisão de mérito está vedada e, mediante uma *interpretação restritiva* da norma do art. 200.º-2 CPC, a absolvição da instância terá ainda de ter lugar. O art. 278.º-1-*b* CPC, conjugado com o art. 186.º-1 CPC, é muito claro quando impõe a absolvição da instância em caso de ineptidão da petição inicial e o art. 608.º-1 CPC só no caso do art. 278.º-3 CPC não mantém a precedência do conhecimento das questões que possam determinar a absolvição da instância; o art. 278.º-3 CPC, por sua vez, só admite a sanção da exceção dilatória nos termos do art. 6.º-2 CPC (nunca por efeito duma simples preclusão)<sup>(17)</sup>.

A falta do objeto do processo pode ser *suprida*, mas não muda de *natureza* (gerando a absolvição do pedido, em vez da absolvição da instância) nas fases do processo em que, em princípio, não é já consentida a sua verificação. Julgar, na sentença de embargos, verificada a falta da causa de pedir, daí retirando a procedência da oposição à execução, com a consequência da produção de caso julgado (art. 732.º-5), constituiria uma decisão em contradição com os seus fundamentos<sup>(18)</sup>. Bem diferente é o caso

---

(17) Na jurisprudência há decisões que apelam à noção de *exequibilidade*: a falta da invocação da causa de pedir resulta na falta dum requisito da exequibilidade do título negocial, sem o qual a execução se extingue, com o efeito próprio da *absolvição da instância* (ac. do STJ de 15.9.11, GRANJA DA FONSECA, <www.dgsi.pt>, proc. 192/10, embora um pouco titubeante; ac. do STJ de 27.4.17, ROQUE NOGUEIRA, <www.dgsi.pt>, proc. 108/13, mais firmemente). Com maior rigor, o ac. do STJ de 7.5.14 (LOPES DO REGO), proc. 303/2002, evidencia, em *obiter dictum*, a “diferenciação e autonomia entre os conceitos de título executivo e de causa de pedir da ação executiva”, esta consistindo em “elementos fácticos complementares, *estranhos ao próprio título*”. A redação do art. 703-1-*c* CPC dá uma achega a esta interpretação, ao condicionar a exequibilidade do título de crédito à alegação dos factos constitutivos da relação subjacente no requerimento executivo, quando, como é normal, dele não constem. Mas parece-me antes que essa condição, sendo *extrínseca* ao documento, não investe a sua exequibilidade própria, constituindo tão-só, nos termos gerais, uma *condição de admissibilidade* da ação, declarativa ou executiva. O resultado a que se chega é, porém, o mesmo: a absolvição da instância.

(18) Constituiria também tal decisão uma violação da Constituição da República (CR). O art. 20.º-1 CR, ao consagrar o direito de acesso aos tribunais, não pode ser plenamente entendido sem a sua conjugação com o art. 202.º-2 CR, relativo à função processual. Dessa conjugação resulta que todos têm direito a obter, mediante recurso aos tribunais, a *tutela dos direitos e interesses legalmente protegidos*. Assim, a falta dum pressuposto processual não pode impedir a *repetição da causa* para conseguir ainda a decisão de mérito (ou as providências executivas), impedida pela absolvição da

em que, sendo deficiente a causa de pedir, o juiz convida ao aperfeiçoamento da petição inicial (ou do requerimento executivo) e o autor não aperfeiçoe<sup>(19)</sup>. Nada de semelhante quando, em vez de uma petição deficiente, suscetível de ser aperfeiçoada (tendo o autor o *onus* de o fazer), nos encontramos perante uma petição irregular, por nela não ser mencionada a causa de pedir. Além, passado o momento do aperfeiçoamento, a parte fica sujeita às consequências negativas da sua *inércia*; aqui, passado o momento do indeferimento, a parte não pode ser penalizada pelo *erro do juiz* ao deixar passar esse momento.

#### 4. Conclusões

1. O ato unilateral de reconhecimento de dívida sem indicação de causa dispensa o credor de provar o facto constitutivo da obrigação, mas não de o alegar, como causa de pedir, nomeadamente na ação executiva em que o documento de reconhecimento sirva de título executivo.
2. A falta de alegação, na petição inicial, do facto constitutivo da obrigação em ação executiva baseada no reconhecimento de dívida constitui ineptidão da petição inicial, sendo tardia a sua alegação na contestação dos embargos de executado.
3. No entanto, se o juiz da causa não conhecer da consequente nulidade do processo no despacho saneador, antes ordenando o conhecimento do negócio subjacente entre os temas da prova, a questão tem de se considerar ultrapassada, com base nos elemen-

---

instância (cf. a minha *Introdução, cit.*, n.ºs I.3.4, I.3.5 e II.2.1). A verificação de que, em certa causa, não ocorre a existência do objeto processual impede que nele se profira uma decisão de mérito, mas não que, noutra causa, reunidos os requisitos do pressuposto que na primeira faltaram, essa decisão de mérito seja obtida. Para o efeito, é indiferente o momento processual em que o tribunal verifique a falta do pressuposto, contrariando frontalmente o preceito constitucional uma interpretação da lei processual que tenha como consequência que a *mesma inexistência de objeto* dê lugar, consoante o momento da verificação judicial, nuns casos à absolvição da instância, produzindo mero *caso julgado formal*, e noutros à absolvição do pedido, fazendo *caso julgado material*.

<sup>(19)</sup> No caso do ac. do STJ de 7.5.14 (LOPES DO REGO), proc. 303/2002, referido na nota 17, tratava-se de uma ação declarativa de condenação baseada em letra prescrita, a que, como tal, se aplicava o art. 458.º CC. O juiz da 1.ª instância, confrontado com uma alegação dos factos integrantes da causa de pedir que considerou *insuficiente*, convidou o autor ao *aperfeiçoamento* do requerimento executivo. O autor não aperfeiçoou e o STJ entendeu — bem — que, ficando por isso incompleta a fatispécie constitutiva da obrigação, por o autor não ter alegado os factos que a completariam, a ação improcedia.

tos trazidos ao processo pelas partes na pendência da instância, nomeadamente nos articulados que tenham sido apresentados na réplica ou nos embargos de executado.

4. Neste caso, caberá ao juiz garantir o exercício do contraditório, usando, sendo caso disso, o seu poder de adequação formal.
5. Se, ao invés, o juiz deixar prosseguir a causa sem conhecer da ineptidão da petição inicial e não forem trazidos ao processo elementos suscetíveis de suprir a falta de alegação da causa de pedir, a ineptidão da petição inicial terá de ser conhecida ulteriormente, inclusivamente na sentença final ou até em instância de recurso, visto que o juiz não pode decidir de mérito quando o processo (e, portanto, a própria sentença) não tenha objeto.
6. Para o efeito, o art. 202.º CPC tem de ser interpretado restritivamente, não se aplicando nas situações em que a causa de pedir permanece desconhecida até ao termo do processo em 1.ª instância, devendo então a absolvição da instância ter lugar nos termos em que a impõem os arts. 186.º-1, 278.º-1-*b* e 608.º-1 do CPC (resultado a que alguma jurisprudência chega, na ação executiva, recorrendo ao conceito da inexecuibilidade do título).
7. Julgar que, por já não se poder conhecer da ineptidão da petição inicial, pode ter lugar, com o mesmo fundamento, a absolvição do pedido ofende os arts. 20.º-1 e 202.º-2 da Constituição da República, pois a tutela dos direitos e interesses legalmente protegidos impõe que se possa, nessa situação, repetir a causa, o que uma decisão de mérito impediria.
8. Nem se confunde a falta de identificação da causa de pedir mediante a alegação do facto constitutivo essencial, sem a qual o processo não tem objeto, com a falta de alegação de outros factos principais que a completem, a qual, sem prejuízo do dever do juiz de proferir despacho de aperfeiçoamento, gera a absolvição do pedido.



# *MARKETING OPORTUNISTA (AMBUSH MARKETING) E CONTRATO DE PATROCÍNIO DESPORTIVO. EM DESTAQUE, UM CASO NO FUTEBOL PORTUGUÊS*

*Por Lurdes Vargas*

## *SUMÁRIO:*

1. O patrocínio e o contrato de patrocínio. 2. O que é o *marketing oportunista (ambush marketing)*, como se manifesta e considerações éticas. 3. O fenómeno visto pelo direito. 4. Respostas ao *marketing oportunista* no direito português. 5. Um caso português: Sociedade Central de Cervejas vs. Unicer. 6. Nota final.

## **1. O patrocínio e o contrato de patrocínio**

O patrocínio é tema frequente de notícias na imprensa e de debate entre os especialistas de marketing & comunicação e académicos — notícias sobre mudanças de patrocinadores de clubes e estrelas do desporto, os elevados valores investidos pelos patrocinadores, os reflexos de escândalos desportivos nos contratos de patrocínio celebrados pelos protagonistas dos escândalos. E, fora do desporto, o patrocínio também se tornou visível e incontornável. Inúmeros festivais de verão recebem o nome das empresas suas patrocinadoras. Não há anúncio de concerto, de exposição, de qualquer evento cultural, grande ou pequeno, de alta cultura ou popular, que não contenha em rodapé uma lista mais ou menos extensa de patrocinadores. É o patrocínio enquanto realidade económica e social.

O patrocínio começa por ser uma ferramenta de marketing, um instrumento comunicacional: *patrocínio é uma estratégia comunicacional,*

*integrada no conjunto de estratégias utilizadas por uma organização na prossecução dos seus objectivos comerciais e/ou corporativos, explorando os direitos de associar uma organização, marca ou produto a outra organização, evento ou celebridade, envolvendo uma transacção comercial entre as partes*<sup>(1)</sup>.

O núcleo deste instrumento é uma *associação de imagens*, uma *associação directa entre uma organização, uma marca ou um produto com outra organização, evento ou celebridade*<sup>(2)</sup>.

O que é a associação de imagens?

Com a formalização da relação de patrocínio, o patrocinador adquire o direito de se apresentar nessa qualidade, de usar o título de patrocinador, seja este diferenciado — por ex. *patrocinador principal, relógio oficial, bebida oficial* — ou indiferenciado. Aparecer no material promocional do evento, clube, atleta ou artista sob a epígrafe *patrocinador* transporta de imediato o público ou os consumidores para uma associação básica — “X patrocina, ou seja, financia Y” — atribuindo significado(s) a essa relação, desde logo positivo(s).

Mas o processo e o efeito de associação de imagens no patrocínio são mais complexos do que isso. Trata-se de um mecanismo especial de associação, a *transferência de imagem*<sup>(3)</sup>.

No patrocínio, ocorre uma transferência de imagem do patrocinado para a imagem da marca patrocinadora quando um indivíduo, um consumidor, na sua memória, relaciona a informação sobre os atributos ou benefícios do patrocinado, ou as suas atitudes relativamente a esse patrocinado, com a marca patrocinadora.

Assim, quando constitui uma relação de patrocínio, o patrocinador procura que as associações positivas que os consumidores estabelecem com o patrocinado se liguem à sua própria marca<sup>(4)</sup>.

Esta transferência de imagem opera nas várias manifestações ou modalidades de patrocínio.

---

(1) FERRAND, ALAIN, TORRIGIANI, LUIGGINO, CAMPS I POVILL, ANDREU, *Routledge Handbook of Sports Sponsorship — Successful strategies*. Trad. PIERRE-FRANÇOIS LALONDE e ELIZABETH CHRISTOPHERSON. London/New York: Routledge, 2007, p. 47.

(2) *Routledge Handbook...*, p. 48.

(3) Uma apresentação das duas teorias explicativas do processo de transferência de imagem mais aplicadas relativamente ao patrocínio — *teoria da consistência cognitiva e teoria da aprendizagem associativa* — em GROSS, PHILIP, *Growing Brands Through Sponsorship. An Empirical Investigation of Brand Image Transfer in a Sponsorship Alliance*. Wiesbaden: Springer, 2015, pp. 93, ss.

(4) GWINNER, KEVIN, “Image Transfer in Global Sport Sponsorship — Theoretical support and boundary conditions”. In: AMIS, JOHN e CORNWELL, T. Bettina (Ed.), *Global Sport Sponsorship*. Oxford (UK), New York: Berg, 2005, p. 165.

Em particular, no *endorsement*, uma modalidade de patrocínio de pessoa singular célebre, parte-se do princípio de que os consumidores atribuem às celebridades determinados atributos, um significado, resultante da sua interpretação individual da imagem pública dessas celebridades. Depois, perante uma operação de *endorsement*, o consumidor transfere esse significado da celebridade para o produto (ou marca) patrocinadora. Finalmente, no consumo do produto, esse *significado* é transferido para o próprio consumidor<sup>(5)</sup>.

A transferência de imagem não é, no contexto do marketing, um mecanismo exclusivo do patrocínio. Também há transferência de imagem na publicidade clássica<sup>(6)</sup>.

Porém, no patrocínio a transferência de imagem é diferente. É diferente operativamente.

Diz-se que no patrocínio o *meio* é a *mensagem*: cada desporto, cada actividade cultural, cada causa, cada evento, cada atleta ou cada artista transmite determinados valores, uma personalidade que é transferida para o patrocinador, marca ou produto. Enquanto na publicidade clássica o anunciante controla o conteúdo da mensagem, a qual é autónoma relativamente ao meio de difusão, no patrocínio a imagem do patrocinado é a própria mensagem. Ou seja, o patrocinador normalmente *compra* uma *imagem já pronta* (excepto no caso de eventos especiais criados à medida das necessidades do patrocinador). Mais, estabelece-se uma autêntica relação simbiótica entre patrocinador e patrocinado/actividade patrocinada. O patrocinado tem um efeito reflexivo na marca patrocinadora, captado pelo receptor/público<sup>(7)</sup>.

A par, ou melhor, na origem do instrumento ou operação comunicacional patrocínio, temos o contrato de patrocínio.

Na verdade, poder-se-ia falar antes de contratos de patrocínio. Perante a variedade de operações comunicacionais de patrocínio, também o contrato se configura em estruturas muito diferentes.

Se nos situarmos no meio desportivo, no patrocínio das entidades colectivas desportivas, a prestação dessas entidades envolve normalmente um conjunto de condutas activas de divulgação da imagem e do nome do patrocinador (publicidade estática no estádio, nas camisolas, nas salas de

(5) GWINNER, KEVIN, "Image transfer...", p. 165.

(6) Sobre a transferência de imagem na publicidade clássica, MEENAGHAN, TONY, SHIPLEY, DAVID, "Media effect in commercial sponsorship". *European Journal of Marketing*, 33(3/4) (1999). pp. 328-347. In <www.wileyonlinelibrary.com>, pp. 331-332.

(7) MEENAGHAN, TONY, SHIPLEY, DAVID, "Media effect...", pp. 333-336; MASTERMAN, GUY, *Sponsorship: For a return on investment*. Oxford, UK/Burlington, USA: Butterworth-Heinemann, 2007, p. 35.

imprensa, nos produtos de merchandising do clube, etc.) que asseguram que fique clara a qualidade e o título de patrocinador oficial, tendo normalmente por contrapartida principal o pagamento em dinheiro, podendo esta prestação incluir uma parcela fixa e também parcelas variáveis em função dos resultados dos jogos ou da posição na classificação. É o patrocínio na sua versão estruturalmente mais clara: o patrocinado divulga, o patrocinador paga.

Já o patrocínio individual, de atletas, treinadores e outras pessoas singulares com protagonismo no meio desportivo apresenta outras configurações.

O patrocínio de atletas pode assumir a forma mais clássica, na qual o atleta se obriga a divulgar o nome e a imagem do patrocinador, tendo por contrapartida um pagamento em dinheiro. A divulgação do nome e da imagem do patrocinador — e da associação com o mesmo — pode ser concretizada em diversas formas, nomeadamente, na aposição do seu nome ou marca no equipamento (camisolas, outro vestuário, bonés, capacetes) e nos veículos de competição, na participação activa em eventos comerciais e/ou acções de marketing do patrocinador.

Mas, noutra variante, o patrocínio do atleta ou de outro protagonista desportivo singular é bastante diferente. O núcleo da contrapartida do patrocinado corresponde a uma licença de uso do seu nome e imagem e/ou da marca que o identifica a favor do patrocinador, para utilização em produtos, campanhas publicitárias e comerciais, decoração de estabelecimentos e outros meios promocionais. Nestes contratos, o patrocinado não tem conduta activa de promoção do patrocinador ou esta é muito reduzida. Formalizado o acordo, caberá ao patrocinador divulgar a associação entre o seu nome, a sua marca e os seus produtos e o nome, a imagem e, eventualmente, a marca do patrocinado. Ao atleta ou celebridade desportiva caberá colaborar, protagonizando ou participando em anúncios ou campanhas publicitárias, projectados e promovidos pelo patrocinador.

Tanto o patrocínio de entidades colectivas como o patrocínio de atletas, pode ainda assumir a variante contrato de patrocínio técnico, quando a prestação do patrocinador tem como componente principal o fornecimento de equipamentos e/ou serviços especialmente ligados à actividade do patrocinado.

O *naming* é outra variante do patrocínio de entidades colectivas desportivas. O acordo de *naming* apresenta uma estrutura bastante simples: em troca de uma prestação monetária do patrocinador, a sociedade desportiva ou o clube patrocinado obriga-se a alterar a denominação de um seu estádio ou arena, ou mesmo da sua equipa, que passará a corresponder ao nome do patrocinador ou de uma sua marca.



Não obstante esta enorme diversidade, trata-se de modalidades ou variantes de um mesmo tipo contratual. O contrato de patrocínio constitui um tipo social<sup>(8)</sup>.

Há um elemento finalístico-funcional comum a todos os contratos de patrocínio: a valorização de imagem do patrocinador por apropriação das qualidades positivas da imagem do patrocinado. É este elemento que determina a onerosidade e a correspectividade do contrato. É este elemento que modela a prestação característica ou o feixe característico de prestações do patrocinado de cada modelo de contrato. E é, finalmente, este elemento que exige, requer sempre uma ligação ao evento ou à actividade, pois é a ligação a um evento concreto ou a uma actividade que assegura a presença de qualidades diferenciadoras do patrocinado, aquelas que o patrocinador pretende juntar à sua imagem por associação.

Porém, trata-se de um tipo social sem correspondência num tipo legal. Não existe um regime legal especial do contrato de patrocínio.

A atipicidade legal gera naturais dúvidas sobre as soluções jurídicas a adoptar, embora talvez sirva bem a uma figura tão camaleónica como esta.

## **2. O que é o *marketing oportunista (ambush marketing)*, como se manifesta e considerações éticas<sup>(9)</sup>**

E eis que diante da tão fulgurante e próspera figura do patrocínio surge uma terrível ameaça. Uma ameaça à regular execução e produção de efeitos dos contratos de patrocínio. E não, não se trata do incumprimento das partes.

Trata-se de um conjunto de operações comunicacionais comumente designadas *ambush marketing*.

A expressão *ambush marketing* foi pela primeira vez utilizada a propósito dos Jogos Olímpicos de Los Angeles de 1984. Nestes Jogos, a Fuji era patrocinadora oficial, pagando uma contrapartida elevada, mas a sua principal concorrente, a Kodak, patrocinou o programa de transmissão dos

---

(8) Sobre as várias modalidades de contrato de patrocínio e a tipicidade da figura, *vd.* o nosso: *Escândalos no Desporto e Perturbação do Contrato de Patrocínio: A desconformidade contextual da prestação*. Lisboa: AAFDL Editora, 2018, pp. 73, ss.

(9) Neste capítulo, permito-me acompanhar muito de perto, com algumas adaptações, aquilo que escrevi na minha intervenção no Colóquio *Ambush Marketing: Perspetivas de Marketing & Comunicação, Desporto e Direito* (Dezembro de 2018): “Legitimidade e ilegitimidade do *marketing oportunista* e os novos direitos de associação aos eventos desportivos” (no prelo).

jogos pela ABC Television e obteve o título de *filme oficial* da equipa de atletismo norte-americana, desviando assim a atenção do público do patrocinador oficial dos jogos. A Kodak foi então acusada de desenvolver uma prática de marketing de *emboscada*, ao desviar a atenção do público do verdadeiro patrocinador oficial dos jogos<sup>(10)</sup>.

Numa das primeiras definições conhecidas, *ambush marketing* é um *esforço planeado (campanha) de uma organização de se associar indirectamente a um evento, tendo em vista obter pelo menos parte do reconhecimento e benefícios que estão associados à condição de patrocinador oficial*<sup>(11)</sup>.

Dito de outro modo, no contexto de uma operação de patrocínio, trata-se *da prática através da qual uma outra empresa (que não o patrocinador oficial), normalmente um concorrente, se intromete na atenção do público, assim desviando a atenção da audiência para si e afastando-a do patrocinador*<sup>(12)</sup>.

Já com uma conotação negativa, diz-se que *ambush marketing* é *qualquer forma de comunicação ligada a um evento, que usa os seus sinais e símbolos característicos para enganar os espectadores, sugerindo que a marca é um patrocinador oficial, de modo a melhorar a imagem da marca do pseudo-patrocinador*<sup>(13)</sup>.

O fenómeno ocorre prioritariamente em eventos desportivos, sobretudo grandes eventos desportivos, embora também sucedam manifestações do fenómeno noutras áreas<sup>(14)</sup>.

A própria complexidade da estrutura de patrocínios dos eventos desportivos, muitas vezes organizados horizontal e verticalmente, cria um ambiente propício ao *ambush marketing*: numa multiplicidade de patrocinadores, naturalmente, a visibilidade de cada um tende a ficar diluída, deixando campo livre para os concorrentes comerciais lançarem as suas próprias operações promocionais<sup>(15)</sup>.

---

<sup>(10)</sup> MEENAGHAN, TONY, "Point of view: ambush marketing: immoral or imaginative practice?". *Journal of Advertising Research*. September-October, 1994, pp. 80-81.

<sup>(11)</sup> SANDLER, DENIS, SHANI, DAVID, "Olympic sponsorship vs. "ambush" marketing: Who gets the Gold?". *Journal of Advertising Research*. August-September, 1989, p. 11.

<sup>(12)</sup> MEENAGHAN, Tony, "Point of view...", p. 79.

<sup>(13)</sup> MAZODIER, Marc, QUESTER, Pascale, "Ambush marketing disclosure impact on attitudes toward the ambusher's brand". *Recherche et Applications en Marketing*, Vol. 25. n.º 2/2010, p. 52.

<sup>(14)</sup> Por exemplo, *marketing oportunista* ligado ao patrocínio social, MIZERSKI, DICK, MIZERSKI, KATHERINE, SADLER, ORIN, "A field experiment comparing the effectiveness of "ambusher" and cause related ad appeals for social marketing causes". *Journal of Nonprofit & Public Sector Marketing*, Vol. 9. n.º 4, pp. 25-45.

<sup>(15)</sup> Neste sentido, FARRELY, FRANCIS, QUESTER, PASCALE, GREYSER, STEPHEN, "Defending the Co-branding benefits of sponsorship B2B partnerships: the case of ambush marketing". *Journal of Advertising Research*. September, 2005, pp. 341-342.

Procurando na língua portuguesa uma expressão equivalente a *ambush marketing*, não adoptarei *marketing* ou *publicidade emboscada*. Além de *emboscada* ter à partida uma conotação negativa — o que gostaria de evitar —, em qualquer caso, a empresa que pretende associar-se ao evento ou à entidade patrocinada sem ser o seu patrocinador oficial, ou para lá dos limites do patrocínio que eventualmente detenha, não cria necessariamente uma *emboscada* ou *armadilha* para se livrar do patrocinador oficial. Na verdade, nalguns casos, essa empresa até se apoia na campanha do patrocinador oficial para construir a sua própria campanha. Proponho *marketing oportunista*, uma expressão ética e operacionalmente mais neutra.

Perante a variedade de oportunidades promocionais que um evento apresenta, são diversas as manifestações de *marketing oportunista*. Uma das primeiras tipologias conhecidas identifica cinco modalidades diferentes<sup>(16)</sup>:

### 1. *O patrocínio da transmissão do evento*

Aqui o *oportunista* (na expressão inglesa, o *ambusher*) patrocina a transmissão do evento, *roubando* naturalmente a atenção do público, visto que, na maioria dos eventos, a audiência dos meios de transmissão é muito superior à audiência *ao vivo*. Neste caso, o *oportunista* explora uma oportunidade promocional perfeitamente legítima.

### 2. *Patrocinar subcategorias dentro do evento e explorá-las agressivamente*

O *oportunista* patrocina um elemento menor do evento e explora esta associação através de um elevado investimento promocional. Pode referir-se um exemplo histórico: nos Jogos Olímpicos de 1988, as posições entre a Fuji e a Kodak inverteram-se. A Kodak era o patrocinador oficial dos jogos, mas a Fuji, enquanto patrocinadora da equipa norte-americana de natação, desviou uma boa parte da atenção para si.

### 3. *Adquirir tempo de publicidade entre a transmissão do evento*

Uma empresa que queira retirar protagonismo ao patrocinador do evento ou da sua transmissão pode apostar na publicidade que envolve os programas de transmissão do evento. Esta oportunidade *oportunista* pode

---

<sup>(16)</sup> MEENAGHAN, TONY, “Point of view...”, pp. 80, ss. Noutros artigos, o autor apresenta uma variante desta tipologia — MEENAGHAN, TONY, “Ambush marketing: a threat to corporate sponsorship”. *Sloan Management Review*. Fall, 1996, pp. 106, ss; MEENAGHAN, TONY, “Ambush marketing: corporate strategy and consumer reaction”. *Psychology & Marketing*, Vol. 15, n.º 4, July 1998, pp. 310, ss.

estar limitada pela amplitude do acordo celebrado entre o meio de transmissão e o patrocinador da transmissão do evento.

#### 4. *Desenvolver actividades promocionais de grande dimensão, diversas do patrocínio, que coincidam com a ocorrência do evento*

Os concorrentes do patrocinador ou patrocinadores podem investir em campanhas publicitárias de grande dimensão e/ou outros instrumentos de promoção, lançados aquando do evento, assim desviando a atenção dos patrocinadores oficiais.

#### 5. *Outras estratégias oportunistas*

Outras estratégias, normalmente bastante imaginativas, são usadas pelas empresas para sugerirem o seu envolvimento em eventos de grande projecção. Por exemplo: oferecer aos fãs de um evento viagens e bilhetes para assistirem ao evento; usar imagens que lembrem o evento, tais como estádios ou pistas de competição, equipamentos desportivos (bolas, raquetes, tacos, ...) como pano de fundo de anúncios; colocar publicidade estática junto aos locais de realização do evento, sobretudo quando é possível que essa publicidade possa ser captada nas reportagens televisivas que fazem a cobertura do evento; instalar zonas de hospitalidade/entretenimento dos fãs junto aos locais de realização do evento. Modernamente, as redes sociais são um campo especialmente fértil para novas estratégias, nomeadamente através do uso de *hashtags*<sup>(17)</sup>.

Pode dizer-se que não há limites para o *marketing oportunista*.

Entretanto outras tipologias surgiram<sup>(18)</sup>, acompanhando a evolução do fenómeno, a multiplicação das suas manifestações.

Mas será que todo o *marketing oportunista* é ilegítimo e, como tal, deve ser ilícito?

A própria expressão inglesa — *ambush marketing* — sugere uma avaliação negativa do fenómeno. E, de facto, em muitos estudos de espe-

---

(17) Sobre estes novos instrumentos de *marketing oportunista* na Web, vd. McKELVEY, STEPHEN, GRADY, JOHN — “# JoinTheConversation: The Evolving Legal Landscape of Using Hashtags in Sport”. *Journal of Legal Aspects of Sport*, n.º 27, 2017, pp. 90-105, *passim*.

(18) Veja-se, por exemplo, a sofisticada tipologia proposta por CHADWICK, SIMON, BURTON, NICHOLAS, “The evolving sophistication of ambush marketing: a typology of strategies”. *Thunderbird International Business Review*, Vol. 53, n.º 6, November-December 2011, pp. 715, ss. E uma recente nova tipologia, dos mesmos autores, BURTON, NICHOLAS, CHADWICK, SIMON, “Ambush Marketing Is Dead, Long Live Ambush Marketing: A Redefinition and Typology of an Increasingly Prevalent Phenomenon”. *Journal of Advertising Research*, September 2018, pp. 289, ss.

cialistas em marketing & comunicação relativos ao *marketing oportunista*, a avaliação geral é negativa, tomando o fenómeno como uma ameaça às operações de patrocínio e à própria viabilidade dos eventos, uma actividade parasita e desleal, e, ao mesmo tempo, uma perturbação do mecanismo comunicacional inerente ao patrocínio<sup>(19)</sup>.

Porém, os resultados dos vários estudos que visam avaliar o impacto das operações de *marketing oportunista* sobre as operações de patrocínio são discordantes. Permanece a dúvida se o *marketing oportunista* é, realmente, uma ameaça à eficácia do patrocínio.

Nalguns estudos apurou-se que os patrocinadores oficiais são capazes de obter dos consumidores níveis de reconhecimento/conhecimento significativamente mais elevados do que os obtidos pelos *oportunistas* (*ambushers*)<sup>(20)</sup>, noutros que as operações de *marketing oportunista*, embora possam mudar os atributos que os consumidores associam aos pseudo-patrocinadores, não influenciam as decisões dos consumidores<sup>(21)</sup>; pelo contrário, outros estudos concluíram que as operações de *marketing oportunista* realmente confundem os consumidores — os consumidores parecem incapazes de distinguir os patrocinadores oficiais dos *oportunistas*<sup>(22)</sup>, embora os indivíduos/consumidores sejam capazes de identificar melhor os patrocinadores das suas equipas, aquelas com quem estão emocionalmente envolvidos<sup>(23)</sup>; outros estudos concluíram que a prática de *marketing oportunista* apenas afecta o patrocínio quando este não é bem explorado, ou seja, quando o investimento dos patrocinadores no próprio patrocínio não é acompanhado de investimentos em publicidade e outras

---

(19) ASSIM, SANDLER, DENIS, SHANI, DAVID, “Olympic sponsorship...”, *passim* e especialmente p. 11: *O objectivo principal é confundir a mente do consumidor sobre a identidade do patrocinador e daí ganhar os benefícios associados a ser um patrocinador ou enfraquecer o impacto de um concorrente principal ser o patrocinador exclusivo de um evento.*

(20) *Ibidem*, p. 13.

(21) HOEK, JANET, “Ring Ring: visual pun or passing off? An examination of theoretical and research issues arising from ambush marketing”. *Asia-Australia Marketing Journal*, Vol. 5, n.º 1, 1997. pp. 33-43, *passim*.

(22) McDANIEL, STEPHEN, KINNEY, LANCE, “Ambush marketing revisited: an experimental study of perceived sponsorship effects on brand awareness, attitude toward the brand and purchase intention”. *Journal of Promotion Management*, Vol. 3(1/2) 1996, pp. 141-167, *passim*; SHANI, DAVID, SANDLER, DENIS, “Ambush marketing: is confusion to blame for the flickering of the flame?”. *Psychology & Marketing*, Vol. 15, n.º 4, July 1998, pp. 367, ss; CARRILLAT, FRANÇOIS, COLBERT, FRANÇOIS, FEIGNÉ, MATTHIEU, “Weapons of mass intrusion: the leveraging of ambush marketing strategies”. *European Journal of Marketing*, Vol. 48, n.º 12, 2014, *passim*.

(23) MEENAGHAN, TONY, “Ambush marketing: corporate...”, pp. 313, ss. Em sentido contrário, considerando que mesmo os consumidores muito envolvidos têm muitas hipóteses de confundir *oportunistas* e patrocinadores, FARRELY, FRANCIS, QUESTER, PASCALE, GREYSER, STEPHEN, “Defending the Co-branding...”, p. 340.

práticas promocionais (operações de *alavancagem*)<sup>(24)</sup>; e, finalmente, há quem sustente que a própria complexidade da estrutura de alguns patrocínios de eventos — onde atletas, equipas, o evento, eventos dentro do evento e vários elementos do programa de transmissão televisiva são patrocinados por empresas diferentes — está na origem da confusão que se gera na percepção dos consumidores quanto à identidade dos patrocinadores oficiais<sup>(25)</sup>.

A uma avaliação da eficácia do *marketing oportunista* sucede naturalmente uma discussão ético-pragmática: É o *marketing oportunista* censurável? Quem tem culpa da sua ocorrência?

Do ponto de vista ético, ou ético-prático, também não há um consenso sobre o *marketing oportunista*. Ou seja, mesmo partindo do princípio que ele é nocivo para as operações de patrocínio e para os eventos, não é consensual que se trate de uma prática ilegítima.

Do ponto de vista dos patrocinadores e dos patrocinados, o *marketing oportunista* é visto como ilegítimo: ele constitui uma ameaça para o valor do investimento que realizaram. Do ponto de vista dos *oportunistas* ou *pseudo-patrocinadores*, a prática é vista como normal do ponto de vista comercial e até integrada no dever que têm para com os seus accionistas de conduzir os negócios lucrativamente e aproveitar todas as oportunidades de negócio<sup>(26)</sup>. Havendo mesmo quem sustente que um evento maior pertence a todos e todos têm o direito de dele usufruir<sup>(27)</sup>.

Do ponto de vista dos especialistas, a posição clássica é censurar o *marketing oportunista*. Acima de tudo, a prática atenta contra a veracidade das comunicações negociais e publicidade<sup>(28)</sup>.

Mas, cada vez mais, surgem vozes discordantes que apontam para a responsabilidade dos promotores ou organizadores dos eventos, que verda-

<sup>(24)</sup> MEENAGHAN, TONY, “Ambush marketing: a threat...”, pp. 107-108.

<sup>(25)</sup> FRANCIS, QUESTER, PASCALE, GREYSER, STEPHEN, “Defending the Co-branding...”, p. 341; SHANI, DAVID, SANDLER, DENIS, “Ambush marketing: is confusion...”, pp. 372, ss.

<sup>(26)</sup> MEENAGHAN, TONY, “Ambush marketing: a threat...”, pp. 108-110.

<sup>(27)</sup> Assim, justificando a omnipresença da Nike em associação aos Jogos Olímpicos de 1992 em Barcelona — onde a empresa organizou conferências de imprensa com os atletas que patrocinava e colocou publicidade em murais de grande dimensão em edifícios da cidade com os membros da equipa norte-americana de basquetebol — que ofuscou os patrocinadores oficiais dos Jogos, um gestor da Nike, Mark Plikenton, afirmou: *Nós sentimos que num evento desportivo maior nós temos o direito de entrar e passar a nossa mensagem, desde que não estejamos a interferir com a organização oficial* — CROW, DEAN, HOEK, JANET, “Ambush marketing: a critical review and some practical advice”. *Marketing Bulletin*, 14, 2003, artigo 1. Online: <<http://marketing-bulletin.massey.ac.nz>>, p. 7 (do PDF online).

<sup>(28)</sup> PAYNE, MICHAEL, “Ambush Marketing: the undeserved advantage”. *Psychology & Marketing*, Vol. 15, n.º 4, July 1998, pp. 325, ss.

deiramente provocam as práticas de *marketing oportunista*, e para o cinismo dos interesses que sustentam a ilegitimidade destas práticas<sup>(29)</sup>.

Assim, chama-se a atenção para a exploração excessiva a que muitos eventos são sujeitos, da qual os Jogos Olímpicos são um exemplo paradigmático.

Na ânsia de obter mais e mais recursos financeiros, os promotores ou organizadores de muitos eventos permitem um elevadíssimo nível de saturação comercial-promocional do evento, enchendo o evento e zonas envolventes de anúncios. Naturalmente, os concorrentes dos patrocinadores oficiais sentem-se impelidos a reagir e justificados<sup>(30)</sup>. A situação agrava-se quando os promotores ou organizadores dos eventos não desenvolvem qualquer esforço em promover a informação do público e dos consumidores quanto ao papel e aos direitos dos patrocinadores oficiais<sup>(31)</sup>.

Sucedede também que fora dos contratos do patrocínio de um mega-evento ficam muitas vezes empresas que em muito contribuíram activamente para que o evento fosse possível: os patrocinadores dos participantes no evento e as empresas locais que patrocinaram organizações e instalações locais e que em muito contribuíram para a atribuição da organização do mega-evento ao seu país ou à sua cidade<sup>(32)</sup>.

Por outro lado, constata-se que entidades como o Comité Olímpico Internacional e a UEFA procuram maximizar a exploração comercial-promocional dos respectivos eventos pressionando as cidades candidatas ao seu acolhimento a adoptar legislação que verdadeiramente expande o âmbito do *marketing oportunista* enquanto actividade ilegítima, nomeadamente: emitindo uma extensa lista de nomes cujo o uso deverá ficar vedado aos não patrocinadores, durante os eventos e num período imediatamente anterior, quando, afinal, muitos desses nomes não parecem estar ligados directamente aos eventos, antes muitas vezes constituindo denominações da cidade e/ou alusões ao próprio desporto em geral; proibindo ou limitando a afixa-

---

(29) Uma crítica à estratégia do Comité Olímpico Internacional de impor aos estados hospedeiros a aprovação de legislação de combate ao marketing oportunista — SCASSA, TERESA, “Legal guarantees for olympic legacy”. *Entertainment & Sports Law Journal*, Vol. 9, n.º 1, 2011. Online: <<http://www.entsportslawjournal.com/articles/10.16997/eslj.28/>>, *passim*.

(30) SHANI, DAVID, SANDLER, DENIS, “Ambush marketing: is confusion...”, pp. 372-373.

(31) *Ibidem*, p. 373.

(32) PEARSON, GEOFF, “Dirty Trix at Euro 2008: Brand protection, ambush marketing and intellectual property theft at the European Football Championships”. *Entertainment & Sports Law Journal*, Vol. 10, n.º 1, 2008. Online: <<http://www.entsportslawjournal.com/articles/10.16997/eslj.21/>>, pp. 7 e 9 do PDF online; SCASSA, TERESA, “Ambush marketing and the right of association: clamping down on references to that big event with all the athletes in a couple of years”, *Journal of Sport Management*, Vol. 25, 2011, pp. 365-366, 368.

ção de anúncios e a realização de campanhas publicitárias dentro da cidade que acolhe o evento em áreas fora dos recintos desportivos/áreas de competição, numa manifesta apropriação da cidade pelo evento.

Perante tal legislação, pode legitimamente questionar-se quem é verdadeiramente o *oportunist*a: se o não patrocinador que procura usufruir do ambiente favorável ao desporto, do entusiasmo dos fãs para criar novas oportunidades promocionais; se as entidades organizadoras que pretendem canalizar toda a energia do fenómeno olímpico e da cidade que o acolhe para os negócios milionários exclusivos que celebram com grandes multinacionais<sup>(33)</sup>.

E, mostrando como os papéis se baralham, são referidos casos em que o promotor ou organizador do evento se transformou no *oportunist*a. Por exemplo, quando o organizador de um evento internacional, a UEFA, lançou uma colecção de camisolas com as cores das equipas nacionais em competição, usando a respectiva bandeira nacional como símbolo e inserindo a marca do evento, o Euro 2008, na manga da camisola. Essas camisolas foram comercializadas na cidade que acolheu o evento, em lojas, quiosques e mesmo em zonas de fãs nos próprios estádios, a preços bastante inferiores às réplicas das camisolas oficiais das equipas em competição, comercializadas pelas respectivas federações nacionais, muitas vezes nos mesmos locais<sup>(34)</sup>.

---

(33) Discutindo e pondo em causa a legitimidade e eficácia de legislação desta natureza aprovada por imposição do COI, GRADY, JOHN, MCKELVEY, STEPHEN, BERNTHAL, MATTHEW, “From Beijing 2008 to London 2012: Examining event-specific Olympic legislation vis-à-vis the rights and interests of stakeholders”, *Journal of Sponsorship*, Vol. 3, n.º 2, February 2010, pp. 144, ss, *passim*; JOHN, MCKELVEY, “From the Front Lines to the Halls of Academia: Charting Ambush Marketing Discourse”, *Sport & Entertainment Review*, 2017, n. 3, p. 57. Esta crítica também pode vir de onde menos se espera. A ESA, European Sponsorship Association, pronunciou-se no sentido de: *não deve ser permitido que legislação anti-marketing oportunista abafe o “dividendo” financeiro gerado em toda a economia, especialmente quando o estado hospedeiro teve de realizar investimentos especiais para acolher o evento* — SUTHERDEN, ANDY, “Laying the law down on ambush marketing”. *Journal of Sponsorship*, Vol. 4, n.º 4, September 2011, p. 313. Na mesma linha, outras instituições internacionais emitiram resoluções recomendando que a legislação especial anti-marketing oportunista assegure um equilíbrio entre os interesses de todas as partes, nomeadamente, os dos promotores/organizadores e patrocinadores do evento, por um lado, e os de empresas locais, outros titulares de marcas e público, por outro. Assim, Resolução Q210, de 14 de Outubro de 2009, da AIIPI, Associação Internacional para a Protecção da Propriedade Intelectual: <[http://aippi.pt/ficheiros\\_artigos/Q210%20\(2009\).pdf](http://aippi.pt/ficheiros_artigos/Q210%20(2009).pdf)>; Resolução de 10 de Novembro de 2010 da INTA, Associação Internacional das Marcas — Comité de Patrocínio. <<http://www.inta.org/Advocacy/Pages/AmbushMarketingLegislation.aspx>>. Um comentário a estas resoluções em PARDO AMÉZQUITA, DIEGO — “Ambush marketing vs. official sponsorship: is the international I.P. and unfair competition regime a good referee?”. *Revista La Propiedad Inmaterial*, n.º 21, Enero-Junio 2016, pp. 19-21.

(34) PEARSON, GEOFF, “Dirty Trix at Euro 2008...”, pp. 7-9 do PDF online.



Também esta alternância de posições *patrocinado-oportunista-patrocinado* permite sustentar a neutralidade ética do fenómeno *marketing oportunista*.

O debate ético-pragmático está longe de estar encerrado. E este debate projectar-se-á na leitura jurídica do fenómeno.

Assim, perante a vastidão de manifestações de *marketing oportunista* e perante a discussão sobre a legitimidade dessas manifestações, totalmente em aberto, adiro a uma definição de *marketing oportunista* abrangente e despida de juízos éticos e de licitude:

*Marketing oportunista é uma forma de marketing associativo, utilizada por uma organização para lucrar com a divulgação, atenção, goodwill e outros benefícios que resultem da associação a um evento ou entidade, sem que tal organização tenha um vínculo oficial ou directo com esse evento ou entidade*<sup>(35)</sup>.

### 3. O fenómeno visto pelo direito

A extensão, variedade e contornos pouco definidos do fenómeno *marketing oportunista* obsta a um enquadramento jurídico unitário e consensual das suas manifestações.

Há quem divida as práticas de *marketing oportunista* em dois grupos<sup>(36)</sup>:

*Marketing oportunista directo*. Práticas vulgarmente consideradas de *pirataria*, aquelas que claramente consistem numa violação dos direitos de propriedade industrial de um evento ou de uma entidade patrocinada: por exemplo, o uso não autorizado de marcas registadas e a falsa afirmação da condição de patrocinador ou fornecedor oficial do evento.

*Marketing oportunista indirecto*. Outras actividades, um grande grupo, sem unidade de características, caracterizado pela negativa: todas

---

<sup>(35)</sup> BURTON, NICHOLAS, CHADWICK, SIMON, “Ambush marketing in sport: an analysis of sponsorship protection means and counter-ambush measures”, *Journal of Sponsorship*, Vol. 2, n.º 4, September 2009, p. 305. Novas definições vão surgindo, procurando integrar a diversidade do fenómeno e considerá-lo com neutralidade ética. Por exemplo, BURTON, NICHOLAS, CHADWICK, SIMON, “Ambush Marketing Is Dead...”, p. 289.

<sup>(36)</sup> BERGER-WALLISER, GERLINDE, *et al.*, “Bavarian blondes don’t need a visa: a comparative law analysis of ambush marketing”, *Tulane Journal of International and Comparative Law*, Vol. 21, n.º 1, Winter 2012, p. 34. O mesmo critério de distinção já adoptado por TOWNLEY, STEPHEN, HARRINGTON, DAN, COUCHMAN, NICHOLAS, “The legal and practical prevention of ambush marketing in sports”, *Psychology & Marketing*, Vol. 15, n.º 4, July 1998, pp. 335-336.

as outras actividades oportunistas cujo enquadramento jurídico é polémico ou não evidente.

Quanto a este último grupo, procura-se enquadramento e soluções ainda no âmbito dos regimes das marcas, da concorrência desleal, da publicidade e das práticas comerciais desleais.

Em muitas jurisdições, as práticas comerciais que levam os consumidores a pensar, erroneamente, que os bens e serviços comercializados por uma pessoa ou organização são bens ou serviços de outra entidade (estes últimos comercializados com uma marca protegida) são proibidas e sancionadas<sup>(37)</sup>.

Neste âmbito, na União Europeia, destaque-se, desde logo, o disposto no art. 5.º (1) da Directiva 89/104/CEE, *primeira directiva de marcas*<sup>(38)</sup>, replicado na Directiva n.º 2008/95/CE, *segunda directiva de marcas*<sup>(39/40)</sup>:

**1.** *A marca registada confere ao seu titular um direito exclusivo. O titular fica habilitado a proibir que um terceiro, sem o seu consentimento, faça uso na vida comercial:*

- a) [...]
- b) *De um sinal relativamente ao qual, devido à sua identidade ou semelhança com a marca e devido à identidade ou semelhança dos produtos ou serviços a que a marca e o sinal se destinam, exista um risco de confusão, no espírito do público; o risco de confusão compreende o risco de associação entre o sinal e a marca.*

A disposição encontra-se transposta para a legislação dos vários estados-membros, consagrando-se a marca como instrumento de protecção da origem dos bens ou serviços. Ou seja, protege-se os titulares de marca protegida quanto às acções dos seus concorrentes que pretendam aproveitar-se do estatuto ou da reputação dessa marca, criando no público confusão quanto à origem dos seus produtos.

Porém, serão eventualmente poucas as operações de *marketing oportunista* que infrinjam tal regra. Raramente tais operações fazem uso da

<sup>(37)</sup> SCASSA, TERESA, “Ambush marketing and the right of association...”, pp. 356-357.

<sup>(38)</sup> Directiva n.º 89/104/CEE, do Conselho, de 21-12-1988, JO-L 40/1, de 11 de Fevereiro de 1989.

<sup>(39)</sup> Directiva n.º 2008/95/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22-10-2008. JO-L 299/25, de 8 de Novembro de 2008 (versão codificada).

<sup>(40)</sup> O artigo 10.º (2) (b) da *terceira directiva de marcas* — Directiva (UE) n.º 2015/2436 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16-12-2015. JO-L 336/1, de 23 de Dezembro de 2015 — tem um conteúdo equivalente.

marca dos concorrentes ou do evento ou criam qualquer confusão de associação da origem dos seus bens com uma marca concorrente<sup>(41)</sup>.

Na maioria dos países ocidentais, existe legislação que sanciona em geral a publicidade enganosa, ou seja, a publicidade que contenha representações falsas ou enganosas<sup>(42)</sup>.

Num cruzamento entre protecção do mercado e da concorrência e protecção do consumidor, a Directiva n.º 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Maio, *directiva relativa a práticas comerciais desleais*, contém uma disposição que oferece uma protecção bastante alargada contra algumas práticas de *marketing oportunista*.

Nos termos do art. 6.º da directiva, sobre as *acções enganosas*:

1. *É considerada enganosa uma prática comercial se contiver informações falsas, sendo inverídicas ou que por qualquer forma, incluindo a sua apresentação geral, induza ou seja susceptível de induzir em erro o consumidor médio, mesmo que a informação seja factualmente correcta, em relação a um ou mais dos elementos a seguir enumerados e que, em ambos os casos, conduza ou seja susceptível de conduzir o consumidor médio a tomar uma decisão de transacção que este não teria tomado de outro modo:*

[...]

c) *O alcance dos compromissos assumidos pelo profissional, a motivação da prática comercial e a natureza do processo de venda, bem como qualquer afirmação ou símbolo fazendo crer que o profissional ou o produto beneficiam de um patrocínio ou apoio directos ou indirectos;*

Na prática, serão muito raras (se não inexistentes) campanhas de *marketing oportunista* que contenham informação expressa e falsa quanto à existência de uma relação de patrocínio. Sucede que o n.º 1 do art. 6.º da directiva expande bastante a protecção contra práticas *oportunistas*, compreendendo, além de declarações falsas, qualquer informação que induza ou apenas seja susceptível de induzir em erro que o *oportunista* é um patrocinador oficial. Aqui já se parecem encaixar muitas operações de *marketing oportunista*.

É claro que ainda ficarão fora do âmbito da disposição muitas práticas de *marketing oportunista*: aquelas que não procuram causar a impres-

---

(41) SCASSA, TERESA, “Ambush marketing and the right of association...”, p. 357; BERGER-WALLISER, GERLINDE, *et al.*, “Bavarian blondes...”, p. 29.

(42) SCASSA, TERESA, “Ambush marketing and the right of association...”, p. 357.

são de que o oportunista é um patrocinador oficial, mas *apenas* procuram aproveitar a *imagem positiva do evento*<sup>(43)</sup>.

No âmbito da concorrência desleal, em alguns países outras representações falsas ou enganosas, tais como, por exemplo, a representação, falsa ou enganosa, de que os bens ou serviços têm um patrocínio, aprovação ou recomendação, constituem a prática proibida e sancionada<sup>(44)</sup>.

Nos países anglo-saxónicos, *passing off* e *appropriation of goodwill* oferecem uma possível moldura para enquadrar outros casos de *marketing oportunista*<sup>(45)</sup>.

O *passing off*, também conhecido como *misappropriation*, é um instituto do *common law* que oferece protecção contra a prática de apresentar ou representar os bens, serviços ou investimentos comerciais de uma entidade como ligados a outra entidade quando este vínculo não existe<sup>(46)</sup>.

Tal como toda a protecção baseada em concorrência desleal, o *passing off* é um meio de combate pouco eficaz pela dificuldade dos requisitos e eventuais custos processuais elevados. Sobretudo, é difícil encaixar uma operação de *marketing oportunista* nos seus pressupostos. No *passing off*, ao autor cabe provar que uma acção do réu efectivamente confundiu os consumidores e lhes causou a representação falsa de que os bens ou serviços do réu são bens ou serviços do autor, daí resultando ou podendo resultar danos. Ou seja, a confusão que é sancionada é uma confusão quanto à origem dos bens ou serviços<sup>(47)</sup>. Ora, como já se disse, normalmente, uma empresa que pretende obter um ganho promocional associado a um certo evento não tenta sugerir que os seus bens ou serviços são do seu concorrente, o patrocinador oficial, ou do promotor ou organizador do evento<sup>(48)</sup>.

Perante a incerteza ou ineficácia da protecção de propriedade industrial e concorrência desleal e dos regimes da publicidade ou das acções promocionais enganosas, cada vez mais, por exigência das entidades pro-

(43) Assim, referindo-se à aplicação do artigo 5 (1) da lei alemã contra a concorrência desleal — *Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb-UWG* — que transpõe esta disposição da directiva, BERGER-WALLISER, Gerlinde, *et al.*, “Bavarian blondes...”, p. 32.

(44) SCASSA, TERESA, “Ambush marketing and the right of association...”, p. 357.

(45) TOWNLEY, STEPHEN, HARRINGTON, DAN, COUCHMAN, NICHOLAS, “The legal and practical...”, pp. 338-339.

(46) BURTON, NICHOLAS, CHADWICK, SIMON, “Ambush marketing in sport...”, pp. 311-312.

(47) BURTON, NICHOLAS, CHADWICK, SIMON, “Ambush marketing in sport...”, p. 311; ELIS, DANA, SCASSA, TERESA, SÉGUIN, BENOIT, “Framing ambush marketing as a legal issue: an olympic perspective”. *Sport Management Review*, Vol. 14, 2011, p. 300; SCASSA, TERESA, “Ambush marketing and the right of association...”, p. 357.

(48) ELIS, DANA, SCASSA, TERESA, SÉGUIN, BENOIT, “Framing ambush marketing...”, p. 300; SCASSA, TERESA, “Ambush marketing and the right of association...”, p. 357.

motoras dos eventos internacionais — os mais importantes, COI, FIFA e UEFA —, os países organizadores dos eventos têm vindo a aprovar legislação especial restritiva das actividades promocionais que, de qualquer modo, se associem ou podem associar ao evento<sup>(49)</sup>.

Alguns dessa legislação instituí um novo e *sui generis* direito de propriedade industrial, o *direito de associação ao evento*. A titularidade desse direito é reservada ao promotor e/ou ao organizador do evento. Só este poderá autorizar que outras entidades ou pessoas singulares se apresentem, de qualquer modo, como associadas ao evento. A violação deste direito de associação é sancionada de vários modos, nomeadamente, enquanto ilícito penal ou contra-ordenacional. Mais, em vários casos, a legislação dessa natureza estabelece um indício de violação do direito de associação em caso de uso combinado de um conjunto de palavras supostamente alusivas ao evento, que não se resume às designações oficiais do evento, compreendendo, por vezes, referências bastante genéricas ao desporto, ao movimento olímpico, a uma modalidade desportiva, ao local e/ou data de realização do evento, ou mesmo aos nomes dos metais das medalhas<sup>(50)</sup>. Académicos, outros especialistas e os próprios tribunais, de várias jurisdições, discutem a legitimidade e constitucionalidade de tais medidas, para além da sua razoabilidade e imparcialidade<sup>(51/52)</sup>.

---

(49) Vários exemplos em SCASSA, TERESA, “Ambush marketing and the right of association...”, pp. 358, ss. A autora inclui os exemplos dos *Trade Practices Act 1976* e *Merchandise Marks Amendment Act 2002*, ambos sul-africanos, e o *Major Events Management Act 2007*, neozelandês, todos com a particularidade de terem por objecto a protecção de qualquer evento ou de qualquer evento maior, ao contrário da maior parte da legislação especial anti-marketing oportunista que tem por objecto um evento particular.

(50) Por exemplo, nos termos do *London Olympics Bill (2006)*, que instituiu um direito de associação quanto aos Jogos Olímpicos de 2012, o uso da expressão *gold at the games* constituía indício de violação do direito de associação aos Jogos — cf. ALEXANDRAKIS, VAGELIS, “The fight against ambush marketing and London 2012: how has this phenomenon dealt with by the UK legislation and what’s the role of the EU legislation?” *International Sports Law Review Pandektis*, Vol. 8, n.ºs 1-2, 2009, p. 161; SCASSA, TERESA, “Ambush marketing and the right of association...”, p. 360.

(51) Sobre a polémica que se desenvolveu à volta do *London Olympics Bill 2005* e *London Olympic Games and Paralympic Games Act 2006* e a hipotética violação da liberdade de expressão e do princípio da proporcionalidade — ALEXANDRAKIS, VAGELIS, “The fight against...”, pp. 161-165. Idêntica discussão à volta do canadiano *Olympic and Paralympic Games Act 2007*, em ELIS, DANA, SCASSA, TERESA, SÉGUIN, BENOIT, “Framing ambush marketing...”, pp. 303-304. Uma discussão desenvolvida de âmbito geral sobre a legitimidade da legislação especial aprovada por imposição do COI, em GRADY, JOHN, MCKELVEY, STEPHEN, BERNTHAL, MATTHEW, “From Beijing 2008 to London 2012...”, *passim*.

(52) Uma avaliação mais geral da compatibilidade da legislação especial anti-marketing oportunista com alguns princípios constitucionais, nomeadamente o princípio praticamente universal da liberdade de expressão em SCASSA, TERESA, “Ambush marketing and the right of association...”, pp. 366-367; PARDO AMÉZQUITA, DIEGO, “Ambush marketing...”, pp. 18, ss. A discussão alargada ao contexto do direito português, no nosso “Legitimidade e ilegitimidade do marketing oportunista...”, *passim*.

Seja como for, toda a protecção legal contra o *marketing oportunista* tem sempre uma eficácia limitada. A imaginação dos profissionais de marketing andará sempre à frente das medidas repressivas admissíveis<sup>(53)</sup>.

#### **4. Respostas ao *marketing oportunista* no direito português**

O direito português não é insensível ao fenómeno *marketing oportunista*. Nele se encontram normas e institutos não específicos do combate ao *marketing oportunista*, mas capazes de abranger estas práticas. Alguns dos quais correspondem à transposição da legislação comunitária de marcas e de publicidade já citada, pelo que têm paralelo noutros países da União Europeia.

##### ***Regime dos direitos de personalidade e imagem***

Certas acções oportunistas poderão usufruir da tutela dos direitos ao nome e imagem, embora talvez seja a mais remota base de protecção contra o *marketing oportunista*.

Qualquer acção publicitária que use o nome e/ou imagem de uma pessoa ou organização sem autorização para tal, poderá ser travada pelo legítimo titular desse direito, nos termos dos arts. 72.º e 79.º do CC.

Esta protecção servirá, por exemplo, para travar campanhas publicitárias que contenham a imagem de um atleta ou de um conjunto de atletas de uma equipa ou selecção nacional, sem autorização que permita esse uso (art. 79.º, 1 CC); ou para impedir qualquer referência ao nome de uma celebridade desportiva numa campanha publicitária sem a sua autorização (art. 72.º, 1 CC).

Estas disposições, concebidas para tutela dos direitos de personalidade da pessoa individual, tutelarão também o nome e a imagem corporativa de pessoas colectivas, tais como clubes e as SAD.

Actualmente, é entendimento pacífico na doutrina e na jurisprudência que as pessoas colectivas também são titulares de direitos de personalidade. A capacidade das pessoas colectivas abrange todos os direitos necessários ou convenientes para a prossecução dos seus fins, excepto aqueles que sejam vedados por lei ou sejam inseparáveis da personalidade singular

---

(53) BERGER-WALLISER, GERLINDE, *et al.*, “Bavarian blondes...”, p. 34.

(art. 160.º CC), ou seja, os direitos compatíveis com a sua natureza (art. 12.º, 2 CRP). Ora, na sociedade actual, é bem visível a importância da imagem comercial e institucional das pessoas colectivas, em geral. A existência de contratos promocionais e, particularmente, de contratos de patrocínio constitui a absoluta evidência desse facto. O direito à imagem comercial e institucional, que inclui o direito ao nome e imagem institucional, é um direito essencial à prossecução dos fins de qualquer pessoa colectiva.

Assim, o uso não autorizado do nome de um clube ou de uma sociedade desportiva, assim como da sua imagem corporativa, em publicidade ou campanhas publicitárias nas quais o *oportunist*a pretende associar a sua imagem à dessa pessoa colectiva constituirá uma violação de direitos de personalidade (art. 72.º, 1 CC).

É evidente que estes serão dos casos mais raros de *marketing oportunista*. Raramente, o *oportunist*a vai tão longe.

### ***Regime da concorrência desleal***

Algumas práticas de *marketing oportunista* podem ser combatidas com recurso ao regime da concorrência desleal do código da propriedade industrial (CPI).

Assim, em primeiro lugar: *Constitui concorrência desleal todo o ato de concorrência contrário às normas e usos honestos de qualquer ramo de atividade económica, nomeadamente: (...) As invocações ou referências não autorizadas feitas com o fim de beneficiar do crédito ou da reputação de um nome, estabelecimento ou marca alheios* (art. 311.º, 1, c) do CPI).

Aqui poderiam caber os casos de campanhas publicitárias ou outros instrumentos promocionais em que uma empresa invoca ou refere o nome, logótipo, marca ou imagem pessoal ou corporativa de um atleta, clube ou sociedade desportiva sem autorização dos mesmos.

A questão de fundo é se a referência a nome, sinais distintivos ou imagem pessoal ou corporativa de quem não exerce a mesma actividade pode ser considerado, ainda assim, um acto de concorrência desleal, na medida em que a concorrência desleal é um estado relacional, pressupõe uma relação de concorrência no mercado, um sujeito activo e um sujeito passivo, um agente e um concorrente afectado pelo acto<sup>(54)</sup>.

---

<sup>(54)</sup> Assim, na maioria da doutrina, nomeadamente: COUTO GONÇALVES, LUÍS, *Manual de Direito Industrial*, 8.ª ed., Coimbra: Almedina, 2019, pp. 392-395; OLAVO, CARLOS, *Propriedade Industrial*, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2005, pp. 260-261; PATRÍCIO PAUL, JORGE, “Concorrência desleal e direito do

Há que questionar se os atletas, clubes ou SAD são concorrentes do *oportunista* que invocou ou fez referência ao seu nome, imagem ou sinais distintivos.

A doutrina maioritária entende que a relação de concorrência pressupõe que os intervenientes têm afinidade de produtos ou de actividades<sup>(55)</sup> ou pelo menos se inserem no mesmo mercado<sup>(56)</sup>. E os intervenientes pertencem ao mesmo mercado quando se dirigem ao mesmo tipo de clientela.

Poderia sustentar-se que os atletas, os clubes, as SAD, ainda que exercendo principalmente uma actividade desportiva, desenvolvem instrumentalmente uma actividade económica de exploração da sua imagem, nomeadamente contratando patrocínios com empresas, e que, portanto, o aproveitamento não autorizado da sua imagem por terceiros constituiu um acto de concorrência que os afecta.

Porém, na *actividade de exploração da imagem* das entidades com protagonismo desportivo, essas entidades com protagonismo desportivo e aqueles que estão interessados em usar essa imagem na promoção da sua própria imagem e/ou dos seus produtos não têm a mesma *clientela*, mesmo num sentido amplo. Pois a clientela das entidades com protagonismo desportivo são precisamente os interessados no uso da imagem daquelas (sejam os autorizados para o efeito, os patrocinadores, sejam os não autorizados, os não-patrocinadores), e a clientela dos patrocinadores, assim como dos *oportunistas*, são os potenciais consumidores dos seus produtos e serviços.

Ou seja, na actividade de exploração da imagem das entidades com protagonismo desportivo, estas e os interessados no uso dessa imagem, incluindo os não autorizados para o efeito, têm entre si uma relação de clientela e não de concorrência.

Menos tortuoso será enquadrar as práticas de *marketing oportunista* como actos de concorrência para com os patrocinadores oficiais, aqueles que estão autorizados a usar o nome, sinais distintivos ou imagem de um

---

Consumidor”, *ROA*, Ano 65, Vol. I (Junho 2005), n.º 2, al. a), in <www.oa.pt>; SOUSA E SILVA, PEDRO, *Direito Industrial*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, pp. 324, ss.; CAMPINOS, ANTÓNIO, COUTO GONÇALVES, LUÍS (coord.), *Código da Propriedade Industrial Anotado*, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2015. Anotação ao art.º 317.º, pp. 499, 503. Contra, sustentando a superação do *modelo corporativo* de tutela da lealdade da concorrência e a sua substituição por um *modelo social* ou *integrado*, deixando o acto de concorrência desleal de depender da existência de uma relação de concorrência, exigindo apenas que haja uma intervenção no mercado, AMORIM, ANA, *A Tutela da Lealdade nas Relações de Mercado — A Propósito do Ilícito Publicitário*. Coimbra: Almedina, 2017, pp. 23-83, 354, ss.

<sup>(55)</sup> SOUSA E SILVA, PEDRO, *Direito Industrial*, p. 325.

<sup>(56)</sup> COUTO GONÇALVES, LUÍS, *Manual...*, pp. 393; OLAVO, CARLOS, *Propriedade Industrial*, pp. 261-262; PATRÍCIO PAÚL, JORGE, “Concorrência desleal...”, n.º 2, al. a); CAMPINOS, ANTÓNIO, COUTO GONÇALVES, LUÍS (coord.), *Código da Propriedade Industrial Anotado*, anotação ao art. 317.º, pp. 502-503.



atleta, equipa, clube ou sociedade desportiva. No que respeita à invocação do nome, imagem ou sinais distintivos de entidades desportivas, entre os *oportunistas* e os patrocinadores oficiais existe uma verdadeira relação de concorrência, ainda que as actividades económicas a que uns e outros se dediquem sejam diferentes, na medida em que têm a mesma clientela, em sentido amplo, efectiva ou potencial.

O n.º 1 do art. 311.º ainda impõe que o acto de concorrência seja *contrário às normas e usos honestos de qualquer ramo de actividade económica*.

A invocação não autorizada do nome, imagem ou sinais distintivos de entidades desportivas, insinuando a qualidade de patrocinador, parece naturalmente um acto contrário aos usos da actividade publicitária. Além disso, será claramente contrário às normas de um código de conduta que rege a actividade publicitária, o *Código de Conduta da Auto Regulação Publicitária em Matéria de Publicidade e outras formas de Comunicação Comercial* — *vd.* adiante o que se dirá sobre *soft law* e as regras deste código que proscvem algumas acções de *marketing oportunista*.

Tais manifestações de *marketing oportunista* podem assim enquadrar-se na previsão do art. 311.º, 1, c) do CPI.

Trata-se de práticas de concorrência desleal que constituem um ilícito contra-ordenacional, punível com coima nos termos do art. 330.º CPI, tendo os patrocinadores oficiais, assim como quaisquer interessados — onde se incluem os patrocinados —, legitimidade para promover o procedimento mediante queixa.

Sem prejuízo do procedimento contra-ordenacional, os verdadeiros patrocinadores podem ainda intentar uma acção judicial inibitória, com vista a obter a cessação da prática de concorrência desleal e obter uma indemnização pelos danos causados pela prática.

### ***Regime da publicidade e comunicação comercial enganosa***

O regime geral da publicidade contém mecanismos de defesa contra práticas ditas de publicidade falsa e enganosa que podem abranger algumas modalidades de *marketing oportunista*.

Nos termos do n.º 1 do art. 10.º do Código da Publicidade (CP), *a publicidade deve respeitar a verdade, não deformando os factos*.

Sempre que uma empresa se apresente como patrocinador de uma determinada organização, pessoa singular ou evento e não o seja, ela está a infringir directamente o princípio da veracidade da publicidade, aplicando-se-lhe as sanções previstas no CP nos arts. 34.º, ss.

Como se disse, estes casos são raros. Raramente, uma empresa lança uma campanha apresentando-se como patrocinadora quando o não é.

Mais comumente, o *oportunista* incluirá nas suas acções publicitárias referências mais ou menos veladas a uma organização ou um evento, as quais criarão, ou poderão criar, no público, nos consumidores a convicção de que o *oportunista* é um patrocinador oficial.

Também estas acções podem ser consideradas atentatórias do princípio da veracidade, enquanto *publicidade enganosa*.

O art. 11.º, 1 do CP, remete para o regime das práticas comerciais desleais do DL n.º 57/2008, de 26-03, condenando a publicidade enganosa.

Nos termos deste diploma, constitui publicidade enganosa aquela que *contenha informações falsas ou que, mesmo sendo factualmente correctas, por qualquer razão, nomeadamente a sua apresentação geral, induza ou seja susceptível de induzir em erro o consumidor em relação a um ou mais elementos a seguir enumerados e que, em ambos os casos, conduz ou é susceptível de conduzir o consumidor a tomar uma decisão de transacção que este não teria tomado de outro modo* (art. 7.º, 1 do DL n.º 57/2008, de 26-03). E, entre os elementos enumerados, consta: (...) *utilização de qualquer afirmação ou símbolo indicativos de que o profissional, o bem ou o serviço beneficiam, directa ou indirectamente, de patrocínio ou de apoio* [al. c)].

Aqui se poderão enquadrar os anúncios e campanhas publicitárias nos quais o anunciante, recorrendo a imagens alusivas ou a slogans, cria, ou pode criar, no público ou consumidores, a convicção de ser o patrocinador de uma determinada organização, pessoa, evento, marca, bem ou serviço, quando não o é.

Tais acções consubstanciam a prática de uma contra-ordenação, sancionada com coima, e podem determinar a aplicação de sanções acessórias correspondentes à suspensão, cessação ou proibição da publicidade, incluindo medidas cautelares (arts. 34.º, ss., do CP).

Note-se, porém, que, em matéria de publicidade enganosa, o código da publicidade aplica-se exclusivamente às campanhas dirigidas a não consumidores, ou seja, profissionais (art. 43.º do CP).

Tratando-se de acções de *marketing oportunista* dirigidas a consumidores (publicidade, campanhas de RP, etc.), aplica-se directamente o DL n.º 57/2008, de 26-03, nomeadamente o já referido art. 7.º, com o regime contra-ordenacional constante dos seus arts. 19.º, ss. E, sem prejuízo do recurso aos meios administrativos, qualquer pessoa com interesse legítimo em opor-se às práticas de *marketing oportunista* — incluindo os concorrentes e os alegados patrocinados —, pode também intentar uma acção ini-

bitória nos termos da *lei de defesa do consumidor* (Lei n.º 24/96, de 31-07) (art. 16.º do DL n.º 57/2008, de 26-03).

O art. 15.º do DL n.º 57/2008 trata da responsabilidade civil emergente de uma prática comercial desleal, referindo-se ao consumidor lesado e remetendo para o regime geral da responsabilidade extracontratual. Sucede que o verdadeiro lesado das práticas de *marketing oportunista* enquadradas na alínea *c*) do n.º 1, do art. 7.º não deverá ser um consumidor, mas antes um concorrente, verdadeiro patrocinador oficial. Porém, este também é visado no âmbito de protecção da alínea *c*) do n.º 1, do art. 7.º, pelo que, preenchidos os requisitos do art. 483.º CC, também poderá ser ressarcido pelos danos que lhe forem causados.

Quanto à pessoa singular ou colectiva relativamente à qual a comunicação do *profissional-oportunista* invoca um patrocínio (o suposto patrocinado), parece que ela, ainda que lesada pela comunicação comercial enganosa, não pode ser ressarcida com fundamento na violação do disposto no art. 7.º do DL n.º 57/2008, na medida em que os seus interesses estão fora do âmbito de protecção desta norma.

Actualmente, a Direcção-Geral do Consumidor é a entidade administrativa competente para decidir e aplicar as coimas e sanções acessórias em matéria de publicidade, tanto por aplicação do código da publicidade, como por aplicação do DL n.º 57/2008, de 23-03 (art. 39.º do CP e art. 40.º, 3, g) do DL n.º 126-C/2011, de 29-12; arts. 19.º, 3 e 21.º, 5 e 7 do DL n.º 57/2008).

Finalmente, uma nota sobre a articulação entre o regime do DL n.º 57/2008 e o regime da concorrência desleal do CPI.

Como atrás se referiu, algumas acções de *marketing oportunista* podem ser enquadradas no art. 311.º do CPI. Pode então suceder que a mesma prática tenha enquadramento simultâneo nesse dispositivo e no art. 7.º do DL n.º 57/2008, de 23-03, em concurso de normas.

Se assim suceder, a mesma prática não poderá ser sancionada em ambos os correspondentes processos contra-ordenacionais, o que se traduziria numa violação do princípio *non bis in idem*. Considerando existir um concurso real de normas, visto que cada feixe de normas tutela interesses diferentes, o concorrente prejudicado terá de optar por promover um dos dois processos<sup>(57)</sup>.

---

(57) Aparentemente neste sentido no que respeita às relações entre os regimes da concorrência desleal e das práticas comerciais desleais, SOUSA E SILVA, PEDRO, *Direito Industrial*, pp. 320-321.

### ***Soft law: o Código de Conduta da ARP (ex-ICAP)***

Além dos instrumentos legais enunciados, no combate ao *marketing oportunista* há que contar com o *soft-law*, concretamente, com instrumentos de auto-regulação, tais como os códigos de conduta e os respectivos mecanismos de decisão/aplicação.

Estes instrumentos podem ser particularmente eficazes. Aliás, mais eficazes do que os instrumentos legislativos, aplicados judicial ou administrativamente, visto que beneficiam de uma maior rapidez de decisão e aplicação e de uma eficácia persuasiva superior. O que é fulcral, tratando-se de campanhas publicitárias e de outras acções de marketing, as quais, por natureza, são efémeras.

Em Portugal, a ARP — Auto Regulação Publicitária, entidade sem fins lucrativos, anteriormente denominada ICAP — Instituto Civil da Autodisciplina da Comunicação Comercial, implementa um sistema da auto-regulação, em defesa das boas práticas na actividade publicitária. O sistema alicerça-se em códigos de conduta, o principal, o *Código de Conduta da Auto Regulação Publicitária em Matéria de Publicidade e outras formas de Comunicação Comercial* (doravante, abreviadamente, CC/ARP)<sup>(58)</sup>.

O código tem por objecto toda a *comunicação comercial* (art. 1.º), a qual abrange a *Publicidade bem como outras técnicas, tais como promoções, patrocínios e marketing directo e deve ser interpretada de forma lata de modo a poder designar toda a comunicação produzida directamente, por ou em representação de um operador de mercado, que pretenda essencialmente promover Produtos ou influenciar o comportamento dos Consumidores* (art. 2.º, b CC/ARP).

O CC/ARP é aplicado pelo Júri de Ética e pela Comissão de Apelo da ARP, sendo as suas decisões obrigatórias para sócios da ARP, membros associados de associações filiadas na ARP e outras entidades que, não sendo membros, submetam questões à sua apreciação (art. 30.º, 3 CC/ARP).

Do CC/ARP resulta um conjunto de princípios e normas dos quais se pode extrair uma protecção contra várias manifestações de *marketing oportunista*.

Assim, desde logo, constitui um princípio fundamental que *toda a Comunicação Comercial deve ser legal, decente, honesta e verdadeira* (art. 4.º, 1).

---

(58) <[https://auto-regulacaopublicitaria.pt/wp-content/uploads/2018/01/Cod.-Conduta\\_ARP.pdf](https://auto-regulacaopublicitaria.pt/wp-content/uploads/2018/01/Cod.-Conduta_ARP.pdf)>.

A comunicação comercial *deve ser verdadeira e não enganosa* (art. 9.º, 1) e *deve proscrever qualquer declaração, alegação ou tratamento auditivo ou visual que seja de natureza a, directa ou indirectamente, mediante omissões, ambiguidades ou exageros, induzir, ou ser susceptível de induzir, em erro o Consumidor, designadamente no que respeita a: (...) reconhecimento ou homologação oficial, recompensas, tais como a atribuição de medalhas, prémios, diplomas e distinções de natureza similar* [art. 9.º, 2, f)].

Além desta norma, outras com um maior grau de concretização podem ser invocadas contra práticas de *marketing oportunista*.

*A Comunicação Comercial não deve representar uma pessoa nem a ela se referir, independentemente de esta se encontrar no exercício de actividades públicas ou privadas, sem a sua prévia autorização* (art. 18.º, 1). *E a Comunicação Comercial não deve, salvo prévia autorização, descrever ou referir-se aos bens pessoais de quaisquer pessoas de modo a insinuar a ideia de que, pela pessoa ou Entidade em questão, foi feita uma recomendação do Produto* (n.º 2 do mesmo artigo).

Assim, enquanto no n.º 1 do artigo se podem enquadrar os casos mais simples de *marketing oportunista*, ou seja, os casos em que o *oportunist*a usa o nome, fotografia ou outros elementos alusivos à imagem de uma pessoa célebre (singular ou colectiva) sem a sua autorização nas suas campanhas promocionais, no n.º 2 enquadram-se casos menos simples, embora mais comuns, de *marketing oportunista*: as campanhas publicitárias e outras actividades promocionais nas quais o anunciante ou promovido se refere de algum modo a uma pessoa ou entidade, insinuando que esta apoia os seus produtos.

Este segundo grupo de casos de *marketing oportunista* também pode ser enquadrado no artigo seguinte do CC/ARP:

*A Comunicação Comercial não deve, em caso algum, retirar indevidamente proveito da reputação ligada ao nome, marcas ou a qualquer outro elemento de propriedade intelectual relativo a uma outra Entidade, pessoa ou instituição, nem tirar proveito da notoriedade obtida por outras campanhas de marketing, sem ter obtido a sua prévia autorização* (art. 19.º, 2 CC/ARP).

Mais adiante, encontramos outra norma que, dirigindo-se especificamente ao patrocínio, enquadra um vasto conjunto de operações de *marketing oportunista*: trata-se do art. B2 do CC/ARP, respeitante ao *Embuste do Objecto de Patrocínio*: *Nenhuma parte deve procurar dar a entender que patrocina um qualquer acontecimento ou a transmissão ou comunicação do mesmo nos Meios, seja ele patrocinado ou não, se não for, de facto, Patrocinador de um bem ou dessa transmissão ou comunicação*.

Nos arts. 19.º, 2 e B2 enquadram-se as modalidades mais complexas, mas também mais frequentes de *marketing oportunista*, os casos de *marketing oportunista indirecto*.

Este conjunto de normas deixa claro que o combate ou dissuasão das práticas de *marketing oportunista* é um objectivo central do código de conduta da ARP.

Perante a inobservância das normas do CC/ARP, os órgãos competentes da ARP decidem sobre a legalidade e correcção da conduta infractora, sem prejuízo da eventual responsabilidade civil (art. 27.º CC/ARP).

## 5. Um caso português: Sociedade Central de Cervejas vs. Unicer

O patrocínio da Federação Portuguesa de Futebol e de eventos organizados sob os seus auspícios tem sido pano de fundo de um interessante combate publicitário, comercial e jurídico entre a SCC — Sociedade Central de Cervejas, SA e a Unicer — Bebidas, SA.

O combate jurídico tem ocorrido fora dos tribunais, recorrendo à regulação do ICAP (actual ARP).

Uma decisão da Comissão de Apelo e duas decisões do Júri de Ética Publicitária (JEP) do ICAP ilustram este combate.

Em 4-08-2008, a Comissão de Apelo do ICAP, confirmou uma decisão do JEP, deliberando que a campanha Unicer/*Força Portugal* não violou o disposto no art. 9.º CC/ICAP<sup>(59)</sup>.

A SCC apresentara queixa contra a Unicer, alegando que na campanha publicitária da Unicer relativa à marca *Super Bock*, apresentada na televisão e em múpis, sobre um fundo cor bordeaux, foram apostos o símbolo e marca da anunciante *Cerveja Super Bock sem Álcool* e foi utilizado o *claim Força Portugal*; e no site *superbock.pt* surgiram palavras e frases alusivas às posições obtidas pela Seleção Nacional em grandes competições internacionais e características associadas à vitória. A campanha *Força Portugal* foi desenvolvida durante a fase final do Euro 2008 e, segundo a SCC, o teor, o contexto temporal e o tom da campanha eram susceptíveis de gerar confusão e equívoco sobre a qualidade da marca

---

<sup>(59)</sup> Cf. Decisão da Comissão de Apelo, de 4-08-2008. SCC — Soc. Central de Cervejas e Bebidas vs. Unicer Bebidas. Proc. n.º 5J/2008.

patrocinadora oficial, de diminuição e desmerecimento da campanha da própria SCC relativa à marca *Sagres*.

Segundo a SCC, tal campanha constituiu *um tipo de contra-publicidade*, uma prática de *ambush marketing*, uma *prática proibida*, pois rompeu *os limites das práticas concorrenciais* e contrariou *os usos honestos*, sendo *enganosa e de tal modo equívoca que é susceptível de gerar a desconfiança generalizada na publicidade*. Assim, a campanha constituiu uma prática comercial enganosa nos termos do disposto no art. 7.º, 2, al. c) do DL 57/2008 de 23-03, infracção aos arts. 10.º e 11.º do Código da Publicidade e desconforme aos arts. 9.º e 16.º do CC/ICAP.

A Unicer contra-alegou, sustentando, em resumo, que a campanha *Força Portugal* não desmereceu a marca de *Cerveja Sagres*, não utilizou indevidamente a qualidade de patrocinador oficial da selecção, nem criou um equívoco nos consumidores quanto aos produtos e marcas em questão. A publicidade à *Super Bock* não utilizou, *em momento algum, qualquer imagem, individual ou colectiva, dos jogadores da Selecção, da marca Sagres, dos símbolos da Selecção, das bolas da Selecção ou de qualquer outra imagem relacionada com a Selecção e, muito menos, sugere qualquer relação de patrocínio*.

Na sua deliberação, a Comissão de Apelo salientou que o dito *ambush marketing* ou *publicidade emboscada* coloca difíceis problemas de delimitação. Tais práticas podem ser ilícitas com dois fundamentos diversos. Havendo *confusão ou engano quanto ao patrocínio*, trata-se de deslealdade publicitária. Não ocorrendo tal confusão ou engano, *deveremos considerar outra fronteira: a da associação parasitária a um tema de publicidade reservado aos concorrentes*. Este último aspecto cabe também no art. 9.º do CC/ICAP.

Perante a campanha Unicer/*Força Portugal*, a Comissão de Apelo afastou a hipótese de ilicitude por confusão ou engano, colocando a hipótese de associação parasitária.

Porém, tudo visto, a Comissão de Apelo entendeu que não foi provado que a campanha da Unicer sofreu um *empastelamento de sentido*, uma *colagem ao acontecimento patrocinado pela concorrente SCC*, que assim parasitasse a *diligência contratual, a criatividade e o marketing alheio*. Ficou por provar a ocorrência desse *empastelamento* e que *os consumidores foram atingidos por uma publicidade que os induziu em erro quanto ao patrocinador oficial da Selecção Nacional de Futebol*. Com tais fundamentos, concluiu que a campanha da *Super Bock* em causa não violou o disposto no art. 9.º do CC/ICAP, mantendo a decisão do JEP.

Saliente-se ainda um aspecto particularmente curioso desta decisão. Avaliando possíveis enquadramentos jurídicos do caso, a Comissão de Apelo questionou se do DL n.º 86/2004, de 16-04<sup>(60)</sup> — diploma cujos efeitos se encontravam esgotados à data dos factos objecto da decisão — emerge um princípio geral de proibição de associação a eventos patrocinados. Porém, a Comissão acabou por não responder a esta interessante questão.

Em 2015, foi instaurado um novo processo junto do ICAP, agora por iniciativa da Unicer contra a SCC<sup>(61)</sup>.

A Unicer apresentou uma queixa junto do ICAP/JEP contra a SCC, por uso da expressão “A Cerveja Oficial do Futebol” uma campanha publicitária referente à marca *Sagres*, por violação dos arts. 4.º, 9.º e 12.º do CC/ICAP e arts. 10.º, 11.º, 1 e 2, c) do Código da Publicidade.

Em resumo, a Unicer alegou que identificar a cerveja *Sagres* como “A Cerveja Oficial do Futebol” de forma ostensiva *constancia uma publicidade ilícita, falsa e enganosa, com violação das normas que constanciam os princípios da honestidade e da veracidade da publicidade (...), fazendo crer ao consumidor a existência de um reconhecimento “oficial” relativo à marca Sagres que não lhe foi concedido por qualquer instância, organismo ou entidade oficial (...)*.

A requerida SCC contra-alegou que, em Portugal, o futebol é oficialmente representado pela Federação Portuguesa de Futebol e o futebol profissional é representado pela Liga Portuguesa de Futebol Profissional, *entidades que celebraram contratos de patrocínio com a SCC, relativamente à sua marca “Sagres” no âmbito dos quais concederam-lhe o direito ao uso exclusivo para o mercado cervejeiro da expressão “A Cerveja Oficial” das selecções, competições e/ou torneios de futebol que organizam; por outro lado, a Sagres é a marca mais espontaneamente associada em Portugal a este tipo de desporto, pelo que a campanha em causa não deforma a realidade dos factos ou altera a percepção dos consumidores portugueses quanto ao papel desempenhado pela Cerveja Sagres no futebol.*

Considerados os factos e o enquadramento ético-publicitário (diria antes ético-jurídico), o JEP decidiu que *a Requerida, surgindo associada a*

---

<sup>(60)</sup> Sobre este diploma, *vd.* o nosso “Legitimidade e ilegitimidade do *ambush marketing*...” (no prelo).

<sup>(61)</sup> Decisão do Júri de Ética. Unicer Bebidas vs. SCC — Soc. Central de Cervejas e Bebidas. Proc. 7J/2015. Disponível online: <<https://auto-regulacaopublicitaria.pt/7j-2015-unicer-vs-sociedade-central-servejas/>>.



*muitos eventos desportivos, não detém um direito exclusivo sobre a modalidade desportiva, mostrando-se que a campanha publicitária com a alegação “Sagres — a cerveja oficial do futebol” viola o princípio da veracidade previsto no art. 10.º do Código da Publicidade, bem como os arts. 4.º e 9.º do Código de Conduta do ICAP, ordenando a cessação imediata da campanha.*

Em 2016, a SCC apresentou nova queixa contra a Unicer, perante o agora denominado Júri de Ética (JE) do ICAP, desta feita relativa à comunicação comercial da marca *Carlsberg* nos suportes de internet e imprensa escrita, com o slogan *Provavelmente a melhor equipa do mundo*, por violação dos arts. 4.º, 5.º, 27.º, A-1, B-II, al. e) e B2, todos do CC/ICAP, art. 317.º do CPI e arts. 4.º, 7.º, 1, c) do DL 57/2008, de 26-03<sup>(62)</sup>.

Em causa estava uma campanha onde se integravam diversos *claims* inseridos na imprensa escrita, internet, incluindo a rede *facebook*, contendo palavras de incentivo a Portugal, aludindo à sua posição no Euro 2016; a imagem de um potencial adepto da Selecção Nacional de Futebol com um cachecol verde e encarnado com escudo da bandeira portuguesa e uma garrafa de cerveja *Carlsberg*, imagem essa associada ao lema *Provavelmente a melhor equipa do mundo*, ao símbolo oficial do *UEFA Euro 2016 França* e ao *disclaimer Official Beer*.

A SCC alegou, em resumo, que, não obstante a *Carlsberg* ser um parceiro global do Euro 2016, não era um patrocinador oficial da Selecção Nacional de Futebol, ao contrário do que a campanha quer dar a entender ao consumidor médio, e que a expressão *Provavelmente a melhor equipa do mundo*, acompanhada das cores da Selecção, do cachecol da Selecção, do símbolo da competição e da referência *Official Beer*, criou uma associação clara, mas ilícita da *Carlsberg/Unicer* à Selecção Nacional de Futebol e à sua participação no Euro 2016; constituindo um exemplo de *uma estratégia de marketing e publicidade de “emboscada” ou parasitária, nos termos da qual a UNICER procura buscar uma vantagem comercial ilícita, à custa da imagem das Selecções Nacionais sem ter adquirido os respectivos direitos de patrocínio e em violação evidente e clara dos direitos dos legítimos patrocinadores, designadamente a SCC (...).*

A Unicer contra-alegou, em resumo, que as expressões ou imagens da sua campanha não podiam ser interditas, uma vez tratar-se de *expressões e formas de apoio utilizadas por qualquer apoiante da Selecção*

---

<sup>(62)</sup> Decisão do Júri de Ética. SCC — Soc. Central de Cervejas e Bebidas vs. Unicer Bebidas. Proc. 8J/2016. Disponível online: <<https://auto-regulacaopublicitaria.pt/8j-2016-scc-sociedade-central-ervejas-s-vs-unicer-bebidas-portugal-sgps-s/>>.

*Nacional de Futebol (...); nas suas campanhas não se associou, nem se colou à Selecção Nacional, enquanto patrocinadora oficial do EURO 2016, apenas terá utilizado elementos ou símbolos de cariz nacional, elementos esses que são insusceptíveis de apropriação e, consequentemente, insusceptíveis de configurarem sinais distintivos de concorrentes geradores de confusão no consumidor médio (...).*

O JEP decidiu com o seguinte enquadramento ético-legal.

A SCC invocou a sua titularidade de extensos direitos sobre a Selecção Nacional de Futebol, sem os concretizar e provar, o que lhe cabia, pois não se trata de facto público e notório. Ainda assim, o JEP aceitou esses factos, por serem do domínio público e aceites pela requerida.

*Símbolos nacionais, tais como a bandeira nacional, o escudo ou as suas cores, bem como outras designações genéricas referentes a Portugal, não são passíveis de apropriação privativa e exclusiva dos patrocinadores de eventos internacionais de excepcional interesse público, devendo ser considerados per se insusceptíveis de configurar sinais distintivos de concorrentes ou geradores de confusão junto do consumidor médio.*

Quanto ao *claim* relativo à imagem da Selecção Nacional de Futebol, embora o direito à imagem seja irrenunciável e inalienável, não são de considerar-se interditas as limitações ao exercício desse direito de personalidade, nomeadamente a cedência a terceiros, por futebolistas, do direito à exploração comercial da sua imagem de desportistas profissionais.

O JEP considerou que o uso da *imagem da Selecção Nacional de Futebol ou de qualquer jogador da mesma (com ou sem qualidade fotográfica e independentemente do conhecimento os exactos contornos dos direitos adquiridos pela SCC)* sem autorização prévia foi desconforme com o disposto nos arts. 79.º, 1 e 2 do Código Civil e 7.º, 2, e) do Código da Publicidade.

E, perante as várias alegações publicitárias ou *claims* objecto da denúncia, entendeu existir a *susceptibilidade do consumidor médio confundir a qualidade ou estatuto do anunciante, considerando a Carlsberg como Patrocinadora Oficial da Selecção Nacional de Futebol, para além (ou em vez de) Patrocinadora Oficial do Euro 2016. “Provavelmente” ou “probably” é a expressão que faz parte da assinatura da marca Carlsberg.* Assim, o uso de *“Provavelmente a melhor equipa do mundo”, em que a Selecção Nacional de Futebol é colocada, através do grau mais elevado de integração da marca, o slogan,* constituiu um artifício gramatical que visa um *determinado significado semântico da propriedade de terceiros,* tratando-se de publicidade enganosa, desconforme com o princípio da veracidade e da livre e leal concorrência em matéria de publicidade.

*A publicidade da UNICER, entendida no seu todo, e divulgada através dos suportes imprensa escrita e Internet, é susceptível de transmitir ao consumidor médio a ideia de que o anunciante é Patrocinador Oficial da Selecção Nacional de Futebol, existindo uma associação parasitária a uma forma de publicidade reservada a terceiros (a SCC), desconforme ao disposto no art. B2 do CC/ICAP.*

Concluiu o JEP que a publicidade da Unicer em causa violou o disposto nos arts. 4.º, 1 e 2, 5.º, 9.º, 1 e 2, B2 e B8, 1 e 2 do CC/ICAP, 10.º e 11.º do Código da Publicidade (o último com a redacção introduzida pelo DL 57/2008, de 26-03), devendo a sua divulgação cessar imediatamente e não ser reposta enquanto se mantivessem os ilícitos apurados.

Que dizer deste combate ético-jurídico entre a SCC e a Unicer?

Em primeiro lugar, o combate é um exemplo da clássica alternância de posições: *oportunist*a — patrocinador oficial — *oportunist*a. Ambas as empresas, SCC e Unicer, usam práticas de aproveitamento ou oportunismo relativamente ao futebol e à Selecção Nacional de Futebol, sejam elas lícitas ou ilícitas.

Depois, e sobretudo, as três decisões ilustram bem as ténues fronteiras entre práticas de *marketing oportunista* lícitas e ilícitas.

Na primeira decisão analisada, a Comissão de Apelo do ICAP considerou lícito o uso do slogan *Força Portugal*, associado aos símbolos nacionais, durante o Euro 2008, em primeiro lugar, por não envolver confusão ou engano dos consumidores; em segundo lugar, por não se tratar de associação parasitária a um tema reservado ao verdadeiro patrocinador. A Comissão teve este entendimento, não obstante da campanha na internet constarem ainda frases alusivas às posições alcançadas pela Selecção em grandes competições internacionais.

Já na última decisão analisada, relativa à campanha da Unicer no Euro 2016, o JEP entendeu que o uso da expressão *Provavelmente a melhor equipa do mundo*, conjugado com a imagem de um potencial adepto da Selecção, com um cachecol verde e encarnado, os símbolos da bandeira portuguesa, uma garrafa de *Carlsberg* e o símbolo *EURO 2016 France* constituía publicidade susceptível de induzir em erro o consumidor médio.

Ora, bem vistas as coisas, as duas campanhas não eram muito diferentes, nem, provavelmente, seriam muito diferentes as ideias que eram susceptíveis de transmitir quanto a ser a Unicer o patrocinador da Selecção.

Esta eventual contradição exprime a primeira dificuldade do/s regime/s da *comunicação comercial enganosa*, enquanto modalidade de *prática comercial enganosa*: a dificuldade em preencher os conceitos indeterminados que constroem os respectivos tipos normativos.

Que critérios deverão ser adoptados pelo tribunal, pela autoridade administrativa competente em matéria contra-ordenacional, pelos órgãos da ARP (anteriormente ICAP) e pelo intérprete para concretizar *induzza ou seja susceptível de induzir em erro o consumidor em relação a (...) o bem ou o serviço beneficiam, directa ou indirectamente, de patrocínio ou de apoio (...)* (art. 7.º, 1, c) do DL n.º 57/2008, de 23-03), o elemento subjectivo da prática comercial enganosa? — A mesma questão coloca-se na interpretação do art. 9.º, 2, f) do CC/ARP na sua redacção actual (correspondente ao art. 14.º, 1, f) do CC/ICAP de 1991).

Em primeiro lugar, o consumidor considerado como referência ou critério do engano ou susceptibilidade de engano é o *consumidor médio*.

O art. 6.º, 1 da Directiva n.º 2005/29/CE refere-se ao consumidor médio na definição de prática comercial enganosa e, no seu considerando (18), define o consumidor médio como aquele *normalmente informado e razoavelmente atento e advertido, tendo em conta os factores de ordem social, cultural e linguística, tal como interpretado pelo Tribunal de Justiça*. Trata-se, portanto, não da média dos consumidores, mas, sim, de um *consumidor ideal típico*<sup>(63)</sup>, sintónico com o actual modelo liberal de tutela dos consumidores<sup>(64)</sup>. E, mais adiante, no mesmo considerando (18), adverte-se: *O critério do consumidor médio não é estatístico. Os tribunais e as autoridades nacionais terão de exercer a sua faculdade de julgamento, tendo em conta a jurisprudência do Tribunal de Justiça, para determinar a reacção típica do consumidor médio num determinado caso*.

Depois, quanto ao requisito *induzir ou ser susceptível de induzir em erro*, há que ter em conta que este elemento da noção de *acção comercial enganosa* não é uma novidade do DL n.º 57/2008 e da Directiva n.º 2005/29/CE. Esse elemento alicerçou instrumentos anteriores em matéria de publicidade enganosa.

A directiva relativa à publicidade enganosa, Directiva 84/450/CEE, do Conselho, de 10-09-1984, introduziu a seguinte noção de publicidade enga-

---

(63) SOVERAL MARTINS, ALEXANDRE, “A transposição da directiva sobre práticas comerciais desleais (Directiva 2005/29/CE) em Portugal pelo Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de Março”. In AAVV — *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Vol. I., Coimbra: Almeida, 2011, p. 575.

(64) AZEVEDO DE AMORIM, ANA CLARA, “Comunicação comercial e direitos dos consumidores: desafios da sociedade da informação”, *Revista de Direito Intelectual*, n.º 01 (Junho, 2015), p. 170; com uma mais desenvolvida apreciação crítica deste modelo neoliberal de consumidor médio, AZEVEDO DE AMORIM, ANA CLARA — “Publicidade enganosa e consumidor médio: estudo sobre o exagero publicitário”, *Percursos & Ideias. Cadernos de Solicitadoria*, n.º 7, 2.ª Série. (2016). pp. 7-8. Disponível online: <<https://www.iscet.pt/pt-pt/percursos-ideias>>.

nosa no seu considerando (2): *Publicidade enganosa: a publicidade que, por qualquer forma, incluindo a sua apresentação, induz em erro ou é susceptível de induzir em erro as pessoas a quem se dirige ou que afecta e cujo comportamento económico pode afectar, em virtude do seu carácter enganador ou que, por estas razões, prejudica ou pode prejudicar um concorrente.*

O art. 11.º, 1 do Código da Publicidade de 1990 recebeu aquela noção, considerando publicidade enganosa aquela que: (...) *induza ou seja susceptível de induzir em erro os seus destinatários ou possa prejudicar um concorrente*(65).

No labor jurisprudencial do Tribunal de Justiça Europeu e na doutrina em matéria de publicidade enganosa, encontramos critérios para concretizar o elemento *induzir ou ser susceptível de induzir o consumidor em erro.*

A existência de uma acção enganosa não exige um engano efectivo do destinatário médio da comunicação comercial, basta-se com a sua *possibilidade*. Mas, de acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, não basta *a mera susceptibilidade de indução em erro, exigindo um risco suficientemente grave e sério de engano do destinatário*(66).

No apuramento desse risco, impõe-se uma análise do acto de comunicação comercial no seu conjunto, conforme ao *princípio da integridade ou indivisibilidade: uma análise qualitativa da impressão global criada pelo anúncio* ou por outra forma de comunicação comercial junto do consumidor médio, *afastando uma abordagem separada de cada uma das suas partes integrantes*(67).

No caso de uma campanha de *marketing oportunista*, impõe-se uma análise da campanha no seu conjunto, compreendendo todos os seus elementos (anúncios publicitários, conteúdos dos sites da empresa, etc.) e uma análise do efeito produzido pela interacção entre esses vários elementos (por exemplo, o efeito de anúncios publicitários televisivos com uso de símbolos nacionais, conjugados com a inserção na página da empresa na internet e nas redes sociais de informação sobre as posições alcançadas por uma selecção nacional numa determinada competição).

---

(65) Redacção original do artigo.

(66) MORAIS DE CARVALHO, MARIA MIGUEL, “O conceito de publicidade enganosa”. *In Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais. Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, Vol. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 688. Neste sentido, vejam-se: Acórdão do TJ, de 2-02-1994. P.º C-315/92. Caso *Clinic*. *In Colectânea de Jurisprudência*, 1994, pp. I-330, ss; acórdão do TJ, de 4-04-2000. P.º C-465/98. Caso *Naturetin*. *In Colectânea de Jurisprudência*, 2000, pp. I-2321, ss; acórdão do TJ, de 13-01-2000. P.º C-220/98, Caso *Estée Lauder*. *In Colectânea de Jurisprudência*, 1994, pp. I-135, ss.

(67) AZEVEDO DE AMORIM, ANA CLARA, “Comunicação comercial...”, p. 172; AZEVEDO DE AMORIM, ANA CLARA, “Publicidade enganosa e consumidor médio...”, pp. 5-6.

Haverá ainda que interpretar e concretizar o segundo elemento do ilícito *prática comercial enganosa: conduz ou é susceptível de conduzir o consumidor a tomar uma decisão de transacção que este não teria tomado de outro modo* (art. 7.º, corpo do n.º 1 *in fine* do DL n.º 57/2008, de 23-03). Trata-se da chamada cláusula de relevância.

Como concretizar este elemento?

Esta referência à distorção do comportamento económico do consumidor deve ser entendida em sentido amplo.

Não é necessário que o engano ou susceptibilidade de engano determine uma decisão de adquirir ou não adquirir. Para efeitos deste regime, *decisão de transacção é a decisão tomada por um consumidor sobre a questão de saber se, como e em que condições adquirir, pagar integral ou parcialmente, conservar ou alienar um produto ou exercer outro direito contratual em relação ao produto, independentemente de o consumidor decidir agir ou abster-se de agir* (art. 2.º, *k*) da Directiva n.º 2005/29/CE).

Basta um efeito de atracção, basta que a prática comercial possa *captar a atenção dos destinatários, suscitando um interesse pelo produto ou serviço*<sup>(68)</sup>.

Num caso de *marketing oportunista*, para que a comunicação comercial em causa, anúncio ou outro modo de comunicação comercial susceptível de induzir em engano o consumidor médio quanto à condição de patrocinador do anunciante e dos seus produtos, seja ilícita, basta que se trate de uma acção comunicacionalmente eficaz, ou seja, capaz de captar a atenção dos destinatários.

Estes são alguns critérios a considerar na interpretação dos regimes legal e auto-regulatório da comunicação comercial enganosa, enquanto instrumentos de reacção às práticas de *marketing oportunista*, ajudando na construção de uma jurisprudência uniforme nesta matéria.

## 6. Nota final

O combate ao *marketing oportunista* é nebuloso, cheio de incertezas quanto aos instrumentos adequados ao seu enquadramento, quanto à interpretação e concretização desses instrumentos na decisão dos casos concretos. Parte da incerteza regulatória reflecte as dúvidas que o próprio

---

(68) AZEVEDO DE AMORIM, ANA CLARA — “Comunicação comercial...”, p. 172.

regime das práticas comerciais desleais suscita em geral e que urge trabalhar e clarificar.

De qualquer modo, não é desejável, não pode haver uma unidade de tratamento jurídico das variadas formas de *marketing oportunista*. Uma são sem dúvida abusivas e ilícitas, outras são lícitas e eticamente aceitáveis e outras, muitas, são intrinsecamente duvidosas.

Em Portugal, em vez de mais legislação ou de melhor legislação sobre a matéria, falta um estudo aprofundado da figura comunicacional e um debate ético-jurídico sobre as suas manifestações. Neste âmbito, tal como noutros em matéria de publicidade e comunicação, a reflexão interdisciplinar é o caminho. As propostas dos juristas devem dialogar com as propostas do marketing & comunicação.





# BREVE ANÁLISE AO PROCEDIMENTO DE DECISÃO EUROPEIA DE ARRESTO DE CONTAS BANCÁRIAS

Por Micaela Monteiro Lopes(\*)

*SUMÁRIO:*

**Resumo. Abstract. I. Introdução. II. O Procedimento de Decisão Europeia de Arresto de contas bancárias. 2.1. Especificidades. 2.2. A conexão transfronteiriça. 2.3. A fundamentação do arresto. III. A Decisão de Arresto. 3.1. Os requisitos probatórios. 3.2. A execução da decisão. 3.3. A conversão do arresto em penhora. IV. O equilíbrio entre o Direito de Ação do Credor e a Defesa do Requerido. 4.1. As obrigações do credor. 4.2. A impenhorabilidade. 4.3. A problemática inerente às contas conjuntas. 4.4. O direito de recurso. IV. Conclusão. V. Bibliografia.**

## Resumo

O Regulamento (UE) n.º 655/2014, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de maio de 2014, entrou em vigor a 18 de janeiro de 2017. A aprovação e adoção do Regulamento constituiu uma tomada de posição uniforme, por parte da União Europeia, face à insatisfação dos credores nacionais quando confrontados com obstáculos legais transfronteiriços na cobrança dos seus créditos, essencialmente no que à morosidade e aos custos processuais diz respeito. Dada a natureza *ex parte* da medida cautelar, o titular da conta apenas é informado após o decretamento e execução do arresto, pelo que nos cumprirá determinar se existe um saudável equilíbrio entre o direito de ação do credor e o princípio do contraditório do devedor, ou se, por sua vez, este último se encontra, de alguma forma,

---

(\*) Advogada. Licenciada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e Mestre em Ciências Jurídico-Políticas/Menção em Direito Fiscal pela mesma Faculdade. Doutoranda em Ciências Jurídico-Económicas na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Pós-graduada em Direito do Trabalho pelo Instituto de Direito do Trabalho e das Empresas da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

diminuído. Cientes de que se trata de um tema de suma importância e das dificuldades que o mesmo comporta, essencialmente devido à falta de bibliografia e de jurisprudência que se lhe refiram diretamente, pretendemos explicar de uma forma clara e à luz do ordenamento jurídico português as questões mais pertinentes que inerem ao sobredito Regulamento.

**Palavras-chave:** arresto; penhora; direito de crédito; União Europeia; princípio do contraditório.

## Abstract

The European Parliament and Council's Regulation (EU) n° 655/2014, of 15 May 2014, entered into force on 18 January 2017. The approval and the adoption of this Regulation established an European Union uniformed stance in view of the noticeable national creditors dissatisfaction when faced with cross-border legal obstacles in their claims collection, fundamentally regarding delays and procedural costs. Given its nature of *ex parte* precautionary measure, the account holder is only informed after the execution and enactment of the arrest, therefore it will be up to us to determine whether there is a healthy balance between the creditor's right of action and the debtor's adversarial proceedings principle or, if in turn, the latter is in some way diminished. Aware that this is a recent topic of great importance and the difficulties that it entails, mostly due to the lack of bibliography and jurisprudence on it, we intend to explain clearly and accordingly to the Portuguese legal system the relevant issues of this Regulation.

**Keywords:** arrest; garnishment; credits; European Union; adversarial proceedings principle.

## I. Introdução

Decorre da letra da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia que esta União se baseia nos valores indivisíveis e universais da dignidade do ser humano, da liberdade, da igualdade e da solidariedade, assentando, outrossim, nos princípios da democracia e do Estado de direito<sup>(1)</sup>.

---

<sup>(1)</sup> O preâmbulo da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia consagra o seguinte: *ao instituir a cidadania da União e ao criar um espaço de liberdade, de segurança e de justiça, coloca o ser humano no cerne da sua ação.* O Estado de Direito e o direito de acesso aos tribunais e à justiça dentro do espaço da União encontra-se plasmado no art. 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, estatuinto o n.º 1 desse preceito o seguinte: *qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a proteção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça.*

Ao direito de os seus cidadãos verem os seus litígios examinados equitativa e publicamente por um tribunal independente e imparcial encontra-se intrinsecamente ligada a imperatividade quanto à existência de normativos de índole processual comuns na sua aplicação e nos seus efeitos nos ordenamentos jurídicos de cada um dos Estados-Membros<sup>(2)</sup>. Assim, é indispensável a estatuição de disposições que permitam unificar as regras de conflito de jurisdição em matéria civil e comercial, bem como simplificar as formalidades com vista ao reconhecimento e à execução rápidos e simples das decisões proferidas nos Estados-Membros<sup>(3)</sup>.

Potenciados pelo desenvolvimento das relações comerciais entre os Estados, reflexo da derrogação das barreiras fronteiriças e da fácil deslocação de cidadãos e de capital, os contratos de compra e venda e de prestação de serviços aumentaram exponencialmente, colocando em causa a capacidade da União Europeia em dar resposta aos novos problemas jurídico-sociais que foram surgindo. É neste contexto que, em virtude das trocas comerciais, surge uma das maiores preocupações europeias: a consagração, a nível legislativo, de instrumentos que se mostrem adequados a uma cobrança de créditos célere, simples e pouco onerosa, sem colocar em causa a viabilidade da atividade dos agentes económicos.

Os Estados possuem, na sua ordem jurídica, instrumentos de direito processual e substantivo capazes de assegurar a cobrança, no foro interno, de dívidas, garantindo ao credor a efetividade do seu direito de crédito. No entanto, o mesmo não se verifica quanto a direitos de crédito resultantes do estabelecimento de relações comerciais dentro do espaço europeu, os quais se veem, na maioria das vezes, insatisfeitos. A deficiente resposta dada pela União Europeia a esta problemática conduziu a que cada Estado adotasse distintos meios processuais, o que provocou desequilíbrios na concorrência e na economia e colocou em causa a tutela jurisdicional efe-

---

(<sup>2</sup>) Nos termos do art. 81.º, n.º 2, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), que determina que *o Parlamento Europeu e o Conselho, deliberando de acordo com o processo legislativo ordinário, adotam, nomeadamente quando tal seja necessário para o bom funcionamento do mercado interno, medidas destinadas a assegurar: a) O reconhecimento mútuo entre os Estados-Membros das decisões judiciais e extrajudiciais e a respetiva execução; b) A citação e notificação transfronteiriça dos atos judiciais e extrajudiciais; c) A compatibilidade das normas aplicáveis nos Estados-Membros em matéria de conflitos de leis e de jurisdição; d) A cooperação em matéria de obtenção de meios de prova; e) O acesso efetivo à justiça; f) A eliminação dos obstáculos à boa tramitação das ações cíveis, promovendo, se necessário, a compatibilidade das normas de processo civil aplicáveis nos Estados-Membros; g) O desenvolvimento de métodos alternativos de resolução dos litígios; h) O apoio à formação dos magistrados e dos funcionários e agentes de justiça.*

(<sup>3</sup>) Inserindo-se esta matéria no domínio da cooperação judiciária em matéria civil, tal como está estatuído no art. 65.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

tiva. Os elevados custos de cobrança transfronteiriça, se comparados com o montante da dívida, eram desincentivadores das trocas comerciais que tanto se têm fomentado. Aliada a esta incobrábilidade de créditos — essencialmente de pequeno montante — encontra-se a dificuldade de subsistência de pequenas e médias empresas, que se viam incapazes de recuperar os seus créditos e de solver as suas dívidas.

Esta situação contribuiu para que se exigisse a adoção, ao nível europeu, de uma unificação legislativa, de forma a colmatar a divergência normativa de cada Estado-Membro e a garantir a efetividade da tutela jurisdicional, pelo que a cooperação judicial se mostra essencial<sup>(4)</sup>. Para isso, a União Europeia tem reunido esforços para implementar diversas soluções no que concerne à assistência judiciária ou à competência judiciária, reconhecimento e execução de decisões. O equilíbrio entre a garantia da efetividade da cobrança transfronteiriça e o poder executivo de cada Estado tem sido atingido através de diversos mecanismos, nomeadamente o título executivo europeu para créditos não contestados, o procedimento europeu de injunção de pagamento ou o processo europeu para ações de pequeno montante<sup>(5)</sup>. Destacaremos, nesta sede, o arresto europeu de contas bancárias, que, pelas suas singularidades e caráter recente, nos merecerá particular atenção.

---

(4) V. Livro Verde Sobre Uma Maior Eficácia na Execução das Decisões Judiciais na União Europeia: Penhora de Contas Bancárias (apresentado pela Comissão), SEC (2006) 1341, disponível no seguinte endereço eletrónico: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52006DC0618&from=PT>>. Por remissão do art. 81.º, veja-se, ainda, o art. 67.º, n.º 4, do TFUE, que estabelece os princípios gerais da cooperação judiciária e do reconhecimento mútuo das decisões judiciais e extrajudiciais em matéria civil: *a União facilita o acesso à justiça, nomeadamente através do princípio do reconhecimento mútuo das decisões judiciais e extrajudiciais em matéria civil*.

(5) Regulados, respetivamente, pelos seguintes instrumentos legislativos: Regulamento (CE) n.º 805/2004, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de abril de 2004; Regulamento (CE) n.º 1896/2006, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2006; Regulamento (CE) n.º 861/2007, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de julho de 2007; Regulamento (UE) n.º 655/2014, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de maio de 2014. Atente-se, ainda, no Regulamento (UE) n.º 650/2012, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de Julho de 2012, relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e execução das decisões, à aceitação e execução dos atos autênticos em matéria de sucessões e à criação de um Certificado Sucessório Europeu. A este respeito, veja-se PINHEIRO, LUÍS DE LIMA, *Direito Internacional Privado — Competência Internacional e Reconhecimento de Decisões Estrangeiras*, Vol. III, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2012, pp. 280-283, e ainda SOUSA, MIGUEL TEIXEIRA DE e VICENTE, DÁRIO MOURA, *Comentário à Convenção de Bruxelas de 27 de Setembro de 1968 relativa à Competência Judiciária e à Execução de Decisões em Matéria Civil e Comercial e Textos Complementares*, Lex, Lisboa, 1994, p. 52.

## II. O Procedimento de Decisão Europeia de Arresto de contas bancárias

### 2.1. Especificidades

O Regulamento (UE) n.º 655/2014, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de maio de 2014, entrou em vigor a 18 de janeiro de 2017 e estabelece o procedimento de decisão europeia de arresto de contas bancárias. Ao primar por ser um processo europeu alternativo aos meios internos que tutelam a cobrança de créditos, é um instrumento facilitador da cobrança transfronteiriça dos mesmos, pois impede que a *subsequente execução do crédito do credor seja inviabilizada pela transferência ou pelo levantamento de fundos, até ao montante especificado na decisão, detidos pelo devedor ou em seu nome numa conta bancária mantida num Estado-Membro*<sup>(6/7)</sup>. Para além de se tratar de um procedimento com natureza *ex parte*<sup>(8)</sup>, a sua especificidade reside no facto de ser reconhecido automaticamente nos restantes Estados-Membros que se encontrem vinculados ao Regulamento, sem que, para tal, se mostre necessário qualquer procedimento especial ou decisão posterior de executoriedade por parte das autoridades competentes do Estado onde o arresto virá a ser executado, e terá a mesma prioridade que uma decisão nacional equivalente no Estado-Membro de execução<sup>(9)</sup>.

---

(6) Cf. considerando 6 e art. 1.º, n.º 2, do Regulamento (UE) n.º 655/2014. O art. 391.º do Código de Processo Civil (doravante, CPC), referente ao arresto português, consagra os seguintes fundamentos da decretação do mesmo: *1 — O credor que tenha justificado receio de perder a garantia patrimonial do seu crédito pode requerer o arresto de bens do devedor. 2 — O arresto consiste numa apreensão judicial de bens, à qual são aplicáveis as disposições relativas à penhora, em tudo o que não contrariar o preceituado nesta secção.* Veja-se a Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho disponível no seguinte endereço eletrónico: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011PC0445&qid=1529331240376&from=PT>>.

(7) Sobre esta temática veja-se: MARQUES, JOÃO PAULO REMÉDIO, «A penhora de créditos na reforma processual de 2003 — Referência à penhora de depósitos bancários», in *Themis*, Revista da UNL, Ano V, n.º 9, 2004, pp. 137-206; MARQUES, JOÃO PAULO REMÉDIO, *A Penhora e a Reforma do Processo Civil — Em Especial a Penhora de Depósitos Bancários e do Estabelecimento*, Lex, Lisboa, 2000, e MARQUES, JOÃO PAULO REMÉDIO, *Curso de Processo Executivo Comum à Face do Código Revisto*, Almedina, Coimbra, 2000.

(8) Não esqueçamos que, de acordo com o art. 3.º do CPC, sob a epígrafe *Necessidade do pedido e da contradição*, o juiz deve observar e fazer cumprir, ao longo de todo o processo, o princípio do contraditório (...), não podendo o tribunal resolver o conflito de interesses que a ação pressupõe sem que a resolução lhe seja pedida por uma das partes e a outra seja devidamente chamada para deduzir oposição. Todavia, em determinados casos estatuídos na lei, e a título excepcional, é lícito tomar providências contra determinada pessoa sem que exerça o seu direito ao contraditório, ou seja, sem que seja previamente ouvida, como se verifica no que ao arresto diz respeito.

(9) Cf. art. 32.º do Regulamento (UE) n.º 655/2014.

Antes da entrada em vigor do referido Regulamento, frequentemente se recorria ao argumento da incompetência dos tribunais nacionais para penhorarem ou arrestarem bens situados noutro Estado, algo que obrigava a obter-se uma decisão judicial no Estado em que se propunha a ação e, de seguida, uma decisão de reconhecimento no Estado em que os bens estavam localizados<sup>(10)</sup>. Este procedimento, complexo e demorado, mostrava-se claramente ineficiente no que à liquidação de dívidas dizia respeito. Assim, o novo Regulamento impõe que a concessão desta providência cautelar abarque a mobilização de, pelo menos, duas ordens jurídicas, o que nos permite afirmar que em momento algum se verifica um atropelo aos poderes decisórios e executivos dos Estados envolvidos. O Estado que decreta o arresto fá-lo-á em harmonia com o seu Direito. Por sua vez, a posterior execução da decisão de arrestar decorrerá de acordo com os normativos fixados para o efeito no Estado de destino, isto é, nos termos dos procedimentos aplicáveis à execução de decisões nacionais equivalentes no Estado-Membro de execução. Será a autoridade competente desse Estado que tomará as medidas necessárias para que a decisão de arresto seja executada em conformidade com o seu direito nacional. Ao ser o Estado-Membro onde a decisão será executada o responsável por regular esse processo — e não o Estado que decreta o arresto —, notamos que a União Europeia não pretendeu retirar a competência processual aos Estados, pois, apesar de nos encontrarmos perante um processo regulado a nível europeu, a legislação, o poder executivo e a soberania territorial não foram preteridos. No Direito português, a competência para a emissão da decisão europeia de arresto de contas bancárias pertence às secções de instância central de competência especializada cível, em ações de valor superior a € 50.000,00, ou, em ações de valor igual ou inferior a este montante,

---

<sup>(10)</sup> No que ao título executivo europeu diz respeito, o Regulamento n.º 805/2004 apenas acarreta uma certificação de uma decisão judicial, transação judicial ou documento autêntico, pelo que não constitui um puro processo executivo europeu transfronteiriço. Esse procedimento deverá apresentar vantagens significativas em comparação com o procedimento de *exequatur* previsto pelo Regulamento (CE) n.º 44/2001, do Conselho, de 22 de Dezembro de 2000, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial, permitindo dispensar o reconhecimento pelos tribunais de um segundo Estado-Membro, com todos os atrasos e despesas que isso implica. Assim, de acordo com os considerandos 8 e 10 (e ainda o art. 20.º, n.º 1), *uma decisão certificada como título executivo europeu pelo tribunal de origem deve ser tratada, para efeitos de execução, como se tivesse sido proferida no Estado-Membro em que a execução é requerida, pois, devido às diferenças entre os Estados-Membros no que diz respeito às normas de processo civil, e, nomeadamente, as que regem a notificação e a citação de atos, é necessário precisar as referidas normas mínimas. Em especial, nenhum meio de citação ou de notificação baseado numa ficção jurídica, no que se refere ao respeito dessas normas mínimas, pode ser considerado suficiente para efeitos de certificação de uma decisão como título executivo europeu.*

às secções de instância local cível e às secções de competência genérica. Relativamente à sua execução, a autoridade competente será a Ordem dos Solicitadores e dos Agentes de Execução<sup>(11)</sup>.

Note-se que, antes da entrada em vigor do Regulamento em referência, os efeitos transfronteiriços pretendidos com esta medida cautelar eram já atingidos. O domicílio, ou sede, do devedor localizado em outro Estado-Membro não impedia o tribunal que decretara o arresto de ordenar a respetiva notificação — efetuada nos termos e para os efeitos do art. 773.º do Código de Processo Civil (doravante, CPC)<sup>(12)</sup> —, em consonância com o Regulamento (CE) n.º 1348/2000, relativo à citação e notificação dos atos judiciais e extrajudiciais em matérias civil e comercial nos Estados-Membros<sup>(13)</sup>. O devedor (desde que devidamente notificado) que não proce- desse ao depósito nos termos do art. 777.º, n.º 1, do CPC<sup>(14)</sup> não estaria

---

(11) Considera-se que este valor inclui capital, juros e penalizações liquidados até à data da interposição do arresto. Cf. art. 50.º, n.º 1, alíneas a) e f), do Regulamento (UE) n.º 655/2014.

(12) O art. 773.º do CPC, sob a epígrafe *Penhora de créditos*, dispõe: 1 — *A penhora de créditos consiste na notificação ao devedor, feita com as formalidades da citação pessoal e sujeita ao regime desta, de que o crédito fica à ordem do agente de execução.* 2 — *Cumprido ao devedor declarar se o crédito existe, quais as garantias que o acompanham, em que data se vence e quaisquer outras circunstâncias que possam interessar à execução.* 3 — *Não podendo ser efetuadas no ato da notificação, as declarações referidas no número anterior são prestadas por escrito ao agente de execução, no prazo de 10 dias.* 4 — *Se o devedor nada disser, entende-se que ele reconhece a existência da obrigação, nos termos da indicação do crédito à penhora.* 5 — *Se faltar conscientemente à verdade, o devedor incorre na responsabilidade do litigante de má-fé.* 6 — *O exequente, o executado e os credores reclamantes podem requerer ao juiz a prática, ou a autorização para a prática, dos atos que se afigurem indispensáveis à conservação do direito de crédito penhorado.* 7 — *Se o crédito estiver garantido por penhor, faz-se apreensão do objeto deste, aplicando-se as disposições relativas à penhora de coisas móveis, ou faz-se a transferência do direito para a execução; se estiver garantido por hipoteca, faz-se no registo o averbamento da penhora.*

(13) Publicado no Jornal Oficial de 30/6/2000. Confronte-se, igualmente, o Regulamento (CE) n.º 1393/2007, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de novembro de 2007, relativo à citação e à notificação dos atos judiciais e extrajudiciais em matérias civil e comercial nos Estados-Membros (citação e notificação de atos), que revogou o Regulamento (CE) n.º 1348/2000. Veja-se, a este respeito, por fim, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, Processo n.º 5636/2005-4, e ainda NETO, ABÍLIO, *Novo Código de Processo Civil Anotado*, 4.ª ed. revista e ampliada, Ediforum, Lisboa, 2018, p. 476. Note-se que o arresto de bens, no processo penal, tem a designação de arresto preventivo e é uma medida de garantia patrimonial que permite a apreensão judicial dos bens do arguido, com vista a garantir o cumprimento de pena de multa, indemnizações cíveis, custas do processo ou de qualquer outra dívida para com o Estado relacionada com o crime. A medida é decretada se houver justificado receio de perda ou dissipação, total ou parcial, do património do arguido que ponha em causa o cumprimento dessas obrigações. O arresto preventivo de bens no processo penal pode ser requerido pelo(s) lesado(s), entendendo-se como tal a pessoa que sofreu danos ocasionados pelo crime, ainda que se não tenha constituído ou não possa constituir-se assistente. Também pode ser requerido pelo Ministério Público, em representação do Estado.

(14) O art. 777.º do CPC, sob a epígrafe *Depósito ou entrega da prestação devida*, consagra o seguinte: 1 — *Logo que a dívida se vença, o devedor que não a haja contestado é obrigado: a) A depo-*

imune a que contra ele fosse movida a execução a que se refere o n.º 3 do mesmo normativo, o que acontecia em conformidade com o estipulado no art. 26.º da Convenção de Bruxelas e com a Convenção de Lugano<sup>(15)</sup>, ambas relativas à competência judiciária e à execução de decisões em matéria civil e comercial, determinando que *as decisões proferidas num Estado Contratante são reconhecidas nos outros Estados Contratantes, sem necessidade de recurso a qualquer processo*<sup>(16)</sup>. Além disso, o art. 31.º do Regulamento (CE) n.º 44/2001, de 22 de dezembro de 2000, respeitante à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial<sup>(17)</sup>, afirmava, relativamente à competência judiciária trans-

---

*sitar a respetiva importância em instituição de crédito à ordem do agente de execução ou, nos casos em que as diligências de execução sejam realizadas por oficial de justiça, da secretaria; e b) A apresentar o documento do depósito ou a entregar a coisa devida ao agente de execução ou à secretaria, que funciona como seu depositário. 2 — Se o crédito já estiver vendido ou adjudicado e a aquisição tiver sido notificada ao devedor, a prestação é entregue ao respetivo adquirente. 3 — Não sendo cumprida a obrigação, pode o exequente ou o adquirente exigir, nos próprios autos da execução, a prestação, servindo de título executivo a declaração de reconhecimento do devedor; a notificação efetuada e a falta de declaração ou o título de aquisição do crédito. 4 — Verificando-se, em oposição à execução, no caso do n.º 4 do art. 773.º, que o crédito não existia, o devedor responde pelos danos causados, nos termos gerais, liquidando-se a sua responsabilidade na própria oposição, quando o exequente faça valer na contestação o direito à indemnização. 5 — É aplicável o disposto nos números 3 e 4 do art. 779.º CPC, com as devidas adaptações.*

<sup>(15)</sup> Tomando em consideração a Convenção de Bruxelas, de 27 de setembro de 1968, relativa à competência judiciária e à execução de decisões em matéria civil e comercial, alterada pelos Atos de Adesão relativos aos sucessivos alargamentos da União Europeia, a Convenção de Lugano, de 16 de setembro de 1988, relativa à competência judiciária e à execução de decisões em matéria civil e comercial, que alarga a aplicação das disposições da Convenção de Bruxelas de 1968 a alguns Estados-Membros da Associação Europeia de Comércio Livre, o Regulamento (CE) n.º 44/2001, do Conselho, de 22 de dezembro de 2000, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial, que substituiu a Convenção de Bruxelas acima mencionada, e o Acordo entre a Comunidade Europeia e o Reino da Dinamarca relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial, assinado em Bruxelas em 19 de outubro de 2005. Atente-se também na Convenção relativa à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial, publicada no Jornal Oficial da União Europeia de 21.12.2007, L 339/7.

<sup>(16)</sup> Neste sentido temos o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, Processo n.º 5636/2005-4. V. NETO, Abílio, *ob. cit.*, pp. 477-482. Veja-se, também, PASQUERO, Albreto, «Il mutuo riconoscimento delle decisioni penali nel mandato d'arresto europeo e nella rendition statunitense», in *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, Vol. 41, n.º 4 (2005), p. 994. Aí se afirma o seguinte: *Ma non tanto perché si tratti di uno strumento troppo avanzato: come mostra il sistema statunitense, infatti, la scelta di applicare il principio del mutuo riconoscimento alla materia penale dovrebbe semmai comportare conseguenze ancora più radicali di quelle previste dalla decisione quadro*. V. SALAZAR, «Il mandato d'arresto europeo: un primo passo verso il mutuo riconoscimento delle decisioni penali», in *Diritto penale e processo*, 2002, p. 1031.

<sup>(17)</sup> Atente-se em que este diploma foi revogado pelo Regulamento (UE) n.º 1215/2012, de 12 de dezembro. A matéria em discussão encontra-se agora prevista no art. 35.º, que estipula, na sua essência, o mesmo que o art. 31.º do Regulamento anterior: *as medidas provisórias, incluindo as medidas*



nacional para a adoção de medidas cautelares referentes a um direito feito valer em processo instaurado (ou a instaurar) no tribunal de um Estado-Membro, a competência dos tribunais de outros Estados-Membros para adotarem medidas de tutela cautelar previstas nas respetivas legislações.

Isto verifica-se mesmo que a apreciação da questão de fundo, ou seja, do direito que se pretende acautelar não pertença à jurisdição do Estado-Membro que adote essas medidas. A atribuição desta competência a uma jurisdição distinta daquela que julga o mérito de uma medida cautelar decorre da existência de um elemento de conexão real entre o objeto dessa medida cautelar e a competência territorial do tribunal do Estado-Membro no qual essas medidas são, ou devem ser, requeridas. Acontece que esta atribuição de competência especial a uma jurisdição diversa da jurisdição competente para julgar a questão de fundo, no que às medidas cautelares diz respeito, decorria já da interpretação da doutrina contida no art. 31.º do Regulamento n.º 44/2001 efetuada pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (v., a propósito, os Acórdãos *Denilauler*, de 1980, e *Van Uden*, de 1998), a qual foi reafirmada, entre nós, na jurisprudência<sup>(18)</sup>. A existência de jurisprudência comunitária uniforme sobre a interpretação do art. 31.º do Regulamento n.º 44/2001 faz cessar a obrigação de envio prejudicial dessa questão ao Tribunal de Justiça. Tal acontece nos termos previstos no art. 267.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia<sup>(19)</sup> e, bem assim, segundo o entendimento do Tribunal de Justiça da União Europeia expresso no Acórdão *Cilfit*, de 1982<sup>(20)</sup>. Defende, a propó-

---

*cautelares, previstas na lei de um Estado-Membro podem ser requeridas às autoridades judiciais desse Estado-Membro, mesmo que os tribunais de outro Estado-Membro sejam competentes para conhecer do mérito da causa. Cf. os arts. 40.º, 42.º, n.º 2, 43.º e 44.º do Regulamento (UE) n.º 1215/2012.*

<sup>(18)</sup> Veja-se, neste sentido, a seguinte jurisprudência: Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 8 de novembro de 2011 (Processo n.º 1037/10.7TBACB-B.C1) e Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 14 de março de 2017 (Processo n.º 736/14.9TVLSB.L1.S1).

<sup>(19)</sup> Este artigo estipula o seguinte: *o Tribunal de Justiça da União Europeia é competente para decidir, a título prejudicial: a) Sobre a interpretação dos Tratados; b) Sobre a validade e a interpretação dos atos adotados pelas instituições, órgãos ou organismos da União. Sempre que uma questão desta natureza seja suscitada perante qualquer órgão jurisdicional de um dos Estados-Membros, esse órgão pode, se considerar que uma decisão sobre essa questão é necessária ao julgamento da causa, pedir ao Tribunal que sobre ela se pronuncie. Sempre que uma questão desta natureza seja suscitada em processo pendente perante um órgão jurisdicional nacional cujas decisões não sejam suscetíveis de recurso judicial previsto no direito interno, esse órgão é obrigado a submeter a questão ao Tribunal. Se uma questão desta natureza for suscitada em processo pendente perante um órgão jurisdicional nacional relativamente a uma pessoa que se encontre detida, o Tribunal pronunciar-se-á com a maior brevidade possível.*

<sup>(20)</sup> Veja-se o Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 23 de abril de 2009 (Processo n.º 9180/07.3TBBRG.G1), e também o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 8 de outubro de 1997 (Processo n.º 021012). No Acórdão *Cilfit*, de 1981, o Tribunal de Justiça admitiu as seguintes

sito, o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 8 de novembro de 2011 que, relativamente à pretensão de arresto do saldo de uma conta bancária domiciliada na Holanda, e estando em causa acautelar um direito de crédito feito valer numa ação já instaurada em Portugal, *nos termos do art. 31.º do Regulamento 44/2001*<sup>(21)</sup>, *a jurisdição holandesa (não a portuguesa) é a competente para apreciar essa pretensão cautelar, preenchendo-se a hipótese prevista no art. 383.º, n.º 5, do CPC*<sup>(22)</sup>. Todavia, isso acontecia de uma forma morosa, colocando em causa a efetiva tutela do direito de crédito e demonstrando-nos a necessidade de estatuição de um instrumento que atuasse de forma célere e que garantisse a segurança jurídica ao nível europeu. O procedimento cautelar de arresto materializou este anseio: o devedor é compelido a saldar atempadamente as suas dívidas, sendo também certo que isto incentivará os virtuais credores à celebração de negócios jurídicos, já que beneficiam de uma tutela mais eficaz, garantidora de maior confiança.

## 2.2. A conexão transfronteiriça

Para que o Regulamento n.º 655/2014 seja aplicado é necessário que se verifiquem cumulativamente dois pressupostos: uma conexão transfronteiriça e a existência de um crédito de natureza pecuniária em matéria civil ou comercial.

Considera-se cumprido o primeiro pressuposto quando o tribunal no qual foi requerido o procedimento de decisão europeia de arresto se situe num Estado-Membro diferente daquele onde se localiza a conta bancária a arrestar, ou quando o credor tem domicílio num Estado-Membro diferente, quer do Estado do tribunal competente, quer do da conta bancária. Já não

---

exceções à obrigação de reenvio prejudicial: quando a questão a resolver for muito clara (teoria do ato claro) e impertinente (não possa ter nenhuma influência na decisão do litígio), e quando existir jurisprudência do TJCE sobre essa questão. O Tribunal de Justiça, no Acórdão *Cilfit*, aderiu à teoria do ato claro, condicionando-a ao dever imposto ao juiz nacional de ter em atenção a terminologia específica do direito comunitário, à exigência de a interpretação ser feita no seu contexto e à certificação pelo julgador nacional de que o ato se revela igualmente claro para qualquer outro juiz dos demais Estados-Membros, colocado perante um caso semelhante e julgando de harmonia com as mesmas normas, enunciando, desta forma, o conceito de dúvida objetiva.

<sup>(21)</sup> O Regulamento n.º 44/2001 encontra-se atualmente revogado.

<sup>(22)</sup> Posição defendida pelo Tribunal da Relação de Coimbra, no seu Acórdão de 8 de novembro de 2011 (Processo n.º 1037/10.7TBACB-B.C1). Note-se que ao art. 383.º, n.º 5, corresponde o actual art. 364.º do novo CPC.

será aplicado o presente Regulamento se o tribunal, a conta bancária e o domicílio do credor se situarem no mesmo Estado-Membro. Nesta situação, ao credor somente restará lançar mão do procedimento cautelar de arresto previsto na legislação desse Estado<sup>(23)</sup>. Porém, caso o requerido seja titular de várias contas bancárias dispersas por múltiplos Estados-Membros, incluindo no Estado-Membro competente para decretar o arresto, o credor verá obstada a cumulação de pedidos e será obrigado a instaurar dois procedimentos cautelares, ou seja: um procedimento cautelar regulado pelo Estado de origem para que possa, por essa via, arrestar a conta bancária aí situada, e o procedimento de decisão europeia de arresto, cujo intuito será atingir a conta bancária localizada noutra Estado-Membro.

Encontram-se excluídos do âmbito deste Regulamento a Dinamarca, o Reino Unido e a Irlanda, pelo que qualquer credor domiciliado num destes países será impedido de recorrer a este procedimento, mesmo na hipótese de a conta bancária e o tribunal competente se situarem num Estado-Membro vinculado. Assim, o Regulamento em questão aplicar-se-á se o Estado-Membro de origem e o Estado-Membro de execução lhe estiverem ambos vinculados, só produzindo efeitos sobre contas bancárias aí mantidas. No que a este ponto diz respeito, mostra-se suficiente que uma entidade bancária sediada num Estado-Membro não vinculado possua uma sucursal, agência ou filial num Estado-Membro vinculado para que o Regulamento possa produzir efeitos nesse território. cremos, todavia, que o referido Regulamento, no que concerne à definição do âmbito transfronteiriço, foi demasiado aglutinador, acabando por colocar em causa a efetividade do arresto. A este respeito, repare-se, uma vez mais, no Acórdão *Denilauler*, que limitou o âmbito de operação dos pedidos de decretação de medidas cautelares e provisórias, e, entre nós, na jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça<sup>(24)</sup>.

---

(23) Em Portugal, o procedimento cautelar de arresto encontra-se regulado nos arts. 391.º e seguintes do CPC.

(24) Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça *Denilauler*, de 21 de maio de 1980, Processo n.º 125/79. O entendimento subjacente ao Acórdão *Denilauler* foi, em 1998, reafirmado pelo Tribunal na decisão *Van Uden*, e a sua posição veio a ser acolhida pelo Regulamento n.º 1215/2012, relativo à competência judiciária, reconhecimento e execução de decisões em matéria civil e comercial. V. o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 14 de março de 2017 (Processo n.º 736/14.9TVLSB. L1.S1), que defende que a interpretação restritiva do conceito de “medidas provisórias ou cautelares” do TJUE nos Acórdãos *Van Uden/Deco-Line* e *Mietz/Intership Yachting Sneek* — que exclui do conceito a medida provisória “antecipatória” — é efetuada apenas para efeitos de aferição da competência do “juiz das medidas provisórias”, que não seja competente para a ação definitiva, ou seja, na aceção relevante à luz do art. 31.º do Regulamento (CE) n.º 44/2001, que se reporta ao âmbito da competência direta e não na aceção dos arts. 32.º e 38.º do mesmo Regulamento, que atendem ao

Quanto ao segundo pressuposto a que aludimos, é necessário que estejamos perante um crédito pecuniário de natureza comercial ou civil, que poderá encontrar-se, ou não, vencido. Se o crédito não estiver vencido, é necessário que tenha sido originado por uma transação ou facto já ocorridos e cujo montante possa ser determinado. Assim, poderá ser fundamento de arresto uma situação que se inclua no âmbito da responsabilidade extracontratual ou, no que ao plano jurídico-criminal diz respeito, um pedido de indemnização cível que corre por apenso<sup>(25)</sup>. Ficam, contudo, excluídos da aplicação do presente Regulamento os direitos patrimoniais decorrentes de regimes matrimoniais ou de relações que, nos termos da lei que lhes é aplicável, produzam efeitos comparáveis aos do casamento. Excluem-se, ainda, os testamentos e as sucessões, incluindo as obrigações de alimentos resultantes de óbito, os créditos sobre devedores contra os quais foram iniciados processos de insolvência, processos de liquidação de empresas ou de outras pessoas coletivas insolventes, acordos judiciais, concordatas ou processos análogos, a segurança social ou decisões arbitrais. As contas bancárias detidas pelos bancos centrais ou nestes bancos, quando os ditos atuem na qualidade de autoridades monetárias, também não poderão ser objeto de arresto para efeitos do presente Regulamento<sup>(26)</sup>. Além disso, ficam excluídas as contas bancárias e os montantes impenhoráveis nos termos da lei do Estado-Membro em que a conta bancária é mantida, bem como as contas ligadas ao funcionamento de qualquer sistema definido no art. 2.º, alínea a), da Diretiva 98/26/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa ao caráter definitivo da liquidação nos sistemas de pagamentos e de liquidação de valores mobiliários<sup>(27)</sup>.

---

*âmbito da competência indireta. Os tribunais dos Estados-Membros podem recusar a concessão do exequatur a uma decisão proferida por um tribunal de um outro desses Estados, se essa concessão determinar uma violação inaceitável de princípios estruturantes do seu ordenamento jurídico ou que contrarie os princípios comunitários, certo que, não devendo ser dificultada a circulação de decisões entre os Estados-Membros, segundo a jurisprudência do TJUE, a reserva da ordem pública do Estado requerido só deve operar em casos muito excecionais.*

<sup>(25)</sup> Cf. os arts. 483.º, ss, do Código Civil (doravante, CC), relativamente à responsabilidade extracontratual, e os arts. 72.º, ss, do Código de Processo Penal.

<sup>(26)</sup> Cf. arts. 2.º e 3.º, n.º 1, do Regulamento (UE) n.º 655/2014.

<sup>(27)</sup> O art. 2.º, alínea a), da referida Diretiva estipula o seguinte: *para efeitos da presente diretiva, entende-se por: a) «Sistema» um acordo formal: entre três ou mais participantes, sem contar com um eventual agente de liquidação, uma eventual contraparte central, uma eventual câmara de compensação ou um eventual participante indireto, com regras comuns e procedimentos padronizados para a execução de ordens de transferência entre os participantes; regulado pela legislação de um Estado-Membro escolhida pelos participantes; contudo, os participantes apenas podem escolher a legislação de um Estado-Membro em que pelo menos um deles tenha a sua sede e designado, sem prejuízo de outras condições mais rigorosas de aplicação geral previstas na legislação nacional, como*

Refira-se, por fim, que toda a tramitação processual desta medida cautelar ocorre por via eletrônica, mediante o preenchimento de formulários disponíveis para o efeito<sup>(28)</sup>.

### 2.3. A fundamentação do arresto

Semelhantemente ao que se verifica na nossa ordem jurídica quanto à providência cautelar de arresto, o credor poderá requerer que as contas bancárias do devedor sejam arrestadas antes ou na pendência da ação principal destinada a julgar o mérito da causa com a qual aquele pretende ver reconhecido o seu direito de crédito<sup>(29)</sup>. Tal também poderá ser requerido

---

*sistema e notificado à Comissão pelo Estado-Membro cuja legislação é aplicável, depois de esse Estado-Membro se ter certificado da adequação das regras do sistema. Nas mesmas condições do primeiro parágrafo, os Estados-Membros podem designar como sistema de pagamentos um acordo formal, cuja atividade consista na execução de ordens de transferência tal como definidas no segundo travessão da alínea i) e que, em medida limitada, execute ordens relacionadas com outros instrumentos financeiros, quando os Estados-Membros considerarem que essa designação se justifica em termos de risco sistémico. Os Estados-Membros podem ainda, caso a caso, designar como sistema um dos referidos acordos formais entre dois participantes, sem contar com um eventual agente de liquidação, uma eventual contraparte central, uma eventual câmara de compensação ou um eventual participante indireto, quando considerarem que essa designação se justifica em termos de risco sistémico.*

<sup>(28)</sup> São de preenchimento eletrónico os seguintes formulários: pedido de decisão europeia de arresto de contas; decisão europeia de arresto de contas bancárias; revogação da decisão europeia de arresto de contas; declaração relativa ao arresto de fundos; pedido de libertação dos montantes arrestados em excesso; aviso de receção; interposição de recurso; transmissão da decisão sobre o recurso ao Estado-Membro de execução e pedido de recurso contra a decisão sobre o primeiro recurso. Estes formulários encontram-se disponíveis no seguinte endereço eletrónico: <[https://e-justice.europa.eu/dyn-form\\_intro\\_form\\_action.do?refresh=1&refresh=1&idTaxonomy=378&plang=pt&init=true&refresh=1](https://e-justice.europa.eu/dyn-form_intro_form_action.do?refresh=1&refresh=1&idTaxonomy=378&plang=pt&init=true&refresh=1)>.

<sup>(29)</sup> Nos termos do disposto no n.º 1 do art. 117.º da Lei n.º 62/2013, de 26 de agosto (Lei da Organização do Sistema Judiciário — doravante, LOSJ), as secções cíveis são competentes para: preparar e julgar as «(...) ações declarativas cíveis de processo comum de valor superior a (euro) 50 000,00», alínea a); «exercer, no âmbito das ações executivas de natureza cível de valor superior a (euro) 50 000,00, as competências previstas no Código de Processo Civil, em circunscrições não abrangidas pela competência de outra secção ou tribunal», alínea b); «preparar e julgar os procedimentos cautelares a que correspondam ações da sua competência», alínea c); e «exercer as demais competências conferidas por lei», alínea d). De acordo com o n.º 2 do art. 40.º da LOSJ, esta lei determina «(...) a competência, em razão da matéria, entre os juízos dos tribunais de comarca, estabelecendo as causas que competem aos juízos de competência especializada e aos tribunais de competência territorial alargada», referindo, por sua vez, o art. 65.º do CPC que «as leis de organização judiciária determinam quais as causas que, em razão da matéria, são da competência dos tribunais e das secções dotados de competência especializada». Tal é demonstrativo de que, no que ao âmbito cível diz respeito, o critério determinante da especialização das secções das instâncias centrais é o da matéria da causa. Todavia, verificamos que a competência que lhes é conferida na alínea a) do n.º 1 do art. 117.º é determinada também pela forma de processo e pelo valor. Por força da alínea c) do n.º 1 do

após ter obtido, num Estado-Membro, uma *decisão judicial, uma transação judicial ou um instrumento autêntico que exija ao devedor o pagamento do crédito*<sup>(30)</sup>. Todavia, cumpre tecer algumas considerações tangentes aos requisitos que o credor terá de cumprir, assim como às exigências que o juiz deverá observar. Estes requisitos serão distintos consoante estejamos perante uma providência cautelar antecipatória, incidental ou conservatória.

O Regulamento em análise menciona a existência de uma decisão ou transação judicial ou de um instrumento autêntico que exija ao devedor a liquidação do crédito, mas somos da opinião de que esta exigência é demasiado restrita e apta a subtrair âmbito de aplicação da providência cautelar, dificultando, por via disso, a efetividade da tutela do direito do credor. Mostra-se necessário que o julgador faça uma interpretação lata da letra da lei, de forma a incluir, no art. 5.º, alínea *b*), do Regulamento, todos e quaisquer títulos executivos assim considerados no Direito nacional. Em virtude de constituir pressuposto da ação executiva com autonomia, a eficácia probatória que a lei atribui ao título executivo não poderá deixar de ser levada, também aqui, em consideração. Esta interpretação não nos permite considerar que o direito de defesa do requerido se veja, por isto, diminuído.

Quando estamos perante a existência de um título executivo, foi já dada ao requerido a possibilidade de, na própria ação executiva, questionar a existência da obrigação através de impugnação, oposição ou embargos, nos termos da lei processual civil vigente à data<sup>(31)</sup>. Além disso, se, de acordo com o Regulamento e, bem assim, com os normativos processuais que regulam o arresto na nossa ordem jurídica, é possível requerê-lo e decretá-lo previamente a qualquer decisão judicial declarativa em que o

---

mesmo artigo, o que se afirma nas suas alíneas *a*) e *b*) vale também quanto aos procedimentos cautelares. Por sua vez, os juízos locais cíveis possuem uma competência residual, pois somente se mostram competentes para causas que não sejam atribuídas a outros juízos ou tribunal de competência territorial alargada. No que à matéria cível diz respeito, verifica-se uma coincidência relativamente à competência dos juízos de competência genérica e à dos juízos locais cíveis (art. 130.º, n.ºs 1 e 2, da LOSJ). Assim, é possível concluir que os juízos de competência genérica possuem tanto uma competência residual geral como uma competência residual específica, semelhantemente ao que se verifica nos juízos locais cíveis (contudo, a competência global dos juízos de competência genérica não coincide totalmente com a competência dos juízos locais cíveis). As competências previstas no CPC, no âmbito da execução, podem inerir ao juízo local cível ou ao juízo de competência genérica, sendo, consequentemente, a competência dos juízos centrais e dos juízos locais cíveis para a execução demonstrada pela leitura conjunta dos arts. 117.º, n.º 1, alínea *b*), e 130.º, n.º 2, alínea *c*), da LOSJ.

<sup>(30)</sup> Cf. art. 5.º, por remissão dos números 9 e 10 do art. 4.º do Regulamento (UE) n.º 655/2014.

<sup>(31)</sup> Todavia, não nos é permitido alargar a abstração do título executivo e a função executiva do documento. Ou seja, apesar de pressupormos sempre a sua função probatória, só a simples existência do documento não se poderá com ela confundir, como teremos oportunidade de verificar no capítulo III, ponto 3.1.

referido direito de crédito tenha sido reconhecido, dever-se-ão admitir, *mutatis mutandis*, os restantes títulos executivos, tais como os títulos de crédito e os documentos exarados ou autenticados por notário ou outra entidade a que a lei atribua competência<sup>(32/33)</sup>. Também os títulos executivos judiciais impróprios, nomeadamente no processo de prestação de contas no qual o título executivo são as próprias contas apresentadas pelo réu<sup>(34)</sup>, ou a injunção com força executória<sup>(35)</sup>. Deveremos considerar, igualmente, os títulos administrativos ou de formação administrativa<sup>(36)</sup>, como, por exemplo, os títulos de cobrança de tributos, coimas, dívidas determinadas por ato administrativo ou reembolsos<sup>(37)</sup>. Os documentos

---

(32) São considerados títulos extrajudiciais. Cf. art. 701.º, n.º 1, alíneas b) e c), do CPC.

(33) Cf. art. 46.º, n.º 1, al. c), do CPC de 1961, e o art. 703.º do CPC. V., ainda, os arts. 386.º, 372.º e 373.º, n.º 4, do CC e os arts. 154.º, 155.º, n.º 4, e 708.º do Código do Notariado, bem como a seguinte bibliografia: REIS, JOSÉ ALBERTO DOS, *Processo de Execução*, Vol. I, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1957, p. 177; CARDOSO, EURICO LOPES, *Manual da Ação Executiva*, Almedina, Coimbra, 1996, pp. 50-51; FREITAS, JOSÉ LEBRE DE, «Os Paradigmas da Ação Executiva», in *ROA*, 2001, II, pp. 543-550.

(34) Cf. art. 944.º, n.º 5, do CPC: *se as contas apresentarem saldo a favor do autor, pode este requerer que o réu seja notificado para, no prazo de 10 dias, pagar a importância do saldo, sob pena de, por apenso, se proceder a penhora e se seguirem os termos posteriores da execução por quantia certa; este requerimento não obsta a que o autor deduza contra as contas a oposição que entender.*

(35) V. o Decreto-Lei n.º 269/98, de 1 de setembro, que aprova o regime dos procedimentos para cumprimento de obrigações pecuniárias emergentes de contratos de valor não superior à alçada do tribunal de primeira instância, e o Decreto-Lei n.º 32/2003, de 17 de fevereiro, e os arts. 16.º e 17.º do regime anexo.

(36) V. ANDRADE, MANUEL DE, *Noções Elementares de Processo Civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 1979, p. 202, REDENTI, ENRICO, VELLANI, MARIO *Diritto processuale civile*, Giuffrè, Milão, 2011, p. 131, e MENDES, JOÃO DE CASTRO, *Direito Processual Civil*, Vol. I, Associação Académica, Lisboa, 1980, p. 373. Veja-se, também, VACCARELLA, ROMANO, *Titolo esecutivo. Precetto. Opposizioni*, UTET, Torino, 1993, pp. 135-136, e MARQUES, JOÃO PAULO REMÉDIO, *Curso de Processo Executivo Comum à Face do Código Revisto*, Coimbra, Almedina, 2000, p. 76

(37) Cf. art. 148.º do Código de Procedimento e de Processo Tributário, sob a epígrafe *Âmbito da execução fiscal: 1 — O processo de execução fiscal abrange a cobrança coerciva das seguintes dívidas: a) Tributos, incluindo impostos aduaneiros, especiais e extrafiscais, taxas, demais contribuições financeiras a favor do Estado, adicionais cumulativamente cobrados, juros e outros encargos legais; b) Coimas e outras sanções pecuniárias fixadas em decisões, sentenças ou acórdãos relativos a contraordenações tributárias, salvo quando aplicadas pelos tribunais comuns. c) Coimas e outras sanções pecuniárias decorrentes da responsabilidade civil determinada nos termos do Regime Geral das Infrações Tributárias. 2 — Poderão ser igualmente cobradas mediante processo de execução fiscal, nos casos e termos expressamente previstos na lei: a) Outras dívidas ao Estado e a outras pessoas coletivas de direito público que devam ser pagas por força de ato administrativo; b) Reembolsos ou reposições. Também o art. 162.º do mesmo Código, que determina, quanto às espécies de títulos executivos, o seguinte: *Só podem servir de base à execução fiscal os seguintes títulos executivos: a) Certidão extraída do título de cobrança relativa a tributos e outras receitas do Estado; b) Certidão de decisão exequível proferida em processo de aplicação das coimas; c) Certidão do ato administrativo que determina a dívida a ser paga; d) Qualquer outro título a que, por lei especial, seja atribuída força executiva.**

particulares também são passíveis de constituir título executivo por disposições especiais da lei, pelo que a ata de reunião da assembleia de condóminos assinada pelo condómino devedor e na qual estejam fixadas as contribuições a pagar ao condomínio<sup>(38)</sup> e o contrato de arrendamento de prédio urbano acompanhado de comprovativo da comunicação ao arrendatário, nos termos do art. 9.º do NRAU, da resolução ou da denúncia do senhorio deverão ser considerados<sup>(39)</sup>. Relativamente aos documentos particulares, podemos incluir ainda o extrato de conta passado por sociedade dedicada à concessão de crédito, através da emissão e utilização do respetivo cartão de crédito e titulando o respetivo saldo<sup>(40)</sup>, os certificados, pelas entidades registadoras, de valores mobiliários escriturais<sup>(41)</sup> e os documentos de contrato de mútuo concedido pela Caixa Geral de Depósitos<sup>(42)</sup>. O título executivo, independentemente de ser extrajudicial ou judicial impróprio, é um documento que constitui prova legal para fins executivos, e a declaração nele contida tem por objeto o facto constitutivo do direito de crédito, ou é, ela própria, este mesmo facto<sup>(43)</sup>.

Quanto às sentenças proferidas por tribunais estrangeiros, estas são exequíveis, nos termos do art. 703.º, n.º 1, al. a), do CPC, tendo, por isso, eficácia na nossa ordem jurídica. Porém, tal só se verifica após posterior

---

(38) Cf. art. 6.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 268/94, de 25 de outubro, que estabelece normas regulamentares do regime da propriedade horizontal e que dispõe o seguinte: *a ata da reunião da assembleia de condóminos que tiver deliberado o montante das contribuições devidas ao condomínio ou quaisquer despesas necessárias à conservação e fruição das partes comuns e ao pagamento de serviços de interesse comum, que não devam ser suportadas pelo condomínio, constitui título executivo contra o proprietário que deixar de pagar, no prazo estabelecido, a sua quota-parte.*

(39) Cf. arts. 1084.º, n.º 1, 1097.º e 1101.º do CC, e também o art. 15.º, n.º 1, alíneas c), d) e e), do NRAU.

(40) Nos termos do Decreto-Lei n.º 45/79, de 9 de março, que dá força executiva aos extratos de conta passados pelas empresas emitentes de cartões de crédito.

(41) Cf. art. 84.º do Código dos Valores Mobiliários, o qual determina que *os certificados passados pelas entidades registadoras relativos a valores mobiliários escriturais valem como título executivo, se mencionarem o fim a que se destinam, se forem emitidos por prazo indeterminado e se a assinatura do representante da entidade registadora e os seus poderes estiverem reconhecidos por notário.*

(42) Cf. art. 9.º, n.º 4, do Decreto-Lei n.º 287/93, de 20 de agosto, que transforma a Caixa Geral de Depósitos, Crédito e Previdência em sociedade anónima de capitais exclusivamente públicos e que dispõe que *os documentos que, titulando ato ou contrato realizado pela Caixa, revejam a existência de uma obrigação de que a Caixa seja credora e estejam assinados pelo devedor revestem-se de força executiva, sem necessidade de outras formalidades.*

(43) CARNELUTTI, FRANCESCO, «Título executivo», in *RDP*, 1931, I, pp. 317-319, defende um conceito de título executivo que vai além da função normal da prova consagrada no art. 341.º do CC, pois considera-o como sendo capaz de constituir prova legal do crédito quando considerado nos seus aspetos de facto e de direito (prova sintética ou integral). Cf. os arts. 362.º, 371.º, n.º 2, e 376.º, n.º 2, todos do CC.



revisão e confirmação pelo tribunal da Relação competente para o efeito, exceto quando exista tratado, convenção, regulamento comunitário ou lei especial em contrário. A sentença, quando não revista, não invalida a sua apresentação como meio de prova, encontrando-se, todavia, sujeita ao princípio da livre apreciação da prova, implicando a sua inexecutibilidade a inadmissibilidade de uma ação executiva nela fundada e a recusa de cumprimento de uma carta rogatória para a prática de qualquer ato que importe a execução da decisão proferida<sup>(44)</sup>.

Como temos afirmado, o procedimento de decisão europeia de arresto reveste a forma de uma providência cautelar antecipatória, incidental ou conservatória.

Na primeira hipótese, o credor deverá instaurar a ação principal nos trinta dias subsequentes à data em que apresentou o pedido, ou no prazo de catorze dias a contar da data da concessão da decisão de arresto, consoante a que ocorra em último lugar. Este prazo é suscetível de prorrogação *ex officio* pelo Tribunal ou a requerimento do devedor, com a razão justificativa de, por exemplo, se pretender atingir a regularização da dívida. Se o credor não cumprir esta exigência dentro dos prazos estipulados para o efeito, o arresto que houver sido decretado será revogado oficiosamente ou terminará de forma automática, podendo o credor, perante esta falta que se lhe imputa, vir a ser responsabilizado, nos termos da alínea *a*) do n.º 2 do art. 13.º do Regulamento (UE) n.º 655/2014, pelos danos causados ao devedor. Considera-se que o processo relativo ao mérito da causa se inicia no momento em que for apresentado ao tribunal o documento que dá início à instância ou documento equivalente, desde que o credor não tenha posteriormente deixado de tomar as medidas que lhe incumbem para que o devedor seja citado ou notificado. Nos termos do art. 10.º, n.º 3, do Regulamento (UE) n.º 655/2014, considera-se que o processo relativo ao mérito da causa tem início: *no momento em que for apresentado ao tribunal o documento que dá início à instância, ou documento equivalente, desde que o credor não tenha posteriormente deixado de tomar as medidas que lhe incumbem para que o devedor seja citado ou notificado [alínea a)], ou, se o documento tiver de ser notificado antes de ser apresentado ao tribunal, no momento em que for recebido pela autoridade responsável pela notifi-*

---

(44) VICENTE, DÁRIO MOURA, «Competência Judiciária e Reconhecimento de Decisões Estrangeiras no Regulamento (CE) n.º 44/2001», in *Scientia Iuridica*, Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro, Tomo LI, n.º 293, 2002, p. 356, e SOUSA, MIGUEL TEIXEIRA DE, «Âmbito de aplicação do Regulamento n.º 44/2001, de 22 de Dezembro de 2000 (Regulamento Bruxelas I)», in *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, pp. 676-691.

*cação, desde que o credor não tenha posteriormente deixado de tomar as medidas que lhe incumbem para que o documento seja junto ao processo [alínea b)].* A autoridade responsável pela notificação é a primeira autoridade que receber o documento a notificar.

Neste caso, o tribunal competente será aquele onde a ação principal deverá ser proposta. Muito semelhantemente ao estatuído no art. 78.º, n.º 1, alínea a), do CPC: *o arresto e o arrolamento tanto podem ser requeridos no tribunal onde deva ser proposta a ação respetiva, como no do lugar onde os bens se encontrem ou, se houver bens em várias comarcas, no de qualquer destas.* Caso estejamos perante uma providência cautelar incidental ou posterior, o procedimento de decisão europeia de arresto deverá ser interposto no tribunal onde tramita, ou tramitou, a ação principal. No caso de o crédito ser titulado por documento autêntico, serão competentes os tribunais do lugar onde o mesmo tenha sido exarado<sup>(45)</sup>. Com o intuito de tutelar aquela que se entende como sendo a parte mais desprotegida e, tanto no sentido de a prova ser feita com mais facilidade, como para que o direito ao contraditório do requerido lhe seja garantido, se este for um consumidor, somente serão competentes para proferir a decisão de arresto os tribunais do lugar onde este esteja domiciliado<sup>(46)</sup>.

Também no que toca à garantia a prestar pelo credor, diferentes pressupostos são exigidos se a situação *sub iudice* ocorrer a título antecipatório, incidental ou posterior. Vejamos.

Se o procedimento de decisão europeia de arresto for peticionado antes, a regra é a obrigação de o credor constituir garantia. O Regulamento não especifica, no art. 12.º, n.º 1, que tipo de garantia é necessário. Todavia, o considerando 18 remete-nos, uma vez mais, para o direito nacional, podendo essa garantia ser constituída sob a forma de depósito ou garantia alternativa — por exemplo, uma garantia bancária ou uma hipoteca. Uma vez que não há audição prévia do devedor, deverão prever-se salvaguardas específicas. Deverá ficar ao critério do tribunal determinar o montante da garantia, para que se evite o abusivo recurso a este procedimento e se tutelem os direitos do devedor, permitindo ao tribunal, na falta de elementos de prova específicos quanto ao montante dos prejuízos potenciais, considerar o montante pelo qual será proferida a decisão de arresto como uma indicação para determinar o montante da

---

<sup>(45)</sup> V. a anotação ao art. 391.º em NETO, ABÍLIO, *ob. cit.*, p. 474. Cf. art. 6.º, n.º 4, do Regulamento (UE) n.º 655/2014.

<sup>(46)</sup> Cf. art. 6.º, n.º 2, do Regulamento (UE) n.º 655/2014.

garantia<sup>(47)</sup>. O juiz poderá, no entanto, dispensar o credor deste ónus, ou determinar que a garantia seja prestada em montante inferior, quando o credor tenha razões especialmente fortes mas não disponha de meios suficientes para a constituir. O mesmo se passará se estivermos perante um crédito de pequeno montante ou um crédito de alimentos ou salários<sup>(48)</sup>.

Esta regra é invertida se o arresto for requerido após a verificação dos requisitos do art. 5.º, alínea *b*), pelo que o credor só será obrigado a constituí-la se o juiz, *in casu*, assim o determinar. Esta solução é facilmente compreendida, pois a existência do crédito foi, numa fase anterior, comprovada, ou por uma autoridade judicial, como é o caso de nos encontrarmos perante uma sentença, ou por estarmos perante títulos executivos próprios ou impróprios. Mostrar-se-á razoável poupar o julgador a um escrutínio exaustivamente detalhado do caso em questão. Para além de essa situação colocar em causa todo o instituto das providências cautelares e, em especial, daquela a que nos estamos reportando (providência cautelar conservatória), o devedor teve já a possibilidade de se defender através de oposição à execução, oposição à penhora e até oposição mediante embargos de terceiro<sup>(49)</sup>, não podendo a sua inércia — caso não o tenha feito — constituir motivo justificativo para que se exija mais este requisito ao credor<sup>(50)</sup>.

---

(47) O tribunal decide sem demora sobre o pedido de decisão de arresto logo que o credor tenha constituído a garantia exigida, como estipula o art. 18.º, n.º 4, do Regulamento (UE) n.º 655/2014.

(48) A menor exigência de prova quando em causa se encontram créditos deste tipo é facilmente justificável face à relação que lhe é inerente. Atente-se no que se verifica no Direito português. Relativamente ao crédito por alimentos, o nosso CPC dispõe do procedimento cautelar denominado *alimentos provisórios* — regulado nos seus arts. 384.º a 387.º — e, ainda, da execução especial por alimentos — regulada nos arts. 933.º a 937.º. Quanto aos salários, afirma o art. 258.º, n.º 1, do Código do Trabalho que se *considera retribuição a prestação a que, nos termos do contrato, das normas que o regem ou dos usos o trabalhador tem direito em contrapartida do seu trabalho*. Apesar de o Código do Trabalho preferir a utilização do termo *retribuição*, tanto este como o termo *salário* são utilizados pela CRP, que não lhes atribui significados distintos, afirmando o art. 59.º, n.º 3, da CRP que os *salários gozam de garantias especiais, nos termos da lei*. Relativamente à especial tutela da retribuição, nomeadamente quanto aos privilégios creditórios e fundo de garantia salarial, veja-se AMADO, JOÃO Leal, *Contrato de Trabalho*, 3.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2011, pp. 318-335, e LEITÃO, LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES, *Direito do Trabalho*, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2012, pp. 293-299.

(49) Relativamente aos fundamentos de oposição à execução baseada em requerimento de injunção, cf. o art. 857.º do CPC. Sobre a oposição à execução, cf. os arts. 728.º a 732.º do mesmo Código, e, sobre a oposição à penhora, os seus arts. 784.º, 785.º, 856.º, 857.º e 859.º.

(50) Cf. o art. 363.º do CPC, sob a epígrafe *Urgência do procedimento cautelar*, que consagra o seguinte: *1 — Os procedimentos cautelares revestem sempre caráter urgente, precedendo os respetivos atos qualquer outro serviço judicial não urgente. 2 — Os procedimentos instaurados perante o tribunal competente devem ser decididos, em 1.ª instância, no prazo máximo de dois meses ou, se o requerido não tiver sido citado, de 15 dias.*

Entre nós, entende-se que não há que condicionar a concessão da providência à caução prevista no art. 390.º, n.º 2, do CPC quando se entenda que a existência do direito a acautelar é mais do que provável, que a urgência da providência não se compadece com a subordinação à prévia prestação da caução e se considera como pouco provável que a providência venha a ser julgada injustificada ou caduque por motivo imputável ao requerente<sup>(51)</sup>.

O devedor, após ter conhecimento do arresto, poderá solicitar ao tribunal competente do Estado-Membro de origem a reapreciação da garantia prestada pelo credor com base no não preenchimento das condições exigidas pelo art. 12.º. O credor poderá, por via disso, ser intimado a prestar uma garantia adicional, sendo a decisão de arresto alterada, e podendo verificar-se até a revogação do arresto quando o credor não constitua a referida garantia no prazo fixado judicialmente para o efeito.

### III. A decisão de Arresto

#### 3.1. Os requisitos probatórios

O recurso à tutela cautelar implica que o requerente se arrogue titular do direito e que se encontre em risco de sofrer uma lesão grave e irreparável ou de difícil reparação, pelo que se exige a demonstração de indícios razoáveis quanto à existência desse direito e dos interesses a tutelar. Para além da alegação dos factos que integram a causa de pedir, caberá ao credor a apresentação de provas suficientes de forma a convencer o tribunal de que há necessidade urgente em decretar a medida cautelar sob a forma de uma decisão de arresto, pois, caso tal não se verifique, existe um real risco de frustração, ou dificuldade, na posterior execução do crédito. Também o Regulamento n.º 655/2014 exige os três requisitos probatórios inerentes às medidas cautelares e patentes no direito nacional: urgência, *fumus boni iuris* e *periculum in mora*<sup>(52)</sup>.

---

<sup>(51)</sup> Posição defendida no Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 22 de fevereiro de 2017 (Processo n.º 712/07-2).

<sup>(52)</sup> Veja-se o princípio da tutela provisória da aparência em MENDES, JOÃO DE CASTRO, *Direito Processual Civil*, Vol. I, Associação Académica, Lisboa, 1980, p. 237, e, ainda do mesmo autor, *O Direito de Ação Judicial. Estudo de Processo Civil*, Universidade de Lisboa, 1959, p. 20. Também GONÇALVES, MARCO CARVALHO, *Providências Cautelares*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2016, pp. 180-215.

A falta de um título executivo exige, ainda, que o credor apresente elementos suficientes que lhe permitam afirmar a probabilidade de obter ganho de causa no processo principal contra o devedor<sup>(53)</sup>. Parece-nos que a obrigação de provar a existência de uma forte probabilidade de a ação principal ser julgada a favor do credor se mostra inócua. Este juízo já subjaz à decisão de qualquer julgador quando aquilata do mérito de uma providência cautelar antecipatória ou incidental. O julgador forma, previamente, a convicção da existência do direito que se pretende, por esta via, acautelar<sup>(54)</sup>. Note-se que o princípio da livre apreciação da prova significa que o julgador deverá decidir sobre a matéria de facto da causa segundo a sua íntima convicção, que é formada aquando do confronto com os vários meios de prova. Depois da produção de prova, caberá ao *juiz tirar as suas conclusões em conformidade com as impressões recém-colhidas e com a convicção que, através delas, se foi gerando no seu espírito, de acordo com as máximas de experiência que forem aplicáveis*<sup>(55)</sup>. O juiz vale-se da sua própria experiência de vida, que lhe permite avançar no *iter probatório* através de deduções<sup>(56)</sup>. Não se mostra necessário que a convicção do juiz sobre a realidade dos factos alegados pelos sujeitos processuais equivalha a uma certeza absoluta; contrariamente, se, no seu espírito, se formar a dúvida, não poderá dar o facto como provado em prejuízo da parte onerada ou da parte a quem o facto aproveita<sup>(57)</sup>. A demonstração da titularidade desse direito de acordo com as garantias próprias de um processo de estrutura contraditória (*due process of law*) e com as exigências necessárias para a formação de uma convicção plena do julgador não se compadece com a celeridade e a urgência próprias da tutela cautelar.

---

(53) Cf. art. 7.º do Regulamento (UE) n.º 655/2014.

(54) A titularidade de um determinado direito preenche o requisito de difícil reparação se em causa estiverem providências conservatórias, mas, se, por sua vez, estivermos perante providências antecipatórias, pode ser necessária a acreditação relativamente à existência desse direito, em conformidade com o que é defendido por HERRÁN, MARIA JOSÉ, «El derecho ambiental y las medidas cautelares», in *Cuaderno del Departamento de Derecho Procesal y Práctica Profesional*, n.º 8, Universidad Nacional de Córdoba, Alveroni Ediciones, Córdoba, Argentina, 2005, p. 150. V. QUERZOLA, LEA, «La tutela cautelar nella riforma del processo amministrativo: avvicinamento o allontanamento dal processo civile», in *RTDPC*, ano LV, Giuffrè Editore, Milão, 2001, p. 182.

(55) *Cit.* FREITAS, JOSÉ LEBRE DE, *Introdução ao Processo Civil*, 3.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2013, p. 196.

(56) V. SERRA, ADRIANO VAZ, «Provas (Direito Probatório Material)», in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 110, 1961, p. 79.

(57) MENDES, JOÃO DE CASTRO, *Do Conceito de Prova em Processo Civil*, Edições Ática, Lisboa, 1961, pp. 321-644. BLOMEYER, ARWED, *Zivilprozessrecht*, Dunker & Humblot, Berlim, 1985, p. 348 e PAATTI, SALVATORE, Libero «Prova legale e apprezzamento dei mezzi di prova nel pensiero di Francesco Carnelutti», in *Rivista di Diritto processuale*, 1985, p. 503.

A segurança jurídica do requerido não será, aqui, colocada em causa, pois o tribunal, ao considerar a insuficiência das provas apresentadas, poderá, se o direito nacional o permitir, exigir ao credor a apresentação de provas documentais suplementares. Além disso, será possível o recurso, por parte do tribunal, a quaisquer outros métodos adequados de obtenção de provas, tais como a audição do credor ou de testemunhas por videoconferência<sup>(58)</sup>. Aqui, bastará a existência de um juízo de probabilidade, na medida em que o risco de perda da garantia patrimonial, requisito do decretamento do arresto, abrange qualquer causa idónea a provocar num homem normal o receio de perda da garantia patrimonial do seu crédito<sup>(59/60)</sup>.

Cumpre referenciar que se mostra desnecessária tanto a alegação de atos especificados de dissipação do património do devedor como a existência de outros credores, essencialmente se em questão estiver uma dívida de montante não elevado. O não pagamento reiterado por parte do requerido é bastante para evidenciar, de forma clara e sintomática, a insolvabilidade e até, *in extremis*, o propósito de não cumprir a obrigação. A alegação e a prova de que este não possui rendimentos ou bens no estrangeiro mostram-se desprovidas de sentido, sendo bastante a alegação de que o mesmo possui contas bancárias localizadas noutra Estado-Membro. Se assim não fosse, esta exigência consubstanciar-se-ia numa prova diabólica, que inviabilizaria a *ratio* e a aplicabilidade do procedimento de arresto europeu e não só refletiria a imposição de uma conduta processual nitidamente violadora do princípio da efetividade como também comprimiria o direito de ação do credor. O princípio da tutela jurisdicional efetiva, estatuído no art. 47.º da Carta dos Direitos Fundamentais, subdivide-se no princípio da equivalência e no princípio da efetividade, e, como é

---

<sup>(58)</sup> Caso em que a decisão de arresto será proferida até ao quinto dia útil após a referida audiência. Cf. art. 18.º, n.º 3, do Regulamento (UE) n.º 655/2014.

<sup>(59)</sup> Neste sentido, ainda o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa (Processo n.º 712/07-2).

<sup>(60)</sup> Podemos enunciar, a título meramente exemplificativo, como fatores de risco as seguintes situações: a conduta do devedor perante a pretensão do credor ou algum conflito anterior entre as partes; o histórico do crédito concedido ao devedor; a fungibilidade dos bens do devedor; ou alguma ação recente do devedor para com os seus bens. Não consideramos que os gastos do devedor feitos para fazer face à sua atividade profissional ou às despesas familiares se consubstancie numa intenção de não liquidação da dívida. Por si só, mostram-se a mera contestação da dívida; a existência de outros credores ou a fraca situação económica do devedor ou a sua deterioração. Veja-se o art. 411.º do CPC, sob a epígrafe *Princípio do inquisitório: incumbe ao juiz realizar ou ordenar, mesmo oficiosamente, todas as diligências necessárias ao apuramento da verdade e à justa composição do litígio, quanto aos factos de que lhe é lícito conhecer*. E, ainda assim, o art. 413.º do CPC: *o tribunal deve tomar em consideração todas as provas produzidas, tenham ou não emanado da parte que devia produzi-las, sem prejuízo das disposições que declarem irrelevante a alegação de um facto, quando não seja feita por certo interessado*.

defendido no Acórdão *Unibet*<sup>(61)</sup>, *as modalidades processuais das ações destinadas a garantir a salvaguarda dos direitos conferidos aos litigantes pelo direito comunitário não devem ser menos favoráveis do que as que respeitam a ações similares de natureza interna (princípio da equivalência) e não devem tornar impossível ou excessivamente difícil, na prática, o exercício dos direitos conferidos pela ordem jurídica comunitária (princípio da efetividade)*. Este foi já defendido nos nossos tribunais superiores, mormente no Tribunal da Relação de Lisboa<sup>(62)</sup>, pois, segundo a nossa ordem jurídica, o recurso contra a recusa de emissão da decisão europeia de arresto de contas deverá ser interposto junto dos tribunais da Relação<sup>(63)</sup>.

### 3.2. A execução da decisão

O decretamento do arresto não se encontra dependente do conhecimento das concretas contas bancárias que se pretende arrestar. É suficiente que o credor tenha obtido num Estado-Membro uma decisão executória, uma transação judicial ou um instrumento autêntico que exija ao devedor o pagamento do crédito<sup>(64)</sup> e tenha motivos para acreditar que o devedor detém uma conta bancária num banco de determinado Estado-Membro. O não conhecimento do nome, endereço do banco, IBAN ou outro número bancário que permita identificar o banco não será condição para que se invalide a concessão do arresto, pois pode solicitar-se ao tribunal no qual se apresenta o pedido de arresto que requeira à autoridade de informação do Estado-Membro de execução que obtenha as informações necessárias para permitir que sejam identificados os bancos e as respetivas contas<sup>(65)</sup>.

---

<sup>(61)</sup> No Processo C-432/05, de *Unibet (London) Ltd e Unibet (International) Ltd* contra *Justitiekanslern*, que tem por objeto um pedido de decisão prejudicial apresentado pelo *Högsta domstolen*. Além disso, na nossa jurisprudência, o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 4 de fevereiro de 2013 (Processo n.º 1279/06.0TVPR-T.C.P1) remete-nos para o Acórdão *Unibet*, quando defende que, *segundo o princípio da efetividade, a garantia de direitos conferidos pelo direito da UE é regulado por critérios nacionais desde que estes não tornem impossível ou excessivamente difícil, na prática, a proteção jurisdicional provisória desses direitos (acórdão Unibet, n.º 82)*.

<sup>(62)</sup> Veja-se o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 28 de novembro de 2011 (Processo n.º 22649/17.2T8LSB.L1-7).

<sup>(63)</sup> Cf. o art. 50.º, n.º 1, alínea *d*), do Regulamento (UE) n.º 655/2014.

<sup>(64)</sup> Como já tivemos a oportunidade de defender, consideramos que se devem incluir aqui todos os títulos executivos considerados como tais no ordenamento jurídico português.

<sup>(65)</sup> Cf. art. 14.º do Regulamento (UE) n.º 655/2014. O art. 780.º do CPC, referente à penhora de depósitos bancários, dispõe: 7 — *São sucessivamente observados, pela instituição de crédito e pelo agente de execução, os seguintes critérios de preferência na escolha da conta ou contas cujos saldos*

A presença dos requisitos necessários para proferir uma decisão favorável permite ao tribunal solicitar essa informação a uma entidade pública central designada em cada Estado-Membro. Esta situação, por regra, só será passível de se verificar quando exista sentença condenatória. Excetuam-se, contudo, as situações em que a decisão judicial, a transação judicial ou o instrumento autêntico por si obtido ainda não tenham força executória, mas em que o credor faça prova do montante elevado da dívida, da urgência na informação bancária, do risco existente para a cobrança da dívida e ainda da deterioração substancial da situação financeira do credor que resultaria da falta de cobrança<sup>(66)</sup>. A informação obtida não poderá ser fornecida ao credor e apenas o tribunal que a solicitou terá acesso à mesma, podendo, todavia, vir a ser fornecida ao banco do devedor se houver dificuldade em identificar a conta bancária.

Perante a dificuldade em identificar a conta bancária do requerido — devido à existência de várias pessoas com o mesmo nome ou morada, por exemplo —, a instituição bancária poderá pedir informação complementar diretamente à entidade pública que forneceu a informação bancária ao tribunal. É de referir que, tendo presente a finalidade do arresto, caso se venha a constatar que o requerido não possui nenhuma conta bancária, aquele deve ser indeferido, por inutilidade superveniente do seu prosseguimento<sup>(67)</sup>.

No direito nacional, a autoridade designada como competente para obter informações sobre contas bancárias é a Ordem dos Solicitadores e Agentes de Execução<sup>(68)</sup>, encontrando-se previstos os seguintes métodos para levar isso a efeito: todos os bancos em Portugal se encontram obrigados a divulgar se o devedor é titular de alguma conta nessa instituição bancária, e a autoridade de informação terá acesso aos dados relevantes sobre

---

*são bloqueados: a) Preferem as contas de que o executado seja único titular àquelas de que seja contitular e, entre estas, as que têm menor número de titulares àquelas de que o executado é primeiro titular; b) As contas de depósito a prazo preferem às contas de depósito à ordem.*

<sup>(66)</sup> Referentemente aos métodos para obter informação, todas as entidades bancárias de Portugal se encontram obrigadas a revelar se o devedor é titular de alguma conta bancária, tendo a entidade competente para congregiar tais informações o direito de aceder a dados detidos por instituições públicas nos seus registos (ou equivalentes). A este respeito, cf. o art. 749.º do CPC e o art. 17.º da Portaria n.º 282/2013, de 29 de agosto, que regulamenta vários aspetos das ações executivas cíveis. Também a este respeito, cf. o art. 14.º, n.º 5, alíneas *a)* e *b)*, do Regulamento (UE) n.º 655/2014, por força do disposto no art. 50.º, n.º 1, *c)* desse mesmo Regulamento.

<sup>(67)</sup> V. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 31 de agosto de 2011 (Processo n.º 08794). Note-se que, caso estivéssemos a referir-nos a bens imóveis ou móveis, uma eventual impugnação pauliana não seria uma hipótese a excluir.

<sup>(68)</sup> Cf. o art. 50.º, n.º 1, alínea *b)*, do Regulamento (UE) n.º 655/2014.



essas informações quando as mesmas se encontrem na posse de autoridades ou administrações públicas em registos<sup>(69)</sup>.

Depois de o juiz decretar o arresto, a decisão deverá ser transmitida, pela via mais rápida — que será a via eletrónica —, à entidade competente para proceder à sua execução no Estado-Membro onde a conta bancária se encontra localizada, a qual tomará as medidas necessárias para proceder ao arresto de acordo com a legislação desse Estado. Em seguida, transmitirá a ordem de arresto ao banco, ou à entidade responsável para tal. Se isto estiver estatuído na legislação do Estado-Membro de execução, deverá notificar o banco para ser este a executar a decisão. O requerido verá a sua conta bancária ser bloqueada, ou, caso tal seja permitido, o montante pecuniário será transferido para uma conta à ordem do tribunal, da entidade competente para proceder ao arresto, do banco onde o devedor tem a conta arrestada ou de outro banco designado como entidade coordenadora.

Cumprе referenciar que, em Portugal, as autoridades designadas como competentes para a receção, transmissão e notificação da decisão europeia de arresto de contas e outros documentos serão os tribunais e a Ordem dos Solicitadores e Agentes de Execução, na pessoa do oficial de justiça e do agente de execução, respetivamente. Geralmente, serão os agentes de execução competentes para efetuar as notificações necessárias, intervindo os oficiais de justiça, de acordo com o nosso direito processual, apenas em determinados casos, nomeadamente: execuções nas quais o Estado é o credor ou em que o Ministério Público representa o credor; quando não exista agente de execução na comarca onde o processo de execução está pendente e a designação de outro agente de execução de comarca vizinha implique custos desproporcionados (esta intervenção será determinada pelo juiz, a pedido do credor); quando as diligências processuais necessárias impliquem despesas de viagem desproporcionadas e não exista um agente de execução no local onde as mesmas terão lugar (esta intervenção deverá ser determinada por um juiz, a pedido do agente de execução); no caso de execuções cujo valor não exceda os € 10.000,00, se os credores forem pessoas singulares e o pedido não derivar de uma atividade comercial ou industrial, desde que o solicitem no requerimento executivo e paguem a taxa de justiça devida, ou execuções cujo valor não exceda € 30.000,00, se o pedido for de natureza laboral e se o exequente o solicitar no requerimento executivo e pagar a taxa de justiça devida<sup>(70)</sup>.

---

<sup>(69)</sup> Estes métodos encontram-se consagrados no art. 749.º do CPC e regulamentados no art. 17.º da Portaria n.º 282/2013, de 29 de agosto, na sua redação atual. Cf. art. 14.º, n.º 5, alíneas *a*) e *b*).

<sup>(70)</sup> Cf. art. 50.º, n.º 1, alínea *e*), do Regulamento (UE) n.º 655/2014.

### 3.3. A conversão do arresto em penhora

O Regulamento (UE) n.º 1215/2012, de 12 de dezembro de 2012, referente à competência judiciária, reconhecimento e execução de decisões em matéria civil e comercial, determina que a confiança mútua na administração da justiça na União justifica o princípio de que as decisões proferidas num Estado-Membro sejam reconhecidas em todos os outros Estados-Membros, sem necessidade de qualquer procedimento específico. Além disso, o objetivo de tornar a litigância transfronteiriça menos morosa e dispendiosa justifica a supressão da declaração de executoriedade antes de a execução no Estado-Membro ser requerida. Assim, as decisões proferidas pelos tribunais dos Estados-Membros devem ser tratadas como se se curasse de decisões proferidas no Estado-Membro requerido, pelo que, para efeitos da livre circulação de decisões, uma decisão proferida num Estado-Membro deverá ser reconhecida e executada em qualquer outro Estado-Membro, mesmo que seja tomada em relação a uma pessoa não domiciliada nesse Estado-Membro. A execução direta, no Estado-Membro requerido, de uma decisão proferida noutra Estado-Membro sem declaração de executoriedade não deverá comprometer o respeito pelos direitos da defesa. Assim sendo, a pessoa relativamente à qual a execução é requerida deverá poder peticionar a recusa de reconhecimento ou de execução de uma decisão, se considerar que se verifica um dos fundamentos para tanto<sup>(71)</sup>. Já não é necessário que o credor que bloqueou a conta do devedor através de uma ordem de penhora obtenha uma decisão na ação principal que seja executória no Estado-Membro onde se encontra a conta através de uma declaração de executoriedade, ao abrigo do Regulamento (CE) n.º 44/2001, que se encontra revogado pelo Regulamento (UE) n.º 1215/2012.

O Regulamento (CE) n.º 805/2004, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de abril de 2004, cria o título executivo europeu para créditos

---

<sup>(71)</sup> Os considerandos 28 e 30 do Regulamento (UE) n.º 1215/2012 determinam o seguinte: *se a decisão contiver uma medida ou injunção que não seja conhecida na lei do Estado-Membro requerido, essa medida ou injunção, incluindo qualquer direito que nela figure, deverá, na medida do possível, ser adaptada a uma medida ou injunção prevista na lei desse Estado-Membro que tenha efeitos equivalentes e vise objetivos semelhantes. Deverá caber a cada Estado-Membro determinar como e por quem tal adaptação deverá ser efetuada. E a parte que conteste a execução de uma decisão proferida noutra Estado-Membro deverá, na medida do possível, e de acordo com o sistema jurídico do Estado-Membro requerido, poder invocar no mesmo processo, além dos fundamentos de recusa previstos no presente regulamento, também os fundamentos de recusa previstos na lei nacional e dentro dos prazos estabelecidos nessa lei. No entanto, o reconhecimento de uma decisão só deverá ser recusado se se verificarem um ou mais dos fundamentos de recusa previstos no presente regulamento.*

não contestados, sendo que um crédito assim é considerado se o devedor: a) *tiver admitido expressamente a dívida, por meio de confissão ou de transação homologada por um tribunal, ou celebrada perante um tribunal no decurso de um processo; ou b) nunca tiver deduzido oposição, de acordo com os requisitos processuais relevantes, ao abrigo da legislação do estado-membro de origem; ou c) não tiver comparecido nem feito representar na audiência relativa a esse crédito, após lhe ter inicialmente deduzido oposição durante a ação judicial, desde que esse comportamento implique uma admissão tácita do crédito ou dos factos alegados pelo credor, em conformidade com a legislação do Estado-Membro de origem; ou d) tiver expressamente reconhecido a dívida por meio de instrumento autêntico.* Uma decisão que tenha sido certificada como título executivo europeu no Estado-Membro de origem será reconhecida e executada nos outros Estados-Membros sem necessidade de declaração da executoriedade ou contestação do seu reconhecimento. O título executivo europeu pode ser requerido para efeitos de execução da decisão noutro Estado-Membro. Contudo, não é obrigatório demonstrar carácter internacional. Não é particularmente necessário que uma das partes esteja domiciliada ou resida no estrangeiro nem é obrigatório demonstrar que a execução ocorrerá no estrangeiro. Naturalmente, a certidão acabará por ter utilidade apenas em caso de execução noutro Estado-Membro.

Assim, a possibilidade da conversão do arresto em penhora nos Estados-Membros de execução da decisão de arresto ocorrerá de acordo com o que se mencionou *supra*, bastando tão-só a existência de uma decisão que ateste o crédito do credor para que a sua força executiva se faça sentir no Estado-Membro de execução. Ou seja, se as contas bancárias do devedor tiverem sido arrestadas como medida cautelar antecipatória, isso não determinará, por si só, a sua conversão em penhora, sendo necessária a existência de uma decisão que comprove a existência dessa dívida, cuja posterior penhora ocorrerá nesse Estado segundo as regras consagradas para o efeito no seu ordenamento jurídico.

Entre nós, quando sejam o Estado de execução da decisão de arresto, para que este se converta em penhora é também necessária a existência de um título executivo que permita à entidade competente — em Portugal será o agente de execução — penhorar os bens do devedor. Estipula o nosso CPC, no seu art. 762.º, que, *quando os bens estejam arrestados, converte-se o arresto em penhora e faz-se no registo predial o respetivo averbamento, aplicando-se o disposto no art. 755.º.* Não obstante estar prevista a conversão somente para quando o arresto incida sobre bens imóveis, o Tribunal da Relação de Lisboa já considerou que, *no*

*âmbito de uma providência cautelar de arresto, o arrestante poderá pedir que se proceda novamente ao arresto de determinado crédito já anteriormente arrestado, desde que haja razões que tal justifiquem, maxime insuficiência ou incorreção de elementos que possam prejudicar a penhora em que o arresto se poderá converter*<sup>(72)</sup>. O arresto não convertido em penhora é uma mera providência cautelar, não constituindo garantia real para efeito de reclamação de crédito em processo executivo e não concedendo qualquer preferência para efeitos de graduação ou de pagamento do crédito<sup>(73/74)</sup>. Convertido o arresto em penhora, os efeitos desta retroagem à data do primeiro, tudo se passando como se a penhora tivesse ocorrido na data do arresto. Para efeitos de prioridade no pagamento, no confronto com outros credores, aquele cuja penhora tenha sido precedida de arresto fica em vantagem, pois a penhora confere-lhe o direito de ser pago com preferência a qualquer outro que não tenha garantia real anterior<sup>(75/76)</sup>.

---

<sup>(72)</sup> Acórdão de 13 de março de 2003 (Processo n.º 0007998). Em idêntico sentido, o Acórdão do mesmo Tribunal de 10 de outubro de 2006 (Processo n.º 6355/2006-7).

<sup>(73)</sup> Veja-se o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 21 de maio de 1996 (Processo n.º 0093261): *enquanto não convertido em penhora, o arresto não é garantia real e portanto não dá ao credor o poder de intervir na execução de outrem em que tenham sido penhorados os bens arrestados, por tal poder estar reservado aos credores com garantia real. São terceiros para efeitos de registo predial, aqueles que adquiriram do mesmo Autor direitos incompatíveis entre si. Este conceito tem sido ampliado no sentido de se considerarem terceiros não só os que adquiriram do mesmo alienante direitos incompatíveis, mas também aqueles cujos direitos, adquiridos ao abrigo da lei, tenham esse alienante como sujeito passivo, ainda que ele não haja intervindo nos actos jurídicos*. E, também do mesmo Tribunal, o Acórdão de 1 de outubro de 1998 (Processo n.º 0024272).

<sup>(74)</sup> V. os Acórdãos do Tribunal da Relação de Coimbra de 10 de março de 2009 (Processo n.º 162/05.0TBVZL-B.C1) e de 7 de junho de 2011 (Processo n.º 222/10.6TBNLS.C1) e o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 16 de maio de 2012 (Processo n.º 01156/11). Veja-se o Parecer do Instituto dos Registos e do Notariado (P.º n.º R.P. 21/2013 STJ-CC) relativamente à conversão de arresto em penhora e ao modo de titulação, disponível no seguinte endereço eletrónico: <[http://www.irn.mj.pt/sections/irn/doutrina/pareceres/predial/2013/p-rp-20-21-23-27-29-31/downloadFile/attachedFile\\_5\\_f0/P\\_RP21-2013.pdf?nocache=1373963919.37](http://www.irn.mj.pt/sections/irn/doutrina/pareceres/predial/2013/p-rp-20-21-23-27-29-31/downloadFile/attachedFile_5_f0/P_RP21-2013.pdf?nocache=1373963919.37)>.

<sup>(75)</sup> O art. 822.º do CC, sob a epígrafe *Preferência resultante da penhora*, consagra o seguinte: 1 — *Salvo nos casos especialmente previstos na lei, o exequente adquire pela penhora o direito de ser pago com preferência a qualquer outro credor que não tenha garantia real anterior*. 2 — *Tendo os bens do executado sido previamente arrestados, a anterioridade da penhora reporta-se à data do arresto*.

<sup>(76)</sup> V. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 10 de março de 2009 (Processo n.º 162/05.0TBVZL-B.C1).

## IV. O equilíbrio entre o Direito de Ação do credor e a defesa do requerido

### 4.1. As obrigações do credor

Face às características inerentes à providência cautelar de arresto sobre que temos vindo a discorrer, bem como pelo facto de se tratar de um procedimento transfronteiriço regulamentado pela União Europeia e pela mobilização de regras processuais de diferentes Estados-Membros, garante-se ao requerido que os danos provocados pela decisão de arresto serão da responsabilidade do credor quando exista uma falta da sua parte, recaindo, por via de regra, o ónus da prova sobre o devedor, sendo que a lei aplicável à responsabilidade do credor será a lei do Estado-Membro de execução<sup>(77)</sup>. Todavia, este ónus será invertido e presumir-se-á a culpa — para além dos casos que temos vindo a enunciar — quando o credor não tenha cumprido as obrigações que lhe incumbem no que respeita às regras de notificação ou tradução ou ao suprimento dessa falta<sup>(78)</sup>.

O credor tem a obrigação de solicitar a liberação dos montantes arretados que excedam o montante especificado na decisão de arresto quando este abranja várias contas no mesmo território ou em diferentes Estados-Membros, e também quando a decisão tiver sido proferida após a aplicação de uma ou mais decisões nacionais equivalentes, contra o mesmo devedor, com vista a garantir o mesmo crédito<sup>(79)</sup>. Até ao final do terceiro dia útil após a receção de uma declaração que ateste que ocorreu um arresto excessivo, o credor apresenta um pedido de liberação desses montantes à autoridade do Estado-Membro de execução em que isso se tenha verificado<sup>(80)</sup>, que dará, de forma imediata, instruções ao banco em causa para que os libere<sup>(81)</sup>. É dada, ao Estado-Membro, relativamente às contas bancárias localizadas no seu território, a possibilidade de prever que a liberação dos fundos seja iniciada, pela autoridade de execução competente,

---

(77) Cf. o art. 13.º, n.º 4, do Regulamento (UE) n.º 655/2014.

(78) Cf. o art. 13.º, n.º 2, alínea *d*), do Regulamento (UE) n.º 655/2014.

(79) Cf. o art. 27.º do Regulamento (UE) n.º 655/2014.

(80) Em conformidade com o consagrado no art. 25.º do Regulamento (UE) n.º 655/2014. Para isso é utilizado o formulário de pedido de liberação dos montantes arretados em excesso estabelecido por meio de atos de execução adotados pelo procedimento consultivo referido no art. 52.º, n.º 2. Estes formulários encontram-se disponíveis no seguinte endereço eletrónico: <[https://e-justice.europa.eu/dynform\\_intro\\_form\\_action.do?refresh=1&refresh=1&idTaxonomy=378&plang=pt&init=true&refresh=1](https://e-justice.europa.eu/dynform_intro_form_action.do?refresh=1&refresh=1&idTaxonomy=378&plang=pt&init=true&refresh=1)>.

(81) O art. 24.º, n.º 7, do Regulamento (UE) n.º 655/2014 estipula que poderá ser aplicável, se adequado, pela ordem inversa de prioridade.

por sua iniciativa. A não liberação dos montantes arrestados que excedem o montante fixado na decisão de arresto será fundamento para que o devedor — ou suposto —, nos termos do art. 33.º, alínea *d*), recorra contra a decisão de arresto. O não cumprimento desta obrigação por parte do credor fá-lo-á, ainda, incorrer em responsabilidade pelos danos causados ao devedor, já que a providência cautelar é injustificada no que concerne à extensão com que foi realizada, podendo considerar-se que o credor não atendeu aos interesses legítimos do requerido, atuando, por isso, com abuso de direito<sup>(82)</sup>. Caso não se acautelasse a presente situação, estar-se-ia a permitir que o credor utilizasse esta medida indevida e abusivamente de forma a compelir o devedor a cumprir voluntariamente a obrigação, somente para que este visse afastada a agressão ao seu património, nos moldes descritos, e sem que o mérito da causa fosse devidamente discutido.

#### 4.2. A impenhorabilidade

As Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas regulavam já a possibilidade de recurso a meios de tutela cautelar, prevendo fundamentalmente a existência de providências cautelares destinadas à garantia das obrigações, restituição da posse ou embargo de obra nova, fundadas no receio de produção de um dano<sup>(83)</sup>. O arresto somente poderia recair sobre os bens alienáveis do devedor, ficando excluídos os bens absolutamente impenhoráveis e, em circunstâncias particulares, os bens relativamente impenhoráveis, como era o caso do vestido de uso e das camas da pessoa do executado e de sua família, ou até os animais, instrumentos de campo, sementes do lavrador para deitar à terra, livros de estudantes, professores, advogados e magistrados. Não sendo encontrado qualquer bem e não existindo vontade de apresentação de bens em juízo, se ao juiz parecesse que essa pessoa se poderia ausentar facilmente para outra parte mandá-la-ia

---

(82) Nos termos do art. 13.º do Regulamento. Considera-se que também atua com abuso de direito quando se verifique uma desproporção entre o valor do crédito que se pretende ver acautelado e os montantes da conta bancária arrestados. Neste sentido, v. LEVAL, GEORGES DE, *La Saisie Immobilière*, 4.ª ed., Editions Larcier, Bruxelas, 2002, p. 114. Veja-se ainda GONÇALVES, MARCO CARVALHO, *Providências Cautelares*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2016, p. 240, e CAMPOS, DIOGO LEITE DE, «A responsabilidade do credor na fase de cumprimento», in *ROA*, ano 52.º, Vol. III, Lisboa, dezembro de 1992, p. 865.

(83) Sobre as Ordenações, veja-se CAETANO, MARCELLO, *História do Direito Português*, 3.ª ed., Verbo, 1992, pp. 553-570, e CARLOS, ADELINO DA PALMA, *Código de Processo Civil Anotado*, Vol. I, edição da “Procural”, Lisboa, 1942, pp. 14-20.

prender ou entregar a fiadores idôneos, que a deveriam apresentar em juízo a todo o tempo, tomando primeiro algum conhecimento sumário do direito quando fosse possível o recurso à prova testemunhal, para que, ao menos, se mostrasse que o réu se encontrava obrigado ao que era demandado<sup>(84)</sup>. Sendo decretado o arresto, a providência poderia ser levantada através da prestação de fiança idônea, e, se o arresto incidisse sobre bens de terceiro, este poderia opor-se a essa diligência através de embargos de terceiro<sup>(85)</sup>. O nosso ordenamento jurídico entende que determinados interesses gerais, interesses do executado ou interesses de terceiros deverão sobrepor-se aos do credor exequente. A impenhorabilidade não resulta apenas de indisponibilidade, podendo, em alguns casos, ser absoluta e total — os bens não podem, independentemente da dívida, ser executados —, e, noutros, relativa — os bens podem ser penhorados em determinadas circunstâncias ou para liquidação de certas dívidas —, ou, ainda, parcial — os bens só podem ser penhorados em certa parte —. Apesar de o arresto ter sofrido atualizações ao longo dos tempos, parece-nos que a sua *ratio* se manteve e se encontra refletida neste instrumento europeu. Vejamos.

O Regulamento n.º 655/2014 assegura que o arresto das contas bancárias não afeta os montantes que não são penhoráveis segundo a lei do Estado-Membro de execução. Consoante as regras processuais aí aplicadas, esses valores deverão permanecer isentos de arresto. Determina o art. 34.º, n.º 1, alínea *a*), do Regulamento o seguinte: *não obstante os arts. 33.º e 35.º, a pedido do devedor ao tribunal competente ou, se o direito nacional assim determinar, à autoridade de execução competente no Estado-Membro de execução, a execução da decisão de arresto nesse Estado-Membro é limitada, com fundamento em que certos montantes detidos na conta são impenhoráveis nos termos do art. 31.º, n.º 3, ou em que os montantes impenhoráveis não foram tidos em conta, ou não o foram corretamente, na aplicação da decisão nos termos do art. 31.º*

---

<sup>(84)</sup> As Ordenações Filipinas, no Título LXXVI do Livro IV, determinavam o seguinte: *Porém, as mulheres não serão presas por dívidas cíveis, posto que sejam condenadas por sentença, salvo sendo mulheres solteiras públicas, porque estas tais poderão ser presas, por dívidas cíveis, não sendo aluğeres de vestidos, e jóias, que alugam na cidade de Lisboa, porque pelos ditos aluğeres não serão presas.* Veja-se ainda RAMALHO, JOAQUIM IGNACIO, *Practica Cível e Comercial*, São Paulo, Typographia Imparcial, 1861, p. 185.

<sup>(85)</sup> O embargo somente poderia recair sobre bens próprios do devedor, presumindo-se que lhe pertenciam todos aqueles que estivessem na sua posse, pelo que, se esses bens pertencessem a terceiro, este poderia vir opor-se ao ato de apreensão dos bens, alegando e provando, em juízo, que os bens eram seus. V. SOUZA, JOAQUIM JOSÉ CAETANO PEREIRA E, *Primeiras Linhas Sobre o Processo Cível*, tomo III, Typographia Perseverança, Rio de Janeiro, 1879, pp. 28-35 e 80-85. Ainda do mesmo autor, *Primeiras Linhas Sobre o Processo Cível*, tomo IV, Typographia Perseverança, Rio de Janeiro, 1879, p. 84.

n.º 2<sup>(86)</sup>. Assim, se estivermos perante bens absolutamente impenhoráveis, independentemente de pedido do devedor, o órgão responsável por isentar de arresto esses montantes nesse Estado-Membro deve, por sua própria iniciativa, isentá-los.

Caso Portugal seja o Estado de execução da decisão, cumpre mencionar que, relativamente aos montantes impenhoráveis à luz do nosso ordenamento jurídico, aplicar-se-ão ao arresto as regras relativas ao regime da penhora<sup>(87)</sup>, com as devidas adaptações. Os bens considerados impenhoráveis por colocarem em causa interesses vitais do executado serão aqueles que asseguram a si e ao seu agregado familiar um mínimo de condições de vida imprescindível para a economia doméstica de qualquer cidadão e constituem parte do rendimento do seu trabalho por conta de outrem ou se reputam indispensáveis ao seu sustento<sup>(88)</sup>. Neste sentido, a penhora deve limitar-se aos bens necessários ao pagamento da dívida exequenda e das despesas previsíveis de execução<sup>(89)</sup>. Por força do disposto no art. 735.º, n.º 3, do CPC, o arresto deverá limitar-se aos bens necessários ao pagamento do crédito e, nos termos do art. 738.º do mesmo Código, são impenhoráveis dois terços da parte líquida dos vencimentos, salários, prestações periódicas pagas a título de aposentação ou de qualquer outra regalia social, seguro, indemnização por acidente, renda vitalícia ou prestações de qualquer natureza que assegurem a subsistência do executado. Para efeitos de apuramento da parte líquida destas prestações, apenas são considerados os descontos legalmente obrigatórios. A impenhorabilidade referida tem como limite máximo o montante equivalente a três salários mínimos nacionais à data de cada apreensão, e como limite mínimo, quando o executado não tenha outro rendimento, o montante equivalente a um salário mínimo nacional<sup>(90)</sup>. Consagra o número 5 do art. 738.º que, *na penhora de dinheiro ou saldo bancário, é impenhorável o valor global correspondente ao salário mínimo nacional*<sup>(91)</sup>. Deste modo, não poderá ser arres-

---

<sup>(86)</sup> Quer isso se verifique officiosamente pelo órgão responsável — que pode ser o tribunal, o banco ou a autoridade de execução competente —, antes de ser aplicada a decisão, quer a pedido do devedor, depois de aplicada a decisão.

<sup>(87)</sup> Veja-se o art. 391.º, n.º 2, do CPC, por remissão dos arts. 2.º, n.º 3, e 50.º, n.º 1, alínea *h*), do Regulamento.

<sup>(88)</sup> V. FREITAS, JOSÉ LEBRE DE, *A Ação Executiva*, 6.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2014, pp. 246-248. Atente-se nos arts. 737.º, n.º 3, e 738.º, n.ºs 1 e 5, ambos do CPC.

<sup>(89)</sup> Cf. o art. 735.º n.º 3, do CPC.

<sup>(90)</sup> Cf. os arts. 738.º, n.º 5, e 780.º, n.º 2, *in fine*, do CPC, por força do art. 739.º do mesmo Código.

<sup>(91)</sup> V. GOMES, JANUÁRIO COSTA, «Penhora de Direitos de Crédito — Breves Notas», *in Themis*, ano IV, n.º 7, 2003. pp. 123, ss.



tado esse montante (que é, atualmente, de € 600,00, para o setor privado, e de € 635,07, para o setor público).

Garante-se, no entanto, ao devedor o direito de peticionar, de forma excepcional e perante a prova de elevadas necessidades da sua pessoa e do seu agregado familiar, que o valor não suscetível de arresto se cifre em montante superior<sup>(92)</sup>. Assim, tendo em conta o montante, a natureza do crédito exequendo, as necessidades do executado e do seu agregado familiar, o juiz pode excepcionalmente reduzir, por período que considere razoável, a parte penhorável dos rendimentos ou, por período não superior a um ano, isentá-lo de penhora. Determina o art. 739.º do CPC que *é impenhorável o depósito bancário resultante da satisfação de crédito impenhorável, nos mesmos termos em que o era o crédito originariamente existente*<sup>(93)</sup>. Ou seja, a impenhorabilidade dos direitos de crédito estende-se ao depósito bancário que resulta da sua satisfação, devendo esta equiparação cessar, face à razão da impenhorabilidade do direito de crédito, quando cesse a presunção de que o depósito se destina ao mesmo fim típico que o direito visa satisfazer. Assim, não se poderá penhorar — ou, no nosso caso, arrestar — mais de um terço do montante do vencimento depois de recebido, quando já depositado num banco. O limite mínimo impenhorável corresponderá, deste modo e necessariamente, ao montante equivalente a um salário mínimo nacional, se o devedor não tiver qualquer outro meio de subsistência, e, por sua vez, o limite máximo equivalerá a três salários mínimos nacionais<sup>(94)</sup>. Se o depósito contiver apenas o vencimento do requerido, costumando o funcionário fazer as suas despesas por cheque ou levantamentos periódicos, devem ter-se como impenhoráveis dois terços<sup>(95)</sup>. Todavia, cumpre referir que os preceitos do art. 738.º apenas se aplicam a pessoas singulares, pelo que, se o requerido for uma pessoa coletiva, poderá ver a sua conta bancária ser arrestada na totalidade.

---

<sup>(92)</sup> Cf. o art. 31.º do Regulamento (UE) n.º 655/2014.

<sup>(93)</sup> Cf. os arts. 738.º e 739.º do CPC.

<sup>(94)</sup> Três salários mínimos nacionais, em Portugal, equivalem atualmente a € 1.800,00, no setor privado, e a cerca de € 1.900,00, no setor público.

<sup>(95)</sup> V. MENDES, JOÃO DE CASTRO, *Ação Executiva*, Associação Académica, Lisboa, 1980, p. 83, e FREITAS, JOSÉ LEBRE DE, *A Ação Executiva*, 6.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2014, p. 251.

### 4.3. A problemática inerente às contas conjuntas

Os fundos detidos em contas cujo titular não seja apenas o devedor, ou cujo titular seja um terceiro em nome do devedor (ou ainda quando o devedor é titular em nome de um terceiro), somente serão suscetíveis de arresto desde que isso seja permitido pela lei do Estado-Membro de execução.

Neste ponto, se o Estado português for o Estado de execução do arresto, seremos impelidos a recorrer ao nosso direito substantivo. No caso de o devedor possuir uma conta conjunta, o art. 516.º do Código Civil (doravante, CC) diz-nos o seguinte: *nas relações entre si, presume-se que os devedores ou credores solidários participam em partes iguais na dívida ou no crédito, sempre que da relação jurídica entre eles existente não resulte que são diferentes as suas partes, ou que um só deles deve suportar o encargo da dívida ou obter o benefício do crédito*. Desta forma, enquanto se não fizer prova em contrário, cada um dos depositantes é titular de metade da conta<sup>(96)</sup>. É esta presunção de participação em partes iguais no crédito que determinará que, em princípio, o arresto incidirá somente sobre a quota-parte do devedor na conta comum<sup>(97)</sup>. Encontramo-nos perante uma presunção *iuris tantum*, e, por isso, ilidível, podendo ser afastada mediante produção de prova em sentido contrário, demonstrando que as verbas pertencem a um dos titulares ou que a distribuição das quotas é diferente, ou até que as verbas pertencem a um terceiro. O nosso CC trata as presunções como um meio de prova autónomo. Nesta situação, tanto o requerido como terceiros encontrar-se-ão protegidos, pois, se o montante pecuniário da conta conjunta pertencer a terceiro, ser-lhe-á possível deduzir embargos de terceiro<sup>(98)</sup>. Presume-se uma participação em partes iguais no crédito, pelo que, enquanto não seja feita prova em sentido inverso, cada um dos depositantes é, para efeitos de aplicação deste Regulamento, titular de metade da conta. Assim, ao presumir-se que cada um é titular de uma quota igual à dos restantes, arrestar-se-á apenas a quota-parte do devedor na conta comum<sup>(99)</sup>.

---

<sup>(96)</sup> É necessário termos presente o estipulado no art. 50.º, n.º 1, alínea g), do Regulamento (UE) n.º 655/2014, que impunha aos Estados-Membros a obrigação de, até ao dia 18 de julho de 2016, comunicarem à Comissão algumas informações, nomeadamente em que medida o direito nacional permite o arresto de contas conjuntas ou de contas de mandatários. Todas essas informações, às quais Portugal se encontrava adstrito, se encontram disponíveis no seguinte endereço eletrónico: <[https://e-justice.europa.eu/content\\_european\\_account\\_preservation\\_order-379-pt-pt.do?member=1](https://e-justice.europa.eu/content_european_account_preservation_order-379-pt-pt.do?member=1)>.

<sup>(97)</sup> Cf. os arts. 513.º do CC e 780.º, n.º 5, do CPC.

<sup>(98)</sup> Arts. 342.º, n.º 1, e 372.º, n.º 1, do CPC.

<sup>(99)</sup> Cf. os arts. 513.º e 516.º do CC e 780.º, n.º 5, do CPC.

Na eventualidade de o requerido ser casado, cumpre enunciar duas possíveis situações. O arresto de conta bancária proposto contra um dos cônjuges poderá, perante a insuficiência ou desconhecimento de bens próprios do cônjuge devedor, vir a atingir a conta bancária conjunta. Será, então, o cônjuge do arrestado citado para, querendo, vir requerer a separação de bens ou para declarar que aceita a comunicabilidade da dívida<sup>(100)</sup>. Por sua vez, na hipótese de ser arrestada conta própria do cônjuge devedor — isto é, por ele unicamente titulada —, poderá este alegar que se trata de dívida comum, o que permitirá o arresto da conta conjunta, se existir<sup>(101)</sup>. Note-se que a declaração do cônjuge de que aceita a comunicabilidade da dívida, assim como a sua notificação seguida da omissão de qualquer tipo de declaração, é considerada, no nosso ordenamento jurídico, título judicial impróprio, que é constituído no próprio processo executivo, ou fora dele mas por causa dele e na sua pendência.

Se o titular da conta bancária for o devedor, mas os fundos nela depositados forem propriedade de terceiro, este poderá deduzir embargos de terceiro, nos termos do art. 342.º, n.º 1, do CPC; mas se, por sua vez, os fundos pertencerem ao devedor e se encontrarem depositados numa conta

---

<sup>(100)</sup> Quanto aos efeitos patrimoniais do casamento e, em especial, à responsabilidade por dívidas dos cônjuges, veja-se COELHO, FRANCISCO PEREIRA e OLIVEIRA, GUILHERME DE, *Curso de Direito da Família*, Vol. I, 4.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2011, p. 424: *na falta ou insuficiência de bens próprios do cônjuge devedor, podem ser imediatamente penhorados bens comuns do casal, contanto que o exequente, ao nomeá-los à penhora, peça a citação do cônjuge do executado para requerer, querendo, a separação dos bens (...) se não requerer a separação nem juntar a mencionada certidão, a execução prossegue nos bens penhorados*. E ainda CRUZ, GUILHERME BRAGA DA, «Capacidade Patrimonial dos Cônjuges (Anteprojecto dum título do futuro Código Civil)», in *Boletim do Ministério da Justiça*, Lisboa, n.º 69, 1957, p. 409.

<sup>(101)</sup> Cf. os arts. 740.º, 741.º, n.º 1, e 742.º, n.º 1, do CPC. O art. 780.º do CPC, referente à penhora de depósitos bancários, dispõe: *1 — A penhora que incida sobre depósito existente em instituição legalmente autorizada a recebê-lo é feita por comunicação eletrónica realizada pelo agente de execução às instituições legalmente autorizadas a receber depósitos nas quais o executado disponha de conta aberta, com expressa menção do processo, aplicando-se o disposto nos números seguintes e no n.º 1 do art. 417.º 2 — O agente de execução comunica, por via eletrónica, às instituições de crédito referidas no número anterior, que o saldo existente, ou a quota-parte do executado nesse saldo fica bloqueado desde a data do envio da comunicação, até ao limite estabelecido no n.º 3 do art. 735.º; salvaguardado o disposto nos n.ºs 4 e 5 do art. 738.º 5 — Sendo vários os titulares do depósito, o bloqueio incide sobre a quota-parte do executado na conta comum, presumindo-se que as quotas são iguais. 6 — Quando não seja possível identificar adequadamente a conta bancária, é bloqueada a parte do executado nos saldos de todos os depósitos existentes na instituição ou instituições notificadas. 9 — Recebida a comunicação referida no número anterior, o agente de execução, no prazo de cinco dias (...), comunica por via eletrónica às instituições de crédito a penhora dos montantes dos saldos existentes que se mostrem necessários para satisfação da quantia exequenda e o desbloqueio dos montantes não penhorados, sendo a penhora efetuada comunicada de imediato ao executado pela instituição de crédito.*

titulada por terceiro, aquele pode recorrer da decisão de arresto ou deduzir oposição, alegando factos ou apresentando provas não consideradas pelo tribunal que possam afastar os fundamentos do arresto<sup>(102)</sup>. Na primeira situação será o terceiro que tentará impedir o arresto, enquanto na segunda situação será o devedor que visará obstar ao arresto<sup>(103)</sup>.

#### 4.4. O direito de recurso

Por ser um processo *ex parte*, o devedor somente poderá exercer o seu direito de defesa posteriormente ao arresto, mas não será por isso que verá o seu contraditório diminuído ou aniquilado, pois o Regulamento garante-lhe, não só a possibilidade de recorrer contra a decisão e contra a execução do arresto, como ainda a possibilidade de requerer a sua alteração ou revogação, nos termos que enunciaremos.

O requerido pode solicitar a liberação dos fundos arrestados se prestar caução ou constituir garantia alternativa, de valor equivalente e aceitável, junto do tribunal que proferiu a decisão. Poderá, também, em idênticos termos e junto da autoridade competente do Estado-Membro de execução, colocar fim à execução da decisão de arresto<sup>(104)</sup>.

É possível, ainda, nos termos do art. 33.º do Regulamento (UE) n.º 655/2014, impugnar a decisão de arresto através de recurso contra a mesma, no qual se peticiona que esta seja revogada, ou alterada, por não se encontrarem preenchidas as condições ou os requisitos constantes do Regulamento em menção, ou devido ao facto de a declaração ou os demais documentos não terem sido notificados ao devedor<sup>(105)</sup>. Este também

---

<sup>(102)</sup> Cf. o art. 372.º, n.º 1, do CPC.

<sup>(103)</sup> A este respeito, veja-se MARQUES, João Paulo Remédio, «Falta de citação do cônjuge do executado e anulação da venda executiva nas execuções fiscais», in *Lustada*, Revista de Ciência e Cultura, Série de Direito, 1999, n.os 1 e 2, pp. 107-111, e, ainda do mesmo Autor, «Algumas implicações do acordo para o pagamento em prestações da dívida exequenda apenas subscrito por um dos co-executados litisconsortes», in *Estudos dedicados ao Prof. Doutor Mário Júlio de Almeida Costa*, Lisboa, Universidade Católica Portuguesa Editora, 2003, pp. 693-721.

<sup>(104)</sup> A constituição de garantia alternativa será dada ao conhecimento do credor, de acordo com o estipulado em legislação nacional, como determina o art. 38.º do Regulamento (UE) n.º 655/2014.

<sup>(105)</sup> O que ocorre quando não lhe tiverem sido notificados no prazo de 14 dias a contar do arresto, em conformidade com o consagrado nos arts. 25.º e 28.º, n.º 5. Estipula o número 3 do art. 33.º do Regulamento (UE) n.º 655/2014 que *é dado provimento ao recurso interposto ao abrigo do n.º 1, alínea b), a menos que a falta de notificação seja sanada no prazo de 14 dias a partir da data em que o credor é informado da interposição de recurso pelo devedor nos termos do n.º 1, alínea b). A menos*

poderá alegar, não só que os documentos que lhe foram notificados não cumpriam requisitos de línguas [art. 33.º, n.º 1, alínea *b*) do Regulamento (UE) n.º 655/2014], como também a existência de qualquer exceção perentória determinadora da extinção, total ou parcial, da instância (tome-mos, a título de exemplo, a liquidação, no todo ou em parte, da dívida). Uma decisão judicial, relativa ao mérito da causa, que tenha negado provimento ao crédito, revogada ou anulada, assim como uma transação judicial ou o instrumento autêntico cuja execução o credor visava obter com a decisão de arresto [art. 33.º, n.º 1, alíneas *f*) e *g*), do Regulamento (UE) n.º 655/2014], também serão suscetíveis de fundamentar a impugnação desta decisão.

Para além de o devedor poder recorrer contra a decisão de arresto, é-lhe oferecida a possibilidade de recurso contra a sua execução. A execução da decisão de arresto ocorre de forma limitada, pois certos montantes serão impenhoráveis e, caso os mesmos não sejam respeitados, o devedor deverá solicitar ao tribunal competente (ou, se o direito nacional assim o determinar, à autoridade de execução competente no Estado-Membro de execução) a adequação do arresto<sup>(106)</sup>. Este cessará, ainda, quando a conta bancária arrestada se encontrar excluída do âmbito de aplicação do Regulamento<sup>(107)</sup> ou quando a execução da decisão judicial, da transação judicial ou do instrumento autêntico que o credor visava obter com a decisão de arresto tiver sido recusada no Estado-Membro de execução. Igual solução para a hipótese de a executoriedade da decisão judicial ter sido suspensa no Estado-Membro de origem, ou quando seja manifestamente contrária à ordem pública desse Estado.

O devedor e o credor dispõem também de outras vias de recurso, nos termos do art. 35.º do Regulamento, podendo requerer ao tribunal que proferiu a decisão de arresto que a altere, ou a revogue, com fundamento numa alteração substancial dos factos ou com base num acordo de pagamento, algo que poderá ser feito oficiosamente se a legislação desse Estado assim o permitir. Todavia, se forem arrestadas várias contas em

---

*que já tenha sido sanada por outros meios, a fim de avaliar se deve ser dado ou não provimento ao recurso interposto nos termos do n.º 1, alínea b), considera-se que a falta de notificação está sanada: a) Se o credor solicitar ao órgão responsável pela notificação segundo a lei do Estado-Membro de origem que notifique os documentos ao devedor; ou b) Caso o devedor tenha indicado no requerimento do recurso que aceita receber os documentos no tribunal do Estado-Membro de origem e caso o credor seja responsável por fornecer as traduções, se o credor transmitir a esse tribunal as traduções requeridas pelo art. 49.º, n.º 1.*

<sup>(106)</sup> Cf. os arts. 34.º e 31.º, n.os 2 e 3, do Regulamento (UE) n.º 655/2014.

<sup>(107)</sup> Nos termos dos arts. 2.º, 3.º e 4.º do Regulamento (UE) n.º 655/2014.

diversos Estados-Membros, o credor poderá requerer ao tribunal competente do Estado-Membro de execução o ajustamento do arresto ao regime de impenhorabilidades previsto nesse ordenamento jurídico. Desta forma, harmonizar-se-ão tais impenhorabilidades com as existentes nos restantes Estados-Membros onde o arresto está a ser executado<sup>(108)</sup>. De forma semelhante à enunciada para o devedor, poderão terceiros lançar mão do seu direito de impugnar a decisão de arresto ou a sua execução, não ficando, de forma alguma, desprotegidos<sup>(109)</sup>.

Entre nós, os tribunais competentes para decidir de um recurso contra a decisão de arresto, nos termos do art. 33.º, n.º 1, do Regulamento, serão os tribunais da Relação. Por sua vez, referentemente a um recurso contra a execução da decisão de arresto, nos termos do art. 34.º, serão competentes os juízos centrais cíveis, em execuções de valor superior a € 50.000,00, ou os juízos locais cíveis — e, na falta destes, os juízos de competência genérica —, em execuções de valor igual ou inferior a € 50.000,00<sup>(110)</sup>. Os tribunais competentes para dar entrada ao recurso serão os tribunais que proferiram a decisão recorrida<sup>(111)</sup>. O recurso subirá, em seguida, ao tribunal da Relação para apreciação. Desde a notificação da decisão, as partes dispõem do prazo de quinze dias para recorrerem<sup>(112)</sup>.

---

<sup>(108)</sup> Cf. o art. 35.º, n.º 4, do Regulamento (UE) n.º 655/2014.

<sup>(109)</sup> Cf. o art. 39.º do Regulamento (UE) n.º 655/2014.

<sup>(110)</sup> Art. 50.º, n.º 1, alínea l). Uma vez mais, dever-se-á considerar que este valor inclui já o montante referente ao capital, juros e penalizações, liquidados até à data da interposição do arresto.

<sup>(111)</sup> Cf. o art. 637.º, n.º 1, do CPC, que determina que *os recursos interpõem-se por meio de requerimento dirigido ao tribunal que proferiu a decisão recorrida, no qual se indica a espécie, o efeito e o modo de subida do recurso interposto.*

<sup>(112)</sup> *O prazo para a interposição do recurso é de 30 dias e conta-se a partir da notificação da decisão, reduzindo-se para 15 dias nos processos urgentes e nos casos previstos no n.º 2 do art. 644.º e no art. 677.º, como se encontra estipulado no art. 638.º, n.º 1. No entanto, os procedimentos cautelares revestem sempre carácter urgente, precedendo os respetivos atos qualquer outro serviço judicial não urgente e quando instaurados perante o tribunal competente devem ser decididos, em 1.ª instância, no prazo máximo de dois meses ou, se o requerido não tiver sido citado, de 15 dias, em conformidade com os números 1 e 2 do art. 363.º do CPC.*

## IV. Conclusão

A consagração de um procedimento cautelar especificamente orientado para o arresto de contas bancárias consubstancia-se num instrumento eficaz de cobrança de créditos no contexto transfronteiriço, o que nos permite afirmar que esta opção legislativa ao nível europeu se mostra capaz de colmatar as lacunas deixadas pelos anteriores regulamentos e se encontra, por isso, mais próxima da realidade processual. Além disso, permite-se ao credor assegurar o seu crédito através de uma garantia de cariz patrimonial antes mesmo de possuir um título executivo, o que não aconteceria se, ao invés, a União Europeia tivesse adotado um mecanismo de penhora transfronteiriça com efeitos restritos ao âmbito de um processo executivo, cuja demora na apreensão judicial de bens tentaria o devedor a desfazer-se do património, inviabilizando, desta forma, o direito do credor.

A permissão legislativa quanto ao decretamento de uma providência cautelar sem a prévia audição do requerido — situação justificada pelos princípios da tutela judicial efetiva, da celeridade e, bem assim, da preservação do fim e da eficácia da medida cautelar — cria uma tensão com os princípios da igualdade processual e do contraditório. Estes, por serem fundamentais a toda a ordem jurídica e por constituírem requisitos de justiça e equidade, veem-se, aqui, contraídos em prol da eficácia dos procedimentos judiciais<sup>(113/114)</sup>. Todavia, no que à nossa ordem jurídica diz respeito, tanto o Tribunal Constitucional como a doutrina e a demais jurisprudência são unânimes na aceitação da necessidade de restrição do princípio do contraditório do requerido, defendendo que este terá de *ceder face à necessidade de eficácia de determinadas medidas judiciais, inoperantes se precedidas de audiência da parte contra quem são requeridas*<sup>(115)</sup>. Referimos que, mediante decisão sumária do Tribunal Constitucional, não veio a ser julgada

---

(113) Sobre este ponto, cf. MENDES, JOÃO DE CASTRO, «Direito Processual Civil», in *Obras Completas do Professor Doutor João de Castro Mendes*, Vol. II, AAFDL, Lisboa, 1994, p. 181, e SOARES, FERNANDO LUSO, *Processo Civil de Declaração*, Almedina, Coimbra, 1985, p. 471. V. também BAPTISTA, JOSÉ JOÃO, *Processo Civil I*, 8.<sup>a</sup> ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2006, p. 75, DWORKIN, RONALD, *Taking Rights Seriously*, Duckworth, 2005, p. 22, e ALEXY, ROBERT, *Theorie der Grundrechte*, trad. para castelhano por ERNESTO GARZÓN VALDÉS, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, p. 85.

(114) Refira-se que, quanto à restituição provisória de posse, a não audição pretende garantir, primeiramente, a celeridade processual, e não — como se verifica no arresto — a garantia do seu fim, que seria colocado em questão pelo conhecimento do requerido. Cf. REIS, JOSÉ ALBERTO DOS, «A Figura do Processo Cautelar», in *BMJ*, Separata n.º 3, 1947, p. 45, e FREITAS, LEBRE DE, «Revisão do Processo Civil», in *ROA*, Ano 55, II, 1995, p. 417.

(115) *Cit.* Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 163/2001, de 17 de abril de 2001.

inconstitucional a norma constante do art. 408.º, n.º 1, do anterior CPC — atual art. 393.º do CPC —, pelo que a natureza *ex parte* que envolve todo o processo se encontra dentro da legalidade. Mais: o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 33/2003, de 18 de junho de 2003 (DR, II série, de 4 de fevereiro de 2004, p. 2039), também não julgou inconstitucional a norma da primeira parte do art. 404.º do CPC na redação anterior à reforma de 1995/1996 — a que corresponde o atual art. 393.º —, porquanto não só estaria assegurado o contraditório diferido como outros meios de reação ao tempo, agravo e embargos<sup>(116)</sup>. Numa outra perspetiva, a providência cautelar de arresto poderá ser recusada quando os danos decorrentes do seu decretamento sejam consideravelmente superiores àqueles que com ela se pretendem evitar. Esta consequência é reflexo do princípio da proporcionalidade, e intenta que o requerido seja acautelado contra injustificadas agressões ao seu património<sup>(117)</sup>. Segundo o Tribunal Constitucional de Espanha, a decisão de arresto dos bens do devedor encontra-se sujeita a duas garantias que nos impedem de admitir que este se encontre numa situação de desproteção: *em primeiro lugar requer-se uma aparência de bom direito, acreditada documentalmente num título executivo, que permita entender inicialmente justificada a interferência no património do demandado. Em segundo lugar, o arresto é decretado por conta e risco do credor. É certo, como refere o Julgado de Valls, que a mera apreensão dos bens traz consigo prejuízos ao executado. Mas tão pouco pode ignorar-se que, se o arresto for infundado, todas as custas do processo, conforme decorre do art. 1474.º2 da LEC, deverão ser suportadas pela entidade demandante, a qual deverá então responder pelos prejuízos causados pelo arresto preventivamente decretado por sua solicitação, como regulam com carácter geral os arts. 1413 e 1418 da Lei Processual Civil. As anteriores cautelas legais servem de contrapeso razoável às faculdades outorgadas ao autor, quem certamente pode obter mediante uma petição unilateral assinalada pelo mesmo de forma igualmente unilateral, sem prévio contraste com as razões e provas do devedor. Mas ele tem consciência de que deverá assumir todas as responsabilidades que resultem do arresto, se este resultar infundado*<sup>(118/119)</sup>.

---

<sup>(116)</sup> NETO, ABÍLIO, *Novo Código de Processo Civil Anotado*, 4.ª ed. revista e ampliada, Ediforum, Lisboa, 2018, p. 485.

<sup>(117)</sup> Em conformidade com o já defendido pela nossa jurisprudência no Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 9 de junho de 2006 (Processo n.º 302/2006-2).

<sup>(118)</sup> *Cit.* GONÇALVES, MARCO CARVALHO, *Providências Cautelares*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2016, p. 241.

<sup>(119)</sup> Cf. a Sentença n.º 14/1992, de 10 de fevereiro, do Pleno do Tribunal Constitucional espanhol, in *BOE*, n.º 54, 03.03.1992.



As cautelas legais que antecedem a decisão, assim como as posteriores consequências da mesma, servem de contrapeso razoável às faculdades outorgadas ao autor, que certamente pode obter, mediante uma petição unilateral, o arresto dos bens do demandado de valor suficiente para cobrir quantidade inicialmente assinalada pelo mesmo de forma igualmente unilateral, sem prévio contraste com as razões e provas do devedor, mas sempre com a consciência de que deverá assumir todas as responsabilidades que resultem do arresto se este se mostrar infundado. Esta situação, refletida no arresto europeu, determinou que o presente Regulamento se visse na contingência de prever mecanismos — de cariz patrimonial, compensatório, processual e informativo — para que a igualdade de armas das partes não se visse diminuída. Cremos, por isso, que se encontra verificada a desejada segurança jurídica e, bem assim, o equilíbrio entre o direito de ação do credor e o princípio do contraditório do devedor, a quem foram conferidos, não só direitos inerentes à sua posição processual (é o caso dos recursos jurisdicionais), como garantias que são acauteladas por via de deveres impostos ao credor (tal como a obrigação de prestar garantia e a possibilidade de ser responsabilizado por danos causados ao requerido).

## V. Bibliografia

- ALEXU, ROBERT, *Theorie der Grundrechte*, trad. para castelhano por ERNESTP GARZÓN VALDÉS, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.
- AMADO, JOÃO LEAL, *Contrato de Trabalho*, 3.<sup>a</sup> ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2011.
- ANDRADE, MANUEL DE, *Noções Elementares de Processo Civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 1979.
- BAPTISTA, JOSÉ JOÃO, *Processo Civil I*, 8.<sup>a</sup> ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2006.
- BLOMEYER, ARWED, *Zivilprozessrecht*, Dunker & Humblot, Berlim.
- CAETANO, MARCELLO, *História do Direito Português*, 3.<sup>a</sup> ed., Verbo, 1992.
- CARDOSO, EURICO LOPES, *Manual da Ação Executiva*, Almedina, Coimbra, 1996.
- CARLOS, ADELINO DA PALMA, *Código de Processo Civil Anotado*, Vol. I, edição da “Procural”, Lisboa, 1942.
- COELHO, FRANCISCO PEREIRA, OLIVEIRA, GUILHERME DE, *Curso de Direito da Família*, Vol. I, 4.<sup>a</sup> ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2011.
- CRUZ, GUILHERME BRAGA DA, «Capacidade Patrimonial dos Cônjuges (Anteprojecto dum título do futuro Código Civil)», in *Boletim do Ministério da Justiça*, Lisboa, n.º 69, 1957.
- DWORKIN, RONALD, *Taking Rights Seriously*, Duckworth, 2005.
- FREITAS, JOSÉ LEBRE DE, «Os Paradigmas da Ação Executiva», in *ROA*, 2001, II, pp. 543-550, n.º 1.3.
- \_\_\_\_\_, *A Ação Executiva*, 6.<sup>a</sup> ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2014.
- \_\_\_\_\_, *Introdução ao Processo Civil*, 3.<sup>a</sup> ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2013.
- \_\_\_\_\_, «Revisão do Processo Civil», in *ROA*, Ano 55, II, 1995.
- GOMES, JANUÁRIO COSTA, «Penhora de Direitos de Crédito — Breves Notas», in *Themis*, ano IV, n.º 7, 2003.
- GONÇALVES, MARCO CARVALHO, *Providências Cautelares*, 2.<sup>a</sup> ed., Almedina, Coimbra, 2016.
- HERRÁN, MARIA JOSÉ, «El derecho ambiental y las medidas cautelares», in *Cuaderno del Departamento de Derecho Procesal y Práctica Profesional*, n.º 8, Universidad Nacional de Córdoba, Alveroni Ediciones, Córdoba, Argentina, 2005.
- LEITÃO, LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES, *Direito do Trabalho*, 3.<sup>a</sup> ed., Almedina, Coimbra, 2012.
- MARQUES, JOÃO PAULO REMÉDIO, «A Penhora de créditos na reforma processual de 2003 — Referência à penhora de depósitos bancários», in *Themis*, Revista da UNL, Ano V, n.º 9, 2004, pp. 137-206.
- \_\_\_\_\_, «Algumas implicações do acordo para o pagamento em prestações da dívida exequenda apenas subscrito por um dos co-executados litisconsortes», in *Estudos dedicados ao Prof. Doutor Mário Júlio de Almeida Costa*, Lisboa, Universidade Católica Portuguesa Editora, 2003.
- \_\_\_\_\_, «Falta de citação do cônjuge do executado e anulação da venda executiva nas execuções fiscais», in *Lusitana*, Revista de Ciência e Cultura, Série de Direito, 1999, n.ºs 1 e 2.

- \_\_\_\_\_, *A Penhora e a Reforma do Processo Civil — Em Especial a Penhora de Depósitos Bancários e do Estabelecimento*, Lisboa, Lex, 2000.
- \_\_\_\_\_, *Curso de Processo Executivo Comum à Face do Código Revisto*, Coimbra, Almedina, 2000.
- MENDES, JOÃO DE CASTRO, «Direito Processual Civil», in *Obras Completas do Professor Doutor João de Castro Mendes*, Vol. II, AAFDL, Lisboa, 1994.
- \_\_\_\_\_, *Ação Executiva*, Associação Académica, Lisboa, 1980.
- \_\_\_\_\_, *Direito Processual Civil*, Vol. I, Associação Académica, Lisboa, 1980.
- \_\_\_\_\_, *Do Conceito de Prova em Processo Civil*, Edições Ática, Lisboa, 1961.
- \_\_\_\_\_, *O Direito de Ação Judicial. Estudo de Processo Civil*, Universidade de Lisboa, 1959.
- NETO, ABÍLIO, *Novo Código de Processo Civil Anotado*, 4.<sup>a</sup> ed. revista e ampliada, Ediforum, Lisboa, 2018.
- PATTI, SALVATORE, LIBERO, «Prova legale e apprezzamento dei mezzi di prova nel pensiero di Francesco Carnelutti», in *Rivista di Diritto processuale*, 1985.
- PINHEIRO, LUÍS DE LIMA, *Direito Internacional Privado — Competência Internacional e Reconhecimento de Decisões Estrangeiras*, Vol. III, 2.<sup>a</sup> ed., Almedina, Coimbra, 2012.
- QUERZOLA, LEA, «La tutela cautelare nella riforma del processo amministrativo: avvicinamento o allontanamento dal processo civile», in *RTDPC*, ano LV, Giuffrè Editore, Milão, 2001.
- RAMALHO, JOAQUIM IGNÁCIO, *Practica Civil e Comercial*, São Paulo, Typographia Imparcial, 1861.
- REIS, JOSÉ ALBERTO DOS, «A Figura do Processo Cautelar», in *BMJ*, Separata n.º 3, 1947.
- \_\_\_\_\_, *Processo de Execução*, Vol. I, 2.<sup>a</sup> ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1957.
- REDENTI, ENRICO, VELLANI, MARIO, *Diritto processuale civile*, Giuffrè, Milão, 2011.
- SERRA, ADRIANO VAZ, «Provas (Direito Probatório Material)», in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 110, 1961.
- SOARES, FERNANDO LUSO, *Processo Civil de Declaração*, Almedina, Coimbra, 1985.
- SOUSA, MIGUEL TEIXEIRA DE, «Âmbito de aplicação do Regulamento n.º 44/2001, de 22 de Dezembro de 2000 (Regulamento Bruxelas I)», in *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*.
- SOUSA, MIGUEL TEIXEIRA DE, VICENTE, DÁRIO MOURA, *Comentário à Convenção de Bruxelas de 27 de Setembro de 1968 relativa à Competência Judiciária e à Execução de Decisões em Matéria Civil e Comercial e Textos Complementares*, Lex, Lisboa, 1994.
- SOUZA, JOAQUIM JOSÉ CAETANO PEREIRA E, *Primeiras Linhas Sobre o Processo Civil*, Tomo III, Typographia Perseverança, Rio de Janeiro, 1879.
- \_\_\_\_\_, *Primeiras Linhas Sobre o Processo Civil*, tomo IV, Typographia Perseverança, Rio de Janeiro, 1879.
- VACCARELLA, ROMANO, *Titolo esecutivo. Precetto. Opposizioni*, UTET, Torino, 1993.
- VICENTE, DÁRIO MOURA, «Competência Judiciária e Reconhecimento de Decisões Estrangeiras no Regulamento (CE) n.º 44/2001», in *Scientia Iuridica*, Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro, Tomo LI, n.º 293, 2002, 356.



# MISERICÓRDIAS E CONFLITO DE JURISDIÇÕES: A IMPUGNAÇÃO DE DELIBERAÇÕES DAS ASSOCIAÇÕES DE RELIGIOSOS

Por Miguel Prata Roque(\*)

## SUMÁRIO:

1. Estado Social e assistência religiosa. 2. A natureza jurídica das Misericórdias. 3. O reconhecimento estadual da autonomia constitutiva e organizativa das associações de religiosos. 4. A dupla natureza das Misericórdias: em especial, o regime jurídico das IPSS's. 5. O controlo jurisdicional paralelo das deliberações das associações de religiosos. 6. A reserva de impugnação canónica das deliberações das associações de religiosos. 7. A impugnação de atuações com eficácia externa da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa. 8. Incompetência internacional e reserva de ordem pública internacional.

## 1. Estado Social e assistência religiosa

O dever ético de assistência ao outro assenta numa predisposição antropológica do ser humano para prestar auxílio ou socorro a quem dele mais precisa<sup>(1)</sup>. Pode mesmo afirmar-se que ele faz parte da condição

---

(\*) Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Advogado.

(1) Nesse sentido, há quem a descreva assim: “A palavra assistência, no seu sentido mais lato, significa auxílio, socorro. Onde quer que haja uma necessidade, que o interessado não possa resolver por si e não consiga pagar com o seu dinheiro, a assistência tem o seu lugar. Assistência a famintos, a sedentos, nus, desabrigados, doentes, tristes, cativos, transviados, impacientes, desespera-

humana, desde tempos imemoriais<sup>(2)</sup>, e consiste no apoio aos mais frágeis ou necessitados de determinado grupo de indivíduos. Ele pode traduzir-se numa assistência motivada por razões ou crenças religiosas<sup>(3)</sup>, mas também se deteta em qualquer outra forma gregária (institucionalizada ou informal) de auxílio ou de socorro cívico ou social<sup>(4)</sup>, sendo prosseguida através de mutualidades, de associações voluntárias de bombeiros, de grupos de voluntários, de sindicatos, de cooperativas, de casas do povo e dos trabalhadores. Aliás, essa assistência cívica e social emerge, em especial, quando ocorrem catástrofes naturais ou humanas — conceito de “*solidariedade nas catástrofes*”<sup>(5)</sup>. Desde sempre, a assistência ao necessitado

---

*dos, mal aconselhados, pobres de pão ou pobres de consolação, tudo é assistência, auxílio, socorro. Se o rico dispensa o auxílio dum agasalho, e tem dinheiro para se tratar quando está doente, não pode com esse dinheiro comprar palavras de consolação e amparo moral, que não são coisas que se vendam, mas das quais todos precisam*”. Assim, ver FERNANDO DA SILVA CORREIA, *Origens e Formação das Misericórdias Portuguesas*, Livros Horizonte, 1999, p. 10. Salientando essa pré-disposição gregária, para o auxílio aos outros, ver SÉRVULO CORREIA, *Elementos de um regime jurídico da cooperação, in* «Estudos Sociais e Cooperativos», 17 (1966), p. 137; MANUEL SATURINO DA COSTA GOMES, *O direito de associação — um direito fundamental na Igreja, in* «Didaskalia», XIX (1989), pp. 191-192.

<sup>(2)</sup> O estudo da história da assistência social, demonstra bem que ela não se circunscreve ao assistencialismo religioso — ou, ainda mais especificamente, à caridade cristã —, antes remontando ao Antigo Egipto, onde imperava a assistência alimentar e médica, passando pelas civilizações chinesa, japonesa, indiana, persa, assíria e babilónica, hebraica, galesa e germânica, grega e romana. Sobre a história da assistência social, ver FERNANDO DA SILVA CORREIA, *Origens e Formação das Misericórdias Portuguesas, cit.*, pp. 23-137.

<sup>(3)</sup> Muitas vezes, a expressão “*assistência*” é substituída pelo seu substantivo derivado “*assistencialismo*” — este, de cunho notoriamente pejorativo —, para designar um auxílio miserabilista e redutor da dignidade de quem é assistido ou auxiliado, que se tende a associar à (assim chamada) “*caridade cristã*”. Com efeito, a superioridade e dignidade ética da assistência, desinteressada e respeitadora do assistido enquanto ser único, livre e autodeterminado, não se compadece com visões caritativas (assentes numa ideia de pena ou de comisseração), seja esse assistencialismo praticado por confissões religiosas, por associações de religiosos ou por entidades civis e laicas, incluindo de natureza pública. Com efeito, essa noção assistencialista e caritativa, de cunho religioso, foi moldada durante o período liberal da Monarquia Constitucional portuguesa, conforme demonstram alguns autores, ainda que reprovando-a: “*Pelos meados da centúria, o discurso legislativo abandonava as ideias iluministas mais características, optando por um liberalismo puro — O Estado, diz-se agora, não tem qualquer obrigação de prevenir a miséria e se acode àqueles que já caíram na indigência é porque pratica a virtude da caridade ou da benemerência. (...) Os textos legais insistem em afirmar que a assistência prestada pelo governo (fruto de comisseração e não de dever de Estado) será tendencialmente restritiva*”. Assim, ver MARIA ANTÓNIA LOPES, *As Misericórdias de D. José ao final do século XX, in* «Portugaliae Monumenta Misericordiarum» (coord. José Pedro Paiva), Vol. 1, União das Misericórdias Portuguesas, 2002, p. 87.

<sup>(4)</sup> A assistência não se circunscreve ao assistencialismo religioso, conforme já tem sido bem demonstrado: “*Simplex auxílio instintivo e intuitivo, caridade divina, beneficência, filantropia, etc.; assistência individual ou social, particular ou pública, tudo são ideias e conceitos que as circunstâncias têm exigido e mais duma vez têm sido confundidos, mais ou menos*” (cf. FERNANDO DA SILVA CORREIA, *Origens e Formação das Misericórdias Portuguesas, cit.*, p. 10.)

<sup>(5)</sup> Com efeito, vários estudos demonstram que, sempre que ocorre uma grande catástrofe — em especial, uma catástrofe natural (ex: terramotos, tsunamis, inundações, fogos devastadores) ou

decorre dessa natureza gregária (e, até, solidária) do ser humano, não se cingindo ao mero assistencialismo, de cunho religioso.

Desde tempos remotos<sup>(6)</sup>, a assistência social — e, em especial, a de tipo religioso — cumpriu sempre uma verdadeira função substitutiva (e, portanto, subsidiária) dos poderes públicos, ao garantir a satisfação de necessidades coletivas correntes<sup>(7)</sup>. Por conseguinte, a assistência religiosa funciona, hoje — e desde o surgimento do Estado-Providência ou Estado Social de Direito —, como sucedânea do Estado-Prestador<sup>(8)</sup>.

---

humana (ex: guerras, ditaduras, ocupação estrangeira, crises económico-financeiras) —, os indivíduos tendem a sair do seu estado permanente de egoísmo individualista para se agregarem em grupos informais em que impera a solidariedade e o auxílio mútuo. A propósito da Sociologia das Catástrofes e da Psicologia das Catástrofes, ver, por todos, REBECCA SOLNIT, *A Paradise Built in Hell — The Extraordinary Communities that Arise in Disaster*, The Viking Press, 2009, *passim*.

<sup>(6)</sup> Demonstrando que a assistência religiosa cristã — sempre muito ligada à assistência curativa e médica — nasceu nos primórdios do Cristianismo, tendo prosseguido e sido desenvolvida ao longo da Idade Média, que constitui a chamada Idade de Ouro da assistência cristã, ver FERNANDO DA SILVA CORREIA, *Origens e Formação das Misericórdias Portuguesas*, *cit.*, pp. 141-434.

<sup>(7)</sup> A assistência cristã, durante a Idade Média — assente no conceito de caridade cristã — dividia-se em: *i*) assistência médica, através de apoio médico domiciliário, apoio médico hospitalar e apoio de emergência em caso de doenças virais e epidemias (por exemplo, as gafarias, onde se acolhiam e tratavam os leprosos, e os hospícios termais e de isolamento, onde se acolhiam, respetivamente, doentes ou infetados, com peste, doenças sexualmente transmissíveis, tuberculose ou outras doenças); *ii*) assistência alimentar e de sobrevivência, através da recolha de esmolas e da criação de albergarias (por exemplo, para viajantes e peregrinos sem dinheiro, para mendigos, para pobres-envergonhados, etc.) e de asilos (em especial, para cegos e para regeneração de mulheres que se dedicavam à prostituição); *iii*) assistência financeira em caso de necessidade, através dos montepios; *iv*) assistência infraestrutural, por via do estímulo à construção de pontes e de barcas, mediante pagamento aos barqueiros e aos vigilantes das pontes. Sobre estas formas de assistência cristã, ver FERNANDO DA SILVA CORREIA, *Origens e Formação das Misericórdias Portuguesas*, *cit.*, pp. 167-434. Especificamente sobre a criação de montepios e o papel das irmandades e outras associações de religiosos no empréstimo de dinheiro, entre o fim da Idade Média e o surgimento da Idade Moderna, ver SARA PINTO, *Do depósito ao crédito: mecanismos de financiamento das Misericórdias*, in «A intemporalidade da Misericórdia — As Santas Casas portuguesas: espaços e tempos» (coord. Maria Marta Lobo de Araújo), Braga, 2016, pp. 43-45.

<sup>(8)</sup> Ao conceito de Estado-Prestador costuma também associar-se a noção de Estado-Estratega, que pressupõe um poder público que não só provê bens e serviços, mas também programa, planeia, supervisiona e regula os vários campos da atividade social, económica e cultural. Sobre o conceito de “Estado-Regulador” ou “Estado-Estratega”, que se reduz à condição de mero árbitro entre os agentes económicos, acautelando o “interesse público” através da fiscalização do cumprimento das vinculações jurídico-públicas à atividade privada, ver, entre muitos outros, VITAL MOREIRA, *Administração Autónoma e Associações Públicas*, Coimbra Editora, 1997, pp. 16-24; VITAL MOREIRA/FERNANDA MAÇÃS, *Autoridades Reguladoras Independentes — Estudo e Projecto de Lei Quadro*, Coimbra Editora, 2003, pp. 9-10; LEITÃO MARQUES/VITAL MOREIRA, *A Mão Visível — Mercado e Regulação*, Almedina, 2003, *passim*; GOMES CANOTILHO, *O princípio democrático sobre a pressão dos novos esquemas regulatórios*, in «RDPR», 1 (2009), pp. 99-100; IDEM, *O administrador e as suas máscaras*, in «Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia», Vol. II, Coimbra Editora, 2010, pp. 314-317; PEDRO GONÇALVES, *Direito Administrativo da Regulação*, in «Estudos em Homenagem ao Professor Doutor

A fungibilidade de certas prestações sociais, que tanto podem ser públicas, como asseguradas por entidades privadas (ou religiosas), permite, assim, ao abrigo do princípio da boa administração, na sua vertente de eficiência e de poupança de recursos públicos<sup>(9)</sup>, que se convençione a transferência do exercício<sup>(10)</sup> de determinadas funções estaduais para aquelas entidades.

No caso português, as Misericórdias assumem um papel particularmente decisivo, pois asseguram, quotidianamente, que as necessidades de determinadas franjas mais carenciadas da população são devidamente providas. Por conseguinte, o ordenamento jurídico (estadual e, também, canónico)<sup>(11)</sup> reconhece-lhes um estatuto especial, que visa promover essa assistência social, de tipo religioso, enquanto mecanismo subsidiário de efetivação da Constituição e dos direitos fundamentais por ela protegidos.

A primeira associação religiosa deste tipo a ser criada foi a Santa Irmandade da Misericórdia de Lisboa, no ano de 1498<sup>(12)</sup>, durante o rei-

Marcello Caetano», Vol. II, Coimbra Editora, 2006, p. 538; IDEM, *Regulação, Electricidade e Telecomunicações*, Coimbra Editora, 2008, pp. 7-12; PAULA COSTA E SILVA, *As autoridades independentes. Alguns aspectos da regulação económica numa perspectiva jurídica*, in «O Direito», III (2006), p. 542; MIGUEL PRATA ROQUE, *Os poderes sancionatórios da ERC — Entidade Reguladora para a Comunicação Social*, in «Direito Sancionatório das Autoridades Reguladoras», Coimbra Editora, 2009, pp. 374-375.

<sup>(9)</sup> Sobre o princípio da boa administração, na sua tripla vertente de promoção da eficácia, da eficiência e da economicidade, ver MIGUEL PRATA ROQUE, *Manual de Governação Administrativa*, AAFDL Editora, Lisboa, 2019, Parte I, Capítulo II, Secção IV, §§ 40 a 48.

<sup>(10)</sup> Com efeito, a satisfação de necessidades coletivas tanto pode ser obtida através da intervenção de entidades públicas, como por via da atuação de particulares. Sendo certo que o aumento da despesa pública em políticas promotoras de bem-estar provoca, em regra, a subida do grau de satisfação dos beneficiários (cf. ALEXANDER PACER/BENJAMIN RADCLIFF, *Assessing the Welfare State: The Politics of Happiness*, in «Perspectives on Politics», Vol. 6, n.º 6, June, 2008, pp. 270-273), certo é que o modelo de satisfação dessas necessidades é de escolha livre, pelo legislador, podendo redundar na transferência do exercício de tarefas públicas para entidades privadas. Assim, ver PIERRE ROSANVALLON, *A crise do Estado-Providência*, UFG, 1997, pp. 85-103; MARGARIDA D'OLIVEIRA MARTINS, *O Estado Social no contexto internacional e europeu*, in «RFDUP», Ano VII, 2000 (Especial), p. 88; PAULO OTERO, *Instituições Políticas e Constitucionais*, Vol. I, Almedina, 2007, pp. 461-465; IDEM, *Direito Constitucional Português*, Vol. I, Almedina, 2010, p. 102; MIGUEL PRATA ROQUE, *Juízos precários de constitucionalidade — O Tribunal Constitucional perante a crise do modelo social europeu e o retrocesso dos direitos fundamentais*, in «Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda», Vol. II, 2012, pp. 873-874; IDEM, *Manual de Governação Administrativa*, cit., Parte I, Capítulo II, Secção VI, § 62, e Capítulo III, Secção II, §§ 89 e 90.

<sup>(11)</sup> Sobre o tema, ver os §§ 3 e 4 do presente estudo.

<sup>(12)</sup> Assim, QUELHAS BIGOTTE, *Situação jurídica das Misericórdias Portuguesas*, 2.ª ed., Seia, 1994, p. 67; VÍCTOR RIBEIRO, *Santa Casa da Misericórdia de Lisboa: Subsídios para a sua História — 1498-1998: instituição, vida histórica, estado presente e seu futuro*, Academia das Ciências, Lisboa, 1998; JOAQUIM VERÍSSIMO SERRÃO, *A Misericórdia de Lisboa*, Livros Horizonte, Lisboa, 1998; ISABEL DOS GUIMARÃES SÁ, *As Misericórdias da fundação à União Dinástica*, in «Portugaliae Monumenta Misericordiarum» (coord. José Pedro Paiva), Vol. 1, União das Misericórdias Portuguesas, 2002, p. 19; ANA



nado de D. Manuel I, O Venturoso<sup>(13)</sup>, tendo o referido monarca sido um fervoroso impulsionador<sup>(14)</sup> da difusão territorial de outras Misericórdias, com funções de assistência social, que se disseminaram, ao longo do séc. XVI<sup>(15)</sup>. À imagem, aliás, do que sucedeu na restante *Respublica Christiana* europeia<sup>(16)</sup>, como decorrência de uma consciencialização crescente acerca da pobreza<sup>(17)</sup>, acentuada quer pelo crescimento da bur-

---

ISABEL COELHO SILVA, *A norma e o desvio: história da evolução dos compromissos das misericórdias portuguesas*, in «Portugaliae Monumenta Misericordiarum» (coord. José Pedro Paiva), Vol. 10, 2002, pp. 43-44; PAULO DA MESQUITA, *A tutela das misericórdias e o âmbito das jurisdições eclesiástica e do Estado*, in «Julgar», 23 (2004), p. 108.

<sup>(13)</sup> Conforme demonstra, porém, FERNANDO DA SILVA CORREIA, a datação temporal do nascimento da Santa Irmandade da Misericórdia — que é unanimemente fixada em 1498 — não resulta, diretamente, de quaisquer documentos escritos da época, mas antes dos resultados de um inquérito promovido em 1574 pela Ordem da Santíssima Trindade e pelos relatos de dois membros dessa mesma Ordem, frei NICOLAU DE OLIVEIRA, em 1620, e frei JERÓNIMO DE SÃO JOSÉ, em 1789. A ausência de documentos escritos contemporâneos a 1498 deve-se à perda e destruição dos mesmos, durante o terramoto de 1755. Com efeito, o documento mais antigo, que sobreviveu até hoje, corresponde à primeira edição do Compromisso da Santa Irmandade da Misericórdia de Lisboa, escrita em 1516. Porém, o Compromisso da Misericórdia do Porto, escrito em pergaminho anterior a 1516 (que tem sido datado de 1498 e de 1499) e a carta enviada por D. Manuel I às autoridades, fidalgos e homens-bons do Porto, em 14 de março de 1499, que os estimula a criar uma Misericórdia idêntica à já então criada em Lisboa, comprovam aquela datação. Assim, ver FERNANDO DA SILVA CORREIA, *Origens e Formação das Misericórdias Portuguesas*, cit., pp. 529-531.

<sup>(14)</sup> Em bom rigor, a verdadeira precursora da criação de misericórdias (e, em especial, da Misericórdia de Lisboa) foi a Rainha D. Leonor, irmã de D. Manuel I e mulher de D. João II, que levou a cabo uma profunda reforma do sistema de assistência, durante o reinado do marido, no final do século XV. Com efeito, D. Leonor resolveu fundar e mandar erigir o Hospital das Caldas, em 1484, e promoveu, sempre, a melhoria das instituições de assistência social da época. Porém, certo é que não terá sido ela — pelo menos, pessoal e diretamente — a fundar a Santa Casa da Misericórdia de Lisboa, que antes foi criada por um grupo de fiéis religiosos que, por sua vez, obteve a sua bênção e apoio, bem como do Colégio da Santa Sé de Lisboa. Este modelo de misericórdia descende das confrarias ou confraternidades existentes na Idade Média e, portanto, não esgota o modelo assistencial pré-séc. XVI. Nesse sentido, ver FERNANDO DA SILVA CORREIA, *Origens e Formação das Misericórdias Portuguesas*, cit., pp. 447-451 e 529-540. Destacando, porém, o papel de D. Manuel I — ainda que o próprio reconhecesse que apenas continuou as políticas do seu antecessor (e respetiva mulher) —, ver ISABEL DOS GUIMARÃES SÁ/JOSÉ PEDRO PAIVA, *Introdução*, in «Portugaliae Monumenta Misericordiarum» (coord. José Pedro Paiva), Vol. 3 (A Fundação das Misericórdias: o Reinado de D. Manuel I), União das Misericórdias Portuguesas, 2002, pp. 8-20.

<sup>(15)</sup> ISABEL DOS GUIMARÃES SÁ, *As Misericórdias da fundação à União Dinástica*, cit., p. 22; PAULO DA MESQUITA, *A tutela das misericórdias e o âmbito das jurisdições eclesiástica e do Estado*, cit., p. 109.

<sup>(16)</sup> Sobre a influência dos modelos europeus de assistência social e religiosa sobre o sistema português, ver FERNANDO DA SILVA CORREIA, *Origens e Formação das Misericórdias Portuguesas*, cit., pp. 439-445.

<sup>(17)</sup> Para uma descrição da pobreza generalizada, durante a Idade Média, ver FERNANDO DA SILVA CORREIA, *Origens e Formação das Misericórdias Portuguesas*, cit., em especial, pp. 168-169, 195-196, 215-216, 231-244 e *passim*. Sobre a pobreza, num período histórico mais recente, ver ainda RUTE PARDAL, *Histórias e percursos de vida de pobreza assistida pela Misericórdia de Évora nos séculos XVII*

guesia comercial e mercantil, que acentuou as disparidades sociais entre as elites e o povo, quer pelo desenvolvimento de novos meios de transporte e de comunicação, que encurtaram distância e difundiram o conhecimento e a informação. Foi, então, o momento da passagem da caridade medieval<sup>(18)</sup> — paroquial e informal — para um assistencialismo organizado e progressivamente institucionalizado, através de estruturas perenes.

De qualquer modo, entre a passagem da Idade Média para o Antigo Regime e o surgimento da Revolução Industrial, estas funções de assistência social, quer nos países católicos, quer nos países protestantes, foram sendo, invariavelmente, asseguradas por associações religiosas. Apenas com a Revolução Industrial e a crua consciencialização de novas e radicais formas de pobreza sub-humana, às quais o proletariado operário foi submetido — isto é, com a emergência da “Questão Social”<sup>(19)</sup> — começaram a despontar novas formas de assistência social não religiosa.

Entre essas novas formas, destacam-se as obras de socialistas utópicos como SAINT-SIMON (1760-1825), CHARLES FOURIER (1772-1837), LOUIS BLANC (1811-1882) ou de ROBERT OWEN (1771-1858), que sustentaram a transformação das relações de trabalho e das próprias fábricas como via

---

e XVIII, in «A intemporalidade da Misericórdia — As Santas Casas portuguesas: espaços e tempos» (coord. Maria Marta Lobo de Araújo), Braga, 2016, pp. 81-108; ANTÓNIO SÉRGIO TEIXEIRA LEITE, *Contributo para o estudo da geografia da pobreza em Braga: a ação da Misericórdia na segunda metade do século XVII*, in «A intemporalidade da Misericórdia — As Santas Casas portuguesas: espaços e tempos» (coord. Maria Marta Lobo de Araújo), Braga, 2016, pp. 207-230.

<sup>(18)</sup> A noção de caridade cristã foi fixada e desenvolvida por vários concílios e pelos comentadores dos Evangelhos, encontrando-se documentada nas *Obras da Misericórdia*, que corresponderiam à extração interpretativa das palavras que JESUS CRISTO teria recomendado, na hora do Juízo Final, e que correspondem a 7 (sete) obras corporais — sendo 6 (seis) extraídas de Mateus 25:34-46 e uma de Tobias 1:16-18 — e a 7 (sete) obras espirituais, que foram coligidas por SÃO TOMÁS DE AQUINO. Essa recomendação caritativa fez eco numa Idade Média em que imperava a pobreza, as longas peregrinações a locais de culto, as doenças e epidemias, bem como as Cruzadas e as peregrinações à Terra Santa, que exigiam a proliferação de hospitais militares, albergues e asilos, ao longo desses percursos. Para maior desenvolvimento sobre o conceito de caridade cristã, ver FERNANDO DA SILVA CORREIA, *Origens e Formação das Misericórdias Portuguesas*, cit., p. 169.

<sup>(19)</sup> As primeiras reações à Questão Social (isto é, a consciencialização da desestruturação social, económica, individual e familiar que foi provocada pela saída dos trabalhadores rurais e agrícolas, dos campos para os centros urbanos industrializados, proletarizando-se) começou por ser tratada por pensadores e economistas ligados aos movimentos sindicais e socialistas, fossem eles utópicos, científicos, de matriz revolucionária/marxista ou, mais tarde, de matriz socialista democrática ou social democrata. Mais tarde, a Igreja Católica viria a reagir face às transformações decorrentes da Revolução Industrial e face às condições da classe operária, tendo o Papa Leão XIII proclamado a célebre Encíclica “*Rerum Novarum*”, em 15 de maio de 1891, e fixado aquilo que hoje entendemos por Doutrina Social da Igreja. Sobre a Questão Social, ver FRANÇOIS-GEORGE DREYFUS/ROLAND MARX/RAYMOND POIDEVIN, *História Geral da Europa*, Vol. 3 (De 1789 aos Nossos Dias), Publicações Europa-América/PUF, 1996, pp. 299-309.

para garantia de uma vida condigna aos operários fabris<sup>(20)</sup>. Associado a este movimento de defesa do proletariado operário, emerge o movimento sindical e, em especial, no plano da assistência social, as primeiras cooperativas de trabalhadores, defendidas e promovidas, entre muitos outros, pelos socialistas utópicos *supra* mencionados e até por PIERRE-JOSEPH PROUDHON, anarquista, que chegou a criar um banco operário, à semelhança das cooperativas de crédito alemãs.

Com o advento do Estado Social (e, mais tarde, com o fim da 2.<sup>a</sup> Guerra Mundial), surge, então, a ideia de um Estado-Prestador, que provê, de forma direta, as necessidades dos mais desfavorecidos. Criam-se estruturas e serviços públicos prestacionais. Facultam-se prestações sociais, antes nem sequer sonhadas. Convenciona-se e subvenciona-se a atividade assistencial de associações privadas e, também, religiosas<sup>(21)</sup>. A partir desse momento, as políticas públicas são influenciadas pelo programa de governo de cada maioria democraticamente eleita, sendo vulgar que um Governo mais intervencionista opte por prestar, diretamente, serviços públicos destinados a satisfazer essas necessidades coletivas, enquanto que um Governo menos intervencionista prefira favorecer a iniciativa privada, de tipo assistencial. Entre estes dois modelos antagônicos, desponta a ideia de um terceiro setor<sup>(22)</sup>: o setor cooperativo (ou social)<sup>(23)</sup>. Este ter-

<sup>(20)</sup> Sobre o socialismo utópico e o socialismo científico, ver FREDRICK ENGELS, *Socialism: Utopian and Scientific*, 1880, disponível in <<http://ada.evergreen.edu/~arunc/texts/politics/socialism.pdf>>.

<sup>(21)</sup> Curiosamente — e desmentindo um mito infundado, que foi criado em torno do (alegado) ódio da 1.<sup>a</sup> República às confissões religiosas —, os especialistas na história das misericórdias relembram que: “A 1.<sup>a</sup> República não foi agressiva com as misericórdias. Muito pelo contrário. O maior efeito foi sentido na drástica redução dos actos de culto, mas enquanto instituições de beneficência «recebem do Estado o maior respeito e apoio», como afirma o insuspeito José Fraústo Basso. Não foi em 1910, mas depois de 1914-16, que a situação das misericórdias se tornou aflitiva, pois os seus grandes inimigos foram a guerra e a pneumónica, responsáveis pela depreciação dos rendimentos e empobrecimento das populações” (assim, ver MARIA ANTÓNIA LOPES, *As Misericórdias de D. José ao final do século XX*, cit., p. 94). Em sentido idêntico, ver JOSÉ FRAÚSTO BASSO, *As misericórdias*, in «Boletim Informativo da Corporação da Assistência», 5 (1973), p. 7.

<sup>(22)</sup> É a própria Lei Fundamental que consagra e garante a existência de um terceiro setor social, por força dos seus arts. 80.<sup>o</sup>, alínea b), e 82.<sup>o</sup>. Sobre esta vinculatividade constitucional, ver DEOLINDA MEIRA, *As cooperativas em Portugal — breve apresentação do seu regime jurídico*, in «Organização Administrativa: Novos Actores, Novos Modelos», Vol. I, AAFDL Editora, Lisboa, 2018, pp. 807-808.

<sup>(23)</sup> O conceito contemporâneo de terceiro setor — decantado por contraposição entre o setor público e o setor privado — deixou de abranger apenas as cooperativas (como sucedia no texto originário da Constituição de 1976 — cf. versão originária do art. 84.<sup>o</sup>), para passar a abranger um amplo leque de pessoas coletivas privadas que se distinguem do setor privado, por não prosseguirem finalidade lucrativa e por terem um propósito assistencial. Nesse conceito, hoje amplíssimo, podemos integrar não só as misericórdias, como também as mutualistas, as fundações, as IPSS’s não abrangidas pelas anteriores, as associações com fins altruístas e outras entidades formais ou informais de natureza comunitária ou autogestionária que prossigam finalidade de economia social, como por exemplo, as

ceiro setor nem prossegue, como fim predominante, a obtenção de lucro, nem tão pouco se encontra prisioneiro das limitações e baixas impostas ao exercício de poder público, assentando antes numa lógica de voluntariado e de assistencialismo altruísta.

Por conseguinte, nos dias que correm, as Misericórdias, na sua qualidade de associações de religiosos, convivem quotidianamente com várias outras entidades — públicas, privadas e cooperativas ou assentes no voluntariado —, concorrendo para a satisfação de necessidades coletivas das comunidades contemporâneas, através de uma lógica de assistencialismo colaborativo.

## 2. Natureza jurídica das Misericórdias

Pressupondo que a ação quotidiana de qualquer católico implica um compromisso ativo na difusão da Fé — não só através da palavra, mas também de obras<sup>(24)</sup> —, o Direito Canónico<sup>(25)</sup> consagra expressamente, como direito fundamental, a liberdade de criação e de auto-organização<sup>(26)</sup> de associações de religiosos<sup>(27)</sup>, designadamente, com vista à prática de

cantinas sociais, as organizações de voluntários, entre outros. Sobre o tema, ver DEOLINDA MEIRA, *Organização Administrativa: Novos Actores, Novos Modelos*, Vol. II, *cit.*, pp. 808-810.

<sup>(24)</sup> O Código de Direito Canónico, promulgado por Sua Santidade O Papa, João Paulo II, em 25 de novembro de 1983 (posteriormente complementado pela Carta Apostólica *Omnium in Mentem*, de 26 de outubro de 2009, e pela Carta Apostólica *Mitis Iudex Dominus Iesus*, de 15 de agosto de 2015), determina, precisamente que: «Cân. 210 - Todos os fiéis, segundo a sua condição, devem esforçar-se por levar uma vida santa e promover o incremento da Igreja e a sua contínua santificação»; e ainda que: «Cân. 211 — Todos os fiéis têm o dever e o direito de trabalhar para que a mensagem divina da salvação chegue cada vez mais a todos os homens de todos os tempos e do mundo inteiro». Realçando este dever de professar a fé católica, ver JOHN J. COUGHLIN, *Canon Law and the human person*, in «Notre Dame Law Scholl Scholarship», Scholarly Works, 2003, p. 22; CARLOS STEFFEN, *Igreja e Direito Canónico — A dimensão jurídica do mistério da Igreja*, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2014, p. 20.

<sup>(25)</sup> Com efeito, o Direito Canónico corresponde ao conjunto de normas de conduta e de organização, aprovado pela autoridade eclesiástica competente, que rege a vida da comunidade eclesial, reunida na Igreja Católica (ou Santa Sé), que constitui um sujeito de Direito Internacional, devidamente reconhecido pelos Estados e demais sujeitos internacionais. Assim, ver ANTÓNIO PINTO LEITE, *Enciclopédia Luso-Brasileira de Cultura*, 4.<sup>a</sup> ed., Editorial Verbo, 1998, p. 828; AURORA MADALENO, *Breve Introdução ao Estudo das Leis Canónicas*, in «Gaudium Sciendi», 4 (2013), pp. 72-73.

<sup>(26)</sup> Especificamente sobre o direito à auto-organização religiosa, que decorre da liberdade de culto religioso, ver GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa — Anotada*, Vol. I, 4.<sup>a</sup> ed., Coimbra Editora, 2007, p. 611.

<sup>(27)</sup> Com efeito, é isso que resulta do Cânone 215: «Cân. 215 — Os fiéis podem livremente fundar e dirigir associações para fins de caridade ou de piedade, ou para fomentar a vocação cristã

ações de caridade. Daqui decorre que as Misericórdias constituem um instrumento essencial ao exercício desse direito fundamental, beneficiando dessa liberdade de auto-organização<sup>(28)</sup>, quer face ao Estado, quer face à própria Santa Sé, enquanto pessoa jurídica internacional, pois radicam numa ideia de direito subjetivo, de cunho pessoal e individualístico<sup>(29)</sup>.

Por isso mesmo, essas pessoas jurídicas — constituídas à luz do Direito Canónico, mas reconhecidas pelo Direito estadual vigente em cada ordenamento jurídico<sup>(30)</sup> — não são, em sentido próprio, associações religiosas, mas antes devem ser concebidas como associações de religiosos<sup>(31)</sup> (ou, de modo mais rigoroso, de fiéis leigos)<sup>(32)</sup>. São, por-

---

*no mundo, e reunir-se para prosseguirem em comum esses mesmos fins*». Destacando a circunstância de o Direito Canónico reconhecer aos fiéis um amplo leque de direitos subjetivos, de entre os quais se destaca a liberdade de decidir de que modo participar na missão da Igreja, ver CARLOS STEFFEN, *Igreja e Direito Canónico — A dimensão jurídica do mistério da Igreja*, cit., p. 90.

<sup>(28)</sup> Qualificando-o como um direito fundamental dos fiéis leigos, ver MANUEL SATURINO DA COSTA GOMES, *O direito de associação — um direito fundamental na Igreja*, cit., em especial, pp. 203-209 e 253-256; JOHN J. COUGHLIN, *Canon Law and the human person*, cit., pp. 17-18; CANADIAN CONFERENCE OF CATHOLIC BISHOPS, *Recognition of National Catholic Associations — Guidelines for the CCCB and Associations of the Faithful*, Ottawa, 1993, pp. 7-8.

<sup>(29)</sup> É curioso que essa tem sido, aliás, a histórica do movimento das misericórdias portuguesas. Com efeito, em pleno período revolucionário em curso (PREC), quando se determinou, pelo Decreto-Lei n.º 704/74, de 7 de dezembro, que os hospitais das misericórdias, por serem pessoas coletivas de utilidade pública e administrativa, passavam a ser administrados por comissões nomeadas pelo Governo, o 5.º Congresso das Misericórdias, realizado em novembro de 1976, reagiu, rejeitando qualquer forma de controlo externo, seja estatal, seja mesmo eclesiástico, reafirmando-as como verdadeiras associações privadas de leigos religiosos. Assim, ver MARIA ANTÓNIA LOPES, *As Misericórdias de D. José ao final do século XX*, cit., p. 106; PAULO DA MESQUITA, *A tutela das misericórdias e o âmbito das jurisdições eclesiástica e do Estado*, cit., pp. 114-115, nota de rodapé n.º 22.

<sup>(30)</sup> Demonstrando que, durante o Estado Novo, se abandonou uma conceção das misericórdias como meras associações civis, reconhecendo-lhe o Código Administrativo de 1940, através do seu art. 433.º — e, mais tarde, o art. 108.º do Decreto-Lei n.º 35108, de 7 de novembro de 1945, que reorganizou os serviços de assistência social —, a sua natureza predominantemente eclesiástica, ver PAULO DA MESQUITA, *A tutela das misericórdias e o âmbito das jurisdições eclesiástica e do Estado*, cit., pp. 111-112.

<sup>(31)</sup> Assim, ver ISABEL DOS GUIMARÃES SÁ/MARIA ANTÓNIA LOPES, *História Breve das Misericórdias Portuguesas: 1498-2000*, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2008, *passim*; ver FERNANDA MARIA FIGUEIREDO DIAS, *A Importância das Misericórdias no Contexto do Séc. XXI (Horizontes de Mudança ou a Emergência de um Novo Paradigma?)*, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2011, pp. 36-39.

<sup>(32)</sup> Na aceção dos Cânones 225 e 298, § 1, do Código de Direito Canónico. Sobre a importância decisiva do sacerdócio comum — distinto do sacerdócio ordenado —, que abrange todos os fiéis leigos, por força do sacramento do batismo, ver MANUEL SATURINO DA COSTA GOMES, *O direito de associação — um direito fundamental na Igreja*, cit., pp. 252-253; CARLOS STEFFEN, *Igreja e Direito Canónico — A dimensão jurídica do mistério da Igreja*, cit., pp. 23 e 29; FAYE SEDO, *The role of the laity: a review of literature*, in «Arts and Culture: Heritage, Practices and Futures», De La Salle University, Manila, 16 de fevereiro de 2017, pp. 3-4.

tanto, pessoas jurídicas de tipo associativo e não de tipo institucional, fundacional ou clerical.

Entre as associações de religiosos — entre as quais se incluem as Misericórdias —, podem distinguir-se:

- a) As associações privadas de religiosos (Cânone 299, § 1, do Código de Direito Canónico)<sup>(33)</sup>, constituídas por convénio entre fiéis leigos, incluindo ao abrigo de instrumentos de Direito Privado estadual<sup>(34)</sup>;
- b) As associações públicas de religiosos, quando tenham sido erigidas por autoridade eclesiástica competente<sup>(35)</sup> (Cânone 301, §§ 1 e 3, do Código de Direito Canónico);
- c) As associações clericais, quando sejam exclusivamente compostas por quem exerce o sacerdócio (Cânone 302 do Código de Direito Canónico).

Todas estas associações de religiosos se encontram sujeitas à jurisdição canónica<sup>(36)</sup>, sem prejuízo de os atos por si praticados, com eficácia

<sup>(33)</sup> Nesse sentido, frisando que todos os bens temporais — incluindo as infraestruturas e organizações — que são usados pelos fiéis leigos para servir a missão da Igreja se encontram sujeitos à jurisdição canónica, ver CARLOS STEFFEN, *Igreja e Direito Canónico — A dimensão jurídica do mistério da Igreja*, cit., p. 86. Note-se, contudo, que, independentemente da manutenção da sua plena autonomia privada (ao abrigo do Direito estadual vigente no ordenamento jurídico que as reconhece) — o que pode, até, conduzir à criação de associações cujo objeto social vise a promoção e difusão dos valores e ideário católicos —, certo é que as mesmas só podem, para efeitos eclesiásticos, ser reconhecidas como tal (cf. Cânone 299, § 1) e empregar a denominação de “*católica/o*” (cf. Cânone 300) quando os respetivos estatutos tenham sido revistos pela autoridade eclesiástica competente.

<sup>(34)</sup> Por exemplo, por pacto social ou por contrato de sociedade, celebrado por documento particular ou outorgado por escritura pública. Sobre esta génese privada deste tipo de associações de religiosos, ver MANUEL SATURINO DA COSTA GOMES, *O direito de associação — um direito fundamental na Igreja*, cit., pp. 258-259.

<sup>(35)</sup> MANUEL SATURINO DA COSTA GOMES, *O direito de associação — um direito fundamental na Igreja*, cit., pp. 198-199 e 257-258.

<sup>(36)</sup> O Código de Direito Canónico di-lo, de modo impressivo: «*Cân. 305 — § 1. Todas as associações de fiéis estão sujeitas à vigilância da autoridade eclesiástica competente, à qual pertence velar para que nelas se mantenha a integridade da fé e dos costumes, e cuidar que não se introduzam abusos na disciplina eclesiástica; por isso, compete-lhe o dever e o direito de as visitar segundo as normas do direito e dos estatutos; estão igualmente sujeitas ao governo da mesma autoridade, segundo a prescrição dos cânones seguintes. § 2. Estão sujeitas à vigilância da Santa Sé as associações de qualquer género; e à do Ordinário do lugar as associações diocesanas e também as outras associações na medida em que atuem na diocese.*». O mesmo foi reconhecido pela União das Misericórdias Portuguesas, que reiterou a sua natureza canónica, com forma de recusa de ingerência por parte do poder político. Assim, ver MARIA ANTÓNIA LOPES, *As Misericórdias de D. José ao final do século XX*, cit., pp. 107-108.

externa, se encontrarem sujeitos à jurisdição estadual<sup>(37)</sup>. Isto significa que — conforme melhor se verá *infra*<sup>(38)</sup> —, as associações de religiosos (e, em especial, as Misericórdias) encontram-se sujeitas a uma dupla jurisdição, em função da natureza dos atos concretamente praticados: canónica, quando digam respeito a deliberações de natureza interna, com reflexos apenas (ou predominantemente, como veremos) sobre os seus associados; estadual, quando impliquem a produção de efeitos externos, sobre a situação jurídica de terceiros, sejam eles entidades públicas, indivíduos ou pessoas coletivas privadas.

No que diz respeito às Misericórdias instituídas por Direito Canónico, mas reconhecidas pelo Direito estadual português, também se registam vários matizes. Em suma, as Misericórdias portuguesas, distinguem-se em:

- a) Associações privadas;
- b) Associações públicas<sup>(39)</sup>;
- c) Santa Casa da Misericórdia de Lisboa, que corresponde a uma pessoa coletiva de Direito Privado, com utilidade pública administrativa, constituída ao abrigo de ato legislativo próprio<sup>(40)</sup>.

Em regra, a sua natureza privada ou pública (para efeitos de Direito Canónico) é aferida através do modo ou do ato pelo qual a mesma foi constituída<sup>(41)</sup>. Quando tiver sido criada por ato administrativo canónico proferido pela Conferência Episcopal Portuguesa ou pelo Bispo diocesano

<sup>(37)</sup> Nesse sentido, há quem note que esses atos de gestão e de disposição de bens que integram o património das misericórdias se entrelaça com vários ramos do Direito Privado, de natureza estadual, tais como o Direito das Obrigações e os Direitos Reais. Assim, ver PAULO DÁ MESQUITA, *A tutela das misericórdias e o âmbito das jurisdições eclesiástica e do Estado*, cit., pp. 107, nota de rodapé n.º 1, e 136-137.

<sup>(38)</sup> Cf. § 5 do presente estudo.

<sup>(39)</sup> Sobre a querela entre a Conferência Episcopal Portuguesa, que procurou sustentar a natureza pública das misericórdias (em parte, com o intuito de proceder ao controlo e administração dos respetivos patrimónios), e a União das Misericórdias Portuguesas, que defendia a sua natureza privada, durante o final da década de 1980 e o início da década de 1990. Aliás, por deliberações proferidas em 15 de março de 1988 e em 15 de novembro de 1989, a Conferência Episcopal Portuguesa chegaria a declarar, expressamente, as misericórdias como associações públicas de fiéis. Assim, ver MARIA ANTÓNIA LOPES, *As Misericórdias de D. José ao final do século XX*, cit., pp. 109-113; PAULO DÁ MESQUITA, *A tutela das misericórdias e o âmbito das jurisdições eclesiástica e do Estado*, cit., p. 188.

<sup>(40)</sup> A saber: o Decreto-Lei n.º 235/2008, de 3 de dezembro, que aprovou os respetivos Estatutos.

<sup>(41)</sup> Nesse sentido, ver FERNANDA MARIA FIGUEIREDO DIAS, *A Importância das Misericórdias no Contexto do Séc. XXI*, cit., 39-40; MARIA ANTÓNIA LOPES, *As Misericórdias de D. José ao final do século XX*, cit., p. 108.

territorialmente competente<sup>(42)</sup>, a Misericórdia em causa é qualificada como uma associação pública de religiosos, visto ter sido erigida por autoridade eclesiástica<sup>(43)</sup>. Ao contrário, quando a sua constituição tiver decorrido de mero convénio entre os seus associados (ainda que, posteriormente, reconhecida por autoridade eclesiástica), estaremos perante uma Misericórdia de natureza privada. Usualmente, essa natureza, privada ou pública, resulta dos próprios Estatutos da referida Irmandade. Verifica-se, contudo, que a esmagadora maioria (se não a totalidade) das misericórdias portuguesas assumem natureza privada<sup>(44)</sup>. O que não significa, contudo, que as suas atividades, por se integrarem numa missão ao serviço da Igreja e da divulgação da Fé católica não se encontrem sujeitas ao poder fiscalizador das competentes autoridades eclesiásticas e da jurisdição canónica<sup>(45)</sup>.

Contudo, no caso específico da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa, verifica-se uma natureza híbrida da mesma. Aquela resulta da originária Irmandade da Misericórdia e de São Roque<sup>(46)</sup>, fundada em 1498, que mantém a sua sede na Igreja de São Roque, ali assegurando o ministério do culto religioso, bem como as suas atividades de assistência religiosa, permanecendo sujeita ao regime jurídico canónico. Sucede, porém, que, pelo

(42) Estabelecendo uma ligação entre as circunscrições geográficas assentes em dioceses e o modelo territorial vigente durante o Império Romano, bem como entre a influência eclesiástica, assente em paróquias, e a própria organização territorial administrativa, de nível autárquico, assente em freguesias, ver AURORA MADALENO, *Breve Introdução ao Estudo das Leis Canónicas*, cit., pp. 75 e 78-79.

(43) Não se refere a possibilidade de constituição direta pela Santa Sé, mediante decreto papal, visto que não existe, no ordenamento jurídico português, nenhuma Misericórdia que preencha as condições determinantes dessa competência administrativa canónica; isto é, a sua vocação universal ou transnacional. Sobre estas normas de fixação de competência administrativa canónica, ver o Cânone 312, § 1, do Código de Direito Canónico. Salientando que a decisão eclesiástica de erigir determinada associação de religiosos constitui o critério de distinção entre a natureza pública ou privada daquela, ver JOSÉ SILVA MARQUES, *Associações e organizações*, in «Concordata entre a Santa Sé e a República Portuguesa» (org. Saturino Costa Gomes), Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2001, p. 101; IDEM, *O direito de associação e as associações de fiéis na Igreja à luz do Vaticano II e do novo Código de Direito Canónico*, in «Theologica», vol. XIX, III-IV (1986), p. 133.

(44) Nesse sentido, ver QUELHAS BIGOTTE, *Situação jurídica das Misericórdias Portuguesas*, cit., pp. 419-432; MARIA ANTÓNIA LOPES, *As Misericórdias de D. José ao final do século XX*, cit., pp. 108-109.

(45) FÁBIO VECHI, *Autorità e libertà dei modelli organizzativi societari nella codificazione canonica del 1983 e negli ordinamenti statual-civilisti*, in «O Direito Canónico ao Serviço da Igreja — Os 25 anos do Código de Direito Canónico (1983-2008)» (org. Saturino Costa Gomes), Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2009, pp. 403-420; PAULO DÁ MESQUITA, *A tutela das misericórdias e o âmbito das jurisdições eclesiástica e do Estado*, cit., pp. 124 e 130-131.

(46) Por ordem da Rainha-Regente D. Leonor e, mais tarde, confirmada por El-Rei D. Manuel I, O Venturoso. Assim, ver FERNANDO DA SILVA CORREIA, *Origens e Formação das Misericórdias Portuguesas*, cit., pp. 447-451 e 529-540; ISABEL DOS GUIMARÃES SÁ/JOSÉ PEDRO PAIVA, *Introdução*, cit., Vol. 3 (A Fundação das Misericórdias: o Reinado de D. Manuel I), cit., pp. 8-20.



menos desde 12 de setembro de 1942<sup>(47)</sup>, a Santa Casa da Misericórdia de Lisboa tem vindo a ser reconhecida como uma pessoa coletiva de Direito Privado, com estatuto de utilidade pública administrativa<sup>(48)</sup>. Essa natureza jurídica viria a ser corroborada, definitivamente, já no decurso da II República, pelo Estado português, por via de ato legislativo<sup>(49)</sup>. Significa isso que os respetivos Estatutos são aprovados por lei — atualmente, o Decreto-Lei n.º 235/2008, de 3 de dezembro —, que a mesma permanece sujeita às regras instituídas pelo Direito Civil português<sup>(50)</sup> e que se encontra sujeita ao exercício de poderes de tutela, por parte do membro do Governo responsável pela área da segurança social<sup>(51)</sup>, que, aliás, dispõe de competência para nomear o vice-provedor e os vogais (cf. art. 13.º, n.º 1) e, mediante despacho conjunto, proferido por si e pelo Primeiro-Ministro, para nomear o próprio provedor (cf. art. 11.º, n.º 1).

Assim sendo, a natureza híbrida da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa é evidente<sup>(52)</sup>. Quanto às suas atividades de assistência social, a

---

(47) Esse reconhecimento deu-se por via do Decreto-Lei n.º 32.555, de 12 de setembro de 1942, que lhe reconheceu o seguinte estatuto jurídico: «*Artigo 1.º São mantidas à Santa Casa da Misericórdia a sua personalidade jurídica, autonomia administrativa em relação ao seu património e rendimentos, e bem assim as suas regalias e isenções, sem prejuízo, porém, da inspeção tutelar superior*». Com efeito, a I.ª República tinha optado por nacionalizar/publicizar a Santa Casa da Misericórdia de Lisboa, incorporando-a, primeiro, no sistema nacional de assistência pública — através do Decreto do Ministro do Interior, ANTÓNIO JOSÉ DE ALMEIDA, proferido em 25 de maio de 1911 (e publicado no Diário do Governo de 26 de maio de 1911) — e, mais tarde, qualificando-a como uma “*instituição oficial de assistência pública, com autonomia técnica, financeira e administrativa, considerada como pessoa moral com capacidade jurídica directamente subordinada ao Ministério do Trabalho pela Direcção Geral de Assistência*” — cf. art. 1.º do Decreto n.º 5.621, do Governo, de 10 de maio de 1919.

(48) No decurso do Estado Novo, procedeu-se a uma reorganização da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa, através do Decreto-Lei n.º 40.397, de 24 de novembro de 1955, que continuou a qualificá-la como instituição que “*goza de personalidade jurídica e autonomia administrativa e financeira*” (cf. art. 1.º). Com efeito, já o Decreto-Lei n.º 35.108, de 7 de novembro de 1945, integrava a Santa Casa da Misericórdia de Lisboa como uma instituição particular de assistência (cf. art. 102.º, n.º 2), cabendo às misericórdias um papel supletivo relativamente às demais instituições particulares. Por sua vez, nos termos do § 1.º do art. 108.º do referido Decreto-Lei n.º 35.108, cabia ao Governo o poder de aprovar os compromissos das Misericórdias, o que reforça a sua governamentalização, de modo significativo.

(49) Decreto-Lei n.º 322/91, de 26 de agosto.

(50) Cf. art. 1.º, n.º 2, alínea c), dos Estatutos da SCML.

(51) Cf. art. 2.º, n.º 1, dos Estatutos da SCML.

(52) A propósito desta natureza híbrida, ver os sucessivos pareceres proferidos pelo Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República — em especial, os Pareceres n.º 138/1976, de 17 de março de 1977, n.º 17/82, de 23 de junho de 1982, n.º 17/82 (complementar), de 12 de maio de 1983 —, que têm vindo a realçar que, apesar de se verificar uma manifesta ambiência jurídico-administrativa (patente, por exemplo, nos intensos poderes do Governo sobre a Santa Casa da Misericórdia de Lisboa), há igualmente traços que apontam no sentido da sua natureza jurídico-privada (por exemplo, a prevalência do contrato individual de trabalho, relativamente aos seus colaboradores, desde o Decreto-Lei n.º 322/91, que abandonou o modelo de funcionalismo público).

mesma age enquanto pessoa coletiva privada, sob o manto de instituição particular de segurança social (IPSS). Quanto à designação dos seus corpos gerentes, bem como quanto à definição das orientações gerais de gestão, à fiscalização da sua atividade e à sua coordenação com os organismos públicos competentes, a mesma integra o conceito orgânico de administração pública, na medida em que permanece adstrita ao poder de tutela administrativa do Governo.

Porém, à semelhança das demais Misericórdias, em tudo o que diga respeito à sua atividade de culto religioso, a própria Santa Casa da Misericórdia permanece vinculada ao Direito Canónico. Dir-se-ia que, na medida em que cabe à Irmandade da Misericórdia e de São Roque assegurar esse mesmo culto religioso, ainda que nas instalações da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa, esta última não ficaria submetida às regras jurídico-canónicas. Sucede, porém, que, não só esta continua responsável por assegurar a instrução e a assistência religiosa aos utentes que utilizem os seus estabelecimentos de assistência social (cf. art. 6.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 235/2008), como por organizar eventos e manifestações de cariz histórico-cultural, mas de teor religioso, nas respetivas instalações [cf. art. 45.º, n.º 1, alínea c), do Decreto-Lei n.º 235/2008]. Por conseguinte, pelo menos quanto a estas matérias, a Santa Casa da Misericórdia de Lisboa permaneceria sempre vinculada ao estabelecido pelo Direito Canónico, enquanto associação de religiosos que continua a ser, ainda que híbrida e de tipo especial.

### **3. O reconhecimento estadual da autonomia constitutiva e organizativa das associações de religiosos**

A autonomia constitutiva e organizativa das associações de religiosos erigidas ou aceites pela Igreja Católica é reconhecida pelo Estado português, através da Nova Concordata celebrada com a Santa Sé<sup>(53)</sup>, em 18 de

---

(53) Para maior desenvolvimento, sobre os traços gerais da Nova Concordata, ver JORGE MIRANDA, *A Concordata e a ordem constitucional portuguesa*, in «Concordata entre a Santa Sé e a República Portuguesa: 1940», Almedina, 2001, pp. 65-82; SATURNINO GOMES, *A nova Concordata de 2004*, in «Forum Canonicum», 38 (Maio-Agosto 2004), pp. 8-14; PAULO ADRAGÃO, *Perspectivas sobre a nova Concordata*, in «Forum Canonicum», 40 (Jan.-Abr. 2005), pp. 17-19, IDEM, *Uma Concordata de cooperação, dez anos depois: notas de actualização*, in «Forum Canonicum», 2 (Jul.-Dez. 2014), pp. 115-126; RUI MEDEIROS, *Uma leitura constitucionalmente comprometida da concordata*, in «Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda», Vol. 3, Coimbra Editora, 2012, pp. 635-663; AAVV, *Concordata entre Portugal e a Santa Sé: Realizações e Perspectivas*, Ministério dos Negócios Estrangeiros, Lisboa, 2014.

maio de 2004. Ali se declara, a propósito das pessoas jurídicas constituídas ao abrigo do Direito Canónico:

«Artigo 10.º

1 — *A Igreja Católica em Portugal pode organizar-se livremente de harmonia com as normas do direito canónico e constituir, modificar e extinguir pessoas jurídicas canónicas a que o Estado reconhece personalidade jurídica civil.*

2 — *O Estado reconhece a personalidade das pessoas jurídicas referidas nos arts. 1.º, 8.º e 9.º nos respetivos termos, bem como a das restantes pessoas jurídicas canónicas, incluindo os institutos de vida consagrada e as sociedades de vida apostólica canonicamente eretos, que hajam sido constituídas e participadas à autoridade competente pelo bispo da diocese onde tenham a sua sede, ou pelo seu legítimo representante, até à data da entrada em vigor da presente Concordata.*

3 — *A personalidade jurídica civil das pessoas jurídicas canónicas, com exceção das referidas nos arts. 1.º, 8.º e 9.º, quando se constituírem ou forem comunicadas após a entrada em vigor da presente Concordata, é reconhecida através da inscrição em registo próprio do Estado em virtude de documento autêntico emitido pela autoridade eclesiástica competente de onde conste a sua ereção, fins, identificação, órgãos representativos e respetivas competências.*

Artigo 11.º

1 — *As pessoas jurídicas canónicas reconhecidas nos termos dos arts. 1.º, 8.º, 9.º e 10.º regem-se pelo direito canónico e pelo direito português, aplicados pelas respetivas autoridades, e têm a mesma capacidade civil que o direito português atribui às pessoas coletivas de idêntica natureza.*

2 — *As limitações canónicas ou estatutárias à capacidade das pessoas jurídicas canónicas só são oponíveis a terceiros de boa fé desde que constem do Código de Direito Canónico ou de outras normas, publicadas nos termos do direito canónico, e, no caso das entidades a que se refere o n.º 3 do art. 10.º e quanto às matérias aí mencionadas, do registo das pessoas jurídicas canónicas.*

Artigo 12.º

*As pessoas jurídicas canónicas, reconhecidas nos termos do art. 10.º, que, além de fins religiosos, prossigam fins de assistência e solidariedade, desenvolvem a respetiva atividade de acordo com o regime jurídico instituído pelo direito português e gozam dos direitos e benefícios atribuídos às pessoas coletivas privadas com fins da mesma natureza.»*

Em suma, resulta que o Estado português reconheceu a personalidade jurídica das pessoas jurídicas canónicas<sup>(54)</sup>, como tal constituídas (ou

---

<sup>(54)</sup> Nesse sentido, ver PAULO DÁ MESQUITA, *A tutela das misericórdias e o âmbito das jurisdições eclesiástica e do Estado*, cit., p. 127; DOMINGOS SOARES FARINHO, *Fundações e Interesse Público — Direito Administrativo Fundacional — Enquadramento Dogmático*, Almedina, Coimbra, 2014, p. 311.

reconhecidas) pelas autoridades eclesiásticas da Santa Sé, admitindo que as mesmas se rejam não só pelo Direito nacional vigente no território em que se encontram implantadas, mas igualmente pelo Direito Canónico, e gozando de uma proteção similar àquela que é atribuída às pessoas coletivas privadas com fins de natureza similar; e sem necessidade de cumprimento do duplo fardo<sup>(55)</sup> de constituição simultânea de acordo com a lei civil e a lei canónica. O reconhecimento da personalidade (e capacidade) jurídica das associações de religiosos apresenta-se, assim, como automático<sup>(56)</sup>, desde que cumprida a condição de mera inscrição em registo próprio do Estado português, mediante comunicação pela autoridade eclesiástica competente<sup>(57)</sup>. Isto significa que só o Direito Canónico funciona como parâmetro de validade normativa da constituição (e da organização) das associações de religiosos<sup>(58)</sup>, visto que o ordenamento jurídico português lhes reconhece, por via da Nova Concordata, essa mesma autonomia constitutiva e organizativa.

É precisamente nesse sentido que aponta o próprio texto do Estatuto das IPSS's, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 172-A/2014, que salvaguarda

---

<sup>(55)</sup> O princípio da proibição do duplo fardo constitui um elemento central de qualquer sistema de reconhecimento de atos jurídicos estrangeiros (ou de outros sujeitos de Direito Internacional, como é a Santa Sé) e consiste na dispensa da repetição de um procedimento legal idêntico a um outro que já tenha sido cumprido, à luz de ordenamento jurídico com um grau de proteção similar. Sobre a proibição de duplo fardo, ver ERNST ISSAY, *Internationales Verwaltungsrecht*, in «Handwörterbuch des Rechtswissenschaften» (org. Stier-Somlo/Elfter), Band III, Walter de Gruyter, 1928, p. 348; RUDOLF HEIZ, *Das fremde öffentliche Recht im internationalen Kollisionsrecht*, Polygraphischer Verlag, Zürich, 1960, pp. 53-54; CHRISTOPH OHLER, *Die Kollisionsordnung des Allgemeinen Verwaltungsrechts — Strukturen des deutschen Internationalen Verwaltungsrechts*, Mohr Siebeck, 2005, 101-102, 131 e 348; MARTIN KMENT, *Grenzüberschreitendes Verwaltungshandeln — Transnationale Elemente deutschen Verwaltungsrechts*, Mohr Siebeck, 2010, pp. 145-146 e 460-461; JÖRG MENZEL, *Internationales Öffentliches Recht: Verfassungs- und Verwaltungsgrenzenrecht in Zeiten offener Staatlichkeit*, Mohr Siebeck, 2011, pp. 173-174; MIGUEL PRATA ROQUE, *A Dimensão Transnacional do Direito Administrativo — Uma Visão Cosmopolita das Situações Jurídico-Administrativas*, AAFDL Editora, Lisboa, 2014, pp. 1200-1202, 1247 e 1290-1291.

<sup>(56)</sup> Sobre a distinção entre reconhecimento transnacional automático e condicionado, ver MIGUEL PRATA ROQUE, *A Dimensão Transnacional do Direito Administrativo*, cit., pp. 1219-1224 e 1248-1249; DULCE LOPES, *Eficácia, Reconhecimento e Execução de Atos Administrativos Estrangeiros*, Almedina, Coimbra, 2017, pp. 583-588.

<sup>(57)</sup> A circunstância de haver um dever jurídico de registo, por iniciativa da autoridade eclesiástica, não afasta a natureza automática do reconhecimento, visto que o Estado português não dispõe de poderes para questionar ou proferir um juízo de invalidade da constituição da pessoa jurídica canónica. Em sentido próximo, ver CABRERAS DE ANTA, *Reconocimiento de la personalidad civil a las personas jurídicas eclesiásticas (Artículo IV del Concordato)*, in «Anuario de Derecho Civil», Tomo II, I (1954), p. 20.

<sup>(58)</sup> ALBERTO ROCELLA, *Gli enti ecclesiastici a vent'anni dall'Accordo di modificazione del Concordato*, in «Rivista di Scienze Giuridiche», 3 (2005), p. 532; PAULO DA MESQUITA, *A tutela das misericórdias e o âmbito das jurisdições eclesiástica e do Estado*, cit., p. 122, nota de rodapé n.º 39.

expressamente o respeito pelas “*Disposições especiais para as instituições da igreja católica*” (cf. Secção II do Capítulo II), determinando que as disposições daquele Estatuto só são aplicáveis “*com respeito pelas disposições da Concordata celebrada entre a Santa Sé e a República Portuguesa em 18 de maio de 2004*” (cf. art. 44.º) e que a personalidade jurídica das Misericórdias “*resulta da simples participação escrita da ereção canónica feita pelo bispo da diocese onde tiverem a sua sede, ou por legítimo representante, aos serviços competentes para a tutela das mesmas instituições*” (cf. art. 45.º), não carecendo, assim, da submissão às regras gerais de criação e registo de IPSS’s<sup>(59)</sup>.

A especificidade do regime jurídico aplicável às Misericórdias determina que o Direito estadual português apenas se lhes aplica, supletivamente, na medida em que a sua atuação seja equiparável às atividades assistenciais de outras pessoas coletivas privadas, mas já não se lhes aplica à sua qualidade de pessoas jurídicas canónicas<sup>(60)</sup>. Precisamente nesse sentido, o art. 69.º do Estatuto das IPSS’s reconhece a aplicação primordial das regras de Direito Canónico decorrentes do Decreto Geral Interpretativo<sup>(61)</sup>, aprovado como complemento ao Compromisso celebrado entre a União das Misericórdias Portuguesas e a Conferência Episcopal Portuguesa, a 2 de maio de 2011, pois determina:

«1 — Às irmandades da Misericórdia aplica-se diretamente o regime jurídico previsto no presente Estatuto, sem prejuízo dos termos do Compromisso estabelecido entre a União das Misericórdias Portuguesas e a Conferência Episcopal, ou documento bilateral que o substitua.»

Em sentido idêntico aponta o art. 70.º, n.º 2, do Estatuto das IPSS’s, quando determina que “*(a)s obrigações e os direitos dos associados constam do compromisso da respetiva irmandade*”. Torna-se, portanto, inegável que a própria lei estadual portuguesa reconhece que as regras de organização e de funcionamento das Misericórdias são fixadas, em primeiro lugar, pelo próprio Direito Canónico, só sendo supletivamente definidas pelo regime jurídico das IPSS’s. Assim, por exemplo, o n.º 1 do art. 2.º do

---

<sup>(59)</sup> Este regime corresponde, ainda hoje, ao originariamente concebido pelo Decreto-Lei n.º 519-G2/1979, de 29 de dezembro, aprovado durante o mandato do V Governo Constitucional, presidido por MARIA DE LURDES PINTASSILGO. Assim, ver FERNANDA MARIA FIGUEIREDO DIAS, *A Importância das Misericórdias no Contexto do Séc. XXI*, cit., p. 38.

<sup>(60)</sup> PAULO DA MESQUITA, *A tutela das misericórdias e o âmbito das jurisdições eclesiástica e do Estado*, cit., pp. 129-130.

<sup>(61)</sup> PAULO DA MESQUITA, *A tutela das misericórdias e o âmbito das jurisdições eclesiástica e do Estado*, cit., p. 120.

referido Decreto Geral Interpretativo estabelece expressamente que o procedimento eleitoral dos titulares de órgãos das Misericórdias é regulado pelas regras fixadas nos compromissos de cada Misericórdia e pelo Direito Canónico<sup>(62)</sup>.

#### 4. A dupla natureza das Misericórdias: em especial, o regime jurídico das IPSS's

O cerne do problema reside, então, na determinação do âmbito de atuação das Misericórdias (e das demais associações de religiosos). Quando aquelas atuem, nas suas funções — inclusive, religiosas e humanitárias — de assistência social, ao abrigo do regime jurídico das IPSS's<sup>(63)</sup>, aplicar-se-lhes-á o Direito estadual português, sendo, portanto, competente a jurisdição civil<sup>(64)</sup>. Quando aquelas prossigam as suas finalidades de difusão da crença religiosa e de assistencialismo religioso, quedar-se-ão sujeitas ao Direito Canónico e à respetiva jurisdição canónica<sup>(65)</sup>.

Aliás, pode mesmo acontecer que determinada conduta (ativa ou omissiva), por parte das Misericórdias, possa implicar, simultaneamente, consequências jurídicas bem distintas, quanto aos seus efeitos civis e canónicos. Para melhor ilustrar, pense-se, a mero título de exemplo nas regras de organização interna das IPSS's, fixadas pelo Decreto-Lei n.º 172-A/2014. Com efeito, pode suceder que determinada norma de um compromisso de uma irmandade de Misericórdia contrarie o disposto na

---

<sup>(62)</sup> Para maior facilidade, transcreve-se o referido preceito normativo: «Artigo 2.º (*Órgãos Sociais*): 1 — O processo eleitoral para a designação dos titulares dos órgãos sociais das Santas Casas de Misericórdia decorrerá segundo os preceitos dos respetivos Estatutos (*Compromissos*), aprovados pelo Bispo Diocesano, nos termos, quer da lei canónica (Cân. 164-179), quer da lei civil».

<sup>(63)</sup> Sobre o enquadramento das Misericórdias no regime das instituições particulares de segurança social e respetiva evolução histórica, ver PAULO DÁ MESQUITA, *A tutela das misericórdias e o âmbito das jurisdições eclesiástica e do Estado*, cit., pp. 116-118.

<sup>(64)</sup> É isso que determina, aliás, o art. 12.º da Concordata de 2004, que distingue entre “*fins religiosos*” (em sentido estrito) e “*fins de assistência e solidariedade*”, confinando apenas estes últimos ao regime específico previsto, pelo Direito estadual português. Em sentido próximo, ver PAULO DÁ MESQUITA, *A tutela das misericórdias e o âmbito das jurisdições eclesiástica e do Estado*, cit., p. 137.

<sup>(65)</sup> Precisamente nesse sentido, salientando que a sujeição de quaisquer entidades privadas ao regime jurídico das IPSS's não as priva do livre e amplo exercício da sua autonomia privada, na medida em que a sujeição a poderes administrativos não invalida que, fora da prossecução do interesse público inerente àquele regime jurídico, possam manter plena liberdade decisória, ver DOMINGOS SOARES FARINHO, *Fundações e Interesse Público*, cit., pp. 868-869 e 872-875.

lei civil. Isso tornou-se, aliás, mais evidente a partir da entrada em vigor do novo (e atual) Estatuto das IPSS's, visto que o mesmo determinava que as Misericórdias deveriam adaptar os seus compromissos às novas regras fixadas pelo Estado português, no prazo de 1 (um) ano contado da entrada em vigor do *supra* referido diploma legal<sup>(66)</sup>.

Ora o novo Estatuto das IPSS's, instituído pelo Decreto-Lei n.º 172-A/2014, introduziu inúmeras e inovadoras regras de organização interna, incluindo de natureza eleitoral e deliberativa. A mero título de exemplo, passou a determinar-se que: *a)* só gozam de capacidade eleitoral ativa os associados com, pelo menos, um ano de vida associativa (cf. art. 56.º, n.º 2); *b)* só gozam de capacidade eleitoral passiva os associados com, pelo menos, um ano de vida associativa [cf. art. 21.º, n.º 1, alínea c)]; *c)* o cargo de membro de órgão de administração é incompatível com cargo de membro de órgão de fiscalização ou de mesa deliberativa (cf. art. 15.º-A); *d)* os anteriores titulares de órgãos que tenham sido condenados por crimes contra o património, abuso de cartão de garantia ou de crédito, usura, insolvência dolosa ou negligente, apropriação ilegítima de bens do setor público ou não lucrativo, falsificação, corrupção e branqueamento de capitais fiquem impedidos de exercer futuros mandatos (cf. art. 21.º-A); *e)* haja um regime apertado de incompatibilidades (cf. art. 21.º-B); *f)* haja uma limitação de três mandatos consecutivos<sup>(67)</sup>, relativamente ao presidente de qualquer IPSS (cf. art. 21.º-C, n.º 6), ainda que se preveja a exclusão de aplicação aos titulares de mandatos que se encontrassem em curso, à data

---

<sup>(66)</sup> Com efeito, nos termos do art. 5.º (Disposições finais e transitórias) do Decreto-Lei n.º 172-A/2014, que aprovou o novo Estatuto das IPSS's, determinou-se que: «4 — *No prazo máximo de um ano após a entrada em vigor do presente decreto-lei, as instituições particulares de solidariedade social, sob pena de perderem a qualificação como instituições particulares de solidariedade social e o respetivo registo ser cancelado, ficam obrigadas a adequar os seus estatutos ao disposto no Estatuto das Instituições Particulares de Solidariedade Social, aprovado em anexo ao Decreto-Lei n.º 119/83, de 25 de fevereiro, alterado pelos Decretos-Leis n.ºs 9/85 de 9 de janeiro, 89/85 de 1 de abril, 402/85 de 11 de outubro, e 29/86 de 19 de fevereiro, com a redação dada pelo presente decreto-lei.*»

<sup>(67)</sup> Devo salientar, porém, que vários compromissos de misericórdias já previam, há muito, regras sobre limitação de mandatos. Noto que, por exemplo, a revisão de 1577 ao compromisso originário da Santa Irmandade da Misericórdia de Lisboa, de 1498, já previa a limitação a um único mandato consecutivo. Assim, ver ANA ISABEL COELHO SILVA, *A norma e o desvio: história da evolução dos compromissos das misericórdias portuguesas*, cit., p. 51. Referindo-se expressamente a situações de puro desrespeito das próprias normas dos Compromissos, MARIA ANTÓNIA LOPES refere-se ao caso da Misericórdia de Peniche que suscitou sucessivas querelas eleitorais — em especial, entre 1686 e 1688 —, visto que o ascendente que o Conde de Atouguia e respetivos familiares exerciam sobre aquela associação de religiosos conduziu à proliferação de situações de nepotismo, compadrio e abuso de poder, com evidente favorecimento de clientelas e interesses particulares. Assim, ver MARIA ANTÓNIA LOPES, *As Misericórdias de D. José ao final do século XX*, cit., p. 83.

da entrada em vigor do novo regime (cf. art. 5.º, n.º 1, *in fine*, do Decreto-Lei n.º 172-A/2014)<sup>(68)</sup>.

No caso específico das Misericórdias, sucedeu que várias delas não dispunham de tais regras nos respetivos compromissos, o que suscitou a dúvida sobre que consequências adviriam dessa lacuna, fosse ela originária — isto é, à data da entrada em vigor do novo regime jurídico — ou fosse ela superveniente, persistindo, mesmo após o decurso do prazo de adaptação dos compromissos fixado pela lei estadual. Ora, o n.º 4 do art. 5.º do Decreto-Lei n.º 172-A/2014 é cristalino como água: a única consequência da sua inobservância resulta na perda da qualificação da Misericórdia refratária como IPSS.

Apenas aparentemente, alguma doutrina e jurisprudência<sup>(69)</sup> que adota a “*teoria da incindibilidade*” dos órgãos das pessoas jurídicas canónicas (que também prosseguem atividades típicas de IPSS’s) contrariaria este entendimento, visto que a natureza jurídica canónica das Misericórdias implicaria a adoção de uma solução unívoca. Isto é, ou se concluiria pela ilicitude de determinada deliberação, à luz do Direito Canónico, e tal afetaria a dimensão jus-civilista (e jurídico-administrativa) da atuação da IPSS ou tal deliberação seria considerada válida, à luz daquele parâmetro canónico e, então, as consequências jurídicas determinadas pelo Direito

---

(68) Essa ressalva era, aliás, imposta pelo princípio da segurança jurídica, na sua vertente de proibição de retroatividade mitigada (ou de 2.º grau) ou, pelo menos, de proibição de restrospectividade excessiva e imprevisível. Por isso mesmo, a doutrina tem vindo a sustentar a necessidade de prever normas transitórias, que acautelem uma transição suave entre regimes jurídicos fraturantes ou inovadores. Assim, frisando que a fixação de normas que estabeleçam um regime transitório, que acautele uma transição progressiva, constituem um indicio de respeito pelo princípio da segurança jurídica, ver CASALTA NABAIS, *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*, Almedina, Coimbra, 1998, p. 404; GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 5.ª ed., Almedina, Coimbra, 2002, pp. 262-263; AMÉRICO BRÁS CARLOS, *Impostos — Teoria Geral*, 3.ª ed., Almedina, Coimbra 2010, p. 263; LUÍS CABRAL DE MONCADA, *Boa fé e tutela da confiança no Direito Administrativo*, in «Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia», Vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 602-605.

(69) Por exemplo, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, proferido em 17 de dezembro de 2009, Proc. n.º 27/09.TBHR.L1.S1, afirmou que: «*Seria, na verdade, incongruente com a natureza que incontestavelmente assiste à entidade requerente de pessoa colectiva canónica que devesse incumbir aos tribunais ou autoridades estaduais uma intromissão na vida interna de tal associação de fiéis, regida pela ordem jurídica canónica, em tudo aquilo que se não prenda, de modo directo e imediato, com uma actividade de realização de prestações assistenciais: é que, sendo obviamente unitários os órgãos da pessoa colectiva canónica, compete-lhes prosseguir, desde logo e em primeira linha, os fins e atribuições de índole religiosa da entidade em cujo substrato orgânico se inserem — e não apenas as actividades extrínsecas de solidariedade social, em nome das quais — e em homenagem ao interesse público que também lhes subjaz-lhe foi outorgado o estatuto de instituição de solidariedade social*». Em sentido idêntico, aderindo a esta jurisprudência, ver PAULO DA MESQUITA, *A tutela das misericórdias e o âmbito das jurisdições eclesiástica e do Estado*, cit., p. 133.



estadual cairiam por terra. Creio, porém, que tal solução extremada — assente numa lógica de tudo ou nada — desconsidera a necessidade de compatibilizar a liberdade de auto-organização religiosa com o dever de boa prossecução do interesse público, bem como de criteriosa implementação do princípio da igualdade<sup>(70)</sup>, visto que isentaria as IPSS's de génese canónica de exigências legais dirigidas a qualquer entidade que pretenda beneficiar daquele regime jurídico<sup>(71)</sup>.

Em suma, a recusa (ou a mera omissão negligente) de transposição das novas exigências legais para os compromissos dessas Misericórdias não implica qualquer invalidade das deliberações ou procedimentos adotados por aquelas associações de religiosos, ao abrigo das suas regras compromissórias. Daqui decorre que a aplicação de normas constantes dos compromissos, em violação do disposto no Direito português aplicável às IPSS's, não conduz a qualquer ilegalidade, do ponto de vista do Direito Canónico. Sem prejuízo da possibilidade de, caso a caso, uma Misericórdia poder manter o seu estatuto de IPPS, ao abrigo de outro regime<sup>(72)</sup>, certo é que a inobservância das novas regras de eleição e de organização das entidades de assistência social implica a perda da sua utilidade pública administrativa e, como tal, a perda do estatuto jurídico anterior de que aquela beneficiava.

Mas isso apenas afeta a dimensão temporal de tais associações de religiosos, não prejudicando a validade das suas deliberações e atuações — inclusive, de índole assistencial —, à luz do Direito Canónico. De onde resulta, que tais deliberações só poderão ser objeto de impugnação perante a jurisdição canónica, com fundamento na violação do Direito Canónico<sup>(73)</sup>.

---

<sup>(70)</sup> O respeito pelo tratamento equitativo não impede, contudo, que possa haver regras específicas que tenham em consideração o papel especial de determinada confissão religiosa, em matéria de assistência social; em especial, quando aquela assume uma importância e representatividade significativa em determinada comunidade. Assim, a propósito da Igreja Católica e da vigência de normas que regem (e até promovem) as suas atividades de culto religioso e de assistência social, ver JORGE MIRANDA, *Liberdade religiosa, igrejas e Estado em Portugal*, in «Nação e Defesa», 39 (1986), p. 130.

<sup>(71)</sup> Apesar de adotar a “teoria da incindibilidade”, PAULO DA MESQUITA não deixa de admitir e até propor uma cisão entre o controlo da validade das deliberações — atribuído, a título exclusivo, à jurisdição canónica — e o controlo das atuações externas daquelas associações de religiosos (designadamente, em matéria de atos de gestão de património ou de contratos com terceiros), que já competiria aos tribunais estaduais. Assim, ver PAULO DA MESQUITA, *A tutela das misericórdias e o âmbito das jurisdições eclesialística e do Estado*, cit., p. 137.

<sup>(72)</sup> Sustentando a autonomia entre o estatuto de utilidade pública administrativa e demonstrando que as IPSS não se limitam a ser uma modalidade de pessoa coletiva de utilidade pública, ver PAULO SIMÕES RAMOS, *Perspetiva administrativa da mudança de paradigma do estado social a partir das relações entre instituições particulares de solidariedade social e a administração*, in «E-pública», 1 (2014), p. 300.

<sup>(73)</sup> PAULO DA MESQUITA, *A tutela das misericórdias e o âmbito das jurisdições eclesialística e do Estado*, cit., p. 133.

Evidentemente, a perda do estatuto jurídico de IPSS pode prejudicar e afetar, de modo sensível, a própria capacidade efetiva de uma Misericórdia para prosseguir as suas finalidades de assistência e de caridade religiosa, na medida em que, entre outras desvantagens, a priva de apoio financeiro público<sup>(74)</sup>. Porém, o critério estadual de validade das deliberações das Misericórdias apenas funciona como filtro avaliador da conformação das associações assistencialistas privadas aos critérios de transparência e de rigor na gestão dos recursos e serviços por aquelas providenciados a quem delas necessita, permitindo, assim, ao Estado (e aos demais poderes públicos) avaliar a justeza do apoio público àquelas instituições<sup>(75)</sup>. Não pode, porém, o Estado, através dos seus tribunais, avaliar a legalidade interna das deliberações e atuações das associações de religiosos, de acordo com os critérios por si fixados<sup>(76)</sup>, sob pena de violação da Nova Concordata e do princípio laico da separação entre o Estado, as igrejas e as demais confissões religiosas.

E nem se diga que qualquer deliberação interna, adotada por uma Misericórdia, de acordo com as suas regras compromissórias, afetaria sempre a sua vertente assistencialista religiosa e social e, como tal, assumiria sempre uma eficácia externa. Em boa verdade, isso corresponderia a negar a própria essência das associações de religiosos (e, por conseguinte, também das Misericórdias), visto que, de acordo com o Direito Canónico, elas são erigidas ou reconhecidas, precisamente com vista à prestação de serviços assistenciais externos<sup>(77)</sup>. O critério distintivo deve residir, por conseguinte, numa ideia de prevalência da função prosseguida. Obviamente, as Misericórdias podem e celebram contratos de Direito Privado,

---

(74) Assinalando este aspeto financeiro da cooperação entre o Estado e as IPSS's, ver PAULO SIMÕES RAMOS, *Perspectiva administrativa da mudança de paradigma do estado social a partir das relações entre instituições particulares de solidariedade social e a administração*, cit., p. 303. Em especial, sobre o papel das misericórdias na prestação destes serviços de assistência social e sua colaboração, por via protocolar, com o Estado, ver MARIA ANTÓNIA LOPES, *As Misericórdias de D. José ao final do século XX*, cit., p. 111.

(75) PAULO DA MESQUITA, *A tutela das misericórdias e o âmbito das jurisdições eclesiástica e do Estado*, cit., p. 134.

(76) GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa — Anotada*, cit., p. 820; PAULO DA MESQUITA, *A tutela das misericórdias e o âmbito das jurisdições eclesiástica e do Estado*, cit., p. 134.

(77) Conforme bem demonstra alguma doutrina, "(a)s estruturas sociais da Igreja estão ao serviço de sua natureza sacramental. Elas a comunicam e a expressam. Todos os fiéis, por conseguinte, devem empenhar-se constantemente em fazer resplandecer nas estruturas externas a autenticidade da comunidade de fé, esperança e caridade". Assim, ver CARLOS MONTEIRO STEFFEN, *Igreja e Direito Canónico — A dimensão jurídica do mistério da Igreja*, Pontifícia Universidade Católica de Ribeiro Grande do Sul, Porto Alegre, 2014, p. 20.

ao longo da sua vida quotidiana, em que prevalece a ideia de autonomia privada e de tendencial paridade entre as partes contratantes. Quanto a tais atos jurídicos, prevalece — evidentemente — o Direito Privado, de fonte estadual<sup>(78)</sup>. Mas apenas quanto à sua manifestação externa. Uma declaração de vontade, expressa por um órgão ou um titular de uma pessoa jurídica canónica, pode ser declarado inválido, bem entendido, com fundamento na violação da lei civil (ou administrativa)<sup>(79)</sup>. O que não pode é a deliberação social proferida, ao abrigo de normas canónicas, ser alvo de impugnação e respetiva invalidação judicial, por um tribunal estadual.

Em suma, a única consequência jurídica — do ponto de vista do Direito estadual — resultará no não reconhecimento às Misericórdias de um estatuto jurídico especificamente previsto e pensado para o plano temporal. Como sucede, a título exemplificativo, pela criação de um estatuto jurídico especialmente aplicável às IPSS's.

## 5. O controlo jurisdicional paralelo das deliberações das associações de religiosos

Sem prejuízo de um controlo jurisdicional ocasional, pelos tribunais estaduais, de atuações externas das associações de religiosos (incluindo aquelas que decorram da necessidade de executar deliberações tomadas ao abrigo de normas canónicas), certo é, então, que cabe apenas aos tribunais

---

<sup>(78)</sup> Precisamente por isso, os tribunais civis portugueses têm vindo a assumir a sua competência para conhecer de atos de disposição do património de pessoas jurídicas canónicas (designadamente, atos de doação ou de compra e venda), ainda que estes possam pressupor ou exigir a intervenção de autoridades eclesásticas, conforme demonstra, por exemplo, o acórdão proferido pela 7.ª Secção do Supremo Tribunal de Justiça, em 25 de fevereiro de 2010, Proc. n.º 6824/03.OTBB.G1.S1.

<sup>(79)</sup> No âmbito das relações juslaborais das Misericórdias e, em especial, da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa (SCML) — que, recorde-se (cf. § 2 do presente estudo), assume uma natureza híbrida de entidade privada com utilidade pública administrativa —, os tribunais administrativos portugueses têm vindo a ser confrontados com questões que têm aceite como integrando a sua competência, em razão da matéria. A título de exemplo, os tribunais administrativos têm aceite conhecer de: *a*) determinação sobre se os cortes remuneratórios determinados pelas leis dos orçamentos de 2011 e 2012 também se aplicavam a trabalhadores daquela associação de religiosos [cf. Acórdãos do Tribunal Central Administrativo Sul (TCA-S), proferidos em 15 de outubro de 2015, Proc. n.º 11212/14, e em 15 de dezembro de 2016, Proc. n.º 12139/15]; *b*) Avaliação jurisdicional das consequências da extinção de uma IPSS e subsequente integração da mesma na SCML, para efeitos de manutenção das relações laborais entre os trabalhadores da primeira entidade e a entidade que a integrou (cf. Acórdão do TCA-S, proferido em 16 de fevereiro de 2006, Proc. n.º 00097/04); *c*) Admissibilidade de recurso hierárquico e tutelar de decisão da Mesa da SCML para os Ministros da Segurança Social e da Saúde (cf. Acórdão do TCA-S, proferido em 30 de junho de 2005, Proc. n.º 10168/00).

canónicos aferir da validade das deliberações proferidas pelos órgãos daquelas<sup>(80)</sup>. Existe, assim, um controlo jurisdicional paralelo: um de tipo estadual, que apenas conhece dos reflexos externos das atuações daquelas associações de religiosos; outro de tipo canónico, que afere da validade intrínseca das respetivas deliberações<sup>(81)</sup>.

Tal não tem impedido ou evitado, porém, que diversos membros de irmandades de Misericórdias (bem como os respetivos trabalhadores ou terceiros que com elas se relacionam) tenham vindo a instaurar ações judiciais, nos tribunais estaduais portugueses, contra aquelas associações de religiosos. Em especial, desde cedo, os tribunais judiciais têm sido confrontados com a impugnação de atos eleitorais para escolha dos titulares de órgãos de pessoas jurídicas canónicas — em especial, das Misericórdias —, tendo sempre concluído, invariavelmente, pela falta de jurisdição dos tribunais portugueses. A primeira dessas ocasiões, ainda num caso abrangido pela vigência da Concordata de 1940, ocorreu com a prolação de acórdão pelo Supremo Tribunal de Justiça, em 11 de julho de 1985, que expressamente reconheceu a falta de jurisdição dos tribunais judiciais portugueses para conhecer de (alegadas) irregularidades ou invalidades de procedimentos eleitorais para escolha de titulares de órgãos das Misericórdias, precisamente porque caberia, de modo exclusivo, às autoridades eclesiásticas fiscalizar esses mesmos procedimentos<sup>(82)</sup>.

Este entendimento encontra-se, hoje, absolutamente consolidado nos tribunais portugueses, conforme se demonstra pela seguinte resenha, de cunho meramente exemplificativo:

- i) Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça (STJ), de 27 de janeiro de 2005 (Proc. n.º 04B4525), que declarou a incompe-

---

<sup>(80)</sup> Nesse sentido, considerando que a intromissão do Estado, através dos seus tribunais, na vida interna das Misericórdias, corresponderia a uma ofensa à liberdade de auto-organização das igrejas (e das pessoas jurídicas canónicas), ver GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa — Anotada, cit.*, p. 613; PAULO DÁ MESQUITA, *A tutela das misericórdias e o âmbito das jurisdições eclesiástica e do Estado, cit.*, p. 131.

<sup>(81)</sup> GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa — Anotada, cit.*, p. 821; PAULO DÁ MESQUITA, *A tutela das misericórdias e o âmbito das jurisdições eclesiástica e do Estado, cit.*, p. 135.

<sup>(82)</sup> O referido acórdão decidiu, expressamente, que: “IV — Competindo ao Ordinário diocesano, por força do normativo legal, a aprovação dos corpos gerentes das Misericórdias, caber-lhe-á também, por necessária inerência, verificar a regularidade da eleição. V - São, assim, incompetentes os tribunais comuns para apreciar as irregularidades alegadamente verificadas na eleição dos corpos gerentes de uma Misericórdia”. O texto do referido acórdão foi publicado no «Boletim do Ministério da Justiça», n.º 349, Ano 1985, pp. 432, ss., e encontra-se disponível, para consulta pública, in <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/5d642adf611240bd802568fc003940a7?OpenDocument&Highlight=0,can%C3%B3nico>>.

tência material dos tribunais estaduais portugueses, para conhecer de providências cautelares de impugnação de atos do Bispo Diocesano relativos à invocação de irregularidades ou de invalidades e de procedimentos eleitorais para titulares de órgãos de Misericórdias e à homologação dos respetivos resultados eleitorais<sup>(83)</sup>;

- ii) Acórdão do STJ, de 17 de fevereiro de 2005 (Proc. n.º 05V116), que declarou a incompetência material dos tribunais estaduais portugueses para conhecer de providências cautelares de suspensão de ato de Mesa Administrativa de Misericórdia que tinha deliberado sobre inscrição de novos membros<sup>(84)</sup>;

---

(83) Nesse acórdão, pode ler-se: “*Cabe, pois, ao Ordinário diocesano a orientação das instituições na sua diocese, bem como a aprovação dos seus corpos gerentes e dos relatórios e contas. Apesar dessa tutela da autoridade eclesiástica (o Ordinário diocesano), o Estado reservou para si, quanto às contas, a seguinte tutela: “carecem de visto dos serviços competentes”. No entanto, quanto à aprovação dos gerentes dessas associações, nenhuma tutela reservou para si o Estado, o que resulta também, e é reafirmado, ao se regularem os casos da destituição destes e da suspensão dos corpos gerentes, sem que os casos previstos contendam com a sua eleição ou aprovação. Aí, trata-se de matéria da vida interna da associação, sem repercussão no fim assistencial, ou, pelo menos, assim o entendeu o legislador. E essa “aprovação” dos corpos gerentes abrange a verificação da regularidade da sua eleição porque doutra forma, tal ato limitar-se-ia “à oposição de uma chancela”, sendo certo que tais atos “não respeitam” ao fim de assistência ou de solidariedade social que a instituição se propõe realizar, mas à sua vida interna”, como acertadamente se refere no citado Ac. do STJ de 11.7.85. E compreende-se esta separação entre as vertentes social e religiosa, no caso em análise, porque a seleção dos irmãos depende da verificação das condições exigidas pelo art. 7.º do Compromisso, que, naturalmente, não podem ser sindicadas pelos tribunais mas, antes, pelo Ordinário diocesano, designadamente a que vem descrita na al. d) desse normativo. Uma das razões fundamentais porque se impugnam as deliberações de 16.10.03 e de 21.11.03 prende-se com a admissão de 16 irmãos “sem cumprir os requisitos legais, quanto à forma de apresentação das propostas e ao método da sua aprovação”, na primeira e, a participação destes no colégio eleitoral, na segunda. Questões, que, como se deixa exposto, apenas podem ser sindicadas pela autoridade eclesiástica e, conseqüentemente, as violações invocadas nas duas deliberações” (cf. in <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/1eda38eae45b165480256fab0036a477?OpenDocument&Highlight=0,can%C3%B3nico>>).*

(84) Ali se decidiu que: “*I. O ato da Mesa Administrativa de uma Misericórdia relativo à admissão, filiação ou adesão de novos irmãos como membros efetivos da Irmandade respeita exclusivamente à vida interna ou inter-orgânica da instituição em causa, cuja fiscalização e tutela competem, por isso, ao “Ordinário Diocesano”. II. Não cabe, assim aos tribunais indagar da idoneidade ou da idoneidade dos candidatos à filiação nesse instituto eclesial, e muito menos sindicá-los a “legalidade”, ou sequer a oportunidade ou a conveniência, do ato de apreciação (positiva ou negativa) dessas candidaturas ou pedidos de filiação/admissão. III. E daí a incompetência dos tribunais comuns “ratione materiae” para a sindicância da questionada legalidade e, conseqüentemente, para a apreciação de providência cautelar de suspensão da decisão da mesa administrativa — órgão executivo da Misericórdia — sobre a admissão de novos irmãos” (cf. in <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/2d44d75b1bcf3f6880256fb9003e5732?OpenDocument&Highlight=0,can%C3%B3nico>>).*

- iii) Acórdão da 7.<sup>a</sup> Secção do STJ, de 17 de dezembro de 2009 (Proc. n.º 743/08.0TBABT-A.E1.S1), que declarou a incompetência material dos tribunais portugueses para conhecer de providência cautelar para condenação de Presidente da Mesa da Assembleia Geral de Misericórdia à concessão de posse a candidatos vencedores de eleição não homologada por despacho do competente Bispo Diocesano, por considerar que só estão sujeitos à jurisdição judicial portuguesa aqueles atos de aplicação de regimes jurídicos portugueses, incluindo o regime jurídico das IPSS's, quanto a atividades de assistência social, complementarmente exercidas por aquelas pessoas jurídicas canónicas<sup>(85)</sup>;
- iv) Acórdão da 6.<sup>a</sup> Secção do STJ, de 22 de fevereiro de 2011 (Proc. n.º 332/09.2TBPDL.L1.S1), que apenas declarou competentes os tribunais judiciais quanto ao julgamento de controvérsias relativas à disposição de bens temporais que sejam propriedade de pessoas jurídicas canónicas qualificadas como associações privadas de fiéis<sup>(86)</sup>;
- v) Acórdão da 6.<sup>a</sup> Secção do STJ, de 10 de dezembro de 2013 (Proc. n.º 27/09.7TBHRT.L1.S1), que declarou a incompetência material (e, também, internacional) dos tribunais estaduais portugueses para conhecer de providência cautelar para reconhecimento de decreto de Bispo Diocesano que nomeou comissão administrativa e para condenação à abstenção de atos por

---

<sup>(85)</sup> Nesse acórdão, esclareceu-se que: “2. *Os tribunais portugueses apenas são competentes para a aplicação dos regimes jurídicos instituídos pelo direito português — nomeadamente no DL119/83, que institui o regime das Instituições Particulares e Solidariedade Social — quanto às atividades de assistência e solidariedade, exercidas complementarmente pelas pessoas jurídicas canónicas.* 3. *Está excluída — desde logo, como decorrência do princípio constitucional da separação da Igreja e do Estado — a possibilidade de outorgar a um tribunal ou entidade pública o poder de sindicar um concreto ato ou decisão da competente autoridade eclesiástica no exercício da sua tarefa de vigilância e fiscalização sobre a vida interna de associações constituídas sob a égide do Direito Canónico — no caso, a recusa de homologação do resultado eleitoral para os corpos gerentes de uma Misericórdia, estatutariamente imposta como condição para a investidura — não podendo, por força do referido princípio constitucional, existir zonas de interferência, sobreposição ou colisão entre as competências atribuídas aos órgãos estaduais e as conferidas às autoridades eclesiásticas”* (cf. in <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/f56527377262d4e1802576900050426f?OpenDocument&Highlight=0,can%C3%B3nico>>).

<sup>(86)</sup> Para maior detalhe, ver o texto integral do acórdão que se encontra disponível, para consulta, in <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/2dd841766a9110e18025784e005a2988?OpenDocument&Highlight=0,can%C3%B3nico>>.

parte dos anteriores titulares de órgão de pessoa jurídica canónica<sup>(87)</sup>.

De toda esta extensa jurisprudência, decorre que a questão em apreço não se afigura — de modo algum — controversa, tendo vindo a ser reiteradamente apreciada e decidida pelos tribunais portugueses, sempre no sentido da incompetência internacional dos mesmos para conhecerem de questões relativas à validade de procedimentos eleitorais destinados à escolha de titulares de órgãos de pessoas jurídicas canónicas como as Misericórdias. Da sua leitura e análise, resulta que a opção entre a aceitação (ou recusa) da competência internacional dos tribunais judiciais portugueses resulta da verificação da natureza meramente jurídico-civil ou canónica das questões controvertidas que os sujeitos processuais escolhem como objeto das respetivas ações ou requerimentos cautelares.

## 6. A reserva de impugnação canónica das deliberações das associações de religiosos

Importa reiterar que é a própria Constituição da República Portuguesa (cf. art. 46.º, n.º 1) que confere aos indivíduos o direito de criação e

---

<sup>(87)</sup> Nesse acórdão, pode ler-se que: “*Ora, estando em causa (causa de pedir) neste procedimento cautelar a nomeação da comissão em substituição da requerida, feita de Decreto Bispal de 15-07-2008, bem como a prática de atos ligados ao governo da Pia União, dívidas parecem não existir quanto à tutela desses atos pertencer à autoridade eclesiástica. (...) Em conclusão, estando em causa a (abstenção da) prática de atos de representação da segunda requerente como seja conferir mandatos, administrar bens, onerar bens de uma associação pública de fiéis, como aqui acontece com a Pia União, a qual prossegue estatutariamente fins religiosos, como a santificação individual pelo cumprimento dos Preceitos e Conselhos Evangélicos e normas da Igreja e a evangelização dos Pobres pelo exemplo e prática das Obras de Misericórdia, e em que se prova que os respetivos membros sempre observaram e cumpriram, na sua atividade, as normas do Direito Canónico, os tribunais judiciais portugueses não podem interferir na apreciação daqueles atos, quando praticados em conformidade com o Direito Canónico, como é o caso, por exemplo, da validade intrínseca do Decreto Bispal, de 15/072008, que nomeou uma comissão para administrar a Pia União. Chegados aqui é de concluir pela incompetência absoluta — internacional e em razão da matéria — dos tribunais judiciais portugueses para conhecer do presente procedimento cautelar, nos termos do art. 65.º, n.º 1, do CPC. Incompetência que, enquanto exceção dilatória de conhecimento oficioso, veda o conhecimento da exceção de caso julgado, por prejudicada, o que importa a absolvição dos requeridos da instância — arts. 101.º, 105.º, n.º 1, e 494.º, al. a), todos do CPC*”. O texto do referido acórdão foi publicado no «Boletim do Ministério da Justiça», n.º 349, Ano 1985, pp. 432 e segs., podendo ser igualmente consultado in <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954ff0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/e7ddbe7a5a0cc65380257c610034153d?OpenDocument&Highlight=0,miseric%C3%B3rdia>>.

de auto-organização de associações com vista à prossecução de fins por aquela protegidos, incluindo os de natureza religiosa (cf. art. 41.º, n.º 4)<sup>(88)</sup>. Assim sendo, em direta execução da Nova Concordata, de 2004, torna-se natural que seja reconhecida à Santa Sé, na sua qualidade de pessoa jurídica de Direito Internacional, a prerrogativa de fixar as regras relativas à disciplina do funcionamento das pessoas jurídicas canónicas e do respetivo procedimento impugnatório<sup>(89)</sup>. Para além das regras diretamente decorrentes do Código de Direito Canónico, regem ainda outras normas regulamentares e interpretativas que sejam fixadas por órgãos a quem seja atribuída tal competência.

Foi isso que a Conferência Episcopal Portuguesa fez, quando aprovou o Decreto Geral Interpretativo, que foi anexado ao Compromisso celebrado com a União das Misericórdias Portuguesas<sup>(90)</sup>, em 2 de maio de 2011. Ali se esclarece que:

*«Artigo 2.º  
(Órgãos sociais)*

*1 — O processo eleitoral para designação dos titulares dos Órgãos Sociais das Santas Casas de Misericórdia decorrerá segundo os preceitos dos respectivos Estatutos (Compromissos), aprovados pelo Bispo Diocesano, nos termos, quer da lei canónica (cân. 164-179), quer da lei civil<sup>(91)</sup>.*

---

<sup>(88)</sup> GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa — Anotada, cit.*, p. 613.

<sup>(89)</sup> Nos termos do art. 10.º, n.º 1, da Concordata de 2004, cabe ao Direito Canónico disciplinar a constituição, modificação e extinção de pessoas jurídicas canónicas, sendo que o Estado português se compromete a um reconhecimento automático, “*ope legis*”, da respetiva personalidade jurídica civil, desde que a sua constituição tenha sido comunicada pelo bispo da diocese respetiva até à data de entrada em vigor daquela Concordata, quanto às pessoas canónicas previamente constituídas (cf. art. 10.º, n.º 2), ou desde que sejam averbadas ao registo próprio existente junto da Comissão de Liberdade Religiosa, quando sejam constituídas em data posterior (cf. art. 10.º, n.º 3).

<sup>(90)</sup> PAULO DÁ MESQUITA, *A tutela das misericórdias e o âmbito das jurisdições eclesialística e do Estado, cit.*, p. 120.

<sup>(91)</sup> Note-se que a referência a “*quer da lei civil*” encontra-se diretamente relacionada com o trecho normativo “*aprovados pelo Bispo Diocesano*”. Isto significa que é a aprovação dos compromissos pelo bispo diocesano que decorre da lei civil e não o procedimento deliberativo e eleitoral dos órgãos de associações de religiosos que fica sujeito à lei civil. Com efeito, o próprio art. 11.º, n.º 1, da Concordata de 2004, determina que as pessoas jurídicas canónicas se regem quer pelo Direito Canónico, quer pelo Direito Civil. Esta norma, conjugada com o art. 2.º do Decreto Geral Interpretativo deve ser interpretada no sentido de que os Compromissos das Misericórdias devem respeitar os requisitos dos pactos sociais das pessoas coletivas privadas, regidas pelo Direito Civil, cabendo ao bispo diocesano territorialmente competente aferir do seu cumprimento; se necessário, rejeitando os referidos Compromissos. Porém, as regras deliberativas das Misericórdias (e das demais associações de religiosos) regem-se, exclusivamente, pelas normas de Direito Canónico e pelas normas compromissórias acordadas pelos respetivos fiéis.



Reforçando esta unicidade paramétrica do Direito Canónico, o próprio art. 70.º, n.º 2, do Estatuto das IPSS's, estabelece que *“as obrigações e os direitos dos associados constam do compromisso da respetiva irmandade”*. Daqui resulta que a lei portuguesa reconhece que é o Direito Canónico que rege a organização, o funcionamento e, portanto, o procedimento deliberativo e eleitoral dos órgãos de pessoas jurídicas canónicas, nelas incluídas as Misericórdias<sup>(92)</sup>.

Ora, nos termos do Direito Canónico, cabe ao Bispo Diocesano territorialmente competente regular, supervisionar e decidir acerca de qualquer impugnação relativa a deliberações ou procedimentos eleitorais das Misericórdias<sup>(93)</sup>. Com efeito, o Bispo Diocesano territorialmente competente dispõe de poderes para:

- i) Receber, admitir e rejeitar listas de candidatura (cf. art. 2.º, n.º 2, do Decreto Geral Interpretativo);
- ii) Decidir sobre reclamações relativas ao procedimento eleitoral (cf. art. 2.º, n.º 2, do Decreto Geral Interpretativo);
- iii) Homologar ou rejeitar a homologação dos resultados eleitorais (cf. art. 2.º, n.º 3, do Decreto Geral Interpretativo);
- iv) Fundamentar a recusa de homologação (cf. art. 2.º, n.º 4, do Decreto Geral Interpretativo);
- v) Nomear comissões administrativas, com vista à organização de novo ato eleitoral (cf. art. 2.º, n.º 5, do Decreto Geral Interpretativo).

---

<sup>(92)</sup> Já no século XVI, nas eleições para a Irmandade de Silves, por decreto régio se determinou que o Provedor dos Algarves assistisse ao ato eleitoral e respetiva contagem de votos que era feita através do depósito de favas em bolsas de tecido correspondentes a cada candidatura. Aliás, a expressão *“são favas contadas”* remonta, precisamente, a esta prática usual num período tardio da Idade Média. Demonstrando que os processos eleitorais para os órgãos das misericórdias têm sido, invariavelmente e desde sempre, deveras conturbados, ver ISABEL DOS GUIMARÃES SÁ, *As Misericórdias da fundação à União Dinástica*, cit., p. 38; ANA ISABEL COELHO SILVA, *A norma e o desvio: história da evolução dos compromissos das misericórdias portuguesas*, cit., pp. 51 e 83.

<sup>(93)</sup> Por isso mesmo, o Código do Direito Canónico reparte esse poder entre a Santa Sé e o clérigo ou autoridade eclesiástica territorialmente competente, estabelecendo que: *«Cân. 305 — § 1. Todas as associações de fiéis estão sujeitas à vigilância da autoridade eclesiástica competente, à qual pertence velar para que nelas se mantenha a integridade da fé e dos costumes, e cuidar que não se introduzam abusos na disciplina eclesiástica; por isso, compete-lhe o dever e o direito de as visitar segundo as normas do direito e dos estatutos; estão igualmente sujeitas ao governo da mesma autoridade, segundo a prescrição dos cânones seguintes. § 2. Estão sujeitas à vigilância da Santa Sé as associações de qualquer género; e de do Ordinário do lugar as associações diocesanas e também as outras associações na medida em que actuem na diocese»*.

Daqui decorre que o Bispo Diocesano territorialmente competente, na sua qualidade de autoridade eclesiástica que exerce poderes sobre o território onde se insere cada Misericórdia, pratica atos administrativos que se revestem de uma autoridade própria e exclusiva do foro eclesiástico, sempre no exercício de poderes que lhe foram conferidos pela Santa Sé<sup>(94)</sup>. Assim sendo, qualquer impugnação de um ato deliberativo ou eleitoral de uma Misericórdia deve ser apresentada perante aquela autoridade eclesiástica e não perante os tribunais estaduais portugueses. Conforme já *supra* demonstrado<sup>(95)</sup>, isso não significa que os atos reflexamente provocados pela deliberação não possam ser impugnados perante os tribunais cíveis ou administrativos. Por exemplo, um simples contrato de compra e venda que tenha sido celebrado mediante uma declaração de vontade afetada por um vício decorrente de deliberação inválida, à luz do Direito Canónico, pode sempre ser alvo de impugnação perante os tribunais estaduais; por exemplo, sob alegação de incapacidade, do titular do órgão que proferiu a declaração de vontade, para vincular a pessoa jurídica em causa<sup>(96)</sup>. O que já não pode suceder é o controlo jurisdicional, pelos tribu-

---

<sup>(94)</sup> Isso mesmo já decidiu o Supremo Tribunal de Justiça, através de acórdão proferido em 17 de fevereiro de 2005, Proc. n.º 05B116 (que pode ser consultado *in* <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/2d44d75b1bcf3f6880256fb9003e5732?OpenDocument&Highlight=0,can%C3%B3nico>>: «*Assim, como refere no sobredito Ac. do STJ de 10-7-85 — que vimos seguindo de perto - sem prejuízo da tutela do Estado, que se manifesta, além de outros modos, através da sua intervenção nos actos discriminados no art. 32.º, ss. do Estatuto (aquisição e alienação de bens, empréstimos, realização de inquéritos, sindicâncias e inspecções, destituição dos gerentes por actos reiterados de gestão prejudicial, requisição de bens para utilização em fins idênticos, etc.), as instituições da Igreja Católica - assim se acolhendo as prescrições do Código de Direito Canónico — estão submetidas à tutela da autoridade eclesiástica que, no tocante às que tenham âmbito diocesano, é exercida pelo competente Ordinário, o qual as orienta, aprova os seus corpos gerentes e os relatórios e contas anuais (art. 48º)*». Ainda na esteira do mesmo aresto, “... se ao Ordinário diocesano cabe, por força da lei a aprovação dos corpos gerentes das Misericórdias, caber-lhe-á também, por necessária inerência, verificar a regularidade da eleição, sob pena de ter de aceitar-se que a sua aprovação haveria de resumir-se à oposição de uma chancela sem qualquer sentido prático e efeito útil’ (sic). Assim, as (pretensas) irregularidades imputadas nos presentes autos à autoria da Mesa na “admissão de novos irmãos” não se situam num domínio em que se imponha o exercício de uma qualquer tutela (pública) do Estado, nem respeitam específica e directamente à prestação dos fins assistenciais ou de solidariedade social da instituição, como bem se salienta no acórdão recorrido. Encontra-se em causa, tão-somente, a vida interna ou inter-orgânica da irmandade em causa (relativa à filiação ou adesão de novos irmãos como seus membros efectivos) cuja fiscalização e tutela competem, por força do citado art. 48.º, ao “Ordinário Diocesano”. Não cabe aos tribunais indagar da idoneidade ou da inidoneidade dos candidatos à filiação num dado instituto eclesial (como é o caso de uma Misericórdia), e muito menos sindicá-la “legalidade”, ou sequer a oportunidade ou conveniência, do acto de apreciação (positiva ou negativa) dessas candidaturas ou pedidos de filiação/admissão”.

<sup>(95)</sup> Cf. § 4 do presente estudo.

<sup>(96)</sup> Pode discutir-se, contudo, se o tribunal estadual pode conhecer, ainda que apenas circunscrito ao caso concreto em apreço, da (in)validade da declaração resultante de deliberação (alegada-

nais estaduais, da própria (in)validade da deliberação da Misericórdia, à luz do Direito Canónico.

Esta autonomia da jurisdição canónica tem vindo a ser reiteradamente afirmada pela jurisprudência unânime nos tribunais portugueses, conforme já teve oportunidade de demonstrar<sup>(97)</sup>. A mero título de exemplo, através de Acórdão proferido em 17 de dezembro de 2009, no âmbito do Proc. n.º 743/08.0TBABT-A.E1.S115, o Supremo Tribunal de Justiça<sup>(98)</sup> já considerou que:

*«6. Não nos parece que o novo texto Concordatário ponha minimamente em causa o entendimento segundo o qual os aspetos estruturais, internos ou intra-orgânicos de uma «associação pública de fiéis, constituída na ordem jurídica canónica», e tendo como fins e atribuições, não apenas a prática de atividades de solidariedade social, mas também a «realização de atos de culto católico», por essencialmente conexonados com a ordem jurídica canónica, são da jurisdição das autoridades e do foro eclesiástico.*

*Seria, na verdade, incongruente com a natureza que incontestavelmente assiste à entidade requerente de pessoa coletiva canónica que devesse incumbir aos tribunais ou autoridades estaduais uma intromissão na vida interna de tal associação de fiéis, regida pela ordem jurídica canónica, em tudo aquilo que se não prenda, de modo direto e imediato, com uma actividade de realização de prestações assistenciais: é que, sendo obviamente unitários os órgãos da pessoa coletiva canónica, compete-lhes prosseguir, desde logo e em primeira linha, os fins e atribuições de índole religiosa da entidade em cujo substrato orgânico se inserem — e não apenas as atividades extrínsecas de solidariedade social, em nome das quais — e em homenagem ao interesse público que também lhes subjaz — lhe foi outorgado o estatuto de instituição de solidariedade social».*

E, aliás, interpretando os arts. 11.º e 12.º da Nova Concordata de 2004, mais demonstra o Supremo Tribunal de Justiça que aqueles pre-

---

mente) contrária ao Direito Canónico ou se deve, antes: a) colocar uma questão prejudicial aos tribunais eclesiásticos; b) suspender a instância e aguardar pelo trânsito em julgado de decisão de tribunal eclesiástico sobre a matéria. Com efeito, o art. 92.º, n.º 1, do Código de Processo Civil, permite aos tribunais judiciais colocar uma questão prejudicial ao tribunal competente e sobrestar na decisão, até que aquele profira decisão. Porém, a norma apenas admite, no seu sentido mais literal, a colocação de questões prejudiciais à jurisdição penal e/ou administrativa, mas não à jurisdição canónica. Ainda assim, em homenagem ao princípio da harmonia de julgados — que decorre do princípio do Estado de Direito, na sua vertente de segurança jurídica (cf. art. 2.º da Constituição) — entendo que aquela norma pode ser convocada, para que um tribunal cível coloque questão prejudicial ao competente tribunal eclesiástico sobre matérias exclusivamente canónicas, mediante recurso a uma interpretação extensiva do preceito.

<sup>(97)</sup> Cf. § 5 do presente estudo.

<sup>(98)</sup> O texto do referido acórdão encontra-se disponível in <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/f56527377262d4e1802576900050426f?OpenDocument&Highlight=0,can%C3%B3nico>>.

ceitos concordatários apenas pretenderam esclarecer que apenas haverá jurisdição dos tribunais judiciais portugueses quando estejam em causa atuações de assistência social que assumam natureza exclusivamente jurídico-civil. Assim, veja-se o já referido acórdão proferido em 17 de dezembro de 2009:

*«Como dá nota o atrás citado ac. de 26/4/07, a principal diferença de regimes, nesta sede, situa-se no texto do art. 11.º da Concordata de 2004, segundo o qual as pessoas jurídicas canónicas, decorrentes do princípio da livre organização da Igreja Católica proclamado pelo art. 10.º — e que inteiramente se mantém e reforça — se regem pelo direito canónico e pelo direito português, aplicados pelas respetivas autoridades.*

*Pretendeu-se com esta norma fazer coincidir as regras de jurisdição e competência com as normas de direito material aplicáveis pelo foro eclesiástico e pelos tribunais e autoridades públicas, pondo termo à possibilidade — que efetivamente se verificava anteriormente de:*

*— os regimes instituídos pelo direito português e aplicáveis às entidades que, para além de fins religiosos, se propunham também fins de assistência ou beneficência, serem «tornados efetivos através do Ordinário competente», por força do estatuído no art. IV da Concordata de 1940;*

*— poderem eventualmente os tribunais portugueses, por força da articulação das regras de competência internacional com as «normas de conflitos» vigentes, terem de aplicar o Direito Canónico à dirimição de certos e determinados litígios (cf. a situação versada no ac. 268/04 do TC).*

*Continua, porém, a resultar claramente do teor do art. 12.º da Concordata de 2004 que as pessoas jurídicas canónicas que, além de fins religiosos, prosseguem fins de assistência e solidariedade desenvolvem a sua actividade de acordo com o regime jurídico instituído pelo direito português: ou seja, a aplicabilidade da ordem jurídica nacional não tem lugar quanto à regulação dos aspetos estruturais, orgânicos ou internos das pessoas coletivas canónicas, mas apenas quanto à disciplina de certas atividades, extrínsecas e complementares aos fins estritamente religiosos, envolvendo aspetos de índole patrimonial e prestacional que justificam a aplicação do nosso ordenamento jurídico e a sujeição a alguma forma de tutela ou controlo público (até porque, em muitos casos, o exercício de tal atividade prestacional envolve o recebimento de apoios ou subsídios públicos).*

*E este entendimento é inteiramente confirmado, no nosso ordenamento jurídico interno, já que o art. 48.º do DL.119/83 reafirma o princípio da tutela da autoridade eclesiástica na orientação — e na vida interna — das instituições, envolvendo, nomeadamente, a aprovação dos respetivos corpos gerentes».*

Daqui pode extrair-se, pelo menos, a seguinte conclusão: qualquer disputa sobre uma alegada invalidade de uma deliberação ou de um procedimento eleitoral para escolha dos titulares de uma pessoa jurídica canónica não pode ser integrada no conceito de “*atividades extrínsecas e complementares aos fins estritamente religiosos, envolvendo aspetos de índole*

*patrimonial e prestacional*". Por conseguinte, mesmo que o demandante invoque uma alegada violação de normas do ordenamento jurídico estadual — nelas incluídas as previstas no Estatuto das IPSS's e no próprio Código Civil —, tal só se pode refletir, reflexamente, nos atos de Direito Privado (ou com relevância jurídico-administrativa) que venham a ser praticados, em execução das deliberações proferidas pelos órgãos das Misericórdias e das demais pessoas coletivas canónicas.

Assim, as deliberações (incluindo as de natureza eleitoral) das Misericórdias correspondem a um ato puramente interno de uma pessoa jurídica canónica que, aliás, configura o reduto mais irredutível da sua natureza eclesiástica: a determinação da sua ação evangelizadora e assistencial e a escolha dos titulares dos órgãos que a representam. Tais titulares de órgãos associativos formam e expressam a vontade da pessoa jurídica canónica quer externamente — no exercício das suas atividades de assistência e de prestação de serviços de solidariedade social —, quer internamente, na prossecução das suas finalidades de culto religioso e de difusão da fé católica. Entre outros poderes, cabe aos titulares dos órgãos relacionarem-se com as autoridades eclesiásticas da Santa Sé, assim representando a pessoa jurídica canónica.

A falta de jurisdição dos tribunais estaduais é, assim, evidente, podendo a mesma ser invocada enquanto fundamento que impede o conhecimento do objeto do pedido, nos termos que de ora em diante se demonstrarão.

## **7. A impugnação de atuações com eficácia externa da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa**

Por fim, importa ainda indagar acerca da especificidade da impugnação de deliberações proferidas por órgãos da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa. Atenta a sua natureza híbrida<sup>(99)</sup>, suscita-se a dúvida sobre se as atuações imputadas aos respetivos órgãos devem ser impugnadas perante

---

<sup>(99)</sup> Conforme já se demonstrou, *supra* (cf. § 2 do presente estudo), a Santa Casa da Misericórdia de Lisboa corresponde a uma pessoa coletiva de Direito Privado, com estatuto de utilidade pública administrativa, que, apesar de se encontrar sujeita à tutela do membro do Governo responsável pela área da segurança social, permanece sujeita ao Direito Canónico, em tudo o que diga respeito à organização interna (incluindo o procedimento eleitoral e deliberativo dos seus órgãos) e ao Direito Privado, no que implique a celebração de contratos com terceiros, dotados de eficácia externa, incluindo contratos de trabalho.

os tribunais judiciais ou perante os tribunais administrativos. Toda a linha argumentativa *supra* expendida<sup>(100)</sup> se aplica a esta específica associação de religiosos. Porém, resta apenas refletir quer sobre a tomada de decisões administrativas por membros do Governo, no âmbito do exercício dos seus poderes de tutela, quer sobre o reflexo que determinadas deliberações internas assumem face a terceiros, sejam eles trabalhadores, prestadores de serviços ou fornecedores de bens.

Em regra, a jurisprudência administrativa tem vindo a rejeitar competência para apreciar pedidos de impugnação de atos dos órgãos daquela associação de religiosos quando os mesmos digam respeito a contratos de trabalho ou a contratos de prestação de serviços. Assim, ver:

- i) Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, proferido em 4 de maio de 1978, 1.<sup>a</sup> Secção, Proc. n.º 010219, que declarou a incompetência da jurisdição administrativa para conhecer de questões relativas à fixação da remuneração dos funcionários dos serviços da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa<sup>(101)</sup>;
- ii) Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, proferido em 22 de janeiro de 1981, 1.<sup>a</sup> Secção, Proc. n.º 014616, que declarou a incompetência da jurisdição administrativa para conhecer de questões relativas à validade e execução de contratos de tarefa<sup>(102)</sup>;
- iii) Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, proferido em 7 de junho de 1988, 2.<sup>a</sup> Subsecção do Contencioso Administrativo, Proc. n.º 014616, que declarou a incompetência da jurisdição administrativa para conhecer de questões relativas à validade e execução de contratos de trabalho<sup>(103)</sup>;
- iv) Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, proferido em 18 de abril de 1989, Pleno da Secção do Contencioso Administrativo, Proc. n.º 010803, que declarou a incompetência da jurisdição administrativa para conhecer de questões relativas à distribui-

---

<sup>(100)</sup> Cf. §§ 5 e 6 do presente estudo.

<sup>(101)</sup> Para maior detalhe, ver o texto integral do acórdão que se encontra disponível, para consulta, *in* <<http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/ed1a35cfe89739bd802568fc0036d7f4?OpenDocument>>.

<sup>(102)</sup> Para maior detalhe, ver o texto integral do acórdão que se encontra disponível, para consulta, *in* <<http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/ea51bbb10568eadb802568fc0038690f?OpenDocument>>.

<sup>(103)</sup> Para maior detalhe, ver o texto integral do acórdão que se encontra disponível, para consulta, *in* <<http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/bad83da18ccce92e802568fc0037eae2?OpenDocument>>.

ção de funcionários pelos serviços da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa<sup>(104)</sup>;

- v) Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, proferido em 20 de dezembro de 2000, 1.<sup>a</sup> Subsecção do Contencioso Administrativo, Proc. n.º 046642, que declarou a incompetência da jurisdição administrativa para conhecer de ação de responsabilidade civil extracontratual, por danos emergentes de procedimento disciplinar laboral, instaurada por funcionário da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa<sup>(105)</sup>.

Em boa verdade, os tribunais administrativos apenas têm aceite exercer a sua jurisdição sobre atos administrativos praticados pelos membros do Governo, no âmbito do exercício dos seus poderes de tutela, por exemplo, quando aqueles determinam a cessação de mandato de membros dos órgãos da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa<sup>(106)</sup> ou quando conhecem de recursos hierárquicos interpostos por funcionários daquela associação de religiosos<sup>(107)</sup>. Porém, ao invés, os tribunais administrativos não se têm debruçado sobre as deliberações proferidas pelos próprios órgãos daquela associação de religiosos, o que me permite deduzir que, a final, também eles corroboram a tese de que aquelas, na medida em que sejam mera expressão de auto-organização interna, apenas se encontram sujeitas à jurisdição canónica.

---

<sup>(104)</sup> Para maior detalhe, ver o texto integral do acórdão que se encontra disponível, para consulta, *in* <<http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/591d3a04cf3dd3d3802568fc00379b94?OpenDocument>>.

<sup>(105)</sup> Para maior detalhe, ver o texto integral do acórdão que se encontra disponível, para consulta, *in* <<http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/c6e50791267362af80256a85003c9bfb?OpenDocument>>.

<sup>(106)</sup> Assim, ver o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, proferido em 19 de maio de 2004, pela 3.<sup>a</sup> Subsecção do Contencioso Administrativo, Proc. n.º 041000, que aceitou conhecer de recurso de anulação de ato administrativo, proferido pelos membros do Governo responsáveis pelas áreas da saúde e da segurança social, que ratificou anterior ato administrativo que impôs a cessação de mandato de adjunta da Mesa da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa. O referido acórdão pode ser consultado *in* <<http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/9149f3717ca13a1480256ea90034240e?OpenDocument>>.

<sup>(107)</sup> Mais uma vez, reiterando que a competência para dirimir litígios laborais cabe aos tribunais judiciais (*in casu*, aos tribunais do trabalho), os tribunais administrativos também têm aceite conhecer de recursos relativos a atos de membros do Governo que rejeitem, com aquele fundamento, recursos hierárquicos interpostos por trabalhadores da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa. Nesse sentido, ver o Acórdão do Tribunal Central Administrativo do Sul, proferido em 30 de junho de 2005, pelo 1.º Juízo do Contencioso Administrativo, Proc. n.º 10168/00, que aceitou conhecer de recurso de anulação de ato administrativo que indeferiu recurso hierárquico, por falta de competência sobre a matéria. O referido acórdão encontra-se *in* <<http://www.dgsi.pt/jtca.nsf/170589492546a7fb802575c3004c6d7d/6cbd30053ea980678025703b0035d2a2?OpenDocument>>.

## 8. Imunidade de jurisdição, incompetência internacional e reserva de ordem pública internacional

Por fim, resta determinar se a subtração das associações de religiosos à jurisdição estadual — seja ela cível ou administrativa (por exemplo, no caso de instituições como a Santa Casa da Misericórdia de Lisboa) — deve ser qualificada como uma consequência do instituto da imunidade de jurisdição ou se, sendo a Santa Sé um sujeito (não estadual) de Direito Internacional<sup>(108)</sup>, deverá antes invocar-se a incompetência internacional dos tribunais (estaduais) portugueses, para obstar ao julgamento de litígios relativos às suas deliberações internas. Ou ainda se, tratando-se de matéria canónica ou eclesiástica, não estaríamos, mesmo, perante um caso de incompetência em razão da matéria (cf. art. 64.º do CPC)<sup>(109)</sup>.

Com efeito, caso se concluísse pela existência de incompetência internacional (ou de incompetência material), o respetivo regime seria particularmente rigoroso, pois não só se geraria uma nulidade absoluta [cf. art. 96.º, alínea a), do CPC], em caso de preterição das respetivas regras, como o próprio tribunal (judicial ou administrativo) poderia dela conhecer oficiosamente, até ao trânsito em julgado de sentença sobre o fundo da causa (cf. art. 97.º, n.º 1, do CPC); ao contrário do que sucede, por exemplo, nas situações de incompetência territorial ou de incompetência em razão do valor.

Sucedo, porém, que não deve confundir-se jurisdição com competência<sup>(110)</sup>. Antes de se verificar se determinado tribunal dispõe de competên-

---

<sup>(108)</sup> Qualificando a Santa Sé (ou a Igreja Católica) como sujeito de Direito Internacional — qualificação essa que decorre expressamente dos Acordos de Latrão, de 11 de fevereiro de 1929 —, ver JORGE MIRANDA, *Curso de Direito Internacional Público*, Principia, 2002, pp. 205-206; SILVA CUNHA/ASSUNÇÃO DO VALE PEREIRA, *Manual de Direito Internacional Público*, 2.ª ed., Almedina, 2004, pp. 440-442; ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA/FAUSTO DE QUADROS, *Manual de Direito Internacional Público*, 6.ª reimpressão, 3.ª ed., Almedina, 2005, pp. 369-377.

<sup>(109)</sup> Não se desconhece, aliás, que alguma doutrina qualifica o Direito Canónico como um “*tertium genus*”, na medida em que nem poderia ser concebido como Direito interno (e, muito menos, nacional), nem como Direito Internacional. Ao invés, ele corresponderia a um “*Direito ecuménico com sentido universalista, comum a todos*”. Assim, ver AURORA MADALENO, *Breve Introdução ao Estudo das Leis Canónicas*, cit., p. 73. Destacando a circunstância de a natureza coerciva da norma jurídica estadual não poder manifestar-se do mesmo modo, no plano do Direito Canónico, posto que a comunhão dos fiéis em Cristo implica sempre a prevalência da caridade cristã, ver ainda ANTÓNIO DE CAMPOS NETO, *O Cristianismo. O Direito Canónico*, in «Revista da Faculdade de Direito de São Paulo», 105 (2010), pp. 66-67; CARLOS STEFFEN, *Igreja e Direito Canónico — A dimensão jurídica do mistério da Igreja*, cit., p. 73. Como tal, poder-se-ia arguir que, em função da sua própria natureza específica, o Direito Canónico espelha um quadro normativo específico, que apenas se aplica às matérias eclesiásticas e que permanece interligada com a própria Teologia.

<sup>(110)</sup> Com efeito, a jurisdição internacional ou transnacional não se confunde com a mera competência internacional (ou transnacional), visto que a segunda pressupõe sempre a existência da



cia (incluindo territorial), deve-se determinar qual é a jurisdição internacionalmente competente para regular determinada situação da vida. Em regra, a delimitação da jurisdição internacional serve para distribuir atribuições entre os Estados que integram a comunidade internacional<sup>(111)</sup>. Neste caso particular, servirá, também, para atribuir essa jurisdição a um sujeito internacional não estadual; ou seja, a Santa Sé. Por essa razão, é o próprio Direito Internacional — seja por via do princípio geral de não ingerência nos assuntos internos de outros sujeitos, seja por força da Concordata celebrada entre o Estado português e a Santa Sé, que se traduz num tratado internacional bilateral vinculativo — que atribui poderes para dirimir controvérsias e litígios em matéria de Direito Canónico e das associações de religiosos instituídas ao seu abrigo.

De onde decorre que não deve falar-se de uma verdadeira incompetência internacional — e, muito menos, em razão da matéria —, apesar de se verificar (e registar) alguma tendência da jurisprudência portuguesa para, de modo algo impreciso, optar por aquela qualificação, quando nega o conhecimento de questões relativas à impugnação de deliberações dos órgãos das misericórdias e outras associações de religiosos<sup>(112)</sup>. Em boa verdade, não são os tribunais estaduais que não dispõem de competência, mas é antes o próprio Estado português que não pode exercer jurisdição sobre estas matérias, em função da imunidade internacional de que goza a Santa Sé e as pessoas coletivas eclesíásticas sujeitas ao Direito Canónico; nelas incluídas as associações de religiosos.

Diga-se, contudo, que, ao configurar-se a isenção de jurisdição estadual como uma verdadeira imunidade<sup>(113)</sup>, então, dir-se-á que a mesma

---

primeira, enquanto o inverso pode não ser verdade. Em suma, a jurisdição internacional (ou transnacional) pressupõe o poder de um determinado sujeito de Direito Internacional para exercer supremacia pública sobre determinada situação da vida. Ao invés, a competência internacional (ou transnacional) corresponde à concessão, geralmente por norma de fonte interna, de uma faculdade a um órgão de determinado sujeito de Direito Internacional para agir, em concreto, sobre determinada situação da vida, podendo haver uma situação de conflito positivo ou negativo de competências com órgãos de outras pessoas coletivas públicas internacionais. Para um maior aprofundamento, ver MIGUEL PRATA ROQUE, *A Dimensão Transnacional do Direito Administrativo*, cit., pp. 1057-1062.

(111) NELSON SALDANHA, *Jurisdição e competência: nota sobre o sentido histórico-político da distinção*, in «RIL», 107 (1990), p. 165; OLIVEIRA ASCENSÃO, *A reserva constitucional de jurisdição*, in «O Direito», 123 (1991), p. 465; PAULA COSTA E SILVA, *Jurisdição e competência internacional dos tribunais administrativos tribunaes: a propósito do Acórdão do STA n.º 4/2010*, in «CJA», 84 (2010), p. 6; MIGUEL PRATA ROQUE, *A Dimensão Transnacional do Direito Administrativo*, cit., pp. 1059-1060.

(112) Em apoio desta conclusão, ver a jurisprudência *supra* citada, no § 5 do presente estudo.

(113) Sobre o conceito de imunidade de jurisdição, enquanto (alegada) decorrência do princípio da proibição de interferência nos assuntos internos de outros Estados, mas também para sua crítica, ver MIGUEL PRATA ROQUE, *A Dimensão Transnacional do Direito Administrativo*, cit., pp. 1072-1084.

nunca seria absoluta, pois dela se excluiriam, pelo menos, os casos em que as associações de religiosos agem como se de um mero sujeito privado se tratassem<sup>(114)</sup>. Aqui, estariam em causa situações jurídicas decorrentes da celebração de meros contratos privados, como os contratos de compra e venda ou de arrendamento, bem como os contratos individuais de trabalho. Assim sendo, adotando um conceito de imunidade funcional<sup>(115)</sup>, apenas os atos praticados pelas associações de religiosos, no exercício das suas atividades de difusão da crença religiosa e de assistência social e religiosa estariam subtraídos à jurisdição do Estado em cujo território aquelas agem.

Como é evidente, a circunstância de a Santa Sé (e de as suas associações de religiosos, incluindo as misericórdias) beneficiar(em) de imunidade de jurisdição internacional, não significa que os tribunais estaduais portugueses não possam ser convocados a exercer essa mesma jurisdição. Assim será, sempre que houver renúncia<sup>(116)</sup>, expressa ou tácita<sup>(117)</sup>, a essa imunidade de jurisdição. Dito de outro modo, encontrando-se sujeitas à jurisdição eclesiástica, nos termos do Código Canónico, podem as misericórdias, ainda assim, renunciar a essa imunidade de jurisdição. Tal pode gerar dúvidas (e até perplexidades), no plano do Direito Canónico<sup>(118)</sup>,

<sup>(114)</sup> Nesse sentido, tratar-se-ia de uma conceção restritiva de imunidade de jurisdição, que dela excluiria os “*acta iure gestionis*”. Para maior desenvolvimento sobre esta conceção, ver MIGUEL PRATA ROQUE, *A Dimensão Transnacional do Direito Administrativo*, cit., pp. 1084-1095.

<sup>(115)</sup> Com efeito, o reconhecimento de uma imunidade transnacional não equivale a uma total isenção de controlo, por parte da jurisdição de outro Estado ou de outra pessoa coletiva pública internacional. Ela depende, sempre, da circunstância de o ato praticado se encontrar a coberto da prossecução dos fins que justificaram a atribuição de personalidade jurídica internacional. Quando o sujeito internacional prosseguir fins que não correspondem ao núcleo essencial das suas atribuições ou praticar atos contrários ao próprio Direito Internacional, então, essa imunidade cessa. Sobre este conceito de imunidade funcional, ver MIGUEL PRATA ROQUE, *A Dimensão Transnacional do Direito Administrativo*, cit., pp. 1095-1124.

<sup>(116)</sup> Sobre a renúncia, como uma das modalidades de consentimento, que justifica e legitima o exercício de jurisdição, por parte de outros Estados ou pessoas coletivas públicas internacionais, ver MIGUEL PRATA ROQUE, *As Novas Fronteiras do Direito Administrativo — Globalização e mitigação do princípio da territorialidade do Direito Público*, in «RDP», 5 (2011), Janeiro/Junho, pp. 145-149.

<sup>(117)</sup> Distinguindo estas duas modalidades de renúncia, ver LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Contratos de Estado*, in «Estudos de Direito Internacional Privado — Direito de Conflitos, Competência Internacional e Reconhecimento de Decisões Estrangeiras», Almedina, Coimbra, 2006, p. 110; IDEM, *O problema do Direito aplicável aos contratos*, in «Direito e Justiça», 1 (2001), p. 35; EDUARDO CORREIA BAPTISTA, *Direito Internacional Público*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2004, p. 143; MICHAEL AKEHURST, *Introdução ao Direito Internacional*, Almedina, Coimbra, 1985, p. 143; MIGUEL PRATA ROQUE, *As Novas Fronteiras do Direito Administrativo*, cit., p. 146.

<sup>(118)</sup> Com efeito, tratando-se de associações privadas de religiosos, constituídas ao abrigo do Direito Canónico, as misericórdias não dispõem da “*competência das competências*”; isto é, de um poder similar a uma prerrogativa de soberania que os sujeitos internacionais não estaduais — como a Santa Sé — dispõem. Ou seja, poderia equacionar-se, então, se não deveria antes entender-se que, a

mas não no plano do exercício da jurisdição dos tribunais portugueses; que é o plano em que me situo, no âmbito do presente estudo.

A renúncia expressa pode ocorrer por qualquer uma das seguintes formas:

- a) declaração unilateral;
- b) instauração de ação (ou de providência cautelar) perante um tribunal português;
- c) cláusula contratual.

Deste modo, a própria conduta das associações de religiosos deve ser tida em conta, no intuito de verificar se houve uma renúncia válida à imunidade de que aquelas gozavam. Duvidoso é se as misericórdias, através de contratos de Direito Privado<sup>(119)</sup>, podem declarar validamente a sua renúncia à imunidade de jurisdição. Entendo que essa renúncia será válida desde que o titular da competência para contratar tenha sido expressa e inequivocamente mandatado para renunciar a essa imunidade. Isto é, não basta que o mesmo seja portador de uma mera procuração para contratar ou tenha sido autorizado, nos termos do respetivo compromisso da irmandade ou de deliberação do órgão competente, para vincular a misericórdia, incluindo através de contratos com terceiros. Indispensável é que disponha de expresse mandato para renunciar à imunidade.

Para além de uma renúncia expressa à imunidade de jurisdição internacional, pode ainda equacionar-se situações em que uma misericórdia adote um comportamento de tal modo concludente, que dele possa extrair-se uma declaração tácita de renúncia. É o que sucederá, pelo menos, quando a misericórdia — devidamente citada para o efeito — opte por apresentar contestação perante o tribunal estadual<sup>(120)</sup>.

Porém, para que a contestação pudesse assumir esse efeito renunciativo ou preclusivo, forçoso seria que a mesma não tivesse servido para

---

haver alguém que poderia renunciar a essa imunidade de jurisdição, seriam os próprios órgãos competentes da Santa Sé; isto é, no plano nacional, o bispo diocesano territorialmente competente. No caso de uma renúncia por força de deliberação dos órgãos próprios de uma misericórdia, discutir-se-ia se os mesmos dispõem de poderes para tanto ou se não se estará, antes, perante um problema similar ao que ocorre com a (hipotética) vinculação dos Estados, relativamente às entidades infraestaduais que atuem no referido território.

<sup>(119)</sup> Curiosamente, relativamente à renúncia da imunidade de jurisdição pelos Estados, o art. 7.º, n.º 1, da Convenção das Nações Unidas sobre Imunidade de Jurisdição dos Estados, assinada em Nova Iorque, em 17 de janeiro de 2005, expressamente permite uma renúncia através de mera declaração contratual.

<sup>(120)</sup> Sobre esta modalidade de renúncia tácita, ver MIGUEL PRATA ROQUE, *As Novas Fronteiras do Direito Administrativo*, cit., p. 146.

invocar a imunidade de jurisdição internacional, a título principal ou subsidiário<sup>(121)</sup>, ou, pelo menos, factos que permitam concluir pela sua verificação, ainda que incorretamente qualificada. Isto é, a dedução de contestação não implica, por si só, que a misericórdia ou outra associação de religiosos tenha renunciado tacitamente à sua imunidade de jurisdição internacional<sup>(122)</sup>. Essa pode, aliás, ser a sede adequada para invocar essa mesma imunidade, desde que a misericórdia expressamente invoque factos que consubstanciem uma invocação dessa imunidade e que o tribunal estadual possa qualifica-la como tal. Para que dúvidas não restem, mesmo que a misericórdia, em sede de contestação, invoque — erradamente — a incompetência territorial ou a incompetência material, nenhuma razão subsiste para que o tribunal estadual chamado a conhecer dessa questão não possa convolar essa fundamentação do pedido e qualificar os factos alegados na causa de pedir como uma invocação de imunidade de jurisdição<sup>(123)</sup>. Desde que, claro está, esta se possa extrair dos factos alegados e das considerações de Direito formuladas. A isso obriga, aliás, o princípio geral da proibição da ingerência nos assuntos internos de outros sujeitos internacionais<sup>(124)</sup>, que se impõe aos tribunais portugueses.

Devo salientar, porém, que alguns setores da doutrina têm sido particularmente exigentes em matéria de renúncia tácita, por via de dedução de contestação. Para uma corrente maximalista (para não dizer extremista)<sup>(125)</sup>, a mera dedução de contestação bastaria para que se pudesse concluir por uma renúncia tácita. Não é de aceitar, de modo algum, este entendimento. Ele violaria, de modo flagrante, o direito fundamental de acesso à Justiça e o correspondente direito ao contraditório (cf. arts. 20.º, n.º 1, e 268.º, n.º 4, da CRP). Aliás, caso assim não fosse (e se as misericór-

---

<sup>(121)</sup> Com efeito, alguma doutrina sustenta que a apresentação de contestação apenas não gera um efeito de renúncia à imunidade se aquela se limitar a invocar essa defesa por exceção e, cumulativamente, se a mesma não contiver um pedido reconvenicional. Nesse sentido, ver EDUARDO CORREIA BAPTISTA, *Direito Internacional Público*, Vol. II, *cit.*, p. 146.

<sup>(122)</sup> Assim, ver MIGUEL PRATA ROQUE, *As Novas Fronteiras do Direito Administrativo*, *cit.*, pp. 146-147. Em sentido contrário, sustentando que a mera dedução de contestação implica a renúncia à imunidade de jurisdição, independentemente do conteúdo ou das alegações que dela constem, ver MICHAEL AKEHURST, *Introdução ao Direito Internacional*, *cit.*, p. 149.

<sup>(123)</sup> Com efeito, o princípio “*iura novit curia*” — que encontra expresse acolhimento no atual art. 5.º, n.º 3, do Código de Processo Civil — determina que cabe aos tribunais proceder à determinação do Direito aplicável e à qualificação jurídica dos factos (ainda que erradamente) alegados.

<sup>(124)</sup> Sobre o princípio da proibição da ingerência nos assuntos internos de outros Estados (ou outros sujeitos internacionais), ver MIGUEL PRATA ROQUE, *A Dimensão Transnacional do Direito Administrativo*, *cit.*, pp. 531-533, 537, 599-603, 622-623 e 951-93.

<sup>(125)</sup> Sendo porta-voz desta corrente, ver MICHAEL AKEHURST, *Introdução ao Direito Internacional*, *cit.*, p. 149.

dias e outras associações de religiosos, logo que citadas, fossem forçadas a sustar uma contestação em juízo), estas acabariam por ser julgadas à revelia e, bem mais do que provável, acabariam decerto condenadas por sentença transitada em julgado, sem terem podido opor-se à mesma<sup>(126)</sup>. O que remeteria o problema da invocação da imunidade de jurisdição para o momento da correspondente ação executiva. Ou pior, para sede diplomática. Deve, portanto, descartar-se esta concepção maximalista.

Uma corrente intermédia valida a possibilidade de dedução de contestação, desde que a mesma se resuma a invocar a imunidade de jurisdição e não seja acompanhada de qualquer pedido reconvenicional. Segundo esta perspectiva, só no caso de serem invocados factos ou argumentos jurídicos que consubstanciem uma causa de pedir que extravase a invocação da imunidade de jurisdição ou no caso de haver reconvenção é que se daria por verificada uma renúncia tácita<sup>(127)</sup>. Fazendo a sua avaliação, não posso deixar de corroborar as conclusões relativas à impossibilidade de dedução de reconvenção. Sempre que uma associação de religiosos opte por deduzir um pedido reconvenicional, então, estará a comportar-se como uma verdadeira autora e, portanto, a aceitar a jurisdição dos tribunais estaduais portugueses.

Já o mesmo não posso dizer da exigência de que a contestação apenas inclua razões de facto e de Direito que apontem, exclusivamente, para a invocação dessa imunidade de jurisdição. Na verdade, um patrocínio adequado e criterioso impõe que o respetivo mandatário invoque, ainda que a título alternativo ou subsidiário, todos os possíveis fundamentos de improcedência da ação de impugnação instaurada. Como tal, não só é juridicamente aceitável, como é mesmo recomendável, que as associações de religiosos, quando rés, não só invoquem a sua imunidade de jurisdição como, a título subsidiário e “*ad cautelam*”, convoquem todas as razões de facto e de Direito que permitam — caso o tribunal estadual não conclua (como deveria) pela sua imunidade de jurisdição —, ainda assim, demonstrar a improcedência do pedido formulado. Aliás, sustentar o contrário (ou seja, exigir uma alegação circunscrita à imunidade de jurisdição) é que configu-

---

<sup>(126)</sup> Evidentemente, essa interpretação normativa implicaria uma flagrante violação do princípio da proibição do excesso, na sua vertente de proibição de medidas desnecessárias ou excessivas, já que existiriam medidas alternativas menos lesivas do que a simples e automática preclusão do direito a invocar a imunidade. Sobre esta dimensão do princípio da proibição do excesso, na sua vertente de aferição da necessidade da medida restritiva, ver JORGE REIS NOVAIS, *Os Princípios Estruturantes de Estado de Direito*, Almedina, Coimbra, 2018, pp. 110-116.

<sup>(127)</sup> Nesse sentido, ver EDUARDO CORREIA BAPTISTA, *Direito Internacional Público*, Vol. II, *cit.*, p. 146.

raria uma restrição desproporcionada — e, portanto, inconstitucional (cf. art. 18.º, n.º 2, da Constituição) —, por exceder a justa medida<sup>(128)</sup> da constrição do direito fundamental de acesso à Justiça, de que gozam as pessoas coletivas canónicas (cf. art. 12.º, n.º 2, da Constituição).

Em suma, concluo que a dedução de contestação não implica renúncia tácita à imunidade de jurisdição, desde que: *a)* não seja deduzido pedido reconvenicional; *b)* a invocação da imunidade de jurisdição seja feita a título principal, ainda que possam ser apresentadas, a título subsidiário, outras razões de facto e de Direito que conduziriam à improcedência do pedido.

Quase a terminar, importa ainda notar que, em raras situações-limite, pode suceder que um determinado ordenamento jurídico estadual contenha e imponha normas jurídicas que pressuponham uma aplicação territorial obrigatória ou forçada — conceito de “*normas de aplicação imediata*”<sup>(129)</sup>. Tais normas assumem uma natureza eminentemente jurídico-público e visam implementar o programa axiológico constitucional vigente em cada ordenamento jurídico<sup>(130)</sup>.

Em tese, poderia equacionar-se uma situação de antinomia entre normas do Direito Canónico e essas mesmas “*normas de aplicação imediata*”, que convocariam a aplicação direta e necessária do Direito português. Porém, no que diz respeito às normas canónicas sobre procedimentos eleitorais e deliberações das misericórdias e demais associações de religiosos, não vislumbro (à data atual) qualquer disposição que pudesse colocar em xeque quaisquer valores constitucionais inerentes ao Estado de Direito. Caso tal sucedesse, poderia mesmo equacionar-se, só então, a possibilidade de os próprios tribunais estaduais portugueses procederem à fiscalização da “*constitucionalidade exógena*”<sup>(131)</sup> das normas de Direito Canónico; isto é, da sua eventual contradição com as normas constitucionais portuguesas. Noto, contudo, que não é qualquer antinomia entre a Constituição portuguesa e o Direito Canónico (ou as normas dos Compromis-

---

<sup>(128)</sup> Sobre esta dimensão do princípio da proibição do excesso, na sua vertente de proporcionalidade em sentido estrito, de justa medida ou de razoabilidade, ver JORGE REIS NOVAIS, *Os Princípios Estruturantes de Estado de Direito*, cit., pp. 116-122.

<sup>(129)</sup> Por todos, ver MARQUES DOS SANTOS, *As Normas de Aplicação Imediata no Direito Internacional Privado — Esboço de Uma Teoria Geral*, I e II Vols., Almedina, 1991, *passim*.

<sup>(130)</sup> Por exemplo, estão em causa normas que visem assegurar a igual dignidade humana, fins de natureza laboral ou ambiental, a proteção da saúde ou da ordem públicas ou ainda a promoção de valores constitucionalmente protegidos, tais como a liberdade geral de agir ou a igualdade material entre os indivíduos.

<sup>(131)</sup> Sobre o conceito e os limites da fiscalização da “*constitucionalidade exógena*”, ver MIGUEL PRATA ROQUE, *A Dimensão Transnacional do Direito Administrativo*, cit., pp. 1005-1022.

sos), que justifica a cedência deste último. Forçoso será que esteja em causa a salvaguarda de um núcleo restrito e irredutível de valores fundamentais da comunidade<sup>(132)</sup>.

---

Talvez como em nenhum outro campo da atividade religiosa, as deliberações proferidas pelos órgãos das Misericórdias têm suscitado, não só paixões e desavenças desmedidas<sup>(133)</sup>, como, também, inegáveis dificuldades em discernir quais são as dimensões que convocam a intervenção da jurisdição estadual ou da jurisdição canónica. A exata compreensão das finalidades e das especificidades das associações de religiosos afigura-se como essencial para lograr distinguir a dimensão temporal e a dimensão eclesiástica da sua intervenção quotidiana, em complemento à ação assistencial pública. Enquanto o Estado lhes reconhecer — como faz, relativamente às demais confissões religiosas<sup>(134)</sup> — um direito a participar na missão de difusão da Fé católica, forçoso é que aceite a existência de um espaço livre de constrangimento e de coerção pública, que visa o respeito pelo modo particular de administrar Justiça, pelas instituições eclesiásticas. O que, porém, não dispensa as Misericórdias do escrupuloso cumprimento das normas impostas a qualquer instituição que colabora com o sis-

---

<sup>(132)</sup> Assim, ver MIGUEL PRATA ROQUE, *A Dimensão Transnacional do Direito Administrativo*, cit., pp. 1020-1022.

<sup>(133)</sup> Acerca da proliferação de conflitos entre leigos religiosos, ver MARIA ANTÓNIA LOPES, *As Misericórdias de D. José ao final do século XX*, cit., p. 83.

<sup>(134)</sup> Com efeito, o princípio da igualdade impõe aos poderes públicos que procedam a um tratamento equitativo de todas as confissões religiosas, o que inclui idêntico tratamento a todas as associações de religiosos — independentemente do seu culto —, de acordo com critérios materiais; isto é, em função da representatividade e do contributo que cada uma dessas associações confere à prossecução de tarefas de assistência social, de inegável interesse público (para maior desenvolvimento, ver JORGE MIRANDA, *Liberdade religiosa, igrejas e Estado em Portugal*, cit., p. 130). Sobre este equilíbrio entre o apoio estadual, por via de políticas públicas, a todas as confissões religiosas, ver JÓNATAS MACHADO, *A construção e a utilização de locais para o culto: a perspetiva das confissões religiosas minoritárias*, in «Revista do Ministério Público», 69 (1997), pp. 119-152; PEDRO SOARES/TIAGO SANTOS/MARIA ISABEL TOMÁS, *A Discriminação Religiosa na Perspectiva das Confissões Minoritárias*, Comissão da Liberdade Religiosa, Lisboa, 2011, *passim*; CLÁUDIA ALVES PRATAS, *Direito da Religião: A Proteção das Minorias Religiosas*, FDUNL, Lisboa, 2013, em especial, pp. 30-40 e 71-75; MARIA ISABEL TOMÁS, *Pluralidade religiosa e políticas públicas — a realidade do município de Lisboa*, in «IX Congresso Português de Sociologia — Portugal, território de territórios», 2016, pp. 1-15, disponível in <[https://historico.aps.pt/ix\\_congresso/docs/final/COM0047.pdf](https://historico.aps.pt/ix_congresso/docs/final/COM0047.pdf)>.

tema público de assistência e solidariedade social, que visam acautelar os interesses da comunidade; incluindo, aqueles que não professam nenhum culto religioso<sup>(135)</sup> e que contribuem para o financiamento daquelas atividades temporais. Em suma, tal como resulta do Novo Testamento, trata-se, afinal, de dar vida à imemorial máxima:

*Dai, pois, a César o que é de César, e a Deus o que é de Deus*

(MATEUS 22:21)

---

<sup>(135)</sup> Demonstrando que a liberdade de culto religioso pressupõe e inclui o direito a não professar nenhum culto e a não ser prejudicado por isso, devendo o Estado assumir uma posição de neutralidade face a cada um dos indivíduos, crentes ou não, ver JONATAS MACHADO, *A liberdade religiosa na perspectiva dos direitos fundamentais*, in «Revista Portuguesa de Ciência das Religiões», 1 (2002), pp. 150-151.



# INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E DIREITOS DE IMAGEM(\*)

*Por Vítor Palmela Fidalgo(\*\*)*

## *SUMÁRIO:*

**I.** Introdução. **II.** A inteligência artificial e o Direito: panorâmica geral. **III.** Os “velhos” novos problemas no âmbito do direito à imagem. **IV.** Novos titulares do direito à imagem? **V.** A imagem como dado pessoal: a tutela auferida pelo regime da proteção de dados. **VI.** Concretização dos limites à autonomia privada. **VII.** Considerações finais. **Bibliografia.**

## **I. Introdução**

**I.** O real impacto da inteligência artificial nos diversos ramos do direito ainda é, em grande parte, desconhecido. As dificuldades derivam de diversos fatores. Desde logo, do jargão técnico utilizado, estranho à linguagem jurídica e à grande maioria dos juristas. Depois, dos novos e complexos desafios que coloca, nomeadamente a institutos civis que, pelo seu percurso dogmático e histórico, atingiram uma maturidade que agora é colocada em causa pela 4.<sup>a</sup> Revolução Industrial<sup>(1)</sup>, de onde se destaca a inteligência artificial.

---

(\*) O presente texto corresponde, com algum desenvolvimento, à conferência apresentada no âmbito do Curso Avançado — Inteligência Artificial & Direito, organizado pela PLMJ, sob a coordenação do Dr. Manuel Lopes Rocha, Dr. Pedro Lomba, Professor Doutor Rui Soares Pereira, Dr. Rui Barrosa de Moura, Dr. Lourenço Noronha dos Santos e Dr. Ricardo Negrão.

(\*\*) Assistente Convidado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; Diretor Jurídico na Inventa International; Doutorando em Direito; Investigador no CIDP.

(1) A 4.<sup>a</sup> Revolução Industrial ou, igualmente denominada, Revolução 4.0 diz respeito ao

**II.** Tratando-se ainda de uma análise fenomenológica<sup>(2)</sup>, onde não existe uma autonomia dogmática, a abordagem deverá ser segmentada, discutindo-se sobre o impacto da inteligência artificial em cada área do direito. É o que iremos fazer no presente opúsculo. Partindo das normas que regem os direitos de personalidade, mais concretamente da proteção civil auferida pelo direito à imagem<sup>(3)</sup> e da maturidade hermenêutica que este direito especial de personalidade atingiu ao longo dos tempos, iremos examinar quais os problemas que a inteligência artificial coloca neste âmbito.

**III.** Antes de partirmos para a análise, duas notas parecem-nos importantes de referir: não obstante os problemas éticos<sup>(4)</sup> que se colocam com a inteligência artificial, a nossa análise será, primordialmente, juscientífica. Para além de não nos atermos a considerações estereotipadas e alarmistas quanto ao advento da inteligência artificial<sup>(5)</sup>, enquanto juristas, — peticionando-nos por alguma deriva ideológica que possamos ter — a nossa análise deve ser e será virada para soluções de casos concretos, tendo em conta os princípios e as normas existentes. Esta questão está relacionada com a segunda nota que queremos deixar. O presente estudo, ainda que singelo, tentará não se fixar, unicamente, numa seriação de problemas ou factos, como se de um estudo historicista se tratasse. Ainda que conscientes das dificuldades que se anteveem, estamos com os autores que referem que o Direito nunca estará completamente indefeso “ao ponto de ser surpreendido em inapelável contra-pé pela vertiginosa sucessão de avanços tecnoló-

---

avanço tecnológico das últimas décadas que tem alterado, por completo, a nossa forma de viver em Sociedade. Esta revolução é impulsionada, substancialmente, pela inteligência artificial e pela robótica, onde se destacam diversas tecnologias, como é o caso da *Big Data*, *Advanced Analytics*, *Cloud Computing*, *blockchain* e internet das coisas (*Internet of Things — IoT*). Contudo, a 4.ª Revolução Industrial não é apenas digital num sentido restrito do termo, é também biológica, de onde se destacam a engenharia genética e, igualmente, a física, seja pela nova tecnologia robótica, onde o *hardware* interage, de forma cada mais complexa, com o ambiente, seja pelo desenvolvimento de veículos autónomos e de impressoras 3D.

<sup>(2)</sup> NUNO SOUSA E SILVA, «Direito e Robótica: uma Primeira Aproximação», *ROA*, Ano 77, jan./jun., 2017, p. 487, ss., p. 491.

<sup>(3)</sup> Em termos terminológicos, ainda que tenhamos preferência pela expressão “direito à imagem”, seguimos o título que foi dado à conferência que estabelece o termo “direitos de imagem”, sendo que, no presente estudo, as duas expressões serão utilizadas como sinónimos.

<sup>(4)</sup> Cf., por exemplo, SÁNCHEZ GARCÍA, «Robótica y Ética», *Derecho de los Robots*, Madrid, Wolters Kluwer, 2018, p. 229, ss.

<sup>(5)</sup> Sobre o mito da singularidade tecnológica ou o transhumanismo existem múltiplas obras com interesse que podem ser consultadas, a maior parte delas com um cariz filosófico. Para uma leitura acessível sobre esta matéria, *vide*, entre outras, JEAN-GABRIEL GANASCIA, *Le Mythe de la Singularité: Faut-il craindre l'intelligence artificielle*, Paris, Seuil, 2017.

gicos”<sup>(6)</sup>. Não existe, de facto, um “espaço livre de Direito”, mas sim um esforço hermenêutico na busca de soluções adequadas, que deverá ser levado a cabo pelo jurista. Será esse desiderato a que nos propomos.

## II. A inteligência artificial e o Direito: panorâmica geral

I. Ao debruçarmo-nos sobre o fenómeno da inteligência artificial integrada na Revolução 4.0, somos obrigados a deixar alguns reparos, ainda que genéricos, sobre como é que o Direito poderá ser afetado por esta.

Como dissemos anteriormente, ainda que a extensão da influência seja ainda desconhecida, podemos, não obstante, enumerar quais são as áreas onde se preconiza uma maior influência da inteligência artificial no Direito, bem como indicar quais são, em termos gerais, as principais respostas da ciência jurídica, seja a nível legal, seja a nível doutrinal, para este fenómeno.

II. Como ideia principal a reter, diríamos que a Revolução Industrial em que nos encontramos promete não deixar nenhuma área do Direito incólume. Isto mesmo demonstra a recente Resolução do Parlamento Europeu de 16 de fevereiro de 2017 (doravante Resolução), que contém recomendações à Comissão sobre disposições de Direito Civil sobre Robótica<sup>(7)</sup>. Tendo

---

(6) CARNEIRO DA FRADA, «Vinho Novo em Odres Velhos? — A responsabilidade civil das “operadoras de internet” e a doutrina comum da imputação de danos», *Direito da Sociedade da Informação*, Vol. II, 2001, p. 7, ss., p. 8.

(7) Apesar de este instrumento legislativo poder ser considerado pioneiro, na medida em que foi o primeiro com devida extensão e de uma forma genérica a tocar nas problemáticas sobre a inteligência artificial e a tecnologia robótica, o mesmo tem alguns antecedentes que devem ser mencionados. A nível europeu, devemos fazer referência ao Projeto *RoboLaw*, financiado pela Comissão Europeia, que teve como objetivo elaborar um relatório sobre todas as questões éticas e jurídicas que se colocam com a tecnologia robótica, oferecendo ainda orientações e princípios aos reguladores europeus e a cada Estado-membro. Este relatório foi finalizado em setembro de 2014, encontrando-se o mesmo disponível para o público. Em alguns Estados-Membros também já existiram discussões públicas sobre robótica e inteligência artificial. Tal foi o caso da Alemanha, na Sessão do Comité da Agenda Digital do Parlamento Alemão, em 22 de junho de 2016, que teve como tema os efeitos da robótica na economia, no trabalho e na sociedade; ou do Reino Unido, onde teve lugar uma Consulta pública do Parlamento britânico, que deu lugar ao Relatório *Robotics and artificial intelligence*, publicado a 12 de outubro de 2016 (*vide* <[www.publications.parliament.uk/pa/cm201617/cmsselect/cmsstech/145/145.pdf](http://www.publications.parliament.uk/pa/cm201617/cmsselect/cmsstech/145/145.pdf)>), onde se aborda as implicações da tecnologia robótica e inteligência artificial no mercado de trabalho, bem como as questões éticas e legais envolvidas e as medidas que devem ser tomadas pelo Governo para promover a investigação e inovação nestas áreas. Fora do contexto europeu, a relação entre o Direito e a inteligência artificial e a tecnologia robótica também não tem sido esquecida. A 27 de junho de 2016, o Governo norte-americano, à semelhança do que foi feito no Reino Unido, promoveu uma consulta pública para saber o ponto de vista dos consumidores, dos

como objetivo levar a Comissão Europeia a apresentar uma proposta legislativa<sup>(8)</sup> sobre o desenvolvimento e a utilização da inteligência artificial e da robótica<sup>(9)</sup>, a Resolução debruça-se sobre temáticas que cobrem diversas disciplinas jurídicas, como a Responsabilidade Civil derivada das ações ou omissões dos robôs e a eventual Personalidade Jurídica atribuída a estes; sobre questões que envolvem o Direito da Família (mais concretamente, proteção das crianças e dos idosos), o Direito da Propriedade Intelectual, o Direito à Proteção de Dados e Privacidade, o Direito do Trabalho e da Segurança Social ou o Direito Fiscal. A inteligência artificial e a robótica têm ainda gerado bastante discussão em áreas como o Direito dos Contratos<sup>(10)</sup> e, fora do âmbito jusprivatístico, no Direito Constitucional<sup>(11)</sup> ou Penal<sup>(12)</sup>.

---

académicos, das empresas privadas e das ONGs, tendo como tópicos, entre outros, as implicações legais da inteligência artificial (*vide* <<https://www.federalregister.gov/documents/2016/06/27/2016-15082/re-quest-for-information-on-artificial-intelligence>>). Adicionalmente, em 2007, na Coreia do Sul, o Ministro do Comércio, da Indústria e da Energia apresentou um Código de Ética para a Tecnologia Robótica com conteúdo semelhante ao que é agora apresentado pelo Parlamento Europeu na sua Resolução.

<sup>(8)</sup> Tendo como base o art. 225.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

<sup>(9)</sup> Apesar de, por vezes, surgirem quase como sinónimos, inteligência artificial e robôs ou tecnologia robótica são realidades distintas. A inteligência artificial é um campo da ciência e da engenharia que se ocupa da compreensão, desde o ponto de vista informático, do que se denomina, correntemente, comportamento inteligente. Adicionalmente, também se ocupa da criação de artefactos que exibem esse comportamento. Trata-se de igualar ou copiar as diversas capacidades do cérebro humano de forma a manifestar comportamentos inteligentes, sintetizando e automatizando tarefas. Poderá ser aplicável a qualquer âmbito de atividade intelectual humana, pelo que utiliza técnicas e conhecimentos de outras disciplinas, tais como a filosofia, a estatística, a engenharia mecânica, a neurociência, a psicologia e as matemáticas. A tecnologia robótica, por seu turno, de forma clássica, consiste numa subdisciplina da Engenharia Industrial, correspondendo ao engenho eletrónico capaz de realizar operações no meio ambiente através de programação. A circunstância de, na tecnologia robótica, ser implementada inteligência artificial e outras técnicas inovadoras de *hardware* e *software*, faz com que o robô enriqueça os seus comportamentos, mas também a sua complexidade, o que irá influir na sua relação com o meio ambiente, seja com objetos, seja com pessoas. Neste âmbito, também o algoritmo deve ser diferenciado. O algoritmo consiste na sequência de instruções que é utilizada na inteligência artificial. De facto, um sistema de inteligência artificial necessita de uma sequência de instruções que especifique as diferentes ações que o computador deve executar para resolver um determinado problema. O algoritmo é, assim, o procedimento para encontrar a solução de um problema mediante a redução do mesmo a um conjunto de regras (*vide*, entre outros, GARCÍA-PRIETO CUESTA, «Qué es un Robot?», *Derecho de los Robots*, Madrid, Wolters Kluwer, 2018, p. 25, ss.; SUSANA NAVAS NAVARRO, *Inteligencia Artificial. Tecnología. Derecho*, coord. Susana Navas Navarro, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, p. 23, ss.).

<sup>(10)</sup> Cf., por exemplo, LOUISA SPECHT/SOPHIE HEROLD, «Roboter als Vertragspartner? Gedanken zu Vertragsabschlüssen unter Einbeziehung automatisiert und autonom agierender Systeme», *Multimedia und Recht*, 2018, p. 40, ss.

<sup>(11)</sup> Cf., entre outros, NUNO SOUSA E SILVA, *ob. cit.*, p. 508, ss.; TONI M. MASSARO/HELEN NORTON, «Siri-ously? Free Speech Rights and Artificial Intelligence», *Northwestern University Law Review*, Vol. 110, n.º 5, 2016, p. 1169, ss., disponível em <[www.scholarlycommons.law.northwestern.edu](http://www.scholarlycommons.law.northwestern.edu)> (visitado em 25.08.2018).

<sup>(12)</sup> UGO PAGALLO, *The Laws of Robots: Crimes, Contracts, and Torts*, Heidelberg, Springer, 2013, p. 45, ss.

III. Para além de a Resolução ter como objetivo levar a Comissão Europeia, através de Diretiva, a legislar sobre a matéria da tecnologia robótica com a maior brevidade possível, podemos identificar ainda outros três objetivos primordiais da mesma, a saber:

- i) tutelar as implicações, potencialmente nocivas, que a tecnologia robótica possa ter<sup>(13)</sup>;
- ii) assegurar uma abordagem cautelosa, pragmática e gradual, que não afete a inovação no âmbito da tecnologia ligada à inteligência artificial e robótica<sup>(14)</sup>; e
- iii) colocar a União Europeia e os seus Estados-membros na linha da frente nesta matéria, levando a União Europeia a estabelecer *standards* que influenciarão outras ordens jurídicas<sup>(15)</sup>.

Podemos ainda destacar algumas propostas genéricas da Resolução que nos parecem relevantes, mais concretamente no que diz respeito à tecnologia robótica. Estas referem-se à categorização de robôs de acordo com a sua autonomia<sup>(16)</sup>, sendo que, para os robôs mais avançados, deverá ser estabelecido um sistema global de registo gerido por uma Agência Europeia de Robô<sup>(17)</sup>; bem como ao estabelecimento de um código de conduta a aplicar aos investigadores e fabricantes de tecnologia robótica, tanto de *hardware* como de *software*<sup>(18)</sup>.

IV. Parece-nos ainda importante mencionar o Princípio da Precaução<sup>(19)</sup>, que é referido em várias ocasiões pela Resolução. Tendo nascido no âmbito do Direito do Ambiente, o Princípio da Precaução obriga a que os vários agentes, face a um evento desconhecido com um potencial danoso irreversível, procurem antecipar-se e tomar as medidas adequadas, tendo como objetivo evitar a ocorrências desses danos. Certamente que constituirá, neste âmbito, uma forma de se imporem *deveres especiais de cuidado*, quer a respeito dos fabricantes, quer a respeito dos utilizadores<sup>(20)</sup>.

---

(13) Cf. p. 3, B e C e *passim*, da Resolução.

(14) Cf. p. 368, C. e § 51, da Resolução.

(15) Cf. pp. 6 e 7, T., V. e W., da Resolução.

(16) Cf. § 1, da Resolução.

(17) Cf. § 2 e § 16, da Resolução.

(18) Cf. § 11 e p. 23, ss., da Resolução.

(19) Cf. § 7 e § 23, da Resolução.

(20) NUNO SOUSA E SILVA, *ob. cit.*, p. 518.

V. A inteligência artificial está ainda a afetar o Direito de outra forma, ainda que externa à ciência *per se*. Falamos das profissões jurídicas que já estão a ser substituídas por *bots* disponibilizados por empresas *legaltech*, que elaboram e preenchem minutas, esclarecem dúvidas legais, geram os prazos do escritório ou resolvem conflitos extrajudiciais<sup>(21)</sup>. Adicionalmente, prevê-se que, num futuro próximo, a combinação entre o Direito e a inteligência artificial possa tornar possível que programas informáticos desenvolvam raciocínio legal, argumentando diretamente contra determinados resultados jurídicos<sup>(22)</sup>.

Em termos de substituíbilidade, ainda que os estudos variem no que diz respeito à percentagem de cada profissão jurídica, quase todos demonstram que a profissão de advogado será a menos afetada pela inteligência artificial, especialmente se valorizarmos a criatividade técnico-jurídica e os elementos subjetivos inerentes à profissão, que não poderão ser replicados pela tecnologia robótica. O cenário muda se nos debruçarmos sobre a situação dos juristas que fazem trabalho mais ou menos mecanizado, repetitivo e/ou administrativo, sejam estes qualificados como advogados ou *paralegals*, onde a probabilidade de substituição é bastante elevada<sup>(23)</sup>.

### III. Os “velhos” novos problemas no âmbito do direito à imagem

I. Não obstante tocar em várias matérias, no âmbito do objeto do estudo que nos ocupa, a Resolução do Parlamento Europeu pouco acrescentou. Apesar da referência à privacidade em vários pontos do texto legal, os enunciados são genéricos, não se apresentando propostas concretas neste domínio. Com alguma dificuldade encontramos um trecho que se relaciona com o direito à imagem — e com o direito à reserva da intimi-

---

(21) A título de exemplo, a aplicação informática *DoNotPay*, de origem americana, ficou conhecida por ter uma taxa de êxito de mais de 60% em litígios administrativos relacionados com tráfego rodoviário.

(22) Para uma leitura bastante atualizada e detalhada sobre a interseção entre a prática jurídica e a inteligência artificial recomenda-se a obra de KEVIN ASHLEY, *Artificial Intelligence and Legal Analytics*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, em especial a p. 3, ss., e a p. 171, ss.

(23) A título de exemplo, o conhecido website *NPR* <[www.npr.org](http://www.npr.org)>, apresenta o seguinte quadro de substituíbilidade das profissões jurídicas: Assistentes jurídicos (*Paralegals*): 94,5 %; Oficiais de justiça: 40,9 %; Juizes e Magistrados: 40,1% Advogados: 3,5%. Naturalmente estes resultados apenas com *cum grano salis* poderão ser transpostos para a realidade das profissões jurídicas nas ordens jurídicas de tradição romano-germânica.

dade da vida privada —, nomeadamente na proposta para a Carta da Robótica, referindo-se que, tendo em conta a “privacidade das pessoas”, a conceção dos robôs poderá incluir “a desativação de controlos de vídeo durante procedimentos íntimos”<sup>(24)</sup>.

II. Teremos então de partir do regime previsto no Código Civil (doravante CC). A tutela civil do direito à imagem vem previsto no art. 79.º. Refere o seu n.º 1 que “o retrato de uma pessoa não pode ser exposto, reproduzido ou lançado no comércio sem o consentimento dela”. No seguimento do art. 71.º, a segunda parte da norma mencionada dirige-se à tutela *post mortem*. Aqui já não se trata de proteger a personalidade da pessoa falecida, pois esta termina com a sua morte. Existe sim, uma tutela dos interesses e direitos próprios dos familiares, que podem exigir o respeito pela memória do falecido<sup>(25)</sup>.

O n.º 2 do art. 79.º do CC estabelece alguns desvios à necessidade de consentimento. De acordo com a norma, “não é necessário o consentimento da pessoa retratada quando assim o justifiquem a sua notoriedade, o cargo que desempenhe, exigências de polícia ou de justiça, finalidades científicas, didácticas ou culturais, ou quando a reprodução da imagem vier enquadrada na de lugares públicos, ou na de factos de interesse público ou que hajam decorrido publicamente”. Estabelecem-se assim dois tipos de motivos que dispensam o consentimento do titular do direito à imagem:

- i) por razões de notoriedade do retratado; ou
- ii) tendo em conta as circunstâncias ou a finalidade da imagem utilizada<sup>(26)</sup>.

Sem embargo, nos termos do n.º 3 do art. 79.º, a imagem nunca poderá ser reproduzida “se do facto resultar prejuízo para a honra, reputação ou simples decoro da pessoa retratada”. Determinam-se assim limites às dispensas previstas no n.º 2, limites esses que se baseiam no direito à honra e reputação da pessoa retratada.

---

(24) Cf. Resolução, p. 28.

(25) Seguimos de perto MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, IV (com a colaboração de A. Barreto Menezes Cordeiro), 4.ª ed., Coimbra, Almedina, 2017, p. 545; PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Direito de Personalidade*, reimp., Coimbra, Almedina, 2017, pp. 120 e 121; PAULO MOTA PINTO, «O Direito à Reserva sobre a Intimidade da Vida Privada», *Direitos de Personalidade e Direitos Fundamentais: Estudos*, Coimbra, Almedina, 2018, p. 475, ss., pp. 557 e 558, nota 184.

(26) ANA MORAIS ANTUNES, *Comentário aos arts. 70.º a 81.º do Código Civil (Direitos de Personalidade)*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2012, p. 186.

**III.** Questiona-se qual o conceito de imagem a adotar. Este esclarecimento permitirá categorizar, em termos gerais, as formas de afetação — previsíveis — da inteligência artificial quanto a este direito especial de personalidade.

De facto, não podemos olvidar que a inteligência artificial impactará com outras realidades, como a personalidade, identidade ou história da pessoa humana. Contudo, apesar de, em termos prosaicos, se referir, muitas vezes, à *imagem moral* da pessoa, o direito à imagem não tutela estas características do ser humano. A tutela destas realidades será encontrada noutros domínios, nomeadamente no direito à honra, ao bom nome ou à reputação.

Da mesma forma, ficará de fora do art. 79.º a *imagem falada*. Tendo em conta o art. 70.º, que obsta a que haja uma tipicidade dos direitos de personalidade<sup>(27)</sup>, nem será necessária uma interpretação extensiva do conceito de imagem, apesar de a tutela penal, no seu art. 199.º do Código Penal, juntar estas duas realidades na mesma disposição, prevendo-se a mesma estatuição.

**IV.** Os desafios que se colocam aos direitos de imagem não encontram este instituto virgem. As várias revoluções industriais já vêm afetando, de forma substancial, a imagem do indivíduo. Se, na Idade Média, a imagem só era reproduzível com a pintura, acessível apenas a especialistas altamente qualificados<sup>(28)</sup>, com o surgimento da fotografia no âmbito da 1.ª Revolução Industrial, o problema da reprodução começou a colocar-se. A 2.ª Revolução Industrial agravou os inconvenientes: o aparecimento do cinema, da televisão e do vídeo criou novos meios de reprodução, mais intrusivos e acessíveis a mais pessoas. Com a 3.ª Revolução Industrial, o problema exponenciou-se. A difusão da internet veio massificar a possibilidade de reprodução de imagens, além de permitir a disponibilização das mesmas de forma instantânea a qualquer pessoa. Nesta evolução faz ainda sentido mencionarmos o vincado perfil mercantilista que o direito à imagem tem vindo a atingir. Na senda do art. 81.º do CC, que permite a sua comercialização, o direito à imagem tem sido analisado, na maior parte das vezes, mais como um bem económico do que como um bem de personalidade<sup>(29)</sup>.

---

<sup>(27)</sup> MENEZES CORDEIRO, *ob. cit.*, p. 108.

<sup>(28)</sup> *Idem*, p. 254.

<sup>(29)</sup> Como refere ADALBERTO COSTA, «O Direito à Imagem», *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 72, n.º 4, 2012, p. 1323, ss., p. 1350, “A tutela da imagem ganha cada vez mais relevo em virtude



V. Chegados à 4.<sup>a</sup> Revolução Industrial, em que nos encontramos, dir-se-á, com razão, que nem todos os problemas constituem novidade. A captação, reprodução e alteração de imagens de terceiros são problemas que já existiam. Não obstante, aqueles que são considerados “velhos” problemas, agudizam-se de uma forma extrema. Agudizam-se tanto pelas técnicas que são utilizadas, onde a fronteira entre o real e o virtual se torna difícil de distinguir aos olhos do ser humano, como pelo facto de muitas das inovações de ponta existentes serem de fácil acesso ao utilizador comum.

VI. De facto, a Inteligência artificial permite agora a criação de *software* capaz de reconhecer objetos nas imagens. A título de exemplo, a Google, com o projeto *Deep Dream*, conseguiu criar uma rede neuronal capaz de projetar imagens que percebeu e incluir nas mesmas várias emoções, aumentando os seus detalhes ou criando cenários fantasiosos. Por sua vez, a Universidade de Stanford conseguiu criar um algoritmo que consegue descrever uma imagem.

Para que atinja um determinado grau de fiabilidade, os projetos baseados em inteligência artificial necessitam de obter milhares de dados, onde se incluem, de forma decisiva, imagens de pessoas<sup>(30)</sup>. Neste âmbito surge, desde logo, uma questão: será a captação da imagem, por si só, proibida? A fazer fé da letra da lei e, já agora, em alguma doutrina estrangeira<sup>(31)</sup>, poderemos ser levados a pensar que a captação de imagens não estará coberta pela disposição. O art. 79.º, n.º 1, do CC refere apenas que “o retrato de uma pessoa não pode ser exposto, reproduzido ou lançado no comércio sem o consentimento dela”. Com efeito, a mera recolha de imagens realizada por tecnologia embutida por inteligência artificial, ao menos ao nível da tutela civilística, não levará a qualquer tipo de ilicitude, desde que não se proceda à *exposição*, *reprodução* ou *comercialização* do retrato da pessoa.

Não obstante, convém recordar nesta questão o que a doutrina portuguesa<sup>(32)</sup> tem, de forma quase unânime, defendido. De acordo com a

---

da acção combinada de duas circunstâncias: uma pelo desenvolvimento incessante de meios técnicos que põem em causa a privacidade e levam a um empolamento de tudo o que a esta estiver ligado; outra, a patrimonialização da imagem, não obstante continue a qualificar-se como um direito de personalidade que a transforma em causa de grandes lucros em relação a futebolistas, estrelas de cinema, etc.”.

<sup>(30)</sup> Já o dizia DIOGO LEITE DE CAMPOS, *Nós: Estudos sobre o Direito das Pessoas*, Coimbra, Almedina, 2004, p. 100, referindo-se à possibilidade de os meios informáticos poderem “armazenar e utilizar grandes massas de dados sobre múltiplas pessoas”.

<sup>(31)</sup> Cf., entre outros, CARNELUTTI, «Diritto alla vita privata. Contributo alla teoria della libertà di stampa», RTDP, 1995, p. 3, ss., p. 4.

<sup>(32)</sup> CAPELO DE SOUSA, *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, p. 246 (nota 560); MENEZES CORDEIRO, *ob. cit.* p. 258; CLÁUDIA TRABUCO, «Dos Contratos Relativo ao

mesma, a captação será igualmente vedada a terceiros, a não ser que exista consentimento do titular do direito à imagem.

Sem prejuízo de concordarmos com o resultado da formulação defendida, que nos parece correta, acrescentamos que, ainda que não se concorde com a mesma, a proibição da captação da imagem *per se* encontrará sempre fundamento no espírito do art. 80.º, referente ao *direito à reserva sobre a intimidade da vida privada*. De facto, as fronteiras entre e os arts. 79.º e 80.º nem sempre são claras<sup>(33)</sup>, dado que a proteção da *intimidade da vida privada* é um valor que comungam em conjunto<sup>(34)</sup>. Em suma, dir-se-á que a tutela jurídica dos direitos de personalidade obsta à captação da imagem *per se*, seja convocando o art. 79.º, seja chamando à colação a disposição seguinte que refere que “todos devem guardar reserva quanto à intimidade da vida privada de outrem”<sup>(35)</sup>.

**VII.** Adicionalmente, a inteligência artificial permite hoje um grau de sofisticação na edição de imagem superior às técnicas anteriormente utilizadas. A título de exemplo, num processo de edição de características faciais, era extremamente difícil atingir-se um elevado grau de realidade, circunstância que está rapidamente a alterar-se com a utilização de *software* baseado em inteligência artificial, sendo que os efeitos nefastos já se fazem sentir. Recentemente, o website *Reddit* bloqueou vários tópicos de

Direito de Imagem», *O Direito*, ano 133, n.º 2, 2001, p. 389, ss., pp. 406-407. ANA MORAIS ANTUNES, *ob. cit.*, pp. 179 e 180; DAVID DE OLIVEIRA FESTAS, *Do conteúdo patrimonial do Direito à Imagem — Contributo para um Estudo do seu Aproveitamento Consentido e Inter Vivos*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, pp. 272-273. Como refere este último autor, “deve ser considerada retrato e sujeita a consentimento do titular toda a representação ou fixação da imagem, isto é, a atribuição de suporte, independentemente da técnica utilizada”.

<sup>(33)</sup> Em sentido próximo, PAULO MOTA PINTO, «O Direito à Reserva sobre a Intimidade da Vida Privada», *ob. cit.*, p. 551, ss. Alguns autores, como LUISA NETO, *Código Civil Anotado*, Vol. I, coord. Ana Prata, Coimbra, Almedina, 2017, p. 116, referem mesmo que o direito à imagem “é um direito decomposto face ao direito à reserva da intimidade da vida privada”.

<sup>(34)</sup> Como afirma OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil. Teoria Geral*, 2.ª ed., Vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2000, p. 119, o direito à reserva sobre a intimidade da vida privada não deixa de ser um direito “residual”, onde o conteúdo é sistematicamente preenchido pelos demais direitos de personalidade, como é o caso do direito à imagem.

<sup>(35)</sup> E isto não obstará ao facto de se considerar o direito à reserva sobre a intimidade da vida privada como um direito “em função do indivíduo”, tendo um objeto que se modula de acordo com a atuação do indivíduo, ao contrário do que sucede no direito à imagem, que se tutela independentemente da atuação do titular. Como referiu PAULO MOTA PINTO, «A Limitação Voluntária do Direito à Reserva sobre a Intimidade da Vida Privada», *Direitos de Personalidade e Direitos Fundamentais: Estudos*, Coimbra, Almedina, 2018, p. 679, ss., p. 684, nota 9, existem casos no direito à reserva da intimidade da vida, como o direito à honra, se se considerar que o mesmo ainda integra este direito, onde a sua tutela não se adequa em função do indivíduo, o que será o caso da captação da imagem de outrem.

discussão acerca de técnicas de edição de vídeo baseadas em ferramentas de inteligência artificial que conseguiram sobrepor rostos de figuras públicas em cenas pornográficas, denominadas *deepfakes*<sup>(36)</sup>. As *deepfakes* são imagens ou vídeos falsos, onde as imagens de pessoas são sobrepostas através de técnicas baseadas na inteligência artificial, que permitem uma autenticidade aparente muito genuína. A visualização desses vídeos, para além de prejudicar a imagem do visado, é uma fonte de lucro fácil para quem os coloca na rede.

Com efeito, a inteligência artificial leva-nos ainda para um nível superior de exposição e manipulação de imagens. Já não se trata unicamente da possibilidade de visualização em massa de imagens, mas sim da sua alteração de forma complexa. Contudo, como já tem sido defendido, o art. 79.º não limita as formas de exposição ou reprodução<sup>(37)</sup>. Qualquer forma de exposição ou reprodução, digital ou não, que seja tecnicamente possível, estará abrangida pela norma, onde se incluem, naturalmente, as fotomontagens. O limite será apenas que a exposição ou reprodução permita a identificação da pessoa retratada, ainda que seja apenas pelas pessoas do seu círculo íntimo<sup>(38)</sup>.

Da mesma forma, no seguimento do defendido por alguns autores<sup>(39)</sup>, pensamos que a captação e divulgação da voz — a “voz falada” — fará ainda parte do conteúdo do art. 79.º, na medida em que está diretamente ligada à imagem da própria pessoa e, por esse motivo, a sua captação, por qualquer meio, terá de ser alvo de consentimento.

**VIII.** A Revolução Industrial 4.0 traz ainda para o campo da realidade ôntica algumas coisas que só pareciam ter lugar na ficção científica. Uma dessas coisas diz respeito ao *Cyborg*. O termo *Cyborg*, cuja expressão resulta da contração e junção das palavras inglesas “*cybernetic*” e “*organism*”, é atualmente referido para identificar um indivíduo que tem incorporado no seu corpo determinados dispositivos tecnológicos, tendo como objetivo melhorar a sua performance humana, ainda que a incorporação possa não se dever, necessariamente, a qualquer patologia ou com vista a recuperar qualquer função perdida<sup>(40)</sup>.

---

(36) Vide <[www.reddit.com/r/deepfakes](http://www.reddit.com/r/deepfakes)>.

(37) ANA MORAIS ANTUNES, *ob. cit.*, p. 180.

(38) DAVID OLIVEIRA FESTAS, *ob. cit.*, p. 249.

(39) MENEZES CORDEIRO, *ob. cit.*, p. 257. Contra, vide RITA AMARAL CABRAL, «O direito à intimidade da vida privada (breve reflexão do art. 80.º do Código Civil)», *Estudos em memória do Prof. Doutor Paulo Cunha*, Lisboa, Universidade de Lisboa, 1989, p. 373, ss., p. 403.

(40) Neste sentido e ainda para uma classificação de *Cyborgs*, vide SANDRA CAMACHO CLAVIO,

O problema da existência de *Cyborgs* ou, diríamos melhor, da prática de incorporar dispositivos tecnológicos com vista a melhorar a condição humana, convoca, de fundo, muitas outras questões que não cabem discutir no presente estudo<sup>(41)</sup>. Cuidaremos apenas de um aspeto específico, que tem que ver com o objeto da nossa discussão, nomeadamente a questão de saber se esses elementos que fazem parte da pessoa poderão ser protegidos. Salvo melhor opinião, parece-nos que este problema poderá ser reconduzido à discussão de saber que proteção auferem os elementos exteriores ao corpo da pessoa. Tal como o vestuário, ou outros objetos, os dispositivos incorporados são suscetíveis de auxiliar no reconhecimento do indivíduo<sup>(42)</sup>. Não obstante, a proteção do direito à imagem nunca recairá sobre os objetos em si, em termos isolados. Terão de ser sempre enquadrados com alguma representação da pessoa humana para que haja proteção.

**IX.** Não poderemos deixar ainda de referir o facto de que, na Revolução 4.0, a vanguarda da proteção da imagem será muitas vezes assumida pelo direito à proteção dos dados. Não será a tutela penal, onde têm sido apontados bastantes insuficiências, nem tão-pouco a tutela civil, erigida com base em premissas clássicas, que se acham insatisfatórias perante fenómenos como o *Big Data*. Com efeito, bastará para isso que a imagem seja considerada um dado pessoal como tem sido.

Ainda que o presente estudo seja centrado na tutela civil do direito de imagem, apraz-nos útil realizar uma aproximação, ainda que a título breve, à tutela da imagem no âmbito do regime da proteção de dados pessoais. É o que iremos fazer no ponto seguinte.

## **IV. A imagem como dado pessoal: a tutela auferida pelo regime da proteção de dados**

**I.** Cientes de que o presente estudo se debruça sobre o direito à imagem no âmbito dos direitos de personalidade, parece-nos útil realizar uma

---

«La subjetividad “cyborg”», *Inteligencia Artificial. Tecnología. Derecho*, coord. Susana Navas Navarro, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, p. 231, ss., p. 236.

<sup>(41)</sup> Tal como o livre desenvolvimento da personalidade, o princípio da dignidade humana ou o direito à integridade física.

<sup>(42)</sup> Neste sentido, DAVID OLIVEIRA FESTAS, *ob. cit.*, p. 248.

menção à tutela que a imagem pode auferir no regime relativo à proteção de dados pessoais, dada a sua relevância no atual contexto da Revolução 4.0.

Apesar da necessária interdisciplinaridade, o direito da proteção dos dados pessoais tem, atualmente, plena autonomia dogmática. Ainda que ultrapasse o objeto do presente estudo, sempre diríamos que a relação entre direitos de personalidade, mais concretamente o direito à privacidade e o direito à proteção dos dados pessoais, se estabelece pela independência entre os dois, não obstante admitirmos a existência de sobreposição em alguns valores tutelados, como a *reserva da intimidade da vida privada*<sup>(43)</sup>. O direito à proteção dos dados pessoais está juridicamente funcionalizado à proteção dos dados pessoais<sup>(44)</sup> dos seus titulares<sup>(45)</sup>, proteção esta não referente aos próprios dados *per se*, mas sim à finalidade e ação exercidas sobre os mesmos<sup>(46)</sup>.

**II.** Esta será mais uma das formas de tutela da imagem, dado que a inteligência artificial, conforme referimos *supra*, irá permitir a captação e reprodução de imagens em massa (*big data*), cuja principal fonte é a internet. No seu tratamento são utilizadas tecnologias baseadas em *data mining* e algoritmos assentes em técnicas de *machine learning*, tendo como obje-

---

(43) A relação entre o direito à reserva da intimidade da vida privada e o direito à proteção de dados pessoais pode ser reconduzida a três tipos de abordagens: olhando para o direito à privacidade e da proteção de dados pessoais como direitos separados, mas que se complementam; estabelecendo a proteção dos dados pessoais como fazendo parte do conteúdo do direito à privacidade; e, por fim, entendendo, tal como nós propugnamos, que o direito à privacidade e o direito à proteção de dados são direitos distintivos, embora alguns dos valores em jogo se possam sobrepor (sobre esta questão, tomando uma posição semelhante à nossa, vide GIUSELLA FINOCCHIARO, *Il nuovo Regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, Torino, Zanichelli Editore, 2017, p. 5, ss.; ORLA LYNSEY, *The Foundation of EU Data Protection Law*, Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 89, ss.). Esta questão não tem apenas uma dimensão teórica, na medida em que a deficiente qualificação dos bens jurídicos tutelados e dos valores em jogo pode redundar em decisões contraproducentes, como, por exemplo, num caso de colisão de direitos entre o direito à proteção dos dados pessoais e outros direitos ou interesses de terceiros, como o direito à liberdade de expressão ou o acesso a documentos públicos.

(44) Sobre a origem e evolução do direito à proteção dos dados, que tem como base o Princípio da Dignidade Humana e o Livre Desenvolvimento da Personalidade, vide ANA GARRIGA DOMÍNGUEZ, *Nuevos Retos para la Protección de Datos Personales en la Era del Big Data y de la Computación ubicua*, Madrid, Dykinson S.L., 2016, p. 89, ss.; ALEXANDRE SOUSA PINHEIRO, *Privacidade e proteção de dados pessoais: a construção dogmática do direito à identidade informacional*, Lisboa, AAFDL, 2015, p. 425, ss., e CATARINA SARMENTO e CASTRO, *Direito da Informática, Privacidade e Dados Pessoais*, Coimbra, Almedina, 2005, p. 22, ss.

(45) Neste sentido, A. BARRETO MENEZES CORDEIRO, «Dados pessoais: conceito, extensão e limites», *Revista de Direito Civil*, Ano III, n.º 2, 2018, p. 297, ss., p. 298.

(46) ALEXANDRE SOUSA PINHEIRO, *ob. cit.*, p. 803.

tivo a criação de nova informação<sup>(47)</sup>, que poderá consistir, eventualmente, num perfil de uma determinada pessoa.

Com efeito, constituindo a imagem uma informação relativa a uma pessoa singular, capaz de a identificar e que, por esse motivo, cabe no conceito de dados pessoais<sup>(48)</sup> presente no art. 4.º do Regulamento Geral de Proteção de Dados<sup>(49)</sup> (doravante RGDP), esta será protegida enquanto tal.

**III.** O regime jurídico da proteção de dados pessoais torna-se, assim, mais um instrumento a ter em conta na proteção do direito à imagem, por vezes, até um instrumento mais expedito do que aquele estabelecido no Código Civil. Numa perspetiva prática, a invocação de regras presentes no regime jurídico da proteção de dados constitui muitas vezes um caminho mais direto para o objetivo que se pretende obter. Permitirá, por exemplo, o apagamento da imagem por parte do responsável pelo tratamento dos dados pessoais, nos termos do art. 17.º do RGDP. Estes direitos de salvaguarda ou “secundários”<sup>(50)</sup>, juntamente com a atuação das autoridades públicas de controlo, como a Comissão Nacional de Proteção de Dados, constituem uma tutela defensiva e repressiva na proteção dos dados pelo próprio titular, tanto perante entidades públicas como privadas.

Esta forma de tutela é conseguida até contra determinados direitos que são previstos no próprio Regulamento, como é o caso dos direitos de acesso ou de portabilidade dos dados pessoais. Nos termos do art. 15.º, n.º 4, e do art. 20.º, n.º 4, do RGDP, estes direitos não poderão prejudicar “os direitos e as liberdades de terceiros”. A título de exemplo, se o titular dos dados pretender a portabilidade dos seus dados pessoais contidos na

---

(47) Para uma compreensão, detalhada, dos vários conceitos de *big data*, vide ANA ALVES LEAL, «Aspetos jurídicos da análise de dados na internet (big data analytics) nos setores bancários e financeiro: proteção de dados pessoais e deveres de informação», *FinTech: Desafios da Tecnologia Financeira*, coord. António Menezes Cordeiro, Ana Perestrelo de Oliveira, Diogo Pereira Duarte, Coimbra, Almedina, 2016, p. 75, ss., p. 79-83.

(48) Para um estudo sobre o conceito legal de dados pessoais, vide A. BARRETO MENEZES CORDEIRO, *ob. cit.*, p. 299, ss.

(49) Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados, e que revoga a Diretiva 95/46/CE. O art. 4.º, 1), refere a definição legal de “dados pessoais” como “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”.

(50) ALEXANDRE SOUSA PINHEIRO, *ob. cit.*, p. 473.

rede social que utiliza para outro prestador de serviços, essa mesma portabilidade poderá ser restringida se, nos dados a serem transferidos, surgirem imagens de terceiros.

IV. A imagem da pessoa humana poderá estar sujeita ainda a um regime mais exigente, dado que caberá na categoria de dados sensíveis presente no art. 9.º, n.º 1, do RGDP. A leitura biométrica do rosto, igualmente denominada *reconhecimento fácil*, tem-se tornado cada vez mais comum<sup>(51)</sup>. A disciplina da proteção de dados proporciona, uma vez mais, vantagens no que diz respeito à tutela civil. Enquanto nos arts. 79.º, n.º 1, e 82.º do CC, ainda que se exclua o mero consentimento tolerante, se admite que o consentimento seja tácito<sup>(52/53)</sup>, no caso do tratamento de dados sensíveis, onde se inclui a imagem da pessoa humana, o consentimento terá de ser “explícito”<sup>(54)</sup>.

## V. Novos titulares do direito à imagem?

I. Em paralelo com os “velhos” problemas elencados no número anterior, a inteligência artificial trouxe ainda novas realidades para discutir no plano jurídico. Assiste-se, hoje em dia, à criação de robôs que, devido à sua inteligência artificial, são cada vez mais sofisticados e autónomos, capazes de tomar decisões. Se, por um lado, a sua autonomia os torna cada vez mais semelhantes aos seres humanos, por outro, os seus atos *autónomos* poderão lesar a esfera jurídica de outrem, discutindo-se, de imediato, quem deverá ser o responsável pelos factos cometidos<sup>(55)</sup>.

---

<sup>(51)</sup> Contudo, conforme refere o Considerando 51, “O tratamento de fotografias não deverá ser considerado sistematicamente um tratamento de categorias especiais de dados pessoais, uma vez que são apenas abrangidas pela definição de dados biométricos quando forem processadas por meios técnicos específicos que permitam a identificação inequívoca ou a autenticação de uma pessoa singular”.

<sup>(52)</sup> PAULO MOTA PINTO, «A Limitação Voluntária do Direito à Reserva sobre a Intimidade da Vida Privada», *ob. cit.*, p. 693; ANA MORAIS ANTUNES, *ob. cit.*, p. 182; CLÁUDIA TRABUCO, *ob. cit.*, p. 434; DAVID FESTAS, *ob. cit.*, p. 299; GUILHERME DRAY, *Direitos de Personalidade: alterações ao Código Civil e ao Código do Trabalho*, Coimbra, Almedina, 2006, p. 51.

<sup>(53)</sup> Refere o Acórdão do STJ, de 07.06.2011 (processo n.º 1581/07.3TVLSB.L1.S1), disponível em <www.dgsi.pt>, o seguinte: “Para que ocorra uma situação de consentimento tácito, significação externa de autorização para a captação, reprodução e publicitação da imagem de quem quer, torna-se necessário que os sinais (significantes ou exteriorizáveis) do titular do direito se revelem ou evidenciem como inequívocos ou desprovidos de qualquer dúvida”.

<sup>(54)</sup> Cf. art. 9.º, n.º 2, *a*), do RGDP.

<sup>(55)</sup> JACK B. BALKIN, «The Path of Robotics Law», *California Law Review Circuit*, Vol. 6, 2015, p. 45, ss., disponível em <www.scholarship.law.berkeley.edu> (visitado em 02.08.2018), p. 49, ss.

II. Dadas as premissas referidas, no âmbito jurídico e ético, tem sido discutida a possibilidade de os robôs com maior complexidade e autonomia deterem personalidade jurídica, discutindo-se que tipo de personalidade deverá ser atribuída.

Para alguns autores<sup>(56)</sup> a solução parece óbvia: havendo um determinado grau avançado de autonomia, deverá reconhecer-se aos robôs personalidade jurídica semelhante à que se reconhece aos seres humanos. Um entendimento contrário será, segundo os autores, uma visão antropocêntrica do Direito.

III. Se olharmos para a Resolução do Parlamento Europeu, já referida *supra*, tendo como fito a criação de um centro de imputação de situações jurídicas para a responsabilidade civil, propõe-se a criação de *personas jurídicas eletrónicas* para os “robôs autónomos mais sofisticados”<sup>(57)</sup>. A atribuição deste estatuto irá responsabilizá-los por “sanar quaisquer danos que possam causar e, eventualmente, aplicar a personalidade eletrónica a casos em que os robôs tomam decisões autónomas ou em que interagem por qualquer outro modo com terceiros de forma independente”<sup>(58)</sup>. Adicionalmente, prevê-se ainda a criação de um regime de responsabilidade objetiva com a criação de um seguro obrigatório, bem como o estabelecimento de um fundo de garantia para a reparação de danos “nos casos não abrangidos por qualquer seguro”<sup>(59)</sup>, *id est*, destinado a cobrir os danos que não se encontrem cobertos pelo valor da apólice do seguro, ou onde não se encontrem quaisquer responsáveis<sup>(60)</sup>.

Apesar de não estar explícito no texto da Resolução, alguma doutrina tem associado este tipo de personalidade jurídica àquela que é atribuída às pessoas coletivas, tendo em conta que o objetivo primordial não é o de atribuir quaisquer direitos de personalidade a robôs, mas sim o de lhes imputar a responsabilidade de atos por eles cometidos e que não possam ser atribuídos a seres humanos<sup>(61)</sup>.

---

<sup>(56)</sup> SAMIR CHOPRA/LAURENCE F. WHITE, *A legal theory for autonomous artificial agents*, University of Michigan Press, 2011, p. 153, ss.

<sup>(57)</sup> As reações a esta proposta não se deixaram de fazer sentir: 156 peritos em Inteligência Artificial já vieram contestá-la, tendo sido submetida uma carta aberta ao Parlamento Europeu, referindo-se que deverá ser a defesa do ser humano a estar no centro do debate e não a atribuição de direitos a robôs (*vide*, *Open Letter to the European Commission Artificial Intelligence And Robotics*, de 05.04.2018).

<sup>(58)</sup> Cf. § 59, *f*), da Resolução.

<sup>(59)</sup> Cf. § 58 §, da Resolução.

<sup>(60)</sup> Cf. § 49 a § 59, da Resolução.

<sup>(61)</sup> No mesmo sentido, *vide* TABERNERO DE PAZ, *Los Robots y la Responsabilidad Civil Extracontractual*, *Derecho de los Robots*, Madrid, Wolters Kluwer, p. 107, ss., p. 115.



IV. Antes de tomarmos posição sobre a pretensa equiparação da personalidade coletiva à “personalidade eletrónica”, prevista na Resolução, temos primeiro de indagar sobre a possibilidade de, tendo em conta a autonomia decisória dos robôs, atribuir direitos de personalidade a robôs *tale quale* se reconhece ao ser humano.

A rejeição deverá ser categórica. Empréstado a ideia veiculada por PEDRO PAIS DE VASCONCELOS<sup>(62)</sup> para a personalidade coletiva, diríamos que, ao contrário do que sucede com o ser humano, qualquer personalidade jurídica atribuída a robôs será sempre legal e não inerente a estes. De facto, se as pessoas são o princípio e o fim do Direito, o Direito limita-se a constatar a existência de personalidade jurídica no ser humano. O mesmo já não sucede com as pessoas coletivas ou qualquer outro tipo de entidades em que o Direito imputa, subjetivamente, situações jurídicas à semelhança das pessoas humanas.

Com efeito, somos da opinião de que, mesmo que haja um nível elevado de autonomia, nunca poderemos considerar existir um direito de personalidade inerente a esses robôs. E os nossos argumentos não se escondem em asserções formais, relacionadas com a nomenclatura ou com o antropocentrismo do Direito, mas sim no facto de autonomia não ser sinónimo de liberdade<sup>(63)</sup>. Ao contrário dos outros seres, ao ser humano foi dada a possibilidade de conformar a sua própria natureza, dentro do âmbito da sua liberdade. Um ser a quem foi dada autonomia, nunca será livre, e, não sendo livre, nunca poderá ser titular de direitos de personalidade, como o direito à imagem<sup>(64)</sup>.

V. Acrescentaríamos ainda que tão-pouco nos atrai qualquer conceção que funda a personalidade jurídica de entes dotados de inteligência artificial numa pretensa equiparação com a personalidade coletiva. Não sendo o local indicado para refletirmos de forma profunda sobre a natureza jurídica da personalidade coletiva<sup>(65)</sup>, sempre diríamos que, sendo perso-

---

<sup>(62)</sup> PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Direito de Personalidade*, reimp., Coimbra, Almedina, 2017, pp. 5 e 6.

<sup>(63)</sup> NUNO SOUSA E SILVA, *ob. cit.*, p. 501.

<sup>(64)</sup> Como refere MAFALDA MIRANDA BARBOSA, «Inteligência Artificial, E-PERSONS e Direito: Desafios e Perspetivas», *RJLB*, Ano 3, n.º 6, 2016, p. 1475, ss., p. 1482, “A autonomia dos robots é uma autonomia tecnológica, fundada nas potencialidades da combinação algorítmica que é fornecida ao software. Está, portanto, longe do agir ético dos humanos, em que radica o ser pessoa. Falta-lhes, em cada tomada de decisão, a pressuposição ética, falha a relação de cuidado com o outro, até porque, em muitos casos, ela pode mostrar-se incompatível com a eficiência que está na base da programação computacional”.

<sup>(65)</sup> Sobre este tema, *vide*, entre outros, PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 8.ª ed., Coimbra, Almedina, 2017, p. 121, ss.

nalidade coletiva uma criação do Direito, esta está ainda funcionalmente ligada aos interesses do ser humano<sup>(66)</sup>; a não ser que, conforme já foi referido<sup>(67)</sup>, desejemos lograr um instrumento que desresponsabilize o ser humano, solução que, afinal, é um paradoxo para com a própria ideia de Direito (e de Justiça).

## VI. Concretização dos limites à autonomia privada

**I.** O art. 81.º, n.º 1, do CC permite ao seu titular, de forma convencional, limitar o exercício dos seus direitos de personalidade. Na senda do anteprojeto apresentado por MANUEL DE ANDRADE, o limite será a contrariedade aos “princípios de ordem pública”, que ditará que o negócio seja nulo, algo que se torna redundante dada a previsão do art. 280.º do CC, que determinaria o mesmo resultado. Nos termos do art. 81.º, n.º 2, do CC, as limitações convencionais serão sempre revogáveis, ainda que se estipule um termo, contando, naturalmente, que o titular indemnize a contraparte pelos danos que decorram dessa cessação do contrato.

Como refere a doutrina<sup>(68)</sup>, a limitação dos direitos de personalidade não se restringe à ordem pública. Deverá ser tido em conta, igualmente, os limites inerentes aos bons costumes e a contrariedade à lei. Com efeito, será, por exemplo, contrária à lei a convenção pela qual o trabalhador admite a captação por vídeo da sua imagem para controlo do seu trabalho<sup>(69)</sup>.

**II.** Pela sua vertente económica, os casos mais comuns de limitação voluntária dos direitos de personalidade dizem respeito aos direitos de imagem. É prática corrente a celebração de contratos de direitos de imagem que envolvem celebridades, tanto para a exploração do retrato da pessoa humana, como da sua voz, que se inclui no art. 79.º do CC. Se o titular do direito à

---

(66) Como refere PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil, ob. cit.*, p. 126, “Na origem das pessoas coletivas encontram-se sempre pessoas humanas, para a prossecução de cujos interesses e fins foram constituídas. Embora possam ser constituídas por outras pessoas coletivas, existem sempre na sua génese e no seu fundamento, direta ou indiretamente, pessoas humanas, interesses e fins humanos. É a prossecução dos interesses e fins das pessoas humanas que justifica e funda juridicamente a sua existência”.

(67) MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *ob. cit.*, p. 1488.

(68) PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil, ob. cit.*, p. 52; ANA MORAIS ANTUNES, *ob. cit.*, pp. 235 e 236.

(69) Cf. art. 20.º, n.º 1, do Código do Trabalho.

imagem tiver falecido, a autorização caberá ao cônjuge sobrevivente ou qualquer descendente, ascendente, irmão, sobrinho ou herdeiro do falecido<sup>(70)</sup>.

Através da conjugação da tecnologia robótica, embutida com inteligência artificial, com a impressão 3D, têm sido construídos robôs que utilizam as imagens de seres humanos. Em 2016, um designer de Hong-Kong conseguiu produzir um robô similar à atriz norte-americana Scarlett Johansson. Recentemente, foi também criado um robô denominado Sophia, bem conhecido em Portugal por ter sido utilizado no *Websummit* de 2017, que foi construído à imagem da famosa atriz britânica, já falecida, Audrey Hepburn.

**III.** À luz do nosso sistema jurídico, a conformação legal dos negócios para consentir a utilização de imagens em robôs aparenta não levantar quaisquer problemas. Fazendo um paralelo com a utilização da imagem em cromos ou em jogos eletrônicos, a limitação surge como perfeitamente lícita, enquadrada no art. 79.º, n.º 1, e no art. 81.º, ambos do CC.

Contudo, a conjugação da tecnologia robótica com a inteligência artificial pode levantar problemas muito mais complexos. À medida que os robôs se vão tornando cada vez mais autônomos, com uma capacidade de interação com o ambiente ao seu redor mais complexa, o ser humano irá olhar para os robôs como seus semelhantes. Apesar da desumanização desta prática, é verosímil que os seres humanos procurem na tecnologia robótica suplantar carências emocionais e afetivas, construindo robôs cada vez mais semelhantes aos seres humanos, os denominados *robôs* humanoides<sup>(71)</sup>.

Com efeito, a construção de um robô, altamente complexo em termos de inteligência artificial, com a imagem de um ser humano, incluindo, porventura, o seu modo de agir, poderá ter como resultado, ainda que aparente, a *clonagem digital* de um ser humano. Destarte, parece-nos de indagar se, nestes casos, não se poderá chamar à colação a limitação presente no art. 81.º, n.º 1, invocando o princípio da dignidade humana como fundamento para a ilicitude desta limitação à autonomia privada.

**IV.** Os problemas podem inclusive surgir no momento da revogação por parte do titular que deu autorização para a utilização da sua imagem num robô altamente complexo. De facto, alguns estudos têm demonstrado

---

<sup>(70)</sup> Cf. art. 79.º, n.º 1, conjugado com o art. 71.º, n.ºs 1 e 2, do CC.

<sup>(71)</sup> Cf. GARCÍA-PRÍETO CUESTA, *ob. cit.* p. 45. Refere o autor o seguinte: “Algunos robots pueden centrarse solamente en reproducir la cara de una persona, o los brazos, mientras que otros implementan todo el cuerpo”.

que poderá existir um elevado nível de sensibilidade humana para com a tecnologia robótica. Quanto mais complexo é o robô, e a inteligência artificial que emula o cérebro, mais rapidamente o ser humano projetará uma forma de vida. Esta questão gera, desde logo, dúvidas de caráter mais geral, nomeadamente a de saber se deverá ser admissível a utilização de robôs para substituir o contacto humano, sobretudo em determinadas situações delicadas, como é o caso da assistência a idosos ou crianças.

De qualquer forma, enquadrando esta questão no âmbito do presente estudo, aventamos que possam existir problemas na revogação da limitação voluntária da utilização da imagem de outrem nos termos do art. 81.º, n.º 2, na medida em que a efetividade desta revogação poderá ditar a destruição do robô ou, pelo menos, a alteração do seu design, desde logo, a nível de *hardware*, pela sua dimensão física, como também a nível de *software*, se a autorização que tiver sido dada tiver ido mais longe do que a simples autorização para a utilização do retrato do titular do direito à imagem.

Vale a pena relembrar que diversos autores já têm discutido a limitação do poder de revogação. Para uns<sup>(72)</sup>, só a defesa dos valores relativos à personalidade poderão permitir a livre revogabilidade do consentimento; para outros<sup>(73)</sup>, a limitação à revogabilidade deverá ser enquadrada à luz do regime do *abuso de direito*. Tendemos a seguir a primeira via. Aliás, recordando o que fez a fase final do pandectismo, poderemos enriquecer a dogmática dos direitos de personalidade com algumas soluções que são previstas para os direitos imateriais. Em especial, à semelhança do que sucede no *direito de retirada* da obra no direito moral de autor, serão sempre exigidas *razões morais atendíveis*<sup>(74)</sup>.

A livre revogabilidade poderá, assim, mais do que nunca, ser posta em causa, tendo em conta os interesses da contraparte, gerando-se um conflito de interesses que terá de ser resolvido no caso concreto. Este raciocínio poderá ser transportado, com as devidas distâncias, para a tutela do direito subjetivo, onde se poderão, pelos interesses em jogo, restringir as providências atenuantes dos efeitos da ofensa já cometida<sup>(75)</sup>, optando-se, por exemplo, pela não destruição do robô.

Diríamos, a título de conclusão, que temos aqui mais uma razão para não admitir este tipo de negócios jurídicos. Pelas razões aqui referidas,

---

(72) DAVID OLIVEIRA FESTAS, *ob. cit.*, p. 377, ss.; OLIVEIRA ASCENSÃO, *ob. cit.*, pp. 79-80.

(73) PAULO MOTA PINTO, «A Limitação Voluntária do Direito à Reserva sobre a Intimidade da Vida Privada», *ob. cit.*, p. 716; PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Direito de Personalidade, ob. cit.*, p. 167.

(74) Cf. art. 62.º, do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos.

(75) Nos termos do art. 70.º, n.º 2, do CC.

esta possibilidade poderá constituir na prática uma alienação do próprio direito à imagem, o que seria uma subversão de todo o sistema em que assentam os direitos de personalidade.

## VII. Considerações finais

I. No presente estudo denota-se a fragilidade do direito à imagem perante o fenômeno da inteligência artificial, circunstância, diga-se, que é transversal a todos os direitos de personalidade. Tentámos, em primeiro lugar, atestar a elasticidade do presente regime jurídico do Código Civil para alguns problemas que se irão agudizar com a Revolução Industrial 4.0. Ainda que a dogmática dos direitos de personalidade, em comparação a outros institutos, possa ser considerada relativamente jovem, algumas das soluções já encontram guarida na interpretação que é dada ao presente regime. Na verdade, conforme se referiu, tratam-se de “velhos problemas” que já existem nos direitos de imagem, mas que se exponenciam com a inteligência artificial.

II. Sem quaisquer reservas mentais, somos da opinião de que a revolução em que agora nos encontramos, liderada pela inteligência artificial, pode trazer benefícios para a humanidade. Contudo, a tecnologia não tem ética, e é completamente neutra neste sentido. Com efeito, deverá ser o homem a impor os limites à tecnologia, sendo que, os sinais que se vão manifestando, alguns deles referenciados no presente estudo, suscitam preocupação. Será necessário colocar a *pessoa* no centro do Direito uma vez mais. De resto, nunca deverá ser possível um nível elevado de tecnologia com um nível inferior de ética.

III. Com esta nova Revolução Industrial, onde a tecnologia se torna verdadeiramente pessoal, a imagem torna-se ainda mais plástica. A captação, reprodução e manipulação da imagem sem o devido consentimento poderão tornar-se, assim, uma inevitabilidade, concentrando-se a sua tutela unicamente na perspectiva economicista, menosprezando-se os seus valores essenciais, como a autodeterminação da pessoa sobre a sua imagem e a reserva sobre a intimidade da vida privada. Poderão ser mesmo resgatadas algumas vozes<sup>(76)</sup> no direito continental, e, já agora, no *right of*

---

<sup>(76)</sup> Vide HORST-PETER GÖTTING, *Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1995, p. 10.

*publicity*<sup>(77/78)</sup> norte-americano, que desde há muito teorizam a separação entre um bem de personalidade e a própria pessoa, dando azo a que o mesmo possa ser transmitido autonomamente. A eventual afirmação das teorias dualistas não será tanto pelo lado económico dos bens de personalidades, que é inegável, mas sim pela desconsideração, paulatina, dos valores pessoalíssimos ligados à personalidade da pessoa humana. Em suma, diríamos que, como forma de compensação por esta *perda* maximiza-se o perfil economicista do direito.

IV. Esta realidade obriga assim a que intervenha o Direito Objetivo. Uma vez mais, o *princípio da dignidade humana*<sup>(79)</sup>, preenchendo lacunas valorativas, terá aqui um papel fulcral. Se olharmos para a génese dos direitos de personalidade, especialmente da sua tutela civil, o seu enriquecimento dogmático foi, na maior parte das vezes, uma resposta aos abusos políticos e legislativos cometidos à dignidade da pessoa humana. Tendo em conta a multiplicação de meios capazes de pôr em causa a esfera pessoal de cada um, e, em especial, o direito à imagem, o direito objetivo de personalidade terá, certamente, um papel importante a ter em conta. Já o teve aquando do nascimento do direito à identidade informacional no âmbito da proteção de dados, que constitui igualmente um instrumento que tutela a imagem da pessoa humana — ainda que limitada aos valores em jogo — e terá de continuar a tê-lo na salvaguarda do âmago dos direitos de personalidade no futuro. O *Princípio da Dignidade Humana* ditará, salvo melhor opinião, que os direitos de personalidade são inerentes aos seres humanos, não podendo ser transportados para *pessoas eletrónicas*, ainda que a estas tenha sido dada a possibilidade de terem uma elevada autonomia.

---

<sup>(77)</sup> Cf., entre outros, J. THOMAS MCCARTHY, *The Rights of Publicity and Privacy*, Vol. 1, 2.<sup>a</sup> ed., St. Paul, West Group, 2002, p. 1, ss.

<sup>(78)</sup> Não obstante, a figura do *right of publicity* tem, dogmaticamente, um conteúdo mais amplo de proteção, quando comparado com os direitos de personalidade. Por esse motivo, poderá ter um papel bastante ativo em termos de tutela contra os abusos desta nova Revolução Industrial.

<sup>(79)</sup> Cf. art. 1.º, da Constituição da República Portuguesa.

## Bibliografia

- AAVV, *Código Civil Anotado*, Vol. I, coord. Ana Prata, Coimbra, Almedina, 2017.
- AAVV, *Il nuovo Regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, Torino, Zanichelli Editore, 2017.
- ANTUNES, ANA MORAIS, *Comentário aos artigos 70.º a 81.º do Código Civil (Direitos de Personalidade)*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2012.
- ASCENSÃO, JOSÉ DE OLIVEIRA, *Direito Civil. Teoria Geral*, 2.ª ed., Vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2000.
- ASHLEY, KEVIN, *Artificial Intelligence and Legal Analytics*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017.
- BALKIN, JACK M., «The Path of Robotics Law», *California Law Review Circuit*, Vol. 6, 2015, p. 45, ss., disponível em <[www.scholarship.law.berkeley.edu](http://www.scholarship.law.berkeley.edu)> (visitado em 02.08.2018).
- BARBOSA, MAFALDA MIRANDA, «Inteligência Artificial, E-PERSONS e Direito: Desafios e Perspetivas», *RJLB*, Ano 3, n.º 6, 2016, p. 1475, ss.
- CABRAL, RITA AMARAL, «O direito à intimidade da vida privada (breve reflexão do art. 80.º do Código Civil)», *Estudos em memória do Prof. Doutor Paulo Cunha*, Lisboa, Universidade de Lisboa, 1989, p. 373, ss.
- CAMPOS, DIOGO LEITE DE, *Nós: Estudos sobre o Direito das Pessoas*, Coimbra, Almedina, 2004.
- CARNELUTTI, FRANCESCO, «Diritto alla vita privata. Contributo alla teoria della libertà di stampa», *RTDP*, 1995, p. 3, ss.
- CASTRO, CATARINA SARMENTO, *Direito da Informática, Privacidade e Dados Pessoais*, Coimbra, Almedina, 2004.
- CHOPRA, SAMIR/WHITE, LAURENCE F., *A legal theory for autonomous artificial agents*, University of Michigan Press, 2011.
- CLAVIJO, SANDRA CAMACHO, «La subjetividad “cyborg”», *Inteligencia Artificial. Tecnología. Derecho*, coord. Susana Navas Navarro, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, p. 231, ss.
- CORDEIRO, A. BARRETO MENEZES, «Dados pessoais: conceito, extensão e limites», *Revista de Direito Civil*, Ano III, n.º 2, 2018, p. 297, ss.
- CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Tratado de Direito Civil*, IV (com a colaboração de A. Barreto Menezes Cordeiro), 4.ª ed., Coimbra, Almedina, 2017.
- COSTA, ADALBERTO, «O Direito à Imagem», *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 72, n.º 4, 2012, p. 1323, ss.
- CUESTA, GARCÍA-PRieto, «Qué es un Robot?», *Derecho de los Robots*, Madrid, Wolters Kluwer, 2018, p. 25, ss.
- DRAY, GUILHERME, *Direitos de Personalidade: alterações ao Código Civil e ao Código do Trabalho*, Coimbra, Almedina, 2006.
- DOMÍNGUEZ, ANA GARRIGA, *Nuevos Retos para la Protección de Datos Personales en la Era del Big Data y de la Computación ubicua*, Madrid, Dykinson S.L., 2016.
- FESTAS, DAVID DE OLIVEIRA, *Do conteúdo patrimonial do Direito à Imagem — Contributo para um Estudo do seu Aproveitamento Consentido e Inter Vivos*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009.

- FRADA, MANUEL CARNEIRO DA, «Vinho Novo em Odres Velhos? — A responsabilidade civil das “operadoras de internet” e a doutrina comum da imputação de danos», *Direito da Sociedade da Informação*, Vol. II, 2001, p. 7, ss.
- GANASCIA, JEAN-GABRIEL, *Le Mythe de la Singularité: Faut-il craindre l'intelligence artificielle*, Seuil, Paris, 2017.
- GARCÍA, ÁNGEL MANUEL SÁNCHEZ, «Robótica y Ética», *Derecho de los Robots*, Madrid, Wolters Kluwer, 2018, p. 229, ss.
- GÖTTING, HORST-PETER, *Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1995.
- LEAL, ANA ALVES, «Aspetos jurídicos da análise de dados na internet (big data analytics) nos setores bancários e financeiro: proteção de dados pessoais e deveres de informação», *FinTech: Desafios da Tecnologia Financeira*, coord. António Menezes Cordeiro, Ana Perestrelo de Oliveira, Diogo Pereira Duarte, Coimbra, Almedina, 2016, p. 75, ss., pp. 79-83.
- LEONHARD, GERD, *Technology vs. Humanity: The coming clash between man and machine*, Londres, Fast Future Publishing L.<sup>td</sup>, 2016.
- LYNSKEY, ORLA, *The Foundation of EU Data Protection Law*, Oxford, Oxford University Press, 2015.
- MASSARO, TONI M./NORTON, HELEN, «Siri-ously? Free Speech Rights and Artificial Intelligence», *Northwestern University Law Review*, Vol. 110, n.º 5, 2016, p. 1169, ss., disponível em <scholarlycommons.law.northwestern.edu> (visitado em 25.08.2018).
- MCCARTHY, J. THOMAS, *The Rights of Publicity and Privacy*, Vol. 1, 2.<sup>a</sup> ed., St. Paul, West Group, 2002.
- NAVARRO, SUSANA NAVAS, *Inteligencia Artificial. Tecnología. Derecho*, coord. Susana Navas Navarro, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, p. 23, ss.
- PINHEIRO, ALEXANDRE SOUSA, *Privacy e proteção de dados pessoais: a construção dogmática do direito à identidade informacional*, Lisboa, AAFDL, 2015.
- PINTO, PAULO MOTA, «O Direito à Reserva sobre a Intimidade da Vida Privada», *Direitos de Personalidade e Direitos Fundamentais: Estudos*, Coimbra, Almedina, 2018, p. 475, ss.
- , «A Limitação Voluntária do Direito à Reserva sobre a Intimidade da Vida Privada», *Direitos de Personalidade e Direitos Fundamentais: Estudos*, Almedina, Coimbra, 2018, p. 679, ss.
- PAGALLO, UGO, *The Laws of Robots: Crimes, Contracts, and Torts*, Heidelberg, Springer, 2013.
- PAZ, JUAN GÓMEZ-RIESCO TABERNERO DE, «Los Robots y la Responsabilidad Civil Extracontractual», *Derecho de los Robots*, Madrid, Wolters Kluwer, 2018, p. 107, ss.
- SILVA, NUNO SOUSA E, «Direito e Robótica: uma Primeira Aproximação», *ROA*, Ano 77, jan./jun., 2017, p. 487, ss.
- SOUSA, RABINDRANATH CAPELO DE, *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995.



SPECHT, LOUISA/SOPHIE HEROLD, SHOPHIE, «Roboter als Vertragspartner? Gedanken zu Vertragsabschlüssen unter Einbeziehung automatisiert und autonom agierender Systeme», *Multimedia und Recht*, 2018, p. 40, ss.

TRABUCO, CLÁUDIA, «Dos Contratos Relativo ao Direito de Imagem», *O direito*, ano 133, n.º 2, 2001, p. 389, ss.

VASCONCELOS, PEDRO PAIS DE, *Direito de Personalidade*, reimp., Coimbra, Almedina, 2017.  
—, *Teoria Geral do Direito Civil*, 8.ª ed., Coimbra, Almedina, 2017.



*Jurisprudência*  
*dos Conselhos*

PARECER DO CONSELHO SUPERIOR

Processo. n.º 4/2018 — CS/R

*Relator:* Orlando Marcelo Curto

**RELATÓRIO**

**I**

Vem o presente recurso de Acórdão do Conselho de Deontologia do Porto que condenou o recorrente Dr. (...) na pena de multa de €250,00 e a recorrente D.<sup>ra</sup> (...) na pena de censura.

O facto que deu origem à condenação foi a afixação ao lado da porta do escritório dos referidos senhores advogados recorrentes e outros cinco advogados de uma placa com os dizeres “BALCÃO ÚNICO (em letras maiúsculas) seguindo-se na vertical: Advogados, Reconhecimentos, Certificações, Termos de autenticação, Registos, Predial, Comercial, Automóvel”, conforme fotografia a fls.91 dos autos.

E tendo a Delegação de (...), por ofício de 1 de Outubro de 2010, chamado a atenção das ora recorrentes para a ilicitude de publicidade resultante da afixação da referida placa, os mesmos ora recorrentes, sustentando não existir tal ilicitude mantiveram a placa, situação que se manteve no decurso do processo disciplinar que culminou com a condenação.

O Acórdão em recurso, perfilhando o Parecer do Relator, conclui do seguinte modo: “com o comportamento adoptado os arguidos violaram voluntária e conscientemente o disposto no art. 89.º (actual 94.º) do Estatuto da Ordem dos Advogados.

O dolo resulta demonstrado pela consciência que os arguidos tinham da ilicitude das suas condutas, face desde logo ao aviso feito pela Delegação de (...) e às suas pronúncias nos autos, sempre no sentido de discordarem do Parecer n.º 4/PP/2009-6 (publicado na Revista da O.A. n.ºs III/IV, ano 69, Jul/Set 2009 e Out/Dez 2009, ppp. 1041, ss.) da Ordem dos Advogados.

A intenção de beneficiarem das vantagens do seu comportamento ilícito não se desvanece por, na prática, eventualmente não terem de facto obtido proveito”.

\*\*\*

A recorrente (...), fundamenta o seu recurso, alegando que:

- Há que aquilatar se os factos praticados não prescreveram já;
- Exerce advocacia há 25 anos;
- Não se trata de uma sociedade de advogados regular (o escritório tem 7 advogados), ainda que naturalmente haja questões comuns que são tratadas quase como tal e sempre por um advogado em nome de todos.

No caso concreto o assunto objecto do processo foi tratado pelo Dr. (...), em quem a recorrente deposita toda a confiança, como colega mais velho e prestigiado, tendo a recorrente assinado o que lhe foi pedido, em confiança, “absolutamente inconsciente da legalidade ou não das suas implicações”.

Logo que se apercebeu da possível ilegalidade transmitiu ao colega Dr. (...) que a placa, cuja aposição fora da autoria deste, devia ser retirada, mas o Dr. (...) continuou a entender que a colocação da placa era legal.

E em resposta ao despacho de acusação disse que:

- 1) Não afixara a placa em causa;
- 2) Apenas colocou uma placa com o nome profissional na varanda da fachada;
- 3) Poucos ou nenhuns actos relacionados com o Balcão Único prática e apenas para os seus clientes habituais;
- 4) Nunca usufruiu pois qualquer vantagem com a afixação da placa.

A pena de censura não tem pois razão de ser.

\*\*\*

O recorrente (...) alega no seu recurso, em síntese, que ao afixar a placa pretendeu apenas informar de forma objectiva da área de actividade a que se dedica.

Invoca o DL 116/2008 de 4/07/2008 no sentido de que o mesmo criou condições para que os advogados prestem serviços em regime de “balcão único”.

Da placa resulta porém, de forma inequívoca, que se trata de um escritório de advogados.

A afixação da placa não contende, em nada, com o art. 89.º do EOA, antes se enquadra no direito estatutariamente consagrado à publicidade previsto no art. 89.º do EOA.

E o Acórdão em apreço não está minimamente fundamentado.

Contudo, na sequência do Acórdão recorrido foi já retirada a placa, aguardando-se a decisão do presente recurso.

\*\*\*

Antes de apreciar especificamente cada uma das Alegações de recurso em face do Acórdão recorrido e das penas por este aplicadas, começaremos por analisar o facto em si que é escrutinado — a afixação da placa com os dizeres dela constantes — e conseqüentemente a legalidade ou ilegalidade do mesmo em face do estipulado pelo art. 89.º do EOA de 2005 ao caso aplicável.

Estabelece o citado art. 89.º no seu n.º 1 que “os advogados e as sociedades de advogados podem divulgar a sua actividade profissional de forma objectiva, verdadeira e digna, no rigoroso respeito pelos deveres deontológicos do segredo profissional e das normas legais sobre publicidade e concorrência.”

E as alíneas do n.º 2 do mesmo artigo especificam nomeadamente o que se entende por informação objectiva dos advogados e sociedades de advogados.

E nas alíneas do n.º 3 enumera-se nomeadamente actos lícitos de publicidade, todos eles com reporte directo ao advogado ou sociedade de advogados.

No n.º 4 referem-se, designadamente, alguns actos ilícitos de publicidade.

\*\*\*

Analisando agora a placa afixada pelos senhores advogados arguidos à luz da citada disposição legal do art. 89.º do EOA (actual art. 94.º) há que constatar desde logo que a mesma não é uma placa de Advogados, pois que a menção de referência, com letras maiúsculas é “BALCÃO ÚNICO” e só depois vem a menção Advogados, seguida de uma relação de actividades não específicas ou exclusivas de advogados.

Assim, a placa induz o público de que ali existe um escritório que trata dos vários assuntos mencionados e onde também há advogados.

Tal placa publicitária viola assim claramente a letra e o espírito da norma do art. 89.º do EOA no seu todo.

Com efeito, não divulga de forma objectiva, verdadeira e digna a actividade profissional de advogados, não reportando sequer as actividades que menciona a um escritório de advogados mas sim a um “Balcão único”.

Além disso as actividades mencionadas não se integram na menção de “áreas ou matérias jurídicas de exercício preferencial” que o art. 89.º permite.

Posto isto apreciemos então as alegações de recurso de cada um dos recorrentes.

Quanto ao recurso da D.<sup>ra</sup> (...) começaremos por recusar a existência de prescrição, que refere como hipótese, pois tratando-se de infracção continuada que só terá cessado após o Acórdão do Conselho de Deontologia do Porto, é evidente não existir.

A D.<sup>ra</sup> (...) pretende que se atenda a uma atenuação na sua responsabilidade na colocação e manutenção da placa, alegando que a autoria da colocação da placa foi do Dr. (...), e que foi este que sempre defendeu perante ela e os demais colegas do escritório a legalidade da mesma e sua manutenção.

Pode admitir-se que assim tenha acontecido, mas a verdade é que a recorrente é uma advogada com 25 anos de profissão e não pode eximir-se à responsabilidade de, por si própria, apreciar a legalidade ou ilegalidade da colocação da placa, como lhe competia desde a denúncia da Delegação de (...).

Diz que a determinada altura defendeu junto do Dr. (...) que a placa devia ser retirada, mas não impôs a mesma retirada.

Não vemos por isso que a sanção de “censura” seja desadequada à infracção que lhe é imputável, inferior, de resto, à aplicada ao Dr. (...).

\*\*\*

Relativamente ao recurso do Dr. (...), em face do que se deixou dito quanto à afixação da placa como violando o art. 89.º do EOA então em vigor, resulta que não colhem os argumentos que aduz.

A placa afixada, ao contrário do que diz, “não informa de forma objectiva da área de actividade a que se dedica” como advogado.

Com efeito, reconhecimentos, certificações, termos de autenticação, registos, não são áreas de actividade jurídica.

E quanto ao Balcão Único, o que a lei que o recorrente invoca (DL 116/2008 de 4/07/2008 e Portaria 1513/2008 de 23/12) criou foi um regime próprio, para advogados, câmaras de comércio e indústria, notários e solicitadores, de obterem através da Internet, documentação, nomeadamente certidões que permitem de forma simplificada a prática de determinados actos próprios das respectivas actividades, mas a simples menção (balcão único) também ela não designa qualquer actividade jurídica própria dos advogados.

Os dizeres da placa afixada, ao contrário do que pretende o recorrente, não se enquadram pois no estatuído pelo art. 89.º do EOA (actual art. 94.º).

Diz, por outro lado, o recorrente que o Acórdão recorrido não está minimamente fundamentado, mas também aí não tem razão.

Na verdade, o Acórdão recorrido fundamenta a sua decisão em Parecer do Conselho Geral da Ordem dos Advogados, nomeadamente no Parecer n.º 4/PP/2009-6, publicado na Revista da Ordem dos Advogados n.ºs III/IV, ano 69, Jul/Set 2009 e Out/Nov 2009, pp. 1041, ss., fazendo por isso seus os considerandos e conclusões dos mesmos.

A ilicitude da actuação do senhor advogado recorrente na colocação da placa e na manutenção da mesma é pois manifesta, por violação da norma deontológica do art.89.º, no seu conjunto, do EOA.

E a pena aplicada, dados os contornos da actuação constantes dos autos e o grau de culpa, não nos merece censura.

## CONCLUSÃO

### II

Do que anteriormente ficou expandido somos de parecer que, embora com um enquadramento jurídico e legal não totalmente coincidente com o

Acordão recorrido, deve ser negado provimento a ambos os recursos e, consequentemente, mantidas as condenações fixadas pelo Acordão recorrido, por violação por parte dos recorrentes do art. 89.º do EOA no seu conjunto.

À secção para deliberação.

*Lisboa, 27 de Abril de 2018*

O RELATOR

Aprovado em reunião da 2.ª Secção do Conselho Superior, de 11 de maio de 2018.



## PARECER DO CONSELHO GERAL N.º 15/PP/2018-G

Averiguação da existência de incompatibilidade entre a profissão de Advogado e o exercício da atividade de Mediador de Conflitos

*Relator:* Pedro Costa Azevedo

**I.** Por comunicação escrita dirigida ao Presidente do Conselho Regional [...], o requerente solicitou parecer acerca da existência de incompatibilidade entre a profissão de Advogado e o exercício de atividade de Mediador de Conflitos, em regime de prática privada e individual e em instalações próprias e distintas daquelas onde estaria instalado o escritório de advocacia, e sem qualquer menção, nas instalações afectas a cada uma dessas actividades, ao exercício daquela outra actividade.

Uma vez que, no passado recente, e sobre esta questão, surgiram decisões divergentes dos vários Conselhos Regionais e porque a questão colocada, atenta a sua generalidade e alcance, ultrapassa a área daquele Conselho Regional, o Conselho Regional [...] decidiu reenviar o pedido de parecer ao Conselho Geral para que este formule o mesmo e, dessa forma, possa existir, no futuro, uma uniformização das decisões dos diversos Conselhos Regionais sobre esta concreta questão.

**II.** Atendendo a que o assunto em causa respeita ao exercício da profissão e aos interesses dos advogados, compete ao Conselho Geral sobre o mesmo deliberar, atento o disposto no art. 46.º, n.º 1, al. d), do EOA.

Acresce que o presente pedido de parecer versa sobre uma questão relativa às incompatibilidades com o exercício da advocacia, cuja apreciação compete ao Conselho Geral e aos Conselhos Regionais (v. art. 81.º, n.º 5, do EOA), sendo ainda uma competência do Conselho Geral “formu-

lar recomendações de modo a procurar uniformizar, quanto possível, a atuação dos diversos conselhos regionais”, como dispõe o art. 46.º, n.º 1, al. j), do EOA.

Como resulta da decisão do Conselho Regional de [...], tem existido uma clara divergência entre os diversos órgãos da Ordem dos Advogados acerca do tema em discussão. Assim, existem pareceres no sentido de que não existe incompatibilidade entre o exercício da Advocacia e o exercício da Mediação de Conflitos emitidos pelo Conselho Regional de Coimbra (Parecer n.º 31/PP/2011-C) e pelo Conselho Regional do Porto (Parecer n.º 25/PP/2010-P), e pareceres no sentido oposto, ou seja, que existe essa incompatibilidade, emitidos pelo Conselho Geral (Parecer n.º 26/PP/2009-G e Parecer n.º 36/PP/2011-G) e pelo Conselho Regional de Évora (Parecer n.º 2/PP/2011).

Deste modo, aceita-se o reenvio do pedido, pelo que proceder-se-á à emissão de parecer.

**III.** As regras das incompatibilidades e impedimentos relativas ao exercício da advocacia estão previstas nos arts. 81.º a 87.º do EOA. Dispõe o art. 81.º, n.º 1, que “o advogado exercita a defesa dos direitos e interesses que lhe sejam confiados sempre com plena autonomia técnica e de forma isenta, independente e responsável”, completando o n.º 2 que o “exercício da advocacia é inconciliável com qualquer cargo, função ou atividade que possa afectar a isenção, a independência e a dignidade da profissão”. Resulta destas normas uma cláusula geral que pretende defender não só a relação do advogado com o seu cliente (a isenção e a independência), libertando-o de quaisquer amarras ou pressões estranhas a essa relação, mas também de defender a imagem da profissão perante a sociedade (a dignidade), que será tanto mais respeitada quanto mais considerados forem os seus membros<sup>(1)</sup>.

Sem prejuízo do disposto nos artigos citados, o art. 82.º, n.º 1, elenca, depois, a título meramente exemplificativo, como decorre da utilização do advérbio “designadamente”, alguns cargos, funções e actividades que se consideram incompatíveis com o exercício da advocacia. Ou seja, nenhuma dúvida existe de que o exercício dos cargos, funções e actividades ali referidos impedem e obstam ao exercício da advocacia, mas pode-

---

<sup>(1)</sup> “A independência do Advogado traduz-se em plena liberdade perante o poder, a opinião pública, os tribunais e terceiros, não devendo o Advogado depender, em momento nenhum, de qualquer entidade. A dignidade do advogado tem que ver com a sua conduta no exercício da profissão e no seu comportamento público, com a probidade e com a honra e consideração pública que o Advogado deve merecer”, — GUEDES DA COSTA, ORLANDO, *Direito Profissional do Advogado*, p. 153, 4.ª ed., Almedina, Coimbra, 2006.

rão existir outros que também constituam um obstáculo a esse exercício, ainda que dali não constem. Nesse caso, ter-se-á de lançar mão da cláusula geral prevista no art. 81.º, n.º 2.

Resulta do exposto que a advocacia é tida como uma actividade tendencialmente exclusiva, na medida em que o legislador procurou colocar alguns entraves ao exercício cumulativo de outras actividades<sup>(2)</sup>. E percebe-se que assim seja. A actividade de advogado, pese embora a sua massificação e vulgarização nas últimas décadas, é uma actividade exigente, até estóica, nalguns momentos, que exige desprendimento, liberdade, estudo e dedicação constantes e permanentes. Acresce que, sendo a primeira face que, muitas vezes, o cidadão atribui à Justiça, é imperioso que seja percebida pela sociedade como uma actividade acima de qualquer suspeita, onde pode ser depositada a máxima confiança.

**IV.** Analisada a referida norma exemplificativa dos cargos, funções e actividades incompatíveis com o exercício da advocacia, verificamos que ali não se encontra a actividade de mediação de conflitos.

Na al. n), do n.º 1, do art. 82.º, prevê-se a figura do mediador mobiliário ou imobiliário e leiloeiro. No entanto, tal previsão não permite, de modo algum, extravasar per se essa incompatibilidade para o mediador de conflitos, já que a norma em causa especifica em concreto quais os tipos de mediador cuja actividade considera incompatível com o exercício da profissão de advogado.

De igual modo, da Lei n.º 29/2013, que estabelece princípios gerais aplicáveis à mediação de conflitos realizada em Portugal, bem como os regimes jurídicos da mediação civil e comercial, dos mediadores e da mediação pública, não resulta qualquer incompatibilidade ou sequer impedimento expresso desta actividade com o exercício da advocacia. Essa ausência também se verifica na Lei n.º 21/2007 que estabelece o regime de mediação penal, no Despacho n.º 18778/2007 que regula a actividade do sistema de mediação familiar e no Protocolo celebrado em 5 de Maio de 2006, entre o Ministério da Justiça e a Confederação da Indústria Portuguesa (CIP), Confederação do Comércio e Serviços de Portugal (CCP), Confederação do Turismo Português (CTP), Confederação dos Agricultores de Portugal (CAP), Confederação Geral dos Trabalhadores Portugueses — Intersindical Nacional (CGTP-IN) e a União Geral dos Trabalhadores (UGT), que instituiu o Sistema de Mediação Laboral.

---

(2) Esses entraves e obstáculos começam, desde logo, no momento da inscrição, como decorre do art. 188.º do EOA.

Apenas existe o impedimento de os mediadores exercerem a advocacia no Julgado de Paz onde prestam serviço, conforme disposto no art. 30.º, n.º 3, da Lei n.º 78/2001 que trata da organização, competência e funcionamento dos Julgados de Paz.

Assim, a existir incompatibilidade entre a actividade de mediador de conflitos e o exercício da advocacia, essa incompatibilidade terá de ser determinada a partir da norma do art. 81.º, n.º 2, do EOA.

V. Antes de mais, procuremos identificar em que consiste em concreto a actividade de mediador de conflitos que, como a do advogado, é regulada por lei.

Nos termos do disposto no art. 2.º, al. *b*), da Lei n.º 29/2013, o mediador de conflitos é “um terceiro, imparcial e independente, desprovido de poderes de imposição aos mediados, que os auxilia na tentativa de construção de um acordo final sobre o objeto do litígio”. A sua actividade rege-se pelos princípios da mediação, da voluntariedade, confidencialidade, da igualdade e da imparcialidade, da independência, da competência e da responsabilidade e da executoriedade (arts. 3.º a 9.º). Estas normas são aplicáveis a todo o tipo de mediação.

Na actividade de mediador, podemos encontrar, pelo menos, três tipos distintos: o mediador em matéria civil e comercial, dependente de convenção entre as partes, o mediador integrado nos sistemas públicos de mediação (mediação familiar, laboral e penal), e o mediador integrado nos Julgados de Paz, cada um deles regulado pelos diplomas a seguir referidos. O capítulo III da Lei n.º 29/2013 estabelece os regimes jurídicos da mediação civil e comercial, a Lei n.º 21/2007 estabelece o regime de mediação penal, o Despacho n.º 18778/2007 regula a actividade do sistema de mediação familiar, o Protocolo celebrado em 5 de Maio de 2006, entre o Ministério da Justiça e a CIP, a CCP, a CTP, a CAP, a CGTP-IN e a UGT instituiu o Sistema de Mediação Laboral e a Lei n.º 78/2001 prevê o regime dos mediadores integrados nos Julgados de Paz.

Em todos estes diplomas, pese embora os seus regimes próprios, encontram-se traves mestras comuns que regulam a actividade de mediação de conflitos. Com efeito, de todos eles decorre a obrigatoriedade de o mediador observar os deveres de imparcialidade, independência, confidencialidade, diligência, devendo, em qualquer fase do processo de mediação, logo que verifique que, por razões legais, éticas ou deontológicas, a sua independência, imparcialidade ou isenção possam ser afectadas, solicitar a sua substituição. O mediador deve sempre respeitar estritamente o segredo profissional dos factos de que tomou conhecimento em resultado dessa mediação

Realce-se também que, em todos os sistemas de mediação de conflitos previstos, o mediador é um profissional liberal, em regime de livre prestação de serviços, inscrito em listagens próprias, mas sem qualquer vínculo de emprego público, auferindo honorários a título de remuneração (art. 23.º, n.º 2, da Lei n.º 29/2013, art. 30.º, n.º 1, e art. 34.º da Lei n.º 78/2001, art. 1.º da Lei 21/2007, art. 8.º do Despacho n.º 18778/07, Despacho 2168-A/2008 e Cl. 2.ª do Protocolo do Sistema de Laboração Laboral).

**VI.** Obviamente que não é indiferente ao presente parecer a posição dos pareceres anteriores emitidos pelos diferentes órgãos da Ordem dos Advogados, mais concretamente, em virtude de se tratar do mesmo órgão, do Parecer n.º 26/PP/2009-G e Parecer n.º 36/PP/2011-G do Conselho Geral que consideraram a actividade de mediador de conflitos incompatível com o exercício da profissão de advogado. Porém, e salvo o devido respeito pelo trabalho neles expendido, a verdade é que a sua fundamentação acaba por assentar unicamente nas próprias conclusões.

De acordo com os referidos pareceres, a actividade de mediação de conflitos é considerada incompatível com o exercício da profissão de advogado porque pode colocar em causa a isenção, a independência e a dignidade desta. No entanto, em nenhum momento ou passagem se refere como ou em que medida essa isenção, independência e dignidade é colocada em causa, pelo que se desconhecem os argumentos que sustentam essa conclusão. Optou-se por esse caminho, mas não sabemos o que norteou a decisão de por aí seguir.

É verdade que, nesses pareceres, se menciona o problema da angariação de clientela. No entanto, sendo a angariação de clientela proibida na advocacia, a verdade é que não está directamente relacionada com o tema das incompatibilidades ou impedimentos, acabando por se sobrevalorizar a sua importância.

Em primeiro lugar, existem outras actividades consideradas compatíveis com o exercício da advocacia que também podem permitir essa angariação, como é o caso do exercício de cargos de docência, de árbitro ou em associações, públicas ou privadas. Em segundo lugar, a angariação de clientela, sendo proibida na advocacia quando seja efectuada por solicitação do Advogado, por si ou por interposta pessoa (art. 90.º, n.º 2, al. *h*), do EOA), acaba por suceder de modo natural e quase involuntário, quando se desempenha as funções com competência, pelo que nunca deve ser o argumento essencial para se julgar alguma actividade incompatível com a

advocacia<sup>(3)</sup>. Devem existir sempre outros argumentos que consolidem essa decisão.

**VII.** Ora, resulta do exposto no ponto V que a actividade de mediador de conflitos rege-se igualmente por princípios exigentes e escrupulosos, procurando o legislador que assuma a imparcialidade, independência e dignidade que, por outro lado, também é exigida ao advogado.

Acresce que o mediador de conflitos medeia, como decorre da sua própria denominação, e passe a redundância, conflitos ou, se preferirmos, litígios ou discórdias. Ora, o Advogado é, por excelência, um gestor de litígios, cabendo-lhe, muitas vezes, esse papel de mediador e apaziguador dos ânimos e dos estados de alma das partes. É frequente um Advogado patrocinar ambas as partes num divórcio por mútuo consentimento, ou num acordo em que existe, desde logo, uma comunhão de vontades bem delineada e esclarecida.

Ou seja, a figura de mediador de conflitos não é estranha à advocacia e ao advogado. Aliás, decorre do art. 100.º, n.º 1, al. c), do EOA que o Advogado deve “aconselhar toda a composição que ache justa e equitativa”, sendo que essa composição não obriga a que a contraparte do seu cliente se encontre acompanhada de Advogado.

Por outro lado, pese embora também se intitular de mediador, não se pode comparar a actividade de mediador de conflitos com as actividades de mediador mobiliário, imobiliário ou de seguros. Estas últimas são actividades eminentemente comerciais e mercantilistas, que se regem essencialmente com vista ao lucro ou à arrecadação de proveitos. Os mediadores mobiliários, imobiliários ou de seguros acabam por ter um interesse primordial na celebração do contrato onde intervêm, já que a sua remuneração está quase sempre condicionada à celebração do negócio. O objecto destas actividades pouco ou nada têm que ver com o núcleo essencial da actividade de advogado, ao contrário do que sucede com a mediação de conflitos.

É certo que os diplomas que regem os honorários do mediador nos sistemas de mediação públicas condicionam o valor dos honorários a auferir à celebração do acordo. No entanto, esse valor, caso se atinja o acordo,

---

<sup>(3)</sup> “Com o agenciamento de clientela não deve confundir-se a legítima actuação do advogado em se afirmar social e profissionalmente por natural projecção do seu nome e prestígio, usando para o efeito formas lícitas de publicidade. Os advogados devem ser cidadãos particularmente atentos e activos no seio da comunidade, de cujos interesses são naturais intérpretes, pelo que nada de censurável há em que extraíam de tal actividade contrapartidas profissionais da sua boa reputação alcançada”. — SOUSA MAGALHÃES, FERNANDO, *Estatuto da Ordem dos Advogados — Anotado e Comentado*, p. 133, 10.ª ed., Almedina, Coimbra, 2016.

não atinge valores desproporcionais face ao valor devido no caso de não existir acordo (€125,00 contra €100,00), nem tampouco se condiciona o recebimento de remuneração à celebração do acordo.

Não se pode também deixar de traçar algum paralelismo entre o mediador de conflitos e o árbitro, designadamente, previsto na Lei da Arbitragem Voluntária, Lei n.º 63/2011. Não existe qualquer dúvida de que a actividade de árbitro é compatível com o exercício da actividade de Advogado<sup>(4)</sup>. No entanto, nalguns pontos, a actividade de árbitro afasta-se da actividade de advogado, na medida em que pressupõe uma neutralidade e imparcialidade (v. art. 9.º da Lei n.º 63/2011) que não se exige ao advogado, aproximando-se do mediador de conflitos. Além disso, também o árbitro pode ter maior facilidade de angariação de clientela, face ao advogado que não exerce essa actividade.

Por último, o actual EOA é de 2015, sendo a actividade de mediação de conflitos regulada por lei, pelo menos, desde 2007, no que respeita à mediação penal, e, desde 2013, no que respeita à mediação em geral. Desde 2001 que se encontrava prevista a mediação integrada nos Julgados de Paz. Atendendo à pública divergência existente nos diversos órgãos da OA, caso fosse intenção do legislador estabelecer a incompatibilidade entre ambas as actividades, certamente que teria optado pela sua integração no elenco exemplificativo previsto no art. 82.º, n.º 1, do EOA, até por sugestão do Conselho Geral em funções na altura. A verdade é que nada disso sucedeu.

Deste modo, entendemos que a actividade de mediador de conflitos não é incompatível com o exercício da profissão de Advogado.

**VIII.** Vejamos agora eventuais impedimentos ou conflitos de interesse que possam existir. O requerente não formulou directamente essa questão, mas chegados aqui, é de todo conveniente esclarecer dúvidas que se possam manter.

**IX.** Os próprios diplomas que regulam a actividade de mediação de conflitos impedem o mediador de ser testemunha, perito ou mandatário em qualquer causa relacionada, ainda que indirectamente, com o objeto do procedimento de mediação (art. 28.º da Lei n.º 29/2003, art. 21.º, n.º 3, da Lei n.º 78/2001, art. 10.º da Lei n.º 21/2007 e art. 7.º, n.º 3, do Despacho n.º 18778/2007).

---

(4) V. Parecer n.º E-11/97 do Conselho Geral, disponível em <[http://oa.pt/cd/Conteudos/Pareceres/detalhe\\_parecer.aspx?side=46450&idc=31890&idsc=158&ida=40032](http://oa.pt/cd/Conteudos/Pareceres/detalhe_parecer.aspx?side=46450&idc=31890&idsc=158&ida=40032)>.

No entanto, ainda que assim não fosse, dispõe o art. 99.º, n.º 1, do EOA que “o advogado deve recusar o patrocínio de uma questão em que já tenha intervindo em qualquer outra qualidade ou seja conexas com outra em que represente, ou tenha representado a parte contrária”. Na actividade de advocacia subsequente à actividade de mediação, existe uma clara situação de conflito de interesses que o legislador acautelou, e bem, desde logo e de ambos os lados das profissões.

Assim, sempre estaria vedado a quem, numa fase anterior, interveio como mediador de conflitos numa causa, patrocinar como Advogado, numa fase posterior, uma das partes desse conflito, nessa mesma causa ou noutra causa com esta conexa.

**X.** Além disso, e como já atrás apontado, o art. 30.º, n.º 3, da Lei 78/2001, impede os mediadores de exercerem a advocacia no jugado de paz onde prestam serviços. E quanto aos impedimentos, dispõe o art. 83.º do EOA:

“1 — Os impedimentos diminuem a amplitude do exercício da advocacia e constituem incompatibilidades relativas do mandato forense e da consulta jurídica, tendo em vista determinada relação com o cliente, com os assuntos em causa ou por inconciliável disponibilidade para a profissão.

2 — O advogado está impedido de praticar atos profissionais e de mover qualquer influência junto de entidades, públicas ou privadas, onde desempenhe ou tenha desempenhado funções cujo exercício possa suscitar, em concreto, uma incompatibilidade, se aqueles atos ou influências entrarem em conflito com as regras deontológicas contidas no presente Estatuto, nomeadamente, os princípios gerais enunciados nos n.ºs 1 e 2 do art. 81.º.

(...)”

Não há dúvida que coexistir como Advogado e mediador de conflitos, junto da mesma instituição, pode gerar confusão no cidadão e colocar o Advogado à mercê de eventuais pressões e condicionamentos daquelas pessoas que com ele colaboram enquanto mediador. Essas circunstâncias colocam seriamente em causa a isenção, independência e dignidade da profissão de Advogado, protegida pelo art. 81.º, n.º 2, do EOA e para o qual remete também o art. 83.º, n.º 2, do EOA.

Deste modo, entendemos que o Advogado não pode exercer a advocacia junto das instituições onde exerça a actividade de mediação de conflitos.



Esta limitação alarga-se obviamente ao próprio escritório onde se exercem cada uma das actividades. Na verdade, não sendo a actividade de conflitos incompatível com o exercício da advocacia, não é também um acto próprio de Advogado. São duas actividades distintas e separadas que assim se devem manter.

Aliás, o art. 6.º, n.º 1, da Lei 29/2004 que regula os actos próprios dos Advogados estabelece a proibição expressa de funcionamento de escritório ou gabinete, constituído sob qualquer forma jurídica, que não seja exclusivamente composto por Advogados e que preste serviços que compreendam a prática de actos próprios de advogados. Parece-nos que essa proibição se deve manter, ainda que as actividades diferenciadas sejam prestadas pela mesma pessoa. Essa confusão, além de potenciar a angariação de clientela de modo ilícito, podia por em causa o tratamento diferenciado que a prestação dos dois tipos de serviço devem merecer.

Acresce que o art. 91.º, al. h), do EOA prevê que o advogado deve “manter um domicílio profissional dotado de uma estrutura que assegure o cumprimento dos seus deveres deontológicos”. Através desta norma procura-se assegurar a dignidade da profissão, não só através da actuação do próprio Advogado, mas também através do local onde o Advogado domicilia essa actividade<sup>(5)</sup>. Ora, tendo a Advocacia regras próprias, que não são comuns a nenhuma outra actividade, parece-nos que as regras deontológicas apenas serão cabalmente cumpridas e observadas se, no escritório do Advogado, não for exercida qualquer outra actividade, ainda que se trate da mesma pessoa a desempenhá-las.

Assim, entendemos também que o Advogado não pode exercer a advocacia no local onde exerça a actividade de mediação de conflitos, devendo manter um domicílio profissional distinto para cada uma das actividades.

Em conclusão:

- 1) A actividade de mediador de conflitos não é incompatível com o exercício da profissão de Advogado.
- 2) Está vedado a quem, numa fase anterior, interveio como mediador de conflitos numa causa, patrocinar como Advogado, numa

---

(5) “Na alínea h) introduz-se, em forma expressa, o dever de manutenção de domicílio profissional digno e capaz de garantir um exercício de actividade de acordo com as regras deontológicas, designadamente tendo em vista a proibição de angariação de clientela, a proibição de partilha do espaço profissional com quem não seja advogado, advogado estagiário ou solicitador, a preservação do sigilo profissional e a dignidade da profissão (...)”, SOUSA MAGALHÃES, FERNANDO, *Estatuto da Ordem dos Advogados — Anotado e Comentado*, p. 135, 10.ª ed., Almedina, Coimbra, 2016.

fase posterior, uma das partes desse conflito, nessa mesma causa ou noutra causa com esta conexas.

- 3) O Advogado não pode exercer a advocacia junto das instituições onde exerça a actividade de mediação de conflitos.
- 4) O Advogado não pode exercer a advocacia no local onde exerça a actividade de mediação de conflitos, devendo manter um domicílio profissional distinto para cada uma das actividades.

É este, s.m.o., o meu parecer,

Braga, 11 de Julho de 2018

*O Relator,*  
PEDRO COSTA AZEVEDO

Aprovado em sessão plenária do Conselho Geral da Ordem dos Advogados, de 13 de Julho de 2018.

# *Pareceres sobre as Iniciativas Legislativas*

## PARECER DA ORDEM DOS ADVOGADOS RELATIVO AO PROJECTO DE LEI N.º 773/XIII/3.<sup>a</sup> (BE)

(Autoriza a morte medicamente assistida, tornando não puníveis os crimes de homicídio a pedido da vítima e de incitamento ou ajuda ao suicídio, desde que cumpridos os requisitos constantes do presente projecto de lei)

### **I. Sentido e limites do parecer**

O presente projecto de lei, datado de 7 de Fevereiro de 2018, da autoria do Grupo Parlamentar do Bloco de Esquerda (BE), trata de uma das questões mais complexas que podem colocar-se a qualquer legislador do mundo, ao menos do nosso entorno jurídico-cultural. Trata-se daquilo que o presente projecto designou por “morte medicamente assistida” e que, vulgarmente, na literatura jurídica, médica, sociológica, filosófica e de outras áreas do saber, se designa por “eutanásia”.

Tendo em conta as atribuições e as competências da Ordem dos Advogados Portugueses (doravante, abreviadamente, O.A.), cumpre-nos salientar, antes de mais, que se trata de uma exclusiva opção de política legislativa e criminal que compete aos órgãos de soberania titulares do poder legislativo, neste caso, à Assembleia da República, pelo que exorbitaria essas mesmas competências que a O.A., a final, neste parecer, se pronunciasse a favor ou contra a existência desta figura jurídica no nosso Ordenamento. Nem o poderia fazer, agora por outra ordem de razões, visto que, como é reconhecido e já foi mesmo anunciado por alguns partidos políticos, existirá liberdade de voto nas bancadas parlamentares, reconhecida como é tratar-se esta de uma eminente matéria de consciência individual. Foi esse, aliás, o sentido

do parecer que o Conselho Geral da Ordem proferiu em 27 de Março de 2017, então a propósito do projecto de lei n.º 418/XIII/2.<sup>a</sup> (PAN), o qual regulava o acesso à morte medicamente assistida.

Aquilo que se propõe a O.A. é fornecer, de modo necessariamente breve, o actual enquadramento juscriminal sobre o tema da eutanásia e tecer alguns comentários sobre o articulado proposto, no sentido construtivo de, se essa for a decisão das Senhoras e dos Senhores Deputados, ultrapassar alguns pontos menos claros do projecto de lei. Serve, ainda, o conspecto que a seguir se tecerá, para colocar em perspectiva a necessidade ou não de legislar sobre o tema, sabido que é que a eutanásia comporta específicos sentidos técnico-jurídicos e que apenas em alguns casos muito concretos se admite a sua punição juscriminal, no domínio do vigente quadro existente.

## **II. A eutanásia como problema jurídico-criminal — breve conspecto**

Como se sabe, o art. 24.º da CRP consagra o direito à vida em lugar cimeiro de todo o Ordenamento jurídico, pois dele deriva a eminente dignidade da pessoa em que repousa a República e o Estado de Direito democrático e social em que vivemos (arts. 1.º e 2.º da CRP). A vida humana é disponível pelo próprio e indisponível por terceiros. Esse tem sido o resultado dessa mesma priorização deste direito, liberdade e garantia, por isso sujeito ao mais forte regime de protecção dos direitos fundamentais, no essencial corporizado no art. 18.º da CRP.

Tal não significa, na História nacional, que se não venha assistindo a uma relativização do que começou por ser um resultado hermenêutico jusconstitucional inquestionável, bastando pensar na matéria da punição do aborto (arts. 141.º e 142.º do Código Penal — CP) e, mais proximamente do tema que nos ocupa, nas “directivas antecipadas de vontade”, mais conhecidas por “testamento vital”. Também seria aqui ocioso fazer um relance de Direito Comparado e chamar a atenção para o que a literatura especializada vem descrevendo como a possibilidade de a não punição de todas as formas de eutanásia comportar um certo “efeito de escalada” ou, em outra perspectiva, mais economicista, no desinvestimento nos cuidados continuados (já não nos referimos aos cuidados paliativos, por estarem paredes-meias com o tema do presente projecto de lei).

Quedando-nos por Portugal, muito se tem escrito sobre a eutanásia no domínio jurídico-criminal<sup>(1)</sup> — afinal aquele sobre o qual agora se pretende legislar —, pelo que, como anunciado, apenas elaboraremos um brevíssimo esboço sobre o tema, com o desiderato, antes de mais, de precisar tecnicamente o que é a eutanásia e, de alguma forma, “desmistificar” a ideia de que esta se apresenta como uma realidade una — quando, ao invés, é proteiforme — e que é sempre punível criminalmente.

Nas palavras de JORGE DE FIGUEIREDO DIAS<sup>(2)</sup>, a eutanásia consiste no “auxílio prestado, de acordo com a sua vontade, real ou presumida, a uma pessoa severa e irrecuperavelmente enferma, frequentemente em insuportável sofrimento, no sentido de lhe permitir uma morte em condições que o enfermo reputa, ou há razões para presumir que repute, humanamente dignas”. Em sentido estrito, ela é o processo de morte já se iniciou e esta está irremediavelmente próxima, enquanto em sentido amplo podemos falar nas hipóteses em que o enfermo pode ainda viver algum ou mesmo muito tempo, mas manifesta a vontade, ou esta é de presumir, de pôr fim a uma vida que, devido à doença e ao sofrimento, lhe aparece como insuportável.

Existem várias modalidades de eutanásia, cada uma delas dotada de um regime próprio. Assim, a ajuda à morte activa directa consiste em “por meio de um comportamento activo se produz[ir] a morte ou se apressa[r] intencionalmente a ocorrência da morte”<sup>(3)</sup>, como é o caso paradigmático de administrar uma injeção letal. Nestas hipóteses, o agente é sancionado a título de homicídio, com possível dispensa de pena por via do estado de necessidade do art. 35.º, n.º 2, do CP. Já a sua modalidade indirecta é definida como a de meios destinados a poupar o moribundo a dores e sofrimentos quando é previsível um encurtamento eventual do período de vida como consequência lateral indesejada<sup>(4)</sup>, como sucede na administração de doses crescentes de morfina. A conduta não é punida por estar dentro do “risco permitido”, atendendo à chamada “teoria da conexão do risco” no problema da imputação objectiva dos crimes materiais ou de resultado. Dúvidas existem apenas quanto ao seu carácter atípico ou justificado. Por seu turno, a ajuda à morte passiva, traduz-se na “omissão ou interrupção de

---

(1) Para citar somente um exemplo, JOSÉ DE FÁRIA COSTA e INÊS GODINHO (org.) *As Novas Questões em Torno da Vida e da Morte em Direito Penal. Uma Perspectiva Integrada*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011.

(2) «Anotação ao art. 131.º do CP», in: JORGE DE FIGUEIREDO DIAS (dir.), *Comentário Conimbricense do Código Penal*, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 19, autor que seguiremos de muito perto.

(3) «Anotação...», *cit.*, p. 20.

(4) *Ibidem*, p. 29.

tratamento que determina um encurtamento do tempo de vida por forma tal que este deve considerar-se objectivamente imputável àquela”<sup>(5)</sup>. Exemplo disto é a renúncia a uma intervenção cirúrgica ou a um tratamento intensivo que poderiam prolongar a vida do doente. Nesta modalidade, é possível divisarem-se três hipóteses: *i*) o doente recusa a intervenção ou a continuação: é de respeitar a vontade do doente, sob pena de se cometer o crime do art. 156.º do CP; ainda aqui, se a interrupção de tratamentos técnicos ocorre por indicação médica e a desejo do paciente (o mesmo se diz para o suicídio), são atípicas tais condutas; *ii*) se a omissão descrita vai contra a vontade expressa do paciente, estamos perante um homicídio doloso omissivo, excepto se se tratar de um “tratamento fútil”; *iii*) finalmente, quando o paciente não se encontra em condições de exprimir a sua vontade, o médico tem o direito (e talvez o dever) de interromper medidas absolutamente inúteis; se o doente ainda se não pode considerar moribundo (pode ainda viver mais tempo, mas perdeu a consciência), as dúvidas adensam-se; para FIGUEIREDO DIAS, nestes casos, decisiva é a determinação da vontade do doente se pudesse, de modo informado, pronunciar-se sobre a situação, o que nos conduz à importância das “directivas antecipadas de vontade” — DAV — (Lei n.º 25/2012, de 16 de Julho)<sup>(6)</sup> e de outros elementos de prova.

Ora, para situações próximas — e sublinhemos o adjectivo, pois se não trata do mesmo, mas certo é que, em algumas hipóteses segregadas pela vida social a legislação a seguir analisada tem já em conta várias das preocupações do presente projecto de lei a Lei n.º 25/2012, de 16 de Julho, no seu art. 2.º, n.º 1 define as “directivas antecipadas de vontade” como “o documento unilateral e livremente revogável a qualquer momento pelo próprio, no qual uma pessoa maior de idade e capaz, que não se encontre interdita ou inabilitada por anomalia psíquica, manifesta antecipadamente a sua vontade consciente, livre e esclarecida, no que concerne aos cuidados de saúde que deseja receber, ou não deseja receber, no caso de, por qualquer razão, se encontrar incapaz de expressar a sua vontade pessoal e autonomamente. Na prática, o sistema só foi implementado no terreno a partir de Julho de 2014 (e nas Regiões Autónomas da Madeira e dos Açores, a partir de 15 de Outubro de 2014).

De forma meramente exemplificativa, as DAV podem consistir em (art. 2.º, n.º 2): *a*) não ser submetido a tratamento de suporte artificial das funções vitais; *b*) não ser submetido a tratamento fútil, inútil ou desproporcionado no seu quadro clínico e de acordo com as boas práticas profissio-

---

<sup>(5)</sup> *Ibidem*, p. 20.

<sup>(6)</sup> O modelo de DAV foi aprovado pela Portaria n.º 104/2014, de 15 de Maio.

nais, nomeadamente no que concerne às medidas de suporte básico de vida e às medidas de alimentação e hidratação artificiais que apenas visem retardar o processo natural de morte; *c*) receber os cuidados paliativos adequados ao respeito pelo seu direito a uma intervenção global no sofrimento determinado por doerwa grave ou irreversível, em fase avançada, incluindo uma terapêutica sintomática apropriada; *d*) Não ser submetido a tratamentos que se encontrem em fase experimental; *e*) autorizar ou recusar a participação em programas de investigação científica ou ensaios clínicos. De acordo com o art. 5.º da Lei, são juridicamente inexistentes, não produzindo qualquer efeito, as DAV: *a*) que sejam contrárias à lei, à ordem pública ou determinem uma actuação contrária às boas práticas; *b*) cujo cumprimento possa provocar deliberadamente a morte não natural e evitável, tal como prevista nos arts. 134.º e 135.º do CP; *c*) em que o outorgante não tenha expressado, clara e inequivocamente, a sua vontade.

O “testamento vital” tem de revestir a forma escrita, assinado presencialmente perante funcionário devidamente habilitado do RENTEV — Registo Nacional do Testamento Vital(7) ou notário, com as menções do art. 3.º, n.º 1, tendo uma validade de cinco anos, renováveis, se de modo expreso tal for indicado pelo “testador” (art. 7.º), prevendo-se, no cumprimento de mandamento constitucional, o direito à objecção de consciência (art. 9.º). De entre os requisitos de capacidade para lavrar DAV (art. 4.º), exige-se que as pessoas sejam maiores de idade; não se encontrem interditas ou inabilitadas por anomalia psíquica e se encontrem capazes de dar o seu consentimento consciente, livre e esclarecido. Quanto à eficácia das DAV (art. 6.º), as mesmas não devem ser respeitadas quando: *a*) se comprove que o outorgante não desejaria mantê-las; *b*) se verifique evidente desactualização da vontade do outorgante face ao progresso dos meios terapêuticos, entretanto verificado; *c*) não correspondam às circunstâncias de facto que o outorgante previu no momento da sua assinatura. Como verdadeira válvula de segurança, prescreve o n.º 4 que, “(em caso de urgência ou de perigo imediato para a vida do paciente, a equipa responsável pela prestação de cuidados de saúde não tem o dever de ter em consideração as directivas antecipadas de vontade, no caso de o acesso às mesmas poder implicar uma demora que agrave, previsivelmente, os riscos para a vida ou a saúde do outorgante”.

---

(7) Este tem por finalidade recepcionar, registar, organizar e manter actualizada, quanto aos cidadãos nacionais, estrangeiros e apátridas residentes em Portugal, a informação e documentação relativas ao documento de directivas antecipadas de vontade e a procuração de cuidados de saúde (art. 15.º).

Interveniente essencial nas DAV é também o “procurador de cuidados de saúde”, definido no art. 11.º e que, ao fim e ao cabo, funciona como uma espécie de “testador” responsável pela fiscalização da vontade do declarante e pelo acompanhamento do respectivo cumprimento, sendo certo que existe uma prevalência do “testamento vital” sobre as indicações do “procurador de cuidados de saúde”, o qual é um mero intérprete qualificado e executor da vontade previamente manifestada pelo outorgante (art. 13.º, n.º 2).

Do que fica exposto, em *summaria cognitio*, resulta necessariamente que o legislador já é sensível ao chamado “direito à disposição sobre o próprio corpo”<sup>(8)</sup>, na modalidade de, em estado de consciência, qualquer ser humano poder recusar certos tratamentos que poderiam prolongar a vida quando tal colida com a sua opção individual de o fazer. O que agora se pretende fazer é, todavia, diverso: conceder, também sempre em estado de consciência, e não já anteriormente à data em que uma doença irreversível se tenha instalado no organismo, a possibilidade de ser administrado ao próprio meios que lhe causem a morte, visto que, para aquela pessoa, é insustentável manter a vida em tais condições.

### III. Análise do projecto de lei

#### 1. Considerações genéricas

O projecto de lei apresenta o articulado como uma questão de direitos humanos, tomando claramente posição no sentido da maior relevância da vontade do doente quando comparada com o dever fundamental do Estado de manter a vida dos seus cidadãos e residentes no seu território. É de louvar o sistema de “freios e contra-freios” encontrado, os quais passam por uma avaliação exclusivamente médica e dando a última palavra ao doente. Fica--se com a sensação da leitura do projecto de que tantas vezes se pergunta, de modo directo e com redução a escrito da sua vontade em morrer, que é mesmo essencial que tal decisão, por natureza do mais radical solipismo, seja o mais ponderada possível e que, no *procedere* assim instituído, quem decida, tenha várias hipóteses de reverter o processo iniciado,

---

<sup>(8)</sup> Pioneira, entre nós, a dissertação de doutoramento de LUÍSA NETO, *O direito fundamental à disposição sobre o próprio corpo. A relevância da vontade na configuração do seu regime*, Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade do Porto e Coimbra Editora, 2004, *passim*.



o qual, aliás — e bem — pode ser revogado a todo o tempo, antes da administração da substância final que conduzirá inexoravelmente à morte. Se tal é exigido para que o projecto não esbarre no texto constitucional, também não é despreciando o sofrimento psicológico que tais sucessivas manifestações da vontade de morrer possam causar ao concreto indivíduo. Na verdade, existe uma primeira manifestação a que alude o art. 3.º, n.º 1; uma segunda prevista no âmbito do art. 4.º; uma terceira na sequência de parecer favorável emitido pelo médico especialista (art. 5.º, n.º 4); uma quarta nos termos do art. 8.º, n.º 1; uma quinta constante do art. 8.º, n.º 3; uma sexta, desta vez eventual, nas hipóteses a que alude o art. 8.º, n.º 5; uma sétima e última prevista no art. 8.º, n.º 6.

Pela máxima radicalidade da decisão que já tivemos ocasião de assinalar, não estranharia a O.A. que o projecto, a merecer aprovação na Assembleia da República, fosse submetido, pelo Senhor Presidente da República, a fiscalização preventiva da constitucionalidade das normas nele insertas, visto que tal funcionaria como uma garantia acrescida de que a CRP não constitui óbice às concretas soluções encontradas. Em matérias de tão séria repercussão individual e social, cremos bem que este controlo se imporia mesmo, bastando lembrar os pronunciamentos que, em matéria próxima, a da descriminalização do aborto nas primeiras dez semanas de gestação, por vontade da mulher, sem ter a justificar, desde que em estabelecimento de saúde legalmente autorizado, o Tribunal Constitucional elaborou e que — cremos — ajudaram decisivamente no aplacar de dúvidas que existem sempre em matérias assaz sensíveis. Trata-se, obviamente, de matéria que de todo exorbita a esfera de atribuições e competências da O.A.

## 2. Considerações específicas

**2.1. A figura jurídico-criminal escolhida.** O art. 22.º do projecto propõe uma alteração aos arts. 134.º e 135.º do CP, com a seguinte redacção: “A conduta não é punível quando realizada no cumprimento das condições estabelecidas pela Lei n.º ...”. Estamos em face, ao menos de um prisma literal, de uma condição objectiva de não punibilidade, que encima os elementos do conceito material de crime. Assim, tudo indica que, para o projecto de lei, mesmo respeitando as condições aí expressas, a conduta é típica, ilícita e culposa, mas apenas não punível.

Não parece ser esse o melhor resultado hermenêutico, na medida em que tal significaria que poder-se-ia recorrer a qualquer das figuras de atipicidade, de justificação da ilicitude ou de exclusão da culpa para reagir contra aquilo que, a ser aprovado o projecto, passaria a ser uma conduta lícita para os terceiros que auxiliem na morte do paciente. Isto não significa que discordemos do modo como o projecto se exprime, tanto mais que usa a mesma terminologia, p. ex., do art. 142.º, n.º 1, do CP, a propósito da interrupção voluntária da gravidez (IVG) não punível: “*Não é punível a interrupção da gravidez efectuada por médico, ou sob a sua direcção, em estabelecimento de saúde oficial ou oficialmente reconhecido e com o consentimento da mulher grávida, quando*”. O que pretendemos sinalizar é que, em nosso juízo, estamos em face de uma figura de justificação da ilicitude que encontra o seu étimo fundante no tipo justificador do consentimento (art. 38.º do CP). Esta é, porém, uma discussão que, se o projecto se transformar em Lei, ocupará por certo a doutrina e a jurisprudência e que exorbita a natureza deste parecer.

**2.2. Art. 2.º** O n.º 2 deste inciso, de modo a não restarem dúvidas, para além de se referir a pessoa maior e “capaz de entender o sentido e o alcance do pedido”, deveria ser maior, não interdita ou inabilitada, capaz de entender...

**2.3. Art. 3.º** Obviamente que sem pôr em causa toda a honestidade e profissionalismo do “médico responsável” a que se refere o n.º 2, entendemos que não basta que a assinatura a rogo se faça na presença deste, mas que seja presenciado e atestado tal acto por notário ou por quem, legalmente, o pode praticar. Só assim se garantiria uma total fiabilidade em acto de tão grave alcance na vida do doente e que o mesmo não se encontra em condições de assinar. Aliás, esta proposta é a que melhor se harmoniza também com as regras do Código do Notariado.

O n.º 4 não se refere aos apátridas, não havendo razões para os exceptonar da sua aplicação, desde logo em face do art. 15.º, n.º 1, da CRP.

Percebe-se a opção tomada no n.º 3, por favorecer o que neste domínio é mais importante: a inquebrantável relação de confiança entre o doente e o médico por si escolhido, bem como a circunstância de este não ter de ser da especialidade da patologia que atinge o paciente, visto que esses especialistas intervirão mais tarde.

**2.4. Art. 5.º** O n.º 1 deste artigo levanta-nos a dúvida sobre o modo como o médico responsável “deve consultar um médico especialista na patologia que afecta o doente”, visto que não há qualquer indicação no projecto como isso se passa. É por mero conhecimento do médico responsável? De acordo com que critérios? Mais uma vez não pondo minimamente em causa uma classe que muito respeitamos, mas devendo a Lei, na medida do possível, acautelar e impedir a sua própria fraude, como garantir que nunca existirá qualquer tipo de “conluio” entre esses dois clínicos: o médico responsável e o especialista? Porventura a solução passasse pela consulta a este último clínico se fazer através de uma lista para o efeito preparada pela Ordem dos Médicos, de entre aqueles que manifestem o desejo de aí serem inscritos, dado que se prevê — e muito bem — o direito à objecção de consciência.

**2.5. Art. 6.º** Sem desejar de todo imiscuir-nos em matéria reservada à Ordem dos Psicólogos, mas não fugindo também à condição de cidadãos que a todos nos vincula, sabido como é que a situação em que se encontram estes doentes é de grande padecimento não somente físico, mas também psiquiátrico/psicológico, talvez fosse avisado garantir o mínimo de sessões com psicólogo clínico (ou com psiquiatra com formação na área da psicoterapia), por forma a se poder elaborar um diagnóstico com maior conhecimento concreto da específica situação. Também nos suscita dúvidas — para o que será de grande relevo o parecer da Ordem dos Médicos —, exactamente pela circunstância de normal grave debilidade psíquica/psicológica que o parecer previsto neste art. 6.º do projecto não seja igualmente *sempre* obrigatório, como o é o do médico especialista do art. 5.º, mas apenas nas hipóteses indicadas nas alíneas do n.º 1, do art. 6.º.

**2.6. Art. 7.º** Em termos de correcção legística, melhor seria substituir, no n.º 3, a expressão “ser dado” por “ser proferido (ou prolatado)” ou “ser emitido”.

Julga-se também existir um lapso no mesmo número, ao remeter para o n.º 4 do art. 7.º, quando se julga que seria o n.º 4 do art. 5.º. Acresce que se terá de aditar ainda, no momento *a quo* da contagem do prazo de 24 horas as hipóteses em que há lugar a parecer proferido por médico psiquiatra (art. 6.º). Assim, propõe-se a seguinte redacção para o n.º 3 deste art. 7.º: “O parecer da Comissão deverá ser emitido no prazo de 24 horas após a recepção do Boletim de Registos enviado nos termos do n.º 4 do artigo 5.º

*da presente lei ou, sendo caso disso, do parecer favorável a que alude o artigo anterior”.*

**2.7. Art. 8.º** Mais uma vez sem prejuízo do que a Ordem dos Médicos disser sobre a matéria, temos dúvidas quanto à possibilidade de o médico responsável pela administração do meio letal escolher a substância química para o fazer, na medida em que este pode ser especialista em medicina geral e familiar e pode não dispor dos conhecimentos de áreas como a anestesiologia. Assim, porventura fosse de prever a necessidade de colaboração, neste aspecto, de um clínico dessa especialidade.

Nas hipóteses tratadas no n.º 5 devia prever-se que a decisão de continuar com o processo de morte assistida deve ser igualmente reduzida a escrito e constar do Boletim de Registos, por forma a dotar o sistema de mais garantias e segurança, uma vez que estamos a falar de uma situação-limite em que o doente perde a consciência e depois volta a recuperá-la. Por outro lado, essencial também se nos mostra assegurar que essa recuperação é medicamente comprovada, para o que não nos parece apenas necessário o parecer do médico responsável.

Nestes termos, proporíamos para a seguinte redacção:

“5. No caso de o doente ficar inconsciente antes da data marcada para a antecipação da morte, o procedimento é interrompido e não se realiza.

6. Excepcionam-se do preceituado no número anterior as hipóteses em que, até à data do procedimento, o doente recuperar a consciência e manter a sua decisão, o que será atestado, por escrito, pelo médico responsável e por outro clínico, preferencialmente com experiência em cuidados paliativos, de tudo ficando registo no Boletim de Registos”.

A referência na parte *in fine* do n.º 5, do art. 8.º não tem, s.m.j., qualquer sentido, uma vez que se de acordo com as normas das DAV se pudesse antecipar a morte, nem sequer se poderia — lógica e legalmente proceder ao instituto jurídico que ora se visa criar, pelo que a sua referência é não só tecnicamente errada, como introduz uma irritação hermenêutica de não pequena monta. Donde, é nosso parecer que esse segmento normativo deve ser eliminado.

O constante do n.º 6 deve ficar igualmente documentado por escrito, por maioria de razão em face dos anteriores momentos em que tal se exige, tanto mais que se trata do último momento prático em que o doente pode revogar a sua vontade.

Assim, atendendo à renumeração do artigo acima proposta, a redacção deveria ser a seguinte:

“7. Imediatamente antes de iniciar a administração ou auto-administração dos fármacos letais, o médico responsável deve confirmar se o doente mantém e reitera a vontade de antecipar a sua morte, *o que deverá fazer por escrito, constando tal declaração do Boletim de Registos*”.

Note-se que o presente projecto, por rectas contas, trata não apenas das hipóteses em que um terceiro (médico) leva a cabo todo o procedimento que conduz à antecipação da morte, mas também aquele em que o último acto que tem como consequência directa esse resultado pode ser praticado pelo próprio doente.

**2.8. Artigos 10.º e 20.º** É necessário garantir que as hipóteses previstas no n.º 2 não decorram de decisões menos reflectidas do doente e que ponham em causa a segurança da antecipação da morte. Assim, p. ex., se o paciente deseja que o seu último momento de vida seja ao ar livre, em um dado jardim público, não vemos como tal seja compatível com a protecção de outros bens jurídicos igualmente com dignidade constitucional, como seja o de não serem os demais cidadãos obrigados a assistir a tais eventos. Donde, expressamente devia vedar-se que a morte ocorra em locais públicos ou acessíveis ao público e que, em caso de discordância, a decisão caiba, em última instância, à Comissão criada nos termos do art. 19.º, uma vez que ela actua como fiscalizadora da legalidade de todo o processo.

Em consequência, propõe-se a seguinte redacção:

“2. Por vontade do doente, o acto de antecipação da morte pode ser praticado no seu domicílio ou em outro local por ele indicado, excepto em locais públicos ou de acesso ao público e desde que a Comissão referida no art. 19.º entenda que o mesmo reúne as condições adequadas para o efeito.

Nas competências da Comissão prevista no art. 19.º, referidas no art. 20.º do projecto de lei, por decorrência lógica, passaria a constar o seguinte deste último inciso, no seu n.º 1:

“1. *Para além da competência prevista no n.º 2 do artigo 10.º, a Comissão avalia...*”

**2.9. Art. 11.º** Uma vez mais sem prejuízo das Ordens profissionais da área da Saúde que emitem parecer no presente processo legislativo serem quem melhor pode avaliar este ponto, o segmento “outros profissionais de saúde que praticam ou ajudam ao acto de antecipação da morte”, não obstante a regulamentação prevista no art. 24.º do projecto de lei, deveriam logo aqui merecer uma densificação acrescida. O mesmo se diga quanto ao art. 14.º, n.º 3, al. *a*) do projecto de lei.

**2.10. Art. 16.º** Percebe-se que, de entre os deveres dos profissionais de saúde esteja a garantia de que a decisão do doente é livre “de qualquer interferência ou coacção externa e ilegítima”, mas torna-se essencial, para a certeza e segurança na aplicação desta eventual Lei, que estes conceitos indeterminados sejam concretizados, pelo menos com recurso à técnica dos exemplos-padrão, para se entender o que o legislador teve em mente ao construir este segmento normativo. Terão sido influências de familiares, amigos, grupos de pertença, como confissões religiosas?

**2.11. Art. 18.º** Temos por inconveniente a norma da parte final do n.º 2, uma vez que o instituto da objecção de consciência não devia exigir, em situações de fronteira como esta que o objector indique “as razões” que motivam a sua decisão (cf. art. 41.º, n.º 6, da CRP). Não se ignora que outras disposições existem já no nosso ordenamento jurídico em que solução próxima da agora preconizada é letra de lei, como sucede, p. ex., na Lei da Procriação Medicamente Assistida (art. 11.º, n.º 3, da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho). Porém, sabendo-se também que se trata de garantir que não haja falsas objecções de consciência que nada mais são que uma forma de não cumprir as obrigações profissionais, neste caso, dos médicos, é nosso entendimento que seria curial que a indicação dos concretos motivos não fosse obrigatória. Tanto mais que, em matéria mais próxima daquela que agora se visa regular, como a da IVG, o art. 6.º da Lei n.º 16/2007, de 17 de Abril, ripristinada a sua redacção inicial pelo art. 3.º da Lei n.º 3/2016, de 29 de Fevereiro, não é tão exigente quanto a versão agora constante do projecto de lei sob apreciação.

**2.12. Art. 19.º** Surge-nos de difícil compreensão a razão que preside à escolha legislativa do n.º 3, na medida em que os três juristas que compõem esta Comissão são indicados pelos dois Conselhos Superiores

das duas Magistraturas e pela Assembleia no que é uma menorização da O.A. Na verdade, ou os três juristas são indicados pelo Parlamento, ou se o objectivo é encontrar um representante das profissões jurídicas que mais de próximo lidam com este fenómeno, não se entende porque foi a Ordem dos Advogados preterida. Damos aqui por reproduzidas, por razões de economia discursiva o que o já citado parecer do Conselho Geral da O.A. (de 27 de Março de 2017) expendeu em relação à inevitável ligação da advocacia a estas matérias.

**2.13. Art. 25.º** Dado tratar-se de uma intervenção legislativa de largo alcance prático e com as intrincadas questões que começámos por assinalar neste parecer, não somente jurídicas, mas éticas, morais, filosóficas e ideológicas, tudo aconselha a que o período da *vacatio legis* seja mais prolongado, no mínimo de 60 (sessenta) dias e não os 30 propostos.

### 3. Síntese conclusiva

Tratando-se, como é, de decisão exclusiva do poder legislativo, que reflecte uma dada mundivisão em variadas temáticas, pelo que, como dissemos *ab initio*, se trate das matérias de decisão mais complexa, a O.A. limitou-se ao escrupuloso cumprimento das suas atribuições e competências, sem tomar posição sobre a questão de fundo. Permite-se apenas sublinhar que se trata de matéria que exige um amplo debate na sociedade portuguesa e que não se compadece com processos legislativos rápidos.

Se o entendimento das Senhoras e dos Senhores Deputados for no sentido de avançar na descriminalização das (poucas) hipóteses legais em que existe efectivamente censura jurídico-criminal, cumpridas que sejam, em toda a linha, as exigências do que pode vir a ser uma Lei da República, então chamamos a mais viva atenção para os contributos que pretendemos construtivos e que constam dos comentários que antecedem.

Tal é o parecer da Ordem dos Advogados Portugueses.

Lisboa, 3 de Abril de 2018.

*O Bastonário,*  
GUILHERME FIGUEIREDO





# CONTRIBUTO DA ORDEM DOS ADVOGADOS NO ÂMBITO DA RECOMENDAÇÃO DA ASSEMBLEIA PARLAMENTAR DO CONSELHO DA EUROPA

Convenção Europeia relativa à Profissão de Advogado

A Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa adotou a Recomendação 2121(2018) com vista à elaboração e adoção de uma Convenção Europeia relativa à Profissão de Advogado, dotada de um respetivo mecanismo de controlo, bem como a simultânea implementação de um mecanismo de alerta prévio, inspirado na plataforma já existente para promoção do jornalismo e da segurança dos jornalistas.

Nesta sequência, a Direção-Geral da Política de Justiça solicitou o contributo da Ordem dos Advogados Portugueses com vista à posterior elaboração de uma posição nacional face ao referido instrumento de direito internacional.

A este respeito o *CCBE — Council of Bars and Law Societies of Europe* manifestou desde o primeiro momento o seu total apoio, apontando três razões principais que justificam a adoção deste instrumento jurídico, e com a quais a Ordem dos Advogados Portugueses, corrobora. A saber:

**I.** Os Advogados desempenham um papel fundamental do sistema de justiça, sendo inquestionável a sua contribuição e essencialidade na defesa do Estado de Direito, e bem assim, na defesa dos direitos e liberdades dos cidadãos. Este seu papel leva que estejam sobre elevada pressão por parte do poder executivo e legislativo;

**II.** Apesar de existência da recomendação n.º R (2000) 21 do Comité de Ministros sobre a liberdade de exercício da profissão de advogado, os Advogados continuaram, ao longo dos 17 anos que se seguiram, a ser alvo de sucessivos ataques e ameaças em diversos países da Europa

(e do mundo), o que demonstra que uma mera recomendação não vinculativa não é suficiente para garantir o exercício livre da profissão;

**III.** Apesar da Convenção Europeia dos Direitos Humanos [principal instrumento jurídico do Conselho da Europa e uma inspiração para os sistemas de direitos humanos do mundo inteiro] proteger uma pluralidade de direitos relacionados com o papel dos advogados e com a manutenção do Estado de Direito, existem outros direitos identificados na Recomendação 2000(21) que ficam fora do alcance da Convenção<sup>(1)</sup>.

Com a recente recomendação adoptada pela Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa, é trazido para o centro do debate político e legislativo europeu o papel do advogado na efetivação da justiça e na defesa dos direitos liberdades e garantias dos cidadãos. Recorde-se que o Conselho da Europa é uma organização internacional de cooperação de âmbito regional conta atualmente com 47 Estados-Membros<sup>(2)</sup>. A sua ação abrange a promoção, defesa e garantia dos Direitos Humanos, assim como a cooperação internacional, assentando em ideais de liberdade individual, política e na defesa do Estado do Direito<sup>(3)</sup>.

A Ordem dos Advogados reconhece o papel fundamental que a Recomendação n.º R (2000)21<sup>(4)</sup>. A Recomendação descreve as ações que os Estados devem desenvolver e implementar nas suas próprias legislações nacionais com vista ao livre exercício da profissão de advogado. Contudo, a natureza de uma Recomendação revela as suas fragilidades uma vez que é um instrumento não vinculativo, e que tem sobretudo um papel de definir a orientação das políticas e ações nacionais.

Nestes termos, a adopção de uma Convenção — enquanto instrumento vinculativo dos Estados na Ordem Jurídica Internacional — terá um alcance mais eficaz. Ainda que tenhamos consciência que as sanções decorrentes das normas de direito internacional público se encontrem sujeitas a contingências políticas e até limitadas na sua efetividade.

Alguns dos grandes direitos que a Convenção visa proteger passam pelo segredo profissional e proteção da relação com os clientes, bem como

---

(1) Carta do Presidente do CBBE, ANTONÍN MOKRY, dirigida ao Presidente do Comité Europeu de Cooperação Jurídica do Conselho da Europa (European Committee on Legal Co-operation — CDCJ), de 23 de Fevereiro de 2018.

(2) Membros do Conselho da Europa <<https://www.coe.int/en/web/portal/47-members-states>>.

(3) Estatuto do Conselho da Europa disponível em <<https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/0900001680306052>>.

(4) Recomendação n.º R (2000) 21 disponível em <[https://search.coe.int/cm/Pages/result\\_details.aspx?ObjectId=0900016804d0fc8](https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=0900016804d0fc8)>.

o papel do advogado enquanto peça fundamental para a administração da justiça. A Ordem dos Advogados Portugueses não pode deixar de se congratular pelo lugar cimeiro que Portugal ocupa na defesa da liberdade da profissão, uma vez que o papel do advogado vem contemplado constitucionalmente, no artigo 208.º da CRP<sup>(5)</sup>.

Contudo, Portugal não pode descurar e esquecer a situação grave vivida por muitos advogados na Europa, sujeitos a pressões de índole diversa incluindo violência física e psicológica; atropelos legislativos sucessivos com vista a penalizar a ação dos advogados ou afastá-los de casos concretos; a realização de interrogatórios a advogados na qualidade de testemunhas, efetuados de forma abusiva, muitas vezes em violação de normas substantivas e processuais, que levam à violação do sigilo profissional; e bem assim uma série de outras falhas estruturais e de procedimento que põem em causa a independência do advogado.

Os princípios basilares da advocacia têm de ser defendidos e assegurados à escala internacional: o princípio da integridade; o princípio da independência; e o segredo profissional. A Convenção terá assim um papel importante em firmar internacionalmente o interesse público da profissão de advogado, que alias justifica as prerrogativas inerentes ao exercício da profissão.

De acordo com a Recomendação n.º 2121(2018) a convenção terá um mecanismo institucional de controlo. O sistema sugerido inclui a submissão de relatórios periódicos por parte dos Estados membros e que são examinados por comités de especialistas. Um mecanismo institucional de controlo, não terá o peso do controlo jurisdicional a que está sujeita a Convenção Europeia dos Direitos Humanos, sendo por isso mais frágil. Note-se porém, que estes mecanismos de controlo institucionais são comumente utilizados nas várias convenções de direito internacional, e neste sentido perfilhamos o entendimento de que só pelo facto de os Estados serem obrigados a facultar informação obrigatória periódica a órgãos internacionais, acerca da aplicação das convenções, já é por si uma forma de proteção de direitos humanos<sup>(6)</sup>.

A Recomendação sugere ainda que seja contemplada a possibilidade de apresentação de queixas por parte de organizações civis, incluindo as associações profissionais — Ordens dos Advogados. Neste sentido parece-nos ser é

---

(5) CRP — Artigo 208.º — Patrocínio Forense. A lei assegura aos advogados as imunidades necessárias ao exercício do mandato e regula o patrocínio forense como elemento essencial à administração da justiça.

(6) Neste sentido o PROF. JORGE MIRANDA, no seu *Curso de Direito Internacional Público*, Princípio, 2009, p. 303.

negado o direito de queixa individual. A título comparativo, vejamos que a Convenção Europeia dos Direitos Humanos prevê que os indivíduos apresentem queixas diretamente ao Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Já no que respeita à Carta Social Europeia Revista, está previsto, sistema coletivo de queixas, impedido a apresentação de queixas individuais.

Em nosso entender, se na Convenção em apreço não for admitido um sistema de queixas individuais, como assim aparenta<sup>(7)</sup>, devem ser criados critérios rigorosos, que permitam assegurar que o escrutínio que é feito em cada ordem profissional — ou por outra instituição com legitimidade para a apresentação de queixas — assegura os interesses/preensões/direitos do advogado.

É ainda considerada a possibilidade de serem Parte da Convenção, Estados que não sejam membros do Conselho da Europa<sup>(8)</sup>. Sendo o Conselho da Europa uma organização internacional de carácter regional, a possibilidade de tornar esta Convenção mais abrangente, e de integrar outras Partes que não membros, afigura-se-nos como uma possibilidade muito interessante e de veras valiosa do ponto de vista de promoção de direitos humanos, permitindo que outros países possam beneficiar deste instrumento jurídico.

Finalmente, é abordada a possibilidade de implementação de um mecanismo de alerta prévio, inspirado na plataforma já existente para promoção do jornalismo e da segurança dos jornalistas<sup>(9)</sup>. A atual plataforma não é um mecanismo de controlo, como a futura também não será, apresentando-se como uma ferramenta para melhorar a capacidade de resposta dos órgãos do Conselho da Europa bem como para melhorar a cooperação e a coordenação com outras organizações internacionais. Nestes termos consideramos que pode representar um contributo útil, e funcionar como um bom veículo de informação sobre os vários episódios que vão sendo protagonizados pelos advogados nos vários países — pelas piores razões — ao mesmo que permitirá aumentar a pressão política sobre esses mesmos países.

Face ao exposto, a Ordem dos Advogados é totalmente favorável à elaboração e adoção de uma Convenção Europeia relativa à Profissão de Advogado, e respetivo mecanismo de controlo. Instrumentos este que poderão ser completados com a existência da respetiva plataforma de alerta.

---

(7) Ponto 7.1.3 da Recomendação 2121 (2018).

(8) Ponto 7.1.4 da Recomendação 2121 (2018).

(9) Mais informação sobre a plataforma disponível em <<https://www.coe.int/en/web/media-freedom>>.

# PARECER DA ORDEM DOS ADVOGADOS SOBRE O PROJETO DE DECRETO-LEI DE ALTERAÇÃO DO REGULAMENTO DA CPAS

— aprovado em 20 de setembro de 2018 —

A Ordem dos Advogados, em presença do projecto de Decreto-Lei que procede à primeira alteração ao Regulamento da Caixa de Previdência dos Advogados e Solicitadores (RCPAS), aprovado pelo Decreto-Lei 119/2015, de 29 de Junho, pronuncia-se favoravelmente, convicta de que as modificações vão no sentido correcto, respondendo, de resto, a algumas das aspirações dos advogados portugueses, de que a Ordem dos Advogados tem feito eco, designadamente, mas não apenas, nas reuniões do Conselho Geral da CPAS.

Assim, a Ordem dos Advogados, além de se congratular com estas alterações, que tiveram, desde logo, o empenho da Direção da CPAS, expressa o firme desejo de que elas possam entrar em vigor o mais breve possível, justamente por estarmos perante alterações prementes.

O regozijo com estas alterações não significa, nem pode significar, que este projecto esgote a totalidade das alterações que a Ordem dos Advogados preconiza como necessárias e que adiante explicitaremos, mas apenas a conclusão, de forma positiva, de um primeiro patamar.

É sabido, o próprio preâmbulo do projecto de diploma legal o sublinha, que o novo RCPAS, vigente desde Julho de 2015, se, por um lado, introduziu as alterações necessárias a conferir sustentabilidade à CPAS — que, não fora essas alterações, caminharia para uma inexorável insolvência —, também, por outro, consagrou um conjunto de regras que, afinal, significou para muitos beneficiários um esforço, por vezes de difícil exequibilidade no cumprimento contributivo.

Os estudos atuariais que estiveram na base do novo RCPAS determinaram o aumento progressivo da taxa contributiva de 17% para 24%, como forma de dar resposta ao desígnio de sustentabilidade financeira da CPAS.

Todavia, o facto de as contribuições estarem indexadas à remuneração mínima mensal garantida (RMMG), sendo a base de incidência contributiva mínima, a partir do 4.º ano de inscrição, 2 RMMG, levou a que desde 2016 os beneficiários tenham sido confrontados com sucessivos aumentos fruto do efeito conjugado do aumento da taxa contributiva e do aumento da RMMG.

Ora, os estudos atuariais foram baseados numa expectativa conservadora de crescimento indexado à inflação, não considerando o aumento exponencial que a RMMG sofreu.

A RMMG evoluiu de € 530 em 2016 para € 557 em 2017, € 580 em 2018, sabendo-se que em 2019 estará, pelo menos, nos € 600.

Uma vez que a base de incidência mínima é de 2 RMMG, não custa a perceber o relevante aumento das contribuições decorrente do aumento gradual e significativo do indexante, aliado ao aumento da taxa contributiva.

Tornava-se, pois, imperioso, **alterar o indexante das contribuições**, para que os beneficiários não continuassem a ser anualmente confrontados com aumentos que em muitos casos eram superiores à sua capacidade contributiva, sem que tivessem uma plena justificação pelos fins que presidiram ao novo RCPAS: a sustentabilidade financeira da Caixa de Previdência.

Donde, é com muita satisfação que a Ordem dos Advogados vê acolhida esta sua pretensão de alteração do indexante, deixando a base de incidência contributiva de estar indexada à RMMG, surgindo em sua substituição um conceito de Indexante Contributivo, inferior à RMMG, atualizado com base no Índice de Preços ao Consumidor.

Esta é, do nosso ponto de vista, uma importante medida — porventura, a mais importante deste conjunto de alterações —, a qual, sem comprometer a sustentabilidade da CPAS, permite dar início à adequação do esforço contributivo dos beneficiários à sua realidade económica.

Sem nunca olvidar a sustentabilidade da CPAS, importa não deixar de cuidar da própria sustentabilidade dos seus beneficiários, advogados e solicitadores.

A eliminação da contribuição obrigatória dos advogados estagiários substancia, outrossim, uma medida positiva.

A Ordem dos Advogados propôs, no âmbito do Conselho Geral da CPAS, uma solução que fizesse depender a obrigatoriedade da contribuição da obtenção de rendimentos superiores à RMMG. Contudo, reconhece, por um lado, a dificuldade de operacionalizar esta medida, por outro, que o próprio advogado-estagiário que aufira tais rendimentos terá interesse e vantagem em contribuir voluntariamente para a CPAS.

Muito positiva é, ainda, a alteração no sentido do aumento do número de escalões, permitindo uma maior flexibilidade de escolha aos beneficiários.

Afigura-se-nos ainda da mais elementar justiça a reintrodução da obrigação contributiva por parte dos advogados reformados que continuam a exercer a sua profissão, correspondendo esta a mais uma alteração pela qual a Ordem dos Advogados se tem batido. Não podemos esquecer que temos um sistema baseado na solidariedade inter-geracional, pelo que mal se compreenderia que os beneficiários dessa solidariedade deixassem de contribuir mesmo continuando a exercer a profissão, numa situação de manifesta desigualdade relativamente aos demais profissionais.

A suspensão temporária do pagamento de contribuições (ou redução do escalão contributivo) no caso de doença grave e incapacitante constituía mais uma das alterações ao RCPAS propugnada pela Ordem dos Advogados.

Compreende-se que esta dispensa tenha carácter excepcional e seja, por isso, reservada àqueles casos de doença grave que não permitam, ou comprometam de modo expressivo, o exercício da profissão, em prejuízo da obtenção de um rendimento condigno por parte do beneficiário.

Contudo, a solução encontrada deverá ser revista em 2020, no sentido de ajustar quer o pressuposto da declaração de rendimentos se referir ao ano transato, que poderá ocultar as dificuldades surgidas no ano da doença, quer o pressuposto do valor ser o inferior a 12 retribuições mínimas mensais garantidas.

Importa sublinhar que na sequência da presente alteração apenas ocorrer no fim do último trimestre de 2018, entende a Ordem dos Advogados que essa circunstância deverá determinar, sem prejuízo da entrada em vigor do decreto-lei, a alteração do disposto nos artigos 4.º e 5.º do presente decreto-lei e, igualmente, a alteração do n.º 2 do artigo 79.º do Regulamento atual, no sentido de a aplicação prevista para o ano de 2018 também se aplicar para o ano de 2019:

#### **Artigo 4.º**

Sem prejuízo do disposto no artigo seguinte, para o período que medeia entre a data de entrada em vigor do presente decreto-lei de 31 de dezembro de 2019, o valor do indexante previsto no artigo 79.º-A do Regulamento da Caixa, aditado pelo artigo 3.º, é fixado em 575 euros.

#### **Artigo 5.º**

1 — Para o período que medeia a data de entrada em vigor do presente decreto-lei e 31 de dezembro de 2019 e no ano de 2020 o Indexante Contributivo é ajustado por um fator de correção de menos 10% e de menos 12%, respetivamente.

2 — A direção, suportada em estudos atuariais que garantam a sustentabilidade da Caixa e após pronúncia favorável do conselho geral, pode propor aos membros do Governo responsáveis pelas áreas da justiça e da segurança social a adoção de um fator de correção do Indexante Contributivo que venha a ser apurado nos anos de 2021 e seguintes.

**Artigo 79.º**  
(do atual Regulamento):

2 — A taxa referida no número anterior é, sucessivamente, a seguinte:

- a) No ano de 2017, 19%;
- b) No ano de 2018 e 2019, 21%;
- c) No ano de 2020, 23%;
- d) No ano de 2022 e seguintes, 24%.

Por último, não pode a Ordem dos Advogados ambicionar que estas sejam as primeiras de um conjunto de outras alterações que possam vir a ser introduzidas a breve trecho. Por um lado, logo que a sustentabilidade económica da CPAS o permita, a consagração de um escalão de refúgio (equivalente ao atual 4.º) para todos os beneficiários com mais de três anos de inscrição que, comprovadamente, auferam rendimentos no ano anterior cuja média mensal seja inferior a 2 (duas) RMMG; por outro lado, impõe-se duas outras medidas que a Direção da CPAS, a OA e a OSAE, já propugnaram e apresentaram, a saber:

1. Isenção de IRC para os rendimentos de aplicações financeiras efetuadas pela CPAS, em condições similares às consagradas para a Segurança Social e para os Fundos de Pensões.
2. Recuperação de um valor de procuradoria a reverter para a CPAS a suportar pela parte vencida nos processos judiciais, atento o relevante serviço público prestado pelos advogados, designadamente no âmbito do instituto do acesso ao direito.

Em suma, a Ordem dos Advogados entende que as alterações propostas direcionam o RCPAS no bom caminho, ambicionando que este continue a ser trilhado com ulteriores alterações que reforcem o desígnio de sustentabilidade financeira da CPAS sem comprometer o equilíbrio do esforço contributivo dos beneficiários.

Lisboa, 20 de Setembro de 2018.

*O Bastonário*  
GUILHERME FIGUEIREDO



## ANEXO

### PROJETO DE DECRETO-LEI DE ALTERAÇÃO DO REGULAMENTO DA CPAS

A Caixa de Previdência dos Advogados e Solicitadores (CPAS), criada pelo Decreto-Lei n.º 36550, de 22 de outubro de 1947, é uma instituição de previdência autónoma que tem como fim principal a atribuição de pensões de velhice e subsídios de invalidez aos Advogados e aos Associados da Ordem dos Solicitadores e dos Agentes de Execução, mantendo, paralelamente, um carácter assistencialista, através da concessão de outras prestações, de acordo com as disponibilidades anuais do seu fundo de assistência.

Razões ligadas, sobretudo, a questões de sustentabilidade financeira da CPAS, justificadas pela evolução dos indicadores demográficos, como o aumento da esperança média de vida, e pela redução de contribuintes ativos, que levaram a uma diminuição do valor das contribuições entradas, levaram a uma revisão do Regulamento da CPAS, em junho de 2015, após uma estagnação do regime desde 1994.

No entanto, após uma análise dos impactos destas alterações, quer ao nível da sustentabilidade da CPAS, quer ao nível do impacto nos seus beneficiários, verifica-se a necessidade de proceder a ajustamentos no sentido de reforçar a solidez e a sustentabilidade da CPAS, e, ao mesmo tempo, promover a equidade do esforço contributivo dos beneficiários, que viram os valores das suas contribuições aumentarem substancialmente, quer por via do aumento da taxa de 17% para 24%, quer por via do aumento da remuneração mínima mensal garantida (RMMG), que servia de indexante base aos escalões contributivos.

Assim, as alterações que agora se efetuam têm como alcance dois planos distintos, o plano social e o plano de sustentabilidade, mas que a final convergem na mesma linha de estabilização, reforço e equilíbrio.

Assim, é eliminada a obrigatoriedade contributiva dos beneficiários estagiários, sem prejuízo destes poderem, facultativamente, iniciar o pagamento de contribuições.

Por outro lado, nas situações de incapacidade temporária para o trabalho por motivo de doença grave ou de situação particular de maternidade, é previsto o não pagamento temporário de contribuições ou, em alternativa, a adoção temporária do 4.º escalão contributivo, quando os beneficiários não disponham de rendimentos para proceder ao pagamento das contribuições.

É ainda alterada a forma de apuramento da base de incidência contributiva, que deixa de estar indexada à RMMG, sendo criado um conceito de Indexante Contributivo, atualizado com base no Índice de Preços ao Consumidor (IPC), assim se alcançando uma maior previsibilidade e adequação do esforço contributivo dos beneficiários à realidade económica do País.

Com efeito, atenta a subida do valor dos escalões contributivos, em virtude da conjugação do aumento da taxa contributiva com o aumento da RMMG, verificou-se a existência de dificuldades na manutenção do cumprimento das obrigações contributivas por parte dos beneficiários.

Ainda de modo a permitir uma maior flexibilização dos valores das contribuições e, concomitantemente, uma maior liberdade de escolha dos escalões contributivos e, por referência, das futuras pensões de reforma, é aumentado o número de escalões para 26, fazendo diminuir, ao nível dos escalões mínimos e dos escalões máximos, o intervalo de valores.

No que respeita ao acesso à pensão, é reduzido o prazo de garantia, de 15 para 10 anos, sendo ainda prevista a possibilidade de melhoria da pensão de reforma para os beneficiários em situação de reforma e que continuem a exercer a profissão, tendo sido reintroduzida a obrigação contributiva para os beneficiários pensionistas que mantenham o exercício da profissão.

Foi promovida a audição da Ordem dos Advogados, da Ordem dos Solicitadores e dos Agentes de Execução, da Caixa de Previdência dos Advogados e dos Solicitadores e do Sindicato dos Advogados Portugueses.

Foram ouvidos os órgãos próprios dos governos das Regiões Autónomas.

Assim:

Nos termos da alínea *a*) do n.º 1 do artigo 198.º da Constituição, o Governo decreta o seguinte:

### **Artigo 1.º**

#### **Objeto**

O presente decreto-lei procede à primeira alteração ao Regulamento da Caixa de Previdência dos Advogados e Solicitadores (CPAS), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 119/2015, de 29 de junho.

## **Artigo 2.º**

### **Alteração ao Regulamento da CPAS**

Os artigos 8.º, 12.º, 15.º, 19.º, 37.º, 40.º, 79.º e 80.º do Regulamento da Caixa de Previdência dos Advogados e Solicitadores, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 119/2015, de 29 de junho passam a ter a seguinte redação:

#### **«Artigo 8.º**

[...]

Os membros da direção têm direito a compensação pecuniária pelo exercício efetivo de funções a fixar pelas assembleias referidas na alínea *d*) do artigo 4.º.

#### **Artigo 12.º**

[...]

1 — [...].

2 — A Caixa considera-se obrigada pelas assinaturas conjuntas do presidente e do vice-presidente ou do Presidente ou vice-presidente e de qualquer outro vogal.

3 — [...].

#### **Artigo 15.º**

[...]

As presenças dos membros do conselho geral às respetivas reuniões podem ser compensadas mediante o pagamento de uma senha de presença cujo montante é fixado pelas assembleias referidas na alínea *d*) do artigo 4.º.

#### **Artigo 18.º**

[...]

Os membros do conselho de fiscalização têm direito à compensação pecuniária pelo exercício efetivo de funções a fixar pelas assembleias referidas na alínea *d*) do artigo 4.º.

#### **Artigo 37.º**

[...]

Os órgãos competentes da Ordem dos Advogados e da Ordem dos Solicitadores e Agentes de Execução comunicam à direção da Caixa, no prazo de 10 dias, as situações relativas à inscrição, suspensão, levantamento da suspensão, cancelamento e reinscrição dos seus advogados e advogados estagiários e dos seus associados e associados estagiários.

#### **Artigo 40.º**

[...]

1 — [...].

a) [...];

b) Tenham, pelo menos, 15 anos de carreira contributiva na Caixa, sem prejuízo do disposto no n.º 3;

c) [...];

2 — [...].

3 — O prazo de garantia previsto na alínea *b*) do n.º 1 é de 10 anos nas seguintes situações:

- a) Beneficiários inscritos na Caixa a partir de 1 de julho de 2015;
- b) Beneficiários que não se enquadrem nas situações previstas nos artigos 101.º, 102.º e 103.º do Regulamento.

### Artigo 79.º

[...]

1 — Até ao último dia de cada mês, os beneficiários efetuam o pagamento das contribuições, calculadas pela aplicação da taxa referida no número seguinte à remuneração convencional, correspondente ao escalão escolhido de entre os escalões contributivos previstos no artigo 80.º.

2 — [...].

3 — Os advogados estagiários e os associados estagiários da Ordem dos Solicitadores e Agentes de Execução ficam isentos da obrigação de contribuir durante todo o período de estágio, podendo, facultativamente, iniciar o pagamento de contribuições em qualquer altura do estágio e beneficiar da proteção social assegurada pela Caixa.

4 — Não estão sujeitos a obrigação contributiva os seguintes beneficiários:

- a) Pensionistas que deixem de estar inscritos na respetiva associação pública profissional;
- b) Pensionistas que se reformaram no período compreendido entre 1 de julho de 2015 e a data de entrada em vigor do presente diploma, ainda que inscritos na respetiva associação pública profissional;
- c) Pensionistas a partir dos 70 anos de idade, ainda que inscritos na respetiva associação pública profissional ou a partir da data em que completem o primeiro grupo de 12 meses de pagamento de contribuições após aquela idade;
- d) Beneficiários do subsídio de invalidez.

5 — Os beneficiários referidos nas alíneas *b*) e *c*) do número anterior podem proceder voluntariamente ao pagamento de contribuições.

### Artigo 80.º

[...]

1 — Os escalões contributivos produzem efeitos de 1 de janeiro a 31 de dezembro de cada ano e são os que constam da tabela seguinte:

Escalões	Remunerações convencionais Base: IC	Escalões (cont.)	Remunerações convencionais Base: IC (cont.)
1.º .....	0,25	14.º .....	8
2.º .....	0,50	15.º .....	9
3.º .....	0,75	16.º .....	10
4.º .....	1	17.º .....	11
5.º .....	2	18.º .....	12
6.º .....	2,25	19.º .....	13
7.º .....	2,5	20.º .....	14
8.º .....	2,75	21.º .....	14,5
9.º .....	3	22.º .....	15
10.º .....	4	23.º .....	15,5
11.º .....	5	24.º .....	16
12.º .....	6	25.º .....	16,5
13.º .....	7	26.º .....	17

- 2 — [...].
- a) [...];
- b) [...];
- c) [...];
- d) O 4.º escalão até ao fim do terceiro ano civil após a inscrição como advogado ou associado da Ordem dos Solicitadores e Agentes de Execução, para os beneficiários extraordinários e, quando aplicável, para os beneficiários titulares de pensão de reforma;
- e) [...].
- 3 — [...].
- 4 — [...].
- 5 — Os beneficiários extraordinários e os beneficiários titulares de pensão de reforma que nos termos do disposto no artigo 79.º procedam ao pagamento de contribuições, devem, no prazo de 30 dias a contar da respetiva situação, declarar à Caixa o escalão de remunerações convencional escolhido, com observância dos escalões mínimos estabelecidos no n.º 2.
- 6 — [...].
- 7 — [...].
- 8 — [...].
- 9 — [...].

### Artigo 3.º

#### Aditamento ao Regulamento da CPAS

São aditados ao Regulamento da Caixa de Previdência dos Advogados e Solicitadores, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 119/2015, de 29 de junho, os artigos 41.º-A, 79.º-A, 81.º-A e 81.º-B com a seguinte redação:

#### «Artigo 41.º-A

##### Melhoria da pensão de reforma

1 — O pagamento de grupos completos de 12 meses de contribuições pelos beneficiários reformados que continuem inscritos nas respetivas associações públicas profissionais confere direito a uma melhoria vitalícia da sua pensão de reforma, através de um acréscimo mensal ao seu valor.

2 — A melhoria mensal da pensão de reforma é apurada pela aplicação da seguinte fórmula:

$$MM = (0,7 \times RP) / [EMV (idade \ x) \times 14]$$

Entendendo-se por:

**MM:** Melhoria mensal;

**RP:** Valor do último grupo de 12 meses de contribuições efetuadas após a reforma;

**EMV (idade x):** Esperança média de vida à idade do beneficiário aquando do início de pagamento da melhoria, conforme publicado pelo INE — Instituto Nacional de Estatística.

4 — A melhoria é paga pela Caixa ao beneficiário a partir do mês seguinte àquele em que ocorra o pagamento de cada grupo completo de 12 meses de contribuições.

**Artigo 79.º-A****Indexante contributivo**

1 — Os escalões contributivos têm como referência o Indexante Contributivo (IC) determinado nos termos do número seguinte.

2 — O IC é atualizado em 1 de janeiro de cada ano por aplicação do índice de preços ao consumidor (IPC), sem habitação, publicitado pelo Instituto Nacional de Estatística, I.P. até ao dia 1 de outubro do ano anterior.

3 — O indexante referido no número anterior é limitado ao valor mínimo de zero e ao valor máximo de cinco pontos percentuais.

4 — Até ao dia 15 de outubro do ano anterior àquele a que respeita, o valor do Indexante Contributivo é divulgado pela Caixa no seu portal institucional.

**Artigo 81.º-A****Suspensão temporária da obrigação do pagamento de contribuições**

1 — Podem requerer a suspensão temporária da obrigação do pagamento de contribuições os beneficiários que, por comprovado motivo de doença grave ou de situação particular de maternidade, reúnam cumulativamente as seguintes condições:

- a) Se encontrem numa situação de incapacidade temporária para o exercício da profissão;
- b) Não possam proceder ao pagamento de contribuições à Caixa por comprovado motivo de carência económica;
- c) Não tenham contribuições em dívida.

2 — A incapacidade temporária para o exercício da profissão é certificada pelo médico do serviço de saúde competente.

3 — Sem prejuízo do disposto no número seguinte, consideram-se doenças graves, as seguintes, designadamente:

- a) Doenças oncológicas;
- b) Acidente Vascular Cerebral;
- c) Enfarte do Miocárdio;
- d) Angioplastia coronária/revascularização coronária;
- e) Intervenção cirúrgica a uma válvula cardíaca;
- f) Intervenção cirúrgica da artéria aorta/intervenção vascular de grande calibre;
- g) Intervenção cirúrgica que implique transplante de órgãos.

4 — São ainda consideradas graves as doenças que a direção decida enquadrar neste âmbito, face à especificidade do caso concreto e a pareceres técnicos por si solicitados para o efeito.

5 — Consideram-se em situação particular de maternidade as beneficiárias durante o período que medeia entre o início da gestação e o sexto mês após o parto.

6 — Para efeitos do disposto na alínea b) do n.º 1, presume-se em situação de carência económica o beneficiário cujo rendimento anual e do respetivo agregado familiar, para efeitos de imposto sobre o rendimento das pessoas singulares, seja inferior a 12 retribuições mínimas mensais garantidas, acrescido de 50% daquele valor havendo cônjuge ou unido de facto e 25% daquele valor por cada dependente.

7 — Os rendimentos referidos no número anterior reportam-se ao ano civil anterior ao da data da apresentação do requerimento, sem prejuízo de poderem ser considerados rendimentos mais recentes, se disponíveis.

8 — Para efeitos do n.º 6, são considerados todos os rendimentos das diferentes categorias, auferidos no ano de referência pelo beneficiário e pelo respetivo agregado familiar.

9 — A suspensão temporária do pagamento de contribuições produz efeitos a partir do mês seguinte ao do respetivo requerimento e a sua duração corresponde ao período da incapacidade temporária para o exercício da profissão devidamente atestada, com o limite máximo de 3 meses.

10 — Mantendo-se as condições que conduziram ao deferimento da suspensão de pagamento de contribuições, a duração máxima do período de suspensão pode ser prorrogada, uma única vez, até mais três meses, a requerimento expresso do beneficiário e sujeito a deliberação de deferimento da direção.

11 — A suspensão temporária da obrigação do pagamento de contribuições é equiparável à suspensão da inscrição, designadamente no que respeita à inexistência de registo de entrada de contribuições e contagem de prazos de garantia.

12 — Sem prejuízo do disposto no número anterior, os beneficiários mantêm o direito a aceder aos benefícios atribuídos pela Caixa desde que em relação a cada um deles se mostrem preenchidas todas as condições de atribuição.

13 — Para efeitos do disposto no presente artigo, a Caixa pode obter informações, solicitar documentos e ordenar a realização de quaisquer diligências e inquéritos que entenda necessários.

### **Artigo 81.º-B**

#### **Redução temporária do escalão contributivo**

1 — Em alternativa à suspensão da obrigação do pagamento de contribuições prevista no artigo anterior, e desde que verificadas as condições cumulativas referidas no n.º 1 daquele artigo, os beneficiários podem requerer o pagamento de contribuições pelo 4.º escalão contributivo durante o prazo máximo de 6 meses.

2 — A fixação do 4.º escalão nos termos do presente artigo produz efeitos a partir do primeiro dia do mês seguinte ao do requerimento.

3 — A aplicação da medida prevista no presente artigo fica condicionada a deliberação da direção, assente em parecer atuarial anual que assegure a sustentabilidade da medida, tomada até à data da aprovação dos documentos de prestação de contas de cada exercício, e tem vigência anual».

### **Artigo 4.º**

#### **Fixação do Indexante Contributivo**

Sem prejuízo do disposto no artigo seguinte, para o período que medeia entre a data de entrada em vigor do presente decreto-lei e 31 de dezembro de 2018, o valor do indexante contributivo previsto no artigo 79.º-A do Regulamento da Caixa, aditado pelo artigo 3.º, é fixado em 575 euros.

**Artigo 5.º****Fator de correção do Indexante Contributivo**

1 — Para o período que medeia entre a data de entrada em vigor do presente decreto-lei e 31 de dezembro de 2018 e no ano 2019 o Indexante Contributivo é ajustado por um fator de correção de menos 10% e de menos 12%, respetivamente.

2 — A direção, suportada em estudos atuariais que garantam a sustentabilidade da Caixa e após pronúncia favorável do conselho geral, pode propor aos membros do Governo responsáveis pelas áreas da justiça e da segurança social a adoção de um fator de correção do Indexante Contributivo que venha a ser apurado nos anos 2020 e seguintes.

**Artigo 6.º****Norma revogatória**

É revogada a Portaria n.º 938/98, de 29 de outubro.

**Artigo 7.º****Norma transitória**

Os beneficiários da CPAS podem, no prazo de 30 dias a contar da data da entrada em vigor do presente decreto-lei, solicitar a subida do escalão contributivo para o período que medeia entre a referida data de início de vigência e 31 de dezembro de 2018.

**Artigo 8.º****Entrada em vigor**

O presente decreto-lei entra em vigor no dia 1 do mês seguinte ao da sua publicação.

Visto e aprovado em Conselho de Ministros de

*[assinaturas]*



## REGULAMENTO DAS QUOTAS DAS SOCIEDADES DE ADVOGADOS

Regulamento n.º 512/ 2018

A Assembleia Geral da Ordem dos Advogados reunida em 25 de julho de 2018, ao abrigo do disposto nas alíneas *d)* e *e)*, do número 2, do artigo 33.º do Estatuto da Ordem dos Advogados, aprovado pela Lei n.º 145/2015, de 9 de setembro, deliberou, aprovar o Regulamento das Quotas das Sociedades de Advogados, com a seguinte redação:

### **Regulamento das Quotas das Sociedades de Advogados**

#### **Preâmbulo**

Nos termos previstos no artigo 180.º, número 1, do Estatuto da Ordem dos Advogados, aprovado pela Lei n.º 145/2015, de 9 de setembro, as sociedades de Advogados são obrigadas a contribuir mensalmente para a Ordem dos Advogados, com a quota mensal que for fixada.

#### **Artigo 1.º**

##### **Âmbito**

As sociedades de Advogados ficam obrigadas ao pagamento pontual das quotas à Ordem dos Advogados, nos termos previstos no presente Regulamento.

#### **Artigo 2.º**

##### **Valor das Quotas**

1 — As quotas mensais a pagar pelas sociedades de Advogados são as que constam do seguinte quadro de escalões:

<b>Composição das Sociedades</b>	<b>Valor da Quota Mensal</b>
Sociedades com 2 sócios sem outros Advogados Associados .....	€ 5,00
Sociedades compostas por 3 a 5 Advogados (sócios ou associados) .....	€ 20,00
Sociedades compostas por 6 a 10 Advogados (sócios ou associados) .....	€ 40,00
Sociedades compostas por 11 a 20 Advogados (sócios ou associados) .....	€ 80,00
Sociedades compostas por 21 a 30 Advogados (sócios ou associados) .....	€ 160,00
Sociedades compostas por 31 a 50 Advogados (sócios ou associados) .....	€ 250,00
Sociedades compostas por mais de 51 a 100 Advogados (sócios ou associados) .....	€ 420,00
Sociedades compostas por 101 a 200 Advogados (sócios ou associados) .....	€ 550,00
Sociedades compostas por 201 a 300 Advogados (sócios ou associados) .....	€ 750,00
Sociedades compostas por mais de 300 Advogados (sócios ou associados) .....	€ 1.250,00

2 — O número de sócios/as e Advogados/Advogadas associados/associadas será obrigatoriamente comunicado ao Conselho Geral da Ordem dos Advogados (por correio registado ou através do endereço eletrónico <soc.advogados@cg.oa.pt>, por cada sociedade de Advogados/as inscrita, até ao dia 15 de dezembro do ano anterior ao ano a que respeitar a quotização, sendo que os dados constantes de tal comunicação serão os dados utilizados para a fixação do montante mensal da quota a pagar nesse ano, o qual ficará em vigor até à fixação do valor de quotização do ano posterior, sem prejuízo do disposto no número 3 deste artigo.

3 — A falta de comunicação, nos termos e no prazo previstos no número anterior, determinará que à sociedade faltosa seja aplicada a quota

pelo escalão máximo em vigor; contudo é permitido à sociedade prestar a todo o tempo a informação em falta. Neste caso, a nova quotização devida será aplicada e cobrada no segundo mês posterior ao cumprimento do dever de informação.

4 — A Ordem dos Advogados poderá encetar todas as diligências que forem convenientes para o apuramento do número de sócios e associados de qualquer sociedade quando, de forma fundamentada, a informação prestada pela sociedade careça de validação.

### **Artigo 3.º**

#### **Prazo e Formas de Pagamento**

1 — A quota mensal tem que ser paga até ao último dia do mês a que respeita, sendo enviado, para esse efeito, às sociedades de Advogados inscritas na Ordem dos Advogados, aviso/recibo de pagamento da quota mensal.

2 — A quota mensal pode ser paga anual e antecipadamente nos termos a definir por deliberação do Conselho Geral.

3 — Sem prejuízo de outras formas de pagamento autorizadas pelo Conselho Geral, o pagamento da quota pode ser efetuado:

- a) Em numerário, cheque ou multibanco, na sede da Ordem dos Advogados;
- b) Por cheque, remetido via postal, para a sede da Ordem dos Advogados;
- c) Nos CTT ou em qualquer ATM multibanco.

4 — O Conselho Geral pode definir outras modalidades de pagamento, em alternativa ao pagamento mensal, designadamente, o pagamento antecipado, semestral ou anual.

### **Artigo 4.º**

#### **Inscrição**

A quota mensal é devida desde a data da inscrição da sociedade na Ordem dos Advogados, não sendo, porém, devida a quota relativa ao mês em que ocorre essa inscrição.

### **Artigo 5.º**

#### **Incumprimento**

O não pagamento da quota devida, por prazo superior a 12 meses, determina, nos termos previstos no artigo 180.º, número 2, do Estatuto da Ordem dos Advogados, a comunicação, ao conselho competente, para efeitos de instauração de processo disciplinar à sociedade de Advogados

devedora, sem prejuízo da perda de acesso aos serviços disponibilizados pela Ordem às sociedades de Advogados.

**Artigo 6.º**  
**Aplicação no tempo**

O presente regulamento aplica-se a todas as sociedades de Advogados já constituídas e a todas as sociedades que se venham a constituir após a respetiva entrada em vigor.

**Artigo 7.º**  
**Entrada em vigor**

O presente regulamento entra em vigor no dia seguinte ao da sua publicação.

**Artigo 8.º**  
**Disposição transitória**

Para a fixação do montante da quotização relativa ao ano de 2018, as comunicações previstas no artigo 2.º, número 2, do presente regulamento, ou, na sua falta, os procedimentos previstos no número 3, do mesmo artigo, deverão ser efetuados até trinta dias após a entrada em vigor deste regulamento, sendo as quotas devidas a partir do mês seguinte ao termo deste prazo.

30 de julho de 2018

*O Presidente da Assembleia Geral  
e Presidente do Conselho Geral,*  
GUILHERME FIGUEIREDO.

# ALTERAÇÃO DA TABELA DE EMOLUMENTOS E PREÇOS DA ORDEM DOS ADVOGADOS

Deliberação n.º 1142/2018

Considerando que, no dia 30 de novembro de 2017, a Assembleia Geral Extraordinária da Ordem dos Advogados aprovou a proposta de alteração ao Regulamento Nacional de Estágio apresentada pelo Conselho Geral da Ordem dos Advogados — Deliberação n.º 1096-A/2017, publicada no Diário da República, 2.ª Série publicada no Diário da República, 2.ª Série, n.º 236, 1.º suplemento, de 11 de dezembro de 2017, e tendo em vista a adequação da Tabela de Emolumentos e Preços devidos pela emissão de documentos e prática de atos no âmbito dos serviços da Ordem dos Advogados, Deliberação n.º 2597/2009, de 11 de setembro, com as alterações constantes da Deliberação n.º 3275/2009, de 10 de dezembro, da Deliberação n.º 295/2010, de 8 de fevereiro, da Deliberação n.º 1271/2010, de 21 de julho, da Deliberação n.º 855/2011, de 30 de março, da Deliberação n.º 992/2012, de 16 de julho, da Deliberação n.º 1400/2012, de 10 de outubro, da Deliberação n.º 1074/2014, de 13 de maio, da Deliberação n.º 2332-A/2015, de 28 de dezembro e da Deliberação n.º 869/2016, de 23 de maio, o Conselho Geral da Ordem dos Advogados, reunido em sessão plenária de 7 de junho de 2018, ao abrigo do disposto na alínea *m*), do n.º 1, do artigo 46.º do Estatuto da Ordem dos Advogados, aprovado pela Lei n.º 145/2015, de 9 de setembro, delibera:

1 — Aditar à Tabela de Emolumentos e Preços devidos pela emissão de documentos e prática de atos no âmbito dos serviços da Ordem dos Advogados, os pontos 8.10 e 8.11, com a seguinte redação:

«8.10 — A pagar com o pedido de inscrição no Curso de Estágio imediatamente seguinte com dispensa da primeira fase, se a tiver completado (pagamento único) — 700,00;

8.11 — A pagar até 30 dias antes da data designada para a realização da prova escrita que integra a prova de agregação (para os Cursos de Estágio iniciados antes da entrada em vigor da Lei n.º 145/2015, de 9 de setembro e na sequência do pedido de levantamento da suspensão) — 150,00».

2 — Revogar o disposto nos números 2.1.3, 2.4 e 2.6.1, da Tabela de Emolumentos e Preços devidos pela emissão de documentos e prática de atos no âmbito dos serviços da Ordem dos Advogados.

3 — É republicada, em anexo, que é parte integrante da presente Deliberação, a Tabela de Emolumentos e Preços devidos pela emissão de documentos e prática de atos no âmbito dos serviços da Ordem dos Advogados — Deliberação n.º 2597/2009, de 11 de setembro, com as alterações constantes da Deliberação n.º 3275/2009, de 10 de dezembro, da Deliberação n.º 295/2010, de 8 de fevereiro, da Deliberação n.º 1271/2010, de 21 de julho, da Deliberação n.º 855/2011, de 30 de março, da Deliberação n.º 992/2012, de 16 de julho, da Deliberação n.º 1400/2012, de 10 de outubro, da Deliberação n.º 1074/2014, de 13 de maio, da Deliberação n.º 2332-A/2015, de 28 de dezembro, da Deliberação n.º 869/2016, de 23 de maio, com a redação introduzida pela presente Deliberação.

3 de outubro de 2018.

*O Presidente do Conselho Geral*  
GUILHERME FIGUEIREDO.

## ANEXO

### Tabela de Emolumentos e Preços (em euros)

#### 1. Quotas:

- 1.1. Advogados com mais de quatro anos de inscrição — 37,50
- 1.2. Advogados com menos de quatro anos de inscrição — 18,75
- 1.3. Advogados reformados com autorização para advogar — 37,50 (conforme Deliberação n.º 992/2012 de 16 de julho)
- 1.4. Advogados de outros Estados membros da União Europeia — 37,50
- 1.5. Advogados de outros Estados membros da União Europeia com menos de quatro anos de inscrição — 18,75
- 1.6. Juristas de reconhecido mérito, mestres e outros doutores em Direito (nos termos do artigo 193.º do EOA) — 37,50

#### 2. Estágio:

- 2.1. Inscrição de advogado estagiário:
  - 2.1.1. A pagar no ato de inscrição inicial — 700,00
  - 2.1.2. (Revogado)
  - 2.1.3. (Revogado)
  - 2.1.4. A pagar até 15 dias antes da data designada para a realização do exame final de avaliação e agregação — 150,00
- 2.2. Mudança de patrono — 50,00
- 2.3. (Revogado)
- 2.4. (Revogado)
- 2.5. (Revogado)
- 2.6. Pedido de revisão (o valor da taxa cobrada será devolvido em caso de provimento do pedido):
  - 2.6.1. (Revogado)
  - 2.6.2. Da Prova do exame nacional de avaliação de agregação, por área — 37,50;
  - 2.6.3. Da informação de Estágio — 37,50;
- 2.7. Repetição do exame escrito nacional — 50,00
- 2.8. Repetição da prova oral — 50,00
- 2.9. Inscrição na prova oral para melhoria de classificação — 25,00
- 2.10. Mudança de nome abreviado — 10,00
- 2.11. Prorrogação de estágio — 50,00
- 2.12. Transferência de centro regional de estágio:
  - 2.12.1. A pagar ao conselho regional destinatário (mudança de patrono) — 50,00
  - 2.12.2. A pagar ao conselho regional de origem (despesas administrativas) — 15,00

**3. Inscrição e outros serviços:**

- 3.1. Inscrição de advogado — 300,00
- 3.2. Inscrição de advogado brasileiro e outros provenientes de PALOP e ainda de países com regime de reciprocidade — 300,00
- 3.3. Inscrição de advogado proveniente de outro Estado membro da União Europeia — 500,00
- 3.4. Registo de advogado proveniente de outro Estado membro da União Europeia — 300,00
- 3.5. Inscrição de Juristas de reconhecido mérito, mestres e outros doutores em direito — 300,00
- 3.6. Declarações — 5,00
- 3.7. Certidões — 5,00
- 3.8. Ao emolumento das certidões acrescerá, por cada lauda — 0,50
- 3.9. Levantamento da suspensão da inscrição — 75,00
- 3.10. Segunda via de cédula profissional — 25,00
- 3.11. Cartão de advogado comunitário — 100,00
- 3.12. Cartão de empregado forense — 25,00
- 3.13. Renovação do cartão de empregado forense — 20,00
- 3.14. Pedido de laudo — emolumentos — artigo 23.º do Regulamento n.º 36/2003 (DR 2.ª Série), de 6 de agosto, com a redação do Regulamento n.º 40/2005 (DR 2.ª Série), de 20 de maio — artigo 23.º — valor do pedido:
  - Até € 1250 — 100,00 (\*)
  - Superior a € 1250 e até € 2.500 — 200,00 (\*)
  - Superior a € 2.500 e até € 7.500 — 300,00 (\*)
  - Superior a € 7.500 e até € 25.000 — 400,00 (\*)
  - Superior a € 25.000 e até € 50.000 — 500,00 (\*)
  - Superior a € 50.000 — 750,00 (\*)

**4. Sociedades de advogados:**

- 4.1. Aprovação de projeto de pacto social e de projeto de fusão/ cisão — 375,00
- 4.2. Inscrição de Sociedade de Advogados — 225,00
- 4.3. Comunicação de alterações ao pacto social (exceto alteração da sede) — 225,00
- 4.4. Outras comunicações — 225,00
- 4.5. Registo de exclusão de sócio profissional — 225,00
- 4.6. Inscrição de Organizações associativas de profissionais de outros Estados-Membros da União Europeia — 500,00

---

(\*) IVA incluído à taxa legal em vigor.



**5. Biblioteca:**

- 5.1. Fotocópias/impressões (cada):
  - 1 a 40 — 0,10 (\*)
  - 1 a 100 — 0,15 (\*)
  - 1 a > 100 — 0,20 (\*)
- 5.2. Impressões a cores — 0,20 (\*)
- 5.3. Gravação de CD-ROM — 3,03 (\*)
- 5.4. Digitalização de textos (cada página) — 0,30 (\*)
- 5.5. Download (cada página) — 0,20 (\*)
- 5.6. Encadernações (de argolas) — 1,82 (\*)
- 5.7. Empréstimo domiciliário — caução (utilizadores externos) — 20,00

**6. Informática:**

- 6.1. Pedido de envio de e-mails (cada):
  - 6.1.1. Para todos os advogados — 403,33 (\*)
  - 6.1.2. Para um universo específico — 504,17 (\*)
  - 6.1.3. Adicional para urgência (num prazo de vinte e quatro horas) — 504,17 (\*)
- 6.2. Leitor de cartão com chip (cédula profissional) — 30,25 (\*)
- 6.3. Certificados para sociedades (cada) — 15,13 (\*)
- 6.4. Emissão de certificado digital não renovado ou revogado para advogado — 15,13 (\*)

**7. Atribuição do título de advogado especialista:**

- 7.1. Com o pedido de atribuição do título de advogado especialista — 150,00
- 7.2. Com a atribuição do título de advogado especialista e respetivo averbamento no processo individual de advogado — 150,00
- 7.3. Pela confirmação prevista no artigo 4.º do Regulamento Geral das Especialidades — 150,00

**8. Estágios iniciados após a entrada em vigor da Lei n.º 145/2015, de 9 de setembro:**

- 8.1. A pagar no ato de recebimento do pedido de inscrição — 700,00;
- 8.2. A pagar até 5 dias antes do termo da primeira fase do estágio — 300,00;
- 8.3. A pagar até 30 dias antes da data designada para a realização da prova escrita que integra a prova de agregação — 500,00;
- 8.4. Mudança de patrono — 50,00;
- 8.5. Pedido de recurso da prova de agregação:
  - 8.5.1. Por cada componente, com exceção da prova escrita — 50,00;
  - 8.5.2. Por cada área da prova escrita — 37,50;

---

(\*) IVA incluído à taxa legal em vigor.

- 8.5.3. O valor do emolumento cobrado será devolvido em caso de provimento do recurso que determine a aprovação na prova de agregação.
- 8.6. Mudança de nome abreviado — 10,00
- 8.7. Prorrogação de estágio — 50,00
- 8.8. Transferência de centro regional de estágio
- 8.8.1. A pagar ao conselho regional destinatário (mudança de patrono) — 50,00;
- 8.8.2. A pagar ao conselho regional de origem (despesas administrativas) — 50,00
- 8.9. Inscrição no tirocínio em caso de dispensa de estágio — 500,00;
- 8.10. A pagar com o pedido de inscrição no Curso de Estágio imediatamente seguinte com dispensa da primeira fase, se a tiver completado (pagamento único) — 700,00;
- 8.11. A pagar até 30 dias antes da data designada para a realização da prova escrita que integra a prova de agregação (para os Cursos de Estágio iniciados antes da entrada em vigor da Lei n.º 145/2015, de 9 de setembro e na sequência do pedido de levantamento da suspensão) — 150,00.

# REGULAMENTO DAS QUOTAS DOS ADVOGADOS

Regulamento n.º 791/2018(\*)

A Assembleia Geral da Ordem dos Advogados reunida em 15 de outubro de 2018, ao abrigo do disposto nas alíneas *d)* e *e)*, do n.º 2, do art. 33.º e do n.º 1, do art. 180.º do Estatuto da Ordem dos Advogados (EOA), aprovado pela Lei n.º 145/2015, de 9 de setembro, deliberou aprovar o Regulamento das Quotas dos Advogados, proposto pelo Conselho Geral nos termos do disposto na alínea *l)*, do n.º 1, do art. 46.º do EOA, com a seguinte redação:

## **Regulamento das Quotas dos Advogados**

### **Artigo 1.º**

#### **Âmbito**

Os advogados com inscrição em vigor são obrigados a contribuir para a Ordem dos Advogados com uma quota mensal, nos termos previstos no Estatuto e no presente Regulamento e respetivo anexo.

### **Artigo 2.º**

#### **Competência**

Compete à Ordem dos Advogados, através do Conselho Geral, proceder à liquidação e cobrança das quotas mensais.

---

(\*) Regulamento das Quotas dos Advogados, aprovado em Assembleia Geral da Ordem dos Advogados de 15 de Outubro de 2018. Regulamento n.º 791/2018, de 26 de Novembro de 2018. Declaração de Retificação n.º 906-A/2018, de 07 de Dezembro de 2018.

### **Artigo 3.º**

#### **Prazos de pagamento da Quota**

1 — A quota mensal tem de ser paga pontualmente até ao último dia do mês a que respeita, sendo enviado, para esse efeito, aviso/recibo de pagamento da quota mensal aos advogados.

2 — As quotas mensais podem ser pagas anual e antecipadamente, até ao dia 31 de dezembro do ano anterior ao que se reportam, beneficiando os advogados de uma redução de 17,77(8)% sobre o valor total anual das quotas.

3 — As quotas mensais podem também ser pagas de forma semestral e antecipada, até ao dia 31 de dezembro do ano anterior ao que se reportam, no caso do primeiro semestre e até ao dia 30 de junho do próprio ano, no caso do pagamento antecipado do segundo semestre.

4 — Os advogados que efetuem o pagamento semestral antecipado das quotas beneficiam de uma redução de 7,77(8)% na quota semestral.

### **Artigo 4.º**

#### **Avisos para pagamento**

1 — O aviso/recibo de pagamento a que se reporta o artigo anterior será enviado, em alternativa, para o domicílio profissional do advogado, para o endereço eletrónico atribuído pela Ordem dos Advogados ou para o endereço eletrónico relativamente ao qual a Ordem dos Advogados emitiu certificado digital.

2 — Em caso de não pagamento dentro dos prazos devidos é emitido novo aviso para pagamento no prazo de 15 dias.

3 — A partir do novo aviso para pagamento a que se reporta o número anterior serão devidos juros de mora.

4 — Considera-se efetuada a notificação de advogado cujo aviso/recibo de pagamento foi remetido, alternativamente, para o respetivo domicílio profissional, para o endereço eletrónico atribuído pela Ordem dos Advogados ou para o endereço eletrónico relativamente ao qual a Ordem dos Advogados emitiu certificado digital.

### **Artigo 5.º**

#### **Formas de pagamento das Quotas**

Sem prejuízo de outras formas de pagamento autorizadas pelo Conselho Geral, o pagamento da quota pode ser efetuado:

- a) Em numerário, cheque ou multibanco, na sede da Ordem dos Advogados;

- b) Por cheque, remetido via postal, para a sede da Ordem dos Advogados;
- c) Nos CTT ou em qualquer ATM multibanco.

### **Artigo 6.º**

#### **Falta de pagamento das Quotas**

1 — O não pagamento das quotas, por prazo superior a 12 meses, deve ser comunicado ao conselho competente, para efeitos de instauração de processo disciplinar ao advogado devedor.

2 — O incumprimento pelo advogado do dever de pagar quotas pode dar lugar à aplicação de sanção disciplinar de suspensão, quando se apure que é culposo e se prolongue por período superior a 12 meses.

3 — O pagamento voluntário das quotas em dívida extingue o procedimento disciplinar ou a sanção, consoante tenha lugar na pendência do processo disciplinar ou após a decisão final.

4 — A certidão de dívida de quotas emitida pelo Conselho Geral constitui título executivo.

### **Artigo 7.º**

#### **Restituição de Quota**

1 — A expulsão, suspensão ou cancelamento da inscrição na Ordem dos Advogados, que abranja meses compreendidos no pagamento anual ou semestral antecipado, nos termos dos números 2, 3 e 4 do artigo 3.º, dará lugar à restituição do valor das quotas pagas nos referidos meses.

2 — Nas situações mencionadas no número anterior, o semestre ou ano em causa deixará de beneficiar da redução de quotas a que se referem os números 2 e 4 do artigo 3.º.

### **Artigo 8.º**

#### **Contagem dos prazos**

À contagem dos prazos previstos no presente Regulamento são aplicáveis as regras do Código do Procedimento Administrativo.

### **Artigo 9.º**

#### **Entrada em vigor**

1 — O presente Regulamento entra em vigor no dia seguinte ao da sua publicação.

2 — A partir da data referida no número anterior, consideram-se revogadas todas as disposições e normas anteriores que contrariem ou não se coadunem com o presente Regulamento.

**ANEXO(\*)****Valor das quotas — ano 2019**

	<b>Pagamento mensal Valor da Quota</b>	<b>Valor do pagamento anual antecipado</b>	<b>Valor do pagamento semestral antecipado</b>
Até 4 anos	15,00€	148,00€	83,00€
Com 5 ou 6 anos	25,00€	246,70€	138,30€
Com mais de 6 anos	35,00€	345,30€	193,70€
Reformados	35,00€	345,30€	193,70€

7 de novembro de 2018.

*O Presidente da Assembleia Geral e  
Presidente do Conselho Geral,*

GUILHERME FIGUEIREDO

---

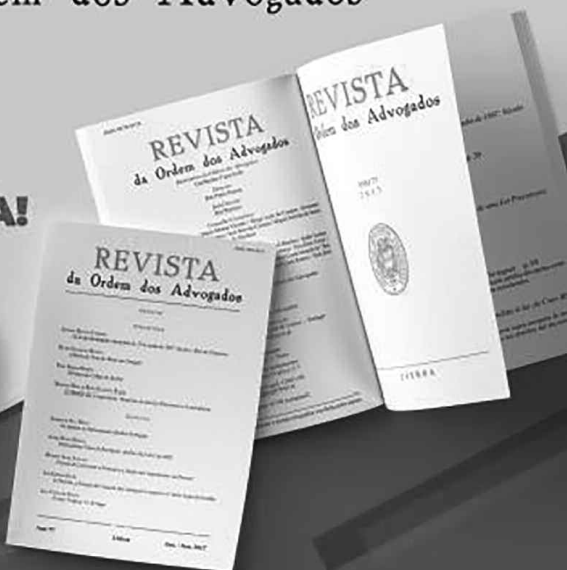
(\*) A que se refere o artigo 1.º.

# REVISTA

da Ordem dos Advogados

**SUBSCREVA!**

A ROA através  
do formulário online  
disponível em  
[www.oa.pt](http://www.oa.pt)



**Revista em suporte papel** mediante assinatura com entrega no domicílio profissional

**Revista em suporte E-book** enviada gratuitamente para todos os Advogados com a inscrição activa e sem quotas em dívida

*O prazo de entrega da ROA depende do planeamento editorial definido, da edição, revisão de textos a publicar e respectiva impressão.*

**Todos os números da ROA, publicada desde 1941, disponíveis no portal da OA**